

**Thèmes :**

- Référé précontractuel, contrôle de pleine juridiction.
- Vérification par le juge que la lésion du candidat écarté doit être au moins suffisamment vraisemblable.
- Juge dont l'office est de contrôler 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.
- Requérante n'établissant pas la capacité technique requise en démolition par certification de Qualibat, et présentant des références ne permettant pas d'apprécier la qualité des travaux réalisés.
- Contenu technique accompagnant l'offre, à supposer qu'il puisse être mis en compte en procédure adaptée dans le cadre d'un examen de la candidature, ne justifiant pas d'une qualification en démolition.
- Règlement de la consultation interdisant par principe d'acquiescer cette capacité technique par sous-traitance, mais requérant ne justifiant pas d'un intérêt lésé suffisamment vraisemblable de cette irrégularité invoquée, le juge estimant que le requérant n'a jamais envisagé de recourir à une société sous-traitante.

**Résumé :**

1. Le lien entre le manquement constaté par le juge du **référé précontractuel** 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. Il appartient au juge du référé précontractuel de se prononcer sur le respect des obligations de publicité et de mise en concurrence incombant à l'administration. 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.

Le juge du référé précontractuel 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. Le pouvoir adjudicateur, une Commune, a lancé une procédure adaptée en vue de l'attribution d'un marché ayant pour objet des travaux de déconstruction et désamiantage.

La candidature de la société requérante a été écartée comme irrégulière au motif qu'aucune qualification ni référence satisfaisante n'avait été fournie, le règlement de la consultation précisant comme qualification que « *la preuve de la capacité du candidat peut être apportée par tout moyen, notamment (...) en démolition « technicité confirmée : Qualibat 1112 ou certification similaire » en désamiantage « Qualibat 1512 et 1513 (...) »* ».

4. La candidature de la requérante est irrégulière et ne peut qu'être rejetée, car la requérante n'établit pas sa capacité technique à réaliser les travaux de démolition en litige, par les éléments qu'elle produit à l'appui de sa candidature.

En effet, la requérante dispose de la qualification technique pour réaliser les opérations de désamiantage, mais s'agissant des travaux de **démolition**, elle ne dispose **pas** de la **qualification Qualibat 1112**.

Si elle soutient qu'elle est en train de se faire délivrer la qualification 1113, une telle circonstance, par elle-même, ne permet de justifier d'aucune qualification.

La requérante a pu inclure dans son dossier de candidature, conformément à la **liberté de la preuve** prévue à l'article 45 du code des marchés publics, 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. Cependant, de telles **descriptions** n'étaient assorties d'**aucun élément de preuve permettant d'apprécier la qualité des travaux réalisés**.

A supposer que le contenu de l'offre de la requérante 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 à exécuter des travaux de démolition envisagés.

5. La requérante soutient que le **règlement de consultation** qui **interdit par principe** d'acquiescer cette capacité technique par **sous-traitance** :

- est illégal dès lors que tant le droit communautaire que les dispositions du 1 de l'article 52 et de l'article 45 du code des marchés publics autorisent la prise en compte de la capacité technique d'un sous-traitant.

- l'aurait donc privée de la possibilité de justifier de sa capacité à réaliser les travaux en litige.

Cependant, une telle illégalité du règlement de consultation n'est susceptible d'entraîner l'annulation de la procédure de passation du présent marché, en tout état de cause, que dans la mesure où la requérante justifie d'un intérêt lésé suffisamment vraisemblable.

Cette **vraisemblance** doit d'apprécier, en l'espèce, dans l'hypothèse où la capacité d'un sous-traitant aurait pu venir combler l'absence de capacité de la requérante.

Or, elle **n'a jamais envisagé de recourir à une société sous-traitante** pour le présent marché, car :

- elle a présenté une offre comprenant l'ensemble des éléments financiers, techniques et humains pour exécuter des travaux de démolition,
- elle soutient qu'elle a la capacité technique suffisante pour les réaliser,
- elle justifie avoir réalisé et réalise actuellement une série de chantiers de démolition sans recourir à aucune société sous-traitante.

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 requérante de présenter une candidature régulière.

Son intérêt lésé en raison de l'illégalité du règlement de consultation ne présente donc pas de caractère vraisemblable.

