

B 3921

JPA/JVP

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE
TRIBUNAL ADMINISTRATIF DE TOULOUSE

Numéro d'enregistrement : **0705138**Date de l'audience : **5 décembre 2007**Date de l'ordonnance : **6 décembre 2007**Instance : **Société CNIM**Nature de l'affaire : **Référé Précontractuel**
(Art. L.551-1 du code de justice administrative)**C+ 39.02.02.03**
54.03.05

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS
Le vice-président délégué par le président du tribunal administratif,
Statuant en référé,

Vu, enregistrée le 19 novembre 2007, la requête présentée pour la société CNIM, dont le siège est 18, rue Jean Monnet à Saint-Jean (31240) ; la société CNIM demande au juge administratif des référés, sur le fondement de l'article L.551-1 du code de justice administrative :

- d'enjoindre au centre hospitalier universitaire de Toulouse de différer la signature du marché dont la procédure a été engagée en vue de la réalisation des « travaux de mise en conformité des ascenseurs du CHU, 1^{ère} tranche » ;
- d'annuler la procédure de publicité relative à l'attribution dudit marché ;
- d'ordonner au CHU, s'il entend passer un contrat ayant le même objet, de reprendre intégralement la procédure ;
- de condamner le CHU à lui verser la somme de 2 000 € sur le fondement de l'article L.761-1 du code de justice administrative ;

Elle fait valoir :

- que la procédure a méconnu le délai de 52 jours prévu par l'article 57 du code des marchés publics en ce qui concerne la réception des offres dès lors que le marché en cause est un marché de services et non un marché de travaux ;

- que les modalités de publicité n'ont pas été respectées dans la mesure où aucune publicité au Journal Officiel de l'Union Européenne n'a été faite, contrairement aux dispositions de l'article 40 III-2° du code ;

- qu'elle a reçu communication du prix et des délais d'exécution proposés par la société Schindler, ce qui constitue un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence ;

- que le problème du remplacement des câbles de traction qui a justifié le rejet de son offre n'a pas été évoqué dans les correspondances des 3 et 30 août 2007 adressées à la société au titre de l'article 59 du code ; qu'elle n'a donc jamais pu s'expliquer sur ce point dans ses réponses ; que le remplacement des câbles modifiait le nombre et le prix des prestations à réaliser alors que la consultation était en cours ; qu'une telle modification du programme du marché sans rouvrir la consultation constitue un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence ;

- que les dispositions de l'article 11 du CCTP prévoyant une visite obligatoire de chaque site pour permettre aux candidats d'appréhender les spécificités techniques de chaque appareil ont été méconnues dès lors que la société Schindler, précédent titulaire du marché, n'a pas été contrainte d'exécuter cette visite dans les mêmes conditions que les autres concurrents puisqu'elle a pu le faire lors de son intervention d'entretien contractuelle de juillet 2007 ; que se pose la question de la présence du certificat de participation signé par le responsable technique du CHU qui devrait figurer dans la première enveloppe de remise des offres ;

- que les critères de sélection des candidatures ne figurent que dans le règlement de consultation et non dans l'avis d'appel public à la concurrence ;

- que ce dernier, publié au Bulletin officiel des annonces des marchés publics, ne précise pas les procédures de recours, contrairement à ce que prévoit le formulaire de saisie informatique standard utilisable en l'espèce ; qu'il en est de même de l'indication de la couverture du marché par l'Accord sur les Marchés Publics ;

Vu, enregistré le 30 novembre 2007, le mémoire en réponse à la communication de la requête présenté pour la S.A. Schindler France, tendant au rejet de la requête de la société CNIM et à la condamnation de cette dernière à verser la somme de 3 000 € au titre de l'article L.761-1 du code de justice administrative pour les motifs :

- que le marché en cause doit être considéré comme un marché de travaux ; que dès lors, les délais prévus par l'article 57 du code des marchés publics ont été respectés, que, compte tenu du seuil prévu par le code des marchés publics, une publicité du Journal Officiel de l'Union Européenne n'était pas obligatoire en l'espèce ;

- que le courrier du CHU en date du 4 octobre 2007 ne fait que reprendre les caractéristiques et les avantages de l'offre retenue ; que, dans la mesure où ces informations avaient été données après que les autres candidats aient été écartés, il n'y a eu aucun manquement aux obligations de mise en concurrence ;

-3-

- que le fait qu'elle ait demandé à réaliser la visite prévue à l'article 11 du CCTP au cours de son intervention d'entretien du parc du CHU de Toulouse n'a pas faussé le jeu de la concurrence et ne cause pas une rupture d'égalité entre les candidats ; que la société Schindler a remis l'attestation de participation prévue par le règlement ;

