

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE PARIS**

N° 0914246/3

SAS Compagnie IBM FRANCE

F. Bataille
Juge des référés

Ordonnance du 15 septembre 2009

REPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Le Tribunal administratif de Paris,

Le juge des référés,

Vu la requête et le mémoire complémentaire, enregistrés les 31 août et 10 septembre 2009, présentés pour la SAS compagnie IBM FRANCE, dont le siège est Tour Descartes 5-2, avenue Gambetta Courbevoie (92400), agissant en son nom personnel et en qualité de mandataire solidaire du groupement momentané d'entreprises conjointes, composé outre elle-même, de la SA SAP France, dont le siège est Défense Plaza 23-35 rue Delarivière Lefoulon La Défense 9 Paris la Défense cedex 92064 et la SA STERIA, dont le siège est 12 rue Paul Dautier Velizy-Villacoublay (78140) par la SCP Bignon Lebray et associés, agissant par Me Alain Vamour, avocat ;

La société IBM demande au juge des référés:

1° en application de l'article L.551-1 du code de justice administrative, d'annuler la procédure de passation de marché, dite de dialogue compétitif, engagée par l'Etat - ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi et ministre du budget, des comptes publics et de la fonction publique - service à compétence nationale : Opérateur National de Paye (ONP) - pour l'attribution d'un marché « fourniture, installation, maintenance du système d'information paye des agents rémunérés par l'Etat » ;

2° à défaut, d'annuler la décision notifiée par lettre de l'ONP du 25 mai 2009 de mettre un terme au dialogue compétitif et fixant au 15 juin 2009 le délai de remise par les groupements de leur offre finale, suspendre la procédure contractuelle d'attribution du marché jusqu'à ce que le pouvoir adjudicateur respecte ses obligations de publicité et de mise en concurrence, ordonner à l'Etat de rouvrir le dialogue entre les deux candidats retenus, lui ordonner de fournir une définition contractuelle des clauses dites intangibles et de faire la liste de celles qui demeurent intangibles et de celles qui seraient modifiables par les candidats, lui ordonner de définir précisément la nature et la quantité des prestations à réaliser à Caen par le groupement à retenir et de fournir les conséquences du transfert de l'ONP à Caen sur le

calendrier d'exécution des prestations du marché, lui ordonner de fournir un calendrier d'affermissement des tranches conditionnelles; lui ordonner de donner ensuite aux groupements un délai minimal de 3 mois, après la nouvelle clôture de dialogue pour déposer une offre finale;

3° de condamner l'Etat à lui verser la somme de 20.000 € en application de l'article L.761-1 du code de justice administrative ;

La société IBM FRANCE expose que l'offre que le groupement a présentée en vue de l'attribution du marché en cause a été rejetée par une décision en date du 24 août 2009 au profit du groupement composé des sociétés ACCENTURE, HR ACCESS et LOGICA.

La procédure de passation du marché litigieux est selon elle entachée des manquements suivants aux obligations de publicité et de mise en concurrence :

1° La durée du contrat n'est ni déterminée ni déterminable l'empêchant de déposer une offre optimale

En effet si l'article II.1.3 de l'avis d'appel public à la concurrence européen et l'article II.3 du règlement de consultation prévoient une durée du contrat de 108 mois (9 ans), cette durée n'est fixée que « sous réserve des engagements dont l'exécution aurait, dans les conditions définies au CCAP, une durée supérieure » selon l'article X de cet appel public et l'article II.3 lui-même du règlement de consultation.

Or ceci permet une majoration imprécise de la durée du contrat en l'absence de définition des engagements en cause, des conditions du cahier des clauses administratives particulières (CCAP) alors qu'en outre la durée de 9 ans est déjà dérogoratoire à l'article 77.II du code des marchés publics selon lequel la durée des marchés à bon de commande ne peut dépasser 4 ans.

Au surplus, c'est forcément avec l'intention de prolonger la durée du marché que le pouvoir adjudicateur a prévu des « Options » par l'article II.2.2 du l'avis d'appel public à la concurrence européen et du règlement de consultation qui prévoient des avenants et marchés complémentaires et similaires alors que ces options ne sont ni décrites, non plus que leur calendrier prévisionnel et le nombre de reconductions éventuelles contrairement à ce qu'exige la décision CE n° 299391 15 juin 2007 ministre de la Défense.

2° La décision du 3 avril 2009 de transférer tout ou partie des services de l'ONP à Caen ou ses environs à partir de 2012 entache la procédure d'irrégularité

Une telle modification, l'article II.1.1 de l'avis d'appel public à la concurrence européen ayant prévu que le lieu principal de la prestation est l'Ile-de-France, consiste en une évolution significative des caractéristiques du marché, notamment quant à la nature et l'étendue des besoins exprimés par la personne publique, et ne pouvait donc intervenir sans nouvelle consultation dès lors que le premier site pilote devait démarrer en janvier 2012.

En outre elle est imprécise quant à l'importance du transfert prévu et à sa localisation.

Enfin elle a été communiquée dans un délai insuffisant pour adapter l'offre, par oral le 27 janvier 2009 et par écrit le 3 avril 2009 soit seulement un mois avant la lettre de l'ONP du 25 mai 2009 portant clôture du dialogue et invitation à la remise de l'offre finale au plus tard le 15 juin 2009. L'ONP n'a pas répondu aux questions formulées à cet égard lors de la séance n° 19 du 29 avril 2009.

