

TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE NICE

N°0601628

SOCIETE FM DEVELOPPEMENT

M. Badie
Juge des référés

Ordonnance du 18 avril 2006

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Le vice-président,
juge des référés

Vu la requête, enregistrée au greffe du Tribunal le 29 mars 2006, présentée pour la société FM DEVELOPPEMENT, dont le siège social est 415 rue Claude Nicolas Ledoux à Aix en Provence Cedex 3 (13854), par Me Lanzarone, avocat au barreau de Marseille ; la société FM DEVELOPPEMENT demande au tribunal :

- de constater l'existence de manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence commis par la Communauté d'agglomération de Nice Côte d'Azur ;
- d'annuler la procédure de passation du marché en cause de fournitures de composteurs individuels;
- d'ordonner la communication du procès-verbal d'ouverture des enveloppes dans un délai de sept jours à compter de la notification de l'ordonnance ;
- de condamner la Communauté d'agglomération de Nice Côte d'Azur à lui payer la somme de 2 000 euros en application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

La société FM DEVELOPPEMENT soutient que :

- la Communauté d'agglomération de Nice Côte d'Azur a commis de graves manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence lors de la passation de la procédure ; que c'est à tort que la défenderesse a exigé, au titre des spécifications techniques visées à l'article 24 du cahier des clauses particulières, que les composteurs, faisant l'objet de l'avis d'appel à la concurrence, devaient être certifiés « *NF Environnement* » ; qu'en effet, cette prétendue norme est en réalité une marque de l'AFNOR, qui en assure la gestion et la promotion ; qu'en outre, cet éco-label n'est délivré qu'aux entreprises qui en font préalablement la demande mais qu'en tout état de cause, nombre de prestataires respectent les prescriptions techniques

imposées par le pouvoir adjudicateur sans pour autant être estampillés « *NF Environnement* » ;

- par un courrier en date du 21 mars 2006, elle a fait une demande de renseignements auprès de la Communauté d'agglomération de Nice Côte d'Azur au sujet de cette exigence, mentionnant en outre les dispositions de l'article 6 du code des marchés publics, selon lequel la référence à des normes ne doit pas avoir pour effet de créer des obligations non justifiées à l'ouverture des marchés publics à la concurrence ; que par retour de courrier en date du 22 mars 2006, la Communauté d'agglomération de Nice Côte d'Azur a confirmé l'exigence requise à l'article 24 du cahier des clauses particulières, à savoir que le composteur devra être certifié NF environnement ; qu'il s'ensuit qu'elle a refusé de déposer une offre dès lors qu'elle considère une telle exigence comme étant attentatoire à la liberté d'accès au marché ;

Vu l'ordonnance en date du 30 mars 2006, enjoignant le différé de la signature du contrat au plus tard jusqu'au 18 avril 2006 ;

Vu le mémoire en défense, enregistré au greffe du Tribunal le 13 avril 2006, présenté pour la Communauté d'agglomération de Nice Côte d'Azur par Maître Cabanes, avocat au barreau de Paris ; la Communauté d'agglomération de Nice Côte d'Azur conclut au rejet de la requête et à la condamnation de la société FM DEVELOPPEMENT à lui verser 2000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Elle soutient que :

- le grief invoqué par la requérante n'a eu strictement aucune incidence sur la régularité de la mise en concurrence, notamment sur sa capacité à soumissionner ; que le moyen invoqué par la requérante ne constitue qu'un simple prétexte pour faire obstacle à la conclusion d'un marché ayant été attribué à une autre entreprise qu'elle ; qu'en tout état de cause, la société requérante ne présente pas intérêt à agir dès lors qu'elle n'a pas déposé d'offre dans la procédure attaquée ;
- c'est à tort que la société requérante soutient qu'en exigeant des candidats que les composteurs soient certifiés « *NF Environnement* », la Communauté d'agglomération de Nice Côte d'Azur a manqué à ses obligations de publicité et de mise en concurrence ; qu'en effet, la Communauté d'agglomération de Nice Côte d'Azur n'a pas porté une atteinte à la concurrence en demandant aux candidats d'être certifiés « *NF Environnement* » sans porter la mention « *ou équivalent* » ; qu'en outre, seule la certification « *NF Environnement* » était, en l'espèce, de nature à répondre précisément à l'objet même du marché litigieux, à savoir la fourniture de composteurs individuels compte tenu des critères de performance et de durabilité exigés d'autant que la Communauté d'agglomération de Nice Côte d'Azur n'était pas tenue de se conformer aux obligations posées par le décret n° 84-74 du 26 janvier 1984 fixant le statut de la normalisation dès lors que le marché en cause est un marché à procédure adaptée, auquel le décret du 26 janvier 1984 précité n'est pas

applicable ;

