

Conseil d'État

N° 359921

Mentionné au tables du recueil Lebon

7ème et 2ème sous-sections réunies

M. Jacques Arrighi de Casanova, président

M. Frédéric Dieu, rapporteur

M. Bertrand Dacosta, rapporteur public

SCP PIWNICA, MOLINIE ; SCP DELAPORTE, BRIARD, TRICHET, avocats

Lecture du mercredi 3 octobre 2012

REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

Vu le pourvoi sommaire et le mémoire complémentaire, enregistrés les 4 et 18 juin 2012 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, présentés pour le département des Hauts-de-Seine, représenté par le président du conseil général ; le département demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler l'ordonnance n° 1203587 du 16 mai 2012 par laquelle le juge des référés du tribunal administratif de Cergy-Pontoise, statuant en application de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, à la demande de la société Columbus Consulting, de la société Arismore et de la société Atexo, a annulé la procédure de passation du marché de " prestations d'assistance à maîtrise d'oeuvre, maîtrise d'ouvrage et d'architecture pour la mise en oeuvre de la feuille de route des systèmes d'information et acquisition d'une solution d'architecture associée " engagée par le département ;

2°) statuant en référé, de rejeter la demande des sociétés Columbus Consulting, Arismore et Atexo ;

3°) de mettre à la charge de ces sociétés le versement de la somme de 4 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu la note en délibéré, enregistrée le 20 septembre 2012, présentée pour la société Columbus Consulting et autres ;

Vu le code des marchés publics ;

Vu le code de justice administrative ;

Après avoir entendu en séance publique :

- le rapport de M. Frédéric Dieu, Maître des Requêtes,

- les observations de la SCP Piwnica, Molinié, avocat du département des Hauts-de-Seine et de la SCP Delaporte, Briard, Trichet, avocat de la société Columbus Consulting, de la société Arismore et de la société Atexo,

- les conclusions de M. Bertrand Dacosta, rapporteur public ;

La parole ayant été à nouveau donnée à la SCP Piwnica, Molinié, avocat du département des Hauts-de-Seine et à la SCP Delaporte, Briard, Trichet, avocat de la société Columbus Consulting, de la société Arismore et de la société Atexo ;

1. 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 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 (...) " ; qu'aux termes de l'article L. 551-2 de ce code : " 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. (...) " ; que, selon 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. Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis au juge des référés du tribunal administratif de Cergy-Pontoise que, par un avis d'appel public à la concurrence publié le 22 décembre 2011, le département des Hauts-de-Seine a lancé une procédure d'appel d'offres ouvert en vue de l'attribution d'un marché à bons de commande portant sur des " prestations d'assistance à maîtrise d'oeuvre, maîtrise d'ouvrage et d'architecture pour la mise en oeuvre de la feuille de route des systèmes d'information et acquisition d'une solution d'architecture associée " ; que trois groupements, parmi lesquels le groupement constitué des sociétés Columbus Consulting, Arismore et Atexo, dont la société Columbus Consulting était le mandataire, ont présenté une candidature ; que, par un courrier daté du 19 avril 2012, le département des Hauts-de-Seine a informé la société Columbus Consulting que la candidature du groupement avait été rejetée en raison de son caractère incomplet ; que la procédure poursuivie avec les deux autres groupements candidats s'étant avérée infructueuse en raison du caractère inacceptable de leurs offres, le département a engagé une procédure négociée avec ces deux seuls groupements ; que, par l'ordonnance attaquée, le juge des référés, saisi par les sociétés Columbus Consulting, Arismore et Atexo, a, sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, annulé la procédure de passation et enjoint au département des Hauts-de-Seine, s'il entendait conclure le marché, de la reprendre intégralement ;

