

TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE MARSEILLE

REPUBLIQUE FRANÇAISE

N° 0806399, 0806622

- SOCIÉTÉ PROSERV
- SOCIÉTÉ IDEX ÉNERGIE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Ordonnance du
2 octobre 2008

Le Tribunal administratif de Marseille.

Le vice-président désigné,
Tousse des référés

54-03-05

Vu, l^o) la requête, enregistrée au greffe du Tribunal le 15 septembre 2008, sous le n° 0806399, présentée pour la SOCIÉTÉ PROSERV, dont le siège social est situé village d'entreprises, Saint-Henri, 6 rue Anne Gacon, à Marseille (13016), agissant par son représentant légal en exercice, par la société d'avocats Ernst & Young ;

La SOCIÉTÉ PROSERV demande au président du Tribunal administratif, sur le fondement des dispositions de l'article L. 551-1 du code de justice administrative :

1° d'enjoindre à la commune de Marignane de différer la signature du contrat portant sur la gestion des exploitations thermiques ventilation VMC et de gros entretien des bâtiments communaux, jusqu'au terme de la procédure ;

2° d'annuler la décision de rejet prise à son encontre le 3 septembre 2008 ainsi que la procédure de passation du contrat en cause ;

3° de condamner la commune de Marignane à lui verser la somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Elle soutient que :

- il y a urgence à différer la signature du contrat dont la procédure de passation est contestée ;

- l'avis d'appel public à la concurrence et le règlement de la consultation sont contradictoires, s'agissant des documents Dc4 et Dc5, et par suite de nature à induire en erreur les candidats sur la composition de leur dossier ;

- l'avis d'appel public à la concurrence est également incomplet en ce qui concerne les voies et délais de recours et le courrier rejetant sa candidature indique également un délai de deux mois, sans faire état du référé précontractuel ;

Vu le mémoire, enregistré le 30 septembre 2008, présenté pour la commune de Marignane, représentée par son maire en exercice, par la société d'avocats Sindres et Laridan ;

La commune de Marignane conclut :

1° au rejet de la requête ;

2° à ce que la société requérante lui verse la somme de 2 000 euros au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Elle fait valoir que :

- quand bien même les formulaires DC4 et DC5 n'ont pas été fournis dans le dossier de consultation, la procédure n'en est pas irrégulière, ces documents pouvant être aisément obtenus sur le site du ministère des finances ;

- ces formulaires étant facultatifs, l'absence de référence les concernant dans le règlement de consultation n'est pas davantage de nature à vicier la procédure ;

- ayant omis de joindre à sa candidature le formulaire DC4 ou un document équivalent, celle-ci était irrégulière et devait, pour ce motif, être rejetée ;

- les mentions relatives aux procédures de recours, ces dernières étant nécessairement postérieures au choix des offres, ne se rattachent pas aux obligations de publicité et de mise en concurrence et leur omission dans l'avis d'appel public à la concurrence est sans incidence ;

Vu le mémoire, enregistré le 30 septembre 2008, présenté pour la société Dalkia France, prise en la personne de son représentant légal, par la SELARL d'avocats Cermolacce, qui conclut :

1° au rejet de la requête ;

2° à ce que la société requérante lui verse la somme de 2 000 euros au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Elle fait valoir que :

- les irrégularités invoquées par la société requérante n'ont jamais été portées à sa connaissance ;

- elles ne pouvaient être de nature à induire les candidats en erreur et n'ont eu aucune incidence sur la procédure ;

Vu les autres pièces du dossier ;

VU, 2°) la requête, enregistrée au greffe du Tribunal le 22 septembre 2008, sous le n° 0806622, présentée pour la société IDEX ÉNERGIE, dont le siège social est sis 72 avenue Jean-Baptiste Clément à Boulogne-Billancourt (92100), prise en la personne de son représentant légal en exercice, par la SCP d'avocats Uettwiller Grelon Gout Canat Associés ;

La société IDEX ÉNERGIE demande au président du Tribunal administratif, sur le fondement des dispositions de l'article L. 551-1 du code de justice administrative :

1° d'enjoindre à la commune de Marignane de différer la signature du contrat portant sur la gestion des exploitations thermiques ventilation/VMC et de gros entretien des bâtiments communaux, jusqu'au terme de la procédure ;

2° d'annuler l'ensemble des décisions de la procédure de passation du contrat en cause et, en tout état de cause, de suspendre définitivement ladite procédure ;

3° de condamner la commune de Marignane à lui verser la somme de 5 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Elle soutient que :

- le pouvoir adjudicateur a méconnu le modèle d'avis de marché annexé au règlement du 7 septembre 2005, auquel renvoie l'article 40 du code des marchés publics, en ne renseignant pas les rubriques 1.2., 11.2.1., 11.3., 1V.3.2., 1V.3.8, VI.2. ou en renseignant de manière erronée la rubrique VI.4.

