

TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE PARIS

N°0615298

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

SOCIETE FORSUP CONSEIL

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Mme Gorree
Juge des référés

Ordonnance du 8 novembre 2006

Le Tribunal administratif de Paris,

Le juge des référés

Vu la requête, enregistrée le 19 octobre 2006, présentée pour la Société FORSUP CONSEIL, dont le siège social est situé 14 rue du 8 mai à Paris (75010), agissant poursuites et diligences de son représentant légal domicilié à qualité audit siège, par Me Véret, avocat ; la Société FORSUP CONSEIL demande au juge des référés :

- 1° de suspendre la procédure engagée par l'Assemblée des Chambres Françaises de Commerce et d'Industrie (ACFCI) en vue de la passation d'un marché relatif à la mise en place d'une plate-forme nationale de dématérialisation des marchés publics et d'ordonner sa reprise dans des conditions conformes aux dispositions réglementaires applicables ;
- 2° de condamner l'ACFCI à lui verser la somme de 1000 euros sur le fondement de l'article L. 761- 1 du code de justice administrative ;

Elle soutient que l'Assemblée des Chambres Françaises de Commerce et d'Industrie (ACFCI) a organisé une procédure d'appel d'offres ouvert afin de mettre en place une plate-forme nationale de dématérialisation des marchés publics qui comporte deux lots ; que le code des marchés publics est applicable à l'espèce ; que la société FORSUP CONSEIL a répondu à la consultation pour le lot n°1 en qualité de sous-traitante de la société IBM France à laquelle elle s'est associée pour présenter une offre commune ; que leur offre a toutefois été rejetée ; que la procédure de passation du marché est entachée de diverses violations ; qu'en premier lieu, l'avis de marché publié au Journal officiel de l'union européenne le 25 juillet 2006 ne contient pas d'information sur les modalités d'ouverture des offres, correspondant au paragraphe IV.3.8., en ce qui concerne la date et l'heure d'ouverture des offres ; qu'une telle information fait partie intégrante des renseignements imposés par le formulaire standard rempli par l'ACFCI ; que de ce premier chef l'annulation est encourue ; que par ailleurs, dans l'avis d'appel public à la concurrence, il n'est pas précisé la date d'envoi de cet avis au BOAMP ; qu'en conséquence le calcul du délai pour présenter une offre ne peut être effectué ; qu'ainsi il y a violation de l'arrêté du 30 janvier 2004 ; que l'article 45 du code des marchés publics est méconnu car il est exigé des références professionnelles depuis au moins cinq ans alors que ces références n'auraient dû porter que sur trois ans ; que la requérante n'ayant été créée que récemment a donc été contrainte de présenter sa candidature et son offre en tant

qu'entreprise sous-traitante alors qu'elle avait les capacités pour répondre seule à ce marché ; qu'un acheteur public ne saurait, à peine de nullité de la procédure, imposer la production de renseignements qui outrepassent les prescriptions de l'article 45 précité ; que s'agissant de l'énumération des documents demandés, la liste des documents demandés dans l'avis d'appel public à la concurrence qui mentionne « un extrait K et les justifications qui sont celles fixées dans le dossier de consultation » ne comporte pas les mêmes énumérations que celles qui figurent dans l'avis de marché où il est précisé « un extrait K Bis » et les renseignements qui sont fixés « dans le règlement de consultation » ; que s'agissant de la présentation de l'offre, il est précisé dans l'avis d'appel public à la concurrence que le candidat a « la possibilité de présenter pour un lot plusieurs lots » alors que dans l'avis de marché il est indiqué « qu'il convient de soumettre des offres pour un ou plusieurs lots et pour tous les lots » ; que deux cases ont été cochées dans l'avis de marché alors qu'une seule case aurait dû l'être ; que cette erreur conduit les candidats à présenter deux offres pour la consultation à savoir : une offre pour un ou plusieurs lots, une offre pour tous les lots ; que la description de la consultation est mal renseignée car dans l'avis de marché il n'est précisé qu'un seul lot sur les deux alors que la procédure d'appel d'offres comporte deux lots ;

