

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE MELUN**

N°1207408/8

SOCIETE ATEXO SAS

M. Chazan
Juge des référés

Ordonnance du 18 septembre 2012

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Le Tribunal administratif de Melun,

Le juge des référés

Vu la requête, enregistrée le 26 août 2012, présentée pour la SOCIETE ATEXO SAS, dont le siège est au 17 boulevard des Capucines à Paris (75002), par Me Drain; la SOCIETE ATEXO SAS demande que le tribunal :

1°) annule la consultation lancée par l'Union des Groupements d'Achats Publics (UGAP) pour l'attribution sous forme de marchés à bon de commande de neufs lots et d'un accord-cadre portant sur des prestations de service informatique ;

2°) mette à la charge de l'UGAP une somme de 3000 € en application de l'article L 761-1 du code de justice administrative ;

La société Atexo soutient :

- que l'UGAP a irrégulièrement restreint l'accès à la consultation en limitant à trois le nombre de lots susceptibles d'être attribués à un même candidat, alors que l'objet du marché ne justifiait pas une telle restriction ;
- que l'UGAP a méconnu l'article 5 du code des marchés publics dès lors qu'il n'a pas déterminé avec une précision suffisante la nature et l'étendue des besoins à satisfaire ;
- qu'en se bornant à annoncer que le montant prévisionnel de chaque lot est de 9 millions d'euros l'UGAP ne précise pas suffisamment l'étendue de la consultation ;
- que la consultation méconnaît l'article 53 du code des marchés publics dès lors que le pouvoir adjudicateur a eu recours à des sous-critères de sélection relatifs à la qualité de service et au prix qui ne sont que partiellement en rapport avec l'objet du marché ;

Vu le mémoire, enregistré le 11 septembre 2012, présenté par l'Union des Groupements d'Achats Publics (UGAP) ; l'UGAP conclut au rejet de la requête et soutient :

- que la société Atexo n'a pas intérêt pour agir s'agissant de l'attribution des lots 1 et 2 et 4 à 9 auxquels elle n'a pas soumissionné ;
- que la limitation du nombre de lots a pour objet d'assurer la disponibilité de son offre sur l'ensemble des lots et de permettre l'accès des PME à ce marché ;

- que le droit communautaire ne s'oppose pas à ce que le nombre de lots attribué à un même candidat soit limité, voire à ce que le nombre de lots auxquels il peut soumissionner soit limité ;
- que s'agissant de l'étendue des besoins à satisfaire, les prestations à réaliser sont décrites précisément dans une fiche technique ;
- que le montant des prestations à prévoir résulte d'une étude de marché, le montant des commandes étant déterminé au cas par cas entre le bénéficiaire et le titulaire ;
- que le critère de la qualité est au nombre de ceux qui sont énumérés à l'article 53 du code des marchés publics ;
- qu'il est de l'intérêt de l'UGAP et de l'attributaire que le montant minimum soit atteint, sans quoi l'attributaire devrait être indemnisé ;
- que l'implication de la force de vente de l'attributaire est une garantie de qualité ;
- que le sous-critère de la cohérence du prix est une garantie de la bonne exécution des prestations ;

Vu le mémoire, enregistré le 14 septembre 2012, présenté pour la société Atexo , par Me Drain ; la société Atexo persiste dans ses conclusions et moyens et soutient en outre :

- qu'en imposant aux candidats des capacités financières et techniques additionnelles pour chaque lot auquel le candidat soumissionne sans examiner son offre pour ces lots, la consultation méconnaît les principes d'égalité de traitement des opérateurs et de liberté d'accès à la commande publique ;
- que compte tenu de son chiffre d'affaires et du manquement invoqué, elle n'a pu présenter une offre que pour un seul lot ;
- que le droit communautaire effectivement applicable n'autorise pas de restriction d'accès aux consultations ;
- que le marché permet à l'UGAP d'imposer au titulaire de réaliser des prestations complexes en prévoyant une durée insuffisante ;
- que la conclusion d'un marché avec une centrale d'achat ne lui impose pas de commercialiser les prestations prévues au marché ;
- qu'aucune indemnisation du titulaire n'est prévue au marché en l'absence de commandes ;
- que les manquements invoqués sont susceptibles de l'avoir lésée, y compris en ce qu'ils l'ont dissuadée de présenter une offre ;

Vu la décision en date du 1^{er} septembre 2012 par laquelle le président du tribunal a désigné M. Chazan, vice-président, comme juge des référés ;

Vu les pièces jointes à la requête ;

Vu le code des marchés publics ;

Vu le code de justice administrative ;

