

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE PARIS**

N° 0718935/3/5

SOCIETE AMERICAN EXPRESS VOYAGES

Mme Girault
Juge des référés

REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

Le Tribunal administratif de Paris

Le juge des référés

Ordonnance du 19 décembre 2007

C+
39-02-005

Vu la requête, enregistrée le 4 décembre 2007, présentée pour la SOCIETE AMERICAN EXPRESS VOYAGES, dont le siège est 19/29 rue du Capitaine Guynemer 92903 Paris La Défense CEDEX , par Me Freche ; la société AMERICAN EXPRESS VOYAGES demande que le président du Tribunal , statuant sur le fondement de l'article L 551-1 du code de justice administrative :

1°) ordonne au ministère de l'intérieur, de l'outre-mer et des collectivités territoriales de différer la signature du marché de fourniture à l'ensemble des directions, services et établissements publics du MIOCT de prestations d'agence de voyages(billetterie, hôtellerie) ;

2°) suspende la procédure d'attribution de ce marché et annule toute décision qui s'y rapporte, et enjoigne au ministre de reprendre la procédure ;

3°) mette à la charge du ministère de l'intérieur, de l'outre-mer et des collectivités territoriales une somme de 3000 euros au titre de l'article L 761-1 du code de justice administrative ;

La requérante soutient que la publication au Bulletin Officiel d'Annonces des Marchés Publics (BOAMP) ne mentionne pas la date d'envoi à l'office des publications officielles de l'Union Européenne, en méconnaissance de l'article 40-VIII du code des marchés publics ; que le ministère de l'intérieur, de l'outre-mer et des collectivités territoriales a indiqué de manière inexacte que le marché était soumis à l'Accord sur les marchés publics, alors que celui-ci ne s'applique pas à la rubrique 74 « services annexes et auxiliaires de transports » de la nomenclature CPC ; que la rubrique « modalités d'ouverture des offres » n'a pas été renseignée ; que l'avis ne pouvait renvoyer au règlement de la consultation pour préciser les renseignements relatifs aux conditions de participation ; que les avis sont en contradiction avec le règlement de la consultation sur la possibilité d'introduire des variantes et sur la date à laquelle devait être produit l'agrément d'agence de voyage ; que les documents de consultation sont imprécis et erronés sur les conditions d'équilibre du compte d'opération , la mention de commissions versées par les transporteurs aériens étant inexacte depuis le 1^{er} avril 2005 et seul le candidat

sortant, d'ailleurs reconduit, étant en mesure de savoir d'où provenaient les recettes mentionnées ; qu'en l'état, le compte d'opération était nécessairement déficitaire et le titulaire n'étant pas autorisé à facturer une marge, les candidats n'étaient pas mis en mesure de proposer des offres comparables entre elles, ce qui méconnaît le principe de transparence et d'égalité; que ce principe est aussi méconnu par l'insuffisance de l'annexe 3 du CCTP sur la gestion de l'implant INAD, seul le candidat sortant étant réellement en mesure de connaître les modalités de prise en charge des personnes non admises sur le territoire ;

Vu le mémoire en défense, enregistré le 14 décembre 2007, présenté par le ministre de l'intérieur, de l'outre-mer et des collectivités territoriales qui conclut au rejet de la requête ; Il soutient que le nouveau modèle d'avis de publicité annexé au règlement n°1564/2005 de la commission des communautés européennes applicable à compter du 1^{er} décembre 2006 ne comporte plus qu'une rubrique à remplir relative à la date d'envoi aux publications communes du BOAMP et du JOUE, qui a été complétée ; qu'il s'en remet à la sagesse du tribunal sur les moyens tirés du caractère erroné de la mention de la soumission du marché à l'Accord sur les marchés publics de l'OMC, et de la contradiction entre les documents de la consultation sur la possibilité de présentation de variantes ; que l'absence de précisions dans l'avis sur les modalités d'ouverture des offres n'est pas un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence en l'absence d'obligation en droit français de prévoir le caractère public de la séance d'ouverture des plis ; que les principales exigences techniques, financières et administratives étant mentionnées dans l'avis, les précisions figurant dans le règlement de la consultation présentaient un caractère accessoire ; qu'aucune entreprise n'a été écartée pour défaut d'agrément d'agence de voyage, ce qui prive de pertinence le moyen tiré de la contradiction entre les documents de la consultation sur le moment où devait être produit ce document ; que s'il est exact que les transporteurs aériens ne versent plus de commissions aux agences de voyages, ils bénéficient de réductions et tarifs préférentiels couverts par le terme de « commissions » et que les candidats disposaient des informations suffisantes pour présenter leur offre, comme en atteste l'offre de la société AMERICAN EXPRESS VOYAGES; que le service attendu de l'implant INAD était suffisamment décrit et que la société a obtenu des précisions complémentaires sur ses demandes ;

