

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE ROUEN**

N°1200469

SOCIETE SIGNATURE

S. AUPOIX
Juge des référés

Ordonnance du 29 février 2012

PCJA : 39-08-015
54-03-05
Code publication : C

REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

Le Tribunal administratif de Rouen,

Le juge des référés,

Vu la requête, enregistrée le 11 février 2012, présentée pour la SOCIETE SIGNATURE, dont le siège est au 41 rue des Trois Fontanot à Nanterre (92024), par Me Hourcabié ; la SOCIETE SIGNATURE demande au juge des référés contractuels :

- à titre principal, au titre des pouvoirs qu'il tient des articles L. 551-17 et L. 551-18 du code de justice administrative, de suspendre l'exécution du marché durant la présente instruction, de prononcer la nullité du marché relatif à la fourniture et la pose de signalisation verticale permanente sur les routes départementales conclu avec la société SIVERTIS,
- à titre subsidiaire, au titre de l'article L. 551-20 du même code, de prononcer la nullité du marché entrepris, sa résiliation ou d'infliger une pénalité financière au conseil général de l'Eure ;
- de mettre à la charge du département de l'Eure la somme de 5.000 euros sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

La SOCIETE SIGNATURE soutient que :

- le département de l'Eure a lancé une procédure d'appel d'offres ouvert en ce qui concerne l'attribution du marché susdécrit le 13 août 2011 ; elle a présenté une offre sous la forme d'un groupement avec l'entreprise « signalisation routière » qui en était le mandataire ; par un courrier daté du 13 décembre 2011 adressé au mandataire et reçu le 21 décembre suivant, le département l'a informé du rejet de son offre ; une demande de communication de motifs détaillés a été adressée à la collectivité en application de l'article 83 du code des marchés publics ; elle a saisi le juge des référés précontractuels d'une requête ; le département a alors, en cours d'instruction de cette requête, indiqué que le marché avait été signé le 3 janvier 2012 ; bien qu'irrégulière cette signature de l'acte d'engagement l'a conduit à se désister de sa requête ;
- elle justifie en sa qualité de membre d'un groupement qui avait présenté une offre d'un intérêt

pour saisir le juge des référés contractuels en vertu de l'article L. 551-14 du code de justice administrative ; la présente requête est recevable dès lors que la signature du marché est intervenue sans respecter le délai de 16 jours imparti à la collectivité publique entre l'envoi du courrier de rejet de l'offre et cette signature effective ; il est justifié de ce que le marché en litige n'a pas pu être légalement signé le 3 janvier 2012 dès lors que la notification du rejet de l'offre a été envoyée le 21 décembre 2011 ;

- l'illégalité ainsi constatée justifie que le juge des référés contractuels fasse usage des pouvoirs qui lui sont reconnus par les articles L. 551-17, 18 et 20 du code de justice administrative ;

- le marché en discussion est illégal dès lors que le département a neutralisé le sous critère « rabais » alors qu'il figurait dans l'avis de publicité ;

- le marché n'a pas fait l'objet d'un allotissement contrairement aux dispositions de l'article 10 du code des marchés publics ; en obligeant les entreprises à présenter une offre concernant la totalité du territoire départemental elle a contraint les opérateurs à se grouper ce qui porte atteinte aux règles de concurrence ; au vu du CCTP il était justifié de procéder à deux lots distincts séparant la fourniture des équipements et la pose de ces derniers ;

Vu le mémoire en défense, enregistré le 20 février 2012, présenté par le département de l'Eure qui conclut au rejet de la requête ;

Le département soutient que :

- si le délai de 16 jours n'a pas été respecté, cela s'explique par le fait que le destinataire du courrier de rejet de l'offre, daté du 13 décembre 2011, n'a pas pu être identifié par les services postaux et que, par suite, le courrier a été retourné le 16 décembre 2011 puis notifié à nouveau la semaine suivante ; le marché en litige a néanmoins été signé par inadvertance ; toutefois, les moyens invoqués par la requérante ne sont pas de nature à justifier qu'il soit fait application des articles L. 551-17 et suivants du code de justice administrative dès lors qu'ils ne sont pas fondés ;

