

TRIBUNAL ADMINISTRATIF  
DE CERGY-PONTOISE

N° 1101334

---

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

ASSOCIATION DES SOURDS ET INTERPRÈTES  
DE PROVENCE c/ Association de gestion du fonds  
pour l'insertion des personnes handicapées

---

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

M. Bréchet  
Rapporteur

---

Le tribunal administratif de Cergy-Pontoise

(3<sup>ème</sup> chambre)

M. Béal  
Rapporteur public

---

Audience du 31 mai 2012  
Lecture du 3 juillet 2012

---

*Code PCJA : 39-02-02-03*  
*Code de publication : C+*

Vu **(1)** la requête, enregistrée le 21 février 2011, présentée pour l'ASSOCIATION DES SOURDS ET INTERPRÈTES DE PROVENCE, représentée par sa présidente, dont le siège est situé 33 rue Consolat à Marseille (13001), par Me Andréani, avocat ; l'ASSOCIATION DES SOURDS ET INTERPRÈTES DE PROVENCE demande au tribunal :

1°) d'annuler les contrats relatifs aux lots DA 13 MRS, DA 13 HM et DA 83 du marché pluriannuel de service pour la délivrance de prestations ponctuelles spécifiques relatives à la déficience auditive conclu entre l'Association de gestion du fonds pour l'insertion des personnes handicapées (AGEFIPH) et l'Union régionale des associations de parents d'enfants déficients auditifs (URAPEDA) ;

2°) à titre subsidiaire, de prononcer la résiliation du contrat ;

3°) de condamner l'AGEFIPH à lui verser la somme de 221 600 euros, à parfaire, en réparation du préjudice subi du fait de son éviction irrégulière et des frais exposés pour la confection de ses offres, assortie des intérêts au taux légal à compter de la date de sa demande préalable ;

4°) de mettre à la charge de l'AGEFIPH le versement de la somme de 3 000 euros sur le fondement des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

L'ASSOCIATION DES SOURDS ET INTERPRÈTES DE PROVENCE soutient :

- que la procédure de passation du marché est entachée de multiples irrégularités ;
- que la procédure porte atteinte aux principes de libre accès à la commande publique et de transparence des procédures en limitant à trois le nombre de lots susceptibles d'être attribués à un même candidat ; que le règlement de consultation ne permettait pas aux candidats de savoir comment serait opérée la limitation du nombre de lots au regard de leurs compétences et de leurs capacités et pour combien de lots ils pouvaient soumissionner, ce qui l'a conduite à ne pas répondre à l'ensemble des lots qu'elle s'estimait en mesure d'exécuter ;
- que la procédure porte atteinte au principe de l'égalité de traitement des candidats en prorogeant de manière illégale le délai de validité des offres ; qu'en l'espèce, la communication du résultat de l'examen des offres a eu lieu le 3 décembre 2010 alors que le délai de validité des offres expirait le 29 juin 2010 ; que depuis cette dernière date, l'ASIP s'est employée à renforcer ses moyens matériels et humains pour l'exécution des lots litigieux, ce qui n'aurait pas manqué d'affecter positivement l'appréciation de son offre actualisée ;
- que le principe de transparence des procédures a été méconnu dès lors que le document de consultation définit insuffisamment les critères d'appréciation de la valeur technique des offres et qu'il ne fait apparaître aucun sous-critère ;
- que l'article 53 de la directive 2004/18/CE du 31 mars 2004 a été méconnu au cours de la procédure dès lors que les offres ont notamment été sélectionnées au regard de la « compétence » et de la « capacité » des candidats, éléments qui correspondent à des critères de sélection des candidats ;
- que les obligations de publicité auxquelles était soumise l'AGEFIPH ont été méconnues dès lors que l'avis de marché ne comportait pas les mentions requises par les dispositions des articles 35 et 36 de la directive 2004/18/CE du 31 mars 2004 et du règlement n° 1564/2005 de la Commission du 7 septembre 2005 ;
- que le pouvoir adjudicateur a commis une erreur manifeste d'appréciation en jugeant que les offres remises par l'ASIP ne détaillaient pas suffisamment les compétences « médicales » et « entreprise » mises en œuvre ;
- que les irrégularités commises par l'AGEFIPH dans la passation du marché entraînent la nullité du contrat conclu ou, à tout le moins, sa résiliation ;
- qu'elle a droit à la réparation de son préjudice résultant de son éviction irrégulière ; que ce préjudice, composé de son manque à gagner et des coûts inhérents à la préparation de son offre, doit être réparé à hauteur de 221 600 euros ;

Vu les contrats attaqués ;

Vu (2) le mémoire en défense, enregistré le 26 avril 2011, présenté pour l'Association de gestion du fonds pour l'insertion des personnes handicapées, représentée par son président, par la SELARL DS Lyon, avocat, qui conclut :

1°) au rejet de la requête ;

2°) à ce qu'il soit mis à la charge de l'ASSOCIATION DES SOURDS ET INTERPRÈTES DE PROVENCE le versement de la somme de 3 500 euros sur le fondement des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

L'Association de gestion du fonds pour l'insertion des personnes handicapées fait valoir :

- que la procédure de passation du marché n'est entachée d'aucune irrégularité ;
- que le principe de libre accès à la commande publique et de transparence des procédures n'a pas été méconnu ; que le règlement de consultation ne limitait pas le nombre de lots auxquels pouvait répondre un candidat ;
- que le principe d'égalité de traitement des candidats n'a pas été méconnu par le fait d'avoir sélectionné une offre après expiration du délai de validité des offres dès lors qu'elle était tenue, en application de l'ordonnance rendue le 22 décembre 2010 par le juge des référés, de reprendre la passation du marché à l'examen des candidatures et de sélectionner l'offre de l'URAPEDA, arrivée en tête ;
- qu'elle n'a pas méconnu le principe de transparence des procédures dès lors qu'elle pouvait librement fixer les modalités de passation du marché litigieux, dans le cadre des dispositions de l'ordonnance du 6 juin 2005 ; qu'elle n'était pas tenue de préciser davantage dans son règlement de consultation les critères d'appréciation de la valeur technique des offres et du prix ; que, rien ne lui imposait de définir des sous-critères ;
- que, pouvant librement définir les modalités de passation du marché conformément à l'article 9 du décret du 30 décembre 2005, elle n'était pas tenue de séparer l'analyse des candidatures et de celle des offres ; que, dans ces conditions, elle n'a pas méconnu les dispositions de l'article 53 de la directive 2004/18/CE du 31 mars 2004 ;
- qu'elle n'était pas tenue de publier un avis de marché comportant l'ensemble des mentions requises par les dispositions des articles 35 et 36 de la directive 2004/18/CE du 31 mars 2004 et du règlement n° 1564/2005 de la Commission du 7 septembre 2005 ;
- qu'elle n'a pas commis d'erreur manifeste d'appréciation en jugeant que les offres remises par l'association requérante ne détaillaient pas suffisamment les compétences « médicales » et « entreprise » mises en œuvre ;

Vu **(3)** le mémoire en réplique, enregistré le 25 mai 2011, présenté pour l'ASSOCIATION DES SOURDS ET INTERPRÊTES DE PROVENCE, qui conclut aux mêmes fins que la requête et modifie ses conclusions indemnitaires en demandant au tribunal :

1°) de condamner l'Association de gestion du fonds pour l'insertion des personnes handicapées à lui verser la somme de 159 700 euros en réparation du préjudice qu'elle estime avoir subi du fait de son éviction irrégulière, alors qu'elle disposait de chances sérieuses d'emporter le marché, assortie des intérêts de droit à compter de la de la notification de sa demande préalable ;

2°) à titre subsidiaire, de condamner l'Association de gestion du fonds pour l'insertion des personnes handicapées à lui verser une somme de 11 971 euros en réparation du préjudice qu'elle estime avoir subi du fait de son éviction irrégulière, alors qu'elle n'était pas dépourvue de chances d'emporter le marché, assortie des intérêts de droit à compter de la notification de sa demande préalable ;

3°) de mettre à la charge de l'Association de gestion du fonds pour l'insertion des personnes handicapées le versement de la somme de 7 042 euros au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

L'ASSOCIATION DES SOURDS ET INTERPRÊTES DE PROVENCE reprend les mêmes moyens que sa requête et soutient, en outre :

- que les candidats n'avaient pas été informés de l'utilisation par le pouvoir adjudicateur d'« outils de cotation uniques et identiques à tous les cotateurs », dont le contenu et l'éventuelle pondération ou hiérarchisation demeurent inconnus des candidats ; que le principe de transparence des procédures a donc été méconnu ;

- que les dispositions de l'article 9 du décret n° 2005/1742 du 30 décembre 2005 ne s'opposent pas à ce que le pouvoir adjudicateur soit tenu de respecter les principes de la commande publique ;

- qu'elle disposait de sérieuses chances de remporter le marché et, dès lors, a droit à être indemnisée de son manque à gagner, soit 159 700 euros ou, subsidiairement, des frais de présentation de l'offre, soit 11 971 euros ;

Vu (4) le nouveau mémoire en défense, enregistré le 27 juin 2011, présenté pour l'Association de gestion du fonds pour l'insertion des personnes handicapées, qui reprend les conclusions de son précédent mémoire et les mêmes moyens ;

Elle fait valoir, en outre :

- qu'elle n'avait pas à publier les « outils de cotation » utilisés comme supports d'aide à la décision ; qu'ils n'ont été utilisés à aucun moment comme des critères supplémentaires ou comme des sous-critères ;

- que l'association requérante n'apporte aucune justification permettant d'apprécier la réalité des préjudices invoqués ainsi que le montant des dommages et intérêts sollicités ; qu'elle ne démontre pas qu'elle détenait une chance sérieuse d'emporter le marché ;

Vu la lettre en date du 12 avril 2012, informant les parties, en application de l'article R. 611-7 du code de justice administrative, que le jugement à intervenir est susceptible d'être fondé sur un moyen soulevé d'office tiré de l'incompétence de la juridiction administrative pour connaître d'un litige relatif à un contrat conclu entre deux personnes privées ;

Vu (5) le nouveau mémoire en réplique, enregistré le 25 avril 2012, présenté pour l'ASSOCIATION DES SOURDS ET INTERPRÈTES DE PROVENCE en réponse au moyen soulevé d'office par le tribunal ;

L'ASSOCIATION DES SOURDS ET INTERPRÈTES DE PROVENCE soutient que l'Association de gestion du fonds pour l'insertion des personnes handicapées doit être regardée comme agissant pour le compte de l'État ; qu'en outre, le contrat litigieux fait participer le pouvoir adjudicateur à l'exécution du service public et comporte des clauses exorbitantes du droit commun ; que, par suite, le contrat litigieux doit être regardé comme ayant un caractère administratif ;

Vu (6) le mémoire en défense, enregistrée le 25 mai 2012, présentée pour l'Union régionale des associations de parents d'enfants déficients auditifs, dont le siège est situé 375 rue Mayor de Montricher à Aix-en-Provence (13854), par Me Lenat, avocat ; l'Union régionale des associations de parents d'enfants déficients auditifs demande que soit rejetée la requête de l'ASSOCIATION DES SOURDS ET INTERPRÈTES DE PROVENCE ;

Elle fait valoir :

- que la requête doit être rejetée pour les mêmes motifs que ceux exposés par l'Association de gestion du fonds pour l'insertion des personnes handicapées ;
- qu'en outre, la requête est irrecevable en raison de sa tardiveté ; que l'association requérante n'est pas recevable à critiquer l'attribution du lot DA 13 HMS pour lequel elle ne s'est pas portée candidate ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu le code des marchés publics ;

