

N° [REDACTED]

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Mme Plumerault  
Juge des référés

LE JUGE DES REFERES DU  
TRIBUNAL,

Audience du 3 novembre 2010

Ordonnance du 5 novembre 2010

Vu la requête, enregistrée le 6 octobre 2010 au greffe du Tribunal, présentée pour la société [REDACTED], dont le siège social est situé [REDACTED] à [REDACTED] représentée par son gérant en exercice, par Me Metais, avocat au barreau de Saint-Brieuc ;

La société [REDACTED] demande au juge des référés du Tribunal :

- sur le fondement des dispositions de l'article L. 551-13 et suivants du code de justice administrative :
  - à titre principal, d'annuler le marché correspondant au lot n° [REDACTED] signé par la commune de [REDACTED] pour la réhabilitation de l'école de [REDACTED] en maison de la petite enfance,
  - à titre subsidiaire, de condamner la commune de [REDACTED] à une pénalité financière correspondant à un montant de 20 % du montant du marché litigieux,
- de condamner la commune de [REDACTED] à lui verser la somme de 3000 euros sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

*Elle soutient que :*

- sa requête est recevable : elle est spécialisée dans les travaux d'installation d'eau et de gaz en tous locaux et avait nécessairement intérêt à conclure le contrat litigieux dans la mesure où le lot auquel elle avait initialement soumissionné correspondait à sa spécialité ;

- la procédure suivie a été irrégulière en raison du défaut de publication de l'avis d'appel public à la concurrence au BOAMP ou dans un journal d'annonces légales, la commune de [REDACTED] s'étant contentée de publier l'avis d'appel public à la concurrence sur son profil d'acheteur en méconnaissance des dispositions de l'article 40 du code des marchés publics ; ainsi, la société [REDACTED] a été lésée dès lors qu'elle n'a pas pu présenter une offre pour ce marché n'étant pas destinataire de cette publicité, n'ayant pas été relancée par la commune à l'inverse des autres sociétés et n'ayant pas été avisée des délais dans lesquels elle pouvait présenter une nouvelle offre alors que le marché a été relancé courant août, au cours de la période traditionnelle de fermeture des entreprises du bâtiment ;
- le contenu de l'avis publié sur le profil d'acheteur n'était pas conforme au modèle posé par l'arrêté du 28 août 2006 du ministre chargé de l'économie : en effet, il ne comprenait pas la date de notification du marché, ni celle du début des prestations ; or, si une telle mention avait été portée à sa connaissance, elle aurait pu présenter un référé précontractuel ;

Vu les courriers en date du 7 octobre 2010 informant les parties, en application de l'article R. 611-7 du code de justice administrative, de ce que la décision qu'est appelé à rendre le Tribunal est susceptible d'être fondée sur un moyen relevé d'office tiré de l'irrecevabilité des conclusions indemnitaires ;

Vu le mémoire, enregistré au greffe le 15 octobre 2010, présenté par la société [REDACTED], dont le siège est situé [REDACTED], représentée par son président en exercice ;

La société [REDACTED] fait valoir que la seconde parution de l'appel d'offres de la maison de la petite enfance de [REDACTED] a eu lieu le 29 juillet 2010 et qu'elle y a répondu dans les délais à savoir le 20 août 2010, qu'elle assure une permanence tout au long de l'année, que son offre est moins-disante que l'offre initiale de la société [REDACTED], que le marché a été signé le 6 septembre 2010 pour un démarrage prévu le 6 octobre 2010 ;

Vu le mémoire, enregistré le 22 octobre 2010 au greffe du Tribunal, présentée par la société [REDACTED], par Me Metais ; la société [REDACTED] conclut aux mêmes fins que sa requête par les mêmes moyens ;

Elle soutient en outre que :

- le délai de remise des offres était insuffisant : en effet, la publication est intervenue le 30 juillet 2009 pour une remise des offres fixée au 23 août 2010, soit en pleine période estivale de fermeture de la plupart des entreprises du bâtiment ;
- l'avis publié sur le profil d'acheteur ne renseignait pas les rubriques relatives à la durée du marché et aux délais d'exécution, à la sélection des candidatures, aux critères d'attribution ;
- les principes posés par l'article 1<sup>er</sup> du code des marchés publics ont été méconnus dès lors qu'aucune publication adaptée à l'objet du marché et à l'ampleur de ce marché n'a eu lieu, à savoir au BOAMP ou dans un journal d'annonces légales ;