- que l'article 42 du code des marchés publics applicable en l'espèce prévoit que le règlement de la consultation est facultatif si les mentions qui doivent y être portées figurent dans l'avis d'appel public à la concurrence ; que le modèle d'avis publié au Bulletin officiel des annonces des marchés publics ne fait pas figurer la zone 16 portant sur les conditions de participation parmi les zones obligatoirement renseignées par le pouvoir adjudicateur ;

- que le modèle d'avis publié au Bulletin Officiel des Annonces des Marchés Publics n'impose pas obligatoirement de renseigner les informations concernant les voies et délais de recours, la langue de procédure et si le marché est ou non couvert par les accords sur l'OMC ;

Vu, enregistré le 30 novembre 2007, le mémoire en défense présenté pour le Centre Hospitalier Universitaire de Toulouse, tendant au rejet de la requête de la société CNIM et à la condamnation de cette dernière au paiement de la somme de 2 500 € sur le fondement de l'article L.761-1 du code de justice administrative ; pour les motifs :

- que la société CNIM n'a aucune existence légale et n'a présenté aucune candidature ou offre ; que la requête est irrecevable en raison de son indétermination ;

- que le marché faisant l'objet du litige est un marché de travaux dès lors qu'il porte sur un immeuble par destination et concerne des travaux de mise en conformité d'ascenseurs qui ont fait l'objet d'un décret examiné par la section des travaux publics du Conseil d'Etat ;

- que les informations sur l'offre d'une société concurrente ne constituent aucun manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence ; que ces informations figureront d'ailleurs dans l'avis d'attribution ;

- que les arguments développés par la requérante au sujet des motifs de rejet de son offre relèvent de la discussion au fond et ne sauraient ressortir de la compétence du juge des référés ; qu'il n'appartenait pas au CHU d'orienter la société vers une solution technique qu'il lui incombait de proposer elle-même ;

- que la société Schindler a effectué la visite obligatoire prévue par le CCTP ;

- que l'avis d'appel public à la concurrence renvoie aux dispositions du code des marchés publics ;

- que la mention des voies de recours n'est pas à ce jour obligatoire et son absence ne saurait constituer un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence dès lors que les seuils de publicité communautaires ne sont pas atteints ; que la langue de procédure figure dans le règlement de consultation ;

Vu, enregistré le 4 décembre 2008, le mémoire en réplique présenté pour la société CNIM, tendant aux mêmes fins que sa requête par les mêmes moyens et faisant en outre valoir :

- qu'elle a soumissionné à l'appel d'offres querellé ;
- que le marché en litige est bien un marché public de services ;
- que le juge des référés est compétent pour statuer sur les motifs de rejet des offres ;
- que la situation des candidats n'est pas la même suivant que, comme l'exploitant en place, ils sont payés pour examiner les ascenseurs ou qu'ils doivent investir plusieurs jours de leur temps pour ce motif ;
- que l'avis de publicité en vigueur en l'espèce était, en vertu de l'article 3-I de l'arrêté du 28 août 2006, le modèle fixé par le règlement CE n° 1564-2005 ; que ce modèle imposait de mentionner notamment la langue, les voies de recours et l'indication si le marché est couvert par l'accord sur les marchés publics ;

Vu, enregistré le 5 décembre 2007, le deuxième mémoire en défense présenté pour le CHU de Toulouse, tendant aux mêmes fins que ses précédentes écritures pour les mêmes motifs et faisant en outre valoir :

- qu'il peut y avoir une confusion entre la société mère et une société fille ;
- qu'en l'espèce il s'agit bien d'un marché de travaux dès lors que le marché suppose l'adaptation des ascenseurs dans les emplacements existants qui vont être modifiés de manière fondamentale et que le prix de la main d'œuvre est essentiel ;

Vu l'ordonnance en date du 20 novembre 2007 par laquelle le juge des référés a enjoint au centre hospitalier de différer la signature du contrat contesté jusqu'au terme de la procédure ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu le règlement C.E n° 1564-2005 du 7 septembre 2005 ;

Vu le code des marchés publics ;

Vu l'arrêté du 28 août 2006 fixant les modèles d'avis pour la passation et l'attribution des marchés publics et des accords cadres ;

Vu le code de justice administrative ;

Vu la décision, en date 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 5 décembre 2007 à laquelle les parties avaient été régulièrement convoquées :

