

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE GRENOBLE**

N° 0805403

SOCIETE FOURNIER T.P.

M. Boucher
Juge des référés

Ordonnance du 17 décembre 2008

39-08-015

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Le Tribunal administratif de Grenoble,

Le juge des référés,

Vu la requête enregistrée le 28 novembre 2008, présentée pour la SOCIETE FOURNIER T.P., dont le siège est 33, chemin de l'Extraz à Cessieu (38110) et pour la SOCIETE GONIN CARRIERE ET T.P., dont le siège est zone artisanale du Coquillat à Saint-Clair-la-Tour, par la Selarl d'avocats Legitima ; la SOCIETE FOURNIER T.P. et la SOCIETE GONIN CARRIERE ET T.P. demandent au juge des référés, sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative :

- d'enjoindre à la communauté de communes de la chaîne des Tisserands de différer la signature du marché portant sur l'aménagement de la zone d'activité d'Evrieu ayant fait l'objet d'une procédure d'appel d'offres qui a donné lieu à publication d'un avis d'appel public à la concurrence dans le bulletin officiel des annonces de marchés publics du 13 septembre 2008 ;

- d'enjoindre à la communauté de communes de la chaîne des Tisserands de lui communiquer les motifs de son éviction dans un délai de sept jours à compter de la notification de l'ordonnance ;

- d'annuler la procédure de passation dudit marché ;

- de condamner le syndicat intercommunal d'électricité du Drac à lui verser la somme de 3 500 euros sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

La SOCIETE FOURNIER T.P. et la SOCIETE GONIN CARRIERE ET T.P. soutiennent que la communauté de communes de la chaîne des Tisserands ne leur a pas communiqué les motifs du rejet de leur offre alors que le respect de cette obligation doit permettre aux candidats évincés de saisir utilement le juge des référés précontractuels ;

Vu l'ordonnance du 1^{er} décembre 2008 par laquelle il a été enjoint au président de la communauté de communes de la chaîne des Tisserands de différer la signature du marché en litige ;

Vu le mémoire enregistré le 5 décembre 2008, présenté pour la communauté de communes de la chaîne des Tisserands, représentée par son président en exercice, par la Selarl d'avocats Affaires Droit Public (A.D.P.) ; la communauté de communes de la chaîne des Tisserands conclut au rejet de la requête et demande que les requérantes soient condamnées à lui

verser la somme de 4 000 euros en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ; la communauté de communes de la chaîne des Tisserands fait valoir qu'à la date de dépôt de la requête les sociétés requérantes n'avaient présenté aucune demande de communication des motifs du rejet de leur offre sur le fondement de l'article 83 du code des marchés publics et qu'il ne saurait dès lors lui être reproché de ne pas avoir répondu à une demande inexistante ; que les requérantes ont présenté une telle demande postérieurement au dépôt de leur requête et qu'il y a été répondu par lettre du 5 décembre 2008 ; que si les requérantes invoquent le fait que les motifs de rejet de leur offre n'ont pas été précisés dans le courrier les informant de ce rejet, ce manquement ne les a pas empêchées d'engager une instance en référé précontractuel dans le cadre de laquelle elles ont obtenu communication de ces motifs et que, dans ces conditions, il n'y a pas lieu d'annuler la procédure de passation du contrat ;

Vu le mémoire enregistré le 9 décembre 2008, présenté pour la SOCIETE FOURNIER T.P. et la SOCIETE GONIN CARRIERE ET T.P. qui persistent dans les conclusions de leur requête ; elles soutiennent en outre que les motifs qui leur ont été communiqués sont insuffisants en ce qu'ils mentionnent des notes sans expliquer comment les candidats les ont obtenues ; qu'aucune analyse de la valeur technique n'a été réalisée ; que l'entreprise attributaire a obtenu la même note pour la valeur technique ce qui neutralise ce critère au profit du critère prix, le choix se faisant ainsi en faveur du moins disant et non de l'offre économiquement la plus avantageuse ; que la manière dont le critère prix devait être apprécié est imprécise s'agissant d'un marché à prix unitaire et que cet aléa les a lésées en se traduisant par une augmentation des prix ; que les objectifs de développement durable n'ont pas été pris en compte ce qui les a lésées en les empêchant de valoriser leur offre sur ce point alors qu'elles disposent d'un savoir-faire dans ce domaine ; qu'eu égard à sa nature, le marché ne pouvait justifier l'obligation pour un groupement d'avoir un caractère solidaire et que cette obligation, d'une part, a dissuadé des entreprises qui ne pouvaient présenter une candidature isolée de participer à la procédure compte tenu des responsabilités imposées par la solidarité et, d'autre part, a lésé les requérantes en ce qu'elles n'ont pu présenter une offre plus compétitive sous la forme d'un groupement conjoint ; que le pouvoir adjudicateur a méconnu les obligations de publicité imposant le recours au formulaire européen et a procédé à une publicité sommaire dans un journal d'annonces légales sans renvoyer à l'avis paru au bulletin officiel des annonces des marchés publics ce qui les a lésées en ce qu'elles n'ont pas disposé du même temps et des mêmes informations que l'entreprise attributaire ;