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

Après avoir, au cours de l'audience publique du 14 septembre 2012, présenté son rapport et entendu :

- les observations de Me Drain pour la société Atexo qui maintient ses écritures et soutient en outre qu'un candidat qui n'a pas les capacités techniques et financières pour exécuter tous les lots, auxquels il soumissionne mais peut néanmoins présenter des offres avec un ordre préférentiel voit sa

candidature irrégulièrement rejetée au stade de la sélection sans examen au fond ; que les besoins du pouvoir adjudicateur n'ont pas été suffisamment définis ; que le sous critère imposant de justifier d'une force de vente pour commercialiser les prestations du marché est étranger à l'objet du marché et méconnaît les dispositions de l'article 9 du code des marchés publics ; que cette circonstance expose les soumissionnaires à engager des frais inutilement en l'absence de la moindre garantie de commande ; qu'elle est susceptible d'avoir été lésée par l'absence de définition claire des besoins en ce qui concerne le lot n°3 et par l'existence de sous-critères sans rapport avec l'objet du marché ; que sur les autres lots, elle n'aurait pu voir ses éventuelles offres examinées ; qu'a fortiori l'imprécision affectant la définition de ses besoins par le pouvoir adjudicateur l'a dissuadée de soumissionner sur plusieurs lots ;

- les observations de M.Quesnot pour l'Union des Groupements d'Achats Publics qui maintient ses écritures et soutient en outre : que la requérante aurait pu soumissionner à 9 lots et se voir attribuer 3 lots ; que les autres candidats n'ont pas exprimé d'incertitude particulière par rapport à la définition des besoins ; qu'ainsi, rien ne permet d'établir que la requérante a été dissuadée de soumissionner de sorte que ses conclusions sont irrecevables sauf en ce qui concerne le lot n°3 ; que l'article 9 du code des marchés publics ne s'oppose pas à ce qu'un sous-critère relatif au déploiement de l'offre commerciale, soit retenu ; que les candidats avaient la possibilité de se grouper pour soumissionner afin d'être retenus sur un plus grand nombre de lots ;

- les observations de M.Ivy l'Hévéder pour la société Logica ; la société Logica fait valoir que les besoins du pouvoir adjudicateur étaient définis de manière suffisamment précise par les fiches techniques figurant dans le dossier de consultation ;

La parole ayant été donnée à nouveau :

- à Me Drain pour la société Atexo qui fait valoir en outre qu'il résulte de l'article III 2.2 de l'avis d'appel public à la concurrence que les candidats dont les capacités techniques et financières ne leur permettent pas de soumissionner sur le nombre de lots pour lesquels il ont présenté une offre, sont éliminés au stade de la sélection des candidatures ; que l'UGAP est en position d'imposer la durée d'exécution des commandes, de sorte qu'il n'existe pas de garantie quant à la prise en compte de la complexité des prestations demandées ;

- à M.Quesnot pour l'UGAP qui souligne en outre que toutes les offres sont examinées, même quand les candidats n'ont pas la capacité pour se voir attribuer tous les lots sur lesquels ils se sont portés candidats ; que le déploiement d'une force commerciale par le titulaire permet une exécution harmonieuse des contrats ;

- M. M.Ivy l'Hévéder qui souligne en outre que les offres comprennent des frais de mission destinés à assurer une présence de proximité auprès des bénéficiaires pour une bonne exécution du contrat ;

1. Considérant que l'Union des Groupements d'Achats Publics a lancé une consultation pour l'attribution, selon la procédure de l'appel d'offres ouvert, de neuf lots correspondant à des marchés à bons de commande de prestations informatiques ; qu'un dixième lot correspondait à un accord-cadre pour désigner un attributaire ayant vocation à pallier la défaillance du titulaire de l'un des neuf premiers lots ; que la société Atexo a présenté une offre uniquement pour le lot n°3 « maîtrise d'ouvrage déléguée d'applications informatiques » ; que son offre a été classée troisième, le marché étant attribué à la société Logica ; qu'elle demande l'annulation de l'ensemble de la consultation ;

