

TRIBUNAL ADMINISTRATIF  
D'ORLEANS

ama

N° 0903402

REPUBLIQUE FRANÇAISE

SOCIETE BORDI BOIS

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

M. Claude Jardin  
Magistrat délégué

Le juge des référés,

(le magistrat délégué)

Ordonnance du 6 octobre 2009

Vu la requête, enregistrée par télécopie le 17 septembre 2009 et régularisée par la production de l'original le 21 septembre 2009, présentée pour la SOCIETE BORDI BOIS, dont le siège est 98 rue Georges Clémenceau à Gien (45500), représentée par son gérant M. Eric Bordillon, par la société d'avocats Fidal ; la SOCIETE BORDI BOIS demande au juge des référés :

1°) d'annuler la procédure de passation du marché relatif au lot n° 2, charpente, des travaux de construction d'une structure multi accueil petite enfance à Gien (Loiret), lancée par la communauté des communes Giennesoises ;

2°) d'ordonner à la communauté des communes Giennesoises de lancer une nouvelle procédure de passation de ce marché dans des conditions régulières au regard de l'égalité entre les candidats ;

3°) d'ordonner à la communauté des communes Giennesoises de lui communiquer les éléments d'information qu'elle a demandés dans sa lettre datée du 17 septembre 2009 ;

4°) de mettre la somme de 2 000 euros à la charge de la communauté des communes Giennesoises en application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Elle soutient :

- que l'article 45 du code des marchés publics a été méconnu dès lors que le pouvoir adjudicateur a rejeté sa candidature au motif que son chiffre d'affaires était insuffisant alors qu'aucune exigence de chiffre d'affaires minimal n'avait été prévue, qu'il ne pouvait en aller autrement compte tenu de la nature et du montant du marché et que son chiffre d'affaires et les références qu'elle avait produites établissaient sa capacité à exécuter les travaux du marché ;

- que le délai de réception des offres a été illégalement ramené à vingt-deux jours alors que les conditions d'application du 2° de l'article 57 du code des marchés publics n'étaient pas réunies en l'absence de publication d'un avis de préinformation ;

- que le système de la double enveloppe a été maintenu, en violation de l'article 57-V du code des marchés publics ;

Vu l'ordonnance du 21 septembre 2009 du juge des référés du tribunal administratif faisant injonction à la communauté des communes Giennoises de différer la signature du marché afférent au lot n° 2 des travaux de construction d'une structure multi accueil petite enfance à Gien ;

Vu le mémoire en défense, enregistré par télécopie le 30 septembre 2009 et régularisé par la production de l'original le 3 octobre 2009, présenté pour la communauté des communes Giennoises, dont le siège est 49 avenue de Chantemerle à Gien (45503), représentée par son président en exercice, par l'association d'avocats H & G ; la communauté des communes Giennoises demande au juge des référés :

1°) de rejeter la requête ;

2°) de mettre la somme de 3 000 euros à la charge de la SOCIETE BORDI BOIS sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Elle soutient :

- que les motifs détaillés du rejet de la candidature de la société requérante ont été portés à sa connaissance par un pli recommandé qui lui a été adressé le 28 septembre 2009, les autres informations qu'elle a sollicitées ne lui étant pas communiquées car touchant au secret des affaires et les documents demandés ne pouvant lui être transmis avant la signature du marché ;

- qu'aucun niveau minimum de capacité n'a été fixé dans le cadre de la procédure de passation du marché, les candidatures étant seulement examinées en fonction des garanties professionnelles, techniques et financières des entreprises, conformément à l'article 45 du code des marchés publics ; que le rejet justifié de la candidature de la société requérante est fondé sur plusieurs motifs, à savoir l'absence de références pour des chantiers comparables qui rend sa capacité technique insuffisante, les effectifs trop peu nombreux qu'elle prévoyait d'affecter au chantier, la faiblesse de son chiffre d'affaires par rapport au montant du marché qui lui donne une capacité financière insuffisante en cas de difficultés d'exécution du marché alors que la complexité de l'ouvrage lui interdisait de prendre des risques en retenant une entreprise ne présentant pas les garanties nécessaires ;

- que l'envoi à la publication le 20 avril 2009 d'un avis de préinformation répondant aux exigences de la réglementation applicable permettait de ramener à vingt-deux jours le délai de remise des offres en application du 2° de l'article 57-II du code des marchés publics ; que le moyen tiré de la violation de l'article 57, de plus inopérant comme se rapportant à une phase de la procédure antérieure à la sélection des offres, est par suite infondé ;

