

N°0605109

Société FM DEVELOPPEMENT

Ordonnance du 27 octobre 2006

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Le vice-président,
juge des référés,

Vu la requête, enregistrée au greffe du Tribunal le 9 octobre 2006 sous le n°0605109, présentée pour la société FM DEVELOPPEMENT, dont le siège social est situé 415 rue Claude Nicolas Ledoux à Aix en Provence Cedex 3 (13854), par la Sélarl "LEGITIMA" représentée par Me Lanzarone, avocat au barreau de Marseille ; la société FM DEVELOPPEMENT, sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, demande au juge des référés du tribunal :

- d'enjoindre à la commune de Sanary sur Mer de différer la signature du contrat jusqu'au terme de la présente procédure ;
- de constater l'existence de manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence commis par la commune de Sanary sur Mer ;
- d'annuler la procédure de passation du marché en cause de nettoyage et d'entretien des locaux de divers bâtiments municipaux ;
- d'ordonner la communication du procès-verbal de la commission d'appel d'offre et le rapport d'analyse des offres dans un délai de sept jours à compter de la notification de l'ordonnance ;
- de condamner la commune de Sanary sur Mer à lui payer la somme de 2 000 euros en application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

La société FM DEVELOPPEMENT soutient que la commune de Sanary sur Mer a commis de graves manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence lors de la passation de la procédure d'appel d'offres ouvert ; qu'en effet, les obligations relatives à la publicité n'ont pas été scrupuleusement respectées dès lors que le marché litigieux était soumis aux exigences de l'article 40 V du code des marchés publics ; que cette absence de publicité constitue un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence ; que le pouvoir adjudicateur a exigé des documents ne figurant pas à l'article 45 du code des marchés publics précité ; que les dispositions dudit article sont limitatives de sorte qu'il n'est juridiquement pas possible de demander d'autres documents que ceux figurant dans la liste prévue à l'article 45 du code des marchés publics précité ; qu'enfin, la commune de Sanary sur Mer, conformément aux dispositions de l'article 50 du code des

marchés publics, a autorisé la présentation de variantes mais sans préciser les exigences minimales à respecter, de sorte que cette imprécision constitue un manquement au principe de transparence ;

Vu l'ordonnance en date du 9 octobre 2006, enjoignant à la commune de Sanary sur Mer de différer la signature du contrat au plus tard jusqu'au 28 octobre 2006 ;

Vu le mémoire en défense, enregistré au greffe du Tribunal le 19 octobre 2006, présenté pour la commune de Sanary sur Mer par Me Rivolet, avocat au barreau de Toulon ; la commune de Sanary sur Mer conclut au rejet de la requête ;

Elle soutient que :

- la publicité de la procédure de mise en concurrence a été envoyée au Journal officiel de l'Union européenne et au Bulletin officiel des annonces des marchés publics le 10 juillet 2006 ; que la date limite de remise des offres par les entreprises candidates était fixée au 1^{er} septembre 2006, lequel terme est conforme au délai de 52 jours francs de publicité et aux règles de mise en concurrence ;
- il n'a pas été exigé de documents non conformes au code des marchés publics en demandant des attestations sur l'honneur figurant dans le formulaire DC5 disponible sur le site Internet du ministère de l'économie, des finances et de l'industrie ;
- la seule exigence relative à la présentation de variantes dans les offres des candidats lui semble être la satisfaction de l'objet du marché; c'est pour cette raison qu'a été précisée l'autorisation de variantes sans exigences minimales ce qui est conforme aux dispositions de l'article 50 du code des marchés public qui prévoient que « *les candidats peuvent présenter une offre comportant des variantes par rapport aux spécifications des cahiers des charges qui ne sont pas désignées comme des exigences minimales à respecter dans le règlement de la consultation* » ;

Vu enregistré au greffe du Tribunal le 26 octobre 2006, le mémoire en réplique présenté pour la société FM DEVELOPPEMENT qui conclut aux mêmes fins que précédemment ;

Elle soutient que :

- le pouvoir adjudicateur ne pouvait exiger d'autres renseignements que ceux qui sont expressément mentionnés à l'article 45 du code des marchés publics ; qu'en tout état de cause, la commune de Sanary sur Mer ne saurait se prévaloir des spécifications du formulaire DC5 pour légitimer la violation des dispositions de l'article 45 du code des marchés publics précité ; qu'au surplus, les avis publiés au Journal officiel de l'Union européenne et au Bulletin officiel des annonces des marchés publics font expressément référence aux articles 43, 44 et 44-1 du code des marchés publics et à l'ordonnance n°2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics qui posent des exigences autres que celles limitatives, prévues à l'article 45 précité;
- il y a absence de similitude entre l'avis publié au Journal officiel de l'Union européenne et celui publié au Bulletin officiel des annonces des marchés publics dès lors que l'avis publié au Bulletin officiel des annonces des marchés publics comporte des rubriques qui ne figurent pas dans l'avis du Journal officiel de l'Union européenne ; qu'en outre, ces rubriques ne sont pas renseignées alors que l'intégralité des rubriques doivent

l'être ; que dans ces conditions, les deux avis ne présentent pas de similitudes et la procédure de mise en concurrence viole ainsi les règles de publicité ;