Vu le code du travail ;

Vu l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 ;

Vu le décret n° 2005-1742 du 30 décembre 2005 ;

Vu le code de justice administrative ;

Les parties ayant été régulièrement averties du jour de l'audience ;

Après avoir entendu au cours de l'audience publique du 31 mai 2012 :

- le rapport de M. Bréchet, rapporteur ;
- les conclusions de M. Béal, rapporteur public ;
- et les observations de Mme GUIRAMANT, pour l'ASSOCIATION DES SOURDS ET INTERPRÈTES DE PROVENCE ;

Considérant que l'Association de gestion du fonds pour l'insertion des personnes handicapées (AGEFIPH) a, par un avis d'appel public à concurrence publié le 31 mars 2010, lancé une procédure d'appel d'offre en vue de la réalisation d'un marché de « prestations ponctuelles spécifiques relatives à la déficience auditive, mobilisables par les opérateurs d'insertion et de maintien dans l'emploi au regard des besoins des personnes handicapées qu'ils accompagnent », marché national alloti en trente-neuf lots correspondant à des découpages géographiques et administratifs ; que, par une ordonnance n° 1004750 en date du 30 juin 2010, le juge des référés du tribunal administratif de Cergy-Pontoise a, sur le fondement des dispositions de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, d'une part, annulé la décision du 4 juin 2010 par laquelle l'AGEFIPH a rejeté les offres présentées par l'Union régionale des associations de parents d'enfants déficients auditifs (URAPEDA) pour les lots DA 83 et DA 13 MRS, relatives aux aires géographiques de l'agglomération de Marseille et du

département du Var, et, d'autre part, enjoint à l'AGEFIPH, si elle entendait poursuivre la procédure de passation de ces lots, de se conformer à ses obligations et de reprendre la procédure à la phase de sélection des candidatures dans des conditions conformes aux exigences du principe de libre concurrence ; que, par un courrier en date du 22 octobre 2010, l'AGEFIPH a informé l'URAPEDA qu'elle entendait reprendre la procédure de passation au stade de la phase de sélection des candidatures, sans changer les notes obtenues par les deux candidats (l'URAPEDA PACA et l'ASIP) pour les deux lots considérés, mais que, compte tenu du faible écart de points entre leurs offres respectives, elle procéderait à des auditions complémentaires des deux candidats en lice en application de l'article CP 12 des conditions particulières du marché ; que, saisi par l'URAPEDA sur le fondement des dispositions de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, le juge des référés du tribunal administratif de Cergy-Pontoise a, par une ordonnance n° 1008929 en date du 26 novembre 2010, annulé la décision du 22 octobre 2010 et enjoint à l'AGEFIPH, si elle entendait reprendre la procédure de passation du marché, de se conformer à ses obligations de publicité et de mise en concurrence en procédant à une nouvelle attribution des lots DA 83 et DA 13 MRS ; que, par un courrier en date du 3 décembre 2010, l'AGEFIPH a informé les deux candidats en lice de son intention d'attribuer les deux lots considérés à l'URAPEDA ; que, par une ordonnance n° 1009640 en date du 22 décembre 2010, le juge des référés du tribunal administratif de Cergy-Pontoise, saisi par l'ASSOCIATION DES SOURDS ET INTERPRÈTES DE PROVENCE sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, a rejeté la requête tendant à l'annulation de la procédure de passation du marché des deux lots litigieux ; que, par un acte d'engagement en date du 4 janvier 2011, l'AGEFIPH a attribué à l'URAPEDA les lots DA 13 MRS et DA 83 ; que l'ASSOCIATION DES SOURDS ET INTERPRÈTES DE PROVENCE, concurrent évincé, demande par la présente requête au tribunal d'annuler le marché conclu entre l'AGEFIPH et l'URAPEDA et de condamner l'AGEFIPH à lui verser la somme de 159 700 euros en réparation du préjudice qu'elle estime avoir subi à la suite de son éviction irrégulière ou, subsidiairement, une somme de 11 971 euros ;

Sur la compétence de la juridiction administrative :

Considérant qu'un contrat conclu entre des personnes privées est en principe un contrat de droit privé ; que ce contrat peut, toutefois, avoir un caractère administratif dans le cas où l'une des parties au contrat agit pour le compte d'une personne publique et que le contrat, soit contient une clause exorbitante du droit commun, soit a pour objet l'exécution du service public ;

Considérant qu'aux termes de l'article L. 5214-1 du code du travail, dans sa rédaction en vigueur à la date de la passation du contrat litigieux : « *Le fonds de développement pour l'insertion professionnelle des handicapés a pour objet d'accroître les moyens consacrés à l'insertion des handicapés en milieu ordinaire de travail. / La gestion de ce fonds est confiée à une association administrée par des représentants des salariés, des employeurs et des personnes handicapées ainsi que par des personnalités qualifiées. / Les statuts de l'association sont agréés par l'autorité administrative* » ; qu'aux termes de l'article L. 5214-2 du même code : « *Une convention d'objectifs est conclue, tous les trois ans, entre l'État et l'association chargée de la gestion du fonds de développement pour l'insertion professionnelle des handicapés* » ; qu'aux termes de son article L. 5214-3 : « *Les ressources du fonds de développement pour l'insertion professionnelle des handicapés sont destinées à favoriser toutes les formes d'insertion professionnelle des handicapés en milieu ordinaire de travail. / Elles sont affectées notamment : / 1° À la compensation du coût supplémentaire des actions de formation et au financement d'actions d'innovation et de recherche dont bénéficient les intéressés dans l'entreprise ; / 2° À*

*des mesures nécessaires à l'insertion et au suivi des travailleurs handicapés dans leur vie professionnelle. / (...) » ; qu'aux termes de l'article R. 5214-1 du même code : « Le ministre chargé de l'emploi est chargé de coordonner l'activité des organismes de services publics ou privés qui, à quelque titre que ce soit, concourent à l'une des opérations prévues aux articles L. 5212-6 et suivants et de définir les modalités de liaison entre ces organismes et services » ; qu'aux termes de son article R. 5214-19 : « Les statuts de l'association chargée de la gestion du Fonds de développement pour l'insertion professionnelle des handicapés mentionnée à l'article L. 5214-1 sont agréés par le ministre de l'emploi » ; qu'aux termes de son article R. 5214-20 : « L'association procède annuellement à l'évaluation des actions qu'elle conduit pour l'insertion professionnelle des personnes handicapées en milieu ordinaire. Elle publie un rapport d'activité et est soumise au contrôle administratif et financier de l'État » ; qu'aux termes son article R. 5214-21 : « L'association transmet au ministre chargé de l'emploi, pour approbation, le projet de répartition des contributions pour l'année en cours, au plus tard au 31 mars de chaque année. / Elle lui adresse également le rapport d'utilisation des contributions pour l'année écoulée » ; que les articles L. 5212-1 à L. 5212-17 du code du travail obligent tout employeur, occupant au moins vingt salariés, à employer des travailleurs handicapés dans la proportion de 6 % de l'effectif total de ses salariés, et prévoient la possibilité de mettre en œuvre cette obligation par le versement au Fonds de développement pour l'insertion professionnelle des handicapés d'une contribution annuelle pour chacun des bénéficiaires de l'obligation qu'il aurait dû employer ;*

Considérant qu'il ressort de l'ensemble de ces dispositions que le législateur a confié à l'Association de gestion du Fonds pour l'insertion des personnes handicapées la mission de service public d'insertion professionnelle des personnes handicapées en milieu ordinaire de travail ; que le législateur est à l'initiative de la création de cette association, dont les statuts sont agréés par le ministre chargé de l'emploi ; que, si l'association est administrée par des représentants des salariés, des employeurs et des personnes handicapées ainsi que par des personnalités qualifiées, sans aucun représentant de l'État, il résulte des dispositions précitées que le Fonds de développement pour l'insertion professionnelle des handicapés est abondé par les contributions annuelles des entreprises en vertu d'une obligation légale et que les ressources de ce fonds sont uniquement destinées à favoriser l'insertion professionnelle des personnes handicapées en milieu ordinaire de travail ; qu'une convention d'objectifs est conclue, tous les trois ans, entre l'État et l'AGEFIPH, cette dernière transmettant pour approbation, au ministre chargé de l'emploi, le projet de répartition des contributions pour l'année en cours et un rapport d'utilisation des contributions pour l'année écoulée ; qu'enfin, cette association est soumise au contrôle administratif et financier de l'État ; qu'il résulte de la combinaison de ces différents éléments que, dans le cadre de sa mission d'insertion professionnelle des personnes handicapées, l'AGEFIPH agit pour le compte de l'État ;

Considérant, par ailleurs, qu'il résulte de l'instruction que le contrat litigieux est relatif à des prestations ponctuelles spécifiques relatives à la déficience auditive, mobilisables par les opérateurs d'insertion et de maintien dans l'emploi au regard des besoins des personnes handicapées qu'ils accompagnent ; que ces prestations sont relatives à l'évaluation des capacités fonctionnelles de la personne handicapée dans le cadre d'un projet professionnel, à l'identification des techniques de compensation à mettre en œuvre au regard de situations identifiées, à la mise en œuvre des techniques de compensation au regard des besoins et des solutions préconisées et à l'appui conseil à l'entreprise dans le cadre d'une embauche ou d'un maintien dans l'emploi ; qu'ainsi, ce contrat, conclu par l'AGEPIFH pour le compte de l'État, a pour objet de confier l'exécution même d'une partie du service public ; qu'il en résulte qu'il

s'agit d'un contrat administratif dont le contentieux relève de la compétence de l'ordre administratif ;

Sur la validité du contrat :

Sans qu'il soit besoin d'examiner les fins de non-recevoir opposées par l'URAPEDA ;

Considérant qu'aux termes de l'article 3 de l'ordonnance du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics : « I. – Les pouvoirs adjudicateurs soumis à la présente ordonnance sont : 1° Les organismes de droit privé ou les organismes de droit public autres que ceux soumis au code des marchés publics dotés de la personnalité juridique et qui ont été créés pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial, dont : (...) b) Soit la gestion est soumise à un contrôle par un pouvoir adjudicateur soumis au code des marchés publics ou à la présente ordonnance (...) » ; que tel est le cas de l'AGEFIPH, chargée de la gestion du Fonds de développement pour l'insertion professionnelle des handicapés en application de l'article L. 5214-1 du code du travail, qui est soumise au contrôle de l'État ; qu'ainsi l'AGEFIPH constitue un pouvoir adjudicateur au sens de l'article 3 de l'ordonnance ;

*En ce qui concerne la limitation du nombre de lots susceptibles d'être attribués à un même candidat :*

Considérant que ni l'article 10 du code des marchés publics – au demeurant non applicable au contrat litigieux – ni aucune autre disposition de ce code ou de l'ordonnance du 6 juin 2005 n'interdit au pouvoir adjudicateur de limiter le nombre de lots susceptibles d'être attribués à un même candidat ; que la légalité d'une telle limitation est toutefois subordonnée à la double condition, d'une part, qu'elle soit justifiée par l'objet du marché et par les conditions particulières d'exécution des prestations – et notamment par le risque qu'une seule entreprise ne soit pas en mesure de faire face à ses obligations contractuelles dans l'hypothèse où plusieurs lots lui seraient attribués – et, d'autre part, que les candidats aient été informés, par l'avis d'appel public à concurrence ou le règlement de la consultation, de cette limitation et des critères objectifs permettant au pouvoir adjudicateur, dans le respect des principes d'égalité de traitement des candidats et de liberté d'accès à la commande publique, de choisir l'attributaire du marché lorsqu'une même entreprise a présenté la meilleure offre sur un nombre de lots supérieur à la limite fixée ;