- aucune indication sur les voies et délais de recours n'a été communiquée, à aucun moment de la procédure et dans aucun des documents de publicité, documents contractuels ou correspondances échangées avec la société [REDACTED]; elle a ainsi été lésée dès lors qu'elle n'a pas été avisée de la possibilité de présenter un référé contractuel ;

Vu le mémoire, enregistré le 22 octobre 2010 au greffe du Tribunal, présentée pour la société [REDACTED], par Me Metais ; La société [REDACTED] conclut aux mêmes fins que sa requête par les mêmes moyens ;

*Elle soutient en outre que :*

- elle n'a pas présenté de demande indemnitaire dans son dispositif mais a sollicité l'application de l'article L. 551-19 du code de justice administrative ;

Vu le mémoire, enregistré au greffe le 27 octobre 2010, présenté pour la commune de [REDACTED], régulièrement représentée par son maire en exercice, par le cabinet Coudray, avocats au barreau de Rennes ; la commune de [REDACTED] conclut à titre principal au rejet de la requête, à titre subsidiaire à prononcer une amende ramenée à de plus justes proportions et, en toute hypothèse, à la condamnation de la société [REDACTED] à lui verser la somme de 2500 euros au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

*Elle soutient que :*

- la seule circonstance que la société qui conteste le contrat intervienne habituellement dans le secteur objet du contrat ne suffit pas à lui conférer un intérêt à agir par la voie du référé contractuel, il faut également qu'elle ait manifesté un intérêt pour le contrat ; or, en l'espèce, la société requérante n'a manifestement jamais eu l'intention de se porter candidate à l'attribution du marché qui a été relancé car elle savait pertinemment que le marché déclaré sans suite allait être relancé très rapidement et qu'elle n'était pas fermée pour congés au mois d'août ;
- le juge du référé contractuel ne sanctionne que les manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence qui ont été susceptibles de léser la société requérante et dès lors que celle-ci apporte des éléments tangibles de nature à établir qu'elle a été lésée ;
- les dispositions de l'article 40 du code des marchés publics ont été respectées : en effet, le site achatpublic.com, sur lequel a été publié l'avis d'appel public à la concurrence, constitue la plateforme dématérialisée du moniteur des travaux publics, journal de référence dans le domaine des travaux publics dont la diffusion est sans commune mesure avec les journaux d'annonces légales figurant sur la liste arrêtée par le préfet des [REDACTED] pour 2010 ; en tout état de cause, la société [REDACTED] ne peut prétendre avoir été lésée par le support de publicité choisi dès lors que celui-ci assurait une diffusion très large, qu'elle était parfaitement informée de ce que la collectivité diffusait ses avis par l'intermédiaire de ce site puisqu'elle avait téléchargé le dossier de consultation des entreprises de la première procédure déclarée sans suite, qu'elle avait été informée que le marché déclaré sans suite allait être relancé très rapidement ; elle aurait pu déposer une offre à la date limite ;
- sur le contenu de l'avis publié, la société [REDACTED] ne peut d'une part prétendre ne pas avoir été touchée par l'avis publié, d'autre part prétendre avoir été lésée par son contenu ; les informations relatives à la date prévisionnelle de début des travaux ou de notification du marché n'ont pas obligatoirement à être délivrées par

l'acheteur public et en tout état de cause, ces informations qui ne sauraient constituer un engagement de la collectivité ne peuvent en aucun cas léser la société requérante ; la durée prévisionnelle du marché n'a pas davantage à être renseignée de manière obligatoire et la société [REDACTED] ne démontre pas avoir été lésée par l'absence de cette indication dans l'avis ; le moyen tiré de l'absence des mentions relatives à la sélection des candidatures manque en fait et en droit, la rubrique 16 du modèle d'avis applicable au présent marché n'étant pas non plus une zone obligatoire de l'avis ; la rubrique sur les critères d'attribution a été renseignée et, en tout état de cause, une telle indication ne peut intéresser que les entreprises ayant remis une offre ; sur la mention des voies et délais de recours, l'avis d'appel public à la concurrence, compte tenu du montant du marché, n'a pas, en vertu des dispositions de l'article 40 du code des marchés publics, à respecter le modèle d'avis communautaire ni, par conséquent, à renseigner la rubrique VI.4 de ce modèle et, en l'espèce, la rubrique 28 n'est pas une zone obligatoire de l'avis ; en tout état de cause, la société [REDACTED] qui a saisi le juge des référés du Tribunal n'a pas été lésée ;

