

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE MONTREUIL**

N° 2100317

SARL NEWSDISTRIB

M. Michel Romnicianu
Juge des référés

Audience du 22 janvier 2021
Lecture du 25 janvier 2021

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Le tribunal administratif de Montreuil,

Le juge des référés du tribunal,

Vu la procédure suivante :

Par une requête enregistrée le 8 janvier 2021 sous le n° 2100317, la SARL NEWSDISTRIB, représentée par Me Ingrid Van Elslande, avocat, demande au juge des référés du tribunal administratif, statuant en application de l'article L. 551-1 du code de justice administrative :

1°) d'annuler l'ensemble des décisions se rapportant à la procédure de passation initiée par la commune d'Aulnay-sous-Bois (93) pour l'attribution du marché de « fourniture et livraison de produits et petits matériels d'entretien, d'hygiène et de sécurité, et de conditionnement alimentaire (jetables et non jetables) année 2021 – reconductible éventuellement jusqu'en 2024 » (lots n° 1, n° 2 et n° 3) ;

2°) d'ordonner la reprise de cette procédure de passation dans des conditions conformes aux dispositions législatives et réglementaires en vigueur ;

3°) de condamner la commune d'Aulnay-sous-Bois à lui verser la somme de 3 000 euros sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

La société requérante soutient que :

- c'est à tort que la commune d'Aulnay-sous-Bois a écarté son offre comme irrégulière : d'une part, les délais d'exécution proposés sont conformes aux exigences du cahier des clauses particulières ; d'autre part, ces irrégularités sont la conséquence directe d'un manquement commis par la commune dans l'élaboration du règlement de la consultation. En 1^{er} lieu, la société requérante a présenté un délai de livraison de 24 / 48 h. En proposant un délai de livraison compris entre 24 et 48 h, la société requérante a parfaitement répondu aux exigences du cahier des clauses particulières. Ces délais proposés par la société requérante sont inférieurs à ceux indiqués dans le cahier des clauses particulières. Ils sont inférieurs à 5 jours ouvrés, et a fortiori, à 10 jours ouvrés. En conséquence, et contrairement à ce qu'affirme la commune, la

société requérante a respecté les exigences du cahier des clauses particulières. A ce titre, les offres sont parfaitement régulières et doivent être analysées. En 2nd lieu, le caractère irrégulier des offres présentées par la société requérante résulte d'une faute commise par la commune dans la rédaction du règlement de la consultation. Les dispositions du règlement de la consultation et du cahier des clauses particulières sont en contradiction avec les NOTA introduits dans l'article 5.2 du règlement de consultation relatif au jugement des offres, s'appliquant à tous les lots et ainsi rédigés : « *Le délai d'exécution proposé par le soumissionnaire ne doit ni être inférieur à 5 jours ni supérieur à 10 jours* ». Ces dispositions prévoient ainsi que le délai minimum de livraison ne doit pas être inférieur à 5 jours. C'est sur le fondement de ce NOTA que les offres de la société requérante ont été éliminées. Il existe donc un manquement dans la rédaction des documents de consultation qui induit en erreur les candidats. L'irrégularité apparaît donc comme étant la conséquence directe du manquement commis par la commune dans la rédaction des documents de consultation.

- les manquements commis par la commune dans la rédaction des documents de la consultation, de nature à induire en erreur et léser les candidats, justifient que la procédure de passation soit annulée. Le règlement de la consultation comporte des dispositions totalement contradictoires. L'article 2.1.1. prévoit que les délais de livraison minimum présentés par les soumissionnaires ne doivent pas excéder 5 jours ouvrés et 10 jours pour les délais maximum. Les NOTAS introduits dans l'article 5.1 dudit règlement de consultation prévoient le contraire en indiquant que le délai d'exécution ne doit ni être inférieur à 5 jours ouvrés, ni supérieur à 10 jours. Ces dernières dispositions sont contraires à celles de l'article 3.1 du CCP, mais conformes à celles de l'article 2.1.1. Cette contradiction est contraire aux règles applicables à la passation des marchés publics.

Par un mémoire en défense, enregistré le 21 janvier 2021, la commune d'Aulnay-sous-Bois, représentée par Me Jehan Béjot et Me Nicolas Ferré (cabinet Claisse & associés), avocats, conclut :

- au rejet de la requête formée par la SARL NEWSDISTRIIB ;
- à la condamnation de la SARL NEWSDISTRIIB à lui payer la somme de 4 000 euros au titre des frais irrépétibles, en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle fait valoir que :

- la commune d'Aulnay-sous-Bois a éliminé à bon droit les offres de la SARL NEWSDISTRIIB en tant qu'elles méconnaissaient les exigences, dénuées de toute ambiguïté, des documents de la consultation ;
- le moyen tiré d'un manquement de la commune d'Aulnay-sous-Bois aux règles de publicité et de mise en concurrence doit être écarté compte tenu de l'absence de contradiction affectant le dossier de consultation des entreprises.

