

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE DIJON**

N° 1700494

Société Zirda construction

M. Vial-Pailler
Juge des référés

Ordonnance du 17 mars 2017

39-08-015-01
C

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Le juge des référés,

Vu la procédure suivante :

Par une requête et un mémoire enregistrés les 22 février et 15 mars 2017, la société Zirda construction, représentée par son gérant, ayant pour avocat la SCP Chaton-Grillon-Brocard-Gire, demande au juge des référés, sur le fondement des dispositions des articles L. 551-1 et suivants du code de justice administrative :

- d'enjoindre à la commune de Saint-Loup-de-Geanges de différer, jusqu'au terme de la procédure, la signature du contrat portant sur le lot n° 2 « gros œuvre » du marché de construction d'une maison de santé pluridisciplinaire ;
- d'annuler la décision en date du 15 février 2017 par laquelle il a été décidé d'écarter sa candidature ;
- d'enjoindre à la commune de Saint-Loup-de-Geanges de se conformer à ses obligations, notamment en reprenant la procédure de passation du lot n° 2 « gros œuvre » au stade de l'examen des candidatures ;
- de condamner la commune de Saint-Loup-de-Geanges à lui payer la somme de 1 500 euros sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

La société Zirda soutient que :

- ses conclusions ne sont dirigées que contre la procédure d'attribution du lot n° 2 « gros œuvre » ;
- sa requête est recevable ;
- sa candidature a été écartée au motif qu'elle n'avait pas fourni de références similaires à l'objet du marché ; pourtant, dans la liste de ses références intégrée à sa réponse, elle avait mentionné plusieurs chantiers de plus de 200 000 euros HT et d'autres compris entre 85 000 et 180 000 euros HT regroupant toutes les qualités professionnelles nécessaires pour réaliser le chantier en cause ; sa candidature a donc été écartée à tort alors que son offre aurait pu faire économiser près de 10 000 euros aux contribuables ; un écart de prix de 50 euros a permis de rejeter son offre pour le

même marché s'agissant du lot n° 8 « carrelage faïence » ;

- les capacités de la société étaient suffisantes pour prétendre à l'obtention du marché ; il en résulte que la commune de Saint-Loup-de-Geanges s'est fondée sur un motif irrégulier et erroné en fait pour éliminer sa candidature ; ce manquement porte sur les obligations de publicité et de mise en concurrence et a été susceptible de la léser la requérante, en ce qu'il constitue le motif unique et exclusif de son éviction ; cette lésion est d'autant plus caractérisée que le prix qu'elle a proposé était inférieur au montant de l'offre retenue (105 000 euros) et que ce critère était pondéré à hauteur de 60 %, contre 40 % pour la valeur technique ;

Par un mémoire en défense, enregistré le 7 mars 2017, la commune de Saint-Loup-de-Geanges représentée par son maire en exercice, ayant pour avocat la SCP Clémang-Gourinat, conclut au rejet de la requête et à la condamnation de la requérante au paiement d'une somme de 1 200 euros au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Elle soutient que :

- la requérante ne justifie pas d'un intérêt lésé ;
- si le juge des référés précontractuels doit veiller au respect des règles de publicité et de mise en concurrence, il ne saurait se substituer au pouvoir adjudicateur pour apprécier en son lieu et place la candidature d'un candidat, le contrôle étant au demeurant limité à celui de l'erreur manifeste ; l'attributaire du marché, la société Ad1 Construction a produit à l'appui de sa candidature, une liste de références démontrant sa capacité à assurer la construction d'ouvrages de dimensions importantes, techniquement complexes et particulièrement coûteux ;

Vu :

- la décision attaquée ;
- les autres pièces du dossier ;

Vu :

- l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 ;
- le décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics ;
- le code de justice administrative ;

Le président du Tribunal a désigné M. Vial-Pailler, vice-président, pour statuer sur les demandes de référé ;

Après avoir convoqué à une audience publique :

- la SCP Chaton-Grillon-Brocard-Gire représentant la société Zirda construction ;
- la SCP Clémang-Gourinat représentant la commune de Saint-Loup-de-Geanges ;
- la société Ad1 Construction ;

Vu le procès-verbal de l'audience publique du 16 mars 2017 à 11h30 au cours de laquelle ont été entendus :

- le rapport de M. Vial-Pailler, juge des référés ;
- les observations de Me Tronche, représentant la société Zirda construction,
- les observations de Me Clémang, représentant la commune de Saint-Loup-de-Geanges.

