

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE BORDEAUX**

N°1001950

SARL B. ELECTRIC

Mme Roca
Vice-président
Juge des référés

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Le juge des référés

Audience du 17 juin 2010
Ordonnance du 28 juin 2010

COPIE

Vu la requête enregistrée au greffe du tribunal le 27 mai 2010 sous le n° 1001950, présentée pour la SARL B. ELECTRIC, dont le siège social est situé 13, rue Alphonse Mazières 24000 Périgueux, par Me Cornet, avocat ;

La SARL B. ELECTRIC demande au juge des référés :

- de suspendre, pour la durée de l'instance sur le fondement de l'article L. 551-17 du code de justice administrative, le contrat de marché signé le 13 avril 2010 entre Pôle Emploi et l'entreprise Lagarde dans le cadre de la restructuration des bureaux de Pôle Emploi à Nontron ;

- de condamner Pôle Emploi à lui verser la somme de 1 000 € sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Elle soutient qu'elle a intérêt à solliciter la suspension dudit marché dans la mesure où elle estime avoir été parfaitement lésée dans le cadre de la négociation de celui-ci ; que la mise en concurrence n'a pas été respectée de même que les critères d'attribution figurant à l'article 3 du règlement de consultation ; qu'alors même qu'elle était manifestement la moins disante, Pôle Emploi a écarté son offre pour des raisons de coût anormalement bas alors qu'elle avait fourni toute réponse utile pour justifier de sa possibilité de réaliser ces travaux au prix proposé ; qu'elle est notoirement connue en Dordogne et possède toutes les qualifications requises pour assurer les travaux qui étaient proposés ; qu'elle entend saisir dans les délais la « juridiction de plein contentieux » afin de solliciter la résiliation du marché ;

Vu le mémoire enregistré le 16 juin 2010, présenté pour Pôle Emploi, par Me Letellier, qui conclut au rejet de la requête et à la condamnation de la SARL B. ELECTRIC à lui verser la somme de 4 000 € au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Pôle Emploi fait valoir qu'il est soumis, pour la passation de ses marchés, 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, et à ses textes d'application, dont le décret du 30 décembre 2005 ; que conformément à l'article 10 de ce décret, il a lancé une procédure adaptée pour la conclusion d'un marché de travaux ayant pour objet la restructuration des bureaux de Pôle Emploi Nontron ; que ces travaux devaient impérativement être achevés au 21 juin 2010 ; que le marché a été signé le 13 avril 2010 avec la société Lagarde ; que la requête de la SARL B. ELECTRIC est irrecevable à un double titre : en premier lieu en raison de la nature du moyen invoqué, tenant au caractère prétendument irrégulier du rejet de son offre anormalement basse, car ce moyen n'est pas au nombre de ceux susceptibles d'ouvrir la voie de l'action en référé contractuel, ainsi qu'il ressort du texte de l'article L. 551-18 du code de justice administrative ; en second lieu au regard des conclusions présentées dès lors qu'il n'entre pas dans les pouvoirs du juge du référé contractuel d'ordonner la suspension du marché jusqu'à ce que le juge du fond se prononce sur la demande de résiliation du contrat, la suspension ne pouvant être ordonnée, en application de l'article L. 551-17 du code de justice administrative, que de manière provisoire, pendant la durée de l'instance en référé, qui ne peut excéder un mois, et ne représentant qu'une possibilité pour le juge du référé, non une obligation ; qu'en tout état de cause, de telles conclusions seront dépourvues d'effet au jour où le juge statuera et sont de plus infondées car les conséquences négatives d'une suspension l'emporteraient largement sur ses éventuels avantages ; que la requête est également mal fondée dès lors que, d'une part, l'appréciation d'une offre anormalement basse nécessite de procéder à une appréciation conjointe et comparative des différentes offres et le juge du référé contractuel ne dispose pas de ce pouvoir, d'autre part, le moyen invoqué est dépourvu de tout élément de fait ou de droit permettant d'en apprécier le bien-fondé, la requérante se bornant à indiquer que son offre était manifestement la moins disante, sans aucune autre explication ; que Pôle Emploi n'a commis en l'espèce aucune erreur manifeste d'appréciation, la société requérante ayant présenté une offre 20 % moins chère que la moyenne des offres présentées et les données financières qu'elle a fournies démontrant qu'au vu des prix pratiqués l'offre ne pouvait satisfaire les exigences techniques attendues ; qu'enfin le vice allégué n'a aucune répercussion sur le contrat conclu dès lors que, comme déjà indiqué, l'article L. 551-18 du code de justice administrative ne prévoit l'annulation du contrat que dans un nombre de cas limitativement énumérés, dont le juge des référés n'est nullement saisi dans la présente affaire ; qu'au demeurant les préoccupations d'intérêt général et de continuité de service public évidentes se rattachant à la mission d'une agence Pôle Emploi militeraient en faveur de la poursuite du contrat en cours ;