Vu enregistré le 17 décembre 2007, le mémoire présenté pour la société AMERICAN EXPRESS VOYAGES , qui persiste dans les conclusions de sa requête ; elle soutient en outre que l'indication de la liste des agences dont le candidat dispose en propre n'est pas au nombre des renseignements limitativement énumérés par l'arrêté du 28 août 2006 qui peuvent être demandés aux candidats ; que les candidats ne pouvaient légalement, eu égard aux articles 45 et 52 du code des marchés publics , être invités à produire « tout autre élément qu'ils estiment de nature à appuyer leur candidature » ; que l'absence de mention des conditions minimales auxquelles doivent répondre les variantes méconnaît l'article 19 de la directive du Conseil du 14 juin 1993 repris à l'article 50 du code des marchés publics ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu la décision en date du 19 novembre 2007 par laquelle le président du Tribunal a désigné Mme Girault comme juge des référés;

Vu l'ordonnance du 5 décembre 2007 enjoignant de différer la signature du contrat ;

Vu le Règlement (CE) n° 1564/2005 de la Commission du 7 septembre 2005 établissant les formulaires standard pour la publication d'avis dans le cadre des procédures de passation

des marchés publics conformément aux directives 2004/17/CE et 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil ;

Vu le code des marchés publics ;

Vu l'arrêté du 28 août 2006 fixant la liste des renseignements et des documents pouvant être demandés aux candidats aux marchés passés par les pouvoirs adjudicateurs ;

Vu l'arrêté du 28 août 2006 pris en application du code des marchés publics et fixant les modèles d'avis pour la passation et l'attribution des marchés publics et des accords-cadres ;

Vu le code de justice administrative ;

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

Après avoir entendu au cours de l'audience publique du 18 décembre 2007 :

- le rapport de Mme Girault , juge des référés ;
- les observations de Me de Moustier, pour la société AMERICAN EXPRESS VOYAGES ;
- et les observations de Mme Pottier , pour le ministre de l'intérieur , de l'outre-mer et des collectivités territoriales ;

Ladite audience ayant été tenue en présence de M.Josserand, greffier ;

Considérant qu'aux termes de l'article L.551-1 du code de justice administrative : « Le président du tribunal administratif, ou le magistrat qu'il délègue, peut être saisi en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation des marchés publics, des marchés mentionnés au 2° de l'article 24 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics, des contrats de partenariat, des contrats visés au premier alinéa de l'article L.6148-5 du code de la santé publique et des conventions de délégation du service public. Les personnes habilitées à agir sont celles qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par ce manquement, ainsi que le représentant de l'Etat dans le département dans le cas où le contrat est conclu ou doit être conclu par une collectivité territoriale ou un établissement public local. Le président du tribunal administratif peut être saisi avant la conclusion du contrat. Il peut ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations et suspendre la passation du contrat ou l'exécution de toute décision qui s'y rapporte. Il peut également annuler ces décisions et supprimer les clauses ou prescriptions destinées à figurer dans le contrat et qui méconnaissent lesdites obligations. Dès qu'il est saisi, il peut enjoindre de différer la signature du contrat jusqu'au terme de la procédure et pour une durée maximum de vingt jours ... » ;