3° L'information sur la pondération des sous-critères d'attribution des offres a été tardive

En effet ce n'est que lors de la séance (n° 20) le 14 mai 2009, soit un mois avant la date de remise finale des offres, que le groupement a eu connaissance d'indications sur les conditions de mise en œuvre des critères, donc de sous-critères, tels que « la qualité fonctionnelle,

l'ergonomie de la solution et le respect des exigences de disponibilité » pour le critère prépondérant de la qualité fonctionnelle et technique de la solution, et non dès l'avis d'appel public initial, notamment s'agissant d'un marché particulièrement complexe en vertu des articles 24, 36 et 67 du code des marchés publics.

4° Le pouvoir adjudicateur a permis la modification de clauses intangibles du cahier des clauses administratives particulières en prévoyant, de manière équivoque, la possibilité de « propositions ou ajouts » sous réserve de leur compatibilité avec le sens de ces clauses.

Par notes du 27 janvier 2009 et 10 avril 2009, ainsi qu'au cours des séances n° 19 et n° 20, le pouvoir adjudicateur a ainsi porté atteinte, par la notion équivoque de compatibilité, au caractère intangible des articles 7, 8, 9, 12, 13, 15.3 et 15.4 du cahier des clauses administratives particulières.

5° L'article 15 du cahier des clauses administratives particulières prévoit l'application de l'article 19 option A du cahier des clauses administratives générales prestations intellectuelles alors que l'article 5 du cahier des clauses administratives particulières prévoit que seul est applicable le cahier des clauses administratives générales fournitures courantes et de service. Cette confusion dans la détermination des stipulations applicables a lésé le groupement.

6° Le délai de 15 jours pour le dépôt de l'offre finale, certes conforme au délai minimal prévu par l'article 67 du code des marchés publics, est manifestement insuffisant compte tenu de la complexité du marché et des modifications géographique et de critères précitées.

7° L'ambiguïté relative à l'étendue de la responsabilité contractuelle prévue à l'article 21.2 du cahier des clauses administratives particulières, constituant un sous-critère, a entraîné une rupture d'égalité en cas d'interprétation différente selon les candidats

Le pouvoir adjudicateur dans la séance n° 20 laisse aux candidats toute liberté pour plafonner leur responsabilité contractuelle en contradiction avec le souci de précisions quant à l'étendue de cette responsabilité exprimé dans la séance 9 bis. Aucune réponse n'a été obtenue concernant notamment les dommages indirects.

8° Des variantes sous l'appellation de «propositions alternatives » (et non la formulation d'options) ont été demandées ou proposées par le pouvoir adjudicateur lui-même dans les séances n°9 bis et 19 alors qu'elles sont formellement interdites par l'article II.1.5 de l'avis d'appel public à la concurrence européen

9° Aucun calendrier d'affermissement des tranches conditionnelles n'est prévu par l'avis d'appel public à la concurrence européen (qui fait état de huit tranches) ou tout autre document du dossier de consultation des entreprises en contradiction avec l'article 4.1 du cahier des clauses administratives particulières qui prévoit la définition d'un tel calendrier par le cahier des clauses techniques particulières

Par ailleurs l'indépendance, imposée par le code des marchés publics, entre les différentes tranches conditionnelles, n'a pas été respectée.

Ainsi la tranche conditionnelle n°2 qui concerne la mise en ordre de marche du système développé, avec solution en 2016, dépendra des évolutions demandées par la personne publique à travers l'exécution des différentes tranches. Le prix a été difficile à estimer, l'outil de stimulation budgétaire ayant été transmis très tardivement par l'ONP.

Concernant la tranche conditionnelle n° 8, le groupement n'a eu que des réponses lapidaires à sa demande de renseignements complémentaires.

10° Aucune explication n'est fournie sur la renonciation à tout allotissement prévue par l'article II.1.5 de l'avis d'appel public à la concurrence européen au profit d'un marché global, et ce malgré l'importance du marché et alors que le principe de l'allotissement est prévu à l'article 10 du code des marchés publics

11° Des ruptures d'égalité ont eu lieu entre les deux groupements du fait de la reprise ou non de travaux antérieurs.

Les travaux réalisés par la société SAP lors d'un marché conclu avec l'Agence pour le développement de l'administration électronique (ADAE), transféré à l'ONP et en cours d'exécution pouvaient faire l'objet d'une reprise, qui n'a pas été contestée au cours du dialogue compétitif mais a été refusée à la fin de celle-ci, sans motif d'intérêt général, contraignant le groupement à reconstruire son offre dans des conditions financières difficiles ayant eu des conséquences sur la qualité fonctionnelle et technique de la solution (critère n° 1) et l'adaptabilité, l'évolutivité et l'exploitabilité de la solution (critère n° 2).

En revanche l'éditeur HR ACCESS a pu bénéficier de l'ensemble des projets réalisés par ses partenaires auprès des ministères.

12° La conduite du dialogue a été inéquitable s'agissant du critère n° 4 qualité de l'exécution proposée.

Seulement deux séances y ont été consacrées (11b et 17) sans discussion approfondie lors du dialogue.

13° La détermination même du pouvoir adjudicateur est imprécise

Le « pouvoir adjudicateur », la « personne publique » en cause, et donc le « maître d'ouvrage » sont mal précisés dès lors que l'ONP a un caractère interministériel (décret n° 2007-903 du 15 mai 2007, article VI.3 de l'avis d'appel public à la concurrence européen) mais que l'avis précité ne fournit par ailleurs en son article I.1 que l'adresse du ministère des finances.

