

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE NICE**

N°0900973

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

SARL SUD BATIMENT CONCEPT
et autres

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

M. Poujade
Juge des référés

Le Vice-président,
Juge des référés,

Ordonnance du 31 mars 2009

Vu la requête, enregistrée au greffe du tribunal le 13 mars 2009 sous le n° 0900973, présentée pour la SARL SUD BATIMENT CONCEPT, représentée par son gérant en exercice et dont le siège social est BP 29, 2000 route des Lucioles - "Les Algorithmes - Bâtiment Aristode A" à Biot (06410), la SARL METALLERIE FERRONNERIE DE LA COTE D'AZUR, représentée par son gérant en exercice et dont le siège social est 62 Boulevard Virgil Barrel à Nice (06300), et la SARL ETANCHEITE RATIONNELLE SUD, représentée par son gérant en exercice et dont le siège social est "Le Luna" - 47 route du Cimetière de l'Est à Nice (06300), par Me Robbe, avocat au barreau de Nice ;

Les sociétés requérantes demandent au juge des référés du tribunal, sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative :

- d'enjoindre à la communauté urbaine Nice Côte d'Azur (CUNCA) de différer la signature du contrat ayant pour objet la « réhabilitation du génie civil et de la métallerie du bâtiment des décanteurs de la station d'épuration Haliotis » sise à Nice ;

- d'enjoindre à la communauté urbaine Nice Côte d'Azur (CUNCA) de réexaminer leur candidature ;

- d'annuler la procédure de passation de ce marché et d'enjoindre à la communauté urbaine Nice Côte d'Azur (CUNCA), dans le cas où elle entendrait conclure un marché de même objet, d'organiser une nouvelle procédure d'appel d'offres ;

- de mettre à la charge de la communauté urbaine Nice Côte d'Azur (CUNCA) une somme de 3 000 euros au titre de l'article L.761-1 du code de justice administrative ;

seulement des qualifications exigées ; en outre, les attestations et autres références de travaux, au demeurant versées que par deux sociétés, ne pouvaient compenser cette insuffisance ; aucun membre du groupement n'a fourni d'attestation de travaux pour des prestations d'imperméabilisation similaires à l'objet du marché en cause ; les caractéristiques et l'ampleur des travaux dont font références les sociétés du groupement, sont nettement insuffisantes ; ainsi, ni par les qualifications ni par les références de travaux et autres certificats, les membres du groupement, même appréhendés globalement, ne démontraient une capacité technique suffisante pour exécuter le marché ;

Vu, enregistré le 25 mars 2009, le dépôt de pièces effectué pour la communauté urbaine Nice Côte d'Azur ;

Vu enregistré le 25 mars 2009, le mémoire présenté pour les sociétés SUD BATIMENT CONCEPT, METALLERIE FERRONNERIE DE LA COTE D'AZUR, et ETANCHEITE RATIONNELLE SUD, qui tend aux mêmes fins que précédemment par les mêmes moyens ;

Il est soutenu en outre, que :

- les conditions financières de recevabilité des candidatures portent atteinte au principe d'égalité et ont pour effet de restreindre la concurrence au détriment des sociétés récentes ; la CUNCA ne justifie pas en quoi la détention des documents comptables exigés est objectivement rendue nécessaire par l'objet du marché ; les entreprises membres du groupement n'ont pas toutes une ancienneté de 3 ans ;

- aux termes de l'alinéa 4 de l'article 52 du code des marchés publics, la CUNCA ne pouvait refuser d'examiner la candidature du groupement au motif que le chiffre d'affaires « dans le type d'ouvrage considéré » n'était pas identifiable ; la demande de régularisation impose non seulement un délai qui n'est pas raisonnable, mais surtout induit en erreur son destinataire ; en effet, il n'y est pas indiqué que le chiffre d'affaires doit être ventilé en fonction de l'objet du marché ; les demandes de régularisations envoyées à deux autres candidats sont en revanche très précises ; il s'agit d'une rupture d'égalité ;

- toute clause qui, par des exigences particulières en matière de capacités ou de spécifications techniques, écarte certaines catégories de candidats, est discriminatoire ; il en va ainsi des exigences qui éliminent des entreprises qui n'auraient pas la qualification FNTP et dont les garanties sont au demeurant satisfaisantes, alors que les garanties supplémentaires ne sont pas justifiées par la spécificité du marché ; la CUNCA ne justifie l'exigence de ces qualifications que par le montant des travaux, lequel n'est pas forcément en rapport avec leurs difficultés techniques ; l'exigence des qualifications FNTP méconnaît le principe d'égalité ; la preuve que les candidats pourraient obtenir ces certificats doit suffire ; en tout état de cause, la personne publique ne peut imposer des spécifications techniques extrêmement détaillées sans nécessité technique particulière ; ainsi, la référence obligatoire à une qualification FNTP est discriminatoire ;

