

TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE STRASBOURG

N°0703613

SOCIETE DELL

M. Wiernasz
Juge des référés

Ordonnance du 14 août 2007

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Le juge des référés

Vu la requête enregistrée le 24 juillet 2007 présentée par la SOCIETE DELL, dont le siège est 1 rond point Benjamin Franklin à Montpellier (34938 Cedex) par Me Monamy et Me Barateig ;

La SOCIETE DELL demande au juge des référés :

- d'enjoindre à l'université Robert Schuman de différer la signature du marché de fourniture et de livraison de matériels de serveurs informatiques ;
- d'annuler en application de l'article L.551-1 du code de justice administrative la procédure du marché de fourniture et de livraison de matériels de serveurs informatiques lancée le 5 juin 2007 par l'université Robert Schuman de Strasbourg ;
- d'ordonner sa reprise dans des conditions conformes aux dispositions législatives et réglementaires ;
- de mettre à la charge de l'université Robert Schuman la somme de 4500 euros sur le fondement de l'article L.761-1 du code de justice administrative ;

Elle soutient que :

- un premier manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence est relatif au principe de libre-accès à la commande publique : le lot n°1 du marché comporte, au point II.2.2 de l'avis d'appel public à la concurrence, une option d'extension de garantie au matériel préexistant à celui acquis dans le cadre du présent marché ; cette option qui est obligatoire exige, selon l'article 9 du cahier des clauses administratives particulières, une garantie applicable aux matériels acquis antérieurement au marché avec, pour seule dérogation éventuelle, un délai ramené de trois à un an ; le lot n° 1 comporte ainsi à la fois l'acquisition de nouveaux matériels et une extension de garantie pour les matériels existants ; or, l'annexe 2 du bordereau de prix du lot n°1 exige du titulaire du marché qu'il fournisse des extensions de garantie pour des matériels de marque Hewlett-Packard ; dès lors, seuls pouvaient répondre à ce lot les entreprises qui sont en mesure de fournir des produits de marque HP et ce, alors même qu'elles pourraient, conformément au cahier des charges, livrer par ailleurs, les nouveaux matériels que se propose d'acquérir le pouvoir adjudicateur ; ces modalités d'allotissement conduisent donc à réserver le marché aux seuls distributeurs et à écarter les constructeurs qui, comme la requérante, ne commercialisent que leurs propres fabrications alors qu'il aurait fallu, pour l'éviter, séparer en deux lots distincts ;

- un second manquement provient des informations contradictoires contenues dans les documents de la consultation : alors que l'avis publié au bulletin officiel des annonces de marchés publics indique que le délai d'exécution sera de 48 mois à compter de la date d'attribution du marché, l'article 3 du règlement de la consultation précise que le marché prend effet à la date de sa notification et qu'il ne devient définitif et ne peut recevoir exécution qu'après notification au titulaire ; l'article 3 du cahier des clauses administratives particulières prévoit également que le marché prend effet à la date de sa notification ; cette discordance portant sur un élément essentiel du contrat, à savoir le délai d'exécution, est de nature à induire en erreur les candidats susceptibles de présenter une offre sur l'étendue de leurs obligations ;

Vu l'ordonnance en date du 25 juillet 2007 par laquelle la magistrat délégué par le président du tribunal administratif a enjoint à l'université Robert Schuman de différer la signature du marché de fourniture et de livraison de matériels de serveurs informatiques jusqu'au terme de la présente procédure et pour une durée maximale de vingt jours ;

Vu le mémoire enregistré le 1^{er} août 2007 présenté pour la SOCIETE DELL par Me Monamy et Me Barateig qui conclut au mêmes fins par les mêmes moyens que dans sa requête ; elle ajoute que :

