

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE CERGY-PONTOISE**

N°1203587

SOCIETE COLUMBUS CONSULTING et autres
c/ conseil général des Hauts-de-Seine

Mme Housset
Juge des référés

Audience du 11 mai 2012
Ordonnance du 16 mai 2012

PCJA : 54-03-05
Code Lebon : C

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Le Tribunal administratif de Cergy-Pontoise,

Le juge des référés

Vu la requête, enregistrée le 26 avril 2012 par télécopie et régularisée le 30 avril suivant, présentée pour la SOCIETE COLUMBUS CONSULTING, dont le siège se situe au 38 avenue Hoche à Paris (75008), représentée par son président en exercice, la SOCIETE ARISMORE, dont le siège est au 137 bureau de la Colline à St Cloud (92210), représentée par son président en exercice, la SOCIETE ATEXO, dont le siège est au 17 boulevard des Capucines à Paris (75002), représentée par son président en exercice, par Me Giroud, avocat ;

La SOCIETE COLOMBUS CONSULTING et autres demandent au juge des référés statuant en application de l'article L. 551-1 du code de justice administrative :

1°) d'annuler la décision en date du 10 avril 2012 par laquelle la commission d'appel d'offres du conseil général des Hauts-de-Seine a écarté la candidature du groupement dont sont membres les sociétés requérantes, ensemble la décision par laquelle la commission a déclaré la procédure d'appel d'offres initiale infructueuse ;

2°) d'annuler la décision d'autoriser le conseil général des Hauts-de-Seine à lancer une procédure négociée, ensemble la procédure négociée lancée en vertu de cette autorisation ;

3°) d'annuler l'ensemble de la procédure d'appel d'offres initiale à compter du lendemain de la date limite fixée pour la réception des candidatures et des offres ;

4°) d'enjoindre au conseil général des Hauts-de-Seine de reprendre la procédure initiale dans l'état dans laquelle elle se trouvait à la date du 18 février 2012, de réexaminer leur offre et, le cas échéant, de leur permettre de la compléter ;

5°) de mettre à la charge du conseil général des Hauts-de-Seine la somme de 2.500 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Les sociétés requérantes soutiennent :

- que leur requête, recevable, relève bien du champ d'application du référé précontractuel ;
- que la décision par laquelle la commission d'appel d'offres a déclaré l'appel d'offre infructueux méconnaît les dispositions de l'article 35- I-1° du code des marchés publics, l'offre des sociétés requérantes n'étant ni irrégulière ni inacceptable ; que la charge de la preuve du caractère infructueux pèse sur le pouvoir adjudicateur ;
- que si le motif du rejet de l'offre des sociétés requérantes repose sur l'absence de réponse à un courrier de demande de complément, qui leur aurait été adressé par courrier dématérialisé du 2 mars 2012, ce motif est entaché d'erreur de fait dès lors que ce courrier n'a jamais été réceptionné par les requérantes ; que ce motif erroné constitue un manquement aux obligations de mise en concurrence ;
- que le pouvoir adjudicateur ne pouvait légalement recourir à la procédure négociée qu'à la condition de ne pas porter de responsabilité dans l'échec de la procédure initiale ; qu'il résulte de ce qui précède qu'en raison de l'éviction irrégulière des sociétés requérantes de la procédure initiale, le recours par le conseil général à la procédure négociée est irrégulier ;
- que contrairement au motif retenu par le conseil général des Hauts-de-Seine dans sa décision du 19 avril 2012, l'offre a été signée électroniquement par un mandataire habilité, en application des articles 11, 48 et 56 du code des marchés publics et 7.2 du règlement de consultation ;
- qu'elles n'étaient pas tenues, en application du III de l'article 45 du code des marchés publics, de justifier des capacités de leurs sous-traitants, dès lors qu'elles justifiaient de leurs propres capacités ;
- qu'ayant posé leur candidature lors de la procédure d'appel d'offre, le pouvoir adjudicateur était tenu, en application de l'article 35- I-1° du code des marchés publics, de les faire participer à la négociation ;

