

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE PARIS**

N°1102796/6-1

Société CITELUM

M. Quyollet
Rapporteur

M. Fouassier
Rapporteur public

Audience du 20 mai 2011
Lecture du 10 juin 2011

39-02-005
C+

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Le Tribunal administratif de Paris

(6^{ème} Section - 1^{ère} Chambre)

Vu la requête enregistrée le 24 février 2011, présentée pour la société CITELUM, dont le siège est situé au 37 rue de Lyon à Paris (75012), par la SCP Lyon-Caen, Fabiani, Thiriez ; la société CITELUM demande au Tribunal :

1°) d'annuler le contrat signé le 8 février 2011 entre la ville de Paris et le groupement ETDE – SATELEC – VINCI Energies – AXIMUM dont le mandataire est la société ETDE, ayant pour objet le marché de performance énergétique relatif aux installations d'éclairage public, d'illumination et de signalisation lumineuse de la ville de Paris visant à atteindre les objectifs du plan climat parisien ;

2°) de mettre à la charge de la ville de Paris la somme de 5 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

La société CITELUM soutient :

- que la ville de Paris a méconnu ses obligations de publicité et de mise en concurrence en s'abstenant de délivrer aux candidats une quelconque information sur l'étendue du personnel à reprendre, voire en leur communiquant une information inexacte quant à l'obligation imposée par l'article L. 1224-1 du code du travail ; qu'il pouvait être logiquement et raisonnablement déduit d'un courrier adressé le 16 mars 2010 par la ville de Paris aux candidats admis à dialoguer, qu'aucune obligation de reprise du personnel affecté à l'exécution des contrats en cours ne s'imposerait à l'attributaire du nouveau marché ; que cependant, les dispositions de l'article L. 1224-1 du code du travail sont en l'espèce applicables, dès lors que les activités qu'elle assure actuellement sont identiques à celles qui seront assurées par l'attributaire du marché ; que les actifs corporels et incorporels mis à sa disposition par la ville de Paris, qui seront transférés à l'attributaire, sont si importants que le marché de performance énergétique ne peut, sans eux, être exécuté ; que le bâtiment de la rue Bourdelle qui est mis à sa disposition sera

transféré au nouvel attributaire ; que l'exploitation du marché de performance énergétique nécessite les mêmes autorisations administratives que celles qui lui ont été délivrées ; que tous les moyens en personnels et en matériels qui sont essentiels à l'exécution des prestations actuelles sont présents dans le futur marché de performance énergétique ; qu'elle affecte actuellement 202 personnes directement et exclusivement aux prestations comprises dans le marché ; qu'elle verse aux débats les données financières confirmant l'importance du coût de la main d'œuvre dans ce type de marché ;

- que la ville de Paris a méconnu les dispositions de l'article 35.I.1° du code des marchés publics en retenant l'offre de la société ETDE qui était pourtant inacceptable au sens de ces dispositions, dès lors qu'elle méconnaissait les dispositions de l'article L.1224-1 du code du travail à défaut d'avoir prévu la reprise du personnel précédemment affecté sur les prestations du marché ;

- que la ville de Paris a méconnu l'article 10 du code des marchés publics ; que, d'une part, les prestations à réaliser dans le cadre du nouveau marché ayant jusqu'alors fait l'objet de marchés publics distincts, l'objet du nouveau marché permettait bien l'identification de prestations distinctes ; que, d'autre part, il ressort du programme fonctionnel que le marché de performance énergétique porte tant sur les installations d'éclairage public et d'illumination que sur celles de signalisation lumineuse ; qu'enfin, il ressort des documents de la consultation que la tranche ferme du marché recouvre des prestations rémunérées forfaitairement et globalement, alors que d'autres le sont à la commande ; qu'en tout état de cause, le programme fonctionnel identifie des prestations distinctes qu'il classe en différentes catégories ; qu'en outre, aucune des exceptions prévues par l'article 10 du code n'est susceptible de s'appliquer en l'espèce ; qu'en premier lieu, l'allotissement n'est pas susceptible de rendre plus difficile l'exécution des prestations du marché ; qu'en effet, la direction de la voirie et des déplacements de la ville de Paris administre l'éclairage public et la signalisation lumineuse via deux sous directions différentes ; que ces prestations sont par ailleurs gérées par deux GIE distincts ; qu'une dévolution en deux lots « éclairage public » et « signalisation lumineuse tricolore » n'aurait donc pas rendu techniquement difficile l'exécution des prestations ; que de nombreuses villes procèdent d'ailleurs à un tel allotissement ; qu'en outre, un allotissement géographique aurait même constitué un facteur d'amélioration de l'exécution technique, par la réduction des délais d'intervention des équipes sur site, qui auraient alors été installées sur place en fonction du lot géographiquement défini ; qu'en deuxième lieu, la ville de Paris ne démontre pas que le recours au marché global aurait permis une réduction significative des coûts des prestations pour la ville de Paris et ainsi une économie budgétaire pour cette dernière ; qu'à l'inverse, la dévolution en plusieurs lots aurait permis à la concurrence de jouer ; qu'en troisième lieu, la ville de Paris disposait, avec les deux sous-directions ci-dessus mentionnées, des moyens permettant d'assurer la coordination entre les différents intervenants ;

- que les besoins de la ville de Paris ont été insuffisamment définis, en méconnaissance des dispositions de l'article 5 du code des marchés publics, dès lors que la collectivité a laissé aux candidats la possibilité de répartir librement les prestations visant à atteindre l'objectif de réduction de consommation d'énergie entre la tranche ferme et la tranche conditionnelle du marché ; que, d'autre part, la ville de Paris a introduit en cours de dialogue un régime de pénalités en cas d'atteinte d'une réduction de la consommation d'énergie supérieure à 32% ;

- que la ville de Paris a modifié l'étendue et la nature de ses besoins en cours de dialogue ; qu'en premier lieu, elle a imposé aux candidats un système de télégestion et en a fait successivement une clause intangible puis une clause tangible lors de la remise de l'offre finale ; qu'en deuxième lieu, alors que la ville de Paris prévoyait dans un premier temps une simple

autorisation d'utilisation des résultats mis à sa disposition dans le cadre du marché, elle a imposé, lors de la remise de la troisième offre, une cession pure et simple des droits de propriété intellectuelle ; qu'en troisième lieu, la ville de Paris a, lors de la troisième audition, entendu exclure du champ d'application des « opérations plan climat » les parcs et jardins, ce qui est également constitutif d'une modification radicale de l'étendue des besoins exprimés ;

Vu le mémoire en défense, enregistré le 4 avril 2011, présenté pour la société ETDE par Me Cabanes ; la société ETDE conclut au rejet de la requête et demande au Tribunal de mettre à la charge de la société CITELUM la somme de 5 000 euros en application de l'article L.761-1 du code de justice administrative ;