- l'avis publié au Journal officiel de l'Union européenne ne comporte pas certaines mentions substantielles qui doivent obligatoirement être renseignées ; qu'en effet, le formulaire européen utilisé par la commune de Sanary sur Mer contient une rubrique qui devait mentionner les modalités de financement et de paiement du marché ainsi que la référence aux textes qui réglementent lesdites modalités ; qu'ainsi, en l'absence d'une telle mention, la commune de Sanary sur Mer a manifestement violé les obligations relatives à la publicité lui incombant ; qu'au surplus, la commune de Sanary sur Mer a omis de renseigner la rubrique relative à la durée du marché ou du délai d'exécution alors que cette information présente un caractère substantiel ;

- lorsqu'un marché admet des variantes par rapport aux spécifications du règlement de consultation, il doit néanmoins établir des exigences minimales permettant aux soumissionnaires de savoir sur quels critères leurs propositions seront évaluées par le pouvoir adjudicateur ; que c'est à tort que la commune de Sanary sur Mer soutient qu'elle n'avait pas à établir d'exigences minimales par rapport aux variantes qu'elle autorisait dès lors que ces exigences minimales permettent justement aux soumissionnaires de respecter l'objet du marché ;

Vu la procédure d'appel d'offres attaquée ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu l'arrêté du 26 février 2004 pris en application de l'article 45, alinéa premier, du code des marchés publics et fixant la liste des renseignements et/ou documents pouvant être demandés aux candidats des marchés publics ;

Vu le code des marchés publics ;

Vu le code de justice administrative ;

Vu la délégation du président du Tribunal en date du 2 janvier 2006 ;

Les parties ayant été régulièrement convoquées à l'audience ;

Après avoir, à l'audience publique du 27 octobre 2006, lu le rapport et entendu les observations de :

- Me Lévy, substituant Me Lanzarone, avocat au barreau de Marseille, pour la société FM DEVELOPPEMENT ;

- Me Rivolet, avocat au barreau de Toulon, pour la commune de Sanary sur Mer ;

Sur les conclusions à fin d'annulation de la procédure de passation du marché :

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 et des conventions de délégation de service public. ... 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. .. Sauf si la demande porte sur des marchés ou contrats passés par l'Etat, elle peut également être présentée par celui-ci lorsque la Commission des communautés européennes lui a notifié les raisons pour lesquelles elle estime qu'une violation claire et manifeste des obligations de publicité et de mise en concurrence d'origine communautaire ou résultant de l'accord sur l'Espace économique européen, a été commise. ... Le président du tribunal administratif ou son délégué statue en premier et dernier ressort en la forme des référés » ;

Considérant qu'il ressort des pièces du dossier que par un avis d'appel public à la concurrence paru au Bulletin officiel des annonces des marchés publics le 13 juillet 2006 et au Journal officiel de l'Union européenne le 14 juillet 2006, la commune de Sanary sur Mer a lancé un appel d'offres ouvert pour le nettoyage et l'entretien des locaux des divers bâtiments communaux ; que la société FM DEVELOPPEMENT, dont l'offre a été rejetée, invoque des manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence dont notamment, l'absence d'indication des modalités de financement et de paiement dans les avis de publicité et la violation des dispositions de l'article 50 du code des marchés publics ;

Sur la violation des obligations de publicité et de mise en concurrence :

Sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens de la requête ;

Considérant, en premier lieu, qu'aux termes du 1° de l'article 17 de la directive n°92/50/CEE du 18 juin 1992 modifiée portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services: "Les avis sont établis conformément aux modèles qui figurent aux annexes III et IV et précisent les renseignements qui y sont demandés"; que l'annexe III, dans sa rédaction issue de la directive 2001 /78/CE du 13 septembre 2001, fixe la liste et le contenu des rubriques que doivent comporter les avis de marché ; que les modèles d'avis contenus dans cette annexe ont été repris dans l'arrêté du 4 décembre 2002 ; qu'en vertu de cet arrêté, les avis d'appel public à la concurrence sont établis conformément à la directive précitée et doivent mentionner les modalités essentielles de financement et de paiement du marché ;