Vu, enregistré le 9 septembre 2009, le mémoire commun présenté pour les sociétés suivantes, membres du groupement dont la société ACCENTURE est mandataire : la société ACCENTURE dont le siège est 118, avenue de France 75013 Paris et la société LOGICA Management Consulting, dont le siège est 37/41 rue du Rocher 75008 Paris, par la SCP Baker et Mac Kenzie, représentée par Me Cabanes et Me Daboussy ; les sociétés concluent au rejet de la requête et à la mise à la charge de la société IBM France de la somme de 20.000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative aux motifs que la société IBM n'apporte pas la preuve que les irrégularités alléguées, à les supposer établies, l'ont lésé ou ont été susceptibles de la léser, alors que le groupement IBM a été en mesure de remettre une offre finale conforme aux exigences du dossier de consultation :

- 1° La durée du contrat est précise : 108 mois et ne doit pas être confondu avec les obligations postérieures de responsabilité et de droit d'exploitation des logiciels et progiciels et l'éventualité d'options est juridiquement régulière et techniquement légitime ;
- 2° Le moyen tiré de la décision de transfert à Caen à compter de 2012 et de l'information tardive à cet égard n'est pas fondé dès lors d'une part notamment qu'en tout état de cause, 80% de la charge de travail de la tranche ferme du marché doivent être exécutés avant 2012 et que les changements en découlant sont marginaux et d'autre part que l'information a eu lieu dès le mois de janvier 2009 et ne fait pas spécifiquement grief au groupement IBM ;
- 3° Les obligations de publicité s'appliquent aux critères et à leur pondération dès le début de la procédure, les sous-critères pouvant être pondérés par la suite ;

- 4° Le moyen tiré de l'ambiguïté entretenue par rapport aux clauses intangibles manque en fait, seuls pouvant être apportés des compléments et précisions ne modifiant pas la nature et l'étendue des besoins ;
- 5° le moyen tiré de la référence partielle au cahier des clauses administratives générales prestations intellectuelles est inopérant car sans influence sur les conditions de publicité et mise en concurrence ;
- 6° le groupement requérant n'a pas pu être lésé par le délai de dépôt de l'offre finale ;
- 7° La définition des responsabilités contractuelles a été dépourvue d'ambiguïté ;
- 8° Le débat sémantique sur variantes et options est en tout état de cause inopérant s'agissant d'une procédure de dialogue compétitif ;
- 9° Aucun texte n'oblige le pouvoir adjudicateur à prévoir un calendrier d'affermissement des tranches conditionnelles dès le début de la procédure ;
- 10° Le recours à un marché global est possible en vertu de l'article 10 du code des marchés publics, justifié en l'espèce et le requérant n'établit pas en quoi ceci l'aurait lésé ;
- 11° le pouvoir adjudicateur est parfaitement identifiable ;

Vu, enregistré le 11 septembre 2009, le mémoire présenté pour l'Etat, ministre du budget, des comptes publics, de la fonction publique et de la réforme de l'Etat, représenté par la directrice de l'Opérateur National de Paye (ONP) par la SCP Uettwiller Frelon Gout Canat et associés (UGCC), représentée par Me Dal Farra ; l'Etat conclut au rejet de la requête et à la condamnation de la société IBM FRANCE à lui verser la somme de 15.000 € en application de l'article L.761-1 du code de justice administrative aux motifs que la société IBM n'apporte pas la preuve que les irrégularités alléguées, à les supposer même établies, ce qui n'est pas le cas, l'ont lésé ou ont été susceptibles de la léser, alors d'une part que le groupement IBM n'a pas demandé au cours du dialogue compétitif, ni dans les séances ni lors de la phase d'élaboration de l'offre finale, des clarifications sur les imprécisions et incohérences dont il se plaint au contentieux et d'autre part qu'il a été en mesure de remettre une offre finale conforme aux exigences du dossier de consultation :

- 1° La durée du marché de 9 ans est précise sans qu'y fasse obstacle le renvoi aux stipulations du cahier des clauses administratives particulières quant à la réserve quant aux engagements d'une durée d'exécution supérieure, à savoir les droits de propriété intellectuelle et les garanties, ni le moyen, dénué de sens, relatif aux informations juridiquement obligatoires, sous la rubrique « Options » ;
- 2° La décision de transfert du siège de l'ONP à Caen est d'une part régulière en son principe, n'ayant pas modifié la nature et la portée des besoins de la personne publique dès lors que le programme fonctionnel est intact, d'autre part précise géographiquement et temporellement, dès lors en outre que 80% des prestations doivent être exécutés avant 2012, enfin non tardive puisque portée à la connaissance des candidats dès le 27 janvier 2009 lors de la séance n° 9 bis ;
- 3° La pondération des sous-critères, qui est facultative et est intervenue le 29 juillet 2008, n'a pas été tardive, surtout dans le cadre d'un dialogue compétitif ;
- 4° La possibilité offerte aux candidats d'apporter des précisions aux clauses intangibles du cahier des clauses administratives particulières, qui s'imposent aux candidats et non à l'ONP, n'a pu modifier le sens de la notion d'intangibilité ni le contenu de ces clauses ni affecter la nature et l'étendue des besoins de l'ONP ;
- 5° La référencé au sein du cahier des clauses administratives générales au cahier des clauses administratives générales prestations intellectuelles ne procède d'aucune incohérence, l'application de l'article 19 A du second prévue par l'article 15 du premier entrant dans le cas d'une incompatibilité prévue par l'article 24 du premier qui permet en ce cas une dérogation,

le cahier des clauses administratives particulières fournitures courantes et de service restant par ailleurs la référence de principe.