- la rédaction de l'article 3.2 du règlement de la consultation aurait conduit à attribuer la note la plus élevée pour le sous critère « rabais » alors qu'une entreprise aurait proposé le rabais le plus bas, ce qui est manifestement incohérent et contraire à la finalité posée par l'article 53 du code des marchés publics ; en conséquence, c'est à bon droit que ce sous critère a été neutralisé lequel ne représentait que 10% de la note globale ; en tout état de cause, s'il avait été fait application du seul esprit présidant à ce sous critère, la requérante, n'aurait pas obtenu le marché en discussion ;

- la jurisprudence reconnaît à la collectivité publique le choix de recourir ou non à l'allotissement dans le respect de l'article 10 du code des marchés publics ; contrairement à ce qui est soutenu les deux prestations à réaliser sont complémentaires ;

- il est justifié de ce que ce marché global entrerait dans l'alinéa 2 de l'article 10 du code des marchés publics dès lors que ce secteur d'activités économiques est occupé par un nombre limité d'opérateurs économiques ; qu'en procédant sous forme d'un marché non alloti, le département a entendu faire jouer la concurrence en sollicitant des entreprises présentes sur tout le territoire ; de plus, cette procédure est de nature à susciter une économie financière ; enfin, la note établie par les services techniques met en évidence que le découpage en secteurs géographiques génère des complications techniques ;

- l'entreprise attributaire du marché a présenté une offre sans recourir à un groupement d'entreprises ce qui contredit l'argumentation de la requérante ;

Vu le mémoire enregistré au greffe du tribunal le 23 février 2012 présenté pour la SOCIETE SIGNATURE qui tend aux mêmes fins par les mêmes moyens que sa requête et en outre en invoquant de nouveaux moyens tirés de ce que :

- la candidature de la société SIVERTIS était irrecevable et le département aurait dû vérifier sa capacité technique et professionnelle ; il est établi que les justificatifs produits par cette société ne se rapportaient qu'à la fourniture des panneaux de signalisation mais pas à la pose de ces mêmes installations ; en conséquence, cette candidature aurait dû être écartée ; il ne saurait être retenu que cette société avait fait état du recours à la sous traitance pour échapper à cette obligation de justifier de sa capacité technique et professionnelle dès lors que les coordonnées de l'entreprise appelée à assurer cette sous traitance n'était pas mentionnées dans l'acte d'engagement ;
- l'offre de la société SIVERTIS était irrégulière et aurait dû être écartée en application de l'article 53 du code des marchés publics ; la société attributaire n'a pas fourni, contrairement aux exigences du règlement de la consultation, le mémoire justificatif décrivant les moyens humains et matériels mis à sa disposition pour l'exécution de ce marché ;

Vu le mémoire enregistré au greffe du tribunal le 27 février 2012 présenté pour la société SIVERTIS, par Me Bellanger, qui conclut au rejet de la requête et à la condamnation de la société requérante à lui verser la somme de 3.000 euros sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

La société SIVERTIS soutient que :

- la requête est irrecevable dès lors qu'il est établi que le département de l'Eure a respecté les obligations légales d'avoir à respecter un délai minimal de 16 jours entre l'envoi de la lettre rejetant l'offre, le 13 décembre 2011, et la signature du marché, le 3 janvier 2012 ; la circonstance que les services de la poste n'aient pas été en mesure de distribuer le courrier informant la requérante du rejet de son offre est, compte tenu de la rédaction de l'article 80 du code des marchés publics, sans incidence sur le déclenchement du délai ; en conséquence, le référé précontractuel étant irrecevable, la présente requête l'est également ;
- la rédaction de l'article 3.2 du règlement de la consultation aurait conduit à attribuer la note la plus élevée pour le sous critère « rabais » alors qu'une entreprise aurait proposé le rabais le plus bas, ce qui est manifestement incohérent et contraire à la finalité posée par l'article 53 du code des marchés publics ; en conséquence, c'est à bon droit que ce sous critère a été neutralisé lequel ne représentait que 10% de la note globale ; en tout état de cause, s'il avait été fait application du seul esprit présidant à ce sous critère, la requérante, n'aurait pas obtenu le marché en discussion ;
- la jurisprudence reconnaît à la collectivité publique le choix de recourir ou non à l'allotissement dans le respect de l'article 10 du code des marchés publics ; contrairement à ce qui est soutenu les deux prestations à réaliser sont complémentaires ;
- il est justifié de ce que ce marché global entrerait dans l'alinéa 2 de l'article 10 du code des marchés publics dès lors que ce secteur d'activités économiques est occupé par un nombre limité d'opérateurs économiques ; qu'en procédant sous forme d'un marché non alloti, le département a entendu faire jouer la concurrence en sollicitant des entreprises présentes sur tout le territoire ; de plus, cette procédure est de nature à susciter une économie financière ; enfin, la note établie par les services techniques met en évidence que le découpage en secteurs géographiques génère des complications techniques ;
- l'entreprise attributaire du marché a présenté une offre sans recourir à un groupement d'entreprises ce qui contredit l'argumentation de la requérante ;