- le rapport de M. ARROUCAU, magistrat désigné ;
- les observations de Me CORONAT pour la société CNIM qui confirme ses écritures ;
- les observations de Me MONTAZEAU pour le Centre Hospitalier Universitaire de Toulouse qui confirme ses écritures et fait en outre valoir que l'arrêté du 28 août 2006 dont se prévaut la société requérante n'est pas conforme au code des marchés publics ;
- les observations de Mme CLAOUE pour la société Schindler qui confirme ses écritures ;
- M. ARROUCAU indique, en réponse à une demande de Me MONTAZEAU, qu'il sera possible aux parties de présenter des notes en délibéré dans les 24 heures suivant l'audience ;

Vu, enregistrées le 6 décembre 2007, les pièces transmises en délibéré par Me COURRECH pour la société CNIM ;

Vu, enregistrée le 6 décembre 2007, la note en délibéré transmise par Me MONTAZEAU pour le Centre Hospitalier Universitaire de Toulouse et les pièces qui y sont jointes ;

Considérant qu'aux termes de l'article L.551-1 du code de justice administrative :
« Le président du tribunal administratif, ou le magistrat qu'il délègue, peut être saisi en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation des marchés publics, des marchés mentionnés au 2° de l'article 24 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics, des contrats de partenariat, des contrats visés au premier alinéa de l'article L.6148-5 du code de la santé publique et des conventions de délégation de service public.

Les personnes habilitées à agir sont celles qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par ce manquement, ainsi que le représentant de l'Etat dans le département dans le cas où le contrat est conclu ou doit être conclu par une collectivité territoriale ou un établissement public local.

Le président du tribunal administratif peut être saisi avant la conclusion du contrat. Il peut ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations et suspendre la passation du contrat ou l'exécution de toute décision qui s'y rapporte. Il peut également annuler ces décisions et supprimer les clauses ou prescriptions destinées à figurer dans le contrat et qui méconnaissent lesdites obligations. Dès qu'il est saisi, il peut enjoindre de différer la signature du contrat jusqu'au terme de la procédure et pour une durée maximum de vingt jours... » ;

Considérant que par avis d'appel public à la concurrence envoyé à la publication le 26 juin 2007, le Centre Hospitalier Universitaire de Toulouse a engagé une procédure d'appel d'offres en vue de la passation d'un marché à bons de commande pour la réalisation de travaux de mise en conformité des ascenseurs de l'établissement ; que la société CNIM dont l'offre a été écartée, demande l'annulation de ladite procédure ;

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

Sur la fin de non recevoir opposée par le CHU de Toulouse :

Considérant que la requête a été présentée par la société CNIM, régulièrement immatriculée au registre du commerce et des sociétés de même que son établissement secondaire implanté en région toulousaine ; que la circonstance que le siège social mentionné dans la requête comme dans les documents fournis par la société à l'appui de sa candidature au marché susmentionné soit celui de l'établissement secondaire est sans incidence sur la recevabilité de la requête dont il n'est pas douteux qu'elle émane de l'entreprise ayant soumissionné à l'appel d'offres faisant l'objet du litige ;

Sur la régularité de la procédure de passation du marché :

Sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens de la requête :

Considérant que les prestations de mise en conformité des ascenseurs du CHU ont pour effet de modifier, notamment par l'adjonction de dispositifs de sécurité, les caractéristiques techniques des installations concernées ; qu'elles ne sont par suite pas assimilables, contrairement à ce que soutient la société CNIM, à de simples services d'entretien et de réparation, tels que prévus par l'article 29 du code des marchés publics et qui font d'ailleurs l'objet d'un marché distinct dont la société Schindler est déjà titulaire ; que les prestations prévues par le présent marché ne consistent pas seulement en la fourniture et la pose d'équipements prêts à l'emploi mais entraînent, pour un nombre élevé d'ascenseurs, le remplacement ou la modification d'éléments mécaniques importants de ces appareils qui sont incorporés aux bâtiments dans lesquels ils sont installés ; que par suite, le CHU de Toulouse a pu à bon droit considérer que le marché faisant l'objet du litige constituait un marché de travaux au sens du code des marchés publics ; que, dès lors, compte tenu de son montant, soit environ 1 400 000 € hors taxe, la publication d'un avis de marché au Journal Officiel de l'Union Européenne n'était pas prescrite à peine de nullité de la procédure ;