6° Le délai de 20 jours pour la remise des offres est conforme au délai minimal de 15 jours prévu par l'article 67-VII du code des marchés publics, sans aucune obligation réglementaire de durée supérieure compte tenu de la complexité du marché et ne venant qu'au terme, en tout état de cause, de l'élaboration continuée lors des 10 mois environ de la procédure de dialogue compétitif ; il a été en tout état de cause suffisant.

7° Le débat relatif au plafonnement de la responsabilité contractuelle n'a souffert d'aucune équivoque et la liberté laissée aux candidats conforme à l'article 21.2 du cahier des clauses administratives particulières ; il ne s'agissait en tout état de cause qu'un élément d'appréciation du sous-critère « montant des règlements financiers acceptés par le candidat », lequel représentait seulement 7 points sur les critères du critère « qualité fonctionnelle et technique de la solution » alors que les notes respectives du groupement IBM et du groupement attributaire ont été de 74 points et de 92,6 points.

8° L'invite par l'ONP à la formulation de « propositions alternatives » ne sont ni des variantes ni des options mais seulement une demande d'approfondissement et d'évolution de la proposition du candidat.

9° Le recours à un marché global plutôt qu'à l'allotissement est conforme à l'article 10 du code des marchés publics, n'avait à être motivé dans aucun document du marché et était techniquement et financièrement justifié en l'espèce à l'inverse de l'allotissement qui aurait été impossible compte tenu de l'imbrication des différentes prestations couvertes par le marché et plus coûteux.

10° L'absence de calendrier d'affermissement des tranches conditionnelles n'est contraire à aucune disposition communautaire ou du code des marchés publics et ce calendrier devait, au contraire, selon l'article 4.1 du projet de cahier des clauses administratives particulières remis aux candidats et l'article VI.2 du règlement de consultation faire l'objet d'une proposition éventuelle par les candidats.

11° Le moyen tiré de l'ambiguïté relative à l'identité du pouvoir adjudicateur est inopérant s'agissant des obligations de publicité et de mise en concurrence dès lors qu'il s'agit en tout état de cause de l'Etat et manque en fait, l'adresse du seul ministère de l'économie et des finances dans la rubrique I.1 de l'avis de publicité correspondant simplement à celle de l'ONP ;

Vu, enregistré le 11 septembre 2009, le mémoire présenté pour la société HR ACCESS Solutions, membre du groupement dont la société ACCENTURE est mandataire, dont le siège est Immeuble Le triangle de l'Arche 8, cours du Triangle 92937 Paris La Défense cedex 12, par Me Azan ; les sociétés concluent au rejet de la requête et à la mise à la charge de la société IBM France de la somme de 20.000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative aux motifs que :

- 1° la requête est partiellement « irrecevable » dès lors que certains moyens ne démontrent aucun manquement à une obligation de publicité ou de mise en concurrence et sont donc inopérants, à savoir le choix de viser le cahier des clauses administratives générales prestations intellectuelles, la prétendue ambiguïté des clauses de responsabilité contractuelle, de l'imprécision de la personne responsable du marché ;
- 2° le moyen tiré du caractère non déterminé ni déterminable du marché manque en fait, celui-ci ayant une durée de 9 ans hors prolongation par option ;
- 3° le moyen tiré de la décision de transfert à Caen n'est pas fondé, d'une part l'information étant non tardive puisque délivrée dès le 3 avril 2009, soit 3 mois avant la remise des offres et délivrée dans les mêmes conditions aux candidats, d'autre part n'ayant que peu de conséquences sur un système d'information ;

- 4° le moyen tiré de la tardiveté de la pondération des sous-critères n'est pas fondé, dès lors que cette pondération est intervenue dans les mêmes conditions pour les candidats et n'a pas dénaturé le sens et la portée des critères ;
- 5° le moyen tiré de l'irrégularité de la prévision de « variantes » n'est pas fondé, l'acception de ce terme dans la séance 9b étant technique et non juridique et visant des modalités d'ajustements techniques de l'offre dans le respect du règlement de consultation ;
- 6° le délai critiqué de 15 jours pour la remise des offres, qui en fait a été de 20 jours et non de 15 jours, a été tenu par l'ensemble des candidats et compatible avec la mise en concurrence s'agissant d'une synthèse ;
- 7° le choix d'allotir ou non relève de la seule compétence du pouvoir adjudicateur et se justifie en l'espèce par la complexité du marché impliquant un marché global ;
- 8° le grief relatif à l'intangibilité des clauses contractuelles n'est pas fondée ;
- 9° le moyen tiré de l'absence de calendrier d'affermissement des tranches conditionnelles manque en fait, cf. article 4.2 du cahier des clauses administratives particulières et en droit, l'ONP pouvant renoncer aux tranches conditionnelles lors de l'exécution du marché ;

Vu, enregistré le 14 septembre 2009, le mémoire présenté pour la société HR ACCESS Solutions dont le siège est Immeuble Le triangle de l'Arche 8, cours du Triangle 92937 Paris La Défense cedex 12, par Me Azan et tendant aux fins par les mêmes motifs et en outre par le motif que la société HR ACCESS n'a bénéficié d'aucune rupture d'égalité à son profit, la société IBM ayant bénéficié en tout état de cause d'un retour d'expérience compte tenu de très nombreux projets mentionnés dans le programme fonctionnel de l'ONP et que le projet ADAE n'est pas comparable au marché en cause ;