Considérant qu'il ressort de l'avis d'appel public à la concurrence et des conditions particulières du dossier de la consultation que l'appel d'offres litigieux portait sur trente-neuf lots géographiques, que chaque lot donnerait lieu à l'établissement d'un marché distinct attribué à un unique titulaire et que les candidats pouvaient postuler à plusieurs lots, voire à l'intégralité du marché ; qu'aux termes des stipulations du deuxième alinéa de l'article CP 9 du cahier des conditions particulières : « L'AGEFIPH se réserve le droit de limiter à 3 (trois) le nombre de lots attribués par candidat » ; qu'aux termes de l'article CP 12 du même document relatif à la sélection du titulaire : « (...) / Le candidat dont l'offre a obtenu la meilleure note finale se verra

*attribuer le marché, sous réserve de l'application des dispositions de l'article CP 8 [lire en réalité CP 9], relatif au nombre de lots maximal attribuables à un candidat. / (...) » ; que les documents de la consultation ne mentionnaient ni les raisons pour lesquelles le nombre de lots attribués par candidat pourrait être limité à trois, ni les critères qui seraient appliqués par le pouvoir adjudicateur pour écarter l'offre ayant reçu la meilleure note au motif que le candidat concerné avait déjà obtenu trois lots ; qu'au demeurant, l'AGEFIPH, dans ses écritures en défense, n'apporte aucune précision quant aux motifs qui l'ont conduit à procéder à une telle limitation ; qu'ainsi, l'ASIP est fondée à soutenir que l'AGEFIPH a méconnu les principes de transparence des procédures et de liberté d'accès à la commande publique ; qu'en revanche, il ne résulte pas de l'instruction que la limitation instituée par les documents de la consultation a eu pour effet d'empêcher les candidats de répondre à l'ensemble des lots qu'ils s'estimaient en mesure d'exécuter ;*

*En ce qui concerne le moyen tiré de la méconnaissance du principe d'égalité de traitement des candidats en raison de la prorogation du délai de validité des offres :*

Considérant qu'aucune disposition législative ou réglementaire n'impose au pouvoir adjudicateur de fixer une date limite de validité des offres ; que, toutefois, dans le cas où les documents de la consultation prévoient une telle date limite, le délai ainsi fixé, au-delà duquel les candidats sont déliés de leurs propositions, ne peut être prolongé qu'avec l'accord de l'ensemble des candidats admis à présenter une offre, sans que s'impose la fixation d'une nouvelle date limite, et sous réserve qu'un changement dans les conditions de la concurrence ou dans les conditions prévisibles d'exécution du contrat ne rende pas nécessaire, dans les circonstances propres à chaque procédure de mise en concurrence, eu égard notamment au rapport entre la durée de la procédure et la durée d'exécution du contrat, la fixation d'une nouvelle date limite ou l'organisation d'une nouvelle procédure de publicité ;

Considérant que l'article CP 10 des conditions particulières du contrat prévoit que « l'offre du candidat est ferme et définitive pendant 90 jours, à compter de la date limite de réception des offres », celle-ci étant fixée au 30 avril 2010 ; que la validité des offres expirait donc à la fin du mois de juillet 2010 ; que le pouvoir adjudicateur a procédé à l'attribution du marché litigieux le 4 juin 2010, avant l'expiration de la validité des offres ; que, toutefois, cette décision d'attribution a été annulée par le juge des référés du tribunal de céans par une ordonnance en date du 30 juin 2010 ; qu'en exécution de cette ordonnance, l'AGEFIPH était tenue soit de déclarer l'appel d'offre infructueux et d'initier une nouvelle procédure de passation, soit de procéder à un nouvel examen des offres ; que, dans les circonstances de l'espèce, dès lors que certains candidats avaient eu communication des offres de leurs concurrents et du rapport d'analyse des offres qui détaillait leurs mérites et défauts respectifs, l'AGEFIPH pouvait, par dérogation aux principes susmentionnés et afin de ne pas fausser le jeu de la concurrence, procéder au réexamen des offres sans demander l'accord des candidats pour prolonger la validité de leur offre ; que, dans ces circonstances, le fait d'avoir attribué le marché postérieurement à l'expiration du délai de validité des offres, sans avoir sollicité des candidats leur accord pour prolonger ce délai, n'a pas été constitutif d'une atteinte au principe d'égalité de traitement des candidats ;

*En ce qui concerne le moyen tiré de l'imprécision des critères d'appréciation de la valeur technique des offres :*

Considérant que, pour assurer le respect des principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, l'information appropriée des candidats sur les critères d'attribution d'un marché public est nécessaire, dès l'engagement de la procédure d'attribution du marché, dans l'avis d'appel public à concurrence ou le cahier des charges tenu à la disposition des candidats ; que dans le cas où le pouvoir adjudicateur souhaite retenir d'autres critères que celui du prix, l'information appropriée des candidats doit alors porter également sur leur pondération ou hiérarchisation ; que si le pouvoir adjudicateur décide, pour mettre en œuvre ces critères de sélection des offres, de faire usage de sous-critères également pondérés ou hiérarchisés, il doit porter à la connaissance des candidats la pondération ou la hiérarchisation de ces sous-critères dès lors que, eu égard à leur nature et à l'importance de cette pondération ou hiérarchisation, ils sont susceptibles d'exercer une influence sur la présentation des offres par les candidats ainsi que sur leur sélection et doivent en conséquence être eux-mêmes regardés comme des critères de sélection ; que le pouvoir adjudicateur n'est en revanche pas tenu d'informer les candidats de la méthode de notation des offres ;

Considérant qu'en vertu de l'article CP 12 des conditions particulières du marché, les offres des candidats ont été appréciées selon quatre critères, à savoir la compétence et la capacité du candidat (20 points), la capacité à s'impliquer dans le partenariat local (20 points), l'organisation et les ressources mobilisées pour les prestations ponctuelles spécifiques (25 points) et les modalités de réalisation, pour chacune des prestations (35 points) ; que les conditions de mise en œuvre de ces critères étaient précisées dans le document de réponse, qui comportait sept questions suffisamment précises pour informer les candidats des modalités d'appréciation de leur offre ; qu'en revanche, il ne résulte pas de l'instruction que l'AGEFIPH a fait usage de sous-critères également pondérés ou hiérarchisés pour mettre en œuvre les critères de sélection des offres ; que les « outils de notation » utilisés par le pouvoir adjudicateur, correspondant à une méthode de notation des offres, n'avaient pas à être portés à la connaissance des candidats ; que, dès lors, l'ASSOCIATION DES SOURDS ET INTERPRÈTES DE PROVENCE n'est pas fondée à soutenir que le principe de transparence des procédures a été méconnu ;

*En ce qui concerne le moyen tiré de la méconnaissance de l'article 53 de la directive 2004/18/CE du 31 mars 2004 :*

Considérant que la directive 2004/18/CE du 31 mars 2004 a été transposée en droit français notamment par l'ordonnance du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics et par le décret n° 2005-1742 du 30 décembre 2005 ; que, plus précisément, l'article 53 de la directive a été transposé par l'article 24 du décret du 30 décembre 2005, modifié par le décret n° 2008-1334 du 17 décembre 2008 ; que, par suite, l'ASSOCIATION DES SOURDS ET INTERPRÈTES DE PROVENCE ne saurait utilement invoquer la violation de l'article 53 de la directive susmentionnée ;

*En ce qui concerne le moyen tiré du manquement aux obligations de publicité :*

Considérant qu'il résulte de l'instruction que l'ASSOCIATION DES SOURDS ET INTERPRÈTES DE PROVENCE a assuré une publicité suffisante au regard des prescriptions de l'article 9 du décret du 30 décembre 2005 en publiant un avis de marché sur son site internet ; qu'eu égard notamment au prix et à la nature du marché en cause, il n'était pas tenu de faire paraître un avis d'appel public à la concurrence comportant toutes les informations mentionnées à l'annexe VII A de la directive du 31 mars 2004 et au règlement n° 1564/2005 de la Commission du 7 septembre 2005 ;

Considérant, toutefois, que les marchés passés selon la procédure prévue par l'article 9 du décret du 30 décembre 2005 sont soumis, quel que soit leur montant, aux principes généraux qui découlent de l'exigence d'égal accès à la commande publique et qui sont rappelés au II de l'article 1<sup>er</sup> de ce code dans sa rédaction issue du décret du 1<sup>er</sup> août 2006, selon lequel : « *Les marchés publics et les accords-cadres soumis au présent code respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures. (...)* » ; que si la personne responsable du marché est alors libre de déterminer, sous le contrôle du juge administratif, les modalités de publicité et de mise en concurrence appropriées 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 doit toutefois lui permettre de respecter les principes généraux précités qui s'imposent à elle ;

Considérant que l'indication des voies et délais de recours dans les avis d'appel public à concurrence a pour objet de permettre aux candidats d'être informés et de contester utilement dans les plus brefs délais, par voie de référé précontractuel avant la signature du contrat, la procédure de passation d'un marché afin d'en obtenir, lorsque des irrégularités ou illégalités sont constatées, la suspension ou l'annulation à un stade où ces violations peuvent encore être corrigées ; qu'il résulte de l'instruction que l'avis de marché litigieux ne comportait aucune information relative aux voies et délais de recours contre la procédure de passation du marché, pas plus qu'il n'indiquait les coordonnées de la juridiction compétente ; qu'il s'ensuit que l'AGEFIPH a manqué au principe de transparence des procédures ;

*En ce qui concerne le moyen tiré de l'absence d'erreur manifeste dans l'appréciation de la valeur technique des offres :*

Considérant qu'il résulte de l'instruction, et notamment du rapport d'analyse des offres, que l'ASSOCIATION DES SOURDS ET INTERPRÈTES DE PROVENCE a obtenu, pour les lots litigieux, la note de 80,4 sur 100 s'agissant du critère relatif à l'« organisation et ressources mobilisées pour les PPS », alors que l'URAPEDA a obtenu une note de 87,4 sur 100 ; que l'AGEFIPH a estimé que l'offre de l'ASSOCIATION DES SOURDS ET INTERPRÈTES DE PROVENCE ne détaillait pas suffisamment les compétences « médicales » et « entreprise » mises en place ; que, contrairement à ce que soutient la société requérante, l'offre présentée par l'URAPEDA était plus complète sur ce point ; que l'ASSOCIATION DES SOURDS ET INTERPRÈTES DE PROVENCE n'est dès lors pas fondée à soutenir que l'AGEFIPH a entaché l'appréciation de son offre d'une erreur manifeste ;

Sur les conséquences des irrégularités de la consultation :

Considérant que, saisi de conclusions à fins d'annulation d'un contrat par un concurrent évincé, il appartient au juge, lorsqu'il constate l'existence de vices entachant la validité du contrat, d'en apprécier les conséquences ; qu'il lui revient, après avoir pris en considération la nature de l'illégalité éventuellement commise, soit de prononcer la résiliation du contrat ou de modifier certaines de ses clauses, soit de décider de la poursuite de son exécution, éventuellement sous réserve de mesures de régularisation par la collectivité contractante, soit d'accorder des indemnités en réparation des droits lésés, soit enfin, après avoir vérifié si l'annulation du contrat ne porterait pas une atteinte excessive à l'intérêt général ou aux droits des cocontractants, d'annuler, totalement ou partiellement, le cas échéant avec un effet différé, le contrat ;

