

achatpublic info L'INFORMATION, SIMPLE COMME UN CLIC.

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE MARSEILLE**

N° 0800581

SOCIÉTÉ ENTREPRISE GÉNÉRALE
D'ÉLECTRICITÉ NOËL BERANGEROrdonnance du
12 février 2008

54-03-05

REPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Le Tribunal administratif de Marseille,

Le vice-président désigné,
Juge des référés,

Vu la requête, enregistrée au greffe du Tribunal le 23 janvier 2008, sous le n° 0800581, présentée pour la SOCIÉTÉ ENTREPRISE GÉNÉRALE D'ÉLECTRICITÉ NOËL BERANGER, dont le siège social est situé 12-14 bd Claude Antonetti, à la Penne-sur-Huveaune (13173), prise en la personne de ses représentants légaux, par Me Clauzade ;

La SOCIÉTÉ ENTREPRISE GÉNÉRALE D'ÉLECTRICITÉ NOËL BERANGER demande au président du Tribunal administratif, sur le fondement des dispositions de l'article L. 551-1 du code de justice administrative :

1° d'enjoindre à la communauté urbaine Marseille Provence métropole de différer la signature du marché de maintenance et réparation des installations d'éclairage et de balisage dans les tunnels routiers et leurs accès, jusqu'au terme de la procédure ;

2° d'annuler la procédure de passation dudit marché et tous les actes subséquents, en ce compris toutes les décisions de la commission d'appel d'offres ;

3° d'enjoindre à la communauté urbaine Marseille Provence métropole de reprendre la procédure de passation en se conformant aux obligations de publicité et de mise en concurrence ;

4° de condamner la communauté urbaine Marseille Provence métropole à lui verser la somme de 2 000 euros HT, sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Elle soutient que :

- l'avis d'appel public à la concurrence ne précise pas les niveaux minimaux de capacité exigés des candidats, en méconnaissance des dispositions combinées des articles 45 et 52 du code des marchés publics ;
- le candidat dont l'offre a été retenue ne dispose pas personnellement de la qualification professionnelle ME4 dont il se prévaut et qui a conduit à lui attribuer le marché ;

N° 0800581

2

- le prix proposé par le candidat retenu apparaît anormalement bas, au regard de la qualité des prestations qu'il s'est engagé à assurer, ce qui révèle la pratique de prix abusivement bas, de nature à fausser le jeu de la concurrence, en méconnaissance des dispositions de l'article L. 420-5 du code de commerce et à faire craindre une mauvaise exécution du marché ;

- l'égalité entre les candidats a été rompue, l'un d'entre eux ayant eu communication de renseignements qui n'ont pas été portés à la connaissance des autres participants ;

Vu l'ordonnance n° 0800581 en date du 24 janvier 2008, par laquelle il a été enjoint à la communauté urbaine Marseille Provence métropole de différer la signature du marché dont la procédure de passation est en cause ;

Vu le mémoire, enregistré le 4 février 2008, présenté pour la communauté urbaine Marseille Provence métropole, représentée par son président en exercice, par Me Baillon-Passe, qui conclut :

1° au rejet de la requête ;

2° à la condamnation de la société requérante à lui verser la somme de 2 500 euros au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Elle soutient que :

- la mention de niveaux minimaux de capacité n'est pas une obligation mais, au contraire, une simple faculté, comme l'indique clairement la directive n° 2004-18 du 31 mars 2004 ;

- en l'espèce le choix a été fait de ne pas exiger ces minima ;

- la société CEGELEC sud-est a fourni le certificat de qualification professionnelle Qualifelec « ME 4-TN 4 », valide à la date de la réunion de la commission d'ouverture des plis ;

- la pratique de prix abusivement bas évoquée à l'article L. 420-5 du code de commerce ne s'applique pas aux pouvoirs adjudicateurs et ne relève pas de la compétence du juge des référés pré-contractuels ;

- en revanche, la procédure prévue pour les offres anormalement basse a été mise en œuvre, les précisions apportées par la société retenue s'étant révélées suffisantes ;

- le candidat retenu n'a pas bénéficié d'informations dont ne disposaient pas les autres candidats ;

Vu le mémoire, enregistré le 5 février 2008, présenté pour la SOCIÉTÉ ENTREPRISE GÉNÉRALE D'ÉLECTRICITÉ NOËL BERANGER, qui conclut aux mêmes fins, par les mêmes moyens que dans sa requête et qui fait valoir, en outre, que :

- la communauté urbaine n'établit pas ses affirmations ;

- aucune réponse n'a été apportée à sa demande tendant à obtenir, sur le fondement de l'article 83 du code des marchés publics, les caractéristiques et les avantages relatifs à l'offre retenue ;

Vu les autres pièces du dossier ;

N° 0800581

3

Vu la décision du président du Tribunal désignant M. Hermitte, vice-président, comme juge des référés ;

Vu la directive n° 2004/18/CE du 31 mars 2004 ;

Vu le code de commerce ;

Vu le code des marchés publics ;

Vu le code de justice administrative ;