La société ETDE soutient :

- que la jurisprudence SMIRGEOMES doit conduire le juge de la validité du contrat à rechercher si les manquements qu'invoque le requérant sont susceptibles de le léser ou risquent de le léser ; qu'en l'espèce, les moyens soulevés par la requérante ne sont pas susceptibles de l'avoir lésée et sont, par conséquent, inopérants ;

- que le moyen tiré de ce que la ville de Paris aurait manqué à ses obligations de mise en concurrence et de transparence en s'abstenant de délivrer aux candidats des informations relatives au personnel susceptible de devoir être repris en application de l'article L.1224-1 du code du travail ne peut être examiné par le juge administratif ; qu'en effet, seul le juge judiciaire est compétent pour juger si le renouvellement d'un marché public implique le transfert des contrats des personnels précédemment affectés aux prestations du marché ;

- qu'en outre, le moyen précité n'est pas fondé dès lors que les critères dégagés par le juge judiciaire pour caractériser l'existence d'une « entité économique autonome conservant son identité et dont l'activité est poursuivie ou reprise » ne sont pas satisfaits ; que le simple changement de titulaire d'un marché public ne saurait emporter à lui seul une obligation de transfert du personnel ; que cette entité a nécessairement perdu son identité compte tenu de la réorganisation des prestations au sein du marché litigieux ; que les locaux mis à disposition du nouvel attributaire ne sont pas identiques ; qu'une différence de presque 40% existe entre le nombre de salariés actuellement affectés par CITELUM et le nombre de salariés qu'ETDE affectera au marché ; que, par conséquent, en l'absence d'obligation légale de reprise, la ville de Paris n'a commis aucun manquement en précisant, en réponse à une question d'un candidat, qu'aucune obligation de reprise du personnel n'était prévue en début de contrat ;

- qu'en l'absence d'obligation de reprise du personnel de la société CITELUM, son offre était parfaitement légale ; qu'en outre, à supposer qu'une telle obligation ait existé, il n'est en rien démontré qu'elle aurait été dans l'impossibilité matérielle de s'y conformer ;

- que le moyen tiré de la violation de l'article 10 du code des marchés publics doit être écarté ; que la dévolution en lots séparés aurait conduit à une moins bonne coordination des différentes prestations et aurait nécessairement entraîné des difficultés techniques dans leur exécution ; que la société CITELUM reconnaît elle-même, sur son site Internet, que l'efficacité du regroupement de l'ensemble des marchés publics dans un marché de performance énergétique permet une meilleure « maîtrise du budget » ; que dès lors, le présent marché entre dans les exceptions prévues à l'article 10 du code des marchés publics ; qu'en outre, la possibilité de recourir à un marché global pour les contrats de performance énergétique, a été confirmée par le législateur au travers de l'article 5-1 de la loi « Grenelle I » du 3 août 2009 ; que par conséquent, c'est à bon droit que la ville de Paris a choisi de recourir à un contrat global incluant des

prestations différenciées, notamment d'assistance à maîtrise d'ouvrage, de réalisation, d'exploitation et de maintenance ;

- que le moyen tiré de la violation de l'article 5 du code des marchés publics doit être écarté ; que les besoins de la ville de Paris ont été suffisamment définis ;

- que le moyen tiré de la prétendue modification par la ville de la nature et de l'étendue de ses besoins en cours de dialogue compétitif doit être écarté ; que le dialogue compétitif suppose que tous les éléments du marché, techniques, juridiques et financiers, puissent être discutés en cours de procédure sur la base de besoins préalablement définis et pour autant que les modifications qui en découlent ne portent pas atteinte aux caractéristiques essentielles du marché, lesquelles se limitent à l'objet du marché, à la nature et à l'étendue des besoins du pouvoir adjudicateur ; que, dans le cas d'espèce, le système de télégestion ne constitue pas un besoin de la ville mais un moyen mis à sa disposition pour satisfaire à ses besoins ; que le régime des droits de propriété intellectuelle, qui tendait à donner à la ville les moyens de poursuivre l'exploitation du système en cas d'interruption du contrat, ne concernait pas l'étendue des besoins de la ville ; que s'agissant des parcs et jardins, la ville n'a pas modifié le champ de ses besoins mais rappelé aux candidats que leur éclairage ne devait pas entrer dans la tranche ferme ;

- qu'enfin, si le tribunal venait à considérer par extraordinaire qu'un des moyens allégués est fondé, l'impératif de sécurité juridique imposerait que ne soit pas portée une atteinte excessive aux relations contractuelles en cours, notamment eu égard aux investissements mobiliers et immobiliers qu'elle a d'ores et déjà entrepris ;

Vu le mémoire en défense, enregistré le 7 avril 2011, présenté pour la ville de Paris, par Me Foussard ; la ville de Paris conclut au rejet de la requête et demande au Tribunal de mettre à la charge de la société CITELUM la somme de 5 000 euros en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

La ville de Paris soutient :

- que les moyens soulevés par la société CITELUM sont inopérants ; que la logique du recours en contestation de la validité, ouvert uniquement aux concurrents évincés, est la même que celle du référé précontractuel et du recours en nullité formé par les parties ; que dans la mesure où les moyens soulevés à l'appui de la requête ne se rapportent pas à l'irrégularité de l'offre de la requérante, ils doivent être rejetés comme inopérants ; que la société CITELUM ne peut avoir été lésée par aucun des manquements qu'elle invoque puisque, en tout état de cause, son offre devait être rejetée comme irrégulière ;

- que le moyen tiré du défaut d'information ou d'une information erronée portant sur une prétendue obligation de reprise du personnel doit être écarté ; qu'en effet, l'obligation d'informer les candidats sur la masse salariale à reprendre n'existe que lorsque cette information constitue un « élément essentiel » du marché ; que, d'une part, il n'y a pas de reprise d'activité, les prestations étant totalement réorganisées, les éléments d'actifs corporels et moyens mis à disposition évoluant également ; qu'il est encore erroné d'affirmer que les éléments d'actifs incorporels mis actuellement à la disposition de la société CITELUM seront identiques à ceux qui se retrouveront dans le marché de performance économique ; que d'autre part, elle a simplement entendu préciser, par sa lettre du 16 mars 2010, qu'elle n'entendait pas imposer, en tant que pouvoir adjudicateur, la reprise du personnel par voie contractuelle ; qu'en outre, dans le cas où s'imposerait une obligation de reprise, la société ETDE n'éprouverait aucune difficulté à reclasser le personnel concerné, compte tenu du nombre supérieur de salariés qu'elle entend

affecter au marché ;