-

Vu enregistré au greffe le 14 avril 2006, le mémoire en réplique présenté pour la société FM DEVELOPPEMENT qui conclut aux mêmes fins que précédemment et soutient en outre que :

- la jurisprudence de la C.J.C.E admet le recours d'une entreprise empêchée de prendre part à une procédure par l'effet de spécifications discriminatoires; dès lors, la société FM DEVELOPPEMENT a intérêt à agir ;
- la CANCA a entretenu la confusion entre une norme NF Environnement une marque NF Environnement; cette confusion a été de nature à altérer les conditions de la concurrence en ne permettant pas aux candidats potentiels de déposer des offres équivalentes au sens " de produits similaires" ;
- la publicité choisie n'est pas adaptée, compte tenu du montant et de l'objet du marché, elle aurait dû être mise en œuvre dans un journal d'annonces spécialisées; elle était, en outre, inadéquate, elle n' a pas permis d'assurer le respect des principes de non discrimination, d'égalité et de transparence; elle aurait dû être mise en œuvre dans un journal d'annonces légales italien ou dans le J.O de l'Union Européenne ;

Vu enregistré au greffe le 14 avril 2006, le mémoire en réplique présenté pour la CANCA qui conclut aux mêmes fins que précédemment par le mêmes moyens ;

- la CANCA a mis en œuvre une publicité tenant compte à la fois du montant du marché mais aussi de considérations qualitatives; elle n'était aucunement tenue de procéder, s'agissant du défaut de publicité adéquate, à une publication au JOUE;

Vu la procédure d'appel d'offres attaquée;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu le décret n°84-74 du 26 janvier 1984 fixant le statut de la normalisation ;

Vu le code de la consommation;

Vu le code des marchés publics ;

Vu le code de la propriété industrielle;

Vu le code de justice administrative ;

Vu la délégation du président du Tribunal en date du 2 janvier 2006 ;

Les parties ayant été régulièrement convoquées à l'audience ;

Après avoir, à l'audience publique du 14 avril 2006, lu le rapport et entendu les observations de :

- Maître Lanzarone, avocat au barreau de Marseille, pour la société FM Développement ;
- et de Maître Cabanes, avocat au barreau de Paris, pour la Communauté d'agglomération Nice Côte d'Azur ;

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 et des conventions de délégation de service public. ... 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 par la présente requête, la société FM DEVELOPPEMENT demande au Tribunal l'annulation de la procédure de passation du marché à procédure adaptée, lancée par la Communauté d'agglomération de Nice Côte d'Azur en vue de l'acquisition de composteurs individuels ;

Sur la fin de non recevoir opposée en défense :

Considérant que la société FM Développement, dont il n'est pas contesté qu'elle commercialise des composteurs, avait vocation à présenter une offre dans le cadre du marché en cause; que lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, une société est dissuadée de se porter candidate, en raison de spécifications portées dans les documents de la consultation qui pourraient se révéler discriminatoires et qui rendent sa candidature irrecevable, elle doit être regardée comme susceptible d'être lésée par un manquement aux obligations de mise en concurrence auxquelles est soumis ce marché ; qu'elle justifie, par suite, d'un intérêt lui donnant qualité pour agir au sens des dispositions de l'article L. 551-1 précitées ; que, dès lors, la fin de non recevoir opposée en défense doit être écartée ;

Sur les conclusions à fin de suspension :

