

B3975

JPA/MTS

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE
TRIBUNAL ADMINISTRATIF DE TOULOUSE

Numéro d'enregistrement : 07/5123
Date d'audience : 10 décembre 2007
Date de l'ordonnance : 11 décembre 2007
Instance : Société COFATHEC CORIANCE
Nature de l'affaire : Référé suspension (article L.521-1 du C.J.A)

C+
39.08.015
54.03.01

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS
Le vice-président délégué par le président du Tribunal administratif de Toulouse,
statuant en référé,

Vu, enregistrée le 16 novembre 2007, la requête présentée pour la société COFATHEC CORIANCE, dont le siège est Immeuble Horizon 1, 10 allée Bienvenue à Noisy Le Grand, représentée par son président directeur général ; la société COFATHEC CORIANCE demande au juge administratif des référés sur le fondement de l'article L.521-1 du code de justice administrative :

- de suspendre l'exécution du marché d'entretien des installations secondaires du chauffage urbain du secteur du Mirail signé entre l'OPAC de Toulouse, la société H.L.M. des Chalets et la S.A Patrimoine Languedocienne d'une part et la société Dalkia d'autre part ;
- de condamner l'OPAC de Toulouse à lui verser une somme de 4000 € au titre de l'article L.761-1 du code de justice administrative ;

Elle fait valoir :

- qu'il y a urgence à suspendre l'exécution du contrat contesté dès lors qu'elle supporte un préjudice grave et immédiat à la suite de la signature et du commencement d'exécution du marché contesté dans la mesure où ayant été classée deuxième, elle pouvait s'attendre légitimement en l'absence d'illégalités commises par l'OPAC à obtenir l'attribution du contrat et où la société Dalkia sera fondée à demander à ce dernier des indemnités d'autant plus importantes que l'exécution du marché sera plus avancée ;
- que la procédure initiale d'appel d'offres ouvert lancée par l'OPAC est irrégulière dès lors que l'avis d'appel public à la concurrence ne mentionne pas de manière satisfaisante les modalités essentielles de financement et de paiement, les délais de recours et les critères d'appréciation des candidatures ; que les critères de sélection des candidatures prévus par le règlement de la consultation sont illégaux dans la mesure où ils permettent aux candidats de faire valoir des références datant de plus de trois ans, ce qui désavantage les entreprises nouvellement créées ;



-2-

- que le recours à la procédure négociée sans publicité à la suite de la prétendue infructuosité de l'appel d'offre initial est également irrégulier dès lors qu'il ressort des propres écritures de l'OPAC que l'infructuosité de l'appel d'offres initial résulte d'imprécisions apparues dans le cahier des charges et que le motif invoqué par l'OPAC de la « disparité entre les offres reçues » n'est pas de nature à justifier le recours à la procédure utilisée au regard des dispositions de l'article 35-1-1° du code des marchés publics qui suppose que toutes les offres reçues soient irrégulières ou inacceptables ;

- que la procédure se caractérise par un manque total de transparence dès lors que les multiples demandes de précisions ou de correctifs ont conduit à une modification des critères de jugement des offres et rendu la procédure illisible pour les candidats ;

Vu, enregistré le 7 décembre 2007, le mémoire en défense présenté pour l'OPAC de Toulouse, tendant au rejet de la requête de la société COFATHEC CORIANCE et à la condamnation de cette dernière à lui verser une somme de 5000 € sur le fondement de l'article L.761-1 du code de justice administrative ;

Pour les motifs :

- que la requête est irrecevable dès lors que l'avis d'attribution du marché n'a pas encore été publié ;

- que la condition d'urgence n'est pas remplie en l'espèce ; qu'en particulier la requérante ne justifie pas de la gravité de son préjudice financier ;