Cette illégalité n'est dès lors pas de nature à remettre en cause la procédure de passation du marché en litige.

7. Dans ces circonstances, il y a lieu de rejeter les conclusions aux fins d'annulation et d'injonction présentées par la requérante.

#### ► **Commentaire de Dominique Fausser :**

Pour ce marché de déconstruction et désamiantage, le pouvoir adjudicataire avait interdit aux candidats au règlement de la consultation, la possibilité de faire valoir une sous-traitance en ces termes : « *En conséquence, les qualifications suscitées ne pourront pas être acquise par sous-traitance* ».

La problématique de la limitation de la sous-traitance a été traitée par la jurisprudence communautaire.

Le principe du droit des entreprises à faire valoir librement les capacités d'autres entreprises, quelle que soit la nature juridique des liens qu'elles entretiennent entre elles, a été énoncé à l'arrêt « *Holst Italia* » (CJCE, 2 décembre 1999, affaire C-176/98), et a été intégré aux directives de marchés publics des pouvoirs adjudicataires et des contrats passés par les

entités indicatrices (directive 2004/18/CE et 2004/17/CE du 31 mars 2004), dans le cadre d'une ouverture à la concurrence la plus large possible.

Ce dispositif a été intégré au code des marchés publics et actuellement aux articles 45 et 52 du Code des marchés publics

Le juge européen dans l'arrêt « *Siemens et ARGE Telekom* » (CJCE, 18 mars 2004, C-176/98), interprétant l'ancienne directive des marchés publics de services du 18 juin 1992 qui fut abrogée par la directive 2004/18, avait jugé que cette directive ne s'opposait pas à une interdiction ou à une restriction du recours à la sous-traitance pour l'exécution de parties essentielles du marché, dans le cadre précisément où le pouvoir adjudicateur n'a pas été en mesure de vérifier les capacités techniques et économiques des sous-traitants lors de l'examen des offres et de la sélection du soumissionnaire.

Une restriction particulière était donc admise, mais limitée aux parties essentielles du marché et uniquement en phase d'exécution du marché lorsque le pouvoir adjudicateur n'avait pu se prononcer sur cette sous-traitance au stade préalable de l'examen des offres. Donc a priori, cet arrêt communautaire en lui-même ne portait pas une permission au pouvoir adjudicataire de pouvoir limiter la sous-traitance lors de la présentation de l'examen d'une candidature à un marché.

En outre, depuis la politique européenne s'est attachée à soutenir les petites et moyennes entreprises voyant dans la sous-traitance des moyens pour elles de trouver des débouchés que les pouvoirs publics doivent inciter (« *livre vert de la Commission sur la modernisation de la politique de l'UE en matière de marchés publics. Vers un marché européen des contrats publics plus performant* » [COM(2011) 15 final] ; « *Code européen des bonnes pratiques facilitant l'accès des PME aux marchés publics* » [SEC(2008) 2193]).

Le juge européen dans son arrêt « *Swm Costruzioni 2 SpA, et Mannocchi Luigino DI c/ Provincia di Fermo* » (CJUE, 10 octobre 2013, affaire C-94/12) , en a conclu que :

- les directives européennes « *n'interdisent pas, en principe, aux candidats ou aux soumissionnaires de recourir aux capacités de plusieurs entités tierces pour justifier qu'ils satisfont à un niveau minimal de capacité* ».
- l'interdiction faite par les pouvoirs adjudicateurs aux entreprises de se prévaloir des capacités d'une autre ou plusieurs autres entreprises ne peut être qu'exceptionnelle et cette limitation à concourir doit être liée et proportionnée à l'objectif du marché en cause.

« 35. Certes, il ne saurait être exclu qu'il existe des travaux qui présentent des particularités nécessitant une certaine capacité qui n'est pas susceptible d'être obtenue en rassemblant des capacités inférieures de plusieurs opérateurs. Dans une telle hypothèse, le pouvoir adjudicateur serait fondé à exiger que le niveau minimal de la capacité concernée soit atteint par un opérateur économique unique ou, le cas échéant, par le recours à un nombre limité d'opérateurs économiques, en vertu de l'article 44, paragraphe 2, deuxième alinéa, de la directive 2004/18, dès lors que cette exigence serait liée et proportionnée à l'objet du marché en cause.