Vu, enregistré le 27 mars 2009, le mémoire présenté pour la communauté urbaine Nice Côte d'Azur et tendant au rejet de la requête ;

Il est soutenu que la mention de la nécessité de produire des déclarations sur le chiffre d'affaires spécifiques aux prestations en cause n'est pas irrégulière et se borne à respecter l'article 45 du code des marchés publics et l'arrêté du 28 août 2006 ; qu'en égard au montant du marché, qui s'élève à près de cinq millions d'euros, portant sur un ouvrage particulièrement technique et complexe, l'assise financière des sociétés candidates se devait d'être appréciée, au besoin sur

Elles soutiennent que :

- le rejet de leur candidature n'est pas fondé :

* alors même que la capacité financière d'un groupement doit être appréciée de manière globale, et non par rapport à chaque membre du groupement, au moins une entreprise du groupement répondait en l'espèce aux exigences de niveaux minimaux de chiffre d'affaires ;

* alors qu'il ne peut être exigé des entreprises des qualifications particulières que sous réserve de leur permettre de produire des références équivalentes, les sociétés requérantes ont fourni des garanties, à savoir des qualifications Qualibat, qui sont équivalentes aux qualifications FNTP exigées ;

- le principe d'égalité a été méconnu par la CANCA quant à la faculté de compléter le dossier de candidature et quant aux exigences imposées aux candidats :

* la CANCA a usé de la faculté offerte par l'article 52 du code des marchés publics non pour demander des précisions supplémentaires mais pour présélectionner des candidats ; le courrier du 24 février 2009 n'est adressé au groupement que pour lui indiquer les motifs de son élimination ultérieure, sans pour autant justifier que la même demande a été faite aux autres candidats ou aurait été portée à leur connaissance, ni que le délai bref pour répondre à ce courrier était adapté aux exigences du marché ; une telle exigence ne peut être considérée comme objectivement nécessaire par l'objet du marché ; par ailleurs, le délai imparti au groupement pour répondre à la demande de précision ne pouvait être respecté, sauf à admettre qu'il s'agissait d'une discrimination : d'une part, les chiffres d'affaires pour l'année 2008 n'étaient pas disponibles, ce qui rendait nécessaire la justification d'une année antérieure supplémentaire et l'examen de 4 années au lieu de 3 ; d'autre part, la demande de production de qualifications équivalentes à celles exigées ne pouvait être satisfaite en si peu de temps ;

* si le règlement de consultation doit être lu comme interdisant aux entreprises de moins de 3 ans de concourir, un tel critère serait discriminatoire ; il en va de même si seules les qualifications FNTP sont susceptibles de répondre aux exigences du pouvoir adjudicateur alors même que le règlement de consultation admet l'équivalence des qualifications ; dès lors, ou la CANCA n'admet pas l'équivalence, et elle adopte un comportement discriminant, ou alors en rejetant la candidature du groupement elle méconnaît son propre règlement de consultation et partant l'article 52 du code des marchés publics ;

Vu, enregistré le 20 mars 2009, le mémoire en défense présenté pour la communauté urbaine Nice Côte d'Azur (CUNCA), par la Selarl Symchowicz – Weissberg, société d'avocats inscrite au barreau de Paris, qui conclut au rejet de la requête et demande au juge des référés de mettre à la charge de chacune des sociétés requérantes une somme de 5 000 euros au titre des dispositions de l'article L.761-1 du code de justice administrative ;

La CUNCA soutient que :

- il résulte de la combinaison des dispositions des articles 45 et 52 du code des marchés publics que le pouvoir adjudicateur est tenu de rejeter toute candidature incomplète ou dont les capacités s'avèrent insuffisantes ;

- s'il est vrai que l'appréciation des capacités d'un groupement s'apprécie globalement, il est nécessaire que les membres de ce groupement produisent individuellement l'ensemble des documents exigés par la collectivité ; avant que soit appréciée la capacité globale du groupement à exécuter un marché, chaque membre du groupement reste tenu de fournir l'ensemble des pièces exigées afin d'établir la recevabilité de sa candidature ; pour que la candidature d'un groupement soit recevable, et que sa capacité soit ensuite appréciée, la candidature de chaque membre du groupement doit être recevable, ce qui implique que l'ensemble des membres du groupement présente tous les documents exigés au titre des candidatures ; les candidatures s'apprécient ainsi au vu de leur recevabilité, puis seulement au vu de la capacité du soumissionnaire ;