*En ce qui concerne les conclusions à fin d'annulation ou de résiliation des contrats :*

Considérant qu'il résulte de l'instruction que les manquements précédemment relevés dans la procédure de passation n'ont pas eu de conséquence sur l'attribution des contrats litigieux ; qu'en effet, si l'AGEFIPH a procédé à une limitation du nombre de lots susceptibles d'être attribués à un même candidat, sans préciser préalablement les critères objectifs qui seraient appliqués pour écarter pour ce motif l'offre ayant obtenu la meilleure note sur plus de trois lots, les saisines successives du juge des référés précontractuels ont eu pour effet de neutraliser cette irrégularité et de permettre à l'URAPEDA, classée première, d'obtenir les lots litigieux ; que, par ailleurs, la circonstance que les voies et délais de recours applicables à l'encontre de la procédure de passation n'étaient pas mentionnés dans l'avis d'appel public à concurrence n'a pas empêché l'ASSOCIATION DES SOURDS ET INTERPRÈTES DE PROVENCE de saisir utilement le juge du référé précontractuel le 8 décembre 2010 ; que, dans ces conditions, et compte tenu de la nature des illégalités commises, il n'y a pas lieu de résilier les contrats litigieux ni, *a fortiori*, de les annuler ;

*En ce qui concerne les conclusions indemnitaires :*

Considérant que lorsqu'une entreprise candidate à l'attribution d'un marché public demande la réparation du préjudice né de son éviction irrégulière de ce dernier, il appartient au juge de vérifier d'abord si l'entreprise était ou non dépourvue de toute chance de remporter le marché ; que, dans l'affirmative, l'entreprise n'a droit à aucune indemnité ; que, dans la négative, elle a droit en principe au remboursement des frais qu'elle a engagés pour présenter son offre ; qu'il convient ensuite de rechercher si l'entreprise avait des chances sérieuses d'emporter le marché ; que, dans un tel cas, l'entreprise a droit à être indemnisée de son manque à gagner ;

Considérant qu'il résulte de l'instruction que, si l'AGEFIPH n'avait pas limité de façon irrégulière le nombre de lots susceptibles d'être attribués à un même candidat, les contrats litigieux auraient été attribués à l'URAPEDA dès le 4 juin 2010 ; que cette irrégularité a en tout état de cause été purgée par l'intervention du juge du référé précontractuel ; que, dès lors, l'ASSOCIATION DES SOURDS ET INTERPRÈTES DE PROVENCE était dépourvue de toute chance de remporter les contrats ; qu'il en résulte que ses conclusions indemnitaires doivent être rejetées ;

Sur les conclusions tendant à l'application des dispositions 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 » ;*

Considérant qu'il n'y a pas lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge d'une partie le versement à l'autre partie d'une somme au titre des frais exposés par elles et non compris dans les dépens ;

**D E C I D E :**

Article 1<sup>er</sup> : La requête de l'ASSOCIATION DES SOURDS ET INTERPRÈTES DE PROVENCE est rejetée.

Article 2 : Les conclusions présentées par l'Association de gestion du fonds pour l'insertion des personnes handicapées sur le fondement des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 3 : Le présent jugement sera notifié à l'ASSOCIATION DES SOURDS ET INTERPRÈTES DE PROVENCE, à l'Association de gestion du fonds pour l'insertion des personnes handicapées et à l'Union régionale des associations de parents d'enfants déficients auditifs.

Délibéré à l'issue de l'audience du 31 mai 2012, où siégeaient :  
Mme Colombani, président,  
Mme Boulharouf, premier conseiller, et M. Bréchet, conseiller.

Prononcé en audience publique le 3 juillet 2012.

Le rapporteur,

Le président,

Signé

Signé

F.X. BRECHOT

C. COLOMBANI

Le greffier,

Signé

S. LEFEBVRE

*La République mande et ordonne au préfet des Hauts-de-Seine en ce qui le concerne et 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.*

TRIBUNAL ADMINISTRATIF  
DE PARIS

N° 1217195/3-5

INSTITUT DE GENETIQUE NANTES  
ATLANTIQUE

M. Camenen  
Juge des référés

Ordonnance du 17 octobre 2012

39-08-015-01

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Le Tribunal administratif de Paris,

Le juge des référés

Vu la requête, enregistrée le 26 septembre 2012, présentée pour l'Institut de Génétique Nantes Atlantique (IGNA) dont le siège est situé 19, rue Léon Durocher, BP 70425, à Nantes (44204 cedex 02), par Me Julien Antoine, avocat ; l'IGNA demande au juge des référés statuant sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative :

1. à titre principal, d'annuler la procédure d'examen des offres du lot n° 1 du marché public en cause et d'enjoindre à l'Etat de reprendre la procédure au stade de l'analyse des offres ;
2. à titre subsidiaire, d'annuler la procédure de passation du marché public en cause pour les lots n° 1 à n° 3 ;
3. et de condamner l'Etat à lui verser la somme de 4 000 euros sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Il soutient :

1. que le rejet de son offre n'est pas justifié ; que les dispositions de l'article 80 du code des marchés publics ont été méconnues ; qu'il ne connaît pas les motifs de rejet de son offre ; que l'Etat n'a pas retenu l'offre économiquement la plus avantageuse ;
2. que l'attribution d'un seul lot par soumissionnaire prévue par le règlement de la consultation est contraire aux dispositions de l'article 53 du code des marchés publics ; qu'elle peut conduire à ne pas attribuer chaque lot au candidat ayant présenté l'offre économiquement la plus avantageuse ;

Vu le mémoire complémentaire, enregistré le 4 octobre 2012, présenté pour l'IGNA qui demande au juge des référés :

1. avant-dire droit, d'enjoindre à l'INPS de produire sa comptabilité analytique pour le lot n° 1 et tous documents de nature à établir que le niveau des prix proposés prenait en compte l'ensemble des coûts directs et indirects des prestations ;
2. à titre principal, d'annuler la procédure d'examen des offres du lot n° 1 et d'enjoindre à l'Etat de reprendre la procédure au stade de l'analyse des offres ;
3. à titre subsidiaire, d'annuler la procédure de passation du marché public en cause pour les lots n° 1 à n° 3 ;
4. et de condamner l'Etat à lui verser la somme de 8 000 euros sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Il soutient :

1. que les prix proposés par l'Institut national de la police scientifique (INPS) ont méconnu le principe de la libre concurrence ; que c'est essentiellement le critère financier qui a justifié le choix de ce candidat ; que l'INPS est financé principalement par des fonds publics ; que l'offre de la requérante est 50 % plus élevée avec un taux de marge de 3 % ; qu'il y a lieu d'enjoindre à l'INPS de produire sa comptabilité analytique pour montrer que les prix proposés prennent en compte l'ensemble des coûts directs et indirects et ne résultent pas d'un avantage découlant de ressources ou de moyens attribués au titre de sa mission de service public ; que les prix proposés par l'INPS sont artificiellement bas ;
2. que le pouvoir adjudicateur a méconnu les dispositions de l'article 55 du code des marchés publics ; que l'offre de l'INPS est anormalement basse ; que l'administration doit reprendre la procédure au stade de l'analyse des offres ;
3. que le règlement de la consultation est irrégulier dès lors qu'il limite l'attribution des lots à un seul par soumissionnaire ; que cette limitation n'est pas expressément prévue par le code des marchés publics ; qu'elle ne peut être justifiée par la volonté de s'assurer que les candidats seront en mesure d'exécuter simultanément un nombre de lots raisonnable ; qu'elle est susceptible de conduire le pouvoir adjudicateur à ne pas retenir l'offre économiquement la plus avantageuse ; qu'elle méconnaît l'article 53 du code des marchés publics ; que ses modalités de mise en œuvre ne sont pas définies ;

Vu le mémoire en défense, enregistré le 10 octobre 2012, présenté par la garde des sceaux, ministre de la justice, qui conclut au rejet de la requête ;

Elle soutient :

1. que le moyen tiré de la méconnaissance de l'article 83 du code des marchés publics doit être écarté, le ministère de la justice ayant informé l'IGNA des motifs du rejet de son offre dans un courrier du 25 septembre 2012 ;
2. que la requérante n'établit pas que l'offre retenue n'est pas celle économiquement la plus avantageuse ; qu'il n'appartient pas au juge des référés d'apprécier si l'offre contestée est économiquement moins avantageuse ; qu'aucun élément ne permet d'établir le caractère anormalement bas de l'offre retenue ; que la seule circonstance que l'INPS soit un établissement public est insuffisante ; que le contrôle exercé est limité à l'erreur manifeste d'appréciation ; que

la seule circonstance qu'une offre soit plus basse que les autres n'est pas suffisante pour établir son caractère anormalement bas ; que le moyen soulevé est trop général ; que l'estimation du coût des prestations faite par la personne public était de 1 356 264 euros TTC pour 69 000 analyses ; que cette estimation a été effectuée au vu des prix proposés par les trois premiers laboratoires privés lors de la dernière consultation en 2009 ; que le prix de l'INPS en 2012 est de 1 109 947,80 euros TTC, soit seulement une baisse de 246 316 euros depuis 2009 ; que la mise en concurrence a permis de réduire significativement les coûts unitaires ; que le candidat placé en 2<sup>ème</sup> position a proposé un prix variant de 15,5 euros à 14 euros HT très proche de l'INPS de 13,45 euros HT ; que l'attributaire a une nouvelle chaîne de production automatisée ; qu'il n'a pas besoin de recruter ou d'acheter du matériel ;

3. que la limitation du nombre de lots susceptibles d'être confiés à un même candidat n'a pas lésé l'IGNA qui n'a choisi de soumissionner que pour le lot n° 1 ; qu'une telle limitation est admise par la jurisprudence ; qu'aucune disposition du code des marchés publics ne l'interdit ; que l'article 10 du code des marchés publics vise à susciter la concurrence la plus large possible ; qu'il vise aussi à éviter tout risque de monopole ; que la limitation prévue vise à permettre aux 13 laboratoires agréés d'obtenir l'un des trois lots ; que les prélèvements ont sensiblement augmenté ; qu'il est primordial d'assurer la sécurisation des approvisionnements et le respect strict des délais dans le cadre de procédures judiciaires ; que la limitation est justifiée par l'objet du marché ; que les modalités de mise en œuvre de cette limitation sont précisées, l'attribution des lots se faisant dans l'ordre d'importance de la volumétrie ;

Vu la décision du 1<sup>er</sup> octobre 2012 par laquelle le président du tribunal a désigné M. Camenen dans les fonctions de juge des référés ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu le code des marchés publics ;

Vu le code de la sécurité intérieure ;

Vu le décret n° 97-109 du 6 février 1997 relatif aux conditions d'agrément des personnes habilitées à procéder à des identifications par empreintes génétiques dans le cadre d'une procédure judiciaire ou de la procédure extrajudiciaire d'identification des personnes décédées ;

Vu le code de justice administrative ;

Les parties ayant été régulièrement convoquées à l'audience ;

Après avoir présenté son rapport et entendu au cours de l'audience publique qui s'est tenue le 11 octobre 2012 à 14 heures 30 :

-les observations de Me Antoine, pour le l'IGNA, qui reprend l'argumentation développée dans la requête ;

