

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE MARSEILLE**

N°0604605

SOCIETE FM DEVELOPPEMENT

M. Van Hullebus
Juge des référés

Ordonnance du 26 juillet 2006

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Le Tribunal administratif de Marseille,

Le juge des référés

Vu l'ordonnance du 10 juillet 2006 par laquelle le juge des référés a, sur la requête, enregistrée le 6 juillet 2006, présentée pour la SOCIETE FM DEVELOPPEMENT, ordonné à la communauté de communes des Trois Vallées de différer la signature du marché relatif à la fourniture de bacs roulants pour la collecte sélective jusqu'à la notification de la décision à intervenir sur les conclusions de la SOCIETE FM DEVELOPPEMENT ;

Vu le mémoire en défense, enregistré le 20 juillet 2006, présenté pour la communauté de communes des Trois Vallées, par Mes Treffs et Dessinges ; la communauté de communes des Trois Vallées conclut au rejet de la requête et à ce qu'une somme de 2 500 € soit mise à la charge de la SOCIETE FM DEVELOPPEMENT au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ; elle soutient, s'agissant du respect des exigences relatives à la publicité, que le montant du marché est inférieur au seuil de publication au Journal officiel de la Communauté européenne et que l'avis publié au Bulletin officiel des annonces des marchés publics n'avait pas à mentionner si le marché était couvert par l'accord sur les marchés publics dans la mesure où l'avis en cause n'a pas fait l'objet d'une publication au Journal officiel de la Communauté européenne ; que, s'agissant du respect des dispositions de l'article 6 du code des marchés publics, la collerette de type C fait l'objet d'une normalisation sous la référence EN 840 ; que, s'agissant du respect du principe d'égal accès à la commande publique, la marque NF est une marque collective qui garantit la qualité d'un produit quelque soit l'entreprise fabricante et que la référence au droit d'usage de la marque NF n'a pas pour effet de réserver le marché à une marque précise de conteneurs ;

Vu le mémoire, enregistré le 21 juillet 2006, présenté pour la SOCIETE FM DEVELOPPEMENT ; la SOCIETE FM DEVELOPPEMENT conclut aux mêmes fins que la requête et renouvelle sa demande tendant à ce qu'une somme de 2 000 euros soit mise à la charge de la communauté de communes des Trois Vallées sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ; elle soutient, en outre, qu'elle justifie d'un intérêt pour agir alors même que les irrégularités constatées ne lui ont pas porté préjudice ; que, s'agissant de l'atteinte portée à la liberté et à l'égal accès à la commande publique, l'exigence d'une marque collective a été de nature à

violer le principe de liberté d'accès à la commande publique et le principe de mise en concurrence dès lors qu'il existe des produits similaires qui ne reçoivent ni cette marque ni une marque européenne équivalente ; que la communauté de communes ne pouvait exiger au titre de la première enveloppe une attestation d'assurance, un tel document n'étant pas prévu par les dispositions de l'article 45 du code des marchés publics non plus que par celles de l'arrêté du 26 février 2004 pris pour son application ; que la demande d'échantillon devait nécessairement figurer dans la première enveloppe en application de l'article 45 du code des marchés publics et ne pouvait être exigée dans le cadre de l'évaluation de l'offre ; que, s'agissant de la méconnaissance du principe de transparence et des obligations de publicité, les règles de pondération des critères de sélection des offres n'ont pas fait l'objet d'une publication complète dans la mesure où l'existence des deux sous-critères d'appréciation de la valeur technique des offres n'a pas été portée à la connaissance des candidats non plus que la valeur chiffrée de chacun des sous-critères exprimée en pourcentage, portant ainsi atteinte au principe de transparence consacré par l'article 1^{er} du code des marchés publics ; que le principe de ces sous-critères a été décidé par la commission d'appel d'offres qui ne dispose d'aucun pouvoir normatif ; que le sous-critère relatif au respect des normes ne peut faire l'objet d'une échelle graduée de notation dès lors que le règlement de la consultation rendait irrecevable une offre non accompagnée de certificats de conformité aux normes du cahier des clauses techniques particulières ; que l'absence d'information complète sur les conditions du processus de sélection constitue un défaut de publicité susceptible d'exclure d'éventuels candidats ; qu'en infraction aux dispositions du III de l'article 40 du code des marchés publics, la publicité n'était pas adaptée, la communauté de communes s'étant bornée à une publication au Bulletin officiel des annonces des marchés publics sans publicité dans un journal spécialisé ; que la publicité était inadéquate, la communauté de communes n'ayant pas satisfait à son obligation, résultant du droit communautaire, d'informer les entreprises potentielles limitrophes basées en Italie dans le cadre d'une publication dans un journal d'annonces légales italien ou/et dans le Journal officiel de la Communauté européenne ; que la publicité n'indique pas la durée du marché qui constitue un élément substantiel du contrat ; que la publicité n'indique pas les critères de sélection des candidatures, la communauté de communes ayant confondu les critères de sélection des candidatures et les critères de sélection des offres ; que les exigences contenues dans la publicité indiquant le refus des variantes n'ont pas été respectées puisque la commission d'appel d'offres a écarté la variante proposée par la société Citec ; que le règlement de la consultation autorise une variante sur le mode de règlement alors que l'avis d'appel public à la concurrence interdit toute variante, d'où un hiatus qui a contribué à la violation du principe d'égalité alors, par ailleurs, que le paiement par virement administratif est obligatoire au-delà de 382 € ; que les dispositions de l'article 42 du code des marchés publics ont été méconnues dès lors que le règlement de la consultation transmis aux candidats ne contient pas les mentions figurant dans l'avis d'appel public à la concurrence ;