Vu le mémoire en réplique enregistré le 16 juin 2010, présenté pour la SARL B. ELECTRIC qui demande :

- à titre principal, de prononcer la nullité du contrat passé entre Pôle Emploi et l'entreprise Lagarde sur le fondement de l'article L. 551-18 du code de justice administrative ;
- à titre subsidiaire, de suspendre en application des dispositions de l'article L. 551-17 du code de justice administrative le contrat de marché signé entre Pôle Emploi et l'entreprise Lagarde pour la durée de l'instance diligentée au fond, parallèlement introduite par ses soins ;

La SARL B. ELECTRIC fait valoir, s'agissant de la recevabilité de sa requête que, conformément aux indications figurant dans la lettre recommandée avec accusé de réception du 21 avril 2010 de Pôle Emploi lui indiquant que son offre n'a pas été retenue, et que le marché a été

signé le 13 avril 2010 avec l'entreprise Lagarde qui en a reçu notification le 16 avril suivant, elle a saisi le tribunal administratif de Bordeaux, en référé puis au fond, sur la base de l'article L. 551-13 du code de justice administrative dans un délai de 31 jours à compter de la notification de cette lettre valant notification de la conclusion du contrat prévue à l'article R. 551-7 du même code ; que le marché ayant été signé, la procédure pré-contractuelle ne pouvait trouver application ; qu'elle croyait que bien que le marché ait été passé, elle disposait d'un délai de 31 jours pour saisir la juridiction, persuadée que Pôle Emploi attendrait ce délai avant de passer les ordres de service et d'attaquer les travaux ; que tel n'est pas le cas dès lors que le contrat a été signé avant l'expiration du délai exigé après la décision d'attribution et pire encore, l'ordre de service a été signé avant même la notification effective du marché ; que, dès lors, la nullité du contrat devra être prononcée en vertu de l'article L. 551-18 du code de justice administrative ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu la décision en date du 30 mars 2010 par laquelle le président du tribunal a désigné Mme ROCA, vice-président, pour statuer en référé dans les contentieux particuliers prévus au titre V du livre V du code de justice administrative ;

Vu le code du travail ;

Vu l'ordonnance n° 2005-649 du 9 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics ;

Vu le décret n° 2005-1742 du 30 décembre 2005 fixant les règles applicables aux marchés passés par les pouvoirs adjudicateurs mentionnés à l'article 3 de l'ordonnance n° 2005-649 du 9 juin 2005 susvisée ;

Vu le code de justice administrative ;

Après avoir, à l'audience publique du 17 juin 2010, les parties ayant été régulièrement convoquées, donné lecture de son rapport et entendu :

- les observations de Me Cornet pour la SARL B. ELECTRIC qui a repris le contenu de ses écrits et précisé que le délai de 31 jours prévu au 3^{ème} alinéa de l'article L. 551-18 du code de justice administrative n'a pas été respecté, l'ordre de service lançant le début des travaux ne pouvant être donné par Pôle Emploi avant l'expiration de ce délai ; que son offre était inférieure de 10 % en moyenne par rapport aux autres offres et non de 20 % comme soutenu par le défendeur ;