Vu enregistré le 25 octobre 2006, le mémoire en défense présenté pour l'Assemblée des Chambres Françaises de Commerce et d'Industrie (A.C.F.C.I.), par Maître Alonso Garcia, avocat, tendant au rejet de la requête par les moyens qu'elle avait confié par marché public notifié le 28 octobre 2004 à la société IBM France la mise en place d'une plate-forme nationale de dématérialisation des marchés publics ; que la société IBM avait sous-traité ce marché à la société FORSUP CONSEIL ; que ce marché arrivant à échéance le 31 décembre 2006, une procédure d'appel d'offres a été lancée au mois de juillet 2006 pour renouveler ledit marché ; que l'offre de la société IBM a été rejetée, cette société en ayant été informée le 10 octobre 2006 ; qu'en premier lieu, la requête est irrecevable pour défaut d'intérêt à agir, la société FORSUP CONSEIL ne s'étant en effet pas portée candidate à l'attribution du marché en cause puisqu'elle n'est apparue qu'en qualité de société sous-traitante de la société IBM ; qu'en conséquence elle n'a pas vocation à être partie au contrat et en tout état de cause n'a pas été empêchée de se porter candidate à l'attribution de ce marché par des prétendus manquements affectant ladite procédure lancée par le pouvoir adjudicateur ; qu'elle était libre de constituer avec la société IBM un groupement conjoint ou solidaire pour répondre à la procédure d'appel d'offres lancée par l'ACFCI, tant l'avis d'appel public à concurrence que le règlement de consultation précisant que les candidats étaient libres de constituer un groupement pour répondre à cette procédure ; qu'en outre le rejet de candidature a été adressé logiquement au seul candidat, à savoir la société IBM et non à la société FORSUP qui n'était que sous-traitante ; que la requête formée par cette dernière est donc irrecevable ; qu'à titre subsidiaire, en premier lieu, au terme de la jurisprudence du Conseil d'Etat, l'absence des mentions relatives aux personnes autorisées à assister à l'ouverture des offres ainsi qu'aux date, heure et lieu de cette ouverture n'entachent pas la procédure de manquement aux obligations de publicité communautaire, compte tenu du fait qu'en droit français, la séance d'ouverture des plis n'est pas publique ; qu'ainsi le moyen soulevé par la requérante doit être rejeté ; qu'en deuxième lieu, l'avis d'appel public à concurrence publié au BOAMP par l'ACFCI indique, contrairement à ce que soutient la requérante, que ce dernier a été envoyé à la publication le 25 juillet 2006 ; que par ailleurs, l'ACFCI n'a pas demandé aux candidats de produire des renseignements ne figurant pas dans l'arrêté du 26 février 2004 puisque cet arrêté permet aux acheteurs d'exiger, au titre du contrôle des capacités techniques des candidats, la production d'une liste retraçant les prestations de services identiques effectuées ; qu'en l'occurrence, l'ACFCI a simplement permis aux candidats de présenter leurs références sur les cinq dernières années, les candidats demeurant libres de ne présenter que leurs références les plus récentes ; que la procédure est un appel d'offres ouvert et que le but n'était en conséquence pas de présélectionner un nombre restreint de candidats admis à déposer une offre ; qu'à cet égard le dossier de présentation d'IBM n'indiquait pas les années d'exécution de prestations

