

TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE MARSEILLE

N°1400856

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

Société 4D

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

M. Delvolvé
Juge des référés

Ordonnance du 21 février 2014

Le Tribunal administratif de Marseille,

Le juge des référés

Vu la requête, enregistrée le 6 février 2014 au greffe du Tribunal sous le n° 1400856, présentée pour la Société 4D, prise en la personne de ses représentants légaux en exercice et dont le siège est situé 115, boulevard de la Millière à Marseille (13011), par Me Clauzade ;

La Société 4D demande au Tribunal :

1) d'annuler la procédure de passation du marché de travaux de déconstruction et désamiantage de l'ancien collège Fernand Léger situé sur la commune de Berre l'Etang, et l'ensemble des actes subséquents de la procédure ;

2) d'annuler toutes les décisions intervenues du pouvoir adjudicateur ;

3) d'enjoindre à la commune de Berre l'Etang de reprendre la procédure de passation en se conformant aux motifs de l'ordonnance à venir ;

4) de condamner la commune de Berre l'Etang à lui verser la somme de 1 500 euros en application de l'article L.761-1 du code de justice administrative ;

Elle soutient que :

- par courrier du 23 janvier 2014, son offre a été rejetée au motif qu'elle était irrégulière, aucune qualification ni référence satisfaisante n'ayant été fournie alors qu'elle a amplement rapporté la preuve qu'elle disposait de capacités professionnelles lui permettant d'exécuter le marché ;

- elle a, en plus des certificats de qualification professionnelle demandés, produit un tableau reprenant les 13 opérations de démolition et de désamiantage qu'elle a réalisées en 2012-2013 ;

- elle a été pénalisée uniquement en raison de sa difficulté à fournir l'ensemble des qualifications et références demandées, sans s'assurer qu'étant de création récente, elle disposait néanmoins, au regard des éléments de sa candidature, de capacités professionnelles adaptées aux prestations devant être réalisées dans le cadre du marché ;

- l'absence de références relatives à l'exécution d'un marché de même nature ne peut

justifier l'élimination d'un candidat et ne dispense pas le pouvoir adjudicateur d'examiner ses capacités professionnelles, techniques et financières (article 52-I al 4 du code des marchés publics) ;

- le rejet de sa candidature lui a fait perdre une chance d'obtenir le marché ;

Vu les pièces jointes à la requête et la décision attaquée ;

Vu le mémoire en défense, enregistré le 17 février 2014, présenté pour la commune de Berre l'Etang, par Me Lanzarone, qui conclut au rejet de la requête, et à la mise à la charge de la Société 4 D de la somme de 3 000 euros en application de l'article L.761-1 du code de justice administrative ;

La commune fait valoir que :

- le contrôle du juge est cantonné à celui de l'erreur manifeste d'appréciation ;
- la société requérante ne dispose manifestement pas de la capacité professionnelle requise tant au regard de ses certificats de qualification professionnelle que de ses références dès lors qu'elle ne détient aucun certificat de qualification professionnelle pour les travaux de démolition et qu'aucune attestation ne vient justifier de la bonne exécution des travaux de l'année 2012-2013 ;
- la société requérante n'a pas, non plus, fourni les CV de son personnel pour justifier qu'elle disposait d'un technicien suffisamment expérimenté dans le domaine de la démolition ;

Vu le mémoire complémentaire, enregistré le 18 février 2014, présenté pour la Société 4D, qui confirme ses précédentes écritures, et qui soutient, en outre, que :

- elle pouvait justifier de sa capacité par tout moyen (CE, 9 mai 2012, 356455) ;
- l'absence de références ne peut justifier, à elle seule, l'élimination d'un candidat ;
- aucune disposition du code ou du règlement de consultation n'exige la production d'attestations ;
- rien ne faisait obstacle à ce que le pouvoir adjudicateur interroge les maîtres d'ouvrage mentionnés dans les références qu'elle a produites ;
- elle justifie d'éléments équivalents au référentiel Qualibat 1112 pour démontrer sa compétence ;
- le règlement de consultation est illégal en ce qu'il interdit, de manière générale, aux candidats de recourir à d'autres opérateurs économiques, intervenant en qualité de sous-traitants et disposant des qualifications professionnelles demandées, contrairement à ce qui est autorisé par l'article 45 III du code des marchés publics ;

Vu la décision en date du 4 février 2014 par laquelle le président du tribunal a désigné M. Delvolvé comme juge des référés ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu le code des marchés publics ;

Vu le code de justice administrative ;

Après avoir convoqué à une audience publique :

- la Société 4D ;
- la commune de Berre l'Etang ;
- et la société SAS Genier Deforges SAS ;

Après avoir au cours de l'audience publique du 19 février 2014 à 14 heures, présenté son rapport et entendu :

- Me Clauzade, représentant la société 4D, qui confirme ses écritures et qui soutient également que :

- l'expérience de la société SDM, où travaillaient auparavant les ouvriers de la société 4D, aurait dû être prise en compte ;

- elle a sollicité la délivrance de la qualification Qualibat 1113 qui est supérieur à la 1112 ;

- le contrôle du juge des référés va au-delà de celui de l'erreur manifeste ;