- les observations de Me Morice, substituant Me Letellier, pour Pôle Emploi qui a confirmé son argumentation écrite et souligné que la procédure de passation du présent marché était spécifique et les modalités très peu contraignantes ; que les circonstances de fait sont très importantes car les locaux de la mairie, qui abritent provisoirement les services de Pôle Emploi pendant les travaux, doivent être libérés fin juin 2010 ; que le référé contractuel est distinct du référé suspension ; que même si l'offre de la requérante avait été admise, elle n'aurait pas été nécessairement l'offre économiquement la plus avantageuse ; que le problème de l'exécution du contrat ne peut être utilement invoqué dans le cadre du présent référé contractuel, étant précisé que la requérante n'est pas lésée par ce problème puisque le contrat a été signé ; qu'en outre il n'y a eu aucun vice dès lors que le contrat de marché, signé le 13 avril 2010 avec la société Lagarde, existait dès cette date et que

l'ordre de service a été donné ultérieurement, soit le 15 avril ; que la requérante opère une confusion avec le code des marchés publics ; qu'elle ne donne aucune base légale ; que les textes applicables n'imposent pas un délai de 31 jours pour donner l'ordre de service ;

Considérant qu'aux termes de l'article L. 551-13 du code de justice administrative : « Le président du tribunal administratif ou le magistrat qu'il délègue, peut être saisi, une fois conclu l'un des contrats mentionnés aux articles L. 551-1 et L. 551-5, d'un recours régi par la présente section » ; qu'aux termes de l'article L. 551-14 du même code : « Les personnes habilitées à agir sont celles qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par des manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles sont soumis ces contrats, ainsi que le représentant de l'Etat dans le cas des contrats passés par une collectivité territoriale ou un établissement public local (...) » ;

Considérant qu'il ressort des pièces du dossier que Pôle Emploi, institution nationale publique participant au service public de l'emploi, a, par un avis paru au bulletin officiel des annonces des marchés publics n° 28 du 10 février 2010, fait appel à la concurrence en vue de confier à des prestataires, au terme d'une procédure négociée régie par les dispositions de l'ordonnance n° 2005-649 du 5 juin 2005 et du décret n° 2005-1742 du 30 décembre 2005 susvisés, le marché de travaux, divisé en sept lots, ayant pour objet la restructuration de ses locaux à Nontron, en Aquitaine ; que, par courrier du 21 avril 2010, la SARL B. ELECTRIC qui avait soumissionné pour le lot n° 3 : « électricité – VMC – climatisation », a vu son offre rejetée comme anormalement basse et a été informée que le marché concernant ce lot avait été signé le 13 avril 2010 avec l'entreprise Lagarde ; que, dans le dernier état de ses écritures, la SARL B. ELECTRIC demande au juge du référé contractuel de prononcer la nullité du contrat en vertu des dispositions de l'article L. 551-18 du code de justice administrative ou, subsidiairement, de suspendre en application de l'article L. 551-17 du même code, le contrat de marché signé entre Pôle Emploi et l'entreprise Lagarde jusqu'à ce que le tribunal administratif statue dans le cadre de l'instance au fond qu'elle a introduite en vue d'obtenir « la résiliation » dudit marché ;

Sans qu'il soit besoin de statuer sur les fins de non recevoir opposées en défense ;

Considérant qu'aux termes de l'article L. 551-18 du code de justice administrative : « Le juge prononce la nullité du contrat lorsqu'aucune des mesures de publicité requises pour sa passation n'a été prise, ou lorsque a été omise une publication au Journal officiel de l'Union européenne dans le cas où une telle publication est prescrite. / ... Le juge prononce également la nullité du contrat lorsque celui-ci a été signé avant l'expiration du délai exigé après l'envoi de la décision d'attribution aux opérateurs économiques ayant présenté une candidature ou une offre ou pendant la suspension prévue à l'article L. 551-4 ou à l'article L. 551-9 si, en outre, deux conditions sont remplies : la méconnaissance de ces obligations a privé le demandeur de son droit d'exercer le recours prévu par les articles L. 551-1 et L. 551-5, et les obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles sa passation est soumise ont été méconnues d'une manière affectant les chances de l'auteur du recours d'obtenir le contrat. » ; que l'article L. 551-9 du même code précise : « Toutefois, dans les cas prévus à l'article L. 551-18, le juge peut sanctionner le manquement soit par la résiliation du contrat, soit par la réduction de sa durée, soit par une pénalité financière imposée au pouvoir adjudicateur ou à l'entité adjudicatrice, si le prononcé de la nullité du contrat se heurte à une raison impérieuse d'intérêt général. / Cette raison ne peut être constituée par la prise en compte d'un intérêt économique que si la nullité du contrat entraîne des conséquences disproportionnées et que l'intérêt économique atteint n'est pas directement lié au contrat, ou si le contrat porte sur une délégation de service public. » ; qu'il résulte de ces dispositions que le juge des référés ne peut mettre en œuvre les

pouvoirs qui lui sont dévolus que si aucune des mesures de publicité requises pour la passation du marché litigieux n'a été prise, si a été omise une publication au Journal officiel de l'Union européenne dans le cas où une telle publication est prescrite, ou si le marché litigieux a été signé avant l'expiration du délai exigé après l'envoi de la décision d'attribution aux opérateurs économiques ayant présenté une candidature ou une offre ;