- que le moyen tiré du caractère inacceptable de l'offre de la société ETDE manque en fait ; que, d'une part, le contrat ne comportait aucune exigence en matière de reprise, et, d'autre part, il ne ressort d'aucune pièce du dossier que le titulaire n'aurait pas prévu de reprendre le personnel si cette obligation de reprise venait à s'imposer à lui ; que la société ETDE s'est d'ailleurs engagée par une lettre du 18 novembre 2010 à respecter les impératifs sociaux des équipes en place ; que la ville ne pouvait par suite écarter l'offre d'ETDE comme inacceptable ;

- que le moyen tiré de la violation des dispositions de l'article 10 du code des marchés publics doit être écarté ; que d'une part, le marché public de performance énergétique, prévu par la directive n°2006/32/CE du 5 avril 2006, permet de regrouper des prestations qui faisaient l'objet de contrats multiples en vue d'optimiser les résultats en matière d'économie d'énergie et que l'article 5-1 de la loi 2009-967 du 3 août 2009 dite « loi Grenelle I » autorise expressément le recours à un contrat global dans le cas des contrats de performance énergétique ; que d'autre part, la jurisprudence administrative n'impose pas que l'impossibilité d'un recours à l'allotissement soit démontrée mais simplement que la préférence donnée au marché global soit justifiée ; que dans le cas d'espèce, le recours au marché global n'a pas abusivement restreint le nombre des offres, ni dissuadé les PME de participer à la consultation ; que seule la globalisation des prestations peut permettre d'atteindre les objectifs du plan Climat, objet central du pouvoir adjudicateur, dans les délais fixés ; que le caractère global du « MPE » permet une gestion financière plus optimale, mais également plus efficace en développant une synergie entre prestations ; que l'allotissement aurait été plus coûteux et source de difficultés techniques ; que seule la globalisation des prestations permet de réduire les coûts de fonctionnement et de maintenance, d'optimiser l'outil informatique et d'identifier les sources d'économie ; que contrairement à ce que soutient la société CITEUM, l'éclairage public et la signalisation lumineuse sont aujourd'hui des activités imbriquées ; que l'assistance à maîtrise d'ouvrage et les autres prestations sont liées ; qu'ainsi, le recours au marché global était pertinent ;

- que le moyen tiré de la violation des dispositions de l'article 5 du code des marchés publics doit être écarté dès lors que ses besoins étaient clairement précisés à l'article II.1.5 de l'avis d'appel public à candidatures ; que l'article VI.3 spécifiait que le marché serait fractionné en tranches dont le nombre et la consistance seraient déterminés au cours du dialogue avec les candidats ; que l'article 3 du programme fonctionnel définissait également les objectifs poursuivis, les prestations étant détaillées aux articles 4, 5 et 6 ; que le besoin est clairement défini en ce qu'il est demandé aux candidats de présenter des solutions techniques permettant de diminuer les consommations d'énergie en vue d'atteindre les objectifs du plan climat ; que la répartition entre tranche ferme et tranche(s) conditionnelle(s) répond à ses contraintes budgétaires, les tranches en cause s'analysant comme des tranches financières ; que tous les candidats ont proposé d'atteindre l'objectif de 30% de consommation d'énergie sur la seule tranche ferme ; qu'elle n'a pas introduit en cours de dialogue un régime de pénalités destiné à sanctionner le titulaire en cas de réduction de la consommation d'énergie supérieure à 32% mais, à l'inverse, un mécanisme d'intéressement ;

- que le moyen tiré de ce que le pouvoir adjudicateur aurait modifié la nature et l'étendue de ses besoins en cours de dialogue compétitif n'est pas davantage fondé ; que la modification des documents de consultation est inhérente à la procédure de dialogue compétitif qui a pour but de définir les moyens à mettre en œuvre pour atteindre des besoins préalablement définis ; que le pouvoir adjudicateur peut utiliser cette possibilité pour autant que les modifications introduites en cours de procédure portent sur les moyens et non sur les besoins, qu'elles n'affectent pas les caractéristiques essentielles du marché et qu'elles soient portées en temps utile à la connaissance

de tous les candidats afin de leur permettre d'ajuster leur offre ; que dans le cas d'espèce, le système de télégestion globale des installations d'éclairage piloté à distance ne constituait pas un besoin mais un simple moyen ; qu'il a toujours été clair que la mise en place de ce système était, pour les candidats, une simple faculté ; qu'elle a rendu intangible la clause relative au système global de télégestion quand elle a constaté que toutes les offres prévoient un tel système ; qu'elle l'a rendue à nouveau tangible quand elle s'est aperçue que les candidats étaient portés à investir dans un élément facultatif au détriment d'investissements patrimoniaux impératifs ; que, s'agissant des droits de propriété intellectuelle sur les systèmes de maintenance assistée par ordinateur, elle a effectivement modifié ses exigences en cours de dialogue en vue de pouvoir intervenir sur les systèmes, conformément à ses intérêts, notamment en fin de contrat, sans que le titulaire puisse l'en empêcher ; que cette modification porte sur les moyens dont elle entendait se doter à l'égard de son cocontractant et non sur ses besoins ; qu'enfin, l'éclairage des parcs et jardins n'a pas été exclu en cours de dialogue du périmètre du marché ; que, pour des raisons de coût, elle n'a jamais envisagé de l'intégrer dans la tranche ferme ; qu'elle s'est bornée à rappeler ce point aux candidats dont l'offre était susceptible d'être considérée, pour cette raison, comme non conforme ; que les candidats ont disposé du temps nécessaire pour corriger leur offre ;

- que même si le Tribunal retenait l'existence d'un vice, le contrat ne peut être annulé, eu égard à l'intérêt général qui s'attache au service de l'éclairage public et de la signalisation lumineuse ;

Vu le mémoire en réplique, enregistré le 10 mai 2011, présenté pour la société CITELUM qui conclut aux mêmes fins que la requête par les mêmes moyens ; elle demande, en outre, au Tribunal de porter à 10 000 euros la somme demandée au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

La société CITELUM soutient, en outre :

- que les moyens qu'elle invoque sont opérants dès lors qu'un candidat évincé peut, dans le cadre d'un recours contestant la validité d'un contrat, soulever un moyen sans démontrer que celui-ci est susceptible de l'avoir lésé ;

- que la ville de Paris a illégalement rejeté son offre ; que s'il manquait une partie de l'acte d'engagement et les annexes 1 et 2 du mémoire technique en format papier, la ville de Paris disposait d'une copie informatique de ces documents ; que s'agissant des prétendues incohérences et des erreurs matérielles qui lui ont été reprochées, d'une part, la ville de Paris avait la possibilité, en vertu de l'article 67 V.II du code des marchés publics, de demander des clarifications et d'autre part, il ne s'agit que d'erreurs vénielles qui n'affectent en rien la régularité de son offre ;

- qu'en revanche, alors que le rapport de la directrice de la voirie et des déplacements à la commission d'appel d'offres a relevé un certain nombre d'imprécisions, d'incohérences et d'irrégularités dans l'offre de la société ETDE qui par ailleurs, n'est pas conforme aux besoins de la ville, elle a été retenue ; qu'il y a donc eu une rupture de l'égalité de traitement entre les candidats ;

