

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE LYON**

N° 1107272

SOCIETE DIGITAL RURAL INFORMATIQUE

M. Wyss
Juge des référés

Audience du 15 décembre 2011
Ordonnance du 19 décembre 2011

C-BJ

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Le Tribunal administratif de Lyon,

Le juge des référés

Vu la requête sommaire et le mémoire complémentaire, enregistrés les 30 novembre 2011 et 2 décembre 2011, présentés par la SOCIETE DIGITAL RURAL INFORMATIQUE (DRI), dont le siège est Le Grand Courgoult à Rouez en Champagne (72140) ;

La SOCIETE DIGITAL RURAL INFORMATIQUE demande au tribunal :

1°) d'enjoindre à l'OPAC du Rhône de différer la signature du marché public ayant pour objet l'hébergement de son site Internet ;

2°) d'enjoindre à l'OPAC du Rhône de fournir les pièces ayant permis l'établissement des notes techniques de la SARL DRI, ainsi que le compte rendu de la réunion de négociation ;

Elle soutient qu'en jugeant l'offre technique de la SARL DRI « moyenne », alors qu'elle répondait en tous points à la demande, et qu'elle avait été jugée très honorable par d'autres pouvoirs adjudicateurs, l'OPAC du Rhône a commis une erreur dans l'analyse de son offre ; que cette « dégradation » des notes techniques de la SARL DRI avait pour seul objectif de ne pas lui confier le dossier, puisque à la note prix, cette dernière avait obtenu la note maximale de 40/40 ;

Vu le mémoire en défense, enregistré le 13 décembre 2011, présenté pour l'OPAC du Rhône, dont le siège est au 194, rue Duguesclin à Lyon 69433) Cedex 03, par Me Karpenschif, avocat au barreau de Lyon ; l'OPAC du Rhône conclut :

1°) au rejet de la requête de la SARL DRI tendant à ce qu'il soit enjoint à l'OPAC du Rhône de différer la signature du marché et à communiquer des pièces du marché et le compte rendu de la réunion de négociation ;

2°) à ce que le tribunal mette à la charge de la SARL DRI la somme de 2 000 en application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Il fait valoir que, suite au courrier du 21 novembre 2011 rejetant l'offre de la SARL DRI, l'OPAC du Rhône a, par télécopie en date du 21 novembre 2011, indiqué, en sus des voies de recours ouvertes au concurrent évincé, qu'il respecterait un délai de 11 jours entre la date d'envoi de la présente télécopie et la date de conclusion du marché ; que le marché litigieux a été signé par l'OPAC du Rhône le 2 décembre 2011 avec la société Alter Way Hosting ; que cette signature est intervenue valablement après avoir respecté le délai de 11 jours prévu en cas de notification par fax conformément aux dispositions de l'article 46 du décret n° 2005-1742 du 30 décembre 2005 ; que dès lors, le référé précontractuel présenté par la SARL DRI est irrecevable ;

Vu le mémoire en réplique, enregistré le 14 décembre 2011, présenté pour la SARL DRI, par Me Prudhon, avocat au barreau de Lyon ; elle demande au tribunal :

1°) d'ordonner à l'OPAC du Rhône de se conformer à ses obligations et de suspendre l'exécution de toute décision qui se rapporte à la passation du contrat ;

2°) de prononcer l'annulation du contrat signé le 2 décembre 2011 entre l'OPAC du Rhône et la société Alter Way Hosting ;