Vu, enregistré le 14 septembre 2009, le mémoire présenté pour l'Etat, ministre du budget, des comptes publics, de la fonction publique et de la réforme de l'Etat, représenté par la directrice de l'Opérateur National de Paye (ONP) par la SCP Uettwiller Frelon Gout Canat et associés (UGCC), représentée par Me Dal Farra ; l'Etat persiste dans ses conclusions par les mêmes motifs et par les motifs :

1° S'agissant de la rupture alléguée d'égalité du fait de la reprise ou non de travaux antérieurs que le moyen est inopérant, le juge des référés n'ayant pas le pouvoir d'appréciation des conditions d'exécution d'un marché distinct, et en tout état de cause, non fondé, dès lors que la société SAP n'a jamais demandé le droit de réutiliser les travaux issus du marché ADAE et qu'il n'appartenait pas à l'ONP de s'opposer à la réutilisation de ces travaux et de tirer les conséquences d'une éventuelle méconnaissance par la société SAP des stipulations du marché ADAE, enfin que la société SAP et donc la société IBM ne pouvait ignorer la question de la titularité des droits sur les travaux du marché ADAE comme en témoigne la signature de l'avenant par la société SAP le 29 mai 2009 ;

2° S'agissant des deux séances de dialogue consacrées aux aspects relatifs à la qualité des conditions d'exécution des prestations, celles-ci ont été suffisantes ;

Vu, enregistré le 14 septembre 2009, le mémoire commun présenté pour les sociétés suivantes, membres du groupement dont la société ACCENTURE est mandataire : la société ACCENTURE dont le siège est 118, avenue de France 75013 Paris et la société LOGICA Management Consulting, dont le siège est 37/41 rue du Rocher 75008 Paris, par la SCP Baker et Mac Kenzie, représentée par Me Cabanes et Me Daboussy ; les sociétés persistent dans leurs conclusions par les mêmes motifs et par le motif qu'il ne peut être fait d'amalgame entre la réutilisation d'expériences acquises par HR ACCESS et la possibilité de réutiliser des travaux précédents par la société SAP ;

Vu les autres pièces du dossier, y compris celles versées, hors mémoires, les 11 et 14 septembre 2009 pour la société IBM ;

Vu le code des marchés publics;

Vu le code de justice administrative ;

Vu la décision en date du 1^{er} septembre 2009, par laquelle le président du tribunal a désigné M. F. Bataille pour statuer sur les demandes de référés ;

Vu, en date du 31 août 2009, l'ordonnance du juge des référés enjoignant au ministre du budget, des comptes publics, de la fonction publique et de la réforme de l'Etat (Opérateur National de Paye – ONP) de différer la signature du marché ;

Les parties ayant été convoquées à l'audience qui s'est tenue le 14 septembre 2009 à 14 heures ;

Après avoir présenté son rapport et entendu les observations de :

- Me Vamour, pour la société IBM FRANCE ;
- Me Dal Farra, pour l'Etat ;
- Me Cabanes et Me Daboussy pour les sociétés ACCENTURE et LOGICA Management Consulting ;
- Me Azan pour la société HR ACCESS Solutions ;

Après avoir prononcé, à l'issue de l'audience la clôture de l'instruction ;

Vu la note en délibéré produite le 15 septembre 2009, après l'audience, présentée pour l'Etat ;

Vu la note en délibéré produite le 15 septembre 2009, après l'audience, présentée pour la société IBM France ;

Considérant qu'il résulte de l'instruction que par avis de marché publié le 18 juin 2008 au Journal officiel de l'Union Européenne et avis d'appel public à la concurrence publié le 18 juin 2008 au Bulletin officiel des annonces des marchés publics, qui ont fait l'objet d'avis rectificatifs respectifs les 25 juin 2008 et 24 juin 2008, l'Etat - ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi et ministre du budget, des comptes publics et de la fonction publique – service à compétence nationale : Opérateur National de Paye (ONP) - a engagé une procédure de dialogue compétitif, au sens des articles 36 et 67 du code des marchés publics dans leur version alors applicable, en vue de l'attribution d'un marché « fourniture, installation, maintenance du système d'information paye des agents rémunérés par l'Etat » ; que l'offre proposée par le groupement SAS IBM France, SA SAP France et société STERIA, dont la société IBM FRANCE est le mandataire, a été rejetée par une décision en date du 24 août 2009 au profit du groupement composé des sociétés ACCENTURE, HR ACCESS et

LOGICA ; que la société IBM France, pour elle-même et en tant que mandataire du groupement précité, demande au juge des référés précontractuels, aux motifs que la procédure de passation du marché en cause est entachée de plusieurs manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence, lesquels les ont lésés ou ont été susceptibles de le faire, d'annuler, d'annuler la procédure de passation du marché en cause ou, à défaut, d'annuler la décision notifiée par lettre de l'ONP du 25 mai 2009 de mettre un terme au dialogue compétitif et fixant au 15 juin 2009 le délai de remise par les groupements de leur offre finale;

Sur la fin de non-recevoir opposée par le groupement IBM à l'encontre des conclusions présentées par les sociétés HR ACCESS et LOGICA Management Consulting :

