

MINUTE N° :  
ORDONNANCE DU : 02 Novembre 2010  
DOSSIER N° : 10/00525  
AFFAIRE : S.A. BANCEL C/ S.A. ICF NORD EST

TRIBUNAL DE GRANDE INSTANCE DE NANCY

en la forme des référés

deux Novembre deux mil dix

COMPOSITION

**PRESIDENT : Monsieur Pascal BRIDEY,**

**GREFFIER : Mademoiselle Ghislaine LACOUR,**

**PARTIES :**

**DEMANDERESSE**

**S.A. BANCEL**, dont le siège social est sis 36-38 chemin de Cornillon - 93214 LA PLAINE SAINT DENIS, en la personne de son représentant légal pour ce domicilié au siège social,

représentée par Maître Jehan BEJOT, de la SCP UETTWILLER GOUT GRELON CANAT et Associés, Avocat au barreau de PARIS, 47 rue de Monceau 75008 PARIS, et Maître Marianne GUNDERMANN, Avocat au barreau de NANCY,

**DEFENDERESSE**

**S.A. D'HLM ICF NORD EST**, dont le siège social est sis 5 rue Antoine - 57000 METZ, en la personne de son représentant légal pour ce domicilié au siège social,

représentée par Maître Olivier ORTEGA, de la SCP LEFEVRE PELLETIER et Associés, Avocat au barreau de PARIS, 136 avenue des Champs Elysées 75008 PARIS

\*\*\*\*\*

L'affaire a été appelée le 05 octobre 2010 et renvoyée au 19 octobre puis au 02 novembre 2010.

Elle a été plaidée à l'audience du 02 Novembre 2010

Après l'audition des parties en leurs observations l'affaire a été mise en délibéré au 02 Novembre 2010.

Et ce jour deux Novembre deux mil dix, après délibéré, la présente décision a été rendue.

## FAITS ET PROCÉDURE

Le 29 avril 2010, la SA D'HLM ICF NORD-EST a procédé à la publication au Journal Officiel de l'Union Européenne d'un avis de marché portant sur des travaux de réhabilitation de 132 logements individuels à HELLEMES.

La SA BANCEL s'est alors portée candidate et lui a présenté une offre pour un montant forfaitaire global de 4.456.678 euros hors taxes.

Par courrier du 31 août 2010, la SA ICF NORD-EST, en qualité de pouvoir adjudicateur a informé la SA BANCEL du rejet de son offre, sans en préciser les motifs ni lui indiquer le nom de l'attributaire.

Le 02 septembre 2010, la SA D'HLM ICF NORD-EST a procédé à la publication au Journal Officiel de l'Union Européenne d'un avis d'attribution dudit marché à la SOCIÉTÉ NORPAC pour un montant forfaitaire global de 6.295.600 euros hors taxes.

Par acte du 15 septembre 2010, la SA BANCEL a saisi le juge des référés du Tribunal de Grande Instance de NANCY, estimant que des irrégularités affectaient la procédure d'appel d'offres et qu'une totale opacité entourait les conditions d'attribution du marché.

Par ordonnance du 28 septembre 2010, la requête en référé pré-contractuel de la SA BANCEL a été déclarée irrecevable, compte tenu de la signature du marché entre la SA ICF et la SOCIÉTÉ NORPAC.

**Par acte du 01 octobre 2010**, la SA BANCEL a fait assigner la SA D'HLM ICF NORD-EST devant le Président du Tribunal de Grande Instance de NANCY statuant en référé afin d'obtenir la nullité du marché conclu par la SA D'HLM ICF NORD-EST avec la SOCIÉTÉ NORPAC, et la condamnation de la SA D'HLM NORD-EST au versement d'une somme de 6.000 euros sur le fondement de l'article 700 du Code de procédure civile, ainsi qu'aux entiers dépens.

A l'audience du 2 novembre 2010, les parties étaient représentées. Il sera donc statué par ordonnance contradictoire.