Vu le mémoire enregistré le 12 décembre 2008, présenté pour la communauté de communes de la chaîne des Tisserands qui conclut au rejet et porte à 5 000 euros la somme qu'elle demande au titre des frais non compris dans les dépens ; elle fait valoir que le marché a été attribué conformément aux critères énoncés et à leur pondération ; que les offres n'ont pas été jugées seulement au regard du critère prix ; que rien ne s'oppose à ce que la valeur technique de deux offres soit notée à égalité ; que la prise en compte des objectifs de développement durable est un impératif flou et que rien n'impose au pouvoir adjudicateur de prouver qu'il a effectivement pris en compte de tels objectifs lorsqu'il a défini ses besoins ; que l'article 51 du code des marchés publics a été respecté dès lors que la forme des groupements était libre au stade de la présentation des offres et que ledit article et la directive 2004/18 autorisent expressément le pouvoir adjudicateur à contraindre le groupement attributaire à prendre une forme déterminée dans la mesure où cette transformation est nécessaire pour la bonne exécution du marché ; qu'eu égard au montant du marché, l'avis n'avait pas à être publié au JOUE ; que la publicité sommaire complémentaire à laquelle il a été procédé n'est pas de nature à caractériser un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence pour les requérantes qui disposaient de l'avis au BOAMP et n'ont pas été empêchées de soumissionner ;

Vu le mémoire enregistré le 12 décembre 2008, présenté pour la SOCIETE FOURNIER T.P. et la SOCIETE GONIN CARRIERE ET T.P., qui persistent dans leurs conclusions par les mêmes moyens ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu le règlement (CE) n° 1564/2005 de la Commission en date du 7 septembre 2005 établissant les formulaires standard pour la publication d'avis dans le cadre des procédures de passation des marchés publics conformément aux directives 2004/17/CE et 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil, et notamment son annexe II ;

Vu le code des marchés publics ;

Vu l'arrêté du 28 août 2006 pris en application du code des marchés publics et fixant les modèles d'avis pour la passation et l'attribution des marchés publics et des accords-cadres ;

Vu le code de justice administrative ;

Après avoir entendu au cours de l'audience publique du 12 décembre 2008 :

- le rapport de M. Boucher, juge des référés ;

- les observations de M^e Eric Lanzarone, pour les sociétés FOURNIER T.P. et GONIN CARRIERE ET T.P.;

- les observations de M^e Julien Antoine, pour la communauté de communes de la chaîne des Tisserands ;

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 (...). 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 (...) » ;

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 le moyen tiré de la méconnaissance par la communauté de communes de la chaîne des Tisserands de son obligation de communiquer aux candidats évincés les motifs du rejet de leur offre doit être écarté, dès lors qu'il résulte de l'instruction que ces motifs ont été communiqués aux sociétés requérantes en cours d'instance, par une lettre du 5 décembre 2008 répondant à leur demande du 2 décembre ;

Considérant, en deuxième lieu, que si les sociétés requérantes soutiennent que l'absence de publication au moyen d'un avis d'appel public à la concurrence conforme au modèle européen fixé par le règlement (CE) du 7 septembre 2005 susvisé et le recours à une publicité complémentaire sommaire sont de nature à avoir entaché d'irrégularité la procédure de passation du marché, il ne résulte toutefois pas de l'instruction, en tout état de cause, que lesdites sociétés, dont la candidature a été admise et qui ont présenté une offre correspondant à l'objet du marché, soient susceptibles d'avoir été lésées ou risquent d'être lésées par les irrégularités ainsi invoquées, qui se rapportent à une phase de la procédure antérieure à la sélection de leur offre ; que, compte tenu de l'office du juge des référés précontractuels, tel qu'il a été défini ci-dessus, les requérantes ne peuvent, dès lors, se prévaloir de tels manquements à l'appui de leur requête ;

