

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE TOULON**

N° 1402926

SAS ID VERDE

M. Riffard
Juge des référés

Ordonnance du 05 septembre 2014

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Le juge des référés

Vu la requête, enregistrée par télécopie le 1^{er} août 2014 sous le n° 1402926, régularisée le 05 août 2014, présentée pour la SAS ID VERDE représentée par son représentant légal domicilié ès-qualités 38 rue Jacques Ibert à Levallois-Perret (92300), par Me Cabanes ;

La SAS ID VERDE demande au juge des référés, statuant sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative :

1°) d'annuler la décision du 24 juillet 2014 par laquelle le maire de Toulon a rejeté sa candidature présentée dans le cadre de la consultation relative au marché public de travaux d'abattage et de remplacement d'arbres sur le territoire de cette commune et d'annuler la procédure d'attribution de ce marché ;

2°) de mettre à la charge de la commune de Toulon la somme de 3 000 euros en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

A l'appui de ses conclusions, la SAS ID VERDE soutient que :

- la commune de Toulon a commis une erreur de droit et une erreur manifeste d'appréciation en déclarant sa candidature irrecevable au motif que son sous-traitant, la société Séquoia Med, ne disposait pas des capacités techniques, professionnelles et financières exigées car elle-même présentait l'ensemble des documents exigés par le règlement de consultation ;

- elle n'a jamais souhaité faire valoir les capacités de son sous-traitant au stade de la candidature et a seulement indiqué, dès le dépôt de sa candidature, que certaines prestations seraient sous-traitées ; elle n'avait donc pas à justifier des capacités de son sous-traitant au stade de la candidature ; la circonstance alléguée dans la décision de rejet de l'offre du 24 juillet 2014 que la fiche « niveau spécifique minimal » attestant du niveau de capacité pour les prestations sous-traitées n'ait pas été remise est sans incidence sur la régularité de la candidature ; elle a remis l'ensemble des documents requis par l'article 8.1 du règlement de consultation et notamment la qualification Qualipaysage E 141, dans les délais prévus par le règlement de consultation ;

Vu le mémoire en défense enregistré par télécopie le 08 août 2014, régularisé le 18 août 2014, présenté pour la commune de Toulon, représentée par son maire en exercice, par Me Lanzarone, laquelle conclut au rejet de la requête et à la condamnation de la société requérante à lui verser la somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

La commune de Toulon fait valoir que :

- à titre principal, c'est à bon droit que la candidature de la SAS ID VERDE a été écartée ; d'une part, dans son dossier de candidature, cette société a elle-même fourni des pièces relatives aux capacités de son sous-traitant, manifestant ainsi sa volonté de se prévaloir des capacités de ce dernier ; par suite, la commune de Toulon pouvait tenir compte de l'insuffisance des capacités techniques et professionnelles du sous-traitant après avoir sollicité, conformément à l'article 52 du code des marchés publics, des compléments sur ce point qui lui ont été, du reste, partiellement apportés ; en tout état de cause, le pouvoir adjudicateur était tenu de procéder à l'analyse des capacités du sous-traitant dès lors que celui-ci a été présenté lors de la passation du marché, conformément à l'article 114 du code des marchés publics ; le pouvoir adjudicateur ne peut retenir la candidature tout en excluant le sous-traitant, sous peine de méconnaître le principe de l'intangibilité des offres posé par l'article 59 du code des marchés publics applicable à la procédure d'appel d'offres ouvert ;

- à titre subsidiaire, à supposer même que la candidature de la SAS ID VERDE aurait dû être admise au motif que l'insuffisance des capacités techniques et professionnelles de son sous-traitant ne pourrait fonder l'éviction, la société ne saurait être susceptible d'avoir été lésée dès lors que son offre n'aurait, en tout état de cause, pu qu'être rejetée au stade de l'analyse des offres ; au demeurant, admettre une telle offre reviendrait à attribuer le marché à un candidat ayant présenté une offre incomplète puisque, le sous-traitant étant exclu, il n'existe en réalité pas d'offre en ce qui concerne les prestations sous-traitées ; dès lors que le sous-traitant ne dispose pas des capacités nécessaires à l'exécution du marché, l'offre doit être qualifiée d'irrégulière au sens de l'article 35, I, 1° du code des marchés publics ; les offres irrégulières doivent être éliminées en application de l'article 58 du code des marchés publics ; la jurisprudence considère qu'un candidat ayant présenté une offre irrégulière ne peut être lésé et ce alors même que son éviction repose sur un autre motif ; en l'espèce, il est constant que la société Séquoia Med ne dispose pas d'un niveau de capacités professionnelles suffisant pour exécuter le marché litigieux ; elle n'a pas fourni la fiche « niveau spécifique minimal » et les certificats de capacité fournis ne concernent que des prestations de faible importance, sans commune mesure avec l'objet du marché passé par la commune ;