Après avoir régulièrement convoqué à l'audience :

- Me Clauzade, représentant la SOCIÉTÉ ENTREPRISE GÉNÉRALE D'ÉLECTRICITÉ NOËL BERANGER ;

- la communauté urbaine Marseille Provence métropole ;

Après avoir entendu au cours de l'audience publique du 6 février 2008 :

- le rapport de M. Hermitte, vice-président ;

- les observations de Me Clauzade, pour la SOCIÉTÉ ENTREPRISE GÉNÉRALE D'ÉLECTRICITÉ NOËL BERANGER, qui a repris et développé les écritures ;

- les observations de Me Baillon-Passe, pour la communauté urbaine Marseille Provence métropole, qui a également repris et développé les arguments contenus dans ses écritures en défense ;

Après avoir informé les parties de ce que la clôture de l'instruction interviendrait le 6 février 2008, à 17 heures ;

Vu l'ordonnance du 6 février 2008, fixant la clôture de l'instruction au 6 février 2008, à 17 heures ;

Vu le mémoire, enregistré le 6 février 2008, à 13 heures 11, présenté pour la SOCIÉTÉ ENTREPRISE GÉNÉRALE D'ÉLECTRICITÉ NOËL BERANGER, qui maintient ses précédentes écritures, par les mêmes moyens, précisant que la qualification ME 4 dont se prévaut la société attributaire du marché n'était valable que jusqu'au 30 novembre 2007 et n'était donc plus en vigueur à la date d'attribution dudit marché et que les informations qui lui ont été données dans le courrier du 11 décembre 2008 l'informant du rejet de son offre ne sont pas suffisantes ;

Vu le mémoire, enregistré le 6 février 2008, à 16 heures 53, présenté pour la communauté urbaine Marseille Provence métropole, qui maintient ses précédentes écritures et qui fait valoir, également, que le certificat Qualifelec ME 4 était valide à la date d'examen des candidatures, la société ayant produit, par ailleurs, plusieurs certificats de capacité et que la société requérante ayant introduit un recours contentieux, elle n'avait donc plus à répondre à sa demande de communication des motifs, un tel recours faisant obstacle à la communication d'un document administratif et elle a d'ailleurs fourni les renseignements demandés dans le cadre de ladite instance ;

N° 0800581

4

Vu le mémoire, enregistré le 6 février 2008, à 17 heures 07, présenté pour la SOCIÉTÉ ENTREPRISE GÉNÉRALE D'ÉLECTRICITÉ NOËL BERANGER ;

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

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./ Sauf si la demande porte sur des marchés ou contrats passés par l'Etat, elle peut également être présentée par celui-ci lorsque la Commission des communautés européennes lui a notifié les raisons pour lesquelles elle estime qu'une violation claire et manifeste des obligations de publicité et de mise en concurrence d'origine communautaire ou résultant de l'accord sur l'Espace économique européen, a été commise./ Le président du tribunal administratif ou son délégué statue en premier et dernier ressort en la forme des référés » ;

Considérant, en premier lieu, 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 ne peuvent soumissionner à un marché en application des dispositions de l'article 43 ou qui, le cas échéant après mise en oeuvre 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, ou, s'il s'agit d'une procédure dispensée de l'envoi d'un tel avis, dans le règlement de la consultation. 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 (...) » ; qu'aux termes de l'article 45 du même code : « I. - Le pouvoir adjudicateur ne peut exiger des

N° 0800581

5

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. En ce qui concerne les marchés passés pour les besoins de la défense, le pouvoir adjudicateur peut également exiger des renseignements relatifs à leur nationalité et, si l'objet ou les conditions du marché le justifient, à leur habilitation préalable, ou leur demande d'habilitation préalable, en application du décret n° 98-608 du 17 juillet 1998 relatif à la protection des secrets de la défense nationale. / La liste de ces renseignements et documents est fixée par arrêté du ministre chargé de l'économie. / 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 (...) » ; qu'il résulte de l'instruction que l'avis d'appel public à la concurrence publié au Bulletin officiel des annonces des marchés publics le 7 juin 2007, relatif au marché dont la procédure de passation est contestée par la société requérante, précise, au titre de la rubrique « critères de sélection des candidatures », que « les candidatures qui ne satisfont pas aux niveaux de capacités indiqués seront éliminées » ; que les exigences posées par la communauté urbaine s'agissant des capacités économique, financière, professionnelle et technique, sont indiquées dans la suite de l'avis de manière précise et suffisamment complète pour permettre aux éventuels candidats d'en connaître la nature et le niveau ; que le règlement de la consultation ne comporte pas d'autre exigence qui n'ait été portée à la connaissance des candidats par l'avis publié ; que, par suite, le moyen tiré de la méconnaissance des dispositions combinées des articles 52 et 45 du code des marchés publics manque en fait ;