Vu le mémoire enregistré au greffe du tribunal le 27 février 2012 présenté pour la SOCIETE SIGNATURE qui tend aux mêmes fins par les mêmes moyens que sa requête ;

Vu le mémoire enregistré au greffe du tribunal le 28 février 2012 présenté par le département de l'Eure qui conclut au rejet de la requête ;

Le département de l'Eure soutient en outre que :

- au vu de la jurisprudence la plus établie du Conseil d'Etat, il incombe de distinguer la phase de sélection des candidatures de celle de classement des offres ; en l'espèce, le département a vérifié conformément aux exigences des articles 45 et 52 du code des marchés publics, la régularité de l'offre présentée par la société SIVERTIS ; cette dernière avait produit les documents permettant de s'assurer de ses capacités techniques financières et humaines ; en l'absence d'exigence particulière dans l'avis de publicité sur les seuils minimaux de capacité, l'appréciation a pu régulièrement s'effectuer de manière globale ; en tout état de cause, ce manquement, à le supposer établi n'a pas lésé la requérante qui a vu son offre examinée ;
- le moyen tiré de l'absence de production d'un mémoire justificatif de nature à décrire les moyens humains et matériels dont dispose la société SIVERTIS manque en fait ;

Vu l'ordonnance du président du tribunal de céans en date du 14 septembre 2011 déléguant M. AUPOIX, vice-président dans les fonctions de juge des référés ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu le code de justice administrative ;

Vu le code des marchés publics ;

Après avoir convoqué à l'audience publique :

- la SOCIETE SIGNATURE ;
- le département de l'Eure ;
- la société SIVERTIS ;

Vu le procès verbal de l'audience publique du 28 février 2012 à 10 heures au cours de laquelle ont été entendus :

- le rapport de M. AUPOIX, juge des référés ;
- Me Hourcabié pour la SOCIETE SIGNATURE ;
- M. Rocher pour le département de l'Eure ;

Après avoir prononcé à l'issue de l'audience la clôture de l'instruction à 10 heures 30 minutes ;

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 de ce 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. / Toutefois, le recours régi par la présente section n'est pas ouvert au demandeur ayant fait usage du recours prévu à l'article L. 551-1 ou à l'article L. 551-5 dès lors que le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice a respecté la suspension prévue à l'article L. 551-4 ou à l'article L. 551-9 et s'est conformé à la décision juridictionnelle rendue sur ce recours » ; qu'aux termes de l'article L. 551-18 du même 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. / La même annulation est prononcée lorsque ont été méconnues les modalités de remise en concurrence prévues pour la passation des contrats fondés sur un accord-cadre ou un système d'acquisition dynamique. / 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. » ; qu'aux termes de l'article L. 551-19 : « 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, selon l'article L. 551-20 : « 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. » ;

Considérant qu'il ressort des pièces du dossier que, par un avis d'appel public à la concurrence publié le 13 août 2011, le département de l'Eure a lancé une procédure d'appel d'offres ouvert en vue de l'attribution d'un marché de fourniture et de pose de signalisation verticale permanente sur les routes départementales ; que la société requérante dans le cadre d'un groupement avec une autre entreprise a présenté une offre ; que par un courrier daté du 13 décembre 2011 le département a procédé à la notification à la requérante du rejet de son offre ; que, sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, la SOCIETE SIGNATURE a saisi le juge des référés précontractuels du tribunal administratif de céans, le 5 janvier 2012, d'une demande d'annulation de la procédure de passation du contrat ; que, le département ayant fait état, dans son mémoire en défense enregistré le 13 janvier 2012 au greffe du tribunal, de la signature, le 3 janvier 2012, du contrat en litige, la requérante s'est en conséquence désistée de sa requête ; que par la présente requête la requérante demande au juge du référé contractuel l'annulation de ce contrat, sur le fondement des dispositions des articles L. 551-13 et L. 551-18 du code des marchés publics ;

