

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE CLERMONT-FERRAND**

N°1000898

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

BET FOURGEAUD

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

M. Damay
Juge des référés

Ordonnance du 28 mai 2010

Le Tribunal administratif de Clermont-Ferrand,

Le juge des référés

Vu la requête, enregistrée le 6 mai 2010, présentée pour le BET FOURGEAUD, dont le siège est 21 bis rue de la Font aux Moines à La Souterraine (23300), par le cabinet Benesty Taithe Panassac, avocats associés ; le BET FOURGEAUD demande que le tribunal :

- Annule la procédure de consultation lancée par VICHY VAL ALLIER en vue de l'attribution d'un marché de levé topographique, ainsi que les actes s'y rattachant ;
- Condamne VICHY VAL ALLIER à lui verser une somme de 3000 € au titre de l'article L761-1 du code de justice administrative ;

Le BET FOURGEAUD soutient que les candidats n'ont pas été informés des conditions de mise en œuvre des critères de jugement des offres ; les deux critères, le prix et la durée d'exécution sont en effet affectés du même coefficient de pondération ; le pouvoir adjudicateur s'est réservé une marge d'appréciation discrétionnaire qui est contraire aux principes fondamentaux de la commande publique.

La communauté d'agglomération Vichy val d'Allier a méconnu le principe d'intangibilité des critères de jugement des offres ; il n'est pas en effet possible de déterminer l'écart de points séparant le BET FOURGEAUD de l'attributaire du marché ; le critère des délais de réalisation entendait favoriser la rapidité d'intervention ; or le BET FOURGEAUD ayant proposé un délai global de 10 jours, le cabinet SERRE ne pouvait globalement être mieux noté.

Le BET FOURGEAUD a procédé à l'attribution du marché dans une opacité absolue ; la lettre du 30 avril 2010 ne comporte comme seule information que le montant de l'offre retenue ;

Les manquements invoqués sont susceptibles d'avoir lésé le requérant ; le respect des règles devant conduire à le classer en première position ;

Vu le mémoire enregistré le 10 mai 2010 présenté par Vichy Val Allier, représentée par son président ; elle conclut au rejet de la requête et à la condamnation du BET FOURGEAUD à lui verser une somme de 3000 euros sur le fondement de l'article L761-1 du code de justice administrative.

Il soutient que le référé précontractuel est irrecevable, car la requête a été déposée le 6 mai

2010 alors que la conclusion du contrat est intervenue le 30 avril 2010 ; le marché a été lancé le 24 novembre 2009 par un avis d'appel public à la concurrence ce qui fait que le référé précontractuel de l'ordonnance 2009-515 du 7 mai 2009 n'est pas applicable ; la requête devra donc être déclarée irrecevable ; les critères ont été indiqués clairement mais ont également été clairement pondérés sans que rien n'interdise de leur donner une pondération égale ; l'offre de la requérante a été écartée sur le critère délai, les délais proposés n'étant pas en adéquation avec les moyens annoncés et n'étant pas réalistes ; le requérant a été averti du rejet de son offre alors que l'obligation de l'article 80 du code des marchés publics ne pèse que sur les marchés en procédure formalisée ; la communauté d'agglomération Vichy val d'Allier répondra dans le délai fixé par le code des marchés publics à la demande qui lui a été présentée sur le fondement de l'article 83 du code des marchés publics ; la demande d'annulation pour non communication des motifs de rejet de l'offre ne peut dès lors qu'être rejetée ;

La communauté d'agglomération Vichy val d'Allier n'a pas envoyé l'ordre de service à l'entreprise SERRE le 17 mai 2010 et devra verser à la S.N.C.F. les sommes dues au titre de la convention ; cette procédure retardera d'au moins un mois le marché de maîtrise d'œuvre du transfert des eaux usées de Vendat vers Saint Remy en Rollat ; elle a ainsi subi un préjudice qui justifierait que la requérante soit condamnée au moins au remboursement des frais irrépétibles ;

Vu le mémoire enregistré le 20 mai 2010 présenté par la SELARL Jean-Paul SERRE ;

Vu le mémoire enregistré le 25 mai 2010, présenté pour la LE BET FOURGEAUD, par Mc Benesty ; il conclut aux mêmes fins que sa requête ; il soutient que la procédure relève de l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009, car l'avis d'appel public à la concurrence paru le 24 novembre 2009 ne concerne qu'un référencement des entreprises qui seront mises en concurrence sur la base d'une lettre de consultation ; or ce dispositif n'a aucune valeur juridique et aucun fondement textuel et ne saurait marquer le point de départ de la consultation contestée ; en tout état de cause l'article L.551-1 du code des marchés publics dans sa rédaction antérieure serait alors applicable ; les lettres du 30 avril 2010 se bornent à informer les attributaires mais ne constituent pas la signature écrite du contrat ; seule une décision du président de Vichy Val Allier prise sur le fondement de la délégation consentie par le conseil communautaire le 16 décembre 2009 pourrait être considérée comme telle ;

Les candidats devaient être informés de l'importance réciproque donnée au délai d'intervention sur le terrain et au délai de mise en forme du levé dans le critère du délai d'exécution ; le principe de transparence des procédures a ainsi été méconnu.