- à titre infiniment subsidiaire, seule une annulation partielle, à compter de l'examen des offres, pourrait éventuellement être prononcée dans la mesure où le manquement reproché se rapporte uniquement à la phase de sélection des candidatures ;

Vu le mémoire, enregistré par télécopie le 26 août 2014, présenté pour la SAS ID VERDE qui conclut aux mêmes fins que ses précédentes écritures ;

Elle fait valoir, en outre, que :

- la circonstance qu'elle ait communiqué à l'appui de son offre des éléments relatifs aux capacités de son sous-traitant et qu'elle ait ensuite répondu aux demandes d'explications de la commune de Toulon, est sans incidence sur la régularité de sa candidature ; elle disposait des capacités techniques, professionnelles et financières suffisantes pour que sa candidature soit recevable ;

- la commune opère une confusion entre l'analyse des capacités des sous-traitants lors de la déclaration de sous-traitance au stade de l'offre (article 114 du code des marchés publics) et l'analyse des capacités d'un opérateur au stade de la candidature (article 52 du code des marchés publics) ; elle commet une erreur de droit ; il ressort des dispositions de l'article 114 que les capacités du sous-traitant sont examinées au stade de l'offre et non au stade la candidature ; les phases d'examen des candidatures et d'analyse des offres sont distinctes, étanches et soumises à des règles procédurales différentes ;

- il est erroné de prétendre que sa candidature n'aurait pu être retenue, sans tenir compte du sous-traitant ; il ne peut être tenu compte d'éléments relatifs à la candidature pour apprécier l'offre d'un candidat ; la candidature de la SAS ID VERDE a été éliminée et son offre n'a pas été ouverte, ni analysée par la commission d'appel d'offres ;

- dans l'hypothèse où le sous-traitant pressenti n'aurait effectivement pas été accepté et/ou ses conditions de paiement non agréées par la ville de Toulon, cela n'aurait eu aucune incidence sur son offre et sur l'attribution éventuelle du marché ; son offre aurait du être analysée indépendamment de la présentation d'un sous-traitant pour l'exécution d'une partie des prestations objet du marché ; par ailleurs, la participation du sous-traitant à l'exécution du marché était soumise à une acceptation préalable de la ville dont la SAS ID VERDE n'a jamais fait une condition de maintien de son offre ; en tout état de cause, à supposer même que la ville ait considéré que le choix du sous-traitant pouvait nuire à la bonne exécution du marché, il convient de préciser que la société Séquoia disposait de certificats de bonne exécution de prestations similaires constituant des références équivalentes à la détention d'un certificat Qualipaysage et ce défaut d'acceptation n'aurait pu intervenir qu'après l'analyse de l'offre des différents candidats et l'attribution du marché à la société ; de plus, le fait d'écarter la candidature d'un opérateur présentant les capacités techniques, professionnelles et financières suffisantes constitue une irrégularité sanctionnée par le juge, de même que le fait d'écarter une candidature au motif que figurait dans son dossier un document complémentaire ;

- il n'est pas contesté que la SAS ID VERDE remplissait les exigences en matière de capacités techniques, professionnelles et financières énoncées au règlement de consultation ; sa candidature était recevable ;

- la commune n'apporte aucun élément permettant de connaître l'état d'avancement de la procédure de passation ;

Vu le mémoire, enregistré par télécopie le 26 août 2014, présenté pour la SAS ID VERDE qui conclut aux mêmes fins que ses précédentes écritures ; elle fait valoir, en outre, que :