- le délai de remise des offres était suffisant dès lors que le marché en cause ne comportait aucune complexité technique et il était nécessaire de prévoir une exécution du marché compatible avec le planning général des travaux et l'intervention des différents corps d'état sur le chantier ; en outre, la société [REDACTED] qui avait remis une offre dans le cadre de la précédente consultation, n'avait pas besoin d'un délai supplémentaire ;
- sur la demande d'annulation du marché de la société requérante : l'intérêt général attaché à la poursuite de l'exécution du contrat implique la poursuite des relations contractuelles en cours afin de ne pas retarder le chantier dans son ensemble qui doit être prêt pour le 30 juin 2011 ;
- sur la demande de condamnation à une pénalité financière, les circonstances de l'espèce ne justifient pas une amende égale à 20 % du montant du marché ;

Vu le mémoire, enregistré le 2 novembre 2010 au greffe du Tribunal, présentée pour la société [REDACTED] par Me Metais ; la société [REDACTED] conclut aux mêmes fins que sa requête par les mêmes moyens ;

Elle soutient en outre que :

- elle a intérêt à agir dès lors que l'objet du marché porte sur sa spécialité, qu'elle avait soumissionné dans le cadre de la précédente procédure, qu'elle a été empêchée de déposer une offre dans le cadre de la seconde procédure de passation dès lors qu'elle en a été avisée tardivement le 20 août 2010, date à laquelle la procédure s'achevait, qu'elle a clairement manifesté sa volonté de participer au marché ;
- l'article 40 du code des marchés publics impose cumulativement une publication obligatoire de l'avis d'appel public à la concurrence au BOAMP ou dans un journal d'annonces légales et sur le profil d'acheteur du pouvoir adjudicateur et il est constant que la plateforme dématérialisée sur laquelle est paru l'avis n'est pas un journal d'annonces légales ;
- aucun intérêt général ne s'oppose à l'annulation du marché litigieux puisque celui-ci porte sur la construction d'une maison d'enfance destinée à regrouper des services d'ores et déjà existants et que la continuité du service public est assurée ;
- s'agissant de l'amende demandée, seule une sanction dissuasive est adaptée aux manquements commis ;

Vu l'ensemble des pièces du dossier ;

Vu le code des marchés publics ;

Vu le code de justice administrative ;

Vu la délégation du président du Tribunal prise en vertu des dispositions de l'article L. 511-2 du code de justice administrative ;

Les parties ayant été régulièrement averties du jour de l'audience publique ;

Après avoir, au cours de l'audience publique du 3 novembre 2010, présenté son rapport et entendu les observations de :

- Me Métais, pour la société [REDACTED], qui reprend les mêmes termes que ses écritures ;
- Me Mocaer, pour la commune de [REDACTED] qui reprend les mêmes termes que ses écritures et fait en outre valoir que, s'agissant d'une procédure adaptée, le délai de réception des offres est fixé librement par le pouvoir adjudicateur et le juge n'exerce qu'un contrôle restreint, que l'intérêt général s'oppose à ce que le marché soit annulé compte tenu de l'incidence sur le déroulement du chantier, que l'amende ne doit pas excéder 5 % du montant du marché compte tenu de la diffusion qui a été faite de l'avis d'appel public à la concurrence ;
- M. Perro, pour la [REDACTED] qui fait valoir que le délai de remise des offres était suffisant ;

et les explications de M. [REDACTED], directeur général des services de la commune de [REDACTED] ;

#### SUR L'APPLICATION DES ARTICLES L. 551-13 ET SUIVANTS DU CODE DE JUSTICE ADMINISTRATIVE :

Sans qu'il soit besoin de statuer sur la fin de non-recevoir opposée par la commune de Perros-Guirec :

