

N° 0806161

**SOCIETE D'ETUDES ET DE
REALISATIONS INDUSTRIELLES
(SERI)**

M. Wyss
Juge des référés

Audience du 14 octobre 2008
Ordonnance du 15 octobre 2008

A-MCM

LA DEMANDE

- La SOCIETE D'ETUDES ET DE REALISATIONS INDUSTRIELLES (SERI), dont le siège social est situé 21 rue du Sanital, BP 440, 86104 Châtellerault, a saisi le tribunal administratif d'une requête, présentée par Me Mouriesse, avocat au barreau de Nantes, enregistrée au greffe le 1^{er} octobre 2008, sous le n° 0806161.

La société SERI demande au tribunal :

. d'annuler, en application des dispositions de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, l'ensemble de la procédure de passation du marché lancé par la Communauté urbaine de Lyon ayant pour objet la fabrication et la fourniture de mobilier urbain dessiné par la société Wilmotte et industries,

. de condamner la Communauté urbaine de Lyon à lui verser la somme de 3 000 euros eu titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient qu'elle a intérêt à agir en tant que candidate au marché litigieux ; que son éviction a été motivée par la présence d'un CD ROM dans l'enveloppe extérieure contenant les première et seconde enveloppes alors que la présence de ce CD ROM n'est pas établie ; qu'en tout état de cause, il n'est pas établi que ce CD ROM avait un rapport avec son offre ; que la commission d'appel d'offres n'était pas en droit de le lire ; que, dans ces conditions, la commission d'appel d'offres était tenue d'ouvrir sa première enveloppe ; que la COURLY a apporté des modifications importantes au cahier des charges sans octroyer de délai supplémentaire pour le dépôt des candidatures et des offres ; qu'elle a en effet substitué le « bois du Nord rétifé » à l'Iroko massif, ne lui laissant que 4 jours ouvrés pour identifier un fournisseur, le consulter et reconstruire ses prix ; que le nouveau bois retenu fait l'objet d'un procédé technique protégé et n'est distribué que par un seul fournisseur ; que ces nouvelles spécifications ont pour objet de restreindre la concurrence sans être justifiées par des nécessités propres au marché ; que les délais de livraison exigés de 4 semaines sont intenable pour toute entreprise qui exerce dans les règles de l'art, en ce qui concerne notamment les bornes et avantage une ou deux entreprises bien installées qui disposent d'un

stock suffisant ; que l'avis d'appel public à la concurrence mentionne à tort que l'Accord sur les Marchés Publics n'est pas applicable ; que, s'agissant d'un marché à bons de commandes, la rubrique II. 1. 4 de l'avis devait être renseignée ; que l'avis ne mentionne pas l'existence d'une redevance à payer à la société Wilmotte et à la COURLY pour la commercialisation des mobiliers et que les modalités de financement du marché ne sont pas correctement indiquées, faute de mentionner ces redevances.

.....

- Par un mémoire en défense enregistré le 7 octobre 2008, présenté par Me Cabanes, avocat au barreau de Paris , la Communauté urbaine de Lyon conclut au rejet de la requête et, en outre, à ce que la société SERI soit condamnée à lui verser la somme de 3 000 euros en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Elle soutient que la candidature de la société SERI a été jugée irrecevable du fait de la présence dans l'enveloppe d'un CD ROM contenant le bordereau des prix unitaires ; que cette irrégularité qui n'est imputable qu'à la société, la prive d'intérêt à agir devant le juge du référé précontractuel ; qu'en tout état de cause, la société n'a pas respecté la règle de la double enveloppe posée par l'article 57 du code des marchés publics et sa candidature a été à bon droit rejetée comme irrégulière ; que la matérialité des faits est établi par le procès-verbal de la commission d'appel d'offres ; qu'elle a été contrainte de prendre connaissance du contenu du CD ROM ; que le délai de 9 jours laissé aux candidats pour modifier un seul paramètre de l'offre, la nature du bois, était suffisant, d'autant plus qu'il n'existe qu'un seul fournisseur de bois rétifé ; que le règlement de consultation prévoyait d'ailleurs un délai de 6 jours avant la date limite fixée pour le réception des offres pour communiquer aux candidats des renseignements complémentaires et que ce délai a été respecté ; que le choix du bois rétifé est justifié par les nécessités propres aux prestations visées dans le cadre de l'appel d'offres ; que le délai de livraison de 4 semaines, qui n'est pas propre à ce marché, correspond à ses besoins ; que la société SERI n'établit pas que l'erreur commise quant à la non applicabilité de l'accord AMP est susceptible de l'avoir lésé ; que le moyen tiré de ce qu'en mentionnant à la rubrique II.1.4 de l'avis de publicité communautaire « marché public » plutôt qu'« accord-cadre » manque en fait et n'est pas de nature à avoir lésé la société requérante ; que le versement par le titulaire du marché d'une redevance est une condition d'exécution du marché et n'avait pas à figurer dans les avis d'appel public à la concurrence ; que cette redevance n'est pas au nombre des ressources destinées à financer l'opération ;

.....

- Par un mémoire en réplique, enregistré le 13 octobre 2008, la société SERI conclut aux mêmes fins que la requête, par les mêmes moyens ; elle soutient en outre que la collectivité conserve la possibilité de déclarer sans suite la procédure en cours ; qu'elle a exigé des candidats l'utilisation d'une marque ou d'un produit déterminé, dans des conditions discriminatoires et qu'il existe un doute sérieux quant aux modalités de jugement des offres au travers du critère prépondérant du prix.

.....