Vu, enregistré le 9 mai 2012, le mémoire présenté par le conseil général des Hauts-de-Seine, représenté par son président en exercice, par Me Berkovicz, avocat qui conclut au rejet de la requête et à la condamnation du groupement requérant à lui verser la somme de 3.500 euros au titre de l'article L.761-1 du code de justice administrative ;

Le conseil général des Hauts-de-Seine fait valoir :

- que la requête est irrecevable : que le groupement ne dispose pas d'un intérêt à agir au sens de l'article L. 551-10 du code de justice administrative dès lors que sa candidature a été rejetée sur le fondement de l'article 52 du code des marchés publics et ne saurait ainsi se prévaloir d'irrégularités qui auraient été commises à ce stade de la procédure dès lors qu'il n'est pas susceptible d'avoir été lésé ;
- qu'à titre subsidiaire, la requête devra être rejetée au fond : qu'il ne fait pas de doute que la décision de la commission d'appel d'offres déclarant l'infructuosité de la procédure est légale dès lors que d'une part, les offres des deux autres candidats étaient inacceptables au sens de l'article 35-I-1° du code des marchés publics dans la mesure où les crédits budgétaires alloués au marché en cause après évaluation du besoin à satisfaire ne permettaient pas au département de financer chacune des deux offres comme en atteste la délibération de la commission permanente en date du 13 décembre 2011 portant estimation des besoins dans le cadre de l'objet du marché litigieux ;
- que par ailleurs, le recours à la procédure négociée ne souffre d'aucune irrégularité, la candidature du groupement requérant étant incomplète ; que d'une part, l'imprimé DC1 du groupement n'a pas été signé électroniquement par les membres du groupement, ce qui était exigé par le règlement de la consultation, le mandataire s'étant contenté à cet égard de signer le fichier zip contenant ce document ; que d'autre part, le groupement n'a pas communiqué les pièces des opérateurs économiques sur lesquels s'appuie le groupement, à savoir deux sous-traitants, telles qu'exigées par l'article 4.1 du règlement de la consultation ; qu'enfin, le groupement n'a pas répondu à la demande du département sur le complément de pièces qui lui a été adressée le 2 mars 2012, dont il a bien été destinataire contrairement à ce qu'il soutient ;
- que l'éviction du groupement requérant de la procédure négociée sans publicité mais avec

mise en concurrence était justifiée puisque sa candidature a été rejetée et que par suite, il n'a pas présenté une offre respectant les exigences relatives aux délais et modalités formelles de présentation des offres comme le prévoit l'article 35-I-1° du code des marchés publics ;

Vu le mémoire en réplique, enregistré le 10 mai 2012, présenté pour la SOCIETE COLUMBUS CONSULTING, la SOCIETE ARISMORE et la SOCIETE ATEXO, représentées par leurs présidents respectifs en exercice, par Me Giroud, avocat ;

La SOCIETE COLOMBUS CONSULTING et autres concluent aux mêmes fins par les mêmes moyens et soutiennent en outre :

- que leur requête est recevable et que la solution rendue par le Conseil d'Etat dans sa décision du 11 avril 2012, req. n°354652, invoquée par le conseil général en défense ne leur est pas transposable ; qu'il conteste l'éviction même de sa candidature ;

- que la déclaration d'infructuosité est illégale en ce que le conseil général des Hauts-de-Seine a sous évalué l'estimation du marché engendrant ainsi des écarts importants entre son évaluation initiale et les offres des deux autres concurrents ;

- que c'est à tort que sa candidature a été écartée dans la mesure où il n'a pas été mis à même de pouvoir la compléter n'ayant pas été destinataire – de manière effective – de la demande en ce sens adressée par le conseil général ;

Vu les pièces jointes à la requête ;

Vu le code des marchés publics ;

Vu le code de justice administrative ;

Vu la décision par laquelle le président du Tribunal a désigné Mme Housset, conseiller, pour statuer sur les requêtes en référé ;

Après avoir convoqué à l'audience publique :

- la SOCIÉTÉ COLOMBUS CONSULTING, la SOCIÉTÉ ARISMORE, la SOCIÉTÉ ATEXO ;