Vu le mémoire en défense, enregistré le 22 juillet 2006, présenté pour la communauté de communes des Trois Vallées ; la communauté de communes des Trois Vallées soutient que la publicité est adaptée en raison de la large diffusion nationale du Bulletin officiel des annonces des marchés publics et au regard de l'objet du marché ; que la publicité est adéquate dès lors qu'en l'absence de rattachement avec le commerce intracommunautaire, les stipulations du traité de la Communauté européenne ne trouvent pas à s'appliquer ; que la durée du marché n'est pas un élément essentiel d'un marché de fourniture et n'avait pas à figurer dans la publicité ; que la confusion faite par l'avis d'appel public à la concurrence entre critères de sélection des candidatures et des offres ne prête pas à conséquence dans la mesure où toute ambiguïté était levée dans l'avis lui-même ; que la commission d'appel d'offres a précisé qu'elle ne retenait pas la variante de la société Citec en raison de l'interdiction de proposer des variantes ; que le principe d'égalité n'a dès lors pas été méconnu ; que la marque NF est un critère clair et objectif de nature à garantir la qualité des conteneurs et qui n'a pas été appliqué de manière discriminatoire dès lors les candidats pouvaient

justifier d'une marque collective européenne équivalente ; que l'échantillon a été demandé au titre de la première enveloppe, c'est-à-dire pour la sélection des candidatures ; que l'exigence de production d'une attestation d'assurance individuelle et décennale ne présente pas un caractère abusif dans la mesure où elle n'est pas de nature à provoquer le renoncement d'un candidat potentiel à soumissionner à l'appel d'offres puisque toute entreprise est assurée au titre de sa responsabilité civile professionnelle ;

Vu la décision en date du 6 juin 2006 par laquelle le président du tribunal a désigné M. Van Hullebus comme juge des référés ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu le code des marchés publics ;

Vu l'arrêté du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie du 26 février 2004 pris en application de l'article 45, alinéa premier, du code des marchés publics et fixant la liste des renseignements et/ou documents pouvant être demandés aux candidats aux marchés publics ;

Vu le code de justice administrative ;

Après avoir convoqué à une audience publique :

- Me Lanzarone, représentant la SOCIETE FM DEVELOPPEMENT ;
- Me Dessinges, représentant la communauté de communes des Trois Vallées ;

Après avoir, à l'audience publique du 24 juillet 2006 à 10 heures, présenté son rapport et entendu :

- Me Lanzarone, représentant la SOCIETE FM DEVELOPPEMENT, qui indique que la demande de communication de pièces contenue dans la requête a été satisfaite en cours d'instance, qui reprend les moyens invoqués dans la procédure écrite et qui soutient, en outre, que le règlement de la consultation aurait dû prévoir la possibilité de fournir des conteneurs satisfaisant aux conditions techniques d'obtention de la marque NF ou d'une marque européenne équivalente alors même qu'ils ne sont pas revêtus de ladite marque ; que l'interdiction des variantes aurait dû conduire la commission d'appel d'offres à rejeter comme irrecevable la totalité de l'offre du candidat ayant présenté une variante ; que la commission a étudié le contenu de la variante ; que l'information relative au délai d'exécution du marché est importante même dans le cas d'un marché de fournitures dès lors que le délai de livraison imparté est susceptible d'influer sur le montant de l'offre ;

- Me Dessinges, représentant la communauté de communes des Trois Vallées, qui reprend les motifs invoqués dans la procédure écrite et qui soutient, en outre, que le règlement de la consultation pose une condition objective en exigeant la marque NF ou une marque européenne équivalente en raison de l'incapacité de la communauté de communes à vérifier elle-même si un conteneur satisfait au respect de normes industrielles dans le cas où son fabricant ne l'a pas fait certifier ;

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

Considérant que la communauté de communes des Trois Vallées a produit en cours d'instance le procès-verbal de la commission d'appel d'offres ainsi que le rapport d'analyse des offres établi par la personne responsable du marché ; que les conclusions de la SOCIETE FM DEVELOPPEMENT tendant à la communication de ces documents sont, par suite, devenues sans objet ;

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 des marchés publics ... Les personnes habilitées à agir sont celles qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par ce manquement, ainsi que le représentant de l'Etat dans le département dans le cas où le contrat est conclu ou doit être conclu par une collectivité territoriale ou un établissement public local. Le président du tribunal administratif peut être saisi avant la conclusion du contrat. Il peut ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations et suspendre la passation du contrat ou l'exécution de toute décision qui s'y rapporte. Il peut également annuler ces décisions et supprimer les clauses ou prescriptions destinées à figurer dans le contrat et qui méconnaissent lesdites obligations. Dès qu'il est saisi, il peut enjoindre de différer la signature du contrat jusqu'au terme de la procédure et pour une durée maximum de vingt jours ... Le président du tribunal administratif ou son délégué statue en premier et dernier ressort en la forme des référés » ;