-les observations de M. Michel, pour la garde des sceaux, ministre de la justice, qui reprend l'argumentation développée dans son mémoire en défense ;

N° 1217195/3

4

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. Le juge est saisi avant la conclusion du contrat » ; qu'aux termes de l'article L. 551-2 : « 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 » ; qu'aux termes de l'article L. 551-3 : « Le président du tribunal administratif ou son délégué statue en premier et dernier ressort en la forme des référés » ; qu'aux termes de l'article L. 551-4 : « Le contrat ne peut être signé à compter de la saisine du tribunal administratif et jusqu'à la notification au pouvoir adjudicateur de la décision juridictionnelle » ; qu'aux termes de l'article L. 551-10 : « 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, ainsi que le représentant de l'État dans le cas où le contrat doit être conclu par une collectivité territoriale ou un établissement public local (...) » ; qu'aux termes de l'article R. 551-5 du code de justice administrative : « Le président du tribunal administratif ou le magistrat qu'il délègue statue dans un délai de vingt jours sur les demandes qui lui sont présentées en vertu des articles L. 551-1 et L. 551-5. Le juge ne peut statuer avant le seizième jour à compter de la date d'envoi de la décision d'attribution du contrat aux opérateurs économiques ayant présenté une candidature ou une offre. Ce délai est ramené au onzième jour lorsque le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice justifie que la décision d'attribution du contrat a été communiquée par voie électronique à l'ensemble des opérateurs économiques intéressés. Dans le cas des demandes présentées avant la conclusion de contrats mentionnés au premier alinéa de l'article L. 551-15, le juge ne peut statuer avant le onzième jour à compter de la publication de l'intention de conclure le contrat » ; qu'en vertu de ces dispositions, 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 ;

2. Considérant que le ministère de la justice a lancé une consultation, selon la procédure adaptée prévue par les articles 28 et 30 du code des marchés publics, pour la passation d'un marché d'analyse de prélèvements biologiques effectués sur les individus aux fins d'enregistrement de leur profil génétique dans le fichier national automatisé des empreintes génétiques (FNAEG) ; que les identifications par empreintes génétiques dans le cadre d'une procédure judiciaire ne pouvant être réalisées que par les personnes justifiant d'un agrément au sens du décret du 6 février 1997 susvisé, le ministère de la justice a mis en ligne, par voie informatique, le dossier de consultation des entreprises le 8 juin 2012 et en a informé les treize laboratoires disposant de cet agrément, au nombre desquels figure le requérant ; que le marché a été scindé en trois lots géographiques, les soumissionnaires ne pouvant se voir attribuer plus d'un lot, ainsi qu'il a été prévu par le règlement particulier de la consultation ; que la limite de remise des plis ayant été fixée au 6 juillet 2012, six opérateurs se sont portés candidats ; que le requérant

n'a soumissionné que pour le lot n° 1 ; qu'au regard des critères et sous-critères d'attribution prévus par les dispositions de l'article 7 du règlement de la consultation, il a été proposé d'attribuer le lot n° 1 à l'INPS et le lot n° 2 au laboratoire Biomnis ; que le lot n° 2 a été déclaré sans suite ; que par la présente requête, l'IGNA demande au juge des référés, statuant sur le fondement des dispositions précitées des articles L. 551-1 et suivants du code de justice administrative, à titre principal, d'annuler la procédure d'attribution du lot n° 1 et d'enjoindre à l'Etat de la reprendre au stade de l'analyse des offres et, à titre subsidiaire, d'annuler en totalité la procédure de passation du marché public litigieux ;

Sur les conclusions à fin d'annulation de la procédure d'attribution du lot n° 1 :

En ce qui concerne la violation des articles 80 et 83 du code des marchés publics :

3. Considérant qu'aux termes de l'article 80 du code des marchés publics : « I.-1° Pour les marchés et accords-cadres passés selon une procédure formalisée autre que celle prévue au II de l'article 35, le pouvoir adjudicateur, dès qu'il a fait son choix pour une candidature ou une offre, notifie à tous les autres candidats le rejet de leur candidature ou de leur offre, en leur indiquant les motifs de ce rejet (...) » ; qu'aux termes de l'article 83 du même code : « Le pouvoir adjudicateur communique à tout candidat écarté qui n'a pas été destinataire de la notification prévue au 1° du I de l'article 80 les motifs du rejet de sa candidature ou de son offre dans les quinze jours de la réception d'une demande écrite à cette fin (...) » ;

4. Considérant que si l'IGNA ne peut être regardé comme ayant été informé des motifs du rejet de son offre par la lettre du ministère de la justice qui lui a été adressée le 13 septembre 2012, ces motifs lui ont cependant été suffisamment précisés par une seconde lettre du 25 septembre 2012, faisant suite à sa propre demande du 14 septembre 2012, et indiquant le détail de la notation de sa proposition, le nom du candidat retenu, le montant de son offre, la notation de celle-ci au regard des critères de la consultation, ainsi que des éléments de comparaison entre elles ; que le requérant n'est pas fondé à soutenir qu'il n'a pas été suffisamment informé des motifs du rejet de son offre ; que ces informations, qui répondent aux prescriptions de l'article 83 du code des marchés publics, ont permis au requérant de contester utilement son éviction devant le juge du référé précontractuel ; qu'à supposer que l'information qui lui a été fournie sur le fondement de l'article 80 ait été insuffisante, aucun manquement à ses obligations de publicité et de mise en concurrence ne peut être reproché à ce titre au ministère de la justice ; que le moyen manqué en fait et doit être rejeté ;

En ce qui concerne la violation du principe de liberté de la concurrence et des dispositions de l'article 55 du code des marchés publics :

5. Considérant qu'aux termes de l'article 55 du code des marchés publics : « Si une offre paraît anormalement basse, le pouvoir adjudicateur peut la rejeter par décision motivée après avoir demandé par écrit les précisions qu'il juge utiles et vérifié les justifications fournies (...) » ;

6. Considérant qu'à l'appui de sa requête, l'IGNA soutient que le critère financier, qui a reçu une pondération de 55/100 dans le règlement particulier de la consultation, a été prépondérant pour départager les candidats et que si l'INPS, qui a été retenu, a obtenu 53 points à ce titre, contre 39,76 points pour le requérant, cette différence s'explique par le fait que cet établissement public a proposé un prix anormalement bas, cette proposition ayant été rendue possible dès lors qu'il est financé principalement par des fonds publics ; que toutefois, l'administration relève, sans être sérieusement contestée, que le candidat classé en deuxième position pour l'attribution du lot n° 1 a proposé un prix compris entre 15,5 euros à 14 euros HT

par analyse, contre 13,75 euros HT pour l'INPS ; que si l'estimation préalable du coût des prestations pour le lot n° 1 s'élevait à la somme de 1 356 264 euros TTC pour 69 000 analyses, alors que la proposition de l'INPS était seulement de 1 109 947,80 euros TTC, et si la proposition du laboratoire IGNA était d'environ 50 % plus élevée que celle de l'INPS, cette double circonstance ne suffit toutefois pas à établir l'existence d'une erreur manifeste d'appréciation du pouvoir adjudicateur en ce qui concerne le caractère anormalement bas de l'offre retenue ; qu'au surplus, l'INPS a fourni, à la demande du pouvoir adjudicateur, des éléments concernant la décomposition et la réalité de ses prix unitaires, lesquelles comprennent notamment des dépenses de personnel et de fonctionnement ; que si les consommables analytiques, dont le coût unitaire est évalué par l'INPS à 10,46 euros HT, doivent faire l'objet d'un marché passé conjointement par l'INPS et la direction générale de la gendarmerie nationale, cette circonstance ne permet pas d'établir que le prix proposé par cet établissement public n'aurait pas été déterminé en prenant en compte l'ensemble des coûts directs et indirects concourant à la formation du prix de la prestation objet du contrat et qu'il aurait bénéficié, pour déterminer ce prix, d'un avantage découlant des ressources ou des moyens qui lui sont attribués au titre de sa mission de service public ; que par suite, sans qu'il soit besoin de demander à l'INPS de justifier du prix proposé par lui par des documents comptables ou tout autre moyen d'information approprié, il ne résulte pas de l'instruction qu'en ne rejetant pas l'offre retenue comme anormalement basse, le pouvoir adjudicateur aurait entaché sa décision d'une erreur manifeste d'appréciation ni, dès lors, méconnu le principe d'égalité entre les candidats et de libre concurrence et manqué à ses obligations de mise en concurrence ;

Sur les conclusions à fin d'annulation de l'ensemble de la procédure de passation du marché public :

En ce qui concerne la recevabilité des conclusions dirigées contre la procédure de passation des lots n° 2 et 3 :

7. Considérant que si l'IGNA ne s'est porté candidat que pour l'un des lots du marché litigieux, il conteste devant le juge des référés la partie commune de la procédure de passation du marché alloti ; que, par suite, il y a lieu d'admettre la recevabilité de ses conclusions tendant à l'annulation de l'ensemble de la procédure de passation de ce marché ;

En ce qui concerne la violation des dispositions de l'article 53 du code des marchés publics :

8. Considérant qu'aux termes de l'article 53 du code des marchés publics : « I.-Pour attribuer le marché au candidat qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, le pouvoir adjudicateur se fonde : 1° Soit sur une pluralité de critères non discriminatoires et liés à l'objet du marché, notamment la qualité, le prix, la valeur technique, le caractère esthétique et fonctionnel, les performances en matière de protection de l'environnement, les performances en matière de développement des approvisionnements directs de produits de l'agriculture, les performances en matière d'insertion professionnelle des publics en difficulté, le coût global d'utilisation, les coûts tout au long du cycle de vie, la rentabilité, le caractère innovant, le service après-vente et l'assistance technique, la date de livraison, le délai de livraison ou d'exécution, la sécurité d'approvisionnement, l'interopérabilité et les caractéristiques opérationnelles. D'autres critères peuvent être pris en compte s'ils sont justifiés par l'objet du marché ; 2° Soit, compte tenu de l'objet du marché, sur un seul critère, qui est celui du prix (...) » ; que ces dispositions, applicables aux marchés passés selon une procédure adaptée prévue par les dispositions des articles 28 et 30 du code des marchés publics, laissent à la collectivité publique le choix des critères d'attribution du marché qu'elle entend retenir dès lors que ces

critères sont justifiés par l'objet du marché et permettent d'identifier l'offre économiquement la plus avantageuse ;

9. Considérant, d'une part, qu'il résulte de l'instruction, en particulier des dispositions du 7 du règlement particulier de la consultation du marché public litigieux, que la limitation à un seul du nombre de lots susceptibles d'être attribués à un candidat doit être regardé, non comme une condition de recevabilité des candidatures, mais comme un critère de jugement des offres, lequel doit répondre aux conditions prévues par les dispositions précitées de l'article 53 du code des marchés publics ;

10. Considérant, d'autre part, qu'alors même qu'il permet l'accès d'une pluralité d'opérateurs à la commande publique, un tel critère est sans rapport avec la détermination de l'offre économiquement la plus avantageuse au sens de ce texte ; qu'en outre, il ne résulte pas de l'instruction qu'un tel critère soit justifié par l'objet du marché, en particulier la nécessité d'assurer la sécurisation des approvisionnements dans le cadre de procédures judiciaires, dès lors notamment qu'il n'est pas établi, ni même allégué, que ce marché, attribué en 2009 à l'IGNA sur la totalité du territoire national, soulèverait des difficultés d'exécution particulières, en particulier en ce qui concerne le respect des délais d'analyse des prélèvements ; que par suite, l'IGNA est fondé à soutenir que la limitation à un seul du nombre des lots susceptibles d'être attribués à un candidat a méconnu les dispositions précitées de l'article 53 du code des marchés publics ; qu'un tel manquement doit être regardé comme ayant lésé le requérant, dès lors que le critère litigieux l'a conduit à ne se porter candidat qu'à l'un des trois lots de ce marché, le plus important quantitativement ; que dans ces conditions, l'IGNA est fondé à demander l'annulation de l'ensemble de la procédure de passation de ce marché ;

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

11. Considérant qu'il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de condamner l'Etat à verser à l'IGNA la somme de 1 500 euros au titre des frais exposés par lui et non compris dans les dépens ;

ORDONNE :

Article 1<sup>er</sup> : La procédure de passation du marché de prestations d'analyses de prélèvements biologiques effectués sur les individus en vue de l'enregistrement de leur profil génétique dans le fichier national automatisé des empreintes génétiques est annulée en totalité.