Sur la recevabilité des conclusions présentées sur le fondement de l'article L. 551-13 du code de justice administrative :

Considérant qu'aux termes du 1° du I de l'article 80 du code des marchés publics : « Pour les marchés et accords-cadres passés selon une procédure formalisée (...), le pouvoir adjudicateur, dès qu'il a fait son choix pour une candidature ou une offre, notifie à tous les autres candidats le rejet de leur candidature ou de leur offre, en leur indiquant les motifs de ce rejet. / Cette notification précise le nom de l'attributaire et les motifs qui ont conduit au choix de son offre aux candidats ayant soumis une offre et à ceux n'ayant pas encore eu communication du rejet de leur candidature. / Un délai d'au moins seize jours est respecté entre la date d'envoi de la notification prévue aux alinéas précédents et la date de conclusion du marché. Ce délai est réduit à au moins onze jours en cas de transmission électronique de la notification à l'ensemble des candidats intéressés. / La notification de l'attribution du marché ou de l'accord-cadre comporte l'indication de la durée du délai de suspension que le pouvoir adjudicateur s'impose, eu égard notamment au mode de transmission retenu. » ;

Considérant que les dispositions de l'article L. 551-14 du code de justice administrative, qui prévoient que le recours contractuel n'est pas ouvert au demandeur ayant fait usage du référé précontractuel dès lors que le pouvoir adjudicateur a respecté la suspension prévue à l'article L.551-4 et s'est conformé à la décision juridictionnelle rendue sur ce recours, n'ont pas pour effet de rendre irrecevable un recours contractuel introduit par un concurrent évincé qui avait antérieurement présenté un recours précontractuel alors qu'il était dans l'ignorance du rejet de son offre et de la signature du marché, par suite d'un manquement du pouvoir adjudicateur au respect des dispositions de l'article 80 du code des marchés publics qui prévoient l'obligation de notifier aux candidats le rejet de leurs offres et fixe un délai minimum de seize jours, réduit à onze jours dans le cas d'une transmission électronique, entre la date d'envoi de cette notification et la conclusion du marché ; que les dispositions de l'article L. 551-14 du code de justice administrative ne sauraient non plus avoir pour effet de rendre irrecevable le recours contractuel du concurrent évincé ayant antérieurement présenté un recours précontractuel qui, bien qu'informé du rejet de son offre par le pouvoir adjudicateur, ne l'a pas été, contrairement à ce qu'exige le dernier alinéa du 1° du I de l'article 80 du code des marchés publics, du délai de suspension que ce dernier s'imposait entre la date d'envoi de la notification du rejet de l'offre et la conclusion du marché ;

Considérant qu'il résulte de l'instruction et qu'il n'est pas contesté par les défendeurs que le courrier du 13 décembre 2011, par lequel le département de l'Eure a informé la SOCIETE SIGNATURE du rejet de son offre et de l'attribution du marché en litige à la société SIVERTIS, n'a pas pu lui être notifié dès lors que ce pli, daté du 13 décembre 2011, lui a été retourné par les services postaux au motif du caractère illisible de l'identité du destinataire ; que cette notification n'a été effectuée que par une nouvelle expédition datée du 21 décembre 2011 ; que, par suite, le délai de 16 jours imposé par l'article 80 du code des marchés publics n'a pas été respecté avant la signature du marché le 3 janvier 2012 ; que la requérante qui était dans ces circonstances particulières, dans l'ignorance de la signature du marché lorsqu'elle a présenté un référé précontractuel, demeure recevable à former un référé contractuel, sur le fondement de l'article L. 551-13 de ce code, après avoir été informée, par le mémoire en défense du département de l'Eure présenté dans le cadre de l'instance en référé précontractuel, que le contrat en litige avait été signé le 3 janvier 2012 ;

Sur les conclusions tendant à l'annulation du contrat :

Considérant, en premier lieu, que la requérante soutient que le département de l'Eure aurait illégalement neutralisé le sous critère figurant à l'article 3.2 du règlement de la consultation relatif au « rabais » ; que selon la rédaction même de cet article la note la plus élevée sera attribuée à l'entreprise qui aura présenté le rabais le plus faible ; qu'eu égard à cette incohérence manifeste des conditions d'évaluation de ce sous critère, le pouvoir adjudicateur en neutralisant ce sous critère n'a pas porté atteinte au respect de l'égalité des candidats dans l'appréciation de leur offre, dès lors que ce sous critère était pondéré à 10 %, et qu'en tout état de cause l'attribution de la note maximale à la requérante pour ce sous critère n'aurait pas affecté son classement final ;