de service similaires et bien que le dossier ne respectait pas les exigences des documents de consultation, l'ACFCI a admis sa candidature ; qu'en quatrième lieu, l'ACFCI avait demandé au titulaire actuel du marché, la société IBM, d'insérer l'ensemble des informations contenues dans les formulaires officiels d'avis de publicité ; que c'est cette société et la société requérante en charge d'exécuter cette prestation qui ont mal retranscrit les informations concernant l'extrait K BIS et les justifications fixées dans le dossier de consultation ; que la société requérante est donc mal placée pour critiquer les prétendues incohérences ; qu'en tout état de cause ces erreurs matérielles ne sont pas sanctionnées par le juge car elles ne portent pas atteinte au principe de transparence et d'égalité de traitement des candidats ; que par ailleurs il n'y a pas d'ambiguïtés concernant les règles de présentation de l'offre, les deux avis de publicité précisant de façon identique que les candidats ont la possibilité de déposer une offre pour un seul lot ou pour un ou plusieurs lots et ce bien que la publicité communautaire exige formellement qu'une seule case soit remplie ; qu'enfin la division du marché en deux lots ne fait l'objet d'aucune discussion possible puisqu'il est précisé expressément que le marché est alloti ; qu'il est demandé la condamnation de la société requérante à lui verser la somme de 5000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Vu enregistré le 31 octobre 2006, le mémoire en réponse présenté pour la société FORSUP CONSEIL qui persévère en tous points dans les termes de sa requête et précise en outre qu'elle est au même titre que tout autre candidat, un candidat potentiel à soumissionner au marché dont s'agit, la procédure de référé précontractuel permettant de faire annuler une procédure de marché avant que le marché ne soit notifié ; que cette procédure est ouverte à tout candidat potentiel, la qualité d'entreprise principale, titulaire du marché, de co-traitant ou de sous-traitant n'étant reconnue comme telle que lorsque le marché est notifié ; qu'avant la notification, toutes les entreprises qui se présentent dans le cadre d'une consultation sont des candidats ayant vocation à conclure le contrat ; que dans les exemples cités par le défendeur, les organismes concernés n'avaient pas vocation à conclure un contrat dans la mesure où ils ne réalisent pas de prestations alors que le sous-traitant exécute des prestations et est payé par l'acheteur public ; qu'en outre elle a exécuté des prestations similaires au lot n°1 du marché à venir puisqu'elle a été l'attributaire unique du marché qui arrive à terme au mois de décembre ; qu'elle a donc intérêt à agir, contrairement à ce que soutient l'ACFCI ; que par ailleurs, elle s'est trouvée dans l'incapacité de soumissionner en tant que candidat unique et par suite contrainte de présenter sa candidature en tant que sous-traitante alors qu'elle avait les capacités professionnelles pour répondre seule au marché en cause car contrairement à ce que soutient l'ACFCI, les exigences qui figurent dans l'avis d'appel public à concurrence imposent bien des références depuis au moins cinq ans ; que l'article 45 du code des marchés publics est méconnu ; qu'à cet égard, d'après les informations qu'elle a pu recueillir, le titulaire pressenti, la société Atexo a une ancienneté de cinq ans ;

Vu enregistré le 2 novembre 2006, le mémoire en réplique présenté pour l'Assemblée des Chambres Françaises de Commerce et d'Industrie (ACFCI) qui persévère dans ses précédentes observations et précise en outre que le rejet de l'offre de la société IBM France n'est pas lié aux niveaux de références proposées par cette société ou par la société FORSUP CONSEIL mais justifié par le fait que la société IBM avait augmenté ses tarifs de 138% ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu le code des marchés publics ;

Vu l'arrêté en date du 26 février 2004 pris en application de l'article 45, alinéa premier, du code des marchés publics et fixant la liste des renseignements et/ou documents pouvant être demandés aux candidats aux marchés publics ;

Vu le code de justice administrative ;

Vu l'ordonnance n°0615298/3 du juge des référés en date du 20 octobre 2006 enjoignant de différer la signature du contrat ;

Vu la décision en date du 3 octobre 2006 par laquelle le président du tribunal administratif de Paris a désigné Mme Gorrée pour statuer sur les demandes de référé ;

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

Après avoir lu son rapport et entendu au cours de l'audience publique du 2 novembre 2006 :

- les observations de Me Véret, avocat, représentant la société FORSUP CONSEIL qui reprend les moyens développés dans sa requête et demande en outre, l'annulation de la procédure ;
- les observations de Me Alonso Garcia, avocat, représentant l'Assemblée des Chambres Françaises de Commerce et d'Industrie qui reprend les moyens développés dans ses mémoires en défense ;

Ladite audience ayant été tenue en présence de Mlle VITRY, greffier ;

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 du 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 ... » ;

Considérant qu'il résulte de l'instruction que l'Assemblée des Chambres Françaises de Commerce et d'Industrie (ACFCI) a lancé le 25 juillet 2006 un avis d'appel public à la concurrence en vue de la passation d'un marché relatif à la mise en place d'une plate-forme nationale de dématérialisation des marchés publics ; que la candidature de la société IBM France qui avait soumissionné pour le lot n° 1 de ce marché et présenté dans son offre la société FORSUP CONSEIL en qualité de sous-traitante, a été rejetée le 10 octobre 2006 ; que la société FORSUP CONSEIL,

pour demander la suspension de la procédure de passation en cours, expose que l'ACFCI a méconnu les règles de publicité et de mise en concurrence qui s'imposaient à elle ;