3°) de mettre à la charge de l'OPAC du Rhône la somme de 2 000 euros en application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Elle soutient que l'OPAC du Rhône, en s'abstenant de définir dans le règlement du marché la notion de « *plus value significative* », empêchant ainsi les candidats de formaliser leur offre de manière à satisfaire les besoins de l'OPAC et lui permettant de modérer ou d'augmenter à sa guise et sans contrôle possible les notes des candidats, alors que cette notion a justement servi, au regard du rapport d'analyse des offres, à écarter la candidature de la SARL DRI, a manqué aux règles de publicité et de mise en concurrence ; que le greffe du tribunal, ayant informé dès le 1^{er} décembre 2011, par fax, l'OPAC du Rhône, du recours introduit par la SARL DRI à l'encontre de la procédure litigieuse, ce dernier a signé le marché en ignorant volontairement l'information portée à sa connaissance de la saisine du juge, rendant ainsi recevable la société requérante à engager un référé contractuel pour obtenir la nullité du contrat au regard des dispositions de l'article L. 551-18 du code de justice administrative ; que dès lors, du fait de la signature du marché en violation de l'article L. 551-4 du code précité, et des manquements commis aux règles de publicité et de mise en concurrence, la SARL DRI est fondée à demander et à obtenir l'annulation du contrat signé le 2 décembre 2011 entre l'OPAC du Rhône et la société Alter Way Hosting ;

Vu le nouveau mémoire, enregistré le 15 décembre 2011, présenté pour la SARL DRI, par Me Prudhon ; elle conclut aux mêmes fins, par les mêmes moyens que le mémoire en réplique ; elle soutient que la procédure litigieuse, en ce que le système de notation, qui prévoit de noter pour un même type de réponse « *2 ou 3 points si pas de plus value significative* » ou « *4 ou 5 points si plus value significative* », alors que compte tenu du nombre total d'items, soit 19 items permettant d'apprécier le critère « *fonctionnalités et performances des solutions techniques de l'offre* » et 37 items pour le critère « *qualité et pertinence de l'offre globale* », items qui sont en réalité des critères, la méthode de notation permet de pouvoir créer des écarts importants de notes entre les candidats et ce à la discrétion de l'OPAC du Rhône, n'est ni équitable, ni transparente et donc contraire aux règles de mise en concurrence ;

Vu le mémoire, enregistré le 15 décembre 2011, présenté pour l'OPAC du Rhône, par Me Karpenschif ; l'OPAC du Rhône persiste dans ses précédentes écritures et fait valoir en outre que la société requérante ne peut prétendre que l'un des sous-critères de notation, porté à la connaissance des soumissionnaires par l'OPAC du Rhône dans les documents de la consultation, lui aurait conféré un pouvoir de nature à détourner les règles de mise en concurrence afin d'écarter injustement l'offre de la SARL DRI alors que les critères d'évaluation des offres ont été portés à la connaissance des candidats dès l'origine de la procédure dans la plus grande transparence, de même que leur pondération, et qu'à aucun moment de la procédure la SARL DRI n'a contacté l'OPAC du Rhône pour demander des éclaircissements quant à l'utilisation du sous-critère contesté ; que, s'agissant de l'irrecevabilité du référé contractuel présenté à titre subsidiaire par la SARL DRI, la société requérante, en s'abstenant de notifier au pouvoir adjudicateur son recours en référé précontractuel, et en manquant ainsi aux dispositions de l'article R. 551-1 du code de justice administrative, alors même que le marché contesté avait déjà été signé avec l'attributaire du marché, ne peut dès lors être déclarée recevable à introduire un référé contractuel ;

Vu la décision par laquelle le président du tribunal a désigné M. Wyss comme juge des référés ;

Vu les pièces jointes à la requête ;

Vu le décret n° 2005-1742 du 30 décembre 2005 fixant les règles applicables aux marchés passés par les pouvoirs adjudicateurs mentionnés à l'article 3 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.