- Par mémoire enregistré le 14 octobre 2008, la Communauté urbaine de Lyon conclut aux mêmes fins que ses précédentes écritures ; elle soutient en outre que la décision de ne pas donner suite à la présente procédure de passation n'appartient qu'à elle et qu'elle n'est pas

tenue d'y procéder en l'absence d'irrégularité du marché ; que la formule de calcul de la note du prix intègre le prix de l'offre analysée, qui est celui obtenu par application de la « commande comparative non communiquée aux candidats », élaborée sur la base du tableau des quantités exécutées en 2007 fourni aux candidats et des besoins prévisionnels.

.....

La société SERI a déposé une note en délibéré enregistrée au greffe le 15 octobre 2008.

.....

La Communauté urbaine de Lyon a déposé une note en délibéré enregistrée au greffe le 15 octobre 2008.

L'AUDIENCE

Les parties ont été régulièrement averties de l'audience publique qui a eu lieu le 14 octobre 2008.

Après avoir lu son rapport, M. Wyss, juge des référés, assisté de Mme Jardin, greffière, a entendu les observations de Me Albisson, substituant Me Mouriesse, avocat de la société SERI et de Me Cabanes, avocat de la Communauté urbaine de LYON.

LA DÉCISION

Après avoir examiné la requête, l'ordonnance du 29 septembre 2008 enjoignant à la Communauté Urbaine de Lyon de différer la signature du marché litigieux ainsi que les mémoires et les pièces produits par les parties, et vu :

- le code général des collectivités territoriales,
- le code des marchés publics,
- le code de justice administrative, et notamment son article L. 551-1 ;

Sur les conclusions à fin d'annulation de la procédure :

Sans qu'il soit besoin d'examiner la fin de non recevoir opposée par la Communauté Urbaine de Lyon :

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, des marchés mentionnés au 2° de l'article 24 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics, des contrats de partenariat, des contrats visés au premier alinéa de l'article L. 6148-5 du code de la santé publique 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. Sauf si la demande porte sur des marchés ou contrats passés par l'Etat, elle peut également être présentée par celui-ci lorsque la Commission des communautés européennes lui a notifié les raisons pour lesquelles elle estime qu'une violation claire et manifeste des obligations de publicité et de mise en concurrence d'origine communautaire ou résultant de l'accord sur l'Espace économique européen, a été commise. Le président du tribunal administratif ou son délégué statue en premier et dernier ressort en la forme des référés." ;

Considérant qu'aux termes de l'article 57 du code des marchés publics : "*V. Les dossiers des candidats sont transmis par tous moyen permettant de déterminer de façon certaine la date et l'heure de leur réception et d'en garantir la confidentialité. Elles comportent une enveloppe contenant les documents relatifs à la candidature et une enveloppe contenant l'offre.*" ;

Considérant que la commission d'appel d'offres du 5 septembre 2008 a rejeté pour irrecevabilité la candidature de la société SERI au motif que lors de l'ouverture des plis, il a été constaté la présence dans l'enveloppe extérieure du CD ROM contenant le bordereau des prix unitaires, qui aurait du figurer dans la seconde enveloppe conformément aux dispositions précitées de l'article 57 du code des marchés publics, rappelées au point 9-1 « forme des plis » du règlement de la consultation ; que si la société SERI conteste la matérialité des faits, celle-ci est suffisamment établie par le procès-verbal de la commission, signé par les membres présents et dont l'intégralité a été communiquée à l'audience ; que la société SERI ne saurait reprocher à la commission d'appel d'offres d'avoir pris connaissance du contenu de ce CD ROM, dont la présence aurait pu constituer une simple erreur matérielle s'il avait été vierge ou entièrement étranger à la procédure, avant de rejeter sa candidature ; que, dans ces conditions, la commission d'appel d'offres était tenue de rejeter comme irrégulière la candidature de la société SERI et de lui retourner non ouvertes, comme elle l'a fait, les enveloppes contenant sa candidature et son offre ;

Considérant qu'en vertu des dispositions précitées de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, 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 susceptibles d'être lésées par de tels manquements ; qu'il appartient dès lors au juge des référés précontractuels de rechercher si l'entreprise 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 lésée ou risquent de la léser, fût-ce de façon indirecte en avantageant une entreprise concurrente ; qu'ainsi qu'il a été dit, la candidature de la société SERI ayant été à bon droit rejetée pour un motif de régularité externe, aucun des manquements allégués, à les supposer établis, n'est susceptible de l'avoir lésée, même indirectement ; que les autres moyens de la requête ne peuvent dès lors et en tout état de cause qu'être rejetés ;

Sur les frais irrépétibles :

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. ”* ;

Considérant que ces dispositions font obstacle à ce que la Communauté urbaine de Lyon, qui n'est pas la partie perdante dans la présente instance, soit condamnée à verser à la société SERI la somme qu'elle demande au titre des frais engagés par elle et non compris dans les dépens ; qu'il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de condamner la société SERI à verser à la Communauté urbaine de Lyon, à ce titre, la somme de 800 euros ;

le juge des référés ordonne :

Article 1^{er} : La requête n° 0806161 de la SOCIETE D'ETUDES ET DE REALISATIONS INDUSTRIELLES est rejetée.

Article 2 : La SOCIETE D'ETUDES ET DE REALISATIONS INDUSTRIELLES est condamnée à verser **800 euros (huit cents euros)** à la en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : La présente ordonnance sera notifiée conformément aux dispositions de l'article R. 522-12 du code de justice administrative.

Prononcé le quinze octobre deux mille huit.

Le juge des référés,

La greffière,

J.P. Wyss

B. Jardin

La République mande et ordonne au préfet du Rhône, en ce qui le concerne, et à tous 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 décision.

Pour expédition,
Un greffier,