- que contrairement à ce que soutient la société ETDE, le juge administratif est compétent pour statuer sur l'existence d'une obligation légale de reprise du personnel ; que cette obligation est évidente dans les marchés publics dont l'objet est l'exploitation d'un service public local dans lesquels, comme en l'espèce, ce sont uniquement les conditions de

rémunération du prestataire qui les distinguent des délégations de service public ; que l'étendue de la masse salariale à reprendre constitue une donnée fondamentale pour élaborer les offres et un élément essentiel du contrat ; que la ville de Paris a bien indiqué, lors de la séance du conseil de Paris des 7 et 8 février 2011, qu'il n'y avait en l'espèce aucune obligation légale de reprise, induisant ainsi en erreur les candidats ; qu'en outre, d'une part, l'existence d'une entité économique autonome est indépendante des règles d'organisation, de fonctionnement et de gestion du service ; que, d'autre part, il existe en l'espèce une similitude et une permanence des méthodes et des moyens d'exploitation, qu'ils soient humains, corporels ou incorporels ; qu'en tout état de cause, la circonstance que la société ETDE serait apte à reprendre le personnel actuellement affecté aux prestations est sans incidence ;

- que s'agissant du moyen tiré du caractère inacceptable de l'offre de la société ETDE, celle-ci ne s'est jamais engagée à reprendre le personnel actuellement affecté aux prestations en application du code du travail ; qu'en outre, ladite société n'a pas pris en compte le coût des salariés à reprendre dans son offre ; qu'ayant exclu purement et simplement de se conformer à l'obligation de reprise du personnel, l'offre de la société ETDE est inacceptable au sens de l'article 35-I-1° du code des marchés publics ;

- que s'agissant du moyen tiré du défaut d'allotissement, la méconnaissance des dispositions de l'article 10 du code des marchés publics est avérée ; que d'une part, le gouvernement prépare actuellement un projet de décret visant à modifier le code des marchés publics afin de créer un fondement juridique aux marchés publics globaux de performance énergétique ; qu'à la date à laquelle la ville de Paris a lancé le dialogue compétitif, aucun texte législatif ou réglementaire ne l'autorisait à conclure un tel contrat ; qu'en outre, les prestations de performance énergétique ne représentent que 13,5% du montant total du marché ; que par suite, ce marché global n'est pas indispensable pour atteindre les objectifs d'économie d'énergie fixés ; qu'enfin, la ville de Paris et la société ETDE ne démontrent en rien que l'allotissement aurait rendu techniquement plus difficile et financièrement plus coûteuse l'exécution des prestations du marché ;

- que la ville de Paris a insuffisamment défini ses besoins en matière de prestations « Plan Climat » dès lors que, d'une part, l'objectif de 30% de réduction de la consommation énergétique n'était qu'hypothétique, et, d'autre part, qu'une pénalité est appliquée en cas de dépassement des objectifs ;

- que la ville de Paris confirme dans son mémoire en défense que l'offre de la société ETDE n'était pas conforme aux prescriptions de l'article 18.2 du programme fonctionnel, dès lors que la société ETDE a proposé que la GMAO soit assurée à partir du logiciel « Packweb » développé par la société CITEGESTION, et dont cette dernière conserve la propriété exclusive, faisant ainsi obstacle à toute cession des droits de propriété intellectuelle à la ville de Paris ;

- que les vices invoqués sont d'une telle gravité qu'ils justifient l'annulation totale du contrat ;

Vu le nouveau mémoire en défense, enregistré le 16 mai 2011, présenté pour la ville de Paris qui conclut aux mêmes fins que son précédent mémoire par les mêmes moyens ;

La ville de Paris soutient, en outre :

- que le choix du marché de performance énergétique lui apparaît pertinent dans la mesure où cet instrument prévu par le droit communautaire est la structure juridique la mieux à

même de lui permettre d'atteindre les objectifs fixés ; que la globalisation des prestations permet de tendre vers un objectif central de gain énergétique ; que contrairement à ce qu'indique la requérante, l'ensemble des prestations comprises dans l'assiette du marché litigieux est en lien avec le souci de performance énergétique ;

-qu'à l'exception des cas dans lesquels le vice allégué n'est pas substantiel, la jurisprudence tant nationale que communautaire contraint les pouvoirs adjudicateurs à écarter les offres irrégulières ; qu'en l'espèce, l'offre de la société CITELUM était incomplète et ne respectait pas les exigences formulées dans l'avis d'appel d'offres ; qu'eu égard à l'ensemble des manquements et des incohérences, c'est à bon droit qu'elle a écarté cette offre, conformément aux dispositions de l'article 35 du code des marchés publics ; qu'en tout état de cause, un pouvoir adjudicateur n'a jamais l'obligation d'inviter un candidat à régulariser une offre ; que le moyen tiré de la violation de l'égalité de traitement entre les candidats doit être écarté ; que si la ville de Paris a permis à la société ETDE de rectifier des erreurs matérielles dans son offre, celles-ci revêtaient un caractère marginal et véniel, tant en nombre qu'en termes d'incidence financière ;

-qu'eu égard aux caractéristiques des réseaux de transmission, de la maintenance des systèmes centraux, de la signalisation lumineuse tricolore et de la maintenance des quartiers piétonniers, le recours à un contrat global était techniquement justifié ; que l'optimisation des équipes de maintenance et des équipes d'instruction des projets justifie également d'un point de vue financier le recours à un tel contrat ;

-qu'elle n'a pas mis en place un mécanisme de sanction, comme le prétend la requérante, mais un mécanisme incitant le cocontractant à dépasser l'objectif du « Plan Climat » ;

- que le moyen tiré de l'incompatibilité de l'offre de la société ETDE avec l'article 18.2.1 du programme fonctionnel doit être écarté ; que le moyen se rapporte non à la conformité de l'offre mais à l'exécution du contrat ; qu'au surplus, rien n'exigeait que les éléments prévus à l'article précité soient fournis dès le démarrage du contrat ;

Vu le nouveau mémoire en défense, enregistré le 16 mai 2011, présenté pour la société ETDE qui conclut aux mêmes fins que son précédent mémoire par les mêmes moyens ;

La société ETDE soutient :