- que le pouvoir adjudicateur, en se bornant à prévoir une séparation des éléments relatifs à la candidature et de ceux concernant l'offre, n'a nullement méconnu les dispositions du V de l'article 57 du code des marchés publics ; qu'au surplus cette exigence est insusceptible d'avoir lésé la société requérante ;

Vu le mémoire complémentaire, enregistré par télécopie le 2 octobre 2009 et régularisé par la production de l'original le 5 octobre 2009, présenté pour la SOCIETE BORDI BOIS, par la société d'avocats Fidal ; la SOCIETE BORDI BOIS conclut aux mêmes fins que sa requête ;

Elle soutient que la communauté de communes, qui avait des exigences en matière de chiffre d'affaires minimal, devait les porter à la connaissance des candidats pour leur permettre de faire des choix appropriés sous peine de ne pas respecter les principes généraux du droit de la commande publique ; que le marché ne présentait pas une complexité technique particulière justifiant que sa candidature soit écartée ; que, compte tenu de la possibilité de faire appel à la main d'œuvre de l'entreprise Bordillon, connue du pouvoir adjudicateur, et du marché de charpente dont elle a été déclarée attributaire récemment, le rejet de sa candidature constitue une erreur manifeste d'appréciation ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu le code des marchés publics ;

Vu le code de justice administrative ;

Vu la décision du 1<sup>er</sup> septembre 2009 par laquelle le président du tribunal a donné délégation à M. Claude Jardin pour statuer sur les demandes de référés en matière de passation de contrats et marchés présentées sur le fondement des articles L. 551-1 et L. 551-2 du code de justice administrative ;

Les parties ayant été régulièrement averties du jour de l'audience ;

Après avoir, au cours de l'audience publique du 5 octobre 2009 à 9 h 30, présenté son rapport et entendu les observations de Me Forcinal, avocat de la SOCIETE BORDI BOIS, de M. Bordillon, gérant de la SOCIETE BORDI BOIS, de Me Hourcabié, avocat de la communauté des communes Giennesoises et de Me Grassin, avocat de la société Cogedem ;

Considérant qu'aux termes de l'article L. 551-1 du code de justice administrative :  
« Le président du tribunal administratif, ou le magistrat qu'il délègue, peut être saisi en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation des marchés publics (...) / Les personnes habilitées à agir sont celles qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par ce manquement, ainsi que le représentant de l'Etat dans le département dans le cas où le contrat est conclu ou doit être conclu par une collectivité territoriale ou un établissement public local. / Le président du tribunal administratif peut être saisi avant la conclusion du contrat. Il peut ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations et suspendre la passation du contrat ou l'exécution de toute décision qui s'y rapporte. Il peut également annuler ces décisions et supprimer les clauses ou prescriptions destinées à figurer dans le contrat et qui méconnaissent lesdites obligations. Dès qu'il est saisi, il peut enjoindre de différer la signature du contrat jusqu'au terme de la procédure et pour une durée maximum de vingt jours. / (...) Le président du

tribunal administratif ou son délégué statue en premier et dernier ressort en la forme des référés » ;

Considérant qu'en vertu des dispositions précitées de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, les personnes habilitées à agir pour mettre fin aux manquements du pouvoir adjudicateur à ses obligations de publicité et de mise en concurrence sont celles susceptibles d'être lésées par de tels manquements ; qu'il appartient dès lors au juge des référés précontractuels de rechercher si l'entreprise qui le saisit se prévaut de manquements qui, eu égard à leur portée et au stade de la procédure auquel ils se rapportent, sont susceptibles de l'avoir lésée ou risquent de la léser, fût-ce de façon indirecte en avantageant une entreprise concurrente ;