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

Considérant qu'aux termes de l'article 28 du code des marchés publics : "I. Les marchés passés selon la procédure adaptée sont des marchés passés selon des modalités de publicité et de mise en concurrence déterminées par la personne responsable du marché en fonction de leur objet et de leurs caractéristiques. Ces marchés sont soumis aux seules règles prévues par le titre Ier, le titre II, à l'exception du chapitre 5, les I,II,III,IV,VI et VII de l'article 40 et de l'article 79 du présent titre ainsi que les titres IV à VI. (...) / II. - Pour les marchés de fournitures et de services, les seuils en dessous desquels la procédure adaptée est possible sont de 150 000 euros HT pour l'Etat et de 230 000 euros HT pour les collectivités territoriales" ; que le II de l'article 40 du code des marchés publics dispose que : "Pour les marchés d'un montant compris entre 4 000 euros HT et 90 000 euros HT, la personne publique choisit librement les modalités de publicité adaptées au montant et à la nature des travaux, des fournitures ou des services en cause" ;

Considérant qu'il résulte de ces dispositions que les marchés passés selon la procédure adaptée prévue par l'article 28 du code des marchés publics sont soumis, et ce, quel que soit leur montant, aux principes généraux posés au deuxième alinéa du I de l'article 1^{er} du même code, selon lesquels "les marchés publics respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures (...) par la définition préalable des besoins de l'acheteur public, le respect des obligations de publicité et de mise en concurrence et le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse" ; que si la personne responsable du marché est libre, lorsqu'elle décide de recourir à la procédure dite adaptée, de déterminer, sous le contrôle du juge administratif, les modalités de publicité et de mise en concurrence appropriée aux caractéristiques de ce marché, et notamment à son objet, à son montant, au degré de concurrence entre les entreprises concernées et aux conditions dans lesquelles il est passé, ce choix, toutefois, doit lui permettre de respecter les principes généraux précités qui s'imposent à elle ;

Considérant que la référence à un label écologique national ne doit pas avoir pour effet de créer des obstacles injustifiés à l'ouverture des marchés publics à la concurrence ;

Considérant que l'article 24 du cahier des clauses particulières du marché en cause exige, comme spécification des fournitures, la certification NF Environnement ; que cette certification constitue une marque collective correspondant à un label écologique national ;

Considérant que si la personne responsable du marché a la faculté de définir ses besoins, et notamment les spécifications techniques des produits, par référence à un tel label écologique, elle ne peut, sans porter atteinte au principe d'égal accès aux marchés publics, exiger des candidats une offre exclusive de produits certifiés par la seule marque "NF Environnement" mais doit permettre la présentation d'offres de fournitures qui possèdent des caractéristiques équivalentes ou supérieures sans pour autant être estampillés de ladite marque ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède qu'en s'abstenant de procéder ainsi qu'il vient d'être dit, la Communauté d'agglomération de Nice Côte d'Azur a commis un manquement à ses obligations de mise en concurrence ; que par suite, il y a lieu d'annuler la procédure attaquée ;

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

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." ; que d'une part, il y a lieu, de condamner la CANCA à verser à la société FM DEVELOPPEMENT une somme de 750 euros au titre des frais exposés par elle dans la présente instance; que d'autre part, la Communauté d'agglomération de Nice Côte d'Azur, partie perdante à l'instance, ne peut se prévaloir des dispositions de l'article L.761-1 du code de justice administrative pour demander la condamnation de la société requérante ;

ORDONNE

Article 1er : La procédure de passation du marché à procédure adaptée pour la fourniture de composteurs individuels par la Communauté d'agglomération de Nice Côte d'Azur est annulée.

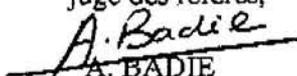
Article 2 : La Communauté d'agglomération de Nice Côte d'Azur versera la somme de 750 (sept cent cinquante) euros à la société FM DEVELOPPEMENT au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : Les conclusions de la Communauté d'agglomération de Nice Côte d'Azur tendant à la condamnation de la société FM DEVELOPPEMENT au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées ;

Article 4 : La présente ordonnance sera notifiée à la société FM DEVELOPPEMENT et à la Communauté d'agglomération de Nice Côte d'Azur.

Fait à Nice, le 18 avril 2006

Le vice-président,
juge des référés,


A. BADIE