-que le nouveau moyen tiré du caractère illégal du rejet de l'offre de la société CITELUM n'est pas recevable puisqu'il est constant qu'un requérant ne peut, après l'expiration du délai de recours, invoquer des moyens tirés d'une cause juridique non soulevée avant l'expiration dudit délai ; qu'en outre, l'article 35 du code des marchés publics impose aux pouvoirs adjudicateurs d'écarter comme inacceptable toute offre incomplète sauf si les éléments manquants ne présentent pas un caractère substantiel ; qu'en l'espèce, le caractère incomplet de l'acte d'engagement était de nature à contraindre le pouvoir adjudicateur à écarter l'offre de la société CITELUM ; que l'invitation à régulariser ne constitue qu'une faculté ; que dès lors, si la requérante tente de minimiser les incidences du caractère incomplet de son offre et les contradictions de celle-ci, elle ne parvient à aucun moment à contester sérieusement les motifs de rejet ;

-qu'il n'appartient qu'au conseil des prud'hommes de se prononcer sur l'existence d'une obligation de reprise ; que l'égalité de traitement a été respectée ; qu'il n'est aucunement démontré par la requérante que l'absence de communication d'une éventuelle obligation de reprise du personnel aurait affecté le résultat final de l'analyse des offres ;

-que s'agissant du moyen tiré de la violation de l'article 10 du code des marchés publics, la requérante ne saurait soutenir que certaines prestations du marché litigieux ne participeraient pas à la réduction de la consommation d'énergie ; qu'exclure certaines prestations du marché litigieux ne serait pas rationnel économiquement ; que la circonstance que l'article 5.1 de la loi « Grenelle I » n'ait pas encore été codifié dans le code des marchés publics n'est pas de nature à remettre en cause son application au présent litige, puisque cette disposition législative possède une valeur normative supérieure à celle du code des marchés publics ;

-qu'elle ne s'est jamais engagée à transférer les droits de propriété du logiciel « Packweb » à la ville de Paris mais a simplement proposé, dans son offre finale, l'utilisation dudit logiciel en début d'exécution du marché ;

-que les moyens soulevés par la société CITELUM sont insusceptibles d'entraîner l'annulation du marché litigieux ; qu'une annulation porterait, en outre, atteinte à la continuité du service public et ce, indépendamment du fait que les prestations n'ont pas commencé à être exécutées ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu la note en délibéré, enregistrée le 20 mai 2011, présentée pour la société ETDE ;

Vu la note en délibéré, enregistrée le 20 mai 2011, présentée pour la ville de Paris ;

Vu les notes en délibéré, enregistrées les 20 et 23 mai 2011, présentées pour la société CITELUM ;

Vu la note en délibéré, enregistrée le 23 mai 2011, présentée pour la société ETDE ;

Vu la note en délibéré, enregistrée le 24 mai 2011, présentée pour la ville de Paris ;

Vu la note en délibéré, enregistrée le 25 mai 2011, présentée pour la société CITELUM ;

Vu la note en délibéré, enregistrée le 26 mai 2011, présentée pour la ville de Paris ;

Vu la directive n°2006/32/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 avril 2006 ;

Vu le code des marchés publics ;

Vu le code du travail, notamment son article L. 1224-1 ;

Vu la loi n°2009-967 du 3 août 2009 ;

Vu l'arrêté du Vice-président du Conseil d'Etat en date du 18 mars 2009 fixant la liste des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel autorisés à appliquer, à titre expérimental, les dispositions de l'article 2 du décret n°2009-14 du 7 janvier 2009 ;

Vu le code de justice administrative ;

Après avoir entendu au cours de l'audience publique du 20 mai 2011 ;

- le rapport de M. Quyollet, rapporteur ;

- les conclusions de M. Fouassier, rapporteur public ;

- et les observations de Me Thiriez, avocat de la société CITELUM, de Me Froger substituant Me Foussard, avocat de la ville de Paris, et de Me Cabanes, avocat de la société ETDE ;

Considérant que par un avis d'appel public à la concurrence, publié le 11 décembre 2009 au Journal officiel de l'Union européenne (JOUE) et au bulletin officiel des annonces des marchés publics (BOAMP), la ville de Paris a lancé une procédure de dialogue compétitif en vue de l'attribution d'un marché de performance énergétique d'une durée de dix ans, relatif aux installations d'éclairage public, d'illumination et de signalisation lumineuse sur le territoire de Paris intra-muros, des voies sur berges et du boulevard périphérique ; que par ce marché, la ville de Paris a entendu substituer aux trente-cinq contrats en vigueur relatifs aux prestations d'éclairage public et de signalisation lumineuse, un contrat unique visant à atteindre les objectifs du plan climat parisien ; que quatre candidats ont été admis à participer au dialogue compétitif, dont le groupement conduit par la société CITELUM, qui était titulaire d'une partie des trente-cinq contrats susmentionnés ; qu'au terme de la procédure, seuls les groupements conduits par les sociétés CITELUM et ETDE ont remis une offre ; que l'offre de la société CITELUM a finalement été éliminée et celle de la société ETDE retenue ; que le contrat a été conclu le 8 février 2011 entre le groupement ETDE - SATELEC - VINCI ENERGIES - AXIMUM et la ville de Paris ;

Sur la validité du contrat :

Considérant que, indépendamment des actions dont les parties au contrat disposent devant le juge du contrat, tout concurrent évincé de la conclusion d'un contrat administratif est recevable à former devant ce même juge un recours de pleine juridiction contestant la validité de ce contrat ou de certaines de ses clauses, qui en sont divisibles, assorti, le cas échéant, de demandes indemnitaires ; que ce recours doit être exercé, y compris si le contrat contesté est relatif à des travaux publics, dans un délai de deux mois à compter de l'accomplissement des mesures de publicité appropriées, notamment au moyen d'un avis mentionnant à la fois la conclusion du contrat et les modalités de sa consultation dans le respect des secrets protégés par la loi ; qu'à partir de la conclusion du contrat, et dès lors qu'il dispose du recours ci-dessus défini, le concurrent évincé n'est, en revanche, plus recevable à demander l'annulation pour excès de pouvoir des actes préalables qui en sont détachables ;

En ce qui concerne le caractère opérant des moyens soulevés par la société requérante :

Considérant, en premier lieu, que la ville de Paris et la société ETDE font valoir que les moyens soulevés par la requérante, à l'exception de celui relatif au rejet de son offre, sont

inopérants, dès lors que les manquements dont elle se prévaut ne sont pas, en tout état de cause, susceptibles de l'avoir lésée ; que, toutefois, contrairement au juge des référés saisi dans le cadre des dispositions de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, il n'appartient pas au juge du contrat, saisi par un concurrent évincé d'un recours de plein contentieux contestant la validité du contrat, de rechercher si ce dernier se prévaut de manquements qui, eu égard à leur portée, sont susceptibles de l'avoir lésé, fût-ce de façon indirecte en avantageant une entreprise concurrente ; que par suite, les moyens soulevés par la requérante ne sauraient être écartés comme inopérants pour le motif susmentionné ;