Considérant toutefois qu'aux termes de l'article 45 du code des marchés publics dans sa rédaction applicable en l'espèce issue du décret n° 2006-275 du 1^{er} août 2006 : « I Il ne peut être exigé des candidats que des niveaux minimum 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 » ; qu'il résulte de l'instruction que l'avis d'appel public à la concurrence publié au Bulletin officiel des annonces des marchés publics (BOAMP) ne contenait aucune mention sur les critères de sélection des candidatures, si ce n'est un renvoi pur et simple à l'article 45 du code des marchés publics ; que la circonstance que les renseignements prévus par ce dernier aient été indiqués dans le règlement de la consultation ne saurait pallier leur défaut dans l'avis d'appel public dès lors que leur seule mention dans les documents de la consultation n'est plus autorisée qu'à titre subsidiaire en l'absence d'un tel avis ;

Considérant également qu'aux termes du IV de l'article 26 dudit code : « Pour les marchés et accords cadres de travaux d'un montant estimé compris entre 210 000 € H.T. et 5 270 000 € H.T., le pouvoir adjudicateur peut librement choisir entre toutes les procédures formalisées énumérées au I » ; qu'au nombre de ces procédures, figure l'appel d'offres ouvert utilisé en l'espèce par le CHU de Toulouse ; qu'aux termes du IV de l'article 40 du code applicable aux marchés de travaux : « 1° Pour les achats d'un montant compris entre 90 000 € H.T. et 5 280 000 € H.T., 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... » ; qu'aux termes du V du même article : « Les avis d'appel public à la concurrence mentionnés au 1° du III et au 1° du IV sont publiés conformément au modèle fixé par arrêté du ministre chargé de l'économie ... » ; qu'aux termes de l'article 3 de l'arrêté du 28 août 2006 pris pour l'application de ces dispositions : « I. Les demandes de publication d'avis d'appel public à la concurrence et d'avis d'attribution de marchés publics et accords cadres passés selon une procédure formalisée en application des I, IV et V de l'article 26 ... envoyées pour publication au Bulletin officiel des annonces des marchés publics à compter du 1^{er} décembre 2006, sont rédigées selon les modèles d'avis fixés par le règlement (CE), n° 1564/2005 susvisé » ; qu'il résulte de ces dispositions combinées que l'avis d'appel public à la concurrence concernant le marché faisant l'objet du litige, envoyé le 26 juin 2007 et d'un montant approximatif de 1,4 million d'euros, devait être rédigé selon le modèle d'avis prévu par le règlement communautaire susmentionné du 7 septembre 2005 ; que le CHU n'est pas fondé à soutenir que les dispositions précitées de l'arrêté du 28 août 2006 méconnaîtraient les dispositions du code des marchés publics ou la réglementation européenne en tant qu'elles renvoient à un modèle d'avis en vigueur pour les publications au Journal Officiel de l'Union Européenne ;

Considérant qu'il est constant que l'avis envoyé à la publication du Bulletin officiel des annonces des marchés publics par le CHU ne comportait pas plusieurs rubriques prévues par le formulaire standard d'avis de marché annexé au règlement communautaire susmentionné ; que tel est notamment le cas, outre les capacités requises pour la présentation des candidatures, évoquées précédemment, de la mention des procédures de recours et de l'indication de la couverture du marché par l'accord sur les marchés publics ; que ces mentions ne présentent pas un caractère facultatif ; que leur absence constitue donc un manquement aux obligations de publicité auxquelles était tenu le Centre Hospitalier Universitaire de Toulouse ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède qu'il y a lieu, en application des dispositions précitées de l'article L.551-1 du code de justice administrative, d'annuler en totalité la procédure de passation du marché faisant l'objet du litige ;

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

Considérant qu'il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de condamner le Centre Hospitalier Universitaire de Toulouse à payer à la société CNIM une somme de 1 000 € au titre des frais exposés par elle et non compris dans les dépens ;

-8-

Considérant par ailleurs qu'en vertu des dispositions susmentionnées, 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 Schindler France et le Centre Hospitalier Universitaire de Toulouse doivent par suite être rejetées ;

ORDONNE :

Article 1^{er} : La procédure de passation du marché de travaux de mise en conformité des ascenseurs – 1^{ère} tranche, lancée par le Centre Hospitalier Universitaire de Toulouse est annulée.

Article 2 : Le Centre Hospitalier Universitaire de Toulouse versera à la société CNIM une somme de 1 000 € (mille euros) au titre de l'article L.761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : Les conclusions du Centre Hospitalier Universitaire de Toulouse et de la société Schindler France tendant à la condamnation de la société CNIM au paiement des frais exposés et non compris dans les dépens sont rejetées.

Article 3 : La présente ordonnance sera notifiée :

- à la société CNIM,
- au CHU de Toulouse,
- et à la Société Schindler France.

Prononcé à Toulouse, le 6 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 décision.

Pour expédition conforme :
Le Greffier en chef,