

DTA_2303333_20230411.xml
2023-04-28

TA93
Tribunal Administratif de Montreuil
2303333
2023-04-11
LENAT
Décision
Plein contentieux

Rejet

Vu la procédure suivante :

Par une requête et des mémoires, enregistrés le 17 mars 2023, le 4 avril 2023 et le 6 avril 2023, la société Luminess, représentée par Hdla - avocats, demande au juge des référés statuant en application de l'article L. 551-1 du code de justice administrative :

1°) d'annuler, au besoin au stade de l'analyse des offres, la procédure de passation du marché passé par l'agence pour l'informatique financière de l'Etat (AIFE) comportant la mise en place, la fourniture et le maintien en condition opérationnelle d'un service d'océrisation des factures déposées sur le portail public de facturation, les travaux de mise en œuvre et de paramétrage de la solution d'océrisation ainsi que des prestations de maintenance évolutive du service et des prestations de réversibilité ;

2°) d'annuler la décision d'attribution du marché à la société Everial ;

3°) d'enjoindre à l'AIFE, si elle entend de nouveau attribuer le marché de reprendre la consultation en se conformant aux dispositions législatives et réglementaires en vigueur et aux principes régissant la publicité et la mise en concurrence ;

4°) au besoin, de solliciter un avis technique sur le respect des exigences de l'offre de la société Everial avec le cahier des charges au regard des différents scénarii dont cette dernière fait état dans son courrier explicatif remis à l'AIFE dans le cadre du contrôle de vérification de la suspicion d'une offre anormalement basse ;

5°) de mettre à la charge de l'Etat une somme 5 000 euros sur le fondement de l'article L.761-1 du code de justice administrative

La société Luminess soutient que :

- il n'est pas exclu que la société Everial ait bénéficié d'informations privilégiées lors de l'étude de marché réalisée par l'AIFE, si elle y a participé ;

- la société Everial ne présentait pas les capacités techniques nécessaires pour candidater valablement ;

- la pondération du critère du prix ne permet pas d'obtenir l'offre la plus économiquement avantageuse ;

- la pondération du sous-critère de la qualité et la pertinence de l'offre au regard des niveaux de services de la phase de maintien en condition opérationnelle ne permet pas d'obtenir l'offre la plus économiquement avantageuse ;

- la méthode de notation du critère du prix a pour conséquence de priver d'effet le critère de la valeur technique des offres ;

- l'offre de la société Everial est anormalement basse.

Par des mémoires en défense, enregistrés le 31 mars 2023 et le 5 avril 2023, l'AIFE conclut au rejet de la requête et à ce que soit mise à la charge de la société requérante une somme de 5 000 euros sur le fondement des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que les moyens invoqués ne sont pas fondés.

Par un mémoire enregistré le 5 avril 2023, la société Everial, représentée par Me Lenat, conclut au rejet de la requête et à ce que soit mise à la charge de la société requérante une somme de 4 000 euros sur le fondement des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que les moyens invoqués ne sont pas fondés.

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu :

- le code des marchés publics ;
- le code de justice administrative.

Le président du tribunal a désigné M. B pour statuer sur les demandes de référé.

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

Au cours de l'audience publique tenue en présence de Mme Jarrin, greffier d'audience, M. B a lu son rapport et entendu :

- les observations de Hdla - avocats, représentant la société Luminess, et de M. C, responsable avant-vente de cette société,
- les observations de Me Cabane, représentant l'AIFE,
- les observations de Me Lenat, représentant la société Everial, et de M. A, directeur chargé du développement de cette société.

Lors de l'audience, l'AIFE a communiqué au tribunal, dans le cadre de la procédure prévue à l'article R. 412-2-1 du code de justice administrative, une copie intégrale de la réponse de la société Everial à la demande de justification du montant de son offre.

La clôture de l'instruction a été reportée au 6 avril 2023 à 17h.

Le 6 avril 2023, l'AIFE a communiqué au tribunal, dans le cadre de la procédure prévue à l'article R. 412-2-1 du code de justice administrative, une copie partiellement occultée du rapport d'analyse des offres.

La société Luminess a produit un mémoire enregistré le 6 avril 2023.

Une note en délibéré, présentée pour l'AIFE, a été enregistrée le 7 avril 2023.