Considérant qu'en cours d'audience, le groupement IBM fait valoir que les conclusions des sociétés HR ACCESS et LOGICA Management Consulting sont irrecevables, seule la société ACCENTURE, mandataire du groupement attributaire ayant vocation à représenter ce groupement ; que, toutefois, les sociétés HR ACCESS et LOGICA Management Consulting ne sont pas des sociétés « sous-traitantes », contrairement à ce qui a été soutenu pour le groupement IBM mais des membres à part entière du groupement sans qu'y fasse obstacle le fait que ce groupement ait pour mandataire la société ACCENTURE ; que, dès lors, les conclusions présentées par ces sociétés sont recevables à présenter, en fonction de leur intérêt propre, des conclusions de défense ; que, par suite, la fin de non-recevoir précitée doit être rejetée ;

Sur les conclusions du groupement IBM relatives à la passation du marché :

Considérant qu'aux termes de l'article L.551-1 du code de justice administrative:

" Le président du tribunal administratif, ou le magistrat qu'il délègue, peut être saisi en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation des marchés publics, des marchés mentionnés au 2° de l'article 24 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics, des contrats de partenariat, des contrats visés au premier alinéa de l'article L. 6148-5 du code de la santé publique et des conventions de délégation de service public. Les personnes habilitées à agir sont celles qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par ce manquement, ainsi que le représentant de l'Etat dans le département dans le cas où le contrat est conclu ou doit être conclu par une collectivité territoriale ou un établissement public local. Le président du tribunal administratif peut être saisi avant la conclusion du contrat. Il peut ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations et suspendre la passation du contrat ou l'exécution de toute décision qui s'y rapporte. Il peut également annuler ces décisions et supprimer les clauses ou prescriptions destinées à figurer dans le contrat et qui méconnaissent lesdites obligations. Dès qu'il est saisi, il peut enjoindre de différer la signature du contrat jusqu'au terme de la procédure et pour une durée maximum de vingt jours (...)"; qu'en vertu de ces dispositions, les personnes habilitées à agir pour mettre fin aux manquements du pouvoir adjudicateur à ses obligations de publicité et de mise en concurrence sont celles susceptibles d'être lésées par de tels manquements ; qu'il appartient dès lors au juge des référés précontractuels de rechercher si l'entreprise qui le saisit se prévaut de manquements qui, eu égard à leur portée et au stade de la procédure auquel ils se rapportent, sont susceptibles de l'avoir lésée ou risquent de la léser, fût-ce de façon indirecte en avantageant une entreprise concurrente ;

Considérant en premier lieu que le groupement IBM fait valoir que la durée du contrat n'est ni déterminée ni déterminable l'empêchant de déposer une offre optimale ;

Considérant d'une part qu'il est toutefois constant que l'article II.1.3 de l'avis d'appel public à la concurrence européen et l'article II.3 du règlement de consultation prévoient une durée du contrat de 108 mois (9 ans) ; que si le groupement soutient que cette durée n'est fixée que « sous réserve des engagements dont l'exécution aurait, dans les conditions définies au CCAP, une durée supérieure » selon l'article X de cet appel public et l'article II.3 lui-même du règlement de consultation, il résulte de l'instruction que ces engagements d'une durée d'exécution supérieure concernent les droits de propriété intellectuelle en vertu de l'article 15 du cahier des clauses administratives particulières et les garanties auxquelles est tenu l'attributaire du marché en vertu de l'article 15.4 du même cahier et n'affectent pas la durée prévue de l'exécution du marché ;

Considérant d'autre part que si le groupement fait valoir que c'est forcément avec l'intention de prolonger la durée du marché que le pouvoir adjudicateur a prévu des « Options » par l'article II.2.2 de l'avis d'appel public à la concurrence européen et du règlement de consultation qui prévoient des avenants et marchés complémentaires et similaires alors que ces options ne sont ni décrites, non plus que leur calendrier prévisionnel et le nombre de reconductions éventuelles, il résulte de l'instruction que l'ONP n'a fait ainsi qu'émettre, à bon droit et en principe, l'éventualité de tels avenants et marchés ; que cette prévision n'a pas entaché d'ambiguïté la durée prévue du marché en cause ;

Considérant en deuxième lieu que le groupement IBM fait valoir que la décision du 3 avril 2009 de transférer « tout ou partie » des services de l'ONP à « Caen ou ses environs » à partir de 2012 entache la procédure d'irrégularité dès lors qu'une telle modification est contraire à l'article II.1.1 de l'avis d'appel public à la concurrence européen ayant prévu que le lieu principal de la prestation est l'Ile-de-France, consiste en une évolution significative des caractéristiques du marché, notamment quant à la nature et l'étendue des besoins exprimés par la personne publique, et ne pouvait donc intervenir sans nouvelle consultation, alors au surplus que le premier site pilote devait démarrer en janvier 2012, qu'elle est imprécise quant à l'importance du transfert prévu et à sa localisation et a été communiquée dans un délai insuffisant pour adapter l'offre, enfin que l'ONP n'a pas répondu aux questions formulées à cet égard lors de la séance n° 19 du 29 avril 2009 ;

Considérant, d'une part, qu'il ne résulte toutefois pas de l'instruction, s'agissant d'un marché de système d'information, que cette décision, quelles que soient les imprécisions matérielle et géographique dont il est fait grief, ait modifié la nature et la portée des besoins de la personne publique en l'absence de modification du programme fonctionnel et dès lors qu'il n'est pas contesté que 80% des prestations devaient être exécutés avant 2012 ;

Considérant, d'autre part, que si cette décision a été confirmée par écrit le 3 avril 2009, alors que la lettre de l'ONP portant clôture du dialogue et invitation à la remise de l'offre finale au plus tard le 15 juin 2009 est datée du 25 mai 2009, il est constant que cette décision a été portée à la connaissance des candidats dès le 27 janvier 2009 lors de la séance n° 9 bis ; qu'en l'absence de plus ample connaissance par l'ONP des modalités du transfert à venir à cette date, il ne peut lui être utilement reproché de ne pas avoir répondu aux demandes de précisions formulées à cet égard par le groupement IBM lors de la séance n° 19 du 29 avril 2009 ;