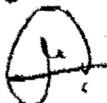
Article 2 : L'Etat est condamné à verser la somme de 1 500 euros à l'IGNA sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : Le surplus des conclusions de la requête de l'IGNA est rejeté.

Article 4 : La présente ordonnance sera notifiée à l'Institut de Génétique Nantes Atlantique, à l'Institut National de Police Scientifique, au laboratoire Biohnis et à la garde des sceaux, ministre de la justice.

Fait à Paris, le 17 octobre 2012.

Le juge des référés,



G. CAMENEN

Le greffier,



I. BEDR

La République mande et ordonne à la garde des sceaux, ministre de la justice, en ce qui la concerne et 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 ordonnance.

TRIBUNAL ADMINISTRATIF  
DE PARIS

N° 1301007/ 7-4

---

Société Protim  
c/  
Paris Habitat OPH

---

M. Bernier  
Juge des référés

---

Audience du 6 février 2013  
Ordonnance du 11 février 2013

---

39-08-015-01  
C

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Le juge des référés

Vu la requête, enregistrée le 24 janvier 2013, présentée pour la société Protim dont le siège social est sis 320 rue Hélène Boucher, BP 320 à Buc (78350), par Me Palmier ; la société Protim demande au juge des référés, saisi sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative :

- d'annuler les décisions par laquelle Paris Habitat OPH a rejeté l'offre de la société Protim et lui a préféré celle de la société Durus pour le lot n°4 du marché d'installation, de location, d'entretien de portes, de fenêtres et de panneaux métalliques ;

- d'enjoindre à Paris Habitat OPH, à titre principal, d'éliminer l'offre de la société Durus comme non-conforme et de reprendre la procédure au stade de l'attribution des lots ; à titre subsidiaire de reprendre la procédure au stade de la passation des lots ; à titre infiniment subsidiaire de reprendre la procédure de passation dans des conditions conformes aux dispositions législatives et réglementaires en vigueur ;

- de condamner Paris Habitat OPH à lui verser la somme de 5 000 euros au titre des frais exposés et non compris dans les dépens ;

La société Protim expose que, par avis d'appel public à la concurrence publié le 26 octobre 2012, Paris Habitat OPH a lancé une procédure d'appel d'offres ouvert en vue d'assurer l'installation, la location, et l'entretien de portes, de fenêtres et de panneaux métalliques sur une partie de son patrimoine immobilier ; que le marché était alloté en cinq lots géographiques ; que le règlement de la consultation prévoyait que chaque candidat ne pourrait pas se voir attribuer plus de trois lots ; que son offre au titre du lot n°4 a été rejetée alors que celle de la société Durus lui a été préférée ; qu'elle conteste cette décision ;

La société Protim soutient que la société Durus, créée le 6 novembre 2012 et dont les statuts ont été officiellement enregistrés le 6 décembre, soit moins d'un mois avant la date limite de remise des offres, n'était pas en mesure de produire les documents requis par les documents de consultation portant sur les chiffres d'affaires des trois derniers exercices disponibles, ni le moindre document bancaire attestant ses capacités financières, ni de justifier de prestations en rapport avec l'objet du marché, ni de fournir les informations relatives à ses moyens matériels et humains, ni l'attestation d'assurance professionnelle en cours de validité exigée par les documents de la consultation ; qu'elle ne pouvait pas davantage produire des documents équivalents ;

Vu le mémoire, enregistré le 4 février 2013, présenté par Paris-Habitat OPH par Me Lafay (cabinet de Castelnau) qui conclut au rejet de la requête et demande au juge des référés précontractuels de condamner la requérante à lui verser la somme de 3 000 euros au titre des frais exposés et non compris dans les dépens ;

Paris Habitat OPH rappelle que la société Durus, nouvellement créée, est composée d'anciens cadres et salariés de la société VPS récemment rachetée en 2011 par la société Sitex ;

Paris Habitat soutient que la société Durus avait fourni toutes les pièces nécessaires pour que sa candidature soit recevable ; que dans le cas d'un appel d'offres ouvert, le pouvoir adjudicateur ne peut éliminer que ceux des candidats qui ne disposeraient manifestement pas des capacités pour exécuter le marché ; que le décret du 30 décembre 2005 énumère les pièces et documents ou leurs équivalents qu'un candidat est amené à produire pour justifier de ses capacités financières ; que le pouvoir adjudicateur peut apprécier avec souplesse les références et attestations d'entreprises de création récente ou en cours de constitution ; que, sur l'appréciation portée par le pouvoir adjudicateur, le juge n'exerce qu'un contrôle restreint ; que, dans le cas d'espèce, la société Durus a fourni toutes les pièces susceptibles d'être produites par une entreprise de création récente ; que faute par définition de justificatifs de chiffre d'affaires, elle justifie d'un capital social suffisant, d'un compte en banque, d'une attestation de garantie et d'une assurance ; que ses dirigeants, cadres et employés, issus de la société VPS sont expérimentés et connus de l'office ; qu'elle dispose d'une implantation et d'un stock de matériel ; qu'elle a travaillé pour une autre société ; que le choix n'est pas entaché d'erreur manifeste d'appréciation ;

Vu le mémoire, enregistré le 5 février 2013 présenté pour la société Durus par Me Musset qui conclut au rejet de la requête et demande au juge des référés de condamner la société Protim à lui verser la somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

La société Durus soutient qu'elle s'est constituée le 3 octobre 2012 et non le 6 décembre ; qu'elle justifie d'un compte bancaire ; que son capital s'élève à 150 000 euros ; qu'elle est contrôlée par la société britannique Durus Security Ltd, elle-même bien établie ; que la société Protim ne saurait se fonder sur les informations figurant sur l'extrait KBIS pour lui dénier toute compétence pour exécuter le marché ; que la société Durus justifie de six employés et que ses effectifs ont vocation à évoluer ; qu'elle dispose d'un entrepôt et d'un stock ;

Vu le mémoire enregistré le 5 février 2013 présenté par la société Protim qui conclut aux mêmes fins que la requête ;

La société Protim soutient que la seule production des documents exigés par les documents de la consultation n'établit pas en elle-même que les candidats ont les capacités requises et qu'il incombe au pouvoir adjudicateur d'apprécier ces capacités au vu des documents, ce que Paris Habitat s'est abstenu de faire ; qu'en l'espèce, la société Durus n'est pas en mesure de produire le moindre document équivalent à ceux exigés ; que son attestation d'assurance, conditionnelle, n'est pas valide ; que la société Durus qui a déposé son dossier le 5 décembre ne peut y avoir joint une pièce datée du 6 ; que la promesse de garantie d'un courtier d'assurance ne saurait tenir lieu de police d'assurance ; que les documents financiers sont imprécis et non probants ; que la société Durus n'a pas justifié de moyens matériels et humains affectés au marché, l'existence du dépôt et du matériel alléguée présentant un caractère hypothétique ; que les moyens de transports ne sont pas précisés ;

La société Protim soutient, en second lieu, que l'article 6.5 du règlement de la consultation qui prévoit qu'aucun candidat ne pourra se voir attribuer plus de trois lots viole l'article 53 du code des marchés publics qui dispose que le marché doit être attribué au candidat qui aura présenté l'offre économiquement la plus avantageuse ;

La société Protim soutient, en troisième lieu, que la limitation du nombre des lots doit être regardée non comme une condition de recevabilité des candidatures mais comme un critère de jugement des offres ; que le pouvoir adjudicateur n'a pas indiqué la pondération ou la hiérarchisation de ce critère d'attribution ;

Vu le mémoire, enregistré le 5 février 2013, présenté pour Paris Habitat OPH qui conclut au rejet de la requête et demande au juge des référés de mettre à la charge de la requérante la somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Paris Habitat soutient que contrairement à ce que soutient la société Protim, rien ne fait obstacle à ce qu'une société nouvellement créée puisse participer à un appel d'offres ; que dans cette hypothèse les documents à produire sont appréciés avec souplesse en vue de permettre à la société nouvellement créée de concourir ; que s'agissant de l'attestation d'assurance, la société Durus justifie avoir entrepris toutes les démarches pour l'obtenir ; qu'une attestation d'assurance peut refléter les capacités financières d'un candidat ; qu'en outre la société Durus possède un capital social nettement plus important que celui de la requérante ; que son actionnaire dispose d'une surface financière suffisante ; que s'agissant de ses moyens matériels et humains, les informations fournies par Durus ne sont pas moins crédibles que celles fournies par Protim ;

Paris Habitat soutient, s'agissant de la limitation du nombre des lots susceptibles d'être attribués à un même candidat, que la société requérante ne peut pas utilement invoquer la méconnaissance des articles 10 et 53 du code des marchés publics dès lors que le marché litigieux a été passé sur le fondement de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 et de son décret d'application n° 2005-1742 du 30 décembre 2005 ; que le principe de l'allotissement ne s'applique pas aux offices publics de HLM ; que quand il décide d'allotir, aucune règle relative au nombre de lots susceptibles d'être attribués à un même candidat ne s'applique à lui ; que même lorsque le code des marchés publics s'applique, le pouvoir adjudicateur peut limiter le nombre de lots attribué à un même candidat ; que cette restriction à la liberté d'accès à la commande publique doit être justifiée par des motifs sérieux liés à l'objet ou aux conditions d'exécution du marché ; qu'elle a été validée par la jurisprudence et sera confortée par la prochaine directive communautaire ; que Paris Habitat soutient que le juge n'exerce qu'un contrôle restreint sur l'allotissement ; qu'en l'espèce Paris habitat disposait de l'entière liberté d'allotir ou de ne pas allotir ; qu'il avait informé les candidats des modalités de l'allotissement ; que les lots sont répartis sur un très vaste secteur géographique ; que le nombre de logements est extrêmement important ; que le montant du marché est substantiel ; que les titulaires des lots sont soumis à une obligation d'astreinte et d'intervention dans des délais très rapides ;

Vu le mémoire enregistré le 6 février 2013 présenté par la société Durus qui conclut aux mêmes fins que son précédent mémoire ;

La société Durus soutient que la circonstance que le contrat d'assurance puisse prendre effet postérieurement à la date de dépôt des offres n'a pas d'incidence sur sa validité ; que le relevé d'identité bancaire de HSBC, l'attestation d'assurances et les pièces constitutives du dossier adressés au courtier d'assurances reflétaient les capacités financières de l'entreprise ; que l'existence des moyens matériels est établie ; que pour le surplus, s'agissant de l'allotissement, elle s'en remet aux écritures de Paris Habitat ;

