

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF  
DE MARSEILLE**

N° 2002331

**RÉPUBLIQUE FRANÇAISE**

\_\_\_\_\_  
SOCIETE [REDACTED]  
[REDACTED]  
\_\_\_\_\_

**AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS**

Ordonnance du 4 mai 2020  
\_\_\_\_\_

Le tribunal administratif de Marseille

Le juge des référés

Vu la procédure suivante :

Par une requête et un mémoire, enregistrés les 16 mars 2020 et 22 avril 2020, la société [REDACTED] représentée par la SELARL [REDACTED] et associés, agissant par Me [REDACTED] demande, sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative :

- à titre principal, d'annuler la procédure de mise en concurrence des lots 1, 3, 4 et 6 de l'accord cadre portant sur l'achat de kits de fournitures scolaires pour les collèges du département [REDACTED] ;

- à titre subsidiaire, d'annuler la procédure de mise en concurrence des lots 1, 3, 4 et 6 de l'accord cadre portant sur l'achat de kits de fournitures scolaires pour les collèges du département [REDACTED] en ce qu'elle écarte sa candidature pour ces lots et en ce qu'elle retient les offres de la société [REDACTED] France pour les lots 1 et 4, celle de la société [REDACTED] pour le lot 3 et celle de la société [REDACTED] pour le lot 6 et d'enjoindre au département [REDACTED] de reprendre la procédure de passation au stade de l'analyse des candidatures ;

- de mettre à la charge du département [REDACTED] une somme de 2 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- en premier lieu, si le département [REDACTED] a motivé le rejet de ses offres par l'absence de remise des échantillons, ceux-ci ont été livrés par transporteur le 14 janvier 2020 au département [REDACTED] service « SAM-MG » comme en atteste le récépissé de livraison signé par un agent du département le 14 janvier 2020 à 10h09 soit dans le délai de remise des offres ;

- en réponse à l'argumentation de la défense selon laquelle la pièce n°5 qu'elle a produite ne serait pas la preuve de remise des échantillons mais un justificatif de prise en charge du pli à livrer, elle produit une attestation de son prestataire qui confirme la livraison des échantillons le 14 janvier 2020 au siège du département ;

N° 2002331

- dès lors, ses offres étaient complètes et les décisions de rejet de ses offres présentées pour les quatre lots en cause seront nécessairement annulées ;

- en deuxième lieu, les offres pressenties pour l'attribution des lots 1, 3 et 4 présentent un caractère anormalement bas, l'offre présentée par la société [REDACTED] pour le lot 1 étant inférieure de plus de 16 % du montant de l'estimation faite par le département, le montant de l'estimation faite pour le lot 3 par le département n'étant pas indiquée et l'offre de la société [REDACTED] étant, pour le lot 4, inférieure de plus de 25,4 % du montant de l'estimation retenue par le département ;

- le département a lui-même été surpris de ces offres aussi basses puisqu'il indique qu'elles ont été suspectées d'être anormalement basses et ne justifie pas avoir mené à bien la procédure contradictoire prévue dans cette hypothèse ;

- en raison de la flagrance des indicateurs permettant de constater le caractère anormalement bas de ces offres, il est constant qu'elles auraient dû être rejetées ;

- en troisième lieu, et dès lors que ses candidatures pour les lots 1, 3, 4 et 6 étaient recevables dès lors que les échantillons ont bien été reçus dans les délais impartis, ses offres auraient dû être analysées et la procédure devra être reprise au stade de l'analyse des candidatures.