Considérant que ladite obligation de mentionner les modalités essentielles de financement dans l'avis d'appel public à la concurrence doit être entendue comme imposant à la collectivité publique d'indiquer, même de manière succincte, la nature des ressources qu'elle entend mobiliser pour financer l'objet du marché qui peuvent être ses ressources propres, des ressources extérieures publiques ou privées, ou des contributions des usagers ;

Considérant qu'il ressort des pièces du dossier que l'avis relatif à la procédure de mise en concurrence litigieuse, publié au Journal officiel de l'Union européenne, mentionne uniquement « modalités essentielles de financement et de paiement et/ou références aux textes qui les réglementent » sans que cette rubrique ne fasse l'objet d'aucun renseignement ; que l'avis publié au bulletin officiel des annonces des marchés publics ne contient aucune mention relative aux modalités essentielles de financement et de paiement du marché ; que les avis de marchés doivent ainsi être regardés comme ne comportant aucune mention concernant les modalités de financement et de paiement du marché ; que l'absence d'une telle indication constitue un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence égalitaire des candidats potentiels ;

Considérant, en second lieu, qu'aux termes de l'article 42 du code des marchés publics : « Les marchés passés après mise en concurrence font l'objet d'un règlement de la consultation. Les mentions figurant dans ce règlement sont précisées par arrêté du ministre chargé de l'économie. Ce règlement est facultatif si les mentions qui doivent y être portées figurent dans l'avis d'appel public à la concurrence » ; qu'aux termes de l'article 50 du code des marchés publics : « En cas d'appel d'offres, sauf disposition expresse contraire figurant dans l'avis d'appel public à la concurrence, les candidats peuvent présenter une offre comportant des variantes par rapport aux spécifications des cahiers des charges qui ne sont pas désignées comme des exigences minimales à respecter dans le règlement de la consultation. Les variantes doivent être proposées avec l'offre de base. » et qu'aux termes de l'article 2 de l'arrêté du 10 juin 2004 pris en application de l'article 42 du code des marchés publics et fixant la liste des mentions devant figurer dans le règlement de la consultation : « Le règlement de la consultation mentionné à l'article 42 du code des marchés publics comporte en outre les mentions suivantes : (...) 2. Caractéristiques principales. Refus des variantes. Dans le cas où les variantes sont autorisées, indication des exigences minimales du cahier des charges à respecter » ; que ces dispositions obligent la collectivité publique qui autorise des variantes à préciser les exigences minimales auxquelles elles doivent répondre ;

Considérant que si la commune de Sanary-sur-Mer a prévu, à l'article 2.05 du règlement de la consultation, que les variantes étaient autorisées, elle n'a pas indiqué les exigences minimales du cahier des charges à respecter ; qu'ainsi, en ne délimitant pas le champ des variantes possibles et en ne permettant pas dès lors, la comparaison claire, utile et égalitaire des variantes entre elles et des variantes et des offres de base, la commune de Sanary-sur-Mer a méconnu le principe de transparence et donc ses obligations de publicité et de mise en concurrence ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que la société FM DEVELOPPEMENT est fondée à demander l'annulation de la procédure de passation du marché en cause ;

Sur la demande de communication des documents établis par la commission d'appel d'offres :

Considérant qu'il n'y a pas lieu de statuer sur ce moyen, tendant à la communication du procès-verbal de la commission d'appel d'offres et le rapport d'analyse des offres ;

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

Considérant qu'aux termes de l'article L. 761-1 du code de justice administrative, « Dans toutes les instances, le juge condamne la partie tenue aux dépens ou, à défaut, la partie perdante, à payer à l'autre partie la somme qu'il détermine, au titre des frais exposés et non compris dans les dépens. Le juge tient compte de l'équité et de la situation économique de la partie condamnée. Il peut, même d'office, pour des raisons tirées des mêmes considérations, dire qu'il n'y a pas lieu à

cette condamnation. » ;

Considérant qu'il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de faire application de ces dispositions et de mettre à la charge de la commune de Sanary sur Mer une somme de 1000 euros au titre des frais exposés par la société FM DEVELOPPEMENT et non compris dans les dépens ;

ORDONNE

Article 1er : La procédure de passation du marché engagée par la commune de Sanary sur Mer est annulée.

Article 2 : La commune de Sanary-sur-Mer est condamnée à verser 1000 € (mille euros) à la société FM Développement au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : Le surplus des conclusions de la requête est rejeté.

Article 4 : La présente ordonnance sera notifiée à la société FM Développement et à la commune de Sanary sur Mer.

Fait à Nice, le 27 octobre 2006

Le vice-président,
juge des référés,


A. BADIE