Vu le code des marchés publics ;

Vu le code de justice administrative ;

Les parties ayant été régulièrement convoquées à l'audience ;

Après avoir donné rapport de l'affaire et entendu en audience publique le 15 décembre 2011 les observations de Me Prudhon, avocat de la SARL DIGITAL RURAL INFORMATIQUE, et de Me Karpenschif, avocat de l'OPAC du Rhône;

Considérant que l'OPAC du Rhône a engagé une procédure adaptée en vue de la passation d'un marché ayant pour objet l'hébergement de son site Internet ; que le rejet de l'offre présentée par la SOCIETE DRI en vue de l'attribution du marché lui a été notifié par lettre du 21 novembre 2011 ; que, par la présente requête, la SOCIETE DRI a initialement demandé au juge des référés précontractuels, sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, l'annulation de la procédure mise en œuvre par le département de l'Orne pour l'attribution de ce marché ; qu'après avoir appris au cours de l'instruction de sa requête que le marché avait été signé par l'OPAC du Rhône le 2 décembre 2011 avec la société Alter Way Hosting, la SOCIETE DRI a demandé au juge des référés contractuels, sur le fondement de l'article L. 551-13 du code de justice administrative, de prononcer la nullité du marché ;

Sur les conclusions présentées sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative :

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. / Le juge est saisi avant la conclusion du contrat* » ; qu'aux termes de l'article L. 551-2 dudit 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* » ; qu'aux termes de l'article L. 551-3 du même code : « *Le président du tribunal administratif ou son délégué statue en premier et dernier ressort en la forme des référés* » ; et qu'aux termes de l'article L. 551-4 de ce code « *Le contrat ne peut être signé à compter de la saisine du tribunal administratif et jusqu'à la notification au pouvoir adjudicateur de la décision juridictionnelle* » ;

Considérant qu'il résulte des dispositions de l'article L. 551-1 précité du code de justice administrative que les pouvoirs conférés au juge administratif par la procédure spéciale instituée par cet article ne peuvent plus être exercés après la conclusion du contrat ;

Considérant qu'il résulte de l'instruction et, notamment des pièces produites par l'OPAC du Rhône, que le marché litigieux a été signé le 2 décembre 2011, postérieurement à l'enregistrement de la requête présentée par la société DRI sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative ; que, par suite, il n'y a plus lieu de statuer sur ces conclusions ;

Sur les conclusions présentées sur le fondement des articles L. 551-13 et suivants du code de justice administrative :

Considérant qu'aux termes de l'article L. 551-13 du code de justice administrative : « *Le président du tribunal administratif, ou le magistrat qu'il délègue, peut être saisi, une fois conclu l'un des contrats mentionnés aux articles L. 551-1 et L. 551-5, d'un recours régi par la présente section* » ; qu'aux termes de l'article L. 551-14 du même code : « *Les personnes habilitées à agir sont celles qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par des manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles sont soumis ces contrats, ainsi que le représentant de l'Etat dans le cas des contrats passés par une collectivité territoriale ou un établissement public local. / Toutefois, le recours régi par la présente section n'est pas ouvert au demandeur ayant fait usage du recours prévu à l'article L. 551-1 ou à l'article L. 551-5 dès lors que le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice a respecté la suspension prévue à l'article L. 551-4 ou à l'article L. 551-9 et s'est conformé à la décision juridictionnelle rendue sur ce recours* » ; qu'aux termes de l'article L. 551-18 dudit code : « *Le juge prononce la nullité du contrat lorsqu'aucune des mesures de publicité requises pour sa passation n'a été prise, ou lorsque a été omise une publication au Journal officiel de l'Union européenne dans le cas où une telle publication est prescrite. / La même annulation est prononcée lorsqu'ont été méconnues les modalités de remise en concurrence prévues pour la passation des contrats fondés sur un accord-cadre ou un système*

d'acquisition dynamique. / Le juge prononce également la nullité du contrat lorsque celui-ci a été signé avant l'expiration du délai exigé après l'envoi de la décision d'attribution aux opérateurs économiques ayant présenté une candidature ou une offre ou pendant la suspension prévue à l'article L. 551-4 ou à l'article L. 551-9 si, en outre, deux conditions sont remplies : la méconnaissance de ces obligations a privé le demandeur de son droit d'exercer le recours prévu par les articles L. 551-1 et L. 551-5, et les obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles sa passation est soumise ont été méconnues d'une manière affectant les chances de l'auteur du recours d'obtenir le contrat » ; qu'enfin, aux termes de l'article L. 551-20 : « Dans le cas où le contrat a été signé avant l'expiration du délai exigé après l'envoi de la décision d'attribution aux opérateurs économiques ayant présenté une candidature ou une offre ou pendant la suspension prévue à l'article L. 551-4 ou à l'article L. 551-9, le juge peut prononcer la nullité du contrat, le résilier, en réduire la durée ou imposer une pénalité financière » ;