Considérant en troisième lieu que le groupement IBM fait valoir que l'information sur la pondération des sous-critères d'attribution des offres lors de la séance (n° 20) le 14 mai 2009 est tardive notamment s'agissant d'un marché particulièrement complexe ; que, toutefois, surtout dans le cadre d'un dialogue compétitif, le pouvoir adjudicateur peut prévoir seulement en cours de procédure la pondération de sous-critères dont il n'est pas établi ni même allégué qu'ils aient dénaturé la portée des critères initialement définis et dont il n'est pas établi, s'agissant du critère n° 4 « qualité de l'exécution proposée », qu'il ait fait l'objet d'une discussion insuffisante ; qu'en l'espèce, la pondération des sous-critères, intervenue le 29 juillet 2008, ne peut être regardée comme tardive ;

Considérant en quatrième lieu que, contrairement à ce que soutient le groupement IBM, la possibilité offerte aux candidats d'apporter des précisions aux clauses intangibles du cahier des clauses administratives particulières s'est faite dans le respect de cette notion d'intangibilité ;

Considérant en cinquième lieu que, alors même que l'article 15 du cahier des clauses administratives particulières prévoit l'application de l'article 19 option A du cahier des clauses administratives générales prestations intellectuelles quand l'article 5 du cahier des clauses administratives particulières prévoit que seul est applicable le cahier des clauses administratives générales fournitures courantes et de service, une telle contradiction apparente s'explique par le fait qu'en cas d'incompatibilité, prévue par l'article 24 du premier cahier, sont permises des dérogations ;

Considérant en sixième lieu que le groupement IBM fait valoir que le délai de 15 jours pour le dépôt de l'offre finale, certes conforme au délai minimal prévu par l'article 67 du code des marchés publics, est manifestement insuffisant compte tenu de la complexité du marché et des modifications géographique et de critères précitées ; qu'ainsi le caractère légal de ce délai n'est pas contesté ; qu'en tout état de cause, ce délai, qui a été en fait de 20 jours, ne paraît pas insuffisant, en dépit de la complexité du marché, dès lors qu'il vient au terme de près de dix mois de dialogue compétitif et a pour seul objet et effet de permettre aux candidats de réaliser la synthèse de leurs propositions élaborées pendant cette durée ;

Considérant en septième lieu que le groupement IBM soutient que le pouvoir adjudicateur dans la séance n° 20 laisse aux candidats toute liberté pour plafonner leur responsabilité contractuelle prévue à l'article 21.2 du cahier des clauses administratives particulières, en contradiction avec le souci de précisions quant à l'étendue de cette responsabilité exprimé dans la séance 9 bis, et que l'ambiguïté ainsi créée, relative à l'étendue de la responsabilité contractuelle qui constitue un sous-critère, a entraîné une rupture d'égalité en cas d'interprétation différente selon les candidats ; que, toutefois, cette liberté n'est pas contradictoire avec le besoin d'une définition en l'espèce, et non d'interprétation du principe, de la responsabilité contractuelle de la part de chaque candidat ;

Considérant en huitième lieu que, contrairement à ce que soutient le groupement IBM, l'invite par l'ONP dans la séance n° 9 bis, à la formulation de propositions alternatives, sous la terminologie, d'acception commune, de « variantes », lesquelles ne sont ni des « variantes » au sens juridique de l'article II.1.5 de l'avis d'appel public à la concurrence européen, ni des options proposées par le pouvoir adjudicateur, mais seulement une demande d'approfondissement et d'évolution de la proposition du candidat, ne peut être regardée comme une irrégularité ;

Considérant en neuvième lieu que le groupement IBM soutient qu'aucun calendrier d'affermissement des tranches conditionnelles n'est prévu par l'avis d'appel public à la concurrence européen (qui fait état de huit tranches) ou tout autre document du dossier de consultation des entreprises en contradiction avec l'article 4.1 du cahier des clauses administratives particulières qui prévoit la définition d'un tel calendrier par le cahier des clauses techniques particulières et que l'indépendance, imposée par le code des marchés publics, entre les différentes tranches conditionnelles, n'a pas été respectée ; que, toutefois, l'absence de calendrier d'affermissement des tranches conditionnelles fixé par la personne publique en début de procédure n'est contraire à aucune disposition communautaire ou du code des marchés publics ; qu'au demeurant, il résulte de l'article 4.1 du projet de cahier des clauses administratives particulières remis aux candidats et de l'article VI.2 du règlement de consultation que ce calendrier devait, au contraire, faire l'objet d'une proposition éventuelle par les candidats ;

Considérant en dixième lieu que le groupement IBM fait valoir qu'aucune explication n'est fournie sur la renonciation à tout allotissement prévue par l'article II.1.5 de l'avis d'appel public à la concurrence européen au profit d'un marché global, et ce malgré l'importance du marché et alors que le principe de l'allotissement est prévu à l'article 10 du code des marchés publics ; que, toutefois, d'une part le recours à un marché global plutôt qu'à l'allotissement n'est pas contraire à l'article 10 du code des marchés publics, d'autre part aucune disposition légale ou réglementaire n'impose sa motivation dans un document du marché, et enfin que l'Etat soutient, sans être utilement contredit, que la complexité du marché, loin de proscrire un marché global, le justifiait techniquement et financièrement en l'espèce et qu'à l'inverse l'allotissement aurait été impossible compte tenu de l'imbrication des différentes prestations couvertes par le marché et aurait entraîné un surcoût ;