Par des mémoires en défense, enregistrés les 9 et 23 avril 2020, le département [REDACTED] représenté par Me [REDACTED] conclut au rejet de la requête et à ce qu'une somme de 3 000 euros soit mise à la charge de la société [REDACTED] au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Il soutient que :

- en premier lieu, contrairement à ce que soutient la société requérante, celle-ci n'a remis aucun échantillon à l'appui des offres électroniques qu'elle a présentées pour les lots 1, 3, 4 et 6 et ses offres incomplètes étaient par suite irrégulières en application de l'article L. 2152-2 du code de la commande publique et devaient être rejetées avant tout examen ;

- en présence d'une offre irrégulière, le pouvoir adjudicateur est en situation de compétence liée et a l'obligation de la rejeter et commettrait un manquement à ses obligations de publicité et de mise en concurrence s'il attribuait le marché à une offre irrégulière ;

- un acheteur peut exiger la fourniture d'échantillons à l'appui de l'offre à remettre comme le prévoit l'article R. 2151-15 du code de la commande publique et le candidat qui omet de transmettre un échantillon remet une offre incomplète qui doit être écartée sans autre examen ;

- en l'espèce, et alors que le département avait exigé la remise d'échantillons à l'appui des offres concernant les lots 1 à 6, la société requérante n'a remis aucun échantillon à l'appui de ses quatre offres ;

- si la société requérante se fonde sur une unique pièce, un récépissé de livraison, qui démontrerait, selon elle, qu'elle aurait bien déposé ses échantillons à l'appui de ses offres, cette pièce ne constitue nullement la preuve du dépôt d'échantillons dès lors que ce document est daté du 13 janvier 2020 et non du 14 janvier 2020, date de la supposée remise des échantillons, que ce document démontre simplement que la société Schenker reconnaît recevoir de la société requérante un colis, et que, contrairement à ce qu'affirme cette dernière, ce récépissé de livraison n'a pas été signé par un agent du département, aucune Mme Clair ne figurant au nombre de ses agents ainsi que l'atteste le directeur des ressources humaines et, conformément à l'article 9 du règlement de la consultation, la livraison des échantillons devait être effectuée au secrétariat du « service achats marchés-moyens généraux » bureau 6020 à l'hôtel du département, lequel secrétariat devait remettre une attestation de remise des échantillons en bonne et due forme ;

N° 2002331

- la non réception d'un échantillon est évidemment impossible à rapporter pour l'acheteur et, dans une telle hypothèse, le juge doit forger sa conviction au regard du faisceau d'indices fournis par les parties et, au cas d'espèce, la société requérante ne fournit pas le moindre commencement de preuve de remise d'une offre complète alors qu'au contraire le département produit de nombreux éléments précis et circonstanciés démontrant qu'il n'a pas reçu les échantillons demandés ;

- en second lieu, le moyen tiré de ce que le département aurait attribué les lots 1, 3 et 4 à des offres anormalement basses ne peut être invoqué par la société requérante compte tenu du rejet de ses offres et, dans le cadre d'un référé précontractuel, elle n'est pas susceptible d'être lésée par le manquement qu'elle invoque mais peut uniquement critiquer le caractère irrégulier de l'offre ;

- le moyen ainsi invoqué est inopérant et sera rejeté sans examen dès lors qu'il sera constaté que les offres de la société requérante étaient irrégulières ;

- à titre subsidiaire, il sera rappelé que le seul fait de mettre en avant un écart prétendument important entre les offres ne suffit pas à justifier le caractère prétendument bas de l'offre retenue et, en l'espèce, la société requérante se borne à faire valoir un écart pour le lot 1 qui est au demeurant faible de seulement 5 %.

Par un mémoire, enregistré le 20 avril 2020, la société [REDACTED] représentée par le cabinet [REDACTED] agissant par Me [REDACTED] conclut au rejet de la requête et à ce qu'une somme de 10 000 euros soit mise à la charge de la société requérante au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- en premier lieu, l'offre de la société requérante est irrégulière en l'absence de remise des échantillons :

- le procès-verbal des opérations d'ouverture des plis, produit en défense, fait explicitement état d'une absence totale de remise d'échantillons par la société requérante, dont les offres étaient nécessairement irrégulières et le département se trouvait en situation de compétence liée pour juger irrecevable sa candidature ;

- la pièce produite par la société requérante, pour justifier du dépôt de ses échantillons, ne permet pas d'écarter les constatations factuelles figurant dans les procès-verbaux des opérations d'ouvertures des plis et relatant l'absence de remise d'échantillons, le document litigieux produit par la société requérante n'étant qu'un bordereau de prise en charge établi entre la requérante et le transporteur ce qui est corroboré par le fait que le signataire de ce bordereau n'est pas un agent du département ainsi qu'en atteste son directeur des ressources humaines ;