Considérant, en deuxième lieu, que si, au titre des capacités professionnelles et techniques, il était souhaité dans le règlement de la consultation que les candidats soient titulaires de la qualification « ME 4 (QUALIFELEC) », cette exigence étant reprise dans l'avis de publicité, une telle mention ne se présentait pas comme une exigence mais simplement comme un « souhait » de la part du pouvoir adjudicateur, les candidats pouvant justifier de leurs capacités en ces domaines par tout autres moyens ; que, dès lors, la circonstance que la société Cegelec Sud-est, dont l'offre a été retenue, ne justifiait d'une telle qualification que jusqu'au 30 novembre 2007 est sans incidence sur la régularité de la procédure dès lors, d'une part, que la certification en question était en vigueur à la date à laquelle la commission d'appel d'offres s'est prononcée sur la recevabilité des candidatures et que, d'autre part, la société a produit plusieurs autres certificats portant sur des prestations réalisées, relevant de l'objet du marché en cause, de nature à établir qu'elle avait les capacités requises ;

Considérant, en troisième lieu, que si le prix proposé par la société Cegelec sud-est s'est révélé très inférieur à celui des autres candidats, au point d'être considéré comme anormalement bas, le pouvoir adjudicateur, qui n'avait pas à appliquer les dispositions de l'article L. 420-5 du code de commerce, a mis en œuvre, comme il le devait, la procédure prévue à l'article 55 du code des marchés publics et, à ce titre, a demandé à cette société, par un courrier en date du 26 octobre 2007, de justifier plusieurs de ses prix ; que la société a répondu à cette demande par un courrier en date du 12 novembre 2007 ; que la commission a estimé, au vu des rapports d'analyse des offres élaborés, que les prix proposés n'étaient pas anormalement bas ; que, dans ces conditions, la société requérante, qui n'établit pas que ces prix étaient de nature, par leur niveau, à fausser les règles de la concurrence, n'est pas fondée à soutenir que la procédure suivie est irrégulière de ce chef ;

N° 0800581

6

Considérant, en quatrième lieu, que la circonstance que, dans le cadre d'une précédente procédure de passation, qui a fait l'objet d'une décision de déclaration sans suite, la société CEGELEC sud-est aurait eu communication de certaines informations est sans incidence sur la régularité de la procédure en litige, dès lors que celle-ci est distincte et, surtout, qu'il n'est pas établi que lesdites informations étaient nécessaires à l'élaboration des candidatures ou des offres ;

Considérant, en cinquième et dernier lieu, que la SOCIÉTÉ ENTREPRISE GÉNÉRALE D'ÉLECTRICITÉ NOËL BERANGER, suite au courrier en date du 11 janvier 2008 l'informant du rejet de son offre, a adressé à la communauté urbaine Marseille Provence métropole un courrier en date du 16 janvier 2008, par lequel elle demandait, notamment, que lui soient communiqués les caractéristiques et les avantages de l'offre retenue ; que, sans attendre de réponse et alors que le délai dont disposait la communauté urbaine n'était pas encore expiré, la société a saisi le Tribunal d'une requête fondée sur les dispositions de l'article L. 551-1 du code de justice administrative ; que si la communauté urbaine ne justifie pas avoir communiqué directement ces renseignements à la société requérante, comme elle en avait l'obligation en vertu des dispositions de l'article 83 du code des marchés publics, elle a cependant versé aux débats le rapport d'analyse des offres déposées ainsi que les procès verbaux de la commission d'appel d'offres, lesquels comportaient ces indications ; que la SOCIÉTÉ ENTREPRISE GÉNÉRALE D'ÉLECTRICITÉ NOËL BERANGER n'est dès lors pas fondée à soutenir que la procédure suivie est entachée d'irrégularité de ce fait ;

Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que la SOCIÉTÉ ENTREPRISE GÉNÉRALE D'ÉLECTRICITÉ NOËL BERANGER n'est pas fondée à demander l'annulation de la procédure de passation en cause ;

Sur les frais non compris dans les dépens :

Considérant que les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce que la communauté Marseille Provence métropole, qui n'est pas la partie perdante dans la présente instance, soit condamnée à verser une somme sur leur fondement ; que, dans les circonstances de l'espèce, il n'y a pas lieu de faire droit à la demande présentée sur le même fondement par la communauté urbaine Marseille Provence métropole ;

ORDONNE

Article 1er : La requête de la SOCIÉTÉ ENTREPRISE GÉNÉRALE D'ÉLECTRICITÉ NOËL BERANGER est rejetée.

Article 2 : Les conclusions présentées par la communauté urbaine Marseille Provence métropole sur le fondement des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

achatpublic info **L'INFORMATION, SIMPLE COMME UN CLIC.**

N° 0800581

7

Article 3 : La présente ordonnance sera notifiée à la SOCIÉTÉ ENTREPRISE GÉNÉRALE D'ÉLECTRICITÉ NOËL BERANGER et à la communauté urbaine Marseille Provence métropole.

Fait à Marseille, le 12 février 2008.

Le vice-président désigné,
Juge des référés,

signé

G. HERMITTE

La république mande et ordonne au préfet des Bouches-du-Rhône, en ce qui le concerne ou à tous les huissiers de justice à ce que 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,
Pour le greffier en chef.