La SA BANCEL affirme que le juge des référés est tenu de prononcer la nullité du marché dès lors qu'il est établi, d'une part, que celui-ci a été conclu en violation du délai de suspension de 16 jours entre la date d'envoi du courrier de notification de rejet et la date de signature du marché, et d'autre part, que les obligations de publicité et de mise en concurrence ont été méconnues.

En premier lieu, elle rappelle que la SA D'HLM ICF NORD-EST a produit, dans le cadre de la précédente procédure de référé pré-contractuel, un ordre de service du 09 septembre 2010 prescrivant à la SOCIÉTÉ NORPAC d'engager les travaux à compter du 01 octobre 2010.

Elle considère que le marché a donc nécessairement été signé avant le 09 septembre 2010, et déplore l'impossibilité de pouvoir en déterminer la date exacte. Elle prétend, au vu d'un ordre de service du 19 juillet 2010, que la SA D'HLM ICF NORD-EST a attribué le marché en cause à la SOCIÉTÉ NORDPAC dès le début du mois de juillet, soit quelques jours seulement après la remise des offres et sans que les candidats évincés en aient été informés.

Elle prétend que la SA D'HLM ICF NORD-EST l'a ainsi privé de la possibilité d'exercer avec succès une procédure de référé pré-contractuel en signant prématurément le marché litigieux.

En second lieu, elle précise que le courrier de notification de rejet de son offre ne contient aucune des informations légalement requises.

Elle décrit les critères d'attribution du marché comme étant totalement irréguliers, considérant en effet que les conditions de la mise en concurrence ont été viciées.

Elle explique que de telles irrégularités n'ont pas permis de sélectionner la proposition la plus avantageuse économiquement au regard de la valeur technique réelle des offres des candidats.

Elle soutient que l'imprécision de ces critères a également accordé une liberté de choix discrétionnaire au pouvoir adjudicateur, ne permettant ainsi pas de garantir l'égalité de traitement des candidats et la transparence de la procédure.

Elle affirme que l'analyse des offres a été menée de manière isolée et expéditive, en privant les candidats du droit de voir leur proposition examinée par une entité collégiale.

La SA ICF Nord Est conclut au rejet des prétentions de la SA BANCEL et à sa condamnation au paiement d'une indemnité de 5 000 € en application des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile.

Elle admet avoir signé le marché avant l'expiration du délai de 16 jours mais fait valoir que le non-respect de ce délai dit de « stanstill » ne saurait entraîner l'annulation du contrat.

Elle soutient que la SA BANCEL ne lui a, à aucun moment, adressé une demande de motivation du rejet de son offre conformément à l'article 83 du code des marchés publics et que l'absence de motivation alléguée ne l'a pas empêché de contester utilement son éviction.

Elle ajoute que la demanderesse ne subit aucun grief car le marché est parfaitement légal et estime qu'il n'appartient pas au juge du référé contractuel de vérifier les mesures de publicité ni les critères de mise en concurrence des candidats.

Elle prétend que les critères techniques retenus sont parfaitement adaptés à l'opération de réhabilitation, objet du marché litigieux et que, contrairement à ce que prétend la SA BANCEL la procédure a été réalisée dans le respect de la collégialité et en toute transparence.

A l'audience du 2 novembre 2010, les parties ont maintenu intégralement leurs prétentions.

### **MOTIFS DE LA DECISION**

Vu les articles 11 et suivants de l'ordonnance n°2009-515 du 07 mai 2009,

Vu l'article 46-I du décret n°2005-1742 du 30 septembre 2005,

Vu les articles 1441-1 et suivants du Code de procédure civile,

Vu l'article L.211-14, D.211-10-2, R.213-5-1 et suivants du Code de l'organisation judiciaire,

Vu l'article L.433-1, R.433-5 et suivants du Code de la construction et de l'habitat,