- en deuxième lieu, et au surplus, la société requérante qui a remis une offre irrégulière n'est pas fondée de facto à se prévaloir d'un prétendu manquement au titre du contrôle des offres anormalement basses ;

- le département [REDACTED] a respecté ses obligations, ainsi que le précise la décision de rejet des offres des lots 1 et 4, et elle a apporté les justifications permettant au pouvoir adjudicateur de s'assurer que les prix proposés étaient cohérents et que son offre n'était pas de nature à compromettre la bonne exécution du marché ;

- en outre, la charge de la preuve du caractère anormalement bas d'une offre pèse sur la société requérante et rien ne permet de considérer que le département aurait commis une erreur manifeste en décidant, après avoir pris connaissance de ses éléments de réponse, de retenir ses offres pour les lots 1 et 4 et il a été jugé que des écarts de l'ordre de 11 et 15 % entre l'offre retenue et les autres offres et de 32 % avec l'offre du requérant ne permettent pas de retenir l'argument de l'offre anormalement basse.

N° 2002331

En application des dispositions de l'article 9 de l'ordonnance n° 2020-305 du 25 mars 2020, les parties ont été informées, le 3 avril 2020, qu'il sera statué sans audience sur la présente requête en référé et que l'instruction sera close le 16 avril 2020. La clôture d'instruction a été ensuite reportée au 23 avril 2020 à 12 heures.

Vu la pièce complémentaire transmise après clôture par la société Papeteries Pichon.

Vu les autres pièces du dossier.

Vu :

- le code de la commande publique ;
- l'ordonnance n° 2020-305 du 25 mars 2020, modifiée, notamment ses articles 9, 11, 12 et 13, portant adaptation des règles applicables devant les juridictions de l'ordre administratif pendant la période de lutte contre l'épidémie de COVID 19 ;
- le code de justice administrative.

Considérant ce qui suit :

1. 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 (...)* ». Selon l'article 9 de l'ordonnance susvisée du 25 mars 2020 modifiée : « *Outre les cas prévus à l'article L. 522-3 du code de justice administrative, il peut être statué sans audience, par ordonnance motivée, sur les requêtes présentées en référé. Le juge des référés informe les parties de l'absence d'audience et fixe la date à partir de laquelle l'instruction sera close. (...)* ».

2. Dans le cadre d'une procédure d'appel d'offres ouvert prévu par l'art L. 21424-2 du code de la commande publique et lancée pour l'attribution de marchés à prix global forfaitaire en sept lots portant sur l'achat et la livraison de kits de fournitures scolaires pour les collèges du département dans le cadre du plan [REDACTED] la société [REDACTED] a remis une offre pour les lots 1, 3, 4 et 6 par voie dématérialisée. Par quatre courriers du 6 mars 2020, le département [REDACTED] a rejeté les candidatures qu'elle a présentées pour ces quatre lots comme irrecevables au motif que ses offres n'étaient pas accompagnées des échantillons requis par le règlement de la consultation et l'a informée de l'attribution des lots 1 et 4 à la société [REDACTED] France, du lot 3 à la société [REDACTED] et du lot 6 à la société [REDACTED]. Dans le cadre de la présente instance, la société [REDACTED] demande, sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, l'annulation de la procédure de mise en concurrence des lots 1, 3, 4 et 6 en cause et qu'il soit enjoint au département [REDACTED] de reprendre la procédure au stade de l'analyse des candidatures.

3. Aux termes de l'article L. 2152-2 du code de la commande publique : « *Une offre irrégulière est une offre qui ne respecte pas les exigences formulées dans les documents de la consultation, en particulier par ce qu'elle est incomplète* ». L'article L. 2152-1 du même code

N° 2002331

ajoute : « *L'acheteur écarte les offres irrégulières* ». Aux termes de l'article R. 2151-15 du même code : « *Dans les documents de la consultation, l'acheteur peut exiger que les offres soient accompagnées d'échantillons, de maquettes ou de prototypes ainsi que de tout document permettant d'apprécier l'offre* ».