2. Considérant qu'aux termes de l'article L.551-1 du code de justice administrative : « *Le président du tribunal administratif, ou le magistrat qu'il délègue, peut être saisi en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation des marchés publics et des conventions de délégation de service public. ... Les personnes habilitées à agir sont celles qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par ce manquement, ainsi que le représentant de l'Etat dans le département dans le cas où le contrat est conclu ou doit être conclu par une collectivité territoriale ou un établissement public local.... Le président du tribunal administratif peut être saisi avant la conclusion du contrat. Il peut ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations et suspendre la passation du contrat ou l'exécution de toute décision qui s'y rapporte. Il peut également annuler ces décisions et supprimer les clauses ou prescriptions destinées à figurer dans le contrat et qui méconnaissent lesdites obligations. Dès qu'il est saisi, il peut enjoindre de différer la signature du contrat jusqu'au terme de la procédure et pour une durée maximum de vingt jours. .. Sauf si la demande porte sur des marchés ou contrats passés par l'Etat, elle peut également être présentée par celui-ci lorsque la Commission des communautés européennes lui a notifié les raisons pour lesquelles elle estime qu'une violation claire et manifeste des obligations de publicité et de mise en concurrence d'origine communautaire ou résultant de l'accord sur l'Espace économique européen, a été commise. ... Le président du tribunal administratif ou son délégué statue en premier et dernier ressort en la forme des référés » ;*

Sur la fin de non-recevoir opposée par l'UGAP :

3. Considérant qu'aux termes de l'article L 551-10 du code des marchés publics : « *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'Etat dans le cas où le contrat doit être conclu par une collectivité territoriale ou un établissement public local. (...) » ;*

4. Considérant qu'aux termes de l'article 52 du code des marchés publics : « *(...) Les candidatures qui n'ont pas été écartées en application des dispositions de l'alinéa précédent sont examinées au regard des niveaux de capacités professionnelles, techniques et financières mentionnées dans l'avis d'appel public à la concurrence, ou, s'il s'agit d'une procédure dispensée de l'envoi d'un tel avis, dans le règlement de la consultation. Les candidatures qui ne satisfont pas à ces niveaux de capacité sont éliminées. (...) » ;*

5. Considérant que l'UGAP fait valoir que la société Atexo n'a pas remis d'offre pour les lots 1 et 2 et 4 à 9 et que dès lors, elle n'est pas habilitée à agir ;

6. Considérant, cependant, que la société Atexo soutient qu'en éliminant les candidatures des soumissionnaires ne disposant pas des capacités techniques et financières pour exécuter tous les lots pour lesquels ils présentent une offre, à l'exception de celles pour lesquelles ils disposent de telles capacités, choisies selon un ordre de préférence indiqué par avance, le pouvoir adjudicateur a méconnu les principes d'égalité de traitement des opérateurs et de liberté d'accès à la commande publique et que c'est en raison de ce manquement qu'elle n'a pu présenter une offre que pour un seul lot ;

7. Considérant que l'article III. 2.2 de l'avis d'appel public à la concurrence indiquait que les candidats devaient justifier d'un chiffre d'affaires global sur leurs trois derniers exercices d'activité de

4 millions d'euros par lot et que l'article III.2.3 exigeait un effectif de 20 personnes par lot ; qu'à défaut, ces dispositions prévoyaient que les candidatures seraient partiellement éliminées selon l'ordre de préférence préalablement indiqué ;

8. Considérant que ni le principe d'égalité de traitement, ni le principe de liberté d'accès à la commande publique ne font obstacle à ce que le pouvoir adjudicateur fixe un seuil minimal de capacités techniques et financières pour présenter une candidature à un marché public, ainsi que le prévoit l'article 52 du code des marchés publics, dès lors que ces seuils sont nécessaires pour garantir une bonne exécution du marché, compte tenu de la nature et du volume des prestations à exécuter ;

9. Considérant qu'il ne résulte pas de l'instruction et qu'il n'est d'ailleurs pas contesté, que les seuils de 4 millions d'euros de chiffre d'affaires et de 20 salariés par lot sont, en l'espèce, propres à garantir une exécution satisfaisante des différents lots par leur attributaire ; que, par suite, l'UGAP pouvait éliminer les candidatures qui ne remplissaient pas les conditions annoncées par l'avis d'appel public à la concurrence, conformément aux dispositions de l'article 52 du code des marchés publics, selon les modalités prévues par cet avis ;

10. Considérant qu'il n'est pas davantage contesté que la société Atexo ne disposait des capacités techniques et financières que pour exécuter un seul lot ; qu'elle a présenté une offre pour le lot n°3 ; que dès lors, sa candidature aurait dû être éliminée si elle avait formulé une offre pour un autre lot, conformément au règlement de la consultation ; que la société Atexo n'est donc susceptible d'avoir été lésée par aucun éventuel manquement affectant les lots 1 et 2 et 4 à 10 ; que, par suite, elle n'a pas intérêt à demander l'annulation de la consultation en ce qui les concerne ; que, dans cette mesure, les conclusions de la société Atexo sont irrecevables ;

Sur les conclusions en annulation en ce qui concerne le lot n°3 :

