

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE PARIS**

N° 1620782/3-5

**SOCIETE ECONOCOM OSIATIS FRANCE
INC**

**Mme Tastet-Susbielle
Juge des référés**

Ordonnance du 22 décembre 2016

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Le Tribunal administratif de Paris,

Le juge des référés

Vu la procédure suivante :

Par une requête et trois mémoires, enregistrés respectivement le 1er décembre, le 13 décembre et le 16 décembre 2016, la société Econocom Osiatis France, représentée par Me Eglie-Richters, demande au juge des référés, dans le dernier état de ses écritures :

1°) d'annuler la procédure de passation du lot n° 2 du marché ayant pour objet la conclusion d'un accord-cadre relatif à la maintenance des matériels et des logiciels de base en environnement UNIX et à la fourniture de services complémentaires associés ;

2°) de condamner le ministre de l'Intérieur à verser à la société Econocom Osiatis la somme de 6 000 euros au titre de l'article L.761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- le pouvoir adjudicateur a méconnu les dispositions de l'article 83 du code des marchés publics en ne communiquant pas à ce jour les motifs détaillés de rejet de l'offre de la société ni les caractéristiques et avantages relatifs de l'offre retenue ;

- le pouvoir adjudicateur a méconnu l'article 10 du code des marchés publics qui impose l'allotissement, dès lors que des prestations distinctes peuvent être identifiées ; en l'espèce, trois types de prestations de nature distincte existent, l'une pour maintenance logicielle, une pour la maintenance matérielle et enfin des prestations associées ; par conséquent le pouvoir adjudicateur était tenu d'allotir le marché ou, du moins, de justifier remplir les conditions limitativement énumérées pour y déroger ;

- le pouvoir adjudicateur a méconnu les principes de la liberté d'accès à la commande publique et d'égalité de traitement des candidats dès lors que les conditions dans lesquelles la consultation a été lancée ne permettaient pas à la société requérante de concourir à armes égales avec ses concurrents et en particulier les constructeurs ; que seuls les constructeurs disposent des droits de propriété intellectuelle sur les logiciels, empêchant ainsi les tiers mainteneurs

indépendants de se porter candidats dans des conditions satisfaisantes ; que la société requérante n'a pas disposé des informations nécessaires pour formuler une offre dans des conditions matérielles et temporelles satisfaisantes ;

- le pouvoir adjudicateur a méconnu les dispositions de l'article 53 du code des marchés publics dès lors que le quatrième sous-critère de la valeur technique « Niveau de qualification du candidat vis-à-vis du constructeur » est illégale puisqu'il crée une discrimination irrégulière entre les candidats selon leur lien avec le constructeur.

Par trois mémoires en défense, enregistrés respectivement le 9 décembre, le 14 décembre et le 16 décembre 2016, le ministre de l'Intérieur conclut au rejet de la requête ;

Il soutient que :

- le pouvoir adjudicateur a respecté les obligations de l'article 83 du code des marchés publics dès lors qu'il a communiqué à la société requérante l'ensemble des informations qui ont été demandées ;

- la société requérante n'établit pas en quoi elle aurait été lésée par le défaut d'allotissement du marché entre les prestations de maintenance logicielle et les prestations de maintenance matérielle ; que le pouvoir adjudicateur a bien alloté le marché selon des familles de produits technologiques distinctes sans recourir à un marché global ;

- l'égalité de traitement des candidats dans le droit de la commande publique consiste en une égalité formelle et non une égalité matérielle ; que le pouvoir adjudicateur n'était pas tenu de vérifier que tous les soumissionnaires étaient dans une situation identique pour candidater ; que la société requérante n'a formé aucun recours contre la procédure portant sur le lot n° 1 alors même qu'elle prétend avoir été dans l'impossibilité de déposer une offre ; qu'elle a remis une offre régulière pour le lot n°2 après avoir obtenu les informations demandées ; qu'il n'appartient pas au juge du référé précontractuel de constater ou de sanctionner des atteintes au droit de la concurrence ;

- le pouvoir adjudicateur est libre de définir les critères de passation du marché en fonction de son objet, de sa complexité et des objectifs qu'il poursuit ; que le sous-critère de la valeur technique mis en cause est suffisamment précis et justifié au regard des exigences du cahier des charges dans la mesure où le pouvoir adjudicateur doit évaluer si un opérateur économique dispose des garanties lui permettant d'assurer tous les niveaux de supports de maintenance exigés ; que la mise en place de ce sous-critère n'a pas lésé la société requérante dès lors que l'écart entre les notes techniques obtenues par les candidats ne s'explique pas par ce sous-critère.