Considérant, en troisième lieu, qu'à supposer que le pouvoir adjudicateur aurait, au regard des exigences en la matière de l'article 5 du code des marchés publics, insuffisamment pris en compte les objectifs de développement durable dans la définition de ses besoins, cette circonstance ne serait pas de nature à constituer un manquement aux obligations de mise en concurrence dès lors que les candidats ont présenté des offres répondant aux mêmes besoins ; qu'à la supposer établie, la circonstance que les sociétés requérantes disposeraient à cet égard d'un savoir-faire particulier qui aurait pu leur permettre de présenter une offre plus compétitive si les besoins avaient été définis de manière différente est sans incidence, dès lors que le respect des obligations de mise en concurrence doit être apprécié au regard des besoins tels qu'ils ont été définis et qu'il ne résulte pas de l'instruction que le pouvoir adjudicateur aurait cherché, en procédant à cette définition, à avantager tel ou tel candidat ;

Considérant, en quatrième lieu, que le fait pour le pouvoir adjudicateur d'user de la faculté qui lui est offerte par l'article 51 du code des marchés publics d'imposer au groupement ayant obtenu le marché de prendre la forme d'un groupement solidaire, ne saurait, par lui-même, constituer un manquement aux obligations de mise en concurrence, alors que cette transformation ne peut, selon les termes dudit article 51, être exigée au stade de la présentation des offres et ne peut, par suite, être imposée qu'après examen des offres et attribution du marché ;

Considérant, en cinquième lieu, que la lettre de communication des motifs du 5 décembre 2008 indique que l'offre de l'entreprise attributaire a obtenu, comme celle des sociétés requérantes, la note maximale au titre du critère « valeur technique » mais une note supérieure au titre du critère « prix des prestations » ; que ces indications, qui sont de nature à permettre aux requérantes de connaître les raisons pour lesquelles leur offre n'a pas été retenue, constituent une motivation suffisante au regard des exigences de l'article 83 du code des marchés publics imposant la communication des motifs détaillés du rejet de l'offre mais non les éléments permettant de vérifier la bonne application des critères d'attribution à l'offre retenue ou la pertinence des appréciations portées sur les mérites respectifs des offres en présence, qu'il n'appartient d'ailleurs pas au juge des référés précontractuels de contrôler ; qu'aucune disposition législative ou réglementaire, ni aucun principe de droit, notamment en matière de concurrence, ne s'oppose à ce que deux candidats à un marché public se voient attribuer la même note au titre d'un critère et qu'ils soient alors départagés par la note obtenue au titre du ou des autres critères applicables ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que la requête des sociétés FOURNIER T.P. et GONIN CARRIERE ET T.P. doit être rejetée, sans qu'il soit besoin d'enjoindre à la communauté de communes de la chaîne des Tisserands de communiquer les motifs du rejet de l'offre des requérantes ;

Considérant que la communauté de communes de la chaîne des Tisserands n'étant, dans la présente instance, ni une partie perdante, ni une partie tenue aux dépens, les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce qu'une somme quelconque soit mise à sa charge au titre des frais exposés par les sociétés requérantes et non compris dans les dépens ;

Considérant que, dans les circonstances de l'espèce, il y a lieu de mettre à la charge des sociétés FOURNIER T.P. et GONIN CARRIERE ET T.P. une somme de 1 000 euros au titre des frais exposés par la communauté de communes de la chaîne des Tisserands et non compris dans les dépens ;

ORDONNE :

Article 1^{er} : La requête de la SOCIETE FOURNIER T.P. et de la SOCIETE GONIN CARRIERE ET T.P. est rejetée.

Article 2 : La SOCIETE FOURNIER T.P. et la SOCIETE GONIN CARRIERE ET T.P. verseront une somme de 1 000 euros à la communauté de communes de la chaîne des Tisserands en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : La présente ordonnance sera notifiée à la SOCIETE FOURNIER T.P., à la SOCIETE GONIN CARRIERE ET T.P. et à la communauté de communes de la chaîne des Tisserands.

Fait à Grenoble, le 17 décembre 2008.

Le juge des référés,



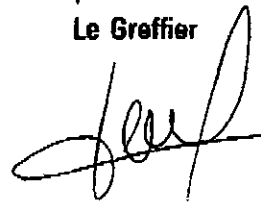
Y. Boucher

La République mande et ordonne au préfet de l'Isère 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.



"Pour Expédition Conforme"

Le Greffier



E. REVOL