- et le président du conseil général des Hauts-de-Seine ;

Après avoir entendu au cours de l'audience publique qui s'est tenue le 11 mai 2012 à 15h00 :

- le rapport de Mme Housset, juge des référés ;

- Me Giroud, représentant la SOCIÉTÉ COLOMBUS CONSULTING, la SOCIÉTÉ ARISMORE et la SOCIÉTÉ ATEXO ;

- Me Marques substituant Me Berkovicz, représentant le conseil général des Hauts-de-Seine ;

Vu les pièces produites à l'audience ;

La clôture de l'instruction ayant été différée à l'issue de l'audience au 15 mai 2012 à 12h00 en application des dispositions de l'article R. 522-8 du code de justice administrative pour permettre aux parties de présenter des observations en réponse à la pièce fournie par le département des Hauts-de-Seine au cours de l'audience ;

Vu la note en délibéré, enregistrée au greffe le 15 mai 2012, à 9h15 pour la SOCIÉTÉ COLOMBUS CONSULTING, la SOCIÉTÉ ARISMORE et la SOCIÉTÉ ATEXO, par Me Giroud ;

Vu la note en délibéré, enregistrée au greffe le 15 mai 2012 à 11h54, pour le département des

Hauts-de-Seine, par Me Berkovicz ;

Considérant qu'aux termes de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, dans sa rédaction issue de l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 applicable comme en l'espèce aux contrats pour lesquels une consultation a été engagée à partir du 1^{er} décembre 2009 : « *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* » ; que l'article L. 551-2 du même code dispose : « *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, saufs'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.* » ; qu'aux termes de l'article L. 551-3 de ce même code : « *Le président du tribunal administratif ou son délégué statue en premier et dernier ressort en la forme des référés.* » ; qu'enfin, aux termes de l'article L. 551-10 : « *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 (...).* » ; qu'en application de ces dernières dispositions, il incombe au juge du référé précontractuel de rechercher si, eu égard à sa portée et au stade de la procédure auquel il se rapporte, le manquement allégué aux obligations de publicité et de mise en concurrence est susceptible de léser ou d'avoir lésé la société requérante, fût-ce de manière indirecte en favorisant une autre entreprise ;

Sur les conclusions aux fins d'annulation de la procédure initiale de passation du marché et de la décision du 10 avril 2012, sans qu'il soit besoin de statuer sur les autres moyens de la requête :

Considérant que, par un avis d'appel public à la concurrence publié le 22 décembre 2011, le conseil général des Hauts-de-Seine (ci-après le département) a lancé, selon la procédure d'appel d'offres ouvert, une consultation en vue de l'attribution d'un marché portant sur « des prestations d'assistance à maîtrise d'œuvre, maîtrise d'ouvrage et d'architecture pour la mise en œuvre de la feuille de routes des systèmes d'information et acquisition d'une solution d'architecture associée » ; qu'à l'issue de l'ouverture des plis, il a été demandé à l'ensemble des candidats de compléter leurs candidatures via la plate-forme de dématérialisation des marchés publics du département avant le 9 mars 2012 ; que lors de la réunion d'ouverture des compléments de candidatures, il a été constaté que deux candidats avaient répondu à la demande de pièces complémentaires, contrairement au groupement composé de la SOCIÉTÉ COLOMBUS CONSULTING, la SOCIÉTÉ ARISMORE et la SOCIÉTÉ ATEXO ; que la commission d'appel d'offres a déclaré la candidature du groupement comme étant incomplète ; qu'à la suite de l'examen des offres des deux autres candidats, la commission d'appel d'offres, a, conformément aux dispositions des articles 58-III et 59-III du code des marchés publics, déclaré la procédure infructueuse, les offres ayant été considérées comme inacceptables au sens des dispositions de l'article 35-I-1° du code des marchés publics ; que le département a décidé de lancer une procédure négociée sans publicité préalable et avec mise en concurrence conformément au dernier alinéa de l'article 35-I-1° avec les deux candidats dont la candidature avait été agréée et ayant soumis des offres respectant les exigences relatives aux délais et modalités formelles de présentation des offres ; que la SOCIÉTÉ COLOMBUS CONSULTING, la SOCIÉTÉ ARISMORE et la SOCIÉTÉ ATEXO demandent notamment et principalement au juge des référés précontractuels d'annuler l'ensemble de la procédure d'appel d'offres ouvert initiale, ainsi que la décision du 10 avril 2012 par laquelle la commission d'appel d'offres du département des Hauts-de-Seine a écarté la candidature du groupement dont sont

membres les sociétés requérantes;