Par un mémoire, enregistré le 12 décembre 2016 et un courrier, enregistré le 16 décembre 2016, la société Hewlett-Packard France, représentée par Me Guillaume et Me Pivois, conclut au rejet de la requête et à ce qu'il soit mis à la charge de la société Econocom Osiatis France la somme de 4 000 euros au titre de l'article L.761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- le pouvoir adjudicateur a légalement défini les lots en fonction des systèmes d'exploitation existants ; que les prestations de maintenance de serveurs, maintenance des logiciels et les prestations associées sont intimement liées et forment un ensemble technique cohérent et homogène ; que la propriété intellectuelle grevant les logiciels HP n'a pu faire obstacle à la société requérante, qui est un partenaire agréé par HPE, et de l'empêcher de déposer une offre régulière ;

- la société Econocom et la société HP disposaient des mêmes informations dans les mêmes délais pour pouvoir remettre une offre régulière pour le lot litigieux ; qu'aucune manœuvre d'HPE ne visait à entraver la société requérante de candidater à l'appel d'offre.

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu le code des marchés public ;

Vu le code de justice administrative ;

Le président du tribunal a désigné a désigné Mme Tastet-Susbielle comme juge des référés, en application de l'article L. 551-1 du code de justice administrative.

Après avoir au cours de l'audience publique du 13 décembre 2016, présenté son rapport et entendu :

- les observations orales de Me Eglie-Richters, représentant la société Econocom Osiatis France,
- les observations orales de M. Laronche, représentant le ministre de l'intérieur,
- les observations orales de Me Pivois, représentant la société Hewlett-Packard France.

A l'issue de l'audience, la clôture de l'instruction a été fixée au 16 décembre 2016 à 18 heures afin de mettre les parties en mesure de produire des éléments complémentaires.

Une note en délibéré a été produite par le ministre de l'intérieur le 21 décembre 2016.

1. Considérant qu'un avis d'appel public à la concurrence a été publié le 31 mars 2016 au Bulletin officiel des annonces des marchés publics (BOAMP) et le 2 avril 2016 au journal officiel de l'Union Européenne (JOUE) par le ministre de l'intérieur, mandaté par le service des achats de l'Etat, en vue d'un accord-cadre interministériel comportant trois lots, et ayant pour objet la maintenance des matériels et des logiciels de base en environnement UNIX et la fourniture de services complémentaires associés ; qu'un premier avis rectificatif a été publié le 9 mai 2016 au BOAMP et le 11 mai 2016 au JOUE ; qu'un second avis rectificatif a été publié le 29 mai 2016 au BOAMP et le 31 mai 2016 au JOUE ; que, après avoir présenté une offre pour le lot n° 2 « serveurs en environnement HPUNIX », la société Econocom Osiatis France a été informée, par une lettre du 21 novembre 2016 du ministre de l'intérieur, du rejet de son offre et de son classement en 2ème position, ainsi que de l'attribution du marché à la société Hewlett Packard ; que la société Econocom Osiatis France demande, par la présente requête, l'annulation de la procédure d'attribution du lot n° 2 ;

Sur les conclusions présentées sur le fondement des dispositions des articles L. 551-1 et suivants du code de justice administrative :

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 par les pouvoirs adjudicateurs de contrats administratifs ayant pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures ou la prestation de services, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation, ou la délégation d'un service public (...)* » ; qu'aux termes de l'article L. 551-2 de ce code : « *I. Le juge peut ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations et suspendre l'exécution de toute décision qui se rapporte à la passation du contrat, (...)* » ; que, selon l'article L. 551-10 du même code : « *Les personnes habilitées à engager les recours prévus aux articles L. 551-1 et L. 551-5 sont celles qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par le manquement invoqué (...)* » ;