- l'acheteur public dispose d'un pouvoir discrétionnaire quant à l'examen des garanties présentées par les candidats ; le contrôle du juge est restreint ; alors qu'il n'appartient pas au juge du référé précontractuel d'apprécier les mérites respectifs des candidats, seule une erreur significative d'appréciation de la capacité des candidats peut être sanctionnée ; si ce même juge a le pouvoir de vérifier le bien-fondé des motifs d'exclusion d'un candidat, il doit rechercher si aucun autre motif que celui initialement retenu ne s'y oppose ; dans ce cas, un candidat ne saurait subir de préjudice de son éviction ;

- en l'espèce, les documents de la consultation explicitaient parfaitement les pièces à produire en conformité avec les dispositions de l'article 45 du code des marchés publics et de son arrêté d'application du 28 août 2006 ; en outre, les candidats pouvaient faire la preuve de leur capacité par tous moyens ;

- le rejet de la candidature du groupement requérant est fondé sur le double motif tiré d'une part, de l'irrecevabilité de la candidature pour défaut de production des pièces exigées au niveau financier et d'autre part, de l'insuffisance des pièces relatives à la capacité technique ; en effet, la candidature du groupement était tout à la fois incomplète mais, en outre, elle ne présentait pas de garanties financières et techniques suffisantes ;

- en premier lieu, la CUNCA était tenue de rejeter la candidature du groupement requérant qui était irrecevable ; en effet, les sociétés requérantes se sont individuellement abstenues de produire leur chiffre d'affaires concernant les travaux objet du marché des trois dernières années ; la société Etanchéité Rationnelle du Sud n'a présenté que deux années de chiffre d'affaires sans même, en outre, préciser la part de ce chiffre représentée par les prestations objet du marché ; de même, la société Sud Bâtiment Concept n'a pas indiqué le pourcentage de chiffre d'affaires relatif à ces prestations ; enfin, la société Métallerie Ferronnerie ne faisait état que de chiffres d'affaires inférieurs au niveau minimum exigé ; la candidature individuelle de ces sociétés étant irrecevable, cette irrecevabilité affectait nécessairement celle du groupement ;

- la demande de complément d'information présentée sur le fondement de l'article 52 du code des marchés publics a été communiquée à l'ensemble des candidats placés dans la situation du groupement requérant ; le délai imparti pour régulariser la candidature était suffisant ; d'ailleurs, les autres candidats ont régularisé leur candidature ; en revanche, le groupement requérant n'a répondu à cette demande qu'après avoir été informé du rejet de son offre ;

- en second lieu, et en tout état de cause, l'éviction du groupement était justifiée car la candidature ne répondait pas aux exigences de capacité technique ; alors que des qualifications équivalentes pouvaient être produites, l'absence de ces qualifications ou leur équivalent a pu fonder le rejet d'une candidature ; au demeurant, les seuls certificats Qualibat produits ne sont pas équivalents aux qualifications FNTP exigées ; les sociétés n'ont, en effet, fourni qu'une partie

plusieurs années, ce qu'autorise l'arrêté du 28 août 2006 ; que l'exigence d'un chiffre d'affaires sur les trois derniers exercices disponibles n'a pas pour objet de limiter l'accès au marché aux entreprises de création récente, celles-ci pouvant justifier de leur capacité financière par tout moyen jugé équivalent par le pouvoir adjudicateur ; que les sociétés requérantes n'ont ni fourni les pièces attendues, ni informé la collectivité d'une prétendue impossibilité, en démontrant par équivalence leur capacité ; qu'elle n'était pas à même de connaître des raisons du caractère incomplet et insuffisant de la candidature des sociétés requérantes ; qu'aucun des requérant n'a respecté le niveau minimal de capacité posé au dossier de consultation ; que la société « Etanchéité rationnelle du sud » n'a pas démontré, par la production de deux années seulement de chiffres globaux, atteindre l'exigence annuelle de chiffre d'affaires spécifique aux prestations considérées de 1 500 000 euros ; que la SARL « sud bâtiment concept » n'a pas justifié, par la production de trois années de chiffres d'affaires globaux, atteindre l'exigence annuelle de chiffre d'affaires spécifique aux prestations considérées de 1 500 000 euros ; que les chiffres d'affaires de la société « métallerie ferromerie de la Côte d'Azur » étaient largement inférieurs aux souhaits de la collectivité ; que la violation de l'article 52 du code des marchés publics est inopérante dès lors que l'éviction des sociétés requérantes repose sur une insuffisance de capacité financière et technique ; que le groupement n'a pas été évincé pour défaut de référence, mais compte tenu de l'absence de démonstration des capacités financière et technique des entreprises membres ; que la demande d'information qu'elle a formulée ne pouvait induire les requérantes en erreur puisque cette demande ne visait qu'à rappeler les données initiales du dossier de consultation ; que les sociétés requérantes ne peuvent contester la prétendue ambiguïté d'un courrier auquel elles n'ont pas répondu dans les délais ; que les demandes adressées aux autres candidats ne portaient pas sur le même objet ; que les exigences invoquées en terme de qualification professionnelle ne sont pas discriminatoires, dès lors que la preuve du niveau de compétence peut être démontrée par tous moyens ; que la disproportion du niveau de qualification demandé au regard de l'objet du marché n'est pas démontrée ; que le niveau de compétence exigé est en parfaite adéquation avec l'objet du marché portant sur la réhabilitation d'une station d'épuration ;