Considérant ce qui suit :

1. L'Agence pour l'informatique financière de l'Etat (AIFE) a lancé une procédure de passation, sous la forme d'un appel d'offres ouvert, en vue de l'attribution d'un marché public ayant pour objet la mise en place, la fourniture et le maintien en condition opérationnelle d'un service d'océrisation des factures déposées en format PDF sur le portail public de facturation, les travaux de mise en œuvre et de paramétrage de la solution d'océrisation, la maintenance évolutive du service et des prestations de réversibilité. Ce marché est conclu à prix mixtes, et comprend une partie forfaitaire pour les prestations d'initialisation, de conception, de construction et d'intégration de la solution au sein du portail public de facturation, et une partie à bons de commande pour la fourniture du service d'océrisation, les évolutions de ce service et la réversibilité en fin de marché. Par courrier du 7 mars 2023, l'AIFE a informé la société Luminess du rejet de son offre et de l'attribution du marché à la société Everial.

2. Aux termes de l'article L. 551-1 du code de justice administrative : " Le président du tribunal administratif, ou le magistrat qu'il délègue, peut être saisi en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation par les pouvoirs adjudicateurs de contrats administratifs ayant pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures ou la prestation de services, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation, la délégation d'un service public ou la sélection d'un actionnaire opérateur économique d'une société d'économie mixte à opération unique. / Il peut également être saisi en cas de manquement aux mêmes obligations auxquelles sont soumises, en application de l'article L. 521-20 du code de l'énergie, la sélection de l'actionnaire opérateur d'une société d'économie mixte hydroélectrique et la désignation de l'attributaire de la concession. / Le juge est saisi avant la conclusion du contrat ". Aux termes du I de l'article

L. 551-2 du même code : " 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. () ".

3. En vertu des dispositions de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, les personnes habilitées à agir pour mettre fin aux manquements du pouvoir adjudicateur à ses obligations de publicité et de mise en concurrence sont celles qui sont susceptibles d'être lésées par de tels manquements. Il appartient, dès lors, au juge des référés précontractuels de rechercher si l'opérateur économique qui le saisit se prévaut de manquements qui, eu égard à leur portée et au stade de la procédure auquel ils se rapportent, sont susceptibles de l'avoir lésé ou risquent de le léser, fût-ce de façon indirecte en avantageant un opérateur économique concurrent.

Sur le moyen tiré de la méconnaissance du principe d'égalité de traitement en raison de la participation de la société Everial à l'étude de marché conduite par l'AIFE :

4. L'article R. 2111-1 du code de la commande publique prévoit que : " Afin de préparer la passation d'un marché, l'acheteur peut effectuer des consultations ou réaliser des études de marché, solliciter des avis ou informer les opérateurs économiques de son projet et de ses exigences. / Les résultats des études et échanges préalables peuvent être utilisés par l'acheteur, à condition que leur utilisation n'ait pas pour effet de fausser la concurrence ou de méconnaître les principes mentionnés à l'article L. 3 ". Aux termes de l'article L. 3 du même code : " Les acheteurs () respectent le principe d'égalité de traitement des candidats à l'attribution d'un contrat de la commande publique. Ils mettent en œuvre les principes de liberté d'accès et de transparence des procédures, dans les conditions définies dans le présent code ".

5. D'une part, ces dispositions n'imposent pas au pouvoir adjudicateur de formaliser un compte-rendu des consultations ou échanges menés avec les opérateurs économiques ayant participé à l'étude de marché réalisée pour la définition du besoin, si bien que la seule circonstance qu'un tel compte-rendu ne soit pas produit à l'instance ne peut en elle-même révéler que les principes mentionnés à l'article L. 3 auraient été méconnus. D'autre part, la société requérante n'apporte aucun élément à l'appui de ses supputations selon lesquelles la société Everial aurait pu bénéficier d'informations privilégiées dans ce cadre, alors en outre que la société Luminess a obtenu quasiment la note maximale sur le critère de la valeur technique de l'offre, et il ne résulte pas davantage de l'instruction que la participation de la société attributaire à cette étude de marché lui aurait permis de bénéficier d'informations dont l'utilisation aurait eu pour effet de fausser la concurrence ou de porter atteinte au principe d'égalité de traitement des candidats.