Considérant qu'aux termes de l'article 52 du code des marchés publics : « I- avant de procéder à l'examen des candidatures, le pouvoir adjudicateur qui constate que les pièces dont la production était réclamée sont absentes ou incomplètes peut demander à tous les candidats concernés de compléter leur dossier de candidature dans un délai identique pour tous et qui ne saurait être supérieur à dix jours » ; qu'aux termes de l'article 56 du même code: « I. - Les documents écrits mentionnés par le présent code peuvent être remplacés par un échange électronique ou par la production d'un support physique électronique. Une copie de sauvegarde peut être envoyée dans des conditions fixées par arrêté du ministre chargé de l'économie. II. - Pour les marchés ou les accords-cadres passés selon une procédure formalisée, le pouvoir adjudicateur assure la confidentialité et la sécurité des transactions sur un réseau informatique accessible de façon non discriminatoire, dans les conditions fixées par arrêté du ministre chargé de l'économie. » ; qu'aux termes de l'article 5 de l'arrêté du 14 décembre 2009 relatif à la dématérialisation des procédures de passation des marchés publics : « Le dépôt des candidatures et des offres transmises par voie électronique ou sur support physique électronique donne lieu à un accusé de réception indiquant la date et l'heure de réception. » ; qu'aux termes de l'article 7.1 du règlement de la consultation intitulé « Mentions générales introductives », il est prévu : « La plate-forme de dématérialisation des marchés publics du pouvoir adjudicateur est accessible sur Internet à l'adresse suivante : <http://marches-publics.hauts-de-seine.net>. Un guide d'utilisation de la plate-forme de dématérialisation des marchés publics est téléchargeable sur la plate-forme (rubrique « Aide » sous-rubriques « guides d'utilisation »). Ce guide d'utilisation à destination des opérateurs économiques au format PDF décrit précisément les différentes fonctionnalités de la plate-forme. » ; qu'il ressort de ce guide d'utilisation que : « 3.7 Messagerie sécurisée : envoi de courriel avec AR : La plate-forme intègre une fonction de Messagerie sécurisée avec accusé de réception opposable, qui permet à chaque Entité publique d'échanger des courriers électroniques sécurisés avec les soumissionnaires, selon le même principe que les lettres recommandées avec accusé de réception. Que ce soit pour demander des compléments, des précisions, ou pour notifier une décision de l'organisme, cette fonction permet une continuité dans la dématérialisation des échanges entre l'Entité Publique et les Entreprises. Pour accéder au contenu, il faut cliquer sur le lien et accéder ainsi directement au contenu du message sur la plateforme. De façon analogue à une lettre recommandée avec accusé de réception, le courrier électronique fait l'objet d'un accusé de réception horodaté par le destinataire. » ;