Considérant, en second lieu, que la ville de Paris fait valoir que « l'obligation de loyauté précontractuelle » s'oppose à ce que le candidat qui a préconisé le recours à un marché global et qui, lors des négociations, n'a jamais contesté la pertinence du choix de la collectivité publique, conteste ensuite ce choix au contentieux ; que, cependant, il n'appartient pas au juge du contrat, saisi par un concurrent évincé d'un recours de plein contentieux contestant la validité du contrat, de vérifier que les irrégularités dont se prévaut le requérant n'ont pas été encouragées par ce dernier dans le cadre de la procédure de passation du marché ; qu'il ne résulte en effet d'aucun texte, ni d'aucun principe, qu'une « obligation de loyauté précontractuelle » à l'égard du pouvoir adjudicateur s'imposerait au candidat évincé ; que, par suite, les moyens soulevés par la société CITELUM ne peuvent être écartés comme inopérants pour le motif susmentionné ;

En ce qui concerne le moyen tiré de la méconnaissance de l'obligation d'information relative au personnel à reprendre :

Considérant que le juge administratif est compétent pour statuer sur la régularité de la procédure de passation d'un marché public et le respect par le pouvoir adjudicateur de ses obligations de publicité et de mise en concurrence ; que dans ce cadre, et sous réserve que le moyen ne soulève pas de difficulté sérieuse, il est compétent pour examiner si une obligation légale de reprise du personnel s'impose au cocontractant, et si le pouvoir adjudicateur était, compte tenu du coût de la masse salariale dans l'activité considérée, tenu de communiquer aux candidats les informations y afférentes ;

Considérant qu'aux termes de l'article L. 1224-1 du code du travail : « Lorsque survient une modification dans la situation juridique de l'employeur, notamment par succession, vente, fusion, transformation du fonds, mise en société de l'entreprise, tous les contrats de travail en cours au jour de la modification subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise » ; que ces dispositions trouvent à s'appliquer, notamment lorsqu'à l'occasion de la perte d'un marché, s'opère un transfert par un employeur à un autre employeur d'une entité économique autonome, conservant son identité, et dont l'activité est poursuivie et reprise par le nouvel employeur ; que constitue une entité économique un ensemble organisé de personnes et d'éléments corporels et incorporels permettant l'exercice d'une activité économique qui poursuit un objectif propre ;

Considérant que la société CITELUM soutient que l'attributaire du marché litigieux est soumis à l'obligation de reprise résultant de l'article L. 1224-1 du code du travail et que, par suite, la ville de Paris était tenue de transmettre aux candidats les informations relatives au coût du personnel à reprendre, qui constituait, selon elle, un élément essentiel du marché ; qu'elle soutient, en outre, que la ville de Paris a délivré une information erronée aux candidats en précisant dans un courrier du 16 mars 2010 qu'« aucune disposition de l'article L. 1224-1 du code du travail [...] n'est prévue en début de contrat » ; qu'il résulte cependant de l'instruction, que la société ETDE s'est vu confier par le contrat litigieux de nombreuses missions que

n'assurait pas la société CITELUM dans le cadre des marchés et des conventions dont elle était titulaire, notamment des prestations d'assistance à maîtrise d'ouvrage, de fourniture de matériels, ainsi que des travaux de performance énergétique ; qu'en outre, les prestations précédemment exécutées dans le cadre des trente-cinq conventions ou marchés, ont été redéfinies au regard des nouveaux objectifs du plan climat parisien, en particulier celui visant à réduire de 30% la consommation d'énergie d'ici 2020 par rapport au niveau de 2004 ; que ces prestations ont ainsi été substantiellement modifiées ; que de telles modifications supposent, en outre, l'acquisition de moyens nouveaux ; qu'ainsi, dès lors que la nature et l'objet des entités économiques dont relevaient les salariés de la société CITELUM ont été modifiés, aucun transfert par un employeur à un autre employeur d'une entité économique autonome conservant son identité et dont l'activité est poursuivie et reprise par le nouvel employeur ne peut être, en l'espèce, constaté ; que par conséquent, il est clair que les dispositions précitées de l'article L. 1224-1 du code de travail ne trouvaient pas à s'appliquer dans le cadre du marché litigieux ; que par suite, le moyen énoncé ci-dessus doit, en tout état de cause, être écarté ;

En ce qui concerne le moyen tiré de la méconnaissance de l'article 35 du code des marchés publics :

Considérant qu'aux termes de l'article 35 du code des marchés publics : « [...] Une offre est inacceptable si les conditions qui sont prévues pour son exécution méconnaissent la législation en vigueur [...] » ; qu'aux termes de l'article 53 du même code : « [...] III. – Les offres inappropriées, irrégulières ou inacceptables sont éliminées. [...] » ;

Considérant que la société CITELUM soutient que la ville de Paris a méconnu les dispositions de l'article 35 du code des marchés publics en retenant l'offre de la société ETDE, qui était inacceptable au sens desdites dispositions, dès lors qu'elle méconnaissait les dispositions de l'article L.1224-1 du code du travail à défaut d'avoir prévu la reprise du personnel des précédents cocontractants de la ville de Paris ; que cependant et ainsi qu'il a été dit précédemment, il est clair que les dispositions précitées de l'article L. 1224-1 du code de travail ne trouvaient pas à s'appliquer dans le cadre du marché litigieux ; que par suite, le moyen susmentionné doit, en tout état de cause, être écarté ;

En ce qui concerne le moyen tiré de la méconnaissance de l'article 10 du code des marchés publics :

Considérant qu'aux termes de l'article 3 de la directive 2006/32/CE du 5 avril 2006 le contrat de performance énergétique est « un accord contractuel entre le bénéficiaire et le fournisseur d'une mesure visant à améliorer l'efficacité énergétique, selon lequel des investissements dans cette mesure sont consentis afin de parvenir à un niveau d'amélioration de l'efficacité énergétique qui est contractuellement défini » ; qu'aux termes de l'article 5 de la loi n° 2009-967 du 3 août 2009 de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement : « le droit de la commande publique devra prendre en compte l'objectif de réduction des consommations d'énergie visé au premier alinéa, en autorisant le pouvoir adjudicateur à recourir à un contrat de performance énergétique, notamment sous la forme d'un marché global regroupant les prestations de conception, de réalisation et d'exploitation ou de maintenance, dès lors que les améliorations de l'efficacité énergétique sont garanties contractuellement » ; qu'aux termes de l'article 10 du code des marchés publics : « 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. [...] / 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, en premier lieu, que d'une part, les dispositions de la directive 2006/32/CE du 5 avril 2006 n'ont pas, par elles-mêmes, pour effet de permettre au pouvoir adjudicateur de déroger à l'obligation d'allotissement résultant de l'article 10 du code des marchés publics ; que d'autre part, les dispositions précitées de l'article 5 de la loi du 3 août 2009, n'ont pas, en l'absence des modifications du code des marchés publics qu'elles impliquent, pour effet de permettre au pouvoir adjudicateur de recourir à un marché global, lorsque le contrat de performance énergétique est passé sous la forme d'un marché public ; qu'ainsi, à la date de passation du marché litigieux, la ville de Paris était soumise à l'application des dispositions précitées de l'article 10 du code des marchés publics ;