Sur le moyen tiré de l'irrégularité de la sélection de la candidature de la société Everial :

6. Aux termes de l'article L. 2142-1 du code de la commande publique : " L'acheteur ne peut imposer aux candidats des conditions de participation à la procédure de passation autres que celles propres à garantir qu'ils disposent de l'aptitude à exercer l'activité professionnelle, de la capacité économique et financière ou des capacités techniques et professionnelles nécessaires à l'exécution du marché. / Ces conditions sont liées et proportionnées à l'objet du marché ou à ses conditions d'exécution. ". Aux termes de l'article R. 2142-1 du même code : " Les conditions de participation à la procédure de passation relatives aux capacités du candidat mentionnées à l'article L. 2142-1, ainsi que les moyens de preuve acceptables, sont indiqués par l'acheteur dans l'avis d'appel à la concurrence ou dans l'invitation à confirmer l'intérêt ou, en l'absence d'un tel avis ou d'une telle invitation, dans les documents de la consultation ".

7. Il résulte des dispositions citées au point précédent que le pouvoir adjudicateur doit contrôler les garanties professionnelles, techniques et financières des candidats à l'attribution d'un marché public au vu des documents ou renseignements demandés à cet effet dans les avis d'appel public à concurrence ou dans le règlement de la consultation dans les cas de procédures dispensées de l'envoi de tels avis. Le juge du référé précontractuel ne peut censurer l'appréciation portée par le pouvoir adjudicateur sur les garanties et capacités économiques, financières et techniques que présentent les candidats à un marché public, ainsi que sur leurs références professionnelles, que dans le cas où cette appréciation est entachée d'une erreur manifeste.

8. Le règlement de la consultation prévoyait que chaque candidat devait notamment fournir une déclaration concernant le chiffre d'affaires global et le chiffre d'affaires du domaine d'activité en relation avec l'objet du marché, réalisés au cours des trois derniers exercices disponibles, la présentation d'une liste des principales livraisons ou des principaux services effectués dans le domaine en relation avec l'objet du marché effectués au cours des trois dernières années, ainsi qu'une déclaration indiquant ses effectifs moyens annuels pendant les trois dernières années.

9. Il résulte de l'instruction que, contrairement à ce que soutient la société requérante, l'AIFE s'est assurée que la candidature de la société Everial satisfaisait aux prescriptions rappelées au point précédent. Par ailleurs, la seule circonstance que les mentions portées sur l'extrait Kbis de cette société ainsi que son code NAF se rapportent à des activités sans lien avec l'objet du marché n'est pas de nature à établir qu'elle ne disposait pas des capacités nécessaires, et eu égard aux informations fournies par la société Everial, il ne résulte pas de l'instruction que l'appréciation de l'AIFE aurait été entachée d'erreur manifeste d'appréciation.

Sur les moyens relatifs aux conditions de sélection des offres :

En ce qui concerne la pondération des critères et sous-critères :

10. Aux termes de l'article L. 2152-7 du code de la commande publique : " Le marché est attribué au soumissionnaire ou, le cas échéant, aux soumissionnaires qui ont présenté l'offre économiquement la plus avantageuse sur la base d'un ou plusieurs critères objectifs, précis et liés à l'objet du marché ou à ses conditions d'exécution ". L'article R. 2152-7 du même code prévoit que : " Pour attribuer le marché au soumissionnaire ou, le cas échéant, aux soumissionnaires qui ont présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, l'acheteur se fonde : / () 2° Soit sur une

pluralité de critères non-discriminatoires et liés à l'objet du marché ou à ses conditions d'exécution, parmi lesquels figure le critère du prix ou du coût et un ou plusieurs autres critères comprenant des aspects qualitatifs, environnementaux ou sociaux () ". Il résulte de ces dispositions qu'il appartient au pouvoir adjudicateur de déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse en se fondant sur des critères permettant d'apprécier la performance globale des offres au regard de ses besoins. Ces critères doivent être liés à l'objet du marché ou à ses conditions d'exécution, être définis avec suffisamment de précision pour ne pas laisser une marge de choix indéterminée et ne pas créer de rupture d'égalité entre les candidats. Le pouvoir adjudicateur détermine librement la pondération des critères de choix des offres. Toutefois, il ne peut légalement retenir une pondération, en particulier pour le critère du prix ou du coût, qui ne permettrait manifestement pas, eu égard aux caractéristiques du marché, de retenir l'offre économiquement la plus avantageuse.