Vu les pièces du dossier ;

Vu le code des marchés publics ;

Vu l'arrêté du 28 août 2006 fixant la liste des renseignements et des documents pouvant être demandés aux candidats aux marchés passés par les pouvoirs adjudicateurs ;

Vu le code de justice administrative ;

Vu l'ordonnance du 13 mars 2009 par laquelle il a été enjoint au président de la communauté urbaine Nice Côte d'Azur (CUNCA) de différer la signature du contrat ;

Vu la délégation du président du Tribunal désignant M. Poujade, président, comme juge des référés ;

Les parties ayant été régulièrement convoquées à l'audience publique du 30 mars 2009 à 10 h 00 ;

Après avoir lu le rapport et entendu :

- les observations de Maître Robbe, avocat au barreau de Nice, pour les sociétés requérantes, qui reprend les mêmes conclusions et moyens ;

- de Maître Letellier, avocat au barreau de Paris, pour la communauté urbaine Nice Côte d'Azur (CUNCA), qui reprend les mêmes conclusions et moyens ;

Considérant qu'il ressort des pièces du dossier, que la communauté d'agglomération Nice Côte d'Azur (CANCA), à laquelle s'est substituée la communauté urbaine Nice Côte d'Azur (CUNCA), a lancé une procédure d'appel d'offres ouvert en vue de l'attribution d'un marché, divisé en deux lots, ayant pour objet la « réhabilitation du génie civil et de la métallerie du bâtiment des décanteurs de la station d'épuration Haliotis » de Nice, par avis d'appel public à la concurrence envoyés à la publication le 22 décembre 2008, et publiés le 24 décembre 2008 au Journal officiel de l'Union européenne (JOUE) et le 27 décembre 2008 au Bulletin officiel des annonces des marchés publics (BOAMP) ; qu'un groupement solidaire composé de la société Sud Bâtiment Concept, mandataire, de la société Métallerie Ferronnerie de la Côte d'Azur et de la société Etanchéité rationnelle Sud, a présenté sa candidature à l'attribution du lot n° 1 qui porte sur les travaux, le lot n°2 portant sur le contrôle technique ; que, par courrier en date du 4 mars 2009, le groupement requérant a été informé du rejet de sa candidature ; que, par la présente requête, ledit groupement demande au juge des référés, statuant sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, d'annuler cette procédure et d'enjoindre à la CUNCA de réexaminer sa candidature, si celle-ci entend poursuivre l'attribution du marché dont s'agit ;

Sur les conclusions à fin d'annulation :

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 (...) 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 (...)"; qu'en vertu de ces dispositions, 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 qu'aux termes de l'article 52 du code des marchés publics : "I. - Avant de procéder à l'examen des candidatures, le pouvoir adjudicateur qui constate que des pièces dont la production était réclamée sont absentes ou incomplètes peut demander à tous les candidats concernés de compléter leur dossier de candidature dans un délai identique pour tous et qui ne saurait être supérieur à dix jours. Il en informe les autres candidats qui ont la possibilité de compléter leur candidature dans le même délai./ Les candidats (...) qui, le cas échéant après mise en œuvre des dispositions du premier alinéa, produisent des dossiers de candidature ne comportant pas les pièces mentionnées aux articles 44 et 45 ne sont pas admis à participer à la suite de la procédure de passation du marché./ Les candidatures qui n'ont pas été écartées en application des dispositions de l'alinéa précédent sont examinées au regard des niveaux de capacités professionnelles, techniques et financières mentionnées dans l'avis d'appel public à la concurrence (...) Les candidatures qui ne satisfont pas à ces niveaux de capacité sont éliminées./ L'absence de références relatives à l'exécution de marchés de même nature ne peut justifier l'élimination d'un candidat et ne dispense pas le pouvoir adjudicateur d'examiner les capacités professionnelles, techniques et financières des