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 (...) » ; qu'aux termes de l'article L. 551-18 dudit code : « 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. 551-19 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'enfin, aux termes de l'article L. 551-20 du même code : « Dans le cas où le contrat 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, le juge peut prononcer la nullité du contrat, le résilier, en réduire la durée ou imposer une pénalité financière » ; qu'il résulte de ces dispositions que le juge des référés ne peut mettre en œuvre les pouvoirs qui lui ont été 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 que par un avis d'appel public à la concurrence du 17 juin 2010, la commune de [REDACTED] a engagé une procédure de passation d'un marché selon une procédure adaptée ayant pour objet l'exécution de travaux de réhabilitation de l'école de [REDACTED] en maison de l'enfance ; que la société [REDACTED] a présenté une offre pour le lot n° [REDACTED] « plomberie-sanitaire-chauffage-ventilation » ; que, toutefois, cette procédure a été déclarée sans suite par la commune de [REDACTED] pour insuffisance de mise en concurrence, laquelle a relancé une nouvelle procédure en publiant un nouvel avis d'appel public à la concurrence le 29 juillet 2010 sur le site de dématérialisation « achatpublic.com », la date limite de réception des offres étant fixée au 20 août à 16 heures ; que la société [REDACTED], dont il est constant que l'activité correspond à l'objet du marché litigieux, fait valoir qu'elle n'a pas pu déposer d'offre dans le cadre de cette seconde procédure pour l'attribution du marché en cause alors qu'elle avait vocation à le faire en l'absence de parution dans la presse spécialisée de ce second avis d'appel public à la concurrence ; que ledit marché a été attribué à la société [REDACTED] et a été signé le 6 septembre 2010 ; que la société [REDACTED] sollicite à titre principal l'annulation du marché litigieux, à titre subsidiaire, à ce que la commune de [REDACTED] soit condamnée à verser une pénalité financière à hauteur de 20 % du montant hors taxes dudit marché ;

Considérant, en premier lieu, que la société [REDACTED] se prévaut de la méconnaissance de l'article 40 du code des marchés publics en l'absence de publicité du marché litigieux au Bulletin officiel des annonces des marchés publics ou dans un journal d'annonces légales ;

Considérant qu'aux termes de l'article 40 du code des marchés publics : « (...) IV.-En ce qui concerne les travaux : 1° Pour les achats d'un montant compris entre 90 000 euros HT et 4 845 000 euros HT, le pouvoir adjudicateur est tenu de publier un avis d'appel public à la concurrence soit dans le Bulletin officiel des annonces des marchés publics, soit dans un journal habilité à recevoir des annonces légales. A compter du 1er janvier 2010, il publie en outre cet avis sur son profil d'acheteur (...) » ; qu'il résulte de l'instruction que si la commune de [REDACTED] n'a pas rempli l'ensemble des obligations qui s'imposaient à elle en termes de publicité en ne publiant ni au Bulletin officiel des annonces des marchés publics, ni dans un journal d'annonces légales l'avis du 29 juillet 2010, il est constant qu'elle a eu recours à une publicité dématérialisée du marché en cause en publiant ledit avis sur son profil d'acheteur ; que, dans ces conditions, dès lors que l'une des mesures de publicité requises pour la passation dudit marché a été prise, les conditions d'application du premier alinéa de l'article L. 551-18 ne sont pas remplies ;

Considérant, en second lieu, que les autres moyens invoqués par la société [REDACTED] à l'appui de son référé contractuel portent sur l'irrégularité du contenu de l'avis publié sur le site dématérialisé achatpublic.com, sur le caractère insuffisant, selon elle, du délai de réception des offres ainsi que, de façon plus générale, sur la violation des dispositions de l'article 1<sup>er</sup> du code des marchés publics ; que ces manquements, à les supposer même avérés, ne sont pas, en tout état de cause, au nombre des irrégularités limitativement énumérées mentionnées à l'article L. 551-18 précité du code de justice administrative autorisant le juge à prononcer une annulation ou une autre forme de sanction ;

Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que la requête ne peut qu'être rejetée ;

#### SUR LES CONCLUSIONS TENDANT A L'APPLICATION DE L'ARTICLE L. 761-1 DU CODE DE JUSTICE ADMINISTRATIVE :

Considérant qu'en vertu des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative, le Tribunal ne peut pas faire bénéficier la partie tenue aux dépens ou la partie perdante du paiement par l'autre partie des frais qu'elle a exposés à l'occasion du litige soumis au juge ; que les conclusions présentées à ce titre par la société [REDACTED] doivent, dès lors, être rejetées ;

Considérant qu'il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de condamner la société [REDACTED] à payer à la commune de [REDACTED] une somme de 1000 euros au titre des frais exposés par elle et non compris dans les dépens ;

#### **ORDONNE :**

Article 1<sup>er</sup> : La requête de la société [REDACTED] est rejetée.

Article 2 : La société [REDACTED] versera 1000 euros à la commune de [REDACTED] en application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : La présente ordonnance sera notifiée à la société [REDACTED] à la commune de [REDACTED] et à la société [REDACTED].

Fait à Rennes, le 5 novembre 2010.

Le juge des référés,



F. PLUMERAULT

Le greffier,



P. CARDENAS

La République mande et ordonne au [REDACTED] 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.