En ce qui concerne la recevabilité des conclusions :

Considérant qu'il résulte de l'instruction que la SARL DRI a exercé un référé précontractuel contre la procédure litigieuse le 30 novembre 2011 qui a été communiqué au pouvoir adjudicateur le 1^{er} décembre 2011 par le greffe du tribunal administratif de Lyon ; que, toutefois, l'OPAC du Rhône a, durant le délai de suspension prévu à l'article L. 551-4 précité et alors qu'il ne se trouvait pas dans l'ignorance du référé précontractuel, signé le contrat le 2 décembre 2011 avec la société Alter Way Hosting ; qu'il suit de là qu'alors même que la SOCIETE DRI n'avait pas elle-même notifié son recours au pouvoir adjudicateur, la fin de non recevoir opposée par l'OPAC du Rhône doit être écartée ;

En ce qui concerne le bien fondé des conclusions :

Considérant qu'en ce qui concerne l'ensemble des contrats mentionnés à l'articles L. 551-1 du code de justice administrative, les manquements susceptibles d'être utilement invoqués dans le cadre du référé contractuel sont, comme les sanctions auxquelles ils peuvent donner lieu, limitativement définis aux articles L. 551-18 à L. 551-20 du même code ; qu'ainsi le juge des référés ne peut prononcer la nullité mentionnée à l'article L. 551-18, c'est-à-dire annuler le contrat, ou le, cas échéant, prendre les autres mesures prévues aux articles L. 551-19 et L. 551-20, que dans les conditions prévues par ces articles ;

Considérant que s'agissant des marchés passés selon une procédure adaptée, qui ne sont pas soumis à l'obligation, pour le pouvoir adjudicateur, de notifier aux opérateurs économiques ayant présenté une offre, avant la signature du contrat, la décision d'attribution, l'annulation d'un tel contrat ne peut, en principe, résulter que du constat des manquements mentionnés aux deux premiers alinéas de l'article L. 551-18, c'est-à-dire de l'absence des mesures de publicités requises pour sa passation ;

Considérant que le juge du référé contractuel doit également annuler un marché à procédure adaptée, sur le fondement des dispositions du troisième alinéa de l'article L. 551-18 du code de justice administrative, ou prendre l'une des autres mesures mentionnées à l'article L. 551-20 dans l'hypothèse où, alors qu'un recours en référé précontractuel a été formé, le pouvoir adjudicateur n'a pas respecté la suspension de signature du contrat prévue aux articles L. 551-4 et L. 551-9 ou ne s'est pas conformé à la décision juridictionnelle rendue sur ce référé ;

Considérant, d'une part, qu'ainsi qu'il a été dit, l'OPAC du Rhône a signé le marché litigieux avec la société Alter Way Hosting le 2 décembre 2011, alors qu'il été informé par le greffe du tribunal, le 1^{er} décembre 2011, de l'existence du référé précontractuel présenté par la SOCIETE DRI ; qu'en signant ledit contrat en méconnaissance des dispositions de l'article L. 551-4 du code de justice administrative, l'OPAC du Rhône a privé la SOCIETE DRI de son droit d'exercer utilement le recours prévu par l'article L. 551-1 du code de justice administrative ;