36. Toutefois, cette hypothèse constituant une situation exceptionnelle, la directive 2004/18 s'oppose à ce que ladite exigence soit érigée en règle générale par le droit national (...). »

Or, on ne voit pas, comme dans le présent cas, ce qui pourrait justifier une interdiction générale de sous-traitance de spécialité.

Mais encore faut-il que cette irrégularité soit susceptible d'avoir lésé le candidat en application de la jurisprudence « SMIRGEOMES » (CE, 3 octobre 2008, n° 305420, publié au Recueil Lebon) pour qu'il puisse la revendiquer utilement devant le juge du référé précontractuel.

Sur ce point, cette ordonnance est remarquable par les efforts que le juge a déployés afin de rechercher le caractère vraisemblable ou non de la lésion invoquée par le requérant, tant sur le motif que l'entreprise a été écartée à défaut d'avoir prouvé sa capacité à exécuter des travaux de déconstruction, que sur l'argument déployé par cette entreprise concernant l'irrégularité de l'interdiction générale de la sous-traitance.

Au titre du manque de capacité sur les travaux de déconstruction, le juge a estimé qu'à défaut pour l'entreprise d'avoir produit la certification Qualibat 1112 et à défaut d'autres preuves alternatives comme elle était invitée à le faire par le règlement de la consultation, les attestations de travaux de déconstruction qu'elle avait produites n'étaient assorties d'aucun élément de preuve permettant d'apprécier la qualité des travaux réalisés (il n'y avait pas d'attestation de bonne fin par des maîtres d'ouvrage)

L'arrêté NOR: ECOM0620008A du 28 août 2006 fixant la liste des renseignements et des documents pouvant être demandés aux candidats aux marchés passés par les pouvoirs adjudicateurs - J.O. n° 199 du 29 août 2006 page 12766 texte n° 10, liste parmi ces pièces :

« - présentation d'une liste des travaux exécutés au cours des cinq dernières années, appuyée

d'attestations de bonne exécution pour les travaux les plus importants. Ces attestations indiquent le montant, l'époque et le lieu d'exécution des travaux et précisent s'ils ont été effectués selon les règles de l'art et menés régulièrement à bonne fin ; »

Dans le cas d'espèce, même si le règlement de la consultation ne listait pas ces attestations, l'exigence d'un Qualibat 1112 ou certification similaire marquait la volonté du pouvoir adjudicateur à s'attacher à une appréciation de tiers sur la qualité de l'exécution des marchés précédemment réalisés par l'entreprise dans cette spécialité. Une simple liste de travaux non appuyée d'attestations de bonne fin d'exécution par des maîtres d'ouvrage ne pouvait donc pallier au défaut de la production d'une attestation par un organisme certificateur.

Quant à l'irrégularité de la sous-traitance interdite, le juge va retourner à l'encontre de l'entreprise, la propre argumentation que cette dernière a développée vainement pour faire valoir ses capacités.

En effet, l'entreprise n'a cessé de faire valoir qu'elle aurait la capacité à mener seule l'exécution du chantier ; elle n'avait donc pas envisagé a priori de sous-traiter. En outre, toutes les références de marchés précédents qu'elle a produites ne font état d'aucun recours à de la sous-traitance.

Cette ordonnance rappelle ainsi l'exigence de cohérence que les candidats doivent apporter à leur politique d'attaque en référé précontractuel.

\*  
\*\*

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF DE MARSEILLE**  
**n° 940085**  
RÉPUBLIQUE FRANÇAISE - AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS  
**Société 4D**

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'Étang, 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 52-1 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 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 celui de l'erreur manifeste d'appréciation ;
- la société requérante ne dispose manifestement pas de la capacité professionnelle requise tant à l'égard 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 renier 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 SDNM, où travaillaient auparavant les ouvriers de la société 4D aurait dû être prise en compte ;
- elle a sollicité la délivrance de :a qualification Qualibat 1113 qui est supérieure 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 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 17 heures, à l'issue de l'audience

Vu les observations complémentaires produites par la **société 4D** 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'Étang ;

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'Étang 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 collègue 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** ;

2. 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, date 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 États 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 **1 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 de réaliser 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. » ;

3. 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 ;

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 d'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 ;

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<sup>er</sup> : 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