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu :

- le code de la commande publique ;
- le code civil, notamment ses articles 1188 à 1192 ;
- le code de justice administrative.

Le président du tribunal a désigné M. Romnicianu, vice-président, pour statuer sur les demandes en référé.

Les parties ont été régulièrement averties du jour de l'audience.

Au cours de l'audience publique tenue le 22 janvier 2021, en présence de Mme Demol, greffier d'audience, M. Romnicianu a lu son rapport et entendu :

- les observations de Me Ingrid Van Elslande, représentant la SARL NEWSDISTRIB, et de Me Nicolas Ferré (cabinet Claisse & associés), représentant la commune d'Aulnay-sous-Bois.

La clôture de l'instruction a été prononcée à l'issue de l'audience.

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, la délégation d'un service public ou la sélection d'un actionnaire opérateur économique d'une société d'économie mixte à opération unique. / (...) / Le juge est saisi avant la conclusion du contrat.* ». L'article L. 551-2 du même code dispose que : « *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. / 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 / (...)* ». Aux termes de 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 (...)* ».

2. 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. En vertu de cet article, 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 qui sont susceptibles d'être lésées par de tels manquements. Il appartient, dès lors, au juge des référés précontractuels de rechercher si l'opérateur économique 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 lésé ou risquent de le léser, fût-ce de façon indirecte en avantageant un opérateur économique concurrent.

3. En l'espèce, par un avis d'appel public à la concurrence n° 2020/S 184-443704 publié au journal officiel de l'UE (JOUE) le 22 septembre 2020, la commune d'Aulnay-sous-Bois a initié une consultation en vue de l'attribution d'un marché portant sur la fourniture et la

livraison de produits et petits matériels d'entretien, d'hygiène et de sécurité, et de conditionnement alimentaire (jetables et non jetables). La SARL NEWSDISTRIB a remis une offre pour les lots n°1, 2 et 3. Toutefois, par un courrier daté du 30 décembre 2020, la commune d'Aulnay-sous-Bois lui a indiqué que son offre avait été écartée comme irrégulière au motif que le délai de livraison des fournitures proposé, compris entre 24 et 48 heures, était excessivement bref, car inférieur au délai minimum de 5 jours imposé par les documents de la consultation.

4. Par le présent recours, la SARL NEWSDISTRIB, agissant donc en sa qualité de soumissionnaire évincé, demande au juge des référés du tribunal administratif statuant sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative d'annuler l'ensemble des décisions se rapportant à la procédure de passation contestée et d'ordonner sa reprise dans des conditions conformes aux dispositions législatives et réglementaires en vigueur.

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

En ce qui concerne les manquements allégués du pouvoir adjudicateur à ses obligations de publicité et de mise en concurrence :

5. La SARL NEWSDISTRIB fait valoir que le pouvoir adjudicateur a manqué aux règles de publicité et de mise en concurrence en ce que les documents de la consultation en cause contiendraient des indications contradictoires concernant les délais de livraison que les soumissionnaires doivent proposer à l'appui de leur offre. La société requérante estime que les deux « NOTA » de l'article 5.2 du règlement de la consultation sont contraires aux dispositions des articles 2.2.1 du règlement de la consultation et 3.1 du cahier des clauses particulières. Elle soutient que ces contradictions sont de nature à induire les candidats en erreur lors de la préparation de leur offre et à les léser.

6. En l'espèce, pour les cinq lots de ce marché, l'article VI. 3) de l'avis d'appel public à la concurrence, l'article 2.1.1 du règlement de la consultation et l'article 3.1 du cahier des clauses particulières prescrivent de manière constante que : « (...) Les délais de livraison des fournitures sont ceux fournis par le titulaire à l'appui de son offre dans le bordereau des délais d'exécution (annexe n° 3 de l'A.E.) sans que ces délais ne puissent *excéder* : - *Délais minimums* : 5 jours ouvrés ; - *Délais maximums* : 10 jours ouvrés. (...) ».