Après avoir prononcé la clôture de l'instruction à l'issue de l'audience à 12 heures ;

Sur la demande de suspension de la signature du contrat :

1. Considérant qu'aux termes de l'article L. 551-4 du code de justice administrative, issu de l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 : « *Le contrat ne peut être signé à compter de la saisine du tribunal administratif et jusqu'à la notification au pouvoir adjudicateur de la décision juridictionnelle* » ; qu'il en résulte que les conclusions de la requête tendant à ce qu'il soit enjoint à la commune de Saint-Loup-de-Geanges de différer, jusqu'au terme de la procédure, la signature du contrat portant sur le lot n° 2 « gros œuvre » du marché de construction d'une maison de santé pluridisciplinaire, sont dépourvues d'objet ;

Sur les conclusions présentées au titre de l'article L. 551-1 du code de justice administrative :

2. 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, (...) Le juge est saisi avant la conclusion du contrat* » ; qu'aux termes de l'article L. 551-2 du même code : « *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. / Il peut, en outre, annuler les décisions qui se rapportent à la passation du contrat et supprimer les clauses ou prescriptions destinées à figurer dans le contrat et qui méconnaissent lesdites obligations* » ; qu'en vertu des dispositions précitées, les personnes habilitées à agir pour mettre fin aux manquements du pouvoir adjudicateur à ses obligations de publicité et de mise en concurrence sont celles susceptibles d'être lésées par de tels manquements ; qu'il appartient dès lors au juge des référés précontractuels de rechercher si l'entreprise qui le saisit se prévaut de manquements qui, eu égard à leur portée et au stade de la procédure auquel ils se rapportent, sont susceptibles de l'avoir lésée ou risquent de la léser, fût-ce de façon indirecte en avantageant une entreprise concurrente ; que cependant, il n'appartient pas au juge des référés de rechercher à ce titre si le manquement invoqué a été susceptible de léser davantage le requérant que les autres candidats ;

3. Considérant qu'il ressort des pièces du dossier que la commune de Saint-Loup-de-Geanges a lancé une procédure adaptée régie par les dispositions de l'article 27 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 en vue de la passation d'un marché portant sur la construction d'une maison de santé pluridisciplinaire ; que la société Zirda construction, qui a présenté une offre d'un montant de 95 353.25 euros HT pour le lot n° 2 « gros œuvre » a été informée par un courrier du 15 février 2017 que son offre avait été rejetée au motif qu'elle n'avait pas fourni de références similaires à l'objet du marché ;

4. Considérant qu'aux termes de l'article 51 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics : « *I. - Les acheteurs ne peuvent imposer aux candidats que des conditions de participation à la procédure de passation propres à garantir qu'ils disposent de l'aptitude à exercer l'activité professionnelle, de la capacité économique et financière ou des capacités techniques et professionnelles nécessaires à l'exécution du marché public. Ces conditions sont liées et proportionnées à l'objet du marché public ou à ses conditions d'exécution. (...)* » ; qu'aux termes de l'article 55 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics : « *I. - L'acheteur qui constate que des pièces ou informations dont la présentation était réclamée au titre de la candidature sont absentes ou incomplètes peut demander à tous les candidats concernés de compléter leur dossier de candidature dans un délai approprié et identique pour tous. II. -*

L'acheteur vérifie les informations qui figurent dans la candidature, y compris en ce qui concerne les opérateurs économiques sur les capacités desquels le candidat s'appuie. Cette vérification est effectuée dans les conditions suivantes : 1° La vérification de l'aptitude à exercer l'activité professionnelle, de la capacité économique et financières et des capacités techniques et professionnelles des candidats peut être effectuée à tout moment de la procédure et au plus tard avant l'attribution du marché public (...) » ; qu'aux termes de l'article 6 du règlement de la consultation en cause : « Le jugement des propositions sera effectué dans les conditions prévues à l'article 62 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 au moyen des critères suivants : Critères de sélection des candidatures : Capacités techniques et moyens, Capacités économiques et financières, Références similaires à l'objet du marché, Expérience relative à l'exécution des marchés de même nature (...) » ;

5. Considérant que le juge du référé précontractuel ne peut censurer l'appréciation portée par le pouvoir adjudicateur sur les garanties et capacités techniques que présentent les candidats à un marché public, ainsi que sur leurs références professionnelles, que dans le cas où cette appréciation est entachée d'une erreur manifeste ; qu'il n'appartient pas non plus au juge du référé précontractuel de se prononcer sur les mérites respectifs des offres, ni davantage d'apprécier les mérites des candidatures ; qu'en outre, il résulte des dispositions susvisées que s'il est loisible à l'acheteur public d'exiger la détention, par les candidats à l'attribution d'un marché public, de documents comptables et de références de nature à attester de leurs capacités, cette exigence, lorsqu'elle a pour effet de restreindre l'accès au marché à des entreprises, doit être objectivement rendue nécessaire par l'objet du marché et la nature des prestations à réaliser ; qu'enfin, il résulte de ces mêmes dispositions que l'appréciation des capacités des candidats ne peut s'effectuer qu'au moment de l'examen des candidatures même s'il est, par la suite, loisible au pouvoir adjudicateur, au stade de l'appréciation des offres, de retenir, notamment, des critères ou sous-critères relatifs aux moyens en personnel et en matériel affectés par le candidat à l'exécution des prestations du marché afin d'en garantir la qualité technique, à condition que ce critère soit non discriminatoire et lié à l'objet du marché ;