Considérant, en second lieu, que la ville de Paris a décidé de réunir au sein du marché litigieux l'ensemble des prestations relatives à l'éclairage public et à la signalisation lumineuse exécutées sur le territoire de Paris intra-muros, des voies sur berges et du boulevard périphérique ; que ces prestations faisaient auparavant l'objet de trente-cinq contrats conclus avec différents prestataires ; qu'afin de remplir les objectifs du plan climat parisien, en particulier celui visant à réduire de 30 % la consommation d'énergie d'ici 2020 par rapport au niveau de 2004, le conseil de Paris a décidé de conclure un contrat de performance énergétique sous la forme d'un marché public global, dans lequel un niveau d'amélioration de l'efficacité énergétique est contractuellement défini ; qu'il résulte de l'instruction, que les prestations précédemment exécutées dans le cadre de trente-cinq conventions ou marchés ont été redéfinies au regard d'un nouvel objectif et ont été, par conséquent, substantiellement modifiées ; que la poursuite de cet objectif nécessite un haut degré d'intégration entre, d'une part, les installations d'éclairage public et celles qui relèvent de la signalisation lumineuse, les unes et les autres s'appuyant sur des technologies communes et des réseaux imbriqués, et, d'autre part, entre les prestations de conception, de réalisation, d'exploitation et de maintenance ; que compte tenu de l'objectif fixé et de la complexité du projet, les conditions nécessaires à une telle intégration n'auraient pas été réunies en cas d'allotissement du marché ; qu'ainsi, il est établi qu'une dévolution du marché litigieux en lots séparés aurait rendu techniquement difficile l'exécution des prestations telles que redéfinies au regard du nouvel objectif d'amélioration de l'efficacité énergétique ; qu'en ne procédant à aucun allotissement du marché, la ville de Paris n'a, par conséquent, commis aucune erreur manifeste d'appréciation ; que le moyen tiré de la méconnaissance de l'article 10 du code des marchés publics doit, par suite, être écarté ;

En ce qui concerne les moyens tirés de l'insuffisante définition des besoins de la ville de Paris et de leur modification au cours du dialogue compétitif :

Considérant qu'aux termes de l'article 36 du code des marchés publics : « La procédure de dialogue compétitif est une procédure dans laquelle le pouvoir adjudicateur conduit un dialogue avec les candidats admis à y participer en vue de définir ou de développer une ou plusieurs solutions de nature à répondre à ses besoins et sur la base de laquelle ou desquelles les participants au dialogue seront invités à remettre une offre [...] » ; qu'aux termes de l'article 67 du même code : « [...] Les besoins et exigences sont définis par le pouvoir adjudicateur dans cet avis et, le cas échéant, dans un projet partiellement défini ou dans un programme fonctionnel.

[...] L'objet du dialogue est l'identification et la définition des moyens propres à satisfaire au mieux les besoins. Tous les aspects du marché peuvent être discutés avec les candidats sélectionnés. [...] Le dialogue se poursuit jusqu'à ce que soient identifiées, éventuellement après les avoir comparées, la ou les solutions qui sont susceptibles de répondre aux besoins, pour autant qu'il y ait un nombre suffisant de solutions appropriées » ; qu'aux termes de l'article 5 du même code : « I. - La nature et l'étendue des besoins à satisfaire sont déterminées avec précision avant tout appel à la concurrence ou toute négociation non précédée d'un appel à la concurrence en prenant en compte des objectifs de développement durable [...] » ; qu'il résulte de la combinaison de ces dispositions que si les prescriptions du programme fonctionnel détaillé peuvent être modifiées au cours du dialogue, ces modifications ne peuvent porter sur la nature et l'étendue des besoins de la personne publique, lesquelles peuvent seulement faire l'objet des précisions nécessaires pour répondre aux éléments d'information complémentaires apparus au cours de la procédure et à la condition que ces précisions soient portées en temps utile à la connaissance de tous les candidats ayant fait une offre pour leur permettre de l'adapter ;

Considérant, en premier lieu, que la société CITELUM soutient que la ville de Paris a insuffisamment défini ses besoins, d'une part, en laissant la possibilité aux candidats de répartir librement les prestations visant à atteindre l'objectif de réduction de consommation d'énergie entre la tranche ferme et la tranche conditionnelle du marché et, d'autre part, en introduisant en cours de dialogue un plafond de performance énergétique à atteindre sous peine de pénalités ; que, cependant, aux termes de l'article 7.1.1 du programme fonctionnel : « [...] la consommation d'énergie en 2010 à périmètre constant (année 2004) est estimée à 150,02 GWh. Le titulaire devra proposer une diminution à périmètre constant (année 2004) de 41,76 GWh d'ici à la fin du contrat [...] » ; qu'ainsi, le pouvoir adjudicateur a défini avec précision ses besoins en matière de réduction de la consommation d'énergie ; qu'en offrant aux candidats la possibilité de répartir librement les prestations visant à atteindre l'objectif précité entre la tranche ferme et la tranche conditionnelle du marché, la ville de Paris a, conformément à la procédure de dialogue compétitif, laissé auxdits candidats le soin de proposer différentes modalités permettant d'atteindre l'objectif précité ; que la collectivité n'a pas, de ce seul fait, insuffisamment défini ses besoins ; que de même, la circonstance qu'un mécanisme de pénalité aurait été introduit au cours du dialogue n'est, en tout état de cause, pas de nature à établir que la ville de Paris aurait insuffisamment défini ses besoins ; que, par suite, le moyen tiré de la méconnaissance de l'article 5 du code des marchés publics doit être écarté ;

Considérant, en second lieu, que la société CITELUM soutient que la ville de Paris a modifié la nature et l'étendue de ses besoins en cours de dialogue compétitif, d'une part, en imposant aux candidats un système de télégestion et en faisant de cette exigence une clause tangible lors de la remise de l'offre finale, d'autre part, en précisant que les droits de propriété intellectuelle seraient transférés au pouvoir adjudicateur, enfin, en indiquant lors de la troisième audition que les opérations du plan climat ne devaient pas concerner les parcs et jardins ; que, cependant, il ressort du programme fonctionnel, en particulier du livre 15 dudit programme, que, d'une part, le système de télégestion était une simple faculté et non une obligation pour les candidats, qu'il ne constituait pas un besoin de la personne publique mais une solution susceptible d'y répondre et que, d'autre part, en décidant en cours de procédure que les droits de propriété intellectuelle seraient transférés au pouvoir adjudicateur, la ville de Paris n'a pas modifié substantiellement ses besoins mais a simplement privilégié une solution lui permettant de s'assurer qu'elle pourrait intervenir sur les systèmes informatiques de maintenance du marché ; qu'enfin, en indiquant, lors de la troisième audition, que « les opérations plan climat ne doivent pas concerner les parcs et jardins », la ville de Paris s'est contentée de rappeler aux candidats une information qui leur avait été communiquée dès le début de la procédure, à savoir que les espaces verts n'étaient pas insérés dans la tranche ferme, mais seulement dans la tranche

conditionnelle du marché ; qu'il résulte de tout de ce qui précède que le moyen tiré de la modification par la ville de Paris de ses besoins au cours du dialogue compétitif doit être écarté ;