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

Sur le moyen tiré de la violation de l'article 83 du code des marchés publics :

4. Considérant que, si la société requérante soutient dans sa requête qu'elle n'aurait pas obtenu à la suite de sa demande les éléments d'information prévus par l'article 83 du code des marchés publics concernant les motifs détaillés du rejet de son offre pour le lot n° 2, il résulte de l'instruction que le ministre de l'intérieur a communiqué le 14 décembre 2016, à la demande du juge des référés qui a repoussé la clôture de l'instruction au 16 décembre à 18h, les notes obtenues par critère et par sous-critère par l'attributaire et par la société requérante ; qu'ainsi celle-ci a pu prendre connaissance de ces éléments et communiquer ses observations avant la clôture de l'instruction, comme l'indique son courrier en date du 16 décembre 2016 ; que, dans ces conditions, le délai qui s'est écoulé entre cette communication et la clôture de l'instruction doit être regardé comme ayant été suffisant pour permettre à la société requérante de contester son éviction en toute connaissance de cause ;

Sur le moyen tiré du défaut d'allotissement du marché :

5. Considérant, d'une part, qu'aux termes de l'article 10 du code des marchés publics applicable à la passation du marché litigieux : « Afin de susciter la plus large concurrence, et sauf si l'objet du marché ne permet pas l'identification de prestations distinctes, le pouvoir adjudicateur passe le marché en lots séparés dans les conditions prévues par le III de l'article 27. A cette fin, il choisit librement le nombre de lots, en tenant notamment compte des caractéristiques techniques des prestations demandées, de la structure du secteur économique en cause et, le cas échéant, des règles applicables à certaines professions. Les candidatures et les offres sont examinées lot par lot. (...) » ; que s'il appartient au juge des référés précontractuels de relever un manquement aux obligations de mise en concurrence résultant d'une méconnaissance de ces dispositions, s'agissant de la définition du nombre et de la consistance des lots, un tel manquement ne peut résulter que d'une erreur manifeste du pouvoir adjudicateur, compte tenu de la liberté de choix qui lui est reconnue à ce titre ;

6. Considérant que le marché litigieux comporte trois lots portant respectivement sur les « serveurs en environnement UNIX AIX » (lot n°1), les « serveurs en environnement HP/UX » (lot n°2) et les « serveurs et systèmes intégrés en environnement ORACLE/SUN » (lot n°3) ; que la société requérante fait valoir que l'article I.4.9.1 du règlement de consultation procède à un découpage des trois lots de l'accord cadre entre des « prestations n°1 : maintenance des matériels », des « prestations n°2 : maintenance des logiciels de base » et des « prestations n°3 : services complémentaires associés » ; elle soutient qu'en ce qui concerne le lot n°2, alors que celui-ci comprend ces prestations distinctes, le regroupement des prestations de maintenance matérielle et logicielle et des services associés a eu pour effet de l'empêcher de remettre une offre satisfaisante, dès lors que seuls les constructeurs sont propriétaires des droits intellectuels grevant les logiciels, et que par conséquent, un simple tiers mainteneur indépendant ne peut, du fait de ce découpage, candidater aux mêmes prix que ceux des constructeurs ; elle soutient en outre que, si le pouvoir adjudicateur avait décidé de ne pas allouer les différentes prestations, il était dès lors tenu de justifier

le recours à un marché global en justifiant être dans l'une des exceptions limitativement énumérées à l'article 10 du code des marchés publics ;

7. Considérant qu'il résulte de l'instruction que, compte tenu des caractéristiques du marché en cause, déjà divisé en trois lots se référant à des systèmes d'exploitation distincts comme exposé ci-dessus, le pouvoir adjudicateur n'a pas distingué dans chaque lot la maintenance logicielle de la maintenance matérielle et des services associés, en faisant valoir la complexité de l'imbrication de ces prestations et en invoquant des motifs tenant aux contraintes techniques liées à l'exigence de continuité de service des systèmes d'information ; qu'à supposer même qu'il eût été envisageable de diviser chaque lot du marché en trois lots distincts, il ne résulte pas de l'instruction qu'en regroupant les trois prestations en un seul lot pour chaque système d'exploitation le pouvoir adjudicateur aurait commis une erreur manifeste d'appréciation et aurait ainsi méconnu les dispositions précitées de l'article 10 du code des marchés publics ; que par suite, ce moyen ne saurait être accueilli ;