Considérant en onzième lieu que le groupement IBM expose que les travaux réalisés par la société SAP lors d'un marché conclu avec l'Agence pour le développement de l'administration électronique (ADAE), transféré à l'ONP et en cours d'exécution pouvaient faire l'objet d'une reprise, qui n'a pas été contestée au cours du dialogue compétitif mais a été refusée à la fin de celle-ci, sans motif d'intérêt général, contraignant le groupement à reconstruire son offre dans des conditions financières difficiles ayant eu des conséquences sur la qualité fonctionnelle et technique de la solution (critère n° 1) et l'adaptabilité, l'évolutivité et l'exploitabilité de la solution (critère n° 2) alors qu'au contraire, l'éditeur HR ACCESS a pu bénéficier de l'ensemble des projets réalisés par ses partenaires auprès des ministères et soutient que cette reprise ou non de travaux antérieurs a entraîné une rupture d'égalité entre les deux groupements ; que, toutefois, il résulte de l'instruction que la société IBM a certes demandé par courrier en date du 5 septembre 2008 l'autorisation de réutiliser les travaux en cause effectués par la société SAP, que l'ONP a répondu par courrier du 23 septembre 2008 qu'il appartenait à la société SAP et non à la société IBM de formuler une telle demande et qu'aucune demande n'a par la suite été formulée par la société SAP alors même qu'un projet d'avenant au marché SAP/ADAE a été adressé à la société SAP le 11 février 2009 et signé le 29 mai 2009, rappelant notamment les droits de propriété intellectuelle de l'Etat ; que, dans ces conditions, le groupement IBM ne saurait utilement, en tout état de cause et alors qu'il ne saurait faire valoir les conditions d'exécution d'un marché distinct, se prévaloir d'une non-réutilisation des travaux en cause ;

Considérant en douzième et dernier lieu que le groupement IBM ne peut utilement ni même sérieusement soutenir, sous prétexte que l'article I.1 de l'avis d'appel public à la concurrence européen ne comporte que l'adresse du ministère des finances, siège de l'ONP, et

pourtant service interministériel, que le pouvoir adjudicateur, en l'occurrence l'Etat, ne pouvait être clairement identifié ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que le groupement IBM n'établit pas les irrégularités qu'il allègue ;

Considérant qu'au surplus, d'une part, à supposer même établies ces irrégularités, la société IBM et le groupement dont elle mandataire n'apportent pas la preuve qu'ils ont été lésés ou ont été susceptibles de l'être, d'autre part, il n'est pas contesté que le groupement IBM a été en mesure de remettre une offre finale conforme aux exigences du dossier de consultation ;

Considérant qu'il résulte de l'ensemble de ce qui précède que doivent être rejetées les conclusions présentées par la société IBM en son nom propre et pour le compte du groupement dont elle est mandataire et tendant à ce que soit annulée la procédure de passation de marché, dite de dialogue compétitif, engagée par l'Etat - ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi et ministre du budget, des comptes publics et de la fonction publique - service à compétence nationale : Opérateur National de Paye (ONP) - pour l'attribution d'un marché « fourniture, installation, maintenance du système d'information paye des agents rémunérés par l'Etat » ou, à défaut, d'annuler la décision notifiée par lettre de l'ONP du 25 mai 2009 de mettre un terme au dialogue compétitif et fixant au 15 juin 2009 le délai de remise par les groupements de leur offre finale et de suspendre la procédure contractuelle d'attribution du marché jusqu'à ce que le pouvoir adjudicateur respecte ses obligations de publicité et de mise en concurrence ;

Sur les conclusions présentées au titre 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'en vertu des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative, le Tribunal ne peut pas faire bénéficier la partie tenue aux dépens ou la partie perdante du paiement par l'autre partie des frais qu'elle a exposés à l'occasion du litige soumis au juge ; que les conclusions présentées à ce titre par la société IBM et le groupement dont elle est mandataire doivent dès lors être rejetées ; qu'il y a lieu, en revanche, en application de ces dispositions, de condamner la société IBM et le groupement dont elle est mandataire à verser d'une part à l'Etat la somme de 15.000 euros, d'autre part à chacune des sociétés ACCENTURE, HR ACCESS Solutions et LOGICA Management Consulting la somme de 10.000 euros ;

ORDONNE :

Article 1^{er} : La requête présentée par la société IBM en son nom propre et pour le groupement dont elle est mandataire, comprenant les sociétés SAP France et STERIA, est rejetée.

Article 2 : La société IBM, ensemble le groupement dont elle est mandataire, verseront d'une part à l'Etat la somme de 15.000 €, d'autre part à chacune des sociétés ACCENTURE, HR ACCESS Solutions et LOGICA Management Consulting la somme de 10.000 € en application de l'article L.761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : La présente ordonnance sera notifiée à la société IBM, au ministre du budget, des comptes publics, de la fonction publique et de la réforme de l'Etat, et aux sociétés ACCENTURE, HR ACCESS Solutions et LOGICA Management Consulting.

Fait à Paris, le 15 septembre 2009.

Le juge des référés,



F. BATAILLE

Le greffier,



C. PREVOST

La République mande et ordonne au ministre du Budget, des comptes publics, de la fonction publique et de la réforme de l'Etat, en ce qui le concerne et 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.