Sur la fin de non recevoir soulevée par l'A.C.F.C.I. tirée de l'irrecevabilité de la requête pour défaut d'intérêt à agir de la société FORSUP CONSEIL :

Considérant que l'ACFCI fait valoir que la société FORSUP CONSEIL qui ne s'est pas portée candidate soit seule, soit en groupement conjoint ou solidaire avec la société IBM, pour l'attribution du marché dont s'agit lors de la procédure de passation dudit marché, n'a en conséquence pas vocation à conclure ce contrat ; que dès lors elle n'aurait pas intérêt à agir au sens des dispositions susvisées de l'article L.551-1 du code de justice administrative et ne pourrait en l'espèce saisir le juge des référés précontractuels ;

Considérant toutefois que d'une part, il n'est pas contesté que la société FORSUP CONSEIL a exécuté et exécute toujours des prestations, pour le compte de l'ACFCI, en qualité de sous-traitante de la société IBM, titulaire unique du précédent marché, conclu le 28 octobre 2004 et venant à échéance le 31 décembre 2006, portant sur des prestations similaires à celles objet de la présente procédure d'appel d'offres ; que d'autre part, pour cet appel d'offres, la société FORSUP CONSEIL est présentée à nouveau par IBM, en qualité de sous-traitante, chargée d'effectuer les mêmes prestations que précédemment ; qu'il en résulte que la société FORSUP CONSEIL, alors même qu'elle n'a pas présenté sa candidature directement ou en groupement et n'a répondu qu'en tant que sous-traitante, a intérêt à ce que le contrat en cause soit conclu et est susceptible d'être lésée par un manquement aux obligations de mise en concurrence ; qu'elle a donc intérêt à agir en la présente affaire, contrairement à ce que soutient l'ACFCI dont la fin de non recevoir doit être écartée ; que par suite, la requête présentée par la société FORSUP CONSEIL est recevable ;

Sans qu'il soit besoin de statuer sur les autres moyens de la requête :

Considérant que la société FORSUP CONSEIL soutient que la procédure de passation du marché litigieux méconnaît notamment l'article 45 du code des marchés publics ainsi que l'arrêté du 26 février 2004 ;

Considérant qu'aux termes de l'article 45 du code des marchés publics : « A l'appui des candidatures, il ne peut être exigé que : 1° Des renseignements permettant d'évaluer les capacités professionnelles, techniques et financières du candidat et des documents relatifs aux pouvoirs de la personne habilitée pour l'engager et, en ce qui concerne les marchés passés pour les besoins de la défense, à sa nationalité. Au titre de ces capacités professionnelles, peuvent figurer des renseignements sur le savoir-faire des candidats en matière de protection de l'environnement et sur le respect de l'obligation d'emploi mentionnée à l'article L.323-1 du code du travail. Pour justifier de ses capacités professionnelles, techniques et financières, le candidat peut demander que soient également prises en compte les capacités professionnelles, techniques et financières d'un ou de plusieurs sous-traitants. Dans ce cas, il doit justifier des capacités de ce ou ces sous-traitants et du fait qu'il en dispose pour l'exécution du marché. La liste de ces renseignements et documents est fixée par arrêté du ministre chargé de l'économie ; ... » ; que l'article 1^{er} de l'arrêté du 26 février 2004, pris en application de ces dispositions, fixant la liste des renseignements et/ou documents

pouvant être demandés aux candidats aux marchés publics, prévoit : « A l'appui des candidatures et dans la mesure où ils sont nécessaires à l'appréciation des capacités des candidats, l'acheteur public ne peut demander que les renseignements ou l'un des renseignements et les documents ou l'un des documents suivants : (...) Présentation d'une liste des principales fournitures ou des principaux services fournis au cours des trois dernières années (...), indiquant notamment le montant, la date et le destinataire public ou privé ... » ;

Considérant qu'il ressort des termes mêmes de l'article 45 du code des marchés publics et de l'arrêté du 26 février 2004 précités que ces dispositions fixent limitativement l'étendue des renseignements et documents que la personne publique est en droit d'exiger des soumissionnaires à l'appui de leur candidature et notamment interdisent au pouvoir adjudicateur de demander la présentation d'une liste des principaux services fournis par les candidats depuis plus de trois ans ;