3. Considérant qu'aux termes de l'article 52 du code des marchés publics :

" I - avant de procéder à l'examen des candidatures, le pouvoir adjudicateur qui constate que les pièces dont la production était réclamée sont absentes ou incomplètes peut demander à tous les candidats concernés de compléter leur dossier de candidature dans un délai identique pour tous et qui ne saurait être supérieur à dix jours. (...) " ; qu'aux termes de l'article 56 du même code : " I. - Dans toutes les procédures de passation des marchés publics et accords-cadres, les documents écrits mentionnés par le présent code peuvent être remplacés par un échange électronique ou par la production de supports physiques électroniques, selon les dispositions prévues au présent article. / Le mode de transmission est indiqué dans l'avis d'appel public à la concurrence ou, en l'absence de cet avis, dans les documents de la consultation. / Les candidats appliquent le même mode de transmission à l'ensemble des documents qu'ils adressent au pouvoir adjudicateur. / II. - Le pouvoir adjudicateur peut imposer la transmission des candidatures et des offres par voie électronique. / Pour les achats de fournitures de matériels informatiques et de

services informatiques d'un montant supérieur à 90 000 euros HT, les candidatures et les offres sont transmises par voie électronique. (...) " ;

4. Considérant que, pour annuler la procédure de passation litigieuse, le juge des référés du tribunal administratif de Cergy-Pontoise, après avoir relevé que le règlement de la consultation prévoyait l'accès à une plate-forme de dématérialisation des marchés publics et fournissait des indications sur ses modalités d'utilisation, a estimé que le département des Hauts-de-Seine avait méconnu le principe d'égalité de traitement des candidats, d'une part, en ne s'assurant pas qu'était bien parvenu sur la messagerie électronique de la société Columbus Consulting, mandataire du groupement, le message électronique indiquant qu'une demande tendant à compléter sa candidature lui avait été adressée - message dont il a souverainement relevé qu'il avait été envoyé à cette société le 2 mars 2012 à 11 h 01 - et, d'autre part, en ne réexpédiant pas à celle-ci, à tout le moins, le message contenant l'information qu'un document la concernant pouvait être consulté sur la plate-forme de dématérialisation des marchés publics du département des Hauts-de-Seine ;

5. Considérant qu'en jugeant ainsi que le département devait s'assurer que les candidats avaient effectivement pris connaissance de ce message, sans avoir relevé de dispositions du règlement de la consultation lui en faisant obligation, et alors qu'en vertu du guide d'utilisation de la plate-forme dématérialisée imposé aux candidats par le règlement de la consultation, tel que le juge des référés l'a souverainement interprété, le département devait seulement, pour inviter les candidats à compléter leur candidature, leur adresser, à l'adresse électronique indiquée par eux, un message d'alerte les invitant à se rendre sur cette plate-forme pour prendre connaissance des compléments d'information demandés et y répondre, le juge des référés a commis une erreur de droit ; que, par suite, et sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens du pourvoi, l'ordonnance attaquée doit être annulée ;

6. Considérant que, dans les circonstances de l'espèce, il y a lieu, en application de l'article L. 821-2 du code de justice administrative, de régler l'affaire au titre de la procédure de référé engagée par les sociétés Columbus Consulting, Arismore et Atexo ;

Sur le rejet de la candidature du groupement Columbus Consulting / Arismore / Atexo à l'appel d'offres :

7. Considérant, d'une part, qu'il résulte de l'instruction que le formulaire " DC1 " remis par la société Columbus Consulting, mandataire du groupement, à l'appui de la candidature de celui-ci, comportait uniquement la signature de cette société, seul le fichier " zip " étant signé par ces trois sociétés, alors que l'article 4.1 du règlement de la consultation exigeait que ce formulaire comporte la signature électronique de chaque membre du groupement ; que, par suite, c'est à bon droit que le département des Hauts-de-Seine a estimé que leur dossier de candidature était incomplet et a demandé en conséquence au mandataire du groupement, en application des dispositions précitées de l'article 52 du code des marchés publics, de compléter ce dossier ;