Considérant en premier lieu que l'article 45 du code des marchés publics, dans sa rédaction applicable à la procédure de passation de marché litigieuse, dispose : « I.-Le pouvoir adjudicateur ne peut exiger des candidats que des renseignements ou documents permettant d'évaluer leur expérience, leurs capacités professionnelles, techniques et financières ainsi que des documents relatifs aux pouvoirs des personnes habilitées à les engager. (...) Lorsque le pouvoir adjudicateur décide de fixer des niveaux minimaux de capacité, il ne peut être exigé des candidats que des niveaux minimaux de capacité liés et proportionnés à l'objet du marché. Les documents, renseignements et les niveaux minimaux de capacité demandés sont précisés dans l'avis d'appel public à concurrence ou, en l'absence d'un tel avis, dans les documents de la consultation. » ; qu'aux termes du troisième alinéa de l'article 52 du même code, relatif aux modalités de sélection des candidatures : « I.- (...) Les candidatures (...) sont examinées au regard des niveaux de capacités professionnelles, techniques et financières mentionnées dans l'avis d'appel public à la concurrence, ou, s'il s'agit d'une procédure dispensée de l'envoi d'un tel avis, dans le règlement de la consultation. Les candidatures qui ne satisfont pas à ces niveaux de capacité sont éliminées. L'absence de références relatives à l'exécution de marchés de même nature ne peut justifier l'élimination d'un candidat et ne dispense pas le pouvoir adjudicateur d'examiner les capacités professionnelles, techniques et financières des candidats. » ;

Considérant que lorsque le pouvoir adjudicateur choisit de ne pas faire usage de la faculté de fixer des niveaux minimaux de capacité, il doit néanmoins contrôler les garanties professionnelles, techniques et financières des candidats à l'attribution d'un marché public, au vu des renseignements et documents exigés des candidats dans l'avis d'appel public à la concurrence et le règlement de consultation ;

Considérant qu'il résulte de l'instruction, et notamment de la lettre datée du 28 septembre 2009 par laquelle la communauté des communes Giennoises a informé la SOCIETE BORDI BOIS des motifs détaillés du rejet de sa candidature, qu'elle a estimé que cette société ne présentait pas des garanties appropriées à l'exécution du marché en raison de la faiblesse de son chiffre d'affaires au cours des trois dernières années comparée au montant estimatif du marché mais également de l'absence de références concernant des chantiers équivalents et du niveau insuffisant des moyens humains qu'elle comptait affecter au chantier ; qu'il n'est pas établi que la communauté de communes aurait entendu rejeter par principe cette candidature en fonction de niveaux minimaux de capacité fixés à l'avance, et en particulier d'un chiffre d'affaires minimal ; qu'ainsi, le moyen tiré de ce que la communauté de communes a manqué à ses obligations de publicité en ne mentionnant pas ces niveaux minimaux dans l'avis d'appel public à la concurrence doit être écarté ;

Considérant qu'alors que le montant estimatif du lot n° 2, charpente, des travaux de construction d'une structure multi accueil petite enfance à Gien s'élevait à 65 000 euros, la liste de références de la SOCIETE BORDI BOIS constituée à l'appui de sa candidature ne fait apparaître, depuis l'année 2003, que trois chantiers d'un montant supérieur à 30 000 euros ; que le chiffre d'affaires de cette société n'était que de 173 261 euros en 2008, en baisse par rapport à l'année précédente ; qu'elle n'avait prévu d'affecter que trois salariés à l'exécution des travaux du marché, tandis que l'entreprise attributaire doit déployer un effectif nettement supérieur, et ne dispose pas d'un nombre de salariés lui permettant d'augmenter sensiblement l'effectif affecté au chantier en cas de difficultés d'exécution imprévues alors que le pouvoir adjudicateur est particulièrement attaché à la réalisation des travaux dans les délais fixés ; que dans ces conditions, compte tenu par ailleurs de ce que la société requérante ne peut utilement se prévaloir ni de l'existence d'un marché d'un montant supérieur à 100 000 euros qu'elle aurait récemment obtenu mais qui ne figurait pas dans sa liste de références, ni de la possibilité de collaborer avec la société Bordillon, sa candidature n'ayant pas été présentée sous la forme d'un groupement d'entreprises, la communauté de communes Giennaises n'a pas manqué à ses obligations de publicité et de mise en concurrence en rejetant sa candidature ;

Considérant en deuxième lieu que le II de l'article 57 du code des marchés publics dispose : « 1° Le délai de réception des offres ne peut être inférieur à cinquante-deux jours à compter de la date d'envoi de l'avis d'appel public à la concurrence. Ce délai minimal ne peut être réduit pour des motifs d'urgence. 2° Ce délai minimal peut être ramené à vingt-deux jours lorsque trois conditions sont réunies : a) L'avis de préinformation prévu à l'article 39 a été publié ; b) Cet avis a été envoyé à la publication cinquante-deux jours au moins et douze mois au plus avant la date d'envoi de l'avis d'appel public à la concurrence ; c) Il contient les mêmes renseignements que ceux qui figurent dans l'avis d'appel public à la concurrence, pour autant que ces renseignements soient disponibles au moment de l'envoi de l'avis de préinformation. » ;