- conformément à l'article 52 du code des marchés publics, même en cas de groupement momentané d'entreprises, il n'est pas exigé que chaque membre du groupement ait la totalité des compétences techniques requises pour l'exécution du marché, et il en va nécessairement de même en cas de présentation d'un sous-traitant a fortiori lorsque celui-ci est présenté au stade de l'offre ;

- la tentative de la ville de Toulon d'opérer implicitement une substitution de motifs, sur le terrain de l'article 114 du code des marchés publics, devra être écartée ; en effet, d'une part, si c'est la candidature de la SAS ID VERDE qui a été écartée, alors son offre ne peut, par principe, avoir été analysée et la ville de Toulon ne peut demander au tribunal de prendre position sur la régularité d'une offre qu'elle n'a, elle-même, pas pu analyser ; la commune se trompe en assimilant les exigences de l'article 114 à celles de l'article 45 du code des marchés publics ; d'autre part, la SAS ID VERDE remplissait les exigences en matière de capacités techniques, professionnelles et financières énoncées au règlement de consultation ; le certificat de qualification E 140 ou équivalent demandé par la ville peut être obtenu dès la réalisation par une entreprise de 25 000 euros de prestations sur quatre attestations, exigence à laquelle la société Séquoia Med était bien susceptible de satisfaire, comme en attestent les documents transmis à l'appui de l'offre ; enfin, le sous-traitant présenté au stade de l'offre n'avait pas à remplir la fiche « niveau spécifique minimal » laquelle se rapporte à la phase de candidature ; en tout état de cause, le sous-traitant a produit un document de 20 pages sur les renseignements attendus ; la jurisprudence considère, qu'au regard des réponses apportées par ailleurs, le non-respect des modalités formelles de présentation des capacités ne peut justifier le rejet d'une candidature ; le juge des référés précontractuels privilégie une approche souple et empirique de la qualification de candidature irrégulière ;

Vu la pièce enregistrée le 27 août 2014 produite par la commune de Toulon ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu le code des marchés publics ;

Vu le code de justice administrative ;

Vu la décision du 10 janvier 2013 par laquelle le président du tribunal a désigné M. Riffard, premier conseiller, pour statuer sur les demandes de référé ;

Après avoir entendu au cours de l'audience publique du 27 août 2014 :

- le rapport de M. Riffard, juge des référés ;

- Me Michelin, représentant la SAS ID VERDE, qui persiste dans ses conclusions écrites par les mêmes moyens développés ;

- Me Braustein, substituant Me Lanzarone, pour la commune de Toulon qui persiste dans ses conclusions écrites par les mêmes moyens développés ; il fait valoir en outre qu'il ressort de la pièce n° 11, dénommée « Bordereau des prix unitaires et forfaitaires valant détail estimatif non contractuel », que les travaux quantitatifs, lesquels représentent deux tiers de la totalité du marché, doivent être sous-traités ; la demande formulée le 15 juillet 2014 par la commune de Toulon s'inscrivait bien dans le cadre de la procédure de sélection des candidatures prévue par l'article 52 du code des marchés publics ; la société requérante a clairement entendu présenter un sous-traitant au stade de la candidature ;

- la parole ayant été redonnée en dernier à Me Michelin, lequel souligne l'incohérence du raisonnement de la commune de Toulon dès lors que si la SAS ID VERDE disposait à elle-seule des capacités techniques et professionnelles pour exécuter le marché, il est surprenant que l'on puisse reprocher une carence en la matière à son sous-traitant ; il ajoute que le sous-traitant est agréé après la phase d'attribution afin de permettre un paiement direct et que ses capacités techniques et professionnelles ne doivent pas être analysées ; enfin, l'ensemble des documents demandés par la ville de Toulon ont été produits par la société ;

Les parties ayant été informées que l'instruction serait close à l'issue de l'audience en application des dispositions de l'article R. 522-8 du code de justice administrative ;

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

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 (...)* » ;