- elle a déjà exécuté des travaux similaires pour le compte de la commune de Berre l'Etang ;

- il existe une plus grande souplesse en matière de marché à procédure adaptée qui permet au maître d'ouvrage de prendre des éléments contenus dans l'offre pour apprécier les qualifications d'un soumissionnaire ;

- Me Lanzarone et Me Braunstein, représentant la commune de Berre l'Etang, qui confirme ses écritures et qui fait également valoir que :

- la société 4D ne justifie d'aucune référence antérieure, ne venant pas aux droits de la société SMD ;

- les compétences techniques de ses salariés étaient contenues dans son mémoire technique, qui faisait partie de son offre et non du dossier de sa candidature ;

- certains des chantiers réalisés par la société 4D sont achevés et ne comportent aucune attestation sur la qualité des travaux réalisés ;

- la société 4D n'a posé aucune question au pouvoir adjudicateur comme cela lui était possible en vertu de l'article 7 du règlement de consultation ;

- la suppression du système de la double enveloppe ne permet pour autant pas au pouvoir adjudicateur de déclarer recevable une candidature à partir d'éléments contenus dans l'offre qui l'accompagne ;

- la société 4D pouvait très bien produire les CV de ses salariés, ce qu'elle n'a pas fait ;

La clôture ayant été différée au 19 février 2014 à 17heures, à l'issue de l'audience ;

Vu les observations complémentaires produites par la société 4 D le 19 février 2014 à 16h59, par lesquelles la société confirme ses précédentes écritures et observations orales ;

Vu la note en délibéré, enregistrée le 20 février 2014, présentée pour la société 4D ;

Vu la note en délibéré, enregistrée le 20 février 2014, présentée pour la commune de Berre l'Etang ;

1. 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 par les pouvoirs adjudicateurs de contrats administratifs ayant pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures ou la prestation de services, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation, ou la délégation d'un service public. (...)* » ; qu'aux termes de l'article L. 551-2 de ce code : « *I. Le juge peut ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations et suspendre l'exécution de toute décision qui se rapporte à la passation du contrat, sauf s'il estime, en considération de l'ensemble des intérêts susceptibles d'être lésés et*

notamment de l'intérêt public, que les conséquences négatives de ces mesures pourraient l'emporter sur leurs avantages. (...) » ; que selon l'article L. 551-10 du même code : « Les personnes habilitées à engager les recours prévus aux articles L. 551-1 et L. 551-5 sont celles qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par le manquement invoqué (...) » ; que le lien entre le manquement constaté et la lésion du candidat écarté doit être au moins suffisamment vraisemblable même s'il n'est pas établi de manière certaine par le requérant ;

2. Considérant qu'il résulte de l'instruction que la commune de Berre l'Etang a lancé, en octobre 2013, une procédure adaptée en vue de l'attribution d'un marché ayant pour objet des travaux de déconstruction et désamiantage de l'ancien collège Fernand Léger sur son territoire ; que la société 4D s'est portée candidate à l'attribution de ce marché ; que sa candidature a toutefois été écartée comme irrégulière au motif qu'aucune qualification ni référence satisfaisante n'avait été fournie ; qu'il appartient au juge administratif, saisi en application de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, de se prononcer sur le respect des obligations de publicité et de mise en concurrence incombant à l'administration ; que dans le cadre de ce contrôle de pleine juridiction, le juge vérifie en particulier les motifs de l'exclusion d'un candidat dans le cadre de la procédure d'attribution d'un marché ; qu'il contrôle ainsi le bien-fondé des motifs pour lesquels le pouvoir adjudicateur estime que la candidature d'une société présente ou non les garanties techniques suffisantes pour exécuter le marché public susceptible de lui être attribué ;

3. Considérant qu'aux termes de l'article 45 du code des marchés publics : « I.-Le pouvoir adjudicateur ne peut exiger des 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. (...) La liste de ces renseignements et documents est fixée par arrêté du ministre chargé de l'économie. (...) Les documents, renseignements et les niveaux minimaux de capacité demandés sont précisés dans l'avis d'appel public à concurrence ou, en l'absence d'un tel avis, dans les documents de la consultation. (...) II.-Le pouvoir adjudicateur peut demander aux opérateurs économiques qu'ils produisent des certificats de qualité. Ces certificats, délivrés par des organismes indépendants, sont fondés sur les normes européennes. / (...) / (...) / Dans les cas prévus aux trois alinéas précédents, le pouvoir adjudicateur accepte tout moyen de preuve équivalent ainsi que les certificats équivalents d'organismes établis dans d'autres Etats membres. III.-Pour justifier de ses capacités professionnelles, techniques et financières, le candidat, même s'il s'agit d'un groupement, peut demander que soient également prises en compte les capacités professionnelles, techniques et financières d'autres opérateurs économiques, quelle que soit la nature juridique des liens existant entre ces opérateurs et lui. Dans ce cas, il justifie des capacités de ce ou ces opérateurs économiques et apporte la preuve qu'il en disposera pour l'exécution du marché. / (...) » ; aux termes du I de l'article 52 du code des marchés publics : « (...) 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 5-1 du règlement de consultation, il est prévu, au titre des justificatifs des qualifications professionnelles, que « la preuve de la capacité du candidat peut être apportée par tout moyen, notamment par des certificats d'identité professionnelle ou des

références de travaux attestant de la compétence de l'opérateur économique à réaliser la prestation pour laquelle il se porte candidat : démolition : technicité confirmée : Qualibat 1112 ou certification similaire, Désamiantage : Qualibat : 1512 et 1513 (...)/ En conséquence, les qualifications suscitées ne pourront pas être acquise par sous-traitance. » ;