11. Le règlement de la consultation du marché indique que son montant était estimé à 18,5 M€ euros hors taxes comprenant 500 000 euros pour la partie forfaitaire et 18 M€ pour la partie à bons de commande. Il prévoit que les offres sont examinées en fonction d'un critère de prix représentant 60% de la note globale, comprenant deux sous-critères, l'évaluation du prix global et forfaitaire proposé (5%), et le prix du scénario de commande proposé par les candidats (55%). Le second critère d'évaluation des offres, tiré de leur valeur technique, représente 40% de la note globale et comprend lui-même quatre sous-critères, l'examen de la qualité et la pertinence de l'offre concernant l'adéquation aux besoins fonctionnels (15%), la qualité et la pertinence de l'offre concernant les modalités de réponse aux exigences techniques et au niveau de sécurité de la solution (15%), la qualité et la pertinence de l'offre au regard des niveaux de services de la phase de maintien en condition opérationnelle (5%), et la pertinence du dimensionnement et de la répartition des charges au regard des prestations à réaliser ainsi que l'organisation de la prestation (5%).

12. Contrairement à ce que soutient la société requérante, il ne résulte pas de l'instruction que les exigences fixées par le cahier des clauses techniques particulières ne pourraient être atteintes que par des solutions techniques ayant un coût tel que le prix proposé ne pourrait être inférieur à un certain seuil, au demeurant non précisé, ni même que toute diminution du prix de l'offre aurait nécessairement pour conséquence une dégradation de la valeur technique de l'offre. A supposer même que tel soit le cas, il ne résulte pas davantage de l'instruction, compte tenu en particulier de la durée du marché, de l'importance de l'estimation de son montant faite par le pouvoir adjudicateur et de l'absence de certitude sur le volume réel de factures devant être traitées pendant son exécution, que la pondération du critère du prix rappelée précédemment ne permettrait manifestement pas, en elle-même, de retenir l'offre économiquement la plus avantageuse. Il en va de même de la pondération, à hauteur de 5%, du sous-critère tiré de la qualité et la pertinence de l'offre au regard des niveaux de services de la phase de maintien en condition opérationnelle, compte tenu de l'importance, de la technicité et de la diversité des autres prestations attendues et de la circonstance qu'il n'a pas pour objet d'évaluer la fiabilité de la solution technique proposée.

En ce qui concerne la méthode de notation du critère du prix :

13. Le pouvoir adjudicateur peut, sans méconnaître le principe d'égalité entre les candidats ni les obligations de publicité et de mise en concurrence, choisir une méthode de notation qui, s'agissant de l'évaluation au titre d'un critère, permet une différenciation des notes attribuées aux candidats, notamment par l'attribution automatique de la note maximale au candidat ayant présenté la meilleure offre.

14. L'article 7 du règlement de consultation prévoit que pour chaque sous-critère du critère du prix, le candidat dont l'offre est la plus basse obtient la note maximale. La note de chaque candidat est ensuite calculée comme suit : " $N = 55 \times X / Z$ ", où X est le prix le plus bas proposé par un candidat et Z le prix proposé par le candidat évalué. Si cette méthode attribue automatiquement la note maximale au candidat moins-disant, concernant le critère du prix, elle assure que les notes finales attribuées aux candidats à cet égard sont proportionnelles à la différence de leurs offres et, eu égard à la pondération des critères du prix et de la valeur technique, elle n'a pour effet, contrairement à ce que soutient la société requérante, ni d'attribuer automatiquement le marché au moins-disant, ni, plus généralement, de priver de sa portée le critère de la valeur technique.

En ce qui concerne le moyen tiré de ce que l'offre de la société Everial serait anormalement basse :

15. Aux termes de l'article L. 2152-5 du code de la commande publique : " Une offre anormalement basse est une offre dont le prix est manifestement sous-évalué et de nature à compromettre la bonne exécution du marché ". En vertu de l'article L. 2152-6 du même code : " L'acheteur met en œuvre tous moyens lui permettant de détecter les offres anormalement basses. / Lorsqu'une offre semble anormalement basse, l'acheteur exige que l'opérateur économique fournisse des précisions et justifications sur le montant de son offre. / Si, après vérification des justifications fournies par

l'opérateur économique, l'acheteur établit que l'offre est anormalement basse, il la rejette dans des conditions prévues par décret en Conseil d'Etat."