- que l'exception d'illégalité ne peut jouer qu'à l'encontre d'un acte susceptible de contrôle de légalité ; que l'avis de mise en concurrence est un acte préparatoire insusceptible de recours ; qu'en tout état de cause un avis d'appel public à la concurrence peut établir une motivation par référence en renvoyant les candidats intéressés au règlement de la consultation ;

- qu'il est possible au pouvoir adjudicateur d'exiger que les garanties présentées par le candidat soient suffisantes ou matérialisées par la réalisation de prestations similaires ; que les modèles d'avis communautaires ou nationaux précisent que certaines mentions n'apparaissent que « le cas échéant » ;

- que le pouvoir adjudicateur dispose, en ce qui concerne le recours à la procédure négociée, d'une entière liberté d'appréciation, à fortiori lorsqu'il s'est réservé le droit, dans le règlement de la consultation, de recourir en cas d'appel d'offres infructueux, à cette procédure ;

- que le code dispense expressément de mesure de publicité le recours à la procédure négociée lorsque les offres se sont avérées inappropriées ; que les conditions initiales de l'appel d'offres peuvent être modifiées de manière non substantielle pour combler les lacunes du dossier de consultation ; qu'un changement d'énoncé du cahier des charges est concevable pour clarifier les termes du débat ;

Vu, enregistré le 7 décembre 2007 le mémoire en réplique présenté pour la société COFATHEC CORIANCE, tendant aux mêmes fins que sa requête par les mêmes moyens et faisant en outre valoir :

- que la position de l'OPAC sur l'irrecevabilité de son recours ne correspond pas à la jurisprudence du Conseil d'Etat ;
- que la déclaration d'infructuosité de l'appel d'offres est entachée d'illégalité, qu'elle soit fondée sur l'article 35- II- 3 relatif aux offres inappropriées ou sur l'article 35-I-1-3^{ème} alinéa concernant les offres irrégulières ou inacceptables ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu la requête au fond de la société COFATHEC CORIANCE enregistrée le 16 novembre 2007 sous le n° 07/5122 ;

Vu le code des marchés publics ;

Vu le code de justice administrative ;

Vu la décision du 3 septembre 2007 par laquelle le président du tribunal administratif a désigné M. ARROUCAU, vice-président, comme juge des référés dans les conditions prévues par l'article L.511-2 du code de justice administrative ;

Après avoir entendu, à l'audience publique du 10 décembre 2007 à laquelle les parties avaient été régulièrement convoquées :

- le rapport de M. ARROUCAU,
- les observations de Maître MAERTEN-ULLMO pour la société COFATHEC CORIANCE qui confirme ses écritures ;
- les observations de Maître ATTAL-GALY pour l'OPAC de Toulouse qui confirme ses écritures et précise, en réponse aux demandes du juge des référés, que le marché a été signé le 13 novembre 2007 et que trois sociétés se sont portées candidates à l'attribution de ce dernier ;

Considérant qu'aux termes de l'article L.521-1 du code de justice administrative : "Quand une décision administrative, même de rejet, fait l'objet d'une requête en annulation ou en réformation, le juge des référés, saisi d'une demande en ce sens, peut ordonner la suspension de l'exécution de cette décision, ou de certains de ses effets, lorsque l'urgence le justifie et qu'il est fait état d'un moyen propre à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité de la décision..." ;

Considérant que par avis d'appel public à la concurrence envoyé à la publication le 31 août 2007, l'office public d'aménagement et de construction (OPAC) de Toulouse a lancé une procédure d'appel d'offres ouvert en vue de la passation d'un marché public de services pour l'entretien des installations secondaire du chauffage urbain du secteur du Mirail ; que, l'appel d'offres ayant été déclaré infructueux, l'OPAC a poursuivi la



procédure sous forme négociée en application des dispositions de l'article 35 du code des marchés publics ; que la société COFATHEC CORIANCE, dont l'offre a été classée en deuxième position à l'issue de la procédure demande au juge du contrat, la suspension de l'exécution du marché signé avec sa concurrente, la société Dalkia .