Vu les pièces produites par la SA BANCEL et par la SA ICF,

### **Sur le non-respect des délais de signature du marché :**

*En application de l'article 16 de l'ordonnance du 07 mai 2009, " Le juge prononce 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 (...) si, en outre, deux conditions sont réunies : la méconnaissance de ces obligations a privé le demandeur du droit d'exercer le recours prévu par les articles 2 et 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 ".*

Il ressort de cette disposition, que le juge des référés est tenu de prononcer la nullité du marché attaqué, lorsqu'il est établi :

- d'une part, que ce marché a été conclu de manière prématurée, en violation du délai de suspension de 16 Jours imposé par l'article 46-I du décret du 30 décembre 2005, privant ainsi le candidat évincé de la possibilité d'exercer utilement un référé pré-contractuel ;
- d'autre part, que les obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles la passation du marché litigieux était soumise, ont été méconnues.

L'article 46-I du décret du 30 décembre 2005 précité prévoit que lorsqu'il a fait son choix pour une candidature pour une offre, le pouvoir adjudicateur notifie à tous les candidats le rejet de leur candidature ou de leurs offres, en leur indiquant les motifs de ce rejet. Un délai d'au moins 16 jours doit être respecté entre la date d'envoi de la notification et la date de conclusion du marché.

Dans le cadre d'une procédure d'appel d'offres lancée, comme en l'espèce, sur le fondement du décret du 30 décembre 2005, la SA ICF Nord-Est, en sa qualité de pouvoir adjudicateur, était tenue de respecter un délai de 16 jours entre la date d'envoi des courriers de notification de rejet aux candidats écartés et la date de signature du marché.

En l'espèce, malgré des demandes réitérées, la SA ICF Nord Est n'a pas communiqué à la présente juridiction la date exacte de signature du marché, le seul document versé aux débats étant un procès-verbal d'attribution à la société NORPAC signé par les membres de la commission d'appel d'offres mais non daté.

Il résulte cependant des autres pièces du dossier, que la SA ICF NORD-EST a fait publier le 02 septembre 2010 un avis portant attribution du marché litigieux à la SOCIÉTÉ NORPAC

Elle devait impérativement, à compter du 31 août, date de notification de sa décision de rejet de l'offre de la société BANCEL, respecter le délai de suspension de 16 jours qui expirait le 17 septembre 2010.

Bien que la date précise de conclusion du marché ne soit pas déterminée avec précision du fait de la carence délibérée de la défenderesse, déjà observée lors de la procédure de référé pré-contractuel, il ressort sans contestation possible de l'avis publié le 2 septembre 2010 que le marché litigieux a été signé bien avant le 17 septembre 2010 et ce, en violation des règles de procédure élémentaires applicables en la matière.

Il convient de rappeler que les articles 2 et 5 de l'ordonnance du 07 mai 2009 permettent aux personnes ayant intérêt à conclure un contrat de droit privé relevant de la commande publique de saisir le juge des référés avant la conclusion du contrat en cause, afin d'obtenir l'instauration de mesures provisoires.

Or la SA BANCEL s'est vu sciemment et délibérément priver de ce recours puisque, par ordonnance du 28 septembre 2010, il a été constaté que le marché avait déjà été signé, de sorte que sa demande a été déclarée irrecevable !

La SA ICF Nord- Est ne peut soutenir qu'elle a respecté le délai de suspension de 16 jours après avoir prétendu, lors de l'audience de référé pré-contractuel, sans d'ailleurs produire les pièces correspondantes, que le marché était signé bien avant le 17 septembre 2010.

Elle s'est bornée à verser aux débats un ordre de service, signé par la société NORPAC en date du 9 septembre 2010, prescrivant à la société attributaire du marché d'engager les travaux de réhabilitation prévus à compter du 1er octobre 2010.