Considérant, en premier lieu, que si la SARL B. ELECTRIC soutient, d'une part, que la mise en concurrence et les critères d'attribution du marché tels que définis à l'article III-1 du règlement de la consultation - à savoir la valeur technique : 20 %, le prix 35 %, la garantie des délais : 30 %, la prise en compte du développement durable : 15 % - n'ont pas été respectés, d'autre part que c'est à tort que Pôle Emploi a écarté son offre comme anormalement basse dès lors qu'elle avait fourni toutes réponses utiles pour justifier de sa possibilité de réaliser les travaux au prix proposé, ces manquements, à les supposer établis, ne sont pas au nombre des manquements, limitativement énumérés à l'article L. 551-18 susrappelé, susceptibles d'entraîner le prononcé par le juge du référé de la nullité du contrat litigieux ;

Considérant que si la requérante fait valoir en deuxième lieu que le contrat a été signé par Pôle Emploi et l'entreprise Lagarde avant l'expiration du délai exigé après l'envoi de la décision d'attribution aux soumissionnaires, elle ne fait état dans ses écrits d'aucun texte précis dont elle invoquerait la méconnaissance ; que si elle s'est prévalu à l'audience des dispositions du 3^{ème} alinéa de l'article L. 551-18 du code de justice administrative, ce texte ne détermine pas la durée exacte dudit délai et, en tout état de cause, la SARL B. ELECTRIC n'établit pas, en se bornant à indiquer que son offre était manifestement la moins disante et en émettant des considérations très générales pour justifier les raisons de ses prix, sans apporter la moindre preuve tangible, que l'attitude du pouvoir adjudicateur aurait affecté ses chances d'obtenir le contrat ;

Considérant, enfin, que si la requérante allègue que l'ordre de service ordonnant le commencement des travaux a été passé par Pôle Emploi le 15 avril 2010, avant même que le contrat, signé le 13 avril, ne soit notifié à l'entreprise Lagarde, elle ne démontre pas en quoi cette circonstance serait susceptible de la léser au sens de l'article L. 551-14 du code de justice administrative ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que les conclusions principales présentées par la SARL B. ELECTRIC doivent être rejetées ;

Considérant qu'il n'entre pas dans les pouvoirs du juge du référé contractuel d'ordonner la suspension du contrat litigieux jusqu'à ce que le tribunal se prononce dans l'instance au fond introduite par la requérante ; que les conclusions subsidiaires présentées par la SARL B. ELECTRIC ne peuvent, en conséquence, qu'être rejetées ;

Sur les conclusions présentées au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative :

Considérant que les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce que Pôle Emploi, qui n'est pas la partie perdante dans la présente instance, verse à la SARL B. ELECTRIC la somme que celle-ci demande au titre des frais exposés, non compris dans les dépens ; qu'il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce de mettre à la charge de la SARL B. ELECTRIC la somme de 1 000 € à verser à Pôle Emploi sur ce même fondement ;

ORDONNE

Article 1^{er} : La requête présentée par la SARL B. ELECTRIC est rejetée.

Article 2 : La SARL B. ELECTRIC versera 1 000 € à Pôle Emploi en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : La présente ordonnance sera notifiée à la SARL B. ELECTRIC, à Pôle Emploi - direction régionale Aquitaine et à la Sarl Lagarde.

Fait à Bordeaux, le 28 juin 2010

Le vice-président,
juge des référés

Le greffier,

M. ROCA

D. CALEMAR

La République mande et ordonne au préfet de la Région Aquitaine, préfet de la Gironde en ce qui le concerne ou 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 décision.

Pour expédition conforme,
Le Greffier en Chef,