L'offre du BET FOURGEAUD est mieux-disante puisqu'élaborée sur la base d'un délai global d'intervention de 10 jours contre 18 jours à l'attributaire ; le rapport d'analyse montre que l'offre a été jugée irrecevable au motif qu'il paraissait impossible que les géomètres respectent les délais annoncés, ce qui était totalement subjectif ; la proposition respectait l'exigence de faire le levé durant la semaine du 17 au 21 mai 2010 et d'avoir fini pour le 31 mai 2010 ; les frais irrépétibles n'indemnisent que les frais de justice et non le préjudice résultant du retard causé par la procédure ;

Vu la décision en date du 1^{er} janvier 2010 par laquelle le président du tribunal a désigné M. Damay, président, comme juge des référés ;

Vu les pièces jointes à la requête ;

Vu le code de justice administrative ;

Après avoir convoqué à une audience publique :

- le cabinet Benesty Taithe Panassac associés, représentant LE BET FOURGEAUD;
- la Communauté d'agglomération Vichy Val d'Allier et le cabinet Serre ;

Vu le procès-verbal de l'audience publique du 26 mai 2010 à 11 heures au cours de laquelle ont été entendus :

- le rapport de M. Darnay, juge des référés ;
- Me NÈVEUX, suppléant Me Benesty, représentant le BET FOURGEAUD;
- Mme BENOIT, représentant la Communauté d'agglomération Vichy Val d'Allier;

Après avoir annoncé, à l'issue de l'audience la clôture de l'instruction au 27 mai 2010 à 17h. ;

Vu le mémoire enregistré le 27 mai 2010 à 16h 22 présenté pour le BET FOURGEAUD ; il soutient que selon le Conseil d'Etat la conclusion d'un marché est matérialisée par l'apposition de la signature de l'autorité compétente sur l'acte d'engagement ; si aucun formalisme n'est exigé pour les marchés passés selon la procédure adaptée, il faut néanmoins qu'ils fassent l'objet d'un consentement exprès ; la décision de signer le marché relevait de la seule compétence du président de Vichy Val d'Allier ; il existe une incertitude sur le contenu du marché attribué à l'entreprise SERRE ; le marché ne pouvait être regardé comme signé tant que le candidat n'avait produit les pièces, attestations et certificats visés à l'article 46-I-1° et 2° du code des marchés publics ; le pouvoir adjudicateur ne pouvait déclarer une offre irrecevable alors qu'il n'avait pas indiqué les effectifs à mettre en place et n'avait pas demandé de le préciser dans l'offre ; il devait au moins demander des précisions avant de déclarer l'offre irrecevable ;

Vu le mémoire enregistré le 27 mai 2010 à 16h 40 présenté par Vichy Val d'Allier ; elle soutient que les marchés passés en procédure adaptée ne sont soumis à aucun formalisme sauf d'avoir été passé par écrit, ce qui est le cas ; l'offre contenait un organigramme et l'exposé des moyens en personnel ; la communauté de communes ne pouvait demander de précisions au BET FOURGEAUD dans la mesure où elle connaissait ses moyens, son matériel et sa méthodologie ; l'offre a donc été jugée inacceptable conformément à l'article 53 III du code des marchés publics ;

Sur les conclusions présentées au titre de l'article L.521-1 du code de justice administrative :

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 par les pouvoirs adjudicateurs de contrats administratifs ayant pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures ou la prestation de services, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation, ou la délégation d'un service public. Le juge est saisi avant la conclusion du contrat. » ; qu'aux termes de l'article L.551-10 du même code « Les personnes habilitées à engager les recours prévus aux articles L.551-1 et L.551-5 sont celles qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par le manquement invoqué, 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 » ; qu'aux termes de l'article L.551-2 du même code « Le juge peut ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses

obligations et suspendre l'exécution de toute décision qui se rapporte à la passation du contrat, sauf s'il estime, en considération de l'ensemble des intérêts susceptibles d'être lésés et notamment de l'intérêt public, que les conséquences négatives de ces mesures sont susceptibles de l'emporter sur leurs avantages. Il peut, en outre, annuler les décisions qui se rapportent à la passation du contrat et supprimer les clauses ou prescriptions destinées à figurer dans le contrat et qui méconnaissent lesdites obligations » ; qu'aux termes de l'article R551-5 du même code : « Le président du tribunal ou le magistrat qu'il délègue statue dans un délai de vingt jours sur les demandes qui lui sont présentées en vertu des articles L.551-1 et L551-5. » ;