7. Pour regrettables que soient leur formulation, notamment le choix du verbe « *excéder* », lequel ne saurait logiquement s'appliquer à un délai minimum, et leur présentation tabulaire quelque peu maladroite, ces prescriptions sont toutefois complétées par les dispositions de l'article 5.2 du règlement de la consultation, selon lesquelles « (...) NOTA : Pour rappel, le délai d'exécution proposé par le soumissionnaire pour les lots n° 1 et n° 2 ne doit ni être inférieur à cinq (5) jours ni supérieur à dix (10) jours. Si le soumissionnaire ne propose aucun délai, le délai maximum sera appliqué. (...) NOTA : Pour rappel, le délai d'exécution proposé par le soumissionnaire pour les lots n° 3, n° 4 et n° 5 ne doit ni être inférieur à cinq (5) jours ni supérieur à dix (10) jours. Si le soumissionnaire ne propose aucun délai, le délai maximum sera appliqué. »

8. Ainsi, il résulte clairement de ces dispositions, lesquelles explicitent, sans leur être contraires, les prescriptions précitées de l'avis d'appel public à la concurrence, du règlement de la consultation et du cahier des clauses particulières, que les délais de livraison des fournitures doivent être strictement compris entre cinq jours ouvrés (délai minimum) et dix jours ouvrés (délai maximum) pour chacun des cinq lots de ce marché. Il s'ensuit notamment que les délais proposés ne sauraient être inférieurs à 5 jours ouvrés, s'agissant d'un délai minimum, ce pour des raisons de gestion des stocks et de logistique de réception des livraisons par les services municipaux.

9. Il résulte de ce qui précède que, contrairement à ce que soutient la société requérante, les prescriptions des documents de la consultation concernant les délais de livraison des fournitures imposés par le pouvoir adjudicateur ne sauraient être regardées comme contradictoires ou imprécises et ne sont donc pas susceptibles d'induire les soumissionnaires en erreur et de les léser. Dans ces conditions, la SARL NEWSDISTRIB n'est pas fondée à soutenir que le pouvoir adjudicateur a méconnu ses obligations en matière de publicité et de mise en concurrence.

En ce qui concerne le caractère irrégulier des offres de la SARL NEWSDISTRIB pour les lots n° 1, n° 2 et n° 3 :

10. Aux termes de l'article L. 2152-1 du code de la commande publique : « *L'acheteur écarte les offres irrégulières, inacceptables ou inappropriées.* ». Aux termes de l'article L. 2152-2 du même code : « *Une offre irrégulière est une offre qui ne respecte pas les exigences formulées dans les documents de la consultation, en particulier parce qu'elle est incomplète, ou qui méconnaît la législation applicable notamment en matière sociale et environnementale.* ».

11. Il ressort des pièces du dossier, et nomment du bordereau des délais d'exécution complété par la société requérante, que la SARL NEWSDISTRIB a proposé, pour les lots n° 1, n° 2 et n° 3, des délais de livraison des fournitures compris entre 24 et 48 heures. Or, ainsi qu'il a été dit au point 8, les délais de livraison des fournitures imposés pour ces lots devaient être compris entre cinq jours ouvrés et dix jours ouvrés. Par suite, les offres de la société requérante, laquelle a proposé des délais de livraison inférieurs à 5 jours ouvrés, ne respectent pas cette exigence formulée par le pouvoir adjudicateur dans les documents de la consultation. Dans ces conditions, la commune d'Aulnay-sous-Bois a pu légalement rejeter les offres de la SARL NEWSDISTRIB comme irrégulières.

12. Il résulte de ce qui précède que la SARL NEWSDISTRIB n'est pas fondée à demander l'annulation de l'ensemble des décisions se rapportant à la procédure de passation contestée et sa reprise dans des conditions conformes aux dispositions législatives et réglementaires en vigueur.

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

13. Les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce que soit mise à la charge de la commune d'Aulnay-sous-Bois, qui n'est pas la partie perdante dans la présente instance, la somme que la SARL NEWSDISTRIB demande au titre

des frais exposés par elle et non compris dans les dépens. En outre, dans les circonstances de l'espèce, il n'y a pas lieu de faire application de ces dispositions et de mettre à la charge de la SARL NEWSDISTRIB la somme réclamée par la commune d'Aulnay-sous-Bois au titre des frais exposés et non compris dans les dépens.

ORDONNE :

Article 1^{er} : La requête de la SARL NEWSDISTRIB, ainsi que les conclusions présentées par la commune d'Aulnay-sous-Bois sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative, sont rejetées.

Article 2 : La présente ordonnance sera notifiée à la SARL NEWSDISTRIB, à la commune d'Aulnay-sous-Bois et à la société SANOGIA IDF.

Fait à Montreuil, le 25 janvier 2021.

Le juge des référés,

Signé

M. ROMNICIANU

La République mande et ordonne au préfet de la Seine-Saint-Denis 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.