- les objectifs de la directive 2004/18 du 31 mars 2004 ont également été méconnus du fait de l'interdiction faite, sur le fondement de l'article 51 du code des marchés publics, aux candidats de soumissionner à la fois à titre individuel et en qualité de membre d'un ou plusieurs groupements, ce que ne prévoit pas ladite directive ;

- l'article 45 du code des marchés publics n'a pas été respecté, l'avis d'appel public à la concurrence n'indiquant pas précisément les documents et renseignements exigés des candidats, renvoyant ceux-ci à des documents non fournis et en raison d'une demande de renseignements ou documents non nécessaires à l'examen des capacités, allant au-delà de ce qui peut être demandé ou devant être fournis seulement par l'attributaire du marché ;

- le critère de la valeur technique des offres n'a pas été suffisamment précisé ;
- des éléments relatifs à la candidature ont été pris en compte au stade de l'examen des offres ;

- le courrier l'informant du rejet de son offre ne comportait pas l'indication des motifs, contrairement à ce que prévoit l'article 80 du code des marchés publics ;

Vu le mémoire, enregistré le 30 septembre 2008, présenté pour la commune de Marignane, représentée par son maire en exercice, par la société d'avocats Sindres et Laridan ;

La commune de Marignane conclut : 1°

au rejet de la requête ;

2° à ce que la société requérante lui verse la somme de 2 000 euros au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Elle fait valoir que :

- la requête est irrecevable, la société requérante n'ayant pas été lésée par les manquements qu'elle invoque et ceux-ci n'ayant eu aucune incidence sur la procédure

- à titre subsidiaire et sur le fond, le fait qu'elle n'ait pas renseigné certaines rubriques de l'avis d'appel public à la concurrence n'était pas de nature à dissuader une entreprise spécialisée de présenter sa candidature, dix d'entre elles l'ayant fait ;

- l'erreur commise quant au délai dans lequel doit être exercé un référé précontractuel est sans incidence sur la régularité de la procédure, ne constituant pas un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence ;

- il n'existe aucune contradiction entre les dispositions de l'article 51 du code des marchés publics et la directive 2004/18 du 31 mars 2004, s'agissant des possibilités de présenter des candidatures individuelles ou comme membre d'un groupement ;
- l'avis d'appel public à la concurrence comporte la liste des pièces devant être fournies par les candidats ;
- la production de l'imprimé DC7 n'était que facultative ;
- les critères mentionnés dans l'avis de publicité étaient suffisamment précisés ;
- elle n'a pas méconnu l'article 80 du code des marchés publics, l'information donnée aux candidats évincés étant suffisante ;

Vu le mémoire, enregistré le 30 septembre 2008, présenté pour la société Dalkia France, prise en la personne de son représentant légal, par la SELARL d'avocats Cermolacce, qui conclut :

1° au rejet de la requête ;

2° à ce que la société requérante lui verse la somme de 2 000 euros au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Elle fait valoir que :

- les irrégularités invoquées par la société requérante n'ont jamais été portées à sa connaissance ;
- elles ne pouvaient être de nature à induire les candidats en erreur et n'ont eu aucune incidence sur la procédure ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu la décision du président du Tribunal désignant M. Hermitte, vice-président, comme juge des référés ;

Vu la directive 2004/18/CE du 31 mars 2008 ;

Vu le règlement (CE) n° 1564/2005 du 7 septembre 2005 ; 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 régulièrement convoqué à l'audience :

- la Société PROSERV ;
- la société IDEX ÉNERGIE ;
- la conimune de Marignane ;
- la société Dalkia France ;

Après avoir présenté son rapport et entendu au cours de l'audience publique du 1er octobre 2008 les observations de :

- Me Dermie, pour la société PROSERV, qui a repris et développé les écritures ;
- Me Boudieb substituant Me Bejot, pour la société IDEX ÉNERGIE, qui a repris et développé les écritures ;
- Me Laridan, pour la commune de Marignane, qui a repris et développé les écritures ;
- Me Cermolacce, pour la société Dalkia France, qui a repris et développé les écritures ;