- l'avis d'appel à la concurrence précise d'une part que la durée du marché est de 48 mois (point II.3) et d'autre part que les montants annuels maximums sont respectivement de 86000 euros hors taxes pour le lot n°1 et de 35000 euros hors taxes pour le lot n°2 ; la valeur totale estimée des fournitures à prendre en compte pour organiser les mesures de publicité est donc de 484000 euros ; certes le marché prend formellement effet à la date de sa notification jusqu'au 31 décembre 2007, mais il est tacitement reconductible pour une durée totale de quatre ans ; il est donc indispensable de prendre en compte, ainsi que l'exige l'article 27 du code des marchés, la valeur de toutes les prestations susceptibles d'être commandés pendant la durée du marché y compris les périodes de reconduction tacite ; dans le cas contraire, le risque est d'échapper à des règles de publicité moins contraignantes dans le cas du recours à une procédure de marché à bons de commande que dans le cas du recours à un marché de fourniture classique alors que les prestations sont d'un montant identique ; en l'espèce, l'université était tenue de publier un avis d'appel public à la concurrence au journal officiel de l'Union européenne, le montant du marché de fourniture étant supérieur aux seuils de 135000 euros hors taxes pour l'Etat et 210000 euros hors taxes pour les collectivités locales prévus par l'article 40 III du code des marchés publics ;
- l'avis d'appel public à la concurrence demande que, pour évaluer ses capacités économiques, financières et techniques, chacune des entreprises candidates indique le chiffre d'affaires des trois derniers exercices comptables, et, pour les entreprises de moins de quatre ans d'existence, les moyens techniques et humains à sa disposition ; cependant l'article 8.1 du règlement de la consultation prévoit que les candidats doivent également joindre à la première enveloppe la fiche de références où le candidat devra préciser les références des administrations ou entreprises qu'il fournit ; dès lors, les entreprises ont pu croire, en prenant connaissance de l'avis, que dans l'hypothèse où elles porteraient candidates, elles n'aurait à fournir, tout au plus, que des renseignements sur leur chiffre d'affaires et leurs moyens techniques et humains et ont été ainsi induites en erreur puisque le règlement de la consultation exige la production d'autres documents ; de plus, il ressort de l'article 45-I du code des marchés publics que le pouvoir adjudicateur ne peut exiger des entreprises la fourniture de documents et renseignements dont la production n'est pas prévue par l'avis de publicité ;

- l'article 8.1 du règlement de la consultation prévoit que la fiche de renseignements comprend pour chaque administration ou entreprise fournie par les candidats un numéro de téléphone et si possible le nom d'un contact ; or, l'article 1^{er} de l'arrêté du 28 août 2006 faisant application de l'article 45-I du code des marchés publics ne permet pas d'exiger ces renseignements ;
- l'avis d'appel public à la concurrence ne précise pas le mode de transmission des candidatures et des offres comme exigé par l'article 56-III du code des marchés ;

Vu le mémoire enregistré le 3 août 2007 présenté par l'université Robert Schuman de Strasbourg qui conclut au rejet de la requête et à ce que soit mis à la charge de la société requérante la somme de 1000 euros au titre de l'article L.761-1 du code de justice administrative ; elle soutient que :

- l'université a justifié son choix d'allotissement en rappelant qu'un lot séparé de maintenance des matériels existants n'avait que peu de chance d'être fructueux ou acceptable et qu'il n'était pas certain que le constructeur HP puisse offrir cette maintenance dans des conditions économiquement satisfaisantes ; par ailleurs, un constructeur peut, pour répondre à l'administration, soumissionner directement et faire appel en tant que de besoin à la sous-traitance ou déposer une offre dans le cadre d'un groupement avec ses partenaires habituels ; en, outre, la durée de la maintenance peut être ramenée à une année ce qui n'implique pas de contraintes ni de risques trop importants et permet de respecter au minimum les prescriptions relatives à l'option obligatoire ; l'administration n'a pas l'obligation de s'adapter à la politique industrielle et commerciale des entreprises ; en l'occurrence, la société requérante pouvait soumissionner librement au marché comme tous les autres candidats constructeurs ou distributeurs ;
- la discordance invoquée par la requérante entre les mentions de l'appel public à la concurrence et les documents du dossier de consultation des entreprises ne porte pas, contrairement à ce qu'elle soutient, sur le délai d'exécution ; il s'agit d'un marché à bons de commandes en application de l'article 77 du code des marchés publics pour lequel le délai d'exécution est déclenché par l'envoi d'un bon de commande au titulaire ; les délais et modalités d'exécution sont clairement fixés aux articles 6 et 7 du cahier des clauses administratives particulières ; de plus, il n'y a aucune discordance, l'attribution du marché étant matérialisée par la notification ; on est en présence de deux notions d'effet simultané ; à titre accessoire, si une incertitude sur la prise d'effet du marché devait être retenue, il s'agirait pas d'une atteinte substantielle aux obligations de concurrence et de publicité qui peuvent être sanctionnées ;

Vu le mémoire enregistré le 9 août 2007 présenté pour la SOCIETE DELL par Me Monamy et Me BARATEIG qui conclut aux mêmes fins par les mêmes moyens que dans sa requête et son mémoire complémentaire ; la société précise que :

- en l'occurrence, il n'y a aucun inconvénient économique ou financier ni d'inconvénient lié à la cohérence de la prestation en cause à opérer une distinction, par lots séparés entre l'achat de matériels neufs et la maintenance des matériels anciens ; l'administration n'apporte aucune justification à son affirmation selon laquelle la prestation de maintenance isolée serait économiquement peu intéressante pour les sociétés prestataires et que la procédure risquerait d'être infructueuse ; au contraire, il existe des annonces de marchés publics qui isolent la prestation de maintenance de matériels anciens ;

- par ailleurs, il existe bien des discordances entre les documents de la consultation en ce qui concerne la date de prise d'effet du marché ;