Considérant que s'agissant de la procédure de passation du marché en cause, l'ACFCI a demandé aux soumissionnaires dans la rubrique « III.2.1. Situation propre des opérateurs économiques. Renseignements et formalités nécessaires... » de l'avis d'appel public à concurrence publié au Journal officiel de l'Union Européenne ainsi que dans celle relative aux « justifications à produire quant aux qualités et capacités du candidat » de l'avis publié au Bulletin officiel des annonces des marchés publics de « produire leurs références depuis au moins cinq années pour des services similaires » ; que de même le règlement de consultation mentionnait à la rubrique B que « le volet D C6 dûment rempli et complété devra comporter les références du candidat depuis cinq ans » ; que certes l'ACFCI soutient qu'elle n'exigeait pas que les soumissionnaires produisent des renseignements ne figurant pas dans l'arrêté précité du 26 février 2004 et qu'il était simplement permis aux candidats, s'ils le jugeaient utile, de présenter leurs références sur les cinq dernières années, ceux-ci étant libres de ne fournir que des références plus récentes ; que toutefois, contrairement à ce que prétend la défenderesse, il ressort clairement des termes mêmes des avis d'appel public à concurrence et du règlement de consultation susmentionnés qu'aucun choix n'était laissé aux candidats potentiels et qu'au contraire des références professionnelles depuis au moins cinq ans étaient exigées de ces derniers ; qu'en conséquence, en imposant des références depuis cinq ans alors que l'article 45 du code des marchés publics et l'arrêté du 26 février 2004 pris pour l'application de cet article ne prévoient que trois ans, l'ACFCI a méconnu ces dispositions, ainsi que le soutient la société FORSUP CONSEIL qui précise à cet égard, que n'ayant été créée que depuis un peu plus de trois ans, elle a, de ce fait, été empêchée de soumissionner seule ;

Considérant par suite qu'il résulte de tout ce qui précède que la société FORSUP CONSEIL est fondée à soutenir que l'ACFCI a méconnu les obligations, qu'il lui incombait de respecter, de publicité et de mise en concurrence auxquelles était soumise la passation du marché en cause ; qu'il convient en conséquence d'annuler la procédure de mise en concurrence dudit marché et d'enjoindre à l'A.C.F.C.I. de reprendre la procédure, ainsi que le demande la société FORSUP CONSEIL ;

Sur les conclusions tendant à l'application 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 y a lieu dans les circonstances de l'espèce de condamner l'ACFCI à payer à la société FORSUP CONSEIL la somme de 1 000 € au titre des frais exposés et non compris dans les dépens ; qu'il y a lieu, en revanche, de rejeter les conclusions de l'ACFCI tendant à la condamnation de la société FORSUP CONSEIL au paiement de la somme de 5 000 € au titre de l'article L.761-1 du code de justice administrative ;

ORDONNE

Article 1^{er} : La procédure de passation du marché engagée par l'Assemblée des chambres françaises de commerce et d'industrie relative à la mise en place d'une plate-forme nationale de dématérialisation des marchés publics est annulée.

Article 2 : Il est enjoint à l'Assemblée des chambres françaises de commerce et d'industrie de reprendre la procédure en se conformant à ses obligations de publicité et de mise en concurrence.

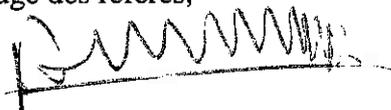
Article 3 : L'Assemblée des chambres françaises de commerce et d'industrie est condamnée à verser à la société FORSUP CONSEIL la somme de 1000 € au titre de l'article L.761-1 du code de justice administrative.

Article 4 : Les conclusions de l'Assemblée des chambres françaises de commerce et d'industrie tendant au paiement des frais exposés et non compris dans les dépens sont rejetées.

Article 5 : La présente ordonnance sera notifiée à la Société FORSUP CONSEIL et à l'Assemblée des chambres françaises de commerce et d'industrie.

Fait à Paris, le 8 novembre 2006.

Le juge des référés,



A. Gorrée

Le greffier,



R. Vitry

La République mande et ordonne au ministre de l'économie, des finances et de l'industrie 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.