16. Il résulte des dispositions du code de la commande publique citées au point 13 que, quelle que soit la procédure de passation mise en œuvre, il incombe au pouvoir adjudicateur qui constate qu'une offre paraît anormalement basse de solliciter auprès de son auteur toutes précisions et justifications de nature à expliquer le prix proposé, sans être tenu de lui poser des questions spécifiques. Si les précisions et justifications apportées ne sont pas suffisantes pour que le prix proposé ne soit pas regardé comme manifestement sous-évalué et de nature à compromettre la bonne exécution du marché, il appartient au pouvoir adjudicateur de rejeter l'offre. Le caractère anormalement bas ou non d'une offre ne saurait résulter du seul constat d'un écart de prix important entre cette offre et d'autres offres que les explications fournies par le candidat ne sont pas de nature à justifier et il appartient notamment au juge du référé précontractuel, saisi d'un moyen en ce sens, de rechercher si le prix en cause est en lui-même manifestement sous-évalué et, ainsi, susceptible de compromettre la bonne exécution du marché.

17. Ainsi qu'il a été dit précédemment, l'AIFE avait estimé le montant du marché à 18,5 M€ hors taxes. Le prix global proposé par la société Luminess était de 13,728 M€ hors taxes, et celui proposé par la société Everial était de 7 538 764,2 M€ hors taxes. Estimant que l'offre de la société Everial paraissait anormalement basse, l'AIFE a demandé à celle-ci de fournir toutes précisions et justifications par un courrier du 24 janvier 2023, auquel la société a répondu par un courrier du 1er février 2023. Il ressort de ce courrier que le prix proposé par la société Everial reposait, en particulier, sur le choix d'une solution d'hébergement adaptable en temps réel au volume de factures traitées, permettant ainsi une tarification au plus proche des besoins et générant une économie évaluée à 3,8 M€ hors taxes par rapport à une solution ne permettant pas une telle allocation dynamique des ressources, ainsi que sur une solution logicielle propriétaire déjà développée par la société Everial et ne nécessitant pas d'adaptation fonctionnelle pour répondre aux spécifications du marché, représentant un montant prévisionnel au titre du marché de près d'1M€. La société requérante pour sa part ne soutient pas qu'elle aurait eu recours à des services et procédés lui permettant de générer les mêmes économies. La société Everial a également justifié de ses dépenses de personnel, précisé la méthode de calcul du coût de sa prestation à la facture, en se fondant sur le tarif public des prestations de son hébergeur et indiqué que son modèle économique serait rentable à partir d'un volume de facture nettement inférieur aux prévisions du cahier des clauses techniques particulières. Au regard de ces éléments, il ne résulte pas de l'instruction que le prix proposé par la société Everial soit en lui-même manifestement sous-évalué et, ainsi, susceptible de compromettre la bonne exécution du marché.

18. Il résulte de tout ce qui précède qu'aucun des manquements dont se prévaut la société requérante n'est susceptible de l'avoir lésé ou risqué de la léser, fût-ce de façon indirecte en avantageant un opérateur économique concurrent. Il suit de là que, sans qu'il soit besoin d'ordonner la mesure d'expertise sollicitée, les demandes de la société Luminess doivent être rejetées, ainsi que, par voie de conséquence, ses conclusions présentées au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative. Il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de la société Luminess une somme de 2 000 euros à verser à l'État (AIFE) au titre des mêmes dispositions, et une somme de 2 000 euros à verser à la société Everial.

ORDONNE :

Article 1er : La requête de la société Luminess est rejetée.

Article 2 : Il est mis à la charge de la société Luminess, au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative, une somme de 2 000 euros au bénéfice de l'État (Agence pour l'informatique financière de l'Etat) et une somme de 2 000 euros à verser à la société Everial.

Article 3 : La présente ordonnance sera notifiée à la société Luminess, au ministre de l'économie, des finances et de la souveraineté industrielle et numérique, à la société Everial et à l'Agence pour l'informatique financière de l'État.

Fait à Montreuil, le 11 avril 2023.

Le juge des référés,

D. B

La République mande et ordonne au ministre de l'économie, des finances et de la souveraineté intellectuelle et numérique en ce qui le concerne ou à tous commissaires 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.