2. Considérant qu'aux termes de l'article 44 du code des marchés publics : « *I. - Le candidat produit à l'appui de sa candidature : / (...) 3° Les documents et renseignements demandés par le pouvoir adjudicateur dans les conditions fixées à l'article 45* » et qu'aux termes de l'article 45 du même code : « *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. / (...) / 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. / Pour les marchés qui le justifient, le pouvoir adjudicateur peut exiger la production de certificats, établis par des organismes indépendants, et attestant leur capacité à exécuter le marché. / Pour les marchés de travaux et de services dont l'exécution implique la mise en œuvre de mesures de gestion environnementale, ces certificats sont fondés sur le système communautaire de management environnemental et d'audit (EMAS) ou sur les normes européennes ou internationales de gestion environnementale. / 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. / Si le candidat est objectivement dans l'impossibilité de produire, pour justifier de sa capacité financière, l'un des renseignements ou documents prévus par l'arrêté mentionné au I et demandés par le pouvoir adjudicateur, il peut prouver sa capacité par tout autre document considéré comme équivalent par le pouvoir adjudicateur » ;

3. Considérant 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. (...) / 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 œuvre 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. (...) » ;

4. Considérant qu'il résulte des dispositions citées plus haut du code des marchés publics que les capacités du candidat, établies notamment par ses références professionnelles, doivent être examinées au moment de l'ouverture de la première enveloppe et que les offres des seules entreprises dont la qualification professionnelle a été jugée satisfaisante doivent être ensuite examinées après ouverture de la seconde enveloppe, la sélection se faisant entre ces offres par application des critères fixés par le II de l'article 53 du code, éventuellement complétés par des critères additionnels énoncés par le règlement de la consultation et justifiés par l'objet du marché ou ses conditions d'exécution ;

5. Considérant qu'il ressort des pièces du dossier que la commune de Toulon a lancé une procédure d'appel d'offres ouvert pour l'attribution d'un marché public à bons de commande pour les travaux d'abattage et de remplacement d'arbres sur le territoire communal ; que par lettre du 15 juillet 2014, transmise par télécopie le 16 juillet suivant, la commune a sollicité, en application de l'article 52 du code des marchés publics, auprès de la SAS ID VERDE qui s'était portée candidate, des documents complémentaires concernant les capacités professionnelles de la Société Séquoia Med désignée comme sous-traitante pour la totalité des prestations d'abattage, d'essouchement et de rabaissement, visées aux postes 1 à 27 du bordereau des prix unitaires et forfaitaires ; que par lettre du 24 juillet 2014, la commune de Toulon a écarté la candidature de la SAS ID VERDE au motif que la fiche « niveau spécifique minimal-Qualification Qualipaysage-E 140 ou équivalente » n'était pas produite par le sous-traitant et que les documents adressés par la société n'avaient pas permis d'attester du niveau de capacité professionnelle exigé et nécessaire à l'exécution du marché ; que la SAS ID VERDE demande au juge des référés d'annuler la décision du 24 juillet 2014 ainsi que l'ensemble de la procédure d'attribution du marché ;

6. Considérant que le règlement de la consultation prévoit, à ses articles 8.1 « Renseignements relatifs à la candidature » et 8.2 « Renseignements relatifs aux autres opérateurs économiques au stade de la candidature », l'obligation pour l'entreprise candidate de produire la fiche de qualification précisant le niveau spécifique minimal de son sous-traitant en matière d'élagage, soit la qualification « *Qualipaysage – E 140* » ou une qualification équivalente, lorsque l'entreprise envisage dès sa candidature de sous-traiter une partie de sa prestation ; que la qualification équivalente exigée par le règlement de consultation est admise lorsqu'une entreprise assure avec son propre personnel et avec son matériel propre ou loué, tous travaux d'élagage courant des arbres (taille, entretien et abattage) et dispose parmi son personnel : - d'au moins un salarié titulaire du certificat de spécialisation « taille et soins des arbres » ou du diplôme de niveau V en paysage ou foresterie et ayant validé au minimum 35 h de formation cumulée spécifique à l'élagage (techniques de taille et grimper-déplacement en sécurité) et ayant au minimum 2 années d'expérience en élagage et titulaire d'une autorisation de grimper en sécurité ; - d'au moins un salarié titulaire d'une autorisation de conduite de nacelle signée par le chef d'entreprise et datant de moins d'un an ; - d'au moins un autre salarié titulaire d'un brevet de STT à jour ; qu'il est également prévu dans le règlement de consultation que les entreprises de création récente communiqueront les éléments globaux des capacités financières, techniques et professionnelles, depuis leur création et que la justification de ces capacités peut être apportée par tout moyen de preuve équivalent ou tout document propre au candidat considéré comme équivalent par le pouvoir adjudicateur ;