Considérant que par un avis d'appel public à la concurrence envoyé le 16 août 2007 tant au Journal officiel des communautés européennes, qui l'a publié le 18 août 2007, qu' au bulletin officiel des annonces de marchés publics, qui l'a publié le 21 août 2007, le ministre de l'intérieur, de l'outre-mer et des collectivités territoriales (MIOCT) a lancé un appel d'offres ouvert en vue de la passation d'un marché de fourniture de prestations d'agence de voyages (billetterie, hôtellerie) à l'ensemble des directions, services et établissements publics du MIOCT

ainsi que, dans le cadre d'un groupement de commandes dont il est le coordonnateur, à ceux du ministère de l'immigration, de l'intégration, de l'identité nationale et du codéveloppement ;

Considérant qu'en vertu du III de l'article 40 du code des marchés publics, en ce qui concerne les fournitures et les services, pour les achats d'un montant égal ou supérieur à 135 000 Euros HT pour l'Etat, le pouvoir adjudicateur est tenu de publier un avis d'appel public à la concurrence dans le Bulletin officiel des annonces des marchés publics et au Journal officiel de l'Union européenne ; que s'agissant d'un marché de seuil communautaire, il appartenait au ministère de l'intérieur, de l'outre-mer et des collectivités territoriales d'assurer une publicité de ses intentions compatible avec les prescriptions des annexes du règlement (CE) n° 1564/2005 pris pour son application, et les dispositions de l'arrêté du 28 août 2006 du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie fixant les modèles d'avis pour la passation et l'attribution des marchés publics et des accords cadres ; que le formulaire standard fixé par le règlement CE fait notamment figurer, parmi les mentions que doivent comporter les avis de marchés, au point II .1.7) la mention que le marché est couvert ou non par l'accord sur les marchés publics (AMP) qui constitue une annexe à l'accord instituant l'Organisation mondiale du commerce, au point II.1.9) la prise en considération ou non de variantes, au point III .2.1) les renseignements et formalités nécessaires pour évaluer si les exigences relatives aux conditions de participation sont remplies et au point IV.3.8 les modalités d'ouverture des offres;

Considérant en premier lieu que le ministère de l'intérieur, de l'outre-mer et des collectivités territoriales a indiqué que le marché est couvert par l'Accord sur les marchés publics ; que cependant il ressort de l'annexe 4 de l'appendice 1 de cet accord que si les transports terrestres et aériens sont inclus dans le champ d'application, avec les rubriques correspondantes de la classification centrale des produits, il n'en va pas de même des services annexes et auxiliaires des transports figurant sous la division 74 de la nomenclature CPC, non mentionnée dans l'annexe à l'AMP ; qu'ainsi les services d'agences de voyages, qui sont une sous-classe 74710 de cette division, ne sont pas couverts par l'accord sur les marchés publics ; que la mention erronée « oui » dans la rubrique « soumission à l'AMP » a entaché d'irrégularité la procédure de passation ;

Considérant en deuxième lieu qu'aux termes de l'article 50 du code des marchés publics : « Lorsque le pouvoir adjudicateur se fonde sur plusieurs critères pour attribuer le marché, il peut autoriser les candidats à présenter des variantes. Le pouvoir adjudicateur indique dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation s'il autorise ou non les variantes ; à défaut d'indication, les variantes ne sont pas admises. Les documents de la consultation mentionnent les exigences minimales que les variantes doivent respecter ainsi que les modalités de leur présentation. Seules les variantes répondant à ces exigences minimales peuvent être prises en considération. Les variantes sont proposées avec l'offre de base. » ; que l'avis d'appel public à la concurrence écartait en l'espèce la prise en considération de variantes, alors que le règlement de la consultation autorisait la présentation de plusieurs solutions techniques, sans au demeurant indiquer les exigences minimales que les variantes devaient respecter ; que cette contradiction et cette omission ne permettaient pas aux entreprises de connaître les conditions effectives de présentation de leur offre ;

Considérant en troisième lieu que l'avis publié tant au JOUE qu'au BOAMP se bornait à réclamer, au titre des renseignements d'ordre juridique, économique, financier et technique, la production des imprimés DC4 et DC5 et de « tous