candidats./ L'appréciation des capacités professionnelles, techniques et financières d'un groupement est globale. Il n'est pas exigé que chaque membre du groupement ait la totalité des compétences techniques requises pour l'exécution du marché (...)" ;

Considérant qu'aux termes de l'article 45 du code des marchés publics : "I. - Le pouvoir adjudicateur ne peut exiger des candidats que des renseignements ou documents permettant d'évaluer leur expérience, leurs capacités professionnelles, techniques et financières ainsi que des documents relatifs aux pouvoirs des personnes habilitées à les engager (...)/ La liste de ces renseignements et documents est fixée par arrêté du ministre chargé de l'économie./ Lorsque le pouvoir adjudicateur décide de fixer des niveaux minimaux de capacité, il ne peut être exigé des candidats que des niveaux minimaux de capacités liés et proportionnés à l'objet du marché. Les documents, renseignements et les niveaux minimaux de capacité demandés sont précisés dans l'avis d'appel public à la concurrence ou, en l'absence d'un tel avis, dans les documents de la consultation (...) II. - Le pouvoir adjudicateur peut demander aux opérateurs économiques qu'ils produisent des certificats de qualité. Ces certificats, délivrés par des organismes indépendants, sont fondés sur les normes européennes./ Pour les marchés qui le justifient, le pouvoir adjudicateur peut exiger la production de certificats, établis par des organismes indépendants, et attestant leur capacité à exécuter le marché./ (...) le pouvoir adjudicateur accepte tout moyen de preuve équivalent ainsi que les certificats équivalents d'organismes établis dans d'autres Etats membres. III. - Pour justifier de ses capacités professionnelles, techniques et financières, le candidat, même s'il s'agit d'un groupement, peut demander que soient également prises en compte les capacités professionnelles, techniques et financières d'autres opérateurs économiques, quelle que soit la nature juridique des liens existant entre ces opérateurs et lui. Dans ce cas, il justifie des capacités de ce ou ces opérateurs économiques et apporte la preuve qu'il en disposera pour l'exécution du marché./ Si le candidat est objectivement dans l'impossibilité de produire, pour justifier de sa capacité financière, l'un des renseignements ou documents prévus par l'arrêté mentionné au I et demandés par le pouvoir adjudicateur, il peut prouver sa capacité par tout autre document considéré comme équivalent par le pouvoir adjudicateur (...)" ;

Considérant qu'aux termes de l'article 58 du code des marchés publics : "I. - (...) Avant de procéder à l'examen des candidatures, le pouvoir adjudicateur qui constate que des pièces dont la production était réclamée sont absentes ou incomplètes, peut demander aux candidats de compléter leur dossier conformément aux dispositions du I de l'article 52. II. - Au vu des seuls renseignements relatifs aux candidatures, les candidatures qui ne peuvent être admises en application des dispositions de l'article 52 sont éliminées. Cette élimination est effectuée par la commission d'appel d'offres pour les collectivités territoriales (...)" ;

Considérant qu'aux termes de l'article 1^{er} de l'arrêté du 28 août 2006 susvisé : "A l'appui des candidatures et dans la mesure où ils sont nécessaires à l'appréciation des capacités des candidats, le pouvoir adjudicateur ne peut demander, en application de l'article 45 du code des marchés publics (...) que le ou les renseignements et le ou les documents suivants :
- déclaration concernant le chiffre d'affaires global et le chiffre d'affaires concernant les fournitures, services ou travaux objet du marché, réalisés au cours des trois derniers exercices disponibles ; (...)
- certificats de qualifications professionnelles. Le pouvoir adjudicateur dans ce cas précise que la preuve de la capacité du candidat peut être apportée par tout moyen, notamment par des certificats d'identité professionnelle ou des références de travaux attestant de la compétence de l'opérateur économique à réaliser la prestation pour laquelle il se porte candidat (...)" ;