Considérant, en deuxième lieu, que la société requérante soutient qu'en refusant d'allotir le marché en litige, le département de l'Eure a méconnu l'article 10 du code des marchés publics aux termes duquel : « Afin de susciter la plus large concurrence, et sauf si l'objet du marché ne permet pas l'identification de prestations distinctes, le pouvoir adjudicateur passe le marché en lots séparés dans les conditions prévues par le III de l'article 27. A cette fin, il choisit librement le nombre de lots, en tenant notamment compte des caractéristiques techniques des prestations demandées, de la structure du secteur économique en cause et, le cas échéant, des règles applicables à certaines professions. Les candidatures et les offres sont examinées lot par lot. (...) / Le pouvoir adjudicateur peut toutefois passer un marché global, avec ou sans identification de prestations distinctes, s'il estime que la dévolution en lots séparés est de nature, dans le cas particulier, à restreindre la concurrence, ou qu'elle risque de rendre techniquement difficile ou financièrement coûteuse l'exécution des prestations ou encore qu'il n'est pas en mesure d'assurer par lui-même les missions d'organisation, de pilotage et de coordination. (...) » ; que si la société requérante fait valoir que le département aurait dû recourir à la procédure d'allotissement de ce marché afin de favoriser l'accès des entreprises individuelles et ainsi ne pas les contraindre à proposer une offre sous forme de groupement d'entreprises comme elle a été contrainte d'y procéder, la réduction significative du coût des prestations pour le pouvoir adjudicateur, qui a pour corollaire une économie budgétaire pour celui-ci, constitue toutefois, lorsqu'elle est démontrée au moment du choix entre des lots séparés ou un marché global, un motif légal de dévolution en marché global par application de l'article 10 du code des marchés publics ; que le département de l'Eure justifie par la production d'une analyse technique effectuée avant le lancement de la procédure d'attribution de ce marché que l'exécution des prestations en discussion par un marché global étaient de nature à induire une économie budgétaire substantielle ; que la circonstance alléguée selon laquelle ce type de marchés auraient été attribués dans d'autres départements selon la procédure allotie ne suffit pas à établir, dans les circonstances de l'espèce, l'illégalité de la procédure suivie ; qu'il y a lieu en conséquence d'écarter ce moyen ;

Considérant, en troisième lieu, que si la société requérante soutient que la candidature présentée par la société SIVERTIS était irrégulière dès lors qu'elle ne justifiait pas des capacités techniques, humaines et financières et qu'elle aurait dû en conséquence être écartée par le département de l'Eure, un tel moyen qui se rapporte à la seule phase de sélection des candidatures ne constitue pas un manquement dont la requérante puisse utilement se prévaloir, en tout état de cause, dès lors que son offre a été examinée et comparée ;

Considérant, en quatrième lieu, que la société requérante soutient que l'offre présentée par la société SIVERTIS était irrégulière et aurait dû être écartée en l'absence de production du mémoire justificatif décrivant les moyens humains et matériels mis à disposition pour l'exécution du marché ; qu'il résulte de l'instruction que les éléments constitutifs de ce mémoire technique ont été effectivement communiqués au département de l'Eure ; qu'il y a lieu en conséquence d'écarter ce moyen ;

Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que la requête de la SOCIETE SIGNATURE doit être rejetée ;

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

Considérant que les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce que soit mise à la charge du département de l'Eure, qui n'est pas, dans la présente instance, la partie perdante, la somme que la société requérante demande au titre des frais exposés par elle et non compris dans les dépens ; qu'il y a lieu, en revanche, sur le fondement des mêmes dispositions de condamner la SOCIETE SIGNATURE à verser à la société SIVERTIS une somme de 1.000 euros sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

O R D O N N E

Article 1er : La requête de la SOCIETE SIGNATURE est rejetée.

Article 2 : La SOCIETE SIGNATURE versera à la société SIVERTIS une somme de 1.000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : La présente ordonnance sera notifiée à la SOCIETE SIGNATURE, au département de l'Eure et à la société SIVERTIS.

Fait à Rouen, le 29 février 2012

Le juge des référés,

signé

M. AUPOIX

Le greffier,

signé

Mme GUILLIEN