En signant dans la précipitation le marché litigieux, sans respecter le délai de suspension de 16 jours dont elle ne pouvait ignorer, compte tenu de sa pratique régulière de la commande publique et de la passation de ce type de marché, qu'il s'imposait à elle de manière absolue, la SA ICF Nord-Est a voulu délibérément faire échec à une règle essentielle de la concurrence et au droit fondamental de la demanderesse à exercer la procédure de référé pré-contractuel, la privant ainsi du droit de contester utilement et avant qu'il ne soit signé, la régularité du marché attribué à la SA NORPAC.

#### **Sur l'absence de notification des motifs de rejet de l'offre :**

En application de l'article 46-I 1° du décret du 30 décembre 2005, "*(...) 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 (...).*"

Cette disposition prévoit donc expressément que, lorsque le pouvoir adjudicateur informe le candidat du rejet de son offre, il doit indiquer, dans le même temps, d'une part les raisons de ce rejet, d'autre part le nom de l'attributaire et les motifs qui l'ont conduit au choix de son offre.

La seule mention de ce que l'offre écartée n'a pas été retenue ne saurait, être regardée comme une information suffisante au regard des dispositions de l'article 46 -I précité.

Des pièces versées aux débats, il résulte que la SA D'HLM ICF NORD-EST a notifié à la SA BANCEL le rejet de son offre par un courrier lapidaire en date du 31 août 2010.

Ce courrier ne comporte aucune des informations légalement requises. Il ne mentionne absolument pas les motifs du choix de l'attributaire du marché et ne fournit pas davantage l'identité du candidat retenu et les raisons ayant conduit la SA ICF à écarter l'offre présentée par la SA BANCEL.

À l'occasion de la procédure de référé pré-contractuel, la SA ICF Nord Est n'a pas cru devoir s'expliquer sur les motifs du rejet de la candidature de la SA BANCEL se bornant, à exciper, lors de l'audience, de la signature du marché sans même produire copie dudit marché.

Or les dispositions précitées s'imposent au pouvoir adjudicateur qui doit veiller à assurer, à toutes les étapes de la procédure, le respect de l'égalité de traitement entre les candidats et une mise en concurrence loyale et transparente desdits candidats.

Compte tenu de la nature et de l'importance du marché passé et des écarts très importants constatés entre les offres présentées, et notamment de la différence de plus de 40 % entre le prix de l'offre de la SA BANCEL et celui de la société NORPAC, la SA ICE a gravement manqué à ses obligations fondamentales de pouvoir adjudicateur en omettant d'expliquer aux candidats évincés, les motifs du rejet de leur candidature.

Cette absence totale d'indication des éléments pourtant imposés par l'article 46-I du décret du 30 décembre 2005 dans la notification de rejet de l'offre de la SA BANCEL constitue un manquement caractérisé aux obligations de transparence et de loyauté auxquelles la SA D'HLM ICF NORD-EST était soumise.

#### **Sur la violation de l'obligation de transparence de collégialité :**

Si une commission d'appel d'offres a été constituée conformément à l'article R. 433-6 du code de la construction et de l'habitation, il doit être constaté que cette commission s'est prononcée le 24 juin 2010 soit seulement trois jours après la date de remise des offres.

Compte tenu de la brièveté de ce délai, il apparaît impossible que la commission d'appel d'offres ait pu examiner elle-même les offres reçues conformément aux exigences de l'article R. 433-6 de la construction et de l'habitation, un tel délai ne permettant pas matériellement de prendre connaissance dans le détail des candidatures, de les examiner avec attention et d'attribuer une note à chacun des candidats au regard des critères et sous-critères retenus.

Or pour remplir l'objectif de transparence et de collégialité posé par l'article R. 433-6 du code de la construction et de l'habitation, la commission d'appel d'offres devait procéder elle-même à un véritable examen des offres, au regard des critères annoncés, afin de pouvoir formuler, en toute connaissance de cause, un avis motivé sur le choix de l'attributaire.

Il ressort des procès-verbaux versés aux débats, que la commission d'appel d'offres s'est réunie une première fois le 23 juin 2010 pour « ouvrir les candidatures » et vérifier la régularité formelle de ces candidatures et une deuxième fois le lendemain, 24 juin pour « dépouiller les offres de prix » et déclarer la consultation fructueuse.