Considérant que la communauté de communes des Trois Vallées a lancé un appel d'offres ouvert pour l'attribution d'un marché public de fournitures de bacs roulants pour la collecte sélective ; que le marché a été attribué à la société Citec ; que, statuant avant dire droit sur la requête de la SOCIETE FM DEVELOPPEMENT dont l'offre n'a pas été retenue, le juge des référés a enjoint à la personne responsable du marché, par une ordonnance du 10 juillet 2006, de surseoir à la signature du contrat ;

Sur la régularité de la procédure de passation du marché litigieux :

Sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens de la demande :

Considérant qu'aux termes du II de l'article 53 du code des marchés publics, « Pour attribuer le marché au candidat qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, la personne publique se fonde sur divers critères variables selon l'objet du marché, notamment le coût d'utilisation, la valeur technique de l'offre, son caractère innovant, ses performances en matière de protection de l'environnement, ses performances en matière d'insertion professionnelle des publics en difficulté, le délai d'exécution, les qualités esthétiques et fonctionnelles, le service après-vente et l'assistance technique, la date et le délai de livraison, le prix des prestations. D'autres critères peuvent être pris en compte, s'ils sont justifiés par l'objet du marché ... Les critères sont définis dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans le règlement de la consultation. Ces critères sont pondérés ou à défaut hiérarchisés » ;

Considérant que l'avis d'appel public à la concurrence publié le 19 avril 2006 au Bulletin officiel des annonces des marchés publics indiquait que l'offre économiquement la plus avantageuse serait appréciée « en fonction des critères énoncés dans le cahier des charges (règlement de la consultation, lettre d'invitation) » ; que l'article 4 du règlement de la consultation prévoyait que « les critères du code des marchés publics ainsi que les critères additionnels retenus dans le jugement des offres [seraient] examinés selon les critères suivants : 50 p. 100 : la valeur technique de l'offre ; 30 p. 100 : le délai de livraison ; 20 p. 100 : le prix ... » ;

Considérant qu'il résulte de l'instruction que, lors de l'analyse des offres, la commission d'appel d'offres en a apprécié la valeur technique selon deux sous-critères d'égale valeur relatifs, pour le premier, au respect des normes et, pour le second, à l'organisation de la mise en place des conteneurs ; que si la communauté de communes est libre de choisir les critères d'attribution du marché dès lors qu'ils lui permettent de déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse, elle ne pouvait, pour pallier l'imprécision du critère prépondérant de la valeur technique qui avait été mentionné dans l'avis d'appel public à la concurrence sans pour autant y être défini, instituer, pour apprécier cette valeur et sélectionner les offres, deux nouveaux critères qui n'ont été portés à la connaissance des candidats ni par l'avis d'appel public à la concurrence ni par le règlement de la consultation ; que la communauté de communes des Trois Vallées n'a, par suite, pas organisé un examen des offres garantissant l'égalité de traitement des candidats et la transparence de la procédure ; que la communauté de communes a donc manqué aux obligations de mise en concurrence qui lui incombent ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que la SOCIETE FM DEVELOPPEMENT est fondée à demander l'annulation de la procédure de passation du marché en cause ;

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

Considérant qu'il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de faire application de ces dispositions et de mettre à la charge de la communauté de communes des Trois Vallées une somme de 1 500 euros au titre des frais exposés par la SOCIETE FM DEVELOPPEMENT et non compris dans les dépens ; qu'en revanche, ces dispositions font obstacle à ce que soit mise à la charge de la SOCIETE FM DEVELOPPEMENT, qui n'est pas dans la présente instance la partie perdante, la somme que la communauté de communes des Trois Vallées demande au titre des frais exposés par elle et non compris dans les dépens ;

ORDONNE

Article 1er : Il n'y a pas lieu de statuer sur les conclusions à fin de communication de documents présentées par la SOCIETE FM DEVELOPPEMENT.

Article 2 : La procédure engagée par la communauté de communes des Trois Vallées pour la passation d'un marché pour la fourniture de bacs roulants pour la collecte sélective est annulée.

Article 3 : La communauté de communes des Trois Vallées versera à la SOCIETE FM DEVELOPPEMENT une somme de 1 500 euros au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 4 : Les conclusions de la communauté de communes des Trois Vallées tendant à l'application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 5 : La présente ordonnance sera notifiée à la SOCIETE FM DEVELOPPEMENT, à la communauté de communes des Trois Vallées et à la société Citec.

Fait à Marseille, le 26 juillet 2006

Le juge des référés,

signé

T. Van Hullebus

La république mande et ordonne au Préfet des Alpes de Haute-Provence, en ce qui le concerne et à tous les huissiers à ce requis en ce qui concerne les voies de droit commun contre les parties privées de pourvoir à l' exécution de la présente ordonnance.
Pour expédition conforme,
Le greffier en chef