8. Considérant, d'autre part, qu'il résulte de l'instruction que le département des Hauts-de-Seine a envoyé à l'adresse électronique de la société Columbus Consulting, le 2 mars 2012 à 11 h 01, un courrier électronique ayant pour objet une demande tendant à compléter son dossier de candidature ; que la société ne pouvait prendre connaissance du contenu de cette demande et en accuser réception qu'en activant le lien électronique inclus dans ce courriel ; qu'il résulte également de l'instruction, en particulier d'un courriel adressé le 13 avril 2012 par la société Atexo, gestionnaire de la plate-forme de dématérialisation, au département des Hauts-de-Seine, que ce message est bien parvenu sur le serveur de messagerie de la société Columbus Consulting ; qu'il appartenait à cette

dernière d'activer le lien électronique pour pouvoir accéder au contenu de ce message et compléter le dossier de candidature du groupement dans le délai qui lui était imparti pour ce faire ; que, dans ces conditions, le département des Hauts-de-Seine a pu estimer que le dossier de candidature des sociétés membres du groupement demeurait incomplet et rejeter en conséquence leur candidature ;

Sur le recours à la procédure négociée :

9. Considérant qu'en vertu du 1° du I de l'article 35 du code des marchés publics, les pouvoirs adjudicateurs peuvent recourir à une procédure négociée lorsqu'il n'a été proposé que des offres irrégulières ou inacceptables que le pouvoir adjudicateur est tenu de rejeter ; que, selon ce même article, " Une offre est inacceptable si les conditions qui sont prévues pour son exécution méconnaissent la législation en vigueur, ou si les crédits budgétaires alloués au marché après évaluation du besoin à satisfaire ne permettent pas au pouvoir adjudicateur de la financer. " ;

10. Considérant, en premier lieu, qu'il résulte de ces dispositions que seuls les candidats ayant, dans le cadre de l'appel d'offres, déposé une offre, qu'elle ait été écartée comme irrégulière ou inacceptable, doivent être admis à la négociation lorsque le pouvoir adjudicateur a décidé, après avoir constaté le caractère infructueux de l'appel d'offres, de recourir à une procédure négociée ; que, par suite, les sociétés Columbus Consulting, Arismore et Atexo, dont la candidature a été à bon droit rejetée par le département et qui n'ont, en conséquence, déposé aucune offre, ne sont pas fondées à soutenir que ce dernier aurait manqué à ses obligations de publicité et de mise en concurrence en n'admettant pas le groupement qu'elles avaient constitué à la négociation engagée sur le fondement des dispositions du 1° du I de l'article 35 du code des marchés publics ;

11. Considérant, en second lieu, qu'il ne résulte pas de l'instruction, compte tenu notamment de l'écart entre l'estimation du département des Hauts-de-Seine et le montant de l'offre la moins-disante pour les quatre années d'exécution du marché, que la décision de ce dernier de déclarer infructueux l'appel d'offres et de passer un marché négocié, en raison du caractère inacceptable des offres tenant au dépassement des crédits budgétaires alloués au marché, serait entachée d'erreur manifeste d'appréciation ;

12. Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que les sociétés Columbus Consulting, Arismore et Atexo ne sont pas fondées à demander l'annulation de la procédure de passation du marché litigieux ;

Sur l'application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative :

13. Considérant que ces dispositions font obstacle à ce que soit mise à la charge du département des Hauts-de-Seine qui n'est pas, dans la présente instance, la partie perdante, la somme que demandent les sociétés Columbus Consulting, Arismore et Atexo au titre des frais exposés par elles et non compris dans les dépens ; qu'il y a lieu en revanche, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de ces dernières le versement au département de la somme globale de 4 500 euros au titre des frais exposés par celui-ci tant devant le Conseil d'Etat que devant le tribunal administratif de Cergy-Pontoise ;

D E C I D E :

-----

Article 1er : L'ordonnance du juge des référés du tribunal administratif de Cergy-Pontoise du 16 mai 2012 est annulée.

Article 2 : La demande présentée devant le tribunal administratif de Cergy-Pontoise par les sociétés Columbus Consulting, Arismore et Atexo est rejetée.

Article 3 : Les sociétés Columbus Consulting, Arismore et Atexo verseront une somme globale de 4 500 euros au département des Hauts-de-Seine au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 4 : Les conclusions présentées par les sociétés Columbus Consulting, Arismore et Atexo au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 5 : La présente décision sera notifiée au département des Hauts-de-Seine, à la société Columbus Consulting, à la société Arismore et à la société Atexo.