Après avoir convoqué à une audience publique :

- Me Barateig, représentant la SOCIETE DELL ;
- l'université Robert Schumann ;

Vu le procès-verbal de l'audience publique du 10 août 2007 à 11h00 au cours de laquelle ont été entendus :

- le rapport de M. Wiernasz, juge des référés ;
- Me Monamy, représentant la SOCIETE DELL ;
- M. Romain représentant l'université Robert Schumann ;

A l'issue de l'audience, la date de clôture de l'instruction est fixée au 13 août 2007 à 12 heures ;

Vu le mémoire enregistré le 11 août 2007 présenté par l'université Robert Schuman et communiqué à la société requérante ;

Vu le mémoire enregistré le 13 août 2007 à 11 heures trente sept, présenté pour la SOCIETE DELL ;

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, des marchés mentionnés au 2° de l'article 24 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, des contrats de partenariat, des contrats visés au premier alinéa de l'article L 6148-5 du code de la santé publique 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. / ... Le président du tribunal administratif ou son délégué statue en premier et dernier ressort en la forme des référés. »

Considérant qu'il résulte de l'instruction que par un avis d'appel public à la concurrence publié le 5 juin 2007 au bulletin officiel des annonces de marchés publics, l'université Robert-Schuman de Strasbourg a, en qualité de coordonnateur du groupement de commandes qu'elle constitue avec l'école nationale du génie de l'eau et de l'environnement de Strasbourg engagé une procédure d'appel d'offres ouvert en vue de la passation d'un marché public portant sur la fourniture et la livraison de serveurs informatiques ;

Sur les conclusions aux fins d'application de l'article L.551-1 du code de justice administrative :

Considérant en premier lieu qu'aux termes de l'article 1er du code des marchés publics : « ...II. Les marchés publics ... 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. Ces principes permettent d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics . Ces obligations sont mises en œuvre conformément aux règles fixées par le présent code... » et qu'aux termes de l'article 10 du même code : « 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 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... Le pouvoir adjudicateur peut toutefois passer un marché global, avec ou sans identification de prestations distinctes, s'il estime que la dévolution en lots séparés est de nature, dans le cas particulier, à restreindre la concurrence, ou qu'elle risque de rendre techniquement difficile ou financièrement coûteuse l'exécution des prestations ou encore qu'il n'est pas en mesure d'assurer par lui-même les missions d'organisation, de pilotage et de coordination ... » ;

Considérant que le lot n°1 du marché en cause comporte, au paragraphe II.2.2 de l'avis d'appel public à la concurrence, une option obligatoire d'extension de garantie au matériel préexistant à celui acquis dans le cadre dudit marché ; que l'article 9-2 du cahier des clauses administratives particulières concernant les stipulations applicables aux matériels acquis antérieurement au présent marché précise que : « Les stipulations prévues aux 9-1, 9-3 et 10 du présent CCAP sont applicables aux extensions de garanties prévues au lot 1 pour les serveurs acquis antérieurement au présent marché. La seule dérogation éventuelle est la durée de garantie qui toutefois ne saurait être inférieure à une année »;

Considérant qu'il résulte de l'instruction que l'université Robert Schuman de Strasbourg fait valoir qu'une prestation isolée de maintenance du matériel existant, qui est économiquement peu intéressante pour les sociétés prestataires, risquerait d'être infructueuse ou de ne comprendre que des offres inacceptables y compris de la part du constructeur concerné par ces matériels ; qu'ainsi, l'administration a fait le choix d'inclure cette prestation en tant qu'option obligatoire dans le marché de fourniture de serveurs informatiques en constituant au total un potentiel économique intéressant ; qu'en outre, le candidat éventuel a la possibilité de faire appel à la sous-traitance ou de se grouper avec d'autres partenaires ; que, par ailleurs, la circonstance que des avis d'appel à la concurrence aient été publiés par d'autres pouvoirs adjudicateurs en isolant la prestation de maintenance des matériels existants n'est pas de nature, faute de connaître les résultats effectivement obtenus à ces offres, à remettre en cause la position de l'administration ; qu'enfin, la durée de la garantie concernée peut être ramenée à une année ce qui en minimise la portée ; que, dès lors que la société requérante ne peut utilement mettre en avant les contraintes éventuelles liées au recours à la sous-traitance ou au groupement ni ses options en matière de politique industrielle ou commerciale, les modalités d'allotissement retenues par l'université Robert Schuman respectent le principe de liberté d'accès à la commande publique tel que rappelé dans les articles susmentionnés du code des marchés publics ; que le moyen soulevé ne peut, par suite, qu'être écarté ;