Considérant que si la communauté des communes Giennaises a envoyé à la publication le 24 juin 2009 l'avis d'appel public à la concurrence relatif au marché litigieux mentionnant le 16 juillet 2009 comme date limite de réception des offres, il ressort des pièces du dossier qu'elle a envoyé à la publication un avis de préinformation le 20 avril 2009 ; que, par suite, le moyen tiré de ce que le délai de réception des offres ne pouvait être inférieur à cinquante-deux jours faute de publication d'un avis de préinformation ne peut en tout état de cause qu'être écarté ;

Considérant en troisième lieu qu'en prévoyant dans le règlement de la consultation du marché que l'offre sera placée sous enveloppe cachetée avec double chemise intérieure, l'une contenant les pièces relatives à la candidature, l'autre les pièces relatives à l'offre, la communauté de communes n'a nullement méconnu les dispositions du V de l'article 57 du code des marchés publics ;

Considérant en quatrième lieu que la communauté de communes, pour se conformer aux exigences de l'article 83 du code des marchés publics, a envoyé à la société requérante le 28 septembre 2009 un pli recommandé contenant les motifs détaillés du rejet de son offre ainsi que les autres informations prévues par ce texte ; qu'elle a ainsi été mise à même de contester utilement son éviction devant le juge du référé pré-contractuel ; que par ailleurs, la communauté de communes n'était pas tenue de lui communiquer avant la signature du marché les documents et les informations qu'elle avait sollicités dans sa lettre datée du 17 septembre 2009 ; qu'aucun manquement à ses obligations de publicité et de mise en concurrence ne peut dès lors être imputé à ce titre à la communauté de communes ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que la SOCIETE BORDI BOIS n'est pas fondée à demander l'annulation de la procédure de passation du marché relatif au lot n°2 des travaux de construction d'une structure multi accueil petite enfance à Gien, lancée par la communauté des communes Giennesoises ; que ses conclusions tendant à ce que le juge des référés ordonne à la communauté des communes Giennesoises de lancer une nouvelle procédure de passation de ce marché dans des conditions régulières au regard de l'égalité entre les candidats ne peuvent qu'être rejetées par voie de conséquence ; qu'enfin, il n'entre pas dans l'office du juge des référés pré-contractuels tel que défini par l'article L. 551-1 du code de justice administrative d'ordonner la communication des documents et des informations énumérés dans la lettre de la société requérante datée du 17 septembre 2009 ;

Sur les conclusions tendant à l'application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative :

Considérant qu'il n'y a pas lieu, dans les circonstances de l'espèce, de faire application de ces dispositions et de mettre à la charge de la SOCIETE BORDI BOIS la somme que la communauté des communes Giennesoises demande au titre des frais exposés par elle et non compris dans les dépens ; qu'en revanche, les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce que soit mise à la charge de la communauté des communes Giennesoises, qui n'est pas la partie perdante dans la présente instance, la somme que la SOCIETE BORDI BOIS demande au titre des mêmes frais ;

ORDONNE :

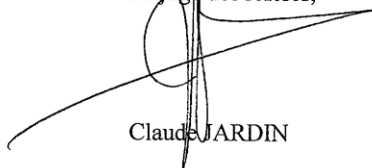
Article 1<sup>er</sup> : La requête de la SOCIETE BORDI BOIS est rejetée.

Article 2 : Les conclusions de la communauté des communes Giennesoises tendant à l'application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 3 : La présente ordonnance sera notifiée à la SOCIETE BORDI BOIS, à la communauté des communes Giennesoises et à la société Cogedem.

Fait à Orléans, le 6 octobre 2009.

Le juge des référés,

  
Claude JARDIN

Le greffier,

  
Marie-Claude LANGLAIS

La République mande et ordonne au préfet du Loiret en ce qui le concerne et à tous huissiers de justice à ce requis en ce qui concerne les voies de droit commun contre les parties privées, de pourvoir à l'exécution de la présente ordonnance.