Vu le mémoire, enregistré le 6 février 2013 présenté par la société Protim qui conclut aux mêmes fins que la requête par les mêmes moyens ;

La société Protim maintient que la promesse d'assurance, qui n'est pas équivalent à une assurance effective, n'est pas probante ; qu'il en va de même des documents bancaires ; que le capital social de l'entreprise, même substantiel, ne saurait être regardé comme une source de financement ; que les moyens techniques ne sont pas justifiés ; que les exigences particulières qui justifiaient le recours à l'allotissement devaient au contraire conduire Paris Habitat à éliminer la candidature de la société Durus ;

Vu les pièces produites et jointes au dossier ;

Vu 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 ;

Vu le décret n°2005-1742 du 31 décembre 2005 fixant les règles applicables aux marchés passés par les pouvoirs adjudicateurs mentionnés à l'article 3 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 ;

Vu l'arrêté du 28 août 2006 fixant la liste des renseignements et des documents pouvant être demandés aux candidats aux marchés passés par les pouvoirs adjudicateurs ;

Vu le code de justice administrative ;

Vu la décision par laquelle le président du tribunal a désigné M. Bernier, premier conseiller, comme juge des référés ;

Les parties ayant été régulièrement averties du jour de l'audience publique, fixée le 6 février 2013 à 11 h 45 ;

Après avoir, au cours de l'audience publique du 6 février 2013 à 12 h 30, présenté son rapport et entendu :

- les observations de Me Palmier, pour la société Protim, qui conclut aux mêmes fins que la requête par les mêmes moyens ; il souligne que la société Protim ne conteste pas par principe l'accès à la commande publique d'une société nouvellement créée mais le traitement de faveur réservé par Paris Habitat à un candidat qui ne pouvait qu'avoir présenté un dossier incomplet et qui ne justifiait pas de sa capacité financière et matérielle ; que le certificat de garantie d'assurance produit ne correspondait pas à une assurance effective ; que, pas plus que le relevé d'identité bancaire, il n'établissait pas la capacité financière de la société Durus ; que

cette société ne peut pas davantage se prévaloir de son capital social qui ne lui permet pas de financer ses activités et ne peut être utilisé pour alimenter sa trésorerie ; que le certificat d'Osica n'est pas probant et n'a été produit que pour les besoins de la cause ; que si Durus fait état d'un entrepôt et d'un stock de matériel, elle ne justifie pas qu'elle dispose de véhicules ; que les moyens matériels doivent être appréciés au jour du dépôt de la demande et non au commencement de l'exécution du marché ; que la limitation du nombre des lots n'est pas justifiée par l'objet du marché ; que la limitation du nombre des lots étant un critère de jugement des offres, elle devait figurer parmi les éléments de notation ;

- les observations de Me Lafay pour Paris Habitat OPH qui conclut au rejet de la requête ; il souligne que s'agissant des capacités de la société Durus, les critiques de Protim, comme celles de la société Sitex dans la requête également jugée ce jour, révèlent une action concertée d'opérateurs historiques qui se serrent les coudes pour faire obstacle à l'émergence d'un nouvel intervenant ; que, dans le cadre d'un appel d'offres ouvert, l'office n'a pas à sélectionner les meilleurs candidats au stade du dépôt des candidatures mais à s'assurer que les capacités des candidats ne sont manifestement pas insuffisantes pour assurer les prestations requises ; qu'une société naissante comme Durus ne pouvait être écartée au motif qu'elle est de création récente ; que, s'agissant d'une entreprise en cours de constitution, l'exigence de documents doit être interprétée avec discernement ; qu'en l'espèce, un capital social important révélant que la nouvelle société est adossée à une entreprise solide et une attestation émanant de l'un des courtiers en assurance les plus en vue suffisaient à inspirer confiance ; qu'en tout état de cause Durus ne pouvait pas produire plus de documents qu'elle ne l'a fait ; que les capacités professionnelles des employés de Durus, anciens salariés de VPS, ne sont pas contestables ; que les moyens matériels sont suffisants pour garantir l'exécution de prestations sur le secteur nord-ouest, le moins étendu des lots ; que s'agissant de l'allotissement, aucune disposition législative ou réglementaire ne s'oppose à la limitation du nombre de lots ; que, sur ce point, la jurisprudence est encore hésitante ; que dans le cas d'espèce, Paris Habitat s'est fondé sur l'importance du marché tant au regard de son montant que du nombre de logements en cause, sur la dispersion géographique des immeubles et sur les délais d'intervention ; que depuis la reprise de la société VPS par Sitex, un certain nombre d'incidents ont amené l'office à estimer que des aires d'intervention plus réduites étaient seules à même de garantir la réactivité exigée des titulaires ; qu'enfin l'appréciation des mérites des candidats, elle échappe au juge des référés précontractuels ;

- les observations de Me Roumieu, pour la société Durus qui conclut au rejet de la requête ; s'agissant des capacités de l'entreprise Durus, elle souligne que le secteur en cause est dominé par la société Sitex qui a récemment fusionné avec VPS, titulaire du marché précédent ; que certains cadres dirigeants de VPS ont alors décidé de créer leur propre entreprise en s'adossant à un partenaire britannique, la société Durus Security Ltd qui leur a assuré les financements nécessaires ; que si la société est de création très récente, son équipe dirigeante peut se prévaloir d'une expérience qui n'est pas contestée par ses adversaires ; que sa parfaite connaissance du milieu lui a permis de présenter sa candidature à des marchés dans les semaines qui ont suivi sa création et de travailler avec Osica, une filiale de la caisse des dépôts qui gère 60 000 logements en Ile de France ; que l'attestation d'assurance ne présente

pas le caractère d'une promesse dont la réalisation relèverait de l'hypothèse, mais constitue une garantie sûre et certaine ; que les effectifs sont suffisants pour un secteur géographique de taille réduite, qu'elle dispose d'un entrepôt, de matériel et de véhicules de transport ; que s'agissant de la limitation du nombre des lots, elle s'en remet aux observations de Paris Habitat ;

La clôture de l'instruction ayant été prononcée au terme de l'audience publique ;

Ayant pris connaissance de la note en délibéré, commune aux requêtes n° 1301007 et 1301096, enregistrée le 7 février 2013, présentée pour la société Durus qui justifie de l'existence de moyens de transports affectés au marché qui lui a été attribué ;

Ayant pris connaissance de la note en délibéré, enregistrée le 8 février 2013, présentée pour la société Protim, qui fait valoir que la société Durus qui n'a signé que le 4 février 2013 des contrats de location de véhicules ne disposait pas à la date de remise des offres des véhicules nécessaires à l'exécution du contrat ; qu'il incombait à Durus de justifier qu'elle disposait effectivement de l'entrepôt et du matériel qu'elle entendait affecter au marché ;

Ayant pris connaissance de la note en délibéré, commune aux requêtes n° 1301007 et 1301096, enregistrée le 8 février 2013 présentée pour la société Durus qui produit le contrat d'assurance en cours de validité valable du 1<sup>er</sup> décembre 2012 au 31 décembre 2013 ;

Ayant pris connaissance de la note en délibéré, enregistrée le 11 février 2011, présentée par la société Protim qui fait valoir que le juge des référés ne saurait prendre en compte une attestation d'assurance datée du 8 février 2013 alors que la société Durus devait être en règle à la date de remise des offres ;

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. Le juge est saisi avant la conclusion du contrat »* ; qu'en application de ces dispositions, il appartient 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 ;

2. Considérant que, par un avis d'appel public à la concurrence publié le 31 octobre 2012, Paris Habitat OPH a engagé une procédure d'appel d'offres ouvert tendant à l'attribution d'un marché portant sur des services d'installation, de location, d'entretien de portes, fenêtres et panneaux métalliques de sécurité à réaliser au fur et à mesure des besoins sur une partie du patrimoine immobilier de l'office ; que les prestations étaient réparties en cinq lots géographiques qui devaient donner lieu à l'établissement de marchés distincts ; que par lettre du 15 janvier 2013, Paris Habitat OPH a informé la société Protim que ses offres avaient été écartées pour l'ensemble des lots ; que la société Protim demande au juge des référés, saisi sur le fondement des dispositions précitées de l'article L. 551-1 de justice administrative, d'annuler la procédure ayant conduit à l'attribution du lot n°4 (Nord-Ouest) à la société Durus ;

Sur le caractère incomplet du dossier de candidature de la société Durus :

3. Considérant qu'aux termes des dispositions du I de l'article 17 du décret susvisé du 31 décembre 2005 : « *Le pouvoir adjudicateur ne peut exiger des candidats que des renseignements permettant d'évaluer leur expérience, leurs capacités professionnelles, techniques et financières (...) / La liste de ces renseignements et documents est fixée par arrêté du ministre chargé de l'économie /... Si le candidat est objectivement dans l'impossibilité de produire, pour justifier de sa capacité financière, l'un des renseignements ou documents prévus par l'arrêté mentionné au deuxième alinéa et demandés par le pouvoir adjudicateur, il peut prouver sa capacité par tout autre document considéré comme équivalent par le pouvoir adjudicateur* » ; qu'aux termes du I de l'article 23 du même décret : « *I. Les candidats (...) qui, le cas échéant après mise en œuvre des dispositions du premier alinéa, produisent des dossiers de candidatures ne comportant pas les pièces mentionnées à l'article 17, ne sont pas admis à participer à la suite de la procédure de passation du marché* » ;

4. Considérant qu'aux termes des dispositions de l'article 1<sup>er</sup> de l'arrêté du 28 août 2006 susvisé, pour apprécier la capacité financière des candidats « *...le pouvoir adjudicateur ne peut demander, en application de l'article 17 du décret du 30 décembre 2005 susvisé, que le ou les renseignements et le ou les documents suivants : /- déclaration concernant le chiffre d'affaires global et le chiffre d'affaires concernant les fournitures, services ou travaux objet du marché, réalisés au cours des trois derniers exercices disponibles ; /- déclaration appropriée de banques ou preuve d'une assurance pour les risques professionnels ; /- bilans ou extraits de bilans, concernant les trois dernières années, des opérateurs économiques pour lesquels l'établissement des bilans est obligatoire en vertu de la loi* » ;

5. Considérant qu'il résulte de l'article 4-1-1 du règlement de la consultation que pour apprécier la capacité financière des candidats au marché litigieux, Paris Habitat OPH leur avait demandé de produire « *I. Le chiffre d'affaires concernant les services objet du marché réalisés au cours des trois derniers exercices disponibles ...6 (des) attestations d'assurance en cours de validité* » : qu'il résulte des dispositions précitées de l'article 17 du décret du 31

décembre 2005 que lorsqu'une société en cours de formation ou de création récente est dans l'impossibilité de produire pour justifier de sa capacité financière des documents ou renseignements prévus par l'arrêté du 28 août 2006, elle peut prouver sa capacité par tout autre document considéré comme équivalent par le pouvoir adjudicateur ; qu'en l'espèce, la société Durus ayant été créée en octobre 2012 et officiellement immatriculée le 6 novembre 2012, c'est à bon droit que Paris Habitat OPH n'a pas exigé d'elle qu'elle justifie de son chiffre d'affaires réalisés au cours des trois derniers exercices ; que l'attestation d'obtention de garanties « responsabilité civile exploitation » et « responsabilité civile professionnelle » pour un montant de 8,5 millions d'euros par année d'assurance établie le 6 décembre 2012 par le courtier d'assurances Verspieren, jointe au dossier de candidature déposé le même jour et confirmée ultérieurement par une attestation précisant que l'assurance était valable du 1<sup>er</sup> décembre 2012 au 31 décembre 2013 constituait la « *preuve d'une assurance pour les risques professionnels* » qui pouvait être exigée en vertu de l'article 1<sup>er</sup> de l'arrêté du 28 août 2006 ; qu'en l'absence d'autre élément d'ordre financier susceptible d'être produit, la société Durus pouvait utilement faire état à l'appui de sa candidature de l'augmentation très récente de son capital social, porté à 150 000 euros, établissant qu'elle était adossée à la société britannique Durus Security Ltd ;