7. Considérant qu'il ressort des pièces versées au dossier, notamment des mentions portées sur le formulaire DC 4 « *Déclaration de sous-traitance* » joint au dossier de candidature, que la SAS ID VERDE a envisagé de sous-traiter à la société Séquoia Med les prestations n° 1 à 27 du bordereau des prix unitaires et forfaitaires lesquelles représentent la totalité des prestations d'abattage, essouchement et rabaissement, soit environ les deux tiers du marché ; que, par conséquent, le pouvoir adjudicateur était tenu de vérifier, au stade de l'examen des candidatures, le niveau de capacité professionnelle du sous-traitant conformément aux stipulations du règlement de consultation ; qu'interrogée sur ce point le 15 juillet 2014 par la commune de Toulon en application de l'article 52 précité du code des marchés publics, la société requérante n'a pas justifié de la détention par la société Séquoia Med de la qualification « *Qualipaysage – E 140* » ;

8. Considérant que la SAS ID VERDE ne conteste pas que la société Séquoia Med, créée seulement le 05 mai 2014, n'est pas titulaire de la qualification « *Qualipaysage – E 140* » ; que les documents produits le 21 juillet 2014 pour justifier d'une qualification équivalente ne comportent pas la totalité des éléments exigés par l'article 8-1 du règlement de consultation et que font défaut, d'une part, la présence au sein de l'entreprise sous-traitante d'un salarié titulaire du certificat de spécialisation « taille et soins des arbres » ou du diplôme de niveau V en paysage ou foresterie et ayant validé au minimum 35 h de formation cumulée spécifique à l'élagage (techniques de taille et grimper-déplacement en sécurité) et ayant au minimum 2 années d'expérience en élagage et titulaire d'une autorisation de grimper en sécurité et, d'autre part, un salarié titulaire d'une autorisation de conduite de nacelle signée par le chef d'entreprise et datant de moins d'un an ; que, par suite, la SAS ID VERDE n'est pas fondée à soutenir que la commune de Toulon a manqué à ses obligations de publicité et de mise en concurrence en rejetant sa candidature au motif de l'insuffisance professionnelle de son sous-traitant ; que, compte tenu de ce qui a été dit au point 7 ci-dessus, la circonstance que la SAS ID VERDE soit titulaire de la qualification « *Qualipaysage – E 140* » est sans incidence sur la légalité du rejet de sa candidature ; que sa demande doit dès lors être rejetée ;

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

9. Considérant qu'aux termes de l'article L. 761-1 du code de justice administrative : « Dans toutes les instances, le juge condamne la partie tenue aux dépens ou, à défaut, la partie perdante à payer à l'autre partie la somme qu'il détermine, au titre des frais exposés et non compris dans les dépens. Le juge tient compte de l'équité ou de la situation économique de la partie condamnée. Il peut, même d'office, pour des raisons tirées des mêmes considérations dire qu'il n'y a pas lieu à cette condamnation » ; qu'il n'y a pas lieu de condamner la ville de Toulon qui n'est pas la partie perdante au versement d'une somme au titre du présent article ; qu'il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de la SAS ID VERDE la somme de 1 500 (mille cinq cents) euros au titre des frais exposés par la commune de Toulon et non compris dans les dépens ;

ORDONNE

Article 1^{er} : La requête susvisée présentée par la SAS ID VERDE est rejetée.

Article 2 : La SAS ID VERDE versera à la commune de Toulon la somme de 1 500 (mille cinq cent) euros sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : La présente ordonnance sera notifiée à la SAS ID VERDE et à la commune de Toulon.

Fait à Toulon, le 05 septembre 2014.

Le juge des référés,

Signé

Denis RIFFARD

La République mande et ordonne au préfet du Var 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,

Le greffier,