En l'absence d'autres précisions sur les modalités de travail et de réunion de cette commission, il y a lieu de considérer qu'elle s'est bornée à ouvrir les plis et à en consigner le contenu en abandonnant aux services techniques de la SA ICF Nord Est défenderesse l'examen technique et le choix des candidatures.

Cette manière de procéder n'a pas été contestée à l'audience par la défenderesse qui a été dans l'impossibilité de rapporter la preuve que la commission d'appel d'offres s'est réunie à une date postérieure alors que le rapport d'analyse des offres établies par le service « patrimoine technique réhabilitation » de la SA ICF porte la mention « juillet 2010 »

La preuve est ainsi rapportée que la commission d'appel d'offres n'a jamais procédé à un examen des offres conformément aux dispositions de l'article R. 433-6 du code de la construction et de l'habitation et qu'elle a ainsi méconnu une règle de mise en concurrence essentielle à la procédure de passation des marchés relevant de la commande publique.

#### **Sur l'imprécision et inadaptation des critères de sélection des offres :**

S'il n'entre pas dans les prérogatives du juge des référés contractuel de contrôler l'appréciation portée sur les candidats par le pouvoir adjudicateur, il lui appartient néanmoins de s'assurer de la légalité des motifs d'exclusion des candidats au regard des obligations de publicité et de mise en concurrence et de vérifier que l'attribution du contrat est fondée sur une pluralité de critères non discriminatoires et liés à l'objet du marché.

Il est soutenu par la SA BANCEL que le critère « valeur technique » et les sous critères le composant ne répondent pas aux exigences du décret du 30 décembre 2005.

L'article 24-III de ce texte dispose que pour attribuer le marché au candidat qui a présenté une offre économiquement la plus avantageuse, le pouvoir adjudicateur se fonde :

- soit sur une pluralité de critères non discriminatoires et liés à l'objet du marché, notamment le délai de livraison ou d'exécution, le coût global d'utilisation, la rentabilité, la qualité, le caractère esthétique et fonctionnel, les caractéristiques environnementales, la valeur technique, le caractère innovant, le service après-vente et l'assistance technique, le prix, la date de livraison, les performances en matière d'insertion professionnelle des publics en difficulté étant précisé que d'autres critères peuvent être pris en compte s'ils sont justifiés par l'objet du marché ;
- soit, compte tenu de l'objet du marché, sur le seul critère du prix.

En l'espèce, force est de constater que :

- alors même qu'il s'agit d'un marché de travaux pour lequel le critère « valeur technique » a été pondéré à hauteur de 65 %, le pouvoir adjudicateur n'accorde pratiquement aucune importance aux moyens techniques proposés par les candidats tels que : le respect des exigences du CCPT, la mobilisation des matériels, la méthodologie et l'organisation du chantier, le respect des délais de réalisation des travaux ... pour ne retenir presque exclusivement que des exigences relatives aux moyens humains affectés à l'exécution du chantier ou des mesures d'accompagnement des locataires et d'insertion sociale.
- les sous critères utilisés au titre du critère « valeur technique » tels que « analyse du cahier des charges », « volet insertion sociale », « présentation du mémoire technique » apparaissent sans rapport direct avec l'objet du marché et ne permettent pas d'apprécier concrètement et de manière objective la qualité des moyens techniques mobilisés par les candidats pour l'exécution du marché.

L'utilisation de critères techniques aussi imprécis et inadaptés à l'objet du marché, dont il convient de rappeler qu'il a pour objet une opération techniquement complexe de réhabilitation de 132 logements individuels, apparaît peu compatible avec l'exigence d'une sélection objective et impartiale de l'offre économiquement la plus avantageuse au regard de la valeur technique réelle des prestations proposées.