6. Considérant qu'il résulte de l'article 4-1-1 du règlement de la consultation que pour apprécier la capacité professionnelle et technique des candidats au marché litigieux, Paris Habitat OPH leur avait demandé de produire : « 3. *Une présentation d'une liste des prestations en rapport avec l'objet de la consultation et d'autres références / 4. L'effectif global de l'entreprise et la présentation des moyens techniques et humains / 5. Des certificats de qualification professionnelle, des certificats de qualité ou d'autres références équivalentes* » ; que la société Durus étant, comme il a été dit précédemment, de création très récente, c'est à bon droit que Paris Habitat n'a pas exigé d'elle qu'elle justifie de ses prestations antérieures, ou qu'elle produise des certificats ou des références qu'elle était dans l'incapacité matérielle de fournir ; que le document de présentation joint au dossier de candidature faisait état avec une précision suffisante de l'effectif de l'entreprise et de ses moyens matériels et humains ; qu'il ne résulte pas des dispositions du règlement de la consultation que les candidats étaient tenus de joindre à cette présentation générale les justificatifs détaillés des informations qui y figuraient, et notamment ceux relatifs à la location de l'entrepôt, à l'état des stocks et à la possession effective de moyens de transport ; que Paris Habitat n'était pas tenu de procéder d'emblée à une vérification approfondie des informations contenues dans ce document, dès lors qu'elles correspondaient à ce qui peut être raisonnablement attendu d'une entreprise de création récente opérant sur ce secteur d'activité, et qu'elles n'étaient entachées d'aucune contradiction ou invraisemblance ; que Paris Habitat n'ayant pas invité ses concurrents à produire les justifications supplémentaires qu'elle n'avait demandé à la société Durus, la société Protim n'est pas fondée en toute hypothèse à soutenir que le principe d'égalité de traitement des candidats aurait été méconnu ;

7. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que c'est à bon droit que Paris Habitat OPH a admis la société Durus à participer à la suite de la procédure de passation du marché en application des dispositions précitées du I de l'article 23 du décret du 31 décembre 2005 ;

Sur les capacités professionnelles techniques et financières de la société Durus :

8. Considérant qu'aux termes des dispositions du II de l'article 17 du décret susvisé du 31 décembre 2005 : *« Les candidatures qui n'ont pas été écartées en application des dispositions du I du présent article sont examinées au regard des niveaux de capacités professionnelles, techniques et financières mentionnées dans l'avis d'appel à concurrence ou, en l'absence d'un tel avis, dans le règlement de la consultation. Les candidatures qui ne satisfont pas à ces niveaux de capacité sont éliminées. / L'absence de références relatives à l'exécution de marchés de même nature ne peut justifier l'élimination d'un candidat et ne dispense pas le pouvoir adjudicateur d'examiner les capacités professionnelles, techniques et financières des candidats »*

9. Considérant qu'il ressort du document de présentation joint au dossier de candidature que la société Durus est composée de cadres dirigeants et d'agents de la société VPS, titulaire du marché en cours, qui l'ont quittée au moment de sa fusion avec la société Sitex ; que les capacités professionnelles et l'expérience de ces responsables, connus de Paris Habitat OPH, ne sont pas contestées par la requérante ; qu'ainsi qu'il a été dit précédemment, la société française Durus Sécurité SAS est adossée financièrement à la société britannique Durus Security Ltd qui l'assiste dans la phase de démarrage de ses activités ; qu'il n'est pas sérieusement contesté que Durus dispose d'un dépôt de 400 m<sup>2</sup> situé à Gennevilliers dans la zone Nord-Ouest constituant le lot n°3 et d'un stock de matériel ; que la circonstance qu'à la date de remise des offres la société Durus ne disposait pas encore des fourgonnettes de transport qu'elle a ultérieurement louées est insuffisante pour qu'il soit possible d'en déduire que l'attributaire du lot aurait des difficultés à exécuter les prestations du marché ; qu'ainsi, au vu des éléments dont il était saisi, Paris Habitat OPH a pu estimer que la société Durus satisfaisait aux niveaux de capacités professionnelles, techniques et financières exigés par les documents de consultation ; que c'est dès lors, à bon droit, qu'il n'a pas éliminé sa candidature en application des dispositions précitées du II de l'article 23 du décret du 31 décembre 2005 ;

Sur la limitation du nombre des lots :

10. Considérant que ni l'ordonnance du 6 juin 2005 ni le décret susvisé du 31 décembre 2005, seuls textes applicables au marché en cause, ne règlent les conditions dans lesquelles les marchés des offices publics d'HLM peuvent être allotés ; qu'il est loisible au pouvoir adjudicateur de limiter le nombre de lots susceptibles d'être attribués à un même soumissionnaire pour autant que le principe et les modalités de cette limitation aient figuré dans les documents de la consultation, et qu'elle soit justifiée par l'objet ou les conditions

d'exécution du marché ; qu'en l'espèce, l'article 6-5 du règlement de la consultation, après avoir rappelé que chaque lot serait attribué au candidat qui aurait présenté l'offre la mieux classée, disposait qu'aucun candidat ne pourrait se voir attribuer plus de trois lots et détaillait les modalités d'attribution des lots, en l'espèce non discriminatoires, au cas où un candidat serait classé sur plus de lots que ne l'autorisait le règlement ; que, ce faisant, Paris Habitat OPH a satisfait à ses obligations en matière de transparence des procédures ; que sur le fond, l'office justifie le découpage de ce marché en cinq lots géographiques distincts par le volume du parc immobilier concerné, de l'ordre de 120 000 logements, par l'étendue de l'aire géographique qui couvre Paris et trois départements de la petite couronne, par le volume financier des prestations, de l'ordre de 1 700 000 euros par an, et par la nécessité de faire appel à des équipes particulièrement réactives alors qu'elle avait récemment rencontré sur ce point des difficultés quand le marché était attribué à un seul prestataire ; que ces motifs pouvaient justifier une limitation du nombre des lots susceptibles d'être attribués à une même entreprise ; que les dispositions de l'article 6-5 du règlement de la consultation ne sont donc pas entachées d'illégalité ;

11. Considérant qu'en tout état de cause et pour le surplus, l'offre de la société Protim pour le lot n°4 a été écartée non pas en application de l'article 6-5 du règlement de la consultation dont elle conteste la légalité, mais parce que son offre, classée en troisième position avait été jugée économiquement moins avantageuse que celles de la société Durus, classée première, et de la société Sitex, classée seconde ; que n'ayant pas été lésée par les dispositions qu'elle conteste, elle ne saurait dès lors utilement en exciper de l'illégalité devant de juge des référés précontractuels ;

#### Sur les critères de notation :

12. Considérant qu'aux termes des dispositions de l'article 24 de l'ordonnance susvisée du 6 juin 2005 : « III. - Pour attribuer le marché au candidat qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, le pouvoir adjudicateur se fonde : / 1° Soit sur une pluralité de critères non discriminatoires et liés à l'objet du marché, notamment le délai de livraison ou d'exécution, le coût global d'utilisation, la rentabilité, la qualité, le caractère esthétique et fonctionnel, les caractéristiques environnementales, la valeur technique, le caractère innovant, le service après-vente et l'assistance technique, le prix, la date de livraison, les performances en matière d'insertion professionnelle des publics en difficulté. D'autres critères peuvent être pris en compte s'ils sont justifiés par l'objet du marché ; / 2° Soit, compte tenu de l'objet du marché, sur le seul critère du prix. / IV. - Sauf dans la procédure du concours, lorsque plusieurs critères sont prévus, le pouvoir adjudicateur précise leur pondération... » ;

13. Considérant que si la société Protim est fondée à faire valoir que la limitation du nombre de lots susceptibles d'être attribués à un même candidat n'est pas une condition de la recevabilité des candidatures, cette limitation n'entre pas pour autant au nombre des critères énoncés par les dispositions précitées de l'article 24 sur lequel le pouvoir adjudicateur peut se

fonder pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse ; qu'en effet, cette limitation trouve à s'appliquer, non pas au stade de l'appréciation des offres mais à celui de l'attribution des lots, postérieur à cette appréciation ; qu'il en résulte que la limitation du nombre des lots, étrangère à l'évaluation des mérites des offres, ne saurait avoir eu pour effet, comme le prétend la société Protim, « de fausser tout le processus de notation des offres » ; qu'en outre, ainsi qu'il a été dit précédemment, l'article 6-5 du règlement de la consultation informait précisément les candidats du principe et des modalités de cette limitation ; que le moyen tiré de ce que le pouvoir adjudicateur n'aurait pas indiqué la hiérarchisation ou la pondération de la limitation du nombre des lots, analysé à tort par la requérante comme un critère de jugement des offres, doit être rejeté ;

14. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que les conclusions de la société Protim tendant à l'annulation des décisions par laquelle Paris Habitat OPH a rejeté son l'offre et a attribué le lot n°4 à la société Durus doivent être rejetées ; que les conclusions à fin d'injonction doivent être rejetées par voie de conséquence ; que la requête de la société Protim doit être rejetée ;

Sur les conclusions présentées sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative :

15. 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 »* ;

16. Considérant que ces dispositions font obstacle à ce que Paris Habitat OPH qui n'est pas la partie qui succombe soit condamné à verser à la société Protim les sommes qu'elle lui réclame à ce titre ; que dans les circonstances de l'espèce, il y a lieu de condamner la société Protim à verser la somme de 2 000 euros à Paris Habitat OPH et 2 000 euros à la société Durus en application des dispositions précitées ;

ORDONNE :

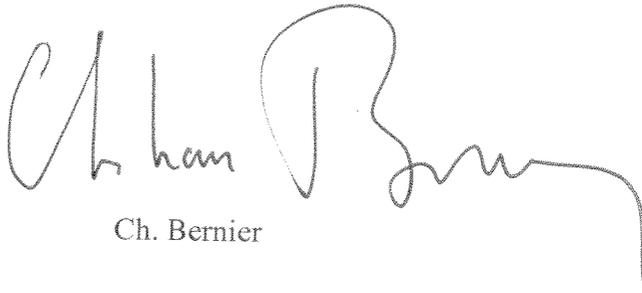
Article 1<sup>er</sup> : La requête de la société Protim est rejetée.

Article 2 : La société Protim versera 2 000 euros à Paris Habitat OPH et 2 000 euros à la société Durus au titre des frais exposés et non compris dans les dépens.

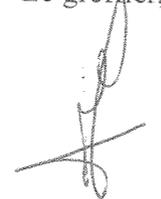
Article 3 : La présente ordonnance sera notifiée à la société Protim, à Paris Habitat OPH et à la société Durus.

Fait à Paris, le 11 février 2013.

Le juge des référés,

  
Ch. Bernier

Le greffier,

  
M. Mendes

La République mande et ordonne au préfet de Paris, préfet de la région Ile de France en ce qui le concerne, et 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.