11. Considérant qu'aux termes de l'article 9 du code des marchés publics : « Une centrale d'achat est un pouvoir adjudicateur soumis au présent code ou à l'ordonnance du 6 juin 2005 susmentionnée qui : (...) 2° Passe des marchés publics ou conclut des accords-cadres de travaux, fournitures ou de services destinés à des pouvoirs adjudicateurs. » ; qu'aux termes de l'article 53 du même code : « 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 ; (...) » ;

12. Considérant qu'il résulte des dispositions précitées de l'article 53 du code des marchés publics que pour apprécier la valeur économique d'une offre, le pouvoir adjudicateur ne peut se fonder sur des critères sans rapport avec l'objet du contrat ou avec ses conditions d'exécution ;

13. Considérant que la société Atexo fait valoir que le sous-critère destiné à apprécier la « qualité de service » tiré du « déploiement efficace de l'offre » n'est pas lié à l'objet du marché ;

qu'il résulte de l'instruction que ce sous-critère permettait d'apprécier les moyens prévus par l'attributaire pour commercialiser les prestations proposées par le marché litigieux auprès des collectivités elles-mêmes susceptibles de passer commande auprès de l'UGAP ;

14. Considérant que l'objet de la consultation, précisé notamment à l'article 1^{er} du Cahier des Clauses Particulières (CCP) est, en ce qui concerne le lot n°3, « la « maîtrise d'ouvrage déléguée d'applications informatiques » ; que le sous-critère litigieux qui porte sur un service rendu à l'UGAP elle-même, pour ses besoins propres et non aux collectivités susceptibles de passer commande des prestations prévues au lot n°3, et intervient à une phase antérieure à la passation de la commande auprès du titulaire du marché, n'a pas de rapport direct avec la valeur économique des offres de prestations de maîtrise d'ouvrage déléguée d'applications informatiques formulées par les candidats ou avec leurs conditions d'exécution ; que si l'UGAP fait valoir que l'implication de la force de vente est une garantie de qualité, les moyens mis en œuvre par les candidats pour la « bonne exécution des prestations » et « la résolution des litiges », après passation des commandes, donnaient lieu à un sous-critère distinct de celui du « déploiement efficace de l'offre » ; que, par suite, la société Atexo est fondée à soutenir qu'un tel sous-critère est irrégulier ;

15. Considérant que le sous-critère tiré du « déploiement efficace de l'offre » entrant pour 30% dans l'appréciation du critère de la « qualité de service », lui-même entrant pour 30% dans l'appréciation de la valeur globale de l'offre ; que, dans ces conditions, le caractère irrégulier de ce sous-critère est susceptible d'avoir exercé une influence sur l'économie de l'ensemble de la proposition de la société Atexo ; que le manquement qu'elle invoque est donc susceptible de l'avoir lésée ;

16. Considérant que le manquement litigieux a été de nature à affecter l'élaboration même des offres ; que la société Atexo est donc fondée à demander l'annulation de la consultation en ce qui concerne le lot n°3, sans qu'il soit besoin d'examiner les autres manquements qu'elle invoque ;

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

16. 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. »* ;

17. Considérant que les dispositions précitées font obstacle à ce que la société Atexo, qui n'est pas partie principalement perdante dans la présente instance, soit condamnée à payer à l'UGAP, la somme qu'elle demande au titre des frais exposés non compris dans les dépens ; que, par ailleurs, il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de l'UGAP une somme de 1200 euros au titre des frais exposés par la société Atexo, non compris dans les dépens ;

ORDONNE

Article 1er : La consultation lancée par l'UGAP, par avis d'appel public à la concurrence publié le 18 janvier 2012, pour la passation d'un lot dit n°3 portant sur la maîtrise d'ouvrage déléguée d'applications informatiques, ainsi que toutes décisions s'y rapportant, sont annulées.

Article 2 : L'UGAP versera une somme de 1200 euros (mille deux cents euros) à la société Atexo en application des dispositions de l'article L 761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : Le surplus des conclusions de la requête et les conclusions de l'UGAP tendant à l'application des dispositions de l'article L 761-1 du code de justice administrative sont rejetés.

Article 4 : La présente ordonnance sera notifiée à la société Atexo SAS, à l'Union des Groupements d'Achats Publics et à la société Logica France.

Fait à Melun, le 18 septembre 2012

Le juge des référés,

Le greffier,

Signé: G.CHAZAN

Signé : G. NGASSAKI

La République mande et ordonne au préfet de Seine-et-Marne en ce qui le concerne et à tous huissiers à ce requis en ce qui concerne les voies de droit commun contre les parties privées de pourvoir à l'exécution du présent jugement.

Pour expédition conforme,
Le greffier

G. NGASSAKI