Considérant qu'il résulte de l'instruction que le département des Hauts-de-Seine justifie avoir envoyé au groupement requérant la demande de pièces et de renseignements pour compléter sa candidature le 2 mars 2012 à 11h01 par courriel, via sa plate-forme dématérialisée ; qu'une demande dans le même sens a été adressé aux autres candidats le même jour à quelques minutes d'intervalle ; que s'il est également établi que ce courriel est parvenu sur le serveur technique, il ne ressort pas des pièces du dossier que la SOCIÉTÉ COLOMBUS CONSULTING, mandataire du groupement ait reçu sur sa boîte mail l'indication selon laquelle un document le concernant pouvait être consulté sur la plate-forme de dématérialisation des marchés publics du département des Hauts-de-Seine ; que dans ces conditions, rien au dossier ne permet techniquement d'établir que la SOCIÉTÉ COLOMBUS CONSULTING avait bien reçu le courriel en cause ; que le département ne s'est pas préoccupé qu'un seul candidat uniquement n'ait pas reçu ladite demande contrairement aux autres ; que si en défense, le département des Hauts-de-Seine fait valoir qu'il n'appartenait pas au pouvoir adjudicateur de s'assurer que l'ensemble des candidats avaient bien pris connaissance des demandes de complément, il lui incombait, dans le respect du principe d'égalité de traitement entre les candidats de s'assurer que le mail était bien parvenu sur la boîte mail de la SOCIÉTÉ COLOMBUS CONSULTING ou, à tout le moins, de lui réexpédier le message contenant l'information qu'un document la concernant pouvait être consulté sur la plate-forme de dématérialisation ; que par suite, il n'est pas établi que le groupement dont la SOCIÉTÉ COLOMBUS CONSULTING est le mandataire ait été à même de pouvoir compléter sa

candidature contrairement aux autres candidats ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que la SOCIÉTÉ COLOMBUS CONSULTING, la SOCIÉTÉ ARISMORE et la SOCIÉTÉ ATEXO, composant le groupement candidat, sont fondées à soutenir que le département des Hauts-de-Seine a entaché la passation du marché litigieux d'une méconnaissance des règles de mise en concurrence ; que, compte tenu de la portée de ce manquement et du stade de la procédure auquel il est intervenu, il est susceptible d'avoir lésé les sociétés requérantes ; qu'elles sont donc fondées à demander l'annulation de l'ensemble de la procédure d'appel d'offres et de la décision du 10 avril 2012 par laquelle la commission d'appel d'offres du département des Hauts-de-Seine a écarté la candidature du groupement dont sont membres les sociétés requérantes ;

Sur les conclusions aux fins d'injonction :

Considérant que, compte tenu de la mesure d'annulation prononcée par la présente ordonnance, il appartient au département des Hauts-de-Seine, s'il entend toujours conclure un tel marché, de reprendre intégralement la procédure de passation du marché de « prestations d'assistance à maîtrise d'œuvre, maîtrise d'ouvrage et d'architecture pour la mise en œuvre de la feuille de routes des systèmes d'information et acquisition d'une solution d'architecture associée », selon la procédure d'appel d'offres ouvert ;

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

Considérant qu'il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de faire application de ces dispositions et de mettre à la charge du département des Hauts-de-Seine une somme de 1.500 euros au titre des frais exposés par la SOCIÉTÉ COLOMBUS CONSULTING, la SOCIÉTÉ ARISMORE et la SOCIÉTÉ ATEXO et non compris dans les dépens ;

ORDONNE :

Article 1^{er} : La procédure de passation du marché de « prestations d'assistance à maîtrise d'œuvre, maîtrise d'ouvrage et d'architecture pour la mise en œuvre de la feuille de routes des systèmes d'information et acquisition d'une solution d'architecture associée » engagée par le département des Hauts-de-Seine est annulée.

Article 2 : Il est enjoint au département des Hauts-de-Seine, s'il entend toujours poursuivre la conclusion du marché envisagé, de reprendre la procédure de passation en intégralité.

Article 3 : Le département des Hauts-de-Seine versera à la SOCIÉTÉ COLOMBUS CONSULTING, la SOCIÉTÉ ARISMORE et la SOCIÉTÉ ATEXO la somme de 1.500 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 4 : La présente ordonnance sera notifiée à la SOCIÉTÉ COLOMBUS CONSULTING, la SOCIÉTÉ ARISMORE et la SOCIÉTÉ ATEXO et au conseil général des Hauts-de-Seine.

Fait à Cergy-Pontoise, le 16 mai 2012.

<p>Le juge des référés,</p> <p>Signé</p> <p>C. HOUSSET</p>	<p>Le greffier,</p> <p>Signé</p> <p>V. LEVEQUE-ARTAUD</p>
--	---

La République mande et ordonne au préfet des Hauts-de-Seine 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