4. Considérant, en premier lieu, qu'il est constant que la société 4D dispose de la qualification technique pour réaliser les opérations de désamiantage ; qu'il résulte de l'instruction que s'agissant des travaux de démolition, la société 4D ne dispose pas de la qualification Qualibat 1112 ; que si elle soutient qu'elle est en train de se faire délivrer la qualification 1113, une telle circonstance ne permet, par elle-même, de justifier d'aucune qualification ; que la société a cependant pu inclure dans son dossier de candidature, conformément à la liberté de la preuve prévue à l'article 45 du code précité, des références au titre de l'année 2012-2013 consistant en la description de 13 chantiers, donc 4 achevés à la date du dépôt de sa candidature et portant sur des travaux de démolition ; que de telles descriptions n'étaient cependant assorties d'aucun élément de preuve permettant d'apprécier la qualité des travaux réalisés ; qu'à supposer que le contenu de l'offre de la société 4D puisse être pris en compte au stade de l'analyse des candidatures, et plus précisément le mémoire technique accompagnant cette offre, lequel contient des éléments relatifs à ses moyens humains, un tel mémoire technique ne justifie ni de la qualification ni de l'expérience des salariés de la société en matière de démolition et ne peut dès lors apporter un quelconque éclairage sur la capacité technique de la société 4D à exécuter des travaux de démolition envisagés ; que dans ces circonstances, la société 4D n'établit pas, par les éléments produits à l'appui de sa candidature, sa capacité technique à réaliser les travaux de démolition en litige ; que sa candidature est donc irrégulière et ne peut qu'être rejetée ;

5. Considérant, en second lieu, que la société 4D soutient que le règlement de consultation est illégal dès lors que tant le droit communautaire que les dispositions précitées du code des marchés publics autorisent la prise en compte de la capacité technique d'un sous-traitant ; que l'interdiction de principe posée par le règlement de consultation d'acquiescer cette capacité technique par sous-traitance l'aurait donc privée de la possibilité de justifier de sa capacité à réaliser les travaux en litige ; qu'une telle illégalité du règlement de consultation n'est cependant susceptible d'entraîner l'annulation de la procédure de passation du présent marché, en tout état de cause, que dans la mesure où la société 4D justifie d'un intérêt lésé suffisamment vraisemblable ; que cette vraisemblance doit s'apprécier, en l'espèce, dans l'hypothèse où la capacité d'un sous-traitant aurait pu venir combler l'absence de capacité de la société 4D ;

6. Considérant que, d'une part, la société 4D a présenté une offre comprenant l'ensemble des éléments financiers, techniques et humains pour exécuter des travaux de démolition ; qu'elle soutient qu'elle a la capacité technique suffisante pour les réaliser ; qu'elle n'a jamais envisagé de recourir à une société sous-traitante pour le présent marché ; que, d'autre part, elle justifie avoir réalisé et réalise actuellement une série de chantiers de démolition sans recourir à aucune société sous-traitante ; que dans ces circonstances, l'absence de l'interdiction de recourir à des sous-traitants pour justifier de la capacité technique n'était pas susceptible, en l'espèce, de permettre à la société 4D de présenter une candidature régulière ; que son intérêt lésé en raison de l'illégalité du règlement de consultation ne présente donc pas de caractère vraisemblable ; que cette illégalité n'est dès lors pas de nature à remettre en cause la procédure de passation du marché en litige ;

7. Considérant que dans ces circonstances, il y a lieu de rejeter les conclusions aux fins d'annulation et d'injonction présentées par la société 4D ;

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

8. Considérant que les dispositions de l'article L.761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce qu'une somme soit mise à la charge de la commune de Berre l'Etang, qui n'est pas la partie perdante dans la présente instance, au titre des frais exposés par la société requérante et non compris dans les dépens ; que dans les circonstances de l'espèce, il n'y a pas lieu de mettre à la charge de la société 4D une somme au titre des frais exposés par la commune de Berre l'Etang et non compris dans les dépens ;

ORDONNE

Article 1^{er} : La requête de la société 4D est rejetée.

Article 2 : Les conclusions présentées par la commune de Berre l'Etang en application des dispositions de l'article L.761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 3 : La présente ordonnance sera notifiée à la société 4D, à la commune de Berre l'Etang et à la société SAS Genier Deforges.

Fait à Marseille, le 21 février 2014.

Le juge des référés,

signé

Ph. Delvolvé

La République mande et ordonne au préfet des Bouches-du-Rhône en ce qui le concerne ou 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,

Pour le greffier en chef,

La greffière.