6. Considérant que la commune de Saint-Loup-de-Geanges soutient que le pouvoir adjudicateur a considéré qu'il lui appartenait d'apprécier les candidatures portées à sa connaissance en fonction des réalisations analogues réalisées par les soumissionnaires et que la construction d'une maison de santé de 400 m² étant un ouvrage conséquent, il a semblé primordial à la collectivité de porter une attention plus favorable aux candidats ayant déjà réalisé des ouvrages importants, ce qui n'était pas le cas de l'entreprise Zirda, et que les références de cette dernière ne portent pas sur des constructions de bâtiments neufs de l'ampleur de celui prévu par le marché ;

7. Considérant, toutefois, que le compte-rendu d'ouverture des offres du 20 décembre 2016 mentionne que : « (...) D'une volumétrie simple, le bâtiment en construction murs brique et isolation intérieure, se développe sur un simple rez-de-chaussée couvert d'une toiture à 2 pans en couverture tuile terre cuite. (...) » ; qu'il résulte de ce qui précède que les travaux de gros œuvre du lot n° 2 portent sur la construction d'un ouvrage dont la volumétrie est simple et qui est composé uniquement d'un rez-de-chaussée et d'une toiture à deux pans ; qu'il ne ressort pas des mémoires des parties et des échanges à l'audience que ce type de construction serait foncièrement différent d'un pavillon, de maisons jumelées comme celles réalisées par la requérante, ou que les travaux de rénovation ou de réhabilitation de bâtiments publics appelleraient une technicité moindre que celle mise en œuvre pour une construction neuve ; que la société Zirda, qui emploie 8 personnes, et dont la candidature a été écartée au seul motif de l'absence de références similaires, avait mentionné dans son dossier de candidature, la réalisation complète de plusieurs maisons individuelles dont l'une d'un coût de 254 200 euros HT, outre des travaux de démolition, gros œuvre, rénovation de bâtiments publics ou d'un hôtel ; que ces références étaient précises ; qu'ainsi, l'élimination de sa candidature au motif non de l'insuffisance des capacités techniques et moyens, mais uniquement de

l'absence de références similaires à l'objet du marché, doit être regardée comme procédant d'une erreur manifeste d'appréciation ;

8. Considérant, par ailleurs, que si le défendeur fait valoir qu'il a été constaté, à l'examen du chiffre d'affaire et des effectifs de la société Zirda, des disparités importantes entre les exercices comptables, mettant en évidence des capacités insuffisantes pour voir sa candidature retenue, ce motif n'avait pas été retenu par la commission d'appel d'offres du 26 janvier 2017 ; qu'il n'est pas davantage mentionné dans le courrier du 15 février 2017 susvisé ;

9. Considérant qu'il résulte de ce qui a été dit ci-dessus que l'offre de la société Zirda respectait le règlement de la consultation en ce qui concerne le critère des références similaires à l'objet du marché ; qu'en outre, le pouvoir adjudicateur ne s'est pas livré à un examen approfondi de ses capacités professionnelles, techniques et financières, ni a fortiori de son offre ; que, dans ces conditions, cette société se prévaut de manquements qui, eu égard à leur portée et au stade de la procédure auquel ils se rapportent, sont susceptibles de l'avoir lésée ;

10. Considérant que, par voie de conséquence, la société Zirda est fondée à demander l'annulation de la procédure de passation du marché du lot n° 2 ; qu'il y a lieu d'enjoindre à la commune de Saint-Loup-de-Geanges, si elle entend poursuivre la passation de ce marché, de reprendre la procédure du lot n° 2 «gros œuvre» à compter de l'examen des candidatures ;

Sur les conclusions présentées au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative :

11. 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 société Zirda, qui n'est pas, dans la présente instance, la partie perdante, au titre des frais exposés par la commune de Saint-Loup-de-Geanges et non compris dans les dépens ; que dans les circonstances de l'espèce il n'y a pas lieu de faire droit aux conclusions de la société Zirda formées au titre de ces dispositions ;

ORDONNE

Article 1^{er} : La procédure de passation du marché de construction d'une maison de santé pluridisciplinaire est annulée, en tant qu'elle concerne le lot n° 2 relative, au stade de l'analyse des candidatures.

Article 2 : Il est enjoint à la commune de Saint-Loup-de-Geanges de relancer la procédure susmentionnée au stade de l'analyse des candidatures.

Article 3 : Le surplus des conclusions des parties est rejeté.

Article 4 : La présente ordonnance sera notifiée à la société Zirda construction, à la commune de Saint-Loup-de-Geanges et à la société Ad1 Construction.

Fait à Dijon, le 17 mars 2017.

Le juge des référés,

Le greffier,

M VIAL-PAILLER

M. TESTORI

La République mande et ordonne au préfet de la Saône-et-Loire 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.