Sur les conclusions aux fins de suspension du marché :

Sur la fin de non-recevoir opposée par l'OPAC de Toulouse :

Considérant que, indépendamment des actions dont les parties au contrat disposent devant le juge du contrat, tout concurrent évincé de la conclusion d'un contrat administratif est recevable à former devant ce même juge un recours de pleine juridiction contestant la validité de ce contrat ou de certaines de ses clauses, qui en sont divisibles, assorti, le cas échéant, de demandes indemnitaires ; que ce recours doit être exercé, y compris si le contrat contesté est relatif à des travaux publics, dans un délai de deux mois à compter de l'accomplissement des mesures de publicité appropriées, notamment au moyen d'un avis mentionnant à la fois la conclusion du contrat et les modalités de sa consultation dans le respect des secrets protégés par la loi ;

Considérant que la circonstance selon laquelle le pouvoir adjudicateur n'a pas encore procédé à l'accomplissement des mesures de publicité appropriées du contrat faisant l'objet du litige est sans incidence sur la recevabilité de la requête de la société COFATHEC CORIANCE dès lors qu'il est constant qu'à la date de la présente ordonnance, le marché contesté est signé et qu'il est susceptible de recevoir exécution ; que dès lors, la fin de non-recevoir opposée par l'OPAC de Toulouse doit être écartée ;

Sur le bien-fondé de la demande de suspension :

Considérant que l'urgence justifie que soit prononcée la suspension d'un contrat lorsque l'exécution de celui-ci porte atteinte, de manière suffisamment grave et immédiate, à un intérêt public, à la situation du requérant ou aux intérêts qu'il entend défendre ; qu'il appartient au juge des référés d'apprécier concrètement, compte tenu des justifications fournies par le requérant, si les effets du contrat litigieux sont de nature à caractériser une urgence justifiant que, sans attendre le jugement de la requête au fond, l'exécution de la décision soit suspendue ;

Considérant que la société COFATHEC CORIANCE ne fournit aucun élément concret permettant d'apprécier l'incidence de son éviction du marché contesté sur son activité, notamment au regard de son chiffre d'affaires et de ses résultats ; que le préjudice financier invoqué, éventuellement supporté par l'OPAC à la suite de l'annulation ultérieure du marché, n'est pas à lui seul de nature à établir l'existence d'une urgence au sens des dispositions précitées du code de justice administrative ; que dès lors, la condition d'urgence à laquelle est subordonnée la mise en œuvre de ces dispositions ne peut, en l'état de l'instruction, être considérée comme remplie ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède qu'il y a lieu de rejeter la présente requête de la société COFATHEC CORIANCE ;

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

Considérant qu'en vertu des dispositions de l'article susmentionné le tribunal ne peut 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 COFATHEC CORIANCE doivent dès lors être rejetées ;

Considérant, par ailleurs qu'il n'y a pas lieu, dans les circonstances de l'espèce, de faire droit aux conclusions de l'OPAC de Toulouse tendant à la condamnation de la société COFATHEC CORIANCE au paiement des frais exposés et non compris dans les dépens ;

ORDONNE :

Article 1er : La requête n° 07/5123 de la société COFATHEC CORIANCE est rejetée.

Article 2 : Les conclusions de l'Office Public d'Aménagement et de constructeurs de Toulouse tendant à la condamnation de la société COFATHEC CORIANCE au paiement des frais exposés et non compris dans les dépens sont rejetées.

Article 3 : La présente ordonnance sera notifiée à la société COFATHEC CORIANCE, à l'OPAC de Toulouse et à la société DALKIA.

Prononcé à Toulouse, le 11 décembre 2007

Le vice-président délégué,

La greffière,

J.P. ARROUCAU

J. TARDY

La République mande et ordonne au **préfet de la Haute-Garonne**, 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 ordonnance.

Pour expédition conforme :
Le greffier en chef,