L'imprécision et l'inadaptation des critères de choix ainsi dénoncées par la SA BANCEL a permis au pouvoir adjudicateur de disposer d'une marge d'appréciation discrétionnaire et de donner aux différents sous critères techniques retenus une portée excessive au détriment des deux critères principaux prévus par la loi : le prix et lien avec l'objet du marché.

Par ailleurs, la lecture du rapport d'analyse des offres produit par la société ICF fait apparaître des écarts de note manifestement disproportionnés entre les candidats au regard des caractéristiques et des mérites de leurs offres respectives : ainsi au regard de plusieurs critères, l'offre de la société NORPAC a été jugée parfaite avec attribution de la note maximale alors que celle de la société BANCEL a été jugée médiocre avec une note de 3 à 5 fois inférieure à celle de sa concurrente sans que ces différences d'appréciation soient étayées par une motivation pertinente et suffisante.

Il y a donc lieu de considérer que les critères d'attribution du marché retenus par la SA ICF Nord-Est étaient trop imprécis et trop éloignés de l'objet du marché pour permettre d'identifier l'offre économiquement la plus avantageuse et garantir l'égalité entre les candidats audit marché.

Par conséquent, compte tenu des violations multiples, répétées et délibérées de ses obligations de transparence et de mise en concurrence par la SA D'HLM ICF NORD-EST, professionnel averti des règles de passation des contrats relevant de la commande publique, il convient de constater la nullité du contrat conformément dispositions de l'article 16 de l'ordonnance du 7 mai 2009.



Cette sanction est incontournable dès lors qu'il n'est ni démontré ni même soutenu que la nullité du marché pourrait se heurter à une raison impérieuse d'intérêt général et serait susceptible d'entraîner des conséquences disproportionnées eu égard à l'intérêt économique du marché annulé.

En outre et malgré le faible nombre des candidats soumissionnaires, la SA ICF Nord Est ne peut soutenir que la SA BANCEL n'avait aucune chance d'obtenir le contrat alors que la commission d'appel d'offres mentionne expressément, dans le procès-verbal de la commission d'ouverture des plis établi le 24 juin 2010, que « la SA BANCEL est l'entreprise dont l'offre est la moins disante ou paraît la plus favorable, sous réserve de vérification ».

### Sur les autres demandes

Il résulte de l'équité et de la situation économique des parties que la demande de la SA BANCEL au titre de l'article 700 du Code de Procédure Civile est fondée. Il convient dès lors de condamner la SA D'HLM ICF NORD-EST à lui payer la somme de 3000 euros de ce chef.

La SA D'HLM ICF NORD-EST qui succombe supportera les dépens.

### PAR CES MOTIFS

**Nous, Pascal BRIDEY, Premier Vice-Président, Juge des référés, assisté de Ghislaine LACOUR, greffier, statuant en audience publique, par ordonnance contradictoire et en dernier ressort,**

Au principal, **renvoyons**, les parties à se pourvoir au fond, mais dès à présent,

**CONSTATONS** la nullité du marché conclu par la SA D'HLM ICF NORD-EST avec la SOCIÉTÉ NORPAC et portant sur la réalisation de 132 logements individuels à HELEMMES,

**CONDAMNONS** la SA D'HLM ICF NORD-EST à payer à la SA BANCEL la somme de 3000 (trois mille euros) au titre de l'article 700 du Code de procédure civile,

**REJETONS TOUTES AUTRES DEMANDES PLUS AMPLES OU CONTRAIRES,**

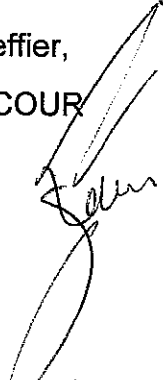
**LAISSONS** les dépens à la charge de la SA D'HLM ICF NORD-EST.

La minute de la présente ordonnance a été signée par le Président et le Greffier.

Et, Nous avons signé avec le Greffier

Le Greffier,

G. LACOUR



9

Pour copie certifiée conforme  
Le Greffier,

Le Président,

P. BRIDEY