Considérant d'une part, qu'il résulte de ces dispositions que le pouvoir adjudicateur doit contrôler les garanties professionnelles, techniques et financières des candidats à l'attribution d'un

marché public et que cette vérification s'effectue au vu des seuls renseignements ou documents prévus à l'article 1^{er} précité de l'arrêté du 28 août 2006 ; que si les documents ou renseignements exigés à l'appui des candidatures doivent être objectivement rendus nécessaires par l'objet du marché et la nature des prestations à réaliser, lorsque cette exigence a pour effet d'en restreindre l'accès, les avis d'appel public à concurrence doivent nécessairement prévoir un de ces documents ou renseignements afin précisément de permettre au pouvoir adjudicateur de procéder au contrôle des garanties requises des candidats ; que, sous cette réserve, dès lors que des pièces sont exigées dans le règlement de la consultation à l'appui des candidatures, conformément à l'article 45 du code des marchés publics, il résulte des articles 52 et 58 du code des marchés publics que la commission d'appel d'offres est tenue de refuser d'admettre les candidats qui ne les produisent pas ;

Considérant d'autre part, qu'il résulte de ces dispositions que le pouvoir adjudicateur dispose de la faculté, en vue de l'examen des capacités professionnelles, techniques et financières des candidats, de fixer des niveaux minimaux de capacités liés et proportionnés à l'objet du marché et qui sont précisés dans les avis d'appel public à la concurrence ; que la vérification de ces niveaux minimaux s'effectue au vu des seuls renseignements ou documents prévus à l'article 1^{er} précité de l'arrêté du 28 août 2006 ; qu'en conséquence, si une candidature peut être déclarée irrecevable lorsque les pièces demandées par le pouvoir adjudicateur destinées à évaluer la capacité professionnelle des candidats n'ont pas été fournies par ceux-ci, une candidature ne saurait, en revanche, être écartée sans aucune appréciation des documents alternatifs que le candidat a pu produire pour établir qu'il dispose du niveau minimum de capacité professionnelle exigé, alors que le pouvoir adjudicateur a autorisé tout moyen de preuve pour établir cette capacité ;

Considérant que l'absence de références relatives à l'exécution de marchés de même nature ne peut justifier à elle seule l'élimination d'un candidat et ne dispense pas le pouvoir adjudicateur d'examiner les capacités professionnelles, techniques et financières des candidats ; qu'à cet égard, s'il est loisible à l'acheteur public d'exiger la détention, par les candidats à l'attribution d'un marché public, de documents et de références de nature à attester de leurs capacités, cette exigence, lorsqu'elle a pour effet de restreindre l'accès au marché à des entreprises de création récente, doit être objectivement rendue nécessaire par l'objet du marché et la nature des prestations à réaliser ;

Considérant qu'il appartient au juge administratif, saisi en application de l'article L. 551-1 précité, de se prononcer sur le respect des obligations de publicité et de mise en concurrence incombant à l'administration ; que, dans le cadre de ce contrôle de pleine juridiction, le juge vérifie en particulier les motifs de l'exclusion d'un candidat de la procédure d'attribution d'un marché ;

Considérant qu'aux termes de l'article 4.1.1 du règlement de la consultation : "(...) chaque candidat produira un dossier complet de sa candidature, comprenant : (...) Déclaration concernant le chiffre d'affaires concernant les travaux objet du marché réalisé au cours des trois derniers exercices disponibles, le niveau de capacité minimum requis est un chiffre d'affaires annuel de 1 500 000 euros HT ; La qualification professionnelle FNTP groupe 01 ouvrage d'art et de génie civil industriel (béton et acier béton) Section 16 génie civil de l'eau et de l'environnement Chapitre 166 Etanchéité des ouvrages du génie civil et de l'eau ou équivalent ; La qualification professionnelle FNTP groupe 07 Travaux spéciaux Section 72 travaux liés à la réparation – réhabilitation d'ouvrages d'art et d'ouvrages industriels chapitres 7211, 7212, 7213 ou équivalent. / Toutefois, la preuve de la capacité de l'entreprise peut être apportée par tout moyen, notamment pas des certificats d'identité professionnelle ou des références de travaux attestant de la compétence de l'entreprise à réaliser la prestation pour laquelle elle se porte candidate (...)"; que l'article 5 dudit règlement prévoit que la sélection des candidatures « portera sur les capacités professionnelles et financières du candidat qui seront appréciées au vu des renseignements fournis dans la première enveloppe » ;