Considérant en deuxième lieu qu'il résulte de l'instruction, et notamment de l'accusé de réception du 5 juin 2007 produit par l'université Robert Schuman lors de l'audience, qu'un avis d'appel public à la concurrence a été publié au journal officiel de l'union européenne ; que, dès lors, le moyen tiré de la méconnaissance des règles de publicité prévues par l'article 40-III du code des marchés publics manque en fait et doit, par suite, être écarté ;

Considérant en troisième lieu que la société requérante fait valoir que l'avis publié au bulletin officiel des annonces de marchés publics indique que le délai d'exécution du marché sera de quarante huit mois à compter de la date d'attribution du marché alors que l'article 3 du règlement de consultation précise que ledit marché prend effet à la date de sa notification et qu'il ne devient définitif et ne peut recevoir exécution qu'après notification au titulaire ; que de même l'article 3 du cahier des clauses administratives particulières prévoit que le marché prend effet à la date de sa notification ; qu'elle estime ainsi qu'il y a une discordance sur le délai d'exécution du marché ;

Considérant toutefois qu'il résulte de l'instruction qu'il n'y a aucune incertitude sur le délai d'exécution qui, s'agissant d'un marché passé par application de l'article 77 du code des marchés publics, est déclenché par l'envoi d'un bon de commande au titulaire du marché ; qu'au surplus, il n'est pas contesté que l'attribution du marché est matérialisée par sa notification et que le décalage avec la signature de l'acte d'engagement par le représentant du pouvoir adjudicateur ne peut, en tout état de cause, être que de faible durée ; que, dans ces conditions, il n'y a pas d'atteinte substantielle aux obligations de concurrence et de publicité ;

Considérant en quatrième lieu que si la SOCIETE DELL soutient que l'avis d'appel à la concurrence fait apparaître que chacune des entreprises candidates doit, afin d'évaluer ses capacités économiques, financières ou techniques, indiquer le chiffre d'affaires des trois derniers exercices comptables et, pour les entreprises de moins de quatre ans d'existence, les moyens techniques et humains à sa disposition alors que l'article 8.1 du règlement de consultation prévoit que les candidats doivent également joindre à la première enveloppe la fiche de références où ils devront préciser les références des administrations ou des entreprises qu'ils fournissent et qu'il en est de même pour les entreprises de plus de quatre ans d'existence ;

Considérant cependant qu'il ne résulte pas de l'instruction que les discordances ainsi soulevées, à les supposer établies, aient eu pour conséquence de porter de manière substantielle atteinte aux obligations en matière de concurrence et de publicité ;

Considérant en cinquième lieu que la société requérante fait valoir à titre accessoire que le numéro de téléphone et si possible le numéro d'un contact que doivent contenir les fiches de renseignements ne peuvent, par application de l'article 1er de l'arrêté du 28 août 2006 être exigé des candidats ;

Considérant toutefois qu'il n'est pas établi, par les seules affirmations de la SOCIETE DELL que le contenu contesté des fiches de renseignement, qui n'a pour seul objet que de définir les modalités de vérification de l'authenticité des déclarations des candidats, est contraire aux exigences posées par l'arrêté du 28 août 2006 ;

Considérant en sixième et dernier lieu que la société requérante soutient qu'il existe une ambiguïté sur le mode de transmission des offres ; qu'elle estime en effet que l'avis d'appel à la concurrence ne précise pas le mode de transmission des candidatures et des offres ;

Considérant qu'il résulte de l'instruction que, dans l'avis d'appel public à la concurrence, le pouvoir adjudicateur précise l'adresse à laquelle les offres doivent être envoyées ; qu'il en ressort qu'il s'agit d'une transmission des candidatures et des offres sur support papier soit par voie postale, soit par dépôt contre récépissé comme cela est rappelé dans l'article 10 du règlement de consultation ; que, dans ces conditions, il n'existe, contrairement à ce que la société requérante fait valoir, aucune ambiguïté sur les modes de transmission des offres de nature à méconnaître les règles de concurrence et de publicité ;

Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que les conclusions de la SOCIETE DELL aux fins d'application de l'article L.551-1 du code de justice administrative ne peuvent qu'être rejetées ;

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

Considérant qu'en vertu des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative, le tribunal ne peut pas faire bénéficier la partie tenue aux dépens ou la partie perdante du paiement par l'autre partie des frais qu'elle a exposés à l'occasion du litige soumis au juge ; que les conclusions présentées à ce titre par la SOCIETE DELL doivent dès lors être rejetées ;

ORDONNE

Article 1er : La requête susvisée de la SOCIETE DELL est rejetée

Article 2 : La présente ordonnance sera notifiée à la SOCIETE DELL et à l'université Robert Schuman

Le juge des référés,

Le greffier,

M. Wiernasz

Mlle Da Silva Pinto

La République mande et ordonne au Préfet du Bas-Rhin 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 de la présente ordonnance.

Pour expédition conforme
Le greffier