Considérant que la communauté d'agglomération Vichy Val d'Allier a émis le 24 novembre 2009 un avis d'appel public à la concurrence en procédure adaptée afin d'élaborer une liste officielle de fournisseurs, prestataires de services et intervenants pour différents petits travaux de rénovation et d'amélioration de bâtiments communautaires, devant ensuite être remis en concurrence tout au long de la période de référencement couvrant l'année 2010 par simple lettre de consultation ; que l'avis prévoyait que les marchés seraient ensuite attribués à l'offre jugée économiquement la plus avantageuse au vu des critères d'attribution figurant dans la lettre de consultation ; que par décision du 26 février 2010, le président de Vichy Val d'Allier, agissant par délégation du conseil communautaire a référencé le BET FOURGEAUD avec six autres prestataires pour des travaux de levé topographique ; que par lettre de consultation du 14 avril 2010 le BET FOURGEAUD a été appelé à fournir un devis pour la réalisation d'un levé topographique destiné au projet de transfert des eaux de Vendat vers Saint-Remy en Rollat devant se dérouler en partie sur l'emprise S.N.C.F. ; que l'offre du BET FOURGEAUD parvenue dans les délais a été écartée comme étant inacceptable au motif que les délais d'exécution qu'elle prévoyait n'étaient pas crédibles compte tenu des moyens en personnel mis en œuvre ;

Considérant qu'aux termes de l'article 11 du code des marchés publics : « Les marchés et accords-cadres d'un montant égal ou supérieur à 4000 € sont passés sous forme écrite. Pour les marchés passés selon les procédures formalisées, l'acte d'engagement et, le cas échéant les cahiers des charges en sont les pièces constitutives (...) » ; qu'il résulte de ces dispositions que la conclusion du marché de levé topographique litigieux, passé en procédure adaptée sans obligation de transmission au contrôle de légalité pour un montant de 9000 € HT, n'était soumise à aucune formalité autre que celle d'être passé par écrit ; que la lettre du 30 avril 2010, dont il n'appartient pas au juge du référé pré-contractuel de vérifier la compétence du signataire manifestait l'accord du pouvoir adjudicateur sur le devis fourni pour le prix proposé et aux conditions d'exécution préalablement adressées aux candidats ; qu'ainsi la conclusion du contrat doit être regardée comme étant intervenue par suite de l'accord sur la chose et le prix à la date du 30 avril 2010 ; que par suite la saisine du juge du référé pré-contractuel intervenue le 6 mai 2010 était tardive, comme intervenue après la conclusion du contrat et alors même que les entreprises non retenues n'ont pas été informées en temps utile pour saisir le juge du référé pré-contractuel ; que la requête du BET FOURGEAUD doit par suite être rejetée ;

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

Considérant qu'il résulte des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative, que 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 ou de la situation économique de la partie condamnée ; il

peut, même d'office, ou pour des raisons tirées des mêmes considérations, dire qu'il n'y a pas lieu à cette condamnation ;

Considérant que ces dispositions font obstacle aux conclusions du BET FOURGEAUD dirigées contre la communauté d'agglomération Vichy Val d'Allier qui n'est pas, dans la présente instance de référé, la partie perdante ; qu'il n'y a pas lieu en revanche, dans les circonstances de l'espèce, de condamner le BET FOURGEAUD, en application desdites dispositions ;

ORDONNE

Article 1er : La requête du BET FOURGEAUD est rejetée ;

Article 2 : Les conclusions de la communauté d'agglomération Vichy Val d'Allier présentées sur le fondement de l'article L.761-1 du code de justice administrative sont rejetées ;

Article 3 : La présente ordonnance sera notifiée au BET FOURGEAUD, à la communauté d'agglomération Vichy Val d'Allier et au cabinet Serre ;

Fait à Clermont-Ferrand, le 28 mai 2010

Le juge des référés,



M. DAMAY

Le greffier,



Mme MAGNOL

La République mande et ordonne au préfet de l'Allier 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 décision.