4. Le règlement de la consultation d'un marché est obligatoire dans toutes ses mentions. Le pouvoir adjudicateur ne peut en conséquence attribuer le marché à un candidat qui ne respecterait pas une des prescriptions imposées par le règlement. En l'espèce, l'article 5. 1 du règlement de la consultation vise, au titre des pièces à produire dans le délai de remise des offres fixé au 17 janvier 2020 à 17 heures, « *les pièces de l'offre et les échantillons, dans les conditions fixées par le protocole d'examen des échantillons et par l'article 9 du règlement de la consultation (...)* ».

5. En effet, l'article 5.3 du règlement de la consultation prévoit que : « *Afin d'optimiser l'analyse des offres, les candidats fourniront les échantillons ou maquettes suivants : voir protocole d'examen des échantillons-Les échantillons ne constituent pas un commencement d'exécution. Ils ne font pas l'objet d'une indemnisation.* » et l'article 9 du même règlement prévoit les modalités de remise de ces échantillons obligatoires : « *fourniture obligatoire d'échantillons pour les lots 1 à 6. Livraison au secrétariat du SAM MG-B 6020-Hôtel du département [REDACTED]* ».

6. La société requérante affirme avoir remis les échantillons obligatoires au département [REDACTED] et, pour en justifier, elle produit un bon de livraison de son transporteur la société Schenker pour un colis d'échantillon portant comme destinataire le conseil départemental [REDACTED] et son adresse. Toutefois, ce bon de livraison est daté du 13 janvier 2020 tout en comportant la date d'embarquement déjà imprimée du 14 janvier 2020 avec la mention « *signataire : Mme Clair* » et le département [REDACTED] produit, en défense, une attestation de son directeur des ressources humaines selon laquelle aucun agent du département ne porte le patronyme de Mme Clair. Ce récépissé comme les échanges de mails avec son transporteur faisant notamment mention du point GPS de la livraison ne peuvent établir la remise des échantillons au département [REDACTED] alors que la livraison des échantillons obligatoires devait se faire, selon l'article 9 du règlement de consultation, au service des marchés dans un bureau précisément identifié de l'hôtel du département, ce qui implique la remise d'une attestation de dépôt, que la société requérante ne produit pas. Dans ces conditions, et en l'absence de présentation des échantillons obligatoires, les offres de la société requérante ne respectaient pas le règlement de la consultation, étaient incomplètes et irrégulières et le département [REDACTED] était tenu de les rejeter. Dès lors, la société requérante n'est pas susceptible, en l'espèce, d'avoir été lésée et ne risque pas d'être lésée, fût-ce de façon indirecte, par le manquement qu'elle invoque tiré du caractère anormalement des offres des attributaires des lots en cause. Par suite, ses conclusions présentées sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative doivent être rejetées.

7. Les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce que soit mis à la charge du département [REDACTED] qui n'est pas la partie perdante, le versement d'une somme au titre des frais exposés par la société [REDACTED] et non compris dans les dépens. Il y a lieu, en revanche, sur le fondement des mêmes dispositions, de mettre à la charge de la société [REDACTED] une somme de 2 500 euros au bénéfice respectivement du département [REDACTED] et de la société [REDACTED].

O R D O N N E :

Article 1<sup>er</sup> : La requête de la société [REDACTED] est rejetée.

N° 2002331

Article 2 : La société [REDACTED] versera une somme de 2 500 euros au département [REDACTED] et à la société [REDACTED] au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : La présente ordonnance sera notifiée aux conseils de la société [REDACTED] du département [REDACTED] de la société [REDACTED] et aux sociétés [REDACTED] et [REDACTED]

Fait à Marseille, le 4 mai 2020.

La vice-présidente,  
Juge des référés,

Signé

G. Markarian

La République mande et ordonne au préfet des Bouches-du-Rhône 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 en chef