En ce qui concerne le moyen tiré de l'illégalité du rejet de l'offre de la société CITELUM :

Considérant qu'aux termes de l'article 67 du code des marchés applicables : « [...] VII. - Lorsqu'il estime que la discussion est arrivée à son terme, le pouvoir adjudicateur en informe les candidats qui ont participé à toutes les phases de la consultation. Il les invite à remettre leur offre finale sur la base de la ou des solutions qu'ils ont présentées et spécifiées au cours du dialogue, dans un délai qui ne peut être inférieur à quinze jours. [...] Ces offres comprennent tous les éléments requis et nécessaires pour la réalisation du marché. / [...] Des précisions, clarifications, perfectionnements ou compléments peuvent être demandés aux candidats sur leur offre finale. Cependant, ces demandes ne peuvent avoir pour effet de modifier des éléments fondamentaux de l'offre finale, dont la variation est susceptible de fausser la concurrence ou d'avoir un effet discriminatoire / [...] VIII. - Après classement des offres finales conformément au III de l'article 53, l'offre économiquement la plus avantageuse est choisie en application du ou des critères annoncés dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans le règlement de la consultation » ; qu'aux termes de l'article 53 du même code : « [...] III. - Les offres inappropriées, irrégulières ou inacceptables sont éliminées. Les autres offres sont classées par ordre décroissant. L'offre la mieux classée est retenue » ; qu'aux termes de l'article 35 du même code : « Une offre irrégulière est une offre qui, tout en apportant une réponse au besoin du pouvoir adjudicateur, est incomplète ou ne respecte pas les exigences formulées dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation » ; qu'aux termes de l'article 11 du même code : « L'acte d'engagement est la pièce signée par un candidat à un accord-cadre ou à un marché public dans laquelle le candidat présente son offre ou sa proposition dans le respect des clauses du cahier des charges qui déterminent les conditions dans lesquelles le marché est exécuté [...] » ;

Considérant qu'il résulte de l'instruction, que la version originale signée de l'acte d'engagement, remise par la société CITELUM, ne comprenait que neuf pages sur quatorze ; que si les pages manquantes figuraient dans la version informatique de l'acte d'engagement, ladite version n'était, en revanche, pas signée ; que contrairement à ce qu'indique la requérante, les pages manquantes ne comportaient pas uniquement des mentions administratives et des références bancaires mais également des dispositions relatives à la durée du contrat, au nombre de tranches conditionnelles et à leur contenu ; qu'ainsi, cette seule omission substantielle était de nature à justifier l'élimination de l'offre de la société requérante ; qu'en outre, aucune régularisation postérieure n'était en l'espèce possible, eu égard à l'omission commise ; que par suite, la commission d'appel d'offres n'a pas commis d'erreur d'appréciation en éliminant l'offre de la société CITELUM au motif qu'elle était irrégulière au sens de l'article 35 du code des marchés publics ;

En ce qui concerne le moyen tiré du caractère irrégulier de l'offre de la société ETDE et de l'inégalité de traitement entre les candidats :

Considérant, en premier lieu, qu'aux termes de l'article 18.2 du programme fonctionnel : « le titulaire du marché cède, à titre exclusif pour un euro l'intégralité des droits ou titres de toute nature afférents aux résultats permettant au pouvoir adjudicateur de les exploiter librement pour les destinations précisées dans les documents particuliers du marché » ; que la société CITELUM soutient que l'offre de la société ETDE n'était pas conforme à ces

stipulations, dès lors que la société ETDE a proposé de recourir au logiciel « Packweb » développé par la société CITEGESTION, et dont cette dernière conserve la propriété exclusive, faisant ainsi obstacle à toute cession des droit de propriété intellectuelle à la ville de Paris ; que s'il résulte de l'instruction que la société ETDE a proposé l'utilisation du logiciel « Packweb » en début d'exécution du marché, il n'est en revanche pas établi que les termes de son offre finale était nécessairement de nature à faire obstacle à la cession des droits de propriété prévue par l'article 18.2 du programme fonctionnel ; que, par suite, et sans qu'il soit besoin d'examiner sa recevabilité, ce moyen doit être écarté ;

Considérant, en second lieu, que la société CITELUM soutient qu' il y a eu une rupture de l'égalité de traitement entre les candidats, dès lors que l'offre de la société ETDE qui comportait des imprécisions, des incohérences et des irrégularités, n'a pas été éliminée ; qu'il résulte cependant du rapport de la directrice de la voirie et des déplacements à la commission d'appel d'offres, que les erreurs de calcul commises par la société ETDE ont été marginales ; qu'en outre, si un nombre très réduit d'indications formulées par la société ETDE ont pu être qualifiées de générales, il ne résulte pas de l'instruction que celle-ci aurait pour autant entaché son offre de réelles imprécisions ; qu'il résulte de tout ce qui précède que le moyen susmentionné doit être écarté ;

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, d'une part, que les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce que soit mise à la charge de la ville de Paris, une somme au titre des frais exposés par la société CITELUM et non compris dans les dépens ;

Considérant, d'autre part, qu'il y a lieu, en revanche, de faire application de ces dispositions et de mettre à la charge de la société CITELUM, une somme de 3 000 euros au titre des frais exposés par la ville de Paris et non compris dans les dépens ; qu'il y a lieu, également, en application de ces mêmes dispositions, de mettre à la charge de la société CITELUM, une somme de 3 000 euros au titre des frais exposés par la société ETDE et non compris dans les dépens ;

DECIDE :

Article 1er : La requête de la société CITELUM est rejetée.

Article 2 : La société CITELUM versera une somme de 3 000 euros à la ville de Paris au titre l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : La société CITELUM versera une somme de 3 000 euros à la société ETDE au titre l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 4 : Le présent jugement sera notifié à la société CITELUM, à la ville de Paris et à la société E.T.D.E.

Délibéré après l'audience du 20 mai 2011, à laquelle siégeaient :

Mme Mille, président,
M. Quyollet, conseiller,
M. Langrognnet, conseiller,

Lu en audience publique le 10 juin 2011.

Le rapporteur,

Le président,

M. QUYOLLET

S. MILLE

Le greffier,

S. THOMAS