Après avoir prononcé la clôture de l'instruction à l'issue de l'audience ;

Sur la jonction :

Considérant que les requêtes, enregistrées sous les n° 0806399 et 0806622, présentées respectivement par les sociétés PROSERV et IDEX ÉNERGIE, concernent la même procédure de passation d'un marché public et ont fait l'objet d'une instruction commune ; que, par suite, il y a lieu de les joindre pour y statuer par une même ordonnance ;

Sur les fins de non recevoir opposées en défense :

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, des marchés mentionnés au 2° de l'article 24 de 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, des contrats de partenariat, des contrats visés au premier alinéa de l'article L. 6148-5 du code de la santé publique 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 que la société IDEX ÉNERGIE a fait acte de candidature, dans le cadre de la procédure de passation dont la régularité est contestée ; qu'elle avait vocation à conclure le marché et était susceptible, par suite, d'être lésée par un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence ; qu'elle justifie, dès lors, d'un intérêt suffisant, lui donnant qualité pour agir sur le fondement des dispositions précitées de l'article L. 551-1 du code de justice administrative ;

Considérant qu'il suit de là que la fin de non recevoir opposée par la commune de Marignane à la société IDEX ÉNERGIE doit être écartée ;

Sur les conclusions tendant à l'application de l'article L. 551-1 du code de justice administrative :

Considérant, en premier lieu, que le pouvoir adjudicateur n'a pas renseigné, dans l'avis d'appel public à la concurrence, la rubrique 11.2 « Quantité ou étendue du marché » ; que le règlement de consultation élaboré par le pouvoir adjudicateur ne comporte aucune précision sur ce point ; que le pouvoir adjudicateur n'établit pas que de telles informations auraient été portées à la connaissance des candidats dans un autre document ; que dans ces conditions, le pouvoir adjudicateur n'a pas mis les candidats en mesure de pouvoir apprécier l'importance de l'objet du marché ;

Considérant, en second lieu, que dans la rubrique VI.4.2. de l'avis d'appel public à la concurrence, relative à l'introduction des recours, le pouvoir adjudicateur a précisé, au regard de l'indication de la possibilité d'exercer un référé précontractuel, que le délai ouvert était de deux mois ; qu'en portant une telle information à la connaissance des candidats, de nature à les induire en erreur et, le cas échéant, à les priver de leur droit d'exercer un tel recours, le pouvoir adjudicateur a méconnu ses obligations en matière de publicité, alors d'ailleurs qu'un tel recours contentieux peut être formé à tout moment dans le cours de la procédure de passation d'un marché public ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède, et sans qu'il soit besoin de statuer sur les autres moyens de la requête, qu'au vu des manquements ci-dessus retenus, qui affectent la procédure contestée, la société PROSERV et la société IDEX ÉNERGIE sont fondées à soutenir que la commune de Marignane a méconnu ses obligations en matière de publicité ; qu'il y a lieu, par suite, d'annuler, depuis l'origine, la procédure de passation du contrat portant sur la gestion des exploitations thermiques ventilation/VMC et de gros entretien des bâtiments communaux, y compris toutes les décisions prises au cours de ladite procédure s'y rapportant ;

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

Considérant que, dans les circonstances, de l'espèce, il n'y a pas lieu de faire application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative et d'allouer à la société PROSERV ou à la société IDEX ÉNERGIE une somme sur leur fondement ; que ces mêmes dispositions font obstacle à ce qu'il soit fait droit aux conclusions présentées par la commune de Marignane et la société Dallcia France, à l'encontre des sociétés requérantes, lesquelles ne sont pas, dans les instances susvisées, les parties perdantes ;

ORDONNE

Article 1 er : La procédure de passation du contrat portant sur la gestion des exploitations thermiques ventilation/VMC et de gros entretien des bâtiments communaux engagée par la commune de Marignane est annulée depuis l'origine.

Article 2 : Les conclusions présentées par les parties sur le fondement des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetés.

Article 3 : La présente ordonnance sera notifiée à la société PROSERV, à la société IDEX ÉNERGIE, à la commune de Marignane et à la société Dalkia France.

Fait à Marseille, le 2 octobre 2008.

Le vice-président désigné,
Juge des référés.

signé

G. HERMITTE