Considérant qu'il résulte de l'instruction, que l'objet du marché dont s'agit porte essentiellement sur la réparation et le traitement des bétons de la totalité des dix bassins de décantation de la station d'épuration retraitant les eaux usées de Nice et de six autres communes de la CUNCA (Aspremont, Cantaron, Colomars, Falicon, Saint-André-de-la-Roche et la Trinité), par la mise en œuvre de résine de protection, le remplacement des supports de caillebotis et d'équipements, le remplacement des modules de décantation et des goulottes de reprise des eaux décantées ; que les travaux de préparation de support béton représentent environ 22 000m² et les travaux de réparation des bétons représentent environ 15 000m² ; qu'en outre, les travaux d'imperméabilisation au moyen de résines synthétiques représentent près de la moitié des superficies à traiter, soit environ 10 000m² ; que, compte tenu de l'ampleur de ces travaux, le marché prévoit un délai d'exécution de 36 mois ; qu'enfin, le montant des travaux est estimé par l'acheteur public à 4,5 millions d'euros HT ;

Sur la recevabilité de la candidature :

Considérant que pour justifier de leurs capacités financières, la CUNCA n'a pas demandé aux candidats d'autres renseignements que ceux indiqués par l'arrêté précité du 28 août 2006, en l'occurrence une déclaration concernant leur chiffre d'affaires relatifs aux travaux objet du marché des trois derniers exercices disponibles ; que compte tenu de l'ampleur, de la durée et de la spécificité des travaux à réaliser sur un ouvrage de génie civil de l'environnement, la nécessité pour les candidats de produire ces renseignements était objectivement rendue nécessaire par l'objet du marché et la nature des prestations à réaliser ; que, par suite, à supposer même que cette exigence aurait pour effet de restreindre l'accès au marché en cause, la CUNCA n'a pas manqué à ses obligations de mise en concurrence, ni porté atteinte au principe d'égalité, en exigeant des candidats de tels renseignements ;

Considérant qu'il n'est pas contesté que, à la date à laquelle s'est prononcée la commission d'appel d'offres, le dossier présenté par le groupement requérant à l'appui de sa candidature n'était pas accompagné de tous les renseignements relatifs aux chiffres d'affaires propres à chacune des sociétés membres du groupement et ce, malgré une demande en ce sens effectuée conformément aux dispositions précitées du I de l'article 52 du code des marchés publics ; qu'ainsi, et alors que ces renseignements étaient objectivement rendus nécessaires par l'objet du marché et la nature des prestations à réaliser, la commission d'appel d'offres de la CUNCA était tenue, en tout état de cause, de faire application du règlement de la consultation et d'écarter la candidature du groupement requérant ; que, dès lors, en écartant cette candidature comme irrecevable, la CUNCA n'a pas manqué à ses obligations de publicité et de mise en concurrence ;

Sur la capacité financière des candidats :

Considérant en premier lieu, qu'il est vrai que, pour justifier des niveaux minimaux de capacité financière exigés, la CUNCA a demandé aux candidats de produire un chiffre d'affaires annuel minimum concernant des prestations de même objet, d'un montant et d'une fréquence qui peuvent paraître élevés pour une petite entreprise ou une entreprise de création récente ; qu'à supposer, toutefois, que cette demande ait eu pour effet de restreindre l'accès au marché pour de telles entreprises, cette exigence était rendue objectivement nécessaire au regard de l'ampleur et de la spécificité des travaux à réaliser ;

Considérant en deuxième lieu, que le niveau de capacité financière minimum requis, soit un

chiffre d'affaires annuel relatif aux mêmes prestations que celles du marché de 1 500 000 euros HT à réaliser sur les trois derniers exercices comptables, est lié et proportionné à l'objet très spécifique du marché que constitue la réhabilitation d'ampleur de la seule station d'épuration de Nice et ses alentours, et qui correspond au tiers du montant des travaux à exécuter, tel qu'il est estimé par la CUNCA ; qu'au demeurant, de tels renseignements figurent sur la liste des renseignements et des documents pouvant être demandés aux candidats aux marchés établie par le ministre de l'économie ;

Considérant en dernier lieu, qu'il est constant que toutes les pièces exigées pour attester de la capacité financière des sociétés composant le groupement requérant, n'ont pas été versées à l'appui de leur candidature et ce, malgré une demande en ce sens du pouvoir adjudicateur, émise conformément aux dispositions précitées de l'article 52 du code des marchés publics et qui ne saurait être regardée comme ayant induit en erreur les sociétés requérantes ; qu'à cet égard, il ne peut être utilement soutenu que le délai imparti aux termes de cette demande de régularisation, à savoir près de 3 jours, était insuffisant compte tenu du caractère usuel des documents demandés au titre des exercices comptables disponibles ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que les références financières exigées des candidats pour justifier d'un niveau minimal, lié et proportionné à l'objet du marché, de capacités financières à exécuter les prestations contractuelles n'était pas constitutif d'un manquement aux obligations de mise en concurrence ; qu'en tout état de cause, en l'absence des documents exigés par les documents de la consultation et destinés à contrôler ce niveau minimum de capacité financière des candidats, la candidature du groupement requérant était irrecevable ;