Sur le moyen tiré des manquements aux principes de liberté d'accès à la commande publique et d'égalité de traitement entre les candidats :

8. Considérant que la société requérante soutient que le pouvoir adjudicateur a violé les principes de liberté d'accès à la commande publique et d'égalité de traitement des candidats, en invoquant la circonstance que l'absence de lotissement des prestations a favorisé les constructeurs, qui ont un droit de propriété sur les logiciels, ce ne lui a pas permis de présenter son offre dans des conditions satisfaisantes, celle-ci dépendant des informations sur les prix demandées au constructeur, et alors que celui-ci était également candidat ; que, toutefois, il ressort des pièces du dossier qu'elle a présenté dans les délais une offre recevable et conforme aux documents de la consultation, qui lui a permis d'être classée en deuxième position ; que par suite, il ne résulte pas de l'instruction qu'elle aurait fait l'objet d'un traitement discriminatoire et qu'elle aurait été lésée par les modalités prévues pour la passation du marché, ni que celles-ci auraient avantagé les constructeurs plutôt que les tiers mainteneurs ; que, par suite, ce moyen doit être écarté ;

Sur le moyen tiré de l'irrégularité des critères de jugement des offres :

9. Considérant d'une part, 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 ;(...) » ;

10. Considérant l'article V.2.1.1 du règlement de la consultation indique, en ce qui concerne l'ensemble des trois lots du marché litigieux, deux critères d'attribution du marché, le prix et la valeur technique des offres ; que ces critères ont été pondérés respectivement à 40 % et 60 % ; que cet article prévoit, en ce qui concerne le critère de la valeur technique, quatre sous-critères à savoir « compréhension des enjeux » pondéré à 15 %, « Niveau de compétence des intervenants technique dans le domaine de la prestation » pondéré à 35 %, « Organisation et moyens mis en

œuvre » pondéré à 35 % et « Niveau de qualification du candidat vis-à-vis du constructeur » pondéré à 15 % ;

11. Considérant, que la société requérante fait valoir que le sous-critère n°4 « Niveau de qualification du candidat vis-à-vis du constructeur » est irrégulier car, d'une part, il discrimine les candidats selon leur lien avec le constructeur et d'autre part, n'est pas en lien avec l'objet du marché ; que, toutefois, il résulte de l'instruction que ce sous-critère est de nature à permettre au pouvoir adjudicateur d'apprécier la valeur technique des offres en mesurant les garanties présentées par les candidats auprès des constructeurs pour assurer tous les niveaux de supports de maintenance exigés par le cahier des charges ; qu'il ne résulte ainsi pas de l'instruction que le sous-critère « Niveau de qualification du candidat vis-à-vis du constructeur » ne serait pas lié à l'objet du marché ou qu'il serait discriminatoire à l'égard de certaines entreprises ; que, par suite, le moyen tiré de la méconnaissance des dispositions de l'article 53 du code des marchés publics doit être écarté ;

12. Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que la requête de la société ECONOM OSIATIS France doit être rejetée ;

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

13. 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 »* ;

14. Considérant que les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce que soit mise à la charge du ministre de l'intérieur, qui n'est pas la partie perdante dans la présente instance, la somme demandée par la société requérante au titre des frais qu'elle a exposés et non compris dans les dépens ; que, par ailleurs, dans les circonstances particulières de l'espèce, il n'y a pas lieu de mettre à la charge de la société requérante la somme demandée par la société Hewlett-Packard France en application de ces mêmes dispositions ;

ORDONNE

Article 1^{er} : La requête de la société Econocom Osiatis France est rejetée.

Article 2 : Les conclusions de la société Hewlett Packard tendant à l'application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 3 : La présente ordonnance sera notifiée à la Société Econocom Osiatis France, à la société Hewlett Packard et au ministre de l'intérieur.

.

Fait à Paris, le 22 décembre 2016

Le juge des référés,

F. Tastet-Susbielle

La République mande et ordonne au ministre de l'intérieur en ce qui le concerne ou 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.