Considérant, d'autre part, que pour assurer le respect des principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, l'information appropriée des candidats sur les critères d'attribution d'un marché public est nécessaire, dès l'engagement de la procédure d'attribution du marché, dans l'avis d'appel public à concurrence ou le cahier des charges tenu à la disposition des candidats ; que dans le cas où le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice souhaite retenir d'autres critères que celui du prix, l'information appropriée des candidats doit alors porter également sur les conditions de mise en œuvre de ces critères ; qu'il appartient au pouvoir adjudicateur d'indiquer les critères d'attribution du marché et les conditions de leur mise en œuvre selon les modalités appropriées à l'objet, aux caractéristiques et au montant du marché concerné ; qu'en outre, si le pouvoir adjudicateur décide, pour mettre en œuvre ces critères de sélection des offres, de faire usage de sous-critères, il doit porter à la connaissance des candidats leurs conditions de mise en œuvre dès lors que ces sous-critères sont susceptibles d'exercer une influence sur la présentation des offres par les candidats ainsi que sur leur sélection et doivent en conséquence être eux-mêmes regardés comme des critères de sélection ; qu'en revanche, il n'est pas tenu d'informer les candidats de la méthode de notation des offres ;

Considérant qu'il ressort du règlement de la consultation fourni aux candidats que le jugement des offres était effectué en fonction de trois critères constitués par le prix de l'offre, les fonctionnalités et performances des solutions techniques de l'offre et la qualité et pertinence de l'offre globale, pondérés respectivement à 40 %, 30 % et 30 % ; qu'il était indiqué que les deux derniers critères seraient appréciés au regard du mémoire technique composé de 19 items et 37 items figurant dans le cadre de réponse, par des notes allant de 0 à 5, elles-mêmes pondérées de 1 à 5 selon l'importance de l'item ; qu'ainsi, l'OPAC du Rhône, qui n'avait pas à définir item par item ce qu'il entendait par « plus value significative », dont l'existence dépendait du contenu de chacune des offres, a mis en mesure la société requérante de présenter une offre appropriée ; qu'enfin, il n'appartient pas au juge des référés d'apprécier la valeur des offres ; que, par suite, la société requérante n'est pas fondée à soutenir que l'OPAC du Rhône aurait commis un manquement aux règles de mise en concurrence dans des conditions affectant ses chances d'obtenir ledit contrat ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède qu'en application des dispositions précitées de l'article L. 551-20 du même code, il y a lieu d'infliger à l'OPAC du Rhône une pénalité financière qui devra être versée au trésor public ; qu'au regard du montant hors taxes du marché conclu le 2 décembre 2011, d'un montant de 193 000 euros, il sera fait une juste appréciation de cette pénalité en fixant son montant à somme de 20 000 euros ;

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 mettre à la charge de l'OPAC du Rhône le versement à la SOCIETE DRI de la somme de 800 euros au titre des frais exposés par elle et non compris dans les dépens ;

ORDONNE

Article 1^{er} : Il n'y a pas lieu de statuer sur les conclusions de la requête de la SOCIETE DIGITAL RURAL INFORMATIQUE présentées sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative.

Article 2 : l'OPAC du Rhône est condamné à verser au trésor public une pénalité financière d'un montant de **20 000 euros (vingt mille euros)**.

Article 3 : L'OPAC du Rhône versera la somme de **800 euros (huit cents euros)** à la SOCIETE DIGITAL RURAL INFORMATIQUE, en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 4 : Le surplus de la requête de la SOCIETE DIGITAL RURAL INFORMATIQUE est rejeté.

Article 5 : La présente ordonnance sera notifiée à la SOCIETE DIGITAL RURAL INFORMATIQUE, à l'OPAC du Rhône et à la société Alter Way Hosting.

Fait à Lyon, le dix-neuf décembre deux mille onze.

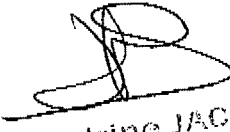
Le juge des référés,

La greffière,

J-P. Wyss

S. Méthé

Pour expédition,
Un greffier,


Sandrine JACQUET
Greffière au Tribunal administratif