Sur la capacité professionnelle :

Considérant que pour justifier de leurs capacités techniques et professionnelles, la CUNCA n'a pas demandé aux candidats d'autres renseignements que ceux indiqués par l'arrêté précité du 28 août 2006 et leur a laissé la possibilité de justifier de ces capacités par tout moyen, notamment par des certificats d'identité professionnelle ou des références de travaux attestant de la compétence de l'entreprise à réaliser la prestation pour laquelle elle se porte candidate ;

Considérant qu'il résulte de l'instruction que, bien que les entreprises composant le groupement ne disposaient pas des qualifications FNTP exigées, les capacités techniques et professionnelles dudit groupement ont été examinées au regard de l'ensemble des documents fournis ; qu'à cet égard, il ressort de ces documents qu'aucune entreprise ne disposait d'expérience dans le domaine de la maintenance des ouvrages de génie civil de l'eau et de l'environnement ; que les références professionnelles des entreprises étaient sans commune mesure avec les prestations à réaliser, tant au niveau de leur nature que de leur ampleur ; qu'en outre, la commission d'appel d'offres n'a pas commis d'erreur manifeste en considérant que les certificats Qualibat produits par la société Etanchéité rationnelle Sud ne concernaient pas des capacités aussi précises et spécifiques à l'objet du marché que les certificats FNTP exigés ;

Considérant que compte tenu de ce qui vient d'être dit, en considérant que le groupement requérant ne présentait pas, de manière globale, les compétences techniques et professionnelles requises pour l'exécution du marché, la commission d'appel d'offres n'a pas manqué à ses obligations de mise en concurrence ; que, dans ces conditions, et pour ce seul motif, le pouvoir adjudicateur était tenu d'écarter sa candidature ; qu'à supposer même, par suite, que le second motif pour lequel le pouvoir adjudicateur a écarté la candidature du groupement requérant soit erroné, cette circonstance n'aurait aucune influence sur la régularité du rejet de ladite candidature pour les motifs ci-dessus exposés ;

Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que le groupement requérant n'est pas fondé à demander l'annulation de la procédure de passation du marché litigieux ; que, dès lors, ses conclusions à fin d'annulation de ladite procédure ne peuvent qu'être rejetées ;

Sur les conclusions à fin d'injonction :

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que la commission d'appel d'offres de la CUNCA n'a pas manqué à ses obligations de mise en concurrence ; qu'il n'y a pas lieu, dès lors, de lui enjoindre de reprendre l'intégralité de la procédure d'appel d'offres du marché litigieux ni même de lui enjoindre de réexaminer la candidature du groupement requérant ;

Sur les conclusions présentées au titre 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 ou 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 que ces dispositions font obstacle à ce que la communauté urbaine Nice Côte d'Azur (CUNCA), qui n'est pas la partie perdante, soit condamnée à verser la somme demandée par les sociétés requérantes au titre des frais occasionnés par le litige ; qu'il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de condamner lesdites sociétés à payer solidairement à la CUNCA une somme de 2 000 euros sur le fondement de ces mêmes dispositions ;

ORDONNE :

Article 1^{er} : La requête présentée par les sociétés SUD BATIMENT CONCEPT et autres est rejetée.

Article 2 : Les sociétés SUD BATIMENT CONCEPT, METALLERIE FERRONNERIE

DE LA COTE D'AZUR et ETANCHEITE RATIONNELLE SUD verseront solidairement à la communauté urbaine Nice Côte d'Azur (CUNCA) la somme de 2 000 (deux mille) euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : La présente ordonnance sera notifiée à la SOCIETE SUD BATIMENT CONCEPT, à la SOCIETE METALLERIE FERRONNERIE DE LA COTE D'AZUR, à la SOCIETE ETANCHEITE RATIONNELLE SUD et à la communauté urbaine Nice Côte d'Azur.

Fait à Nice, le 31 mars 2009.



Le Vice-président,
Juge des référés,

A. POUJADE

La République mande et ordonne au préfet des Alpes-Maritimes 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,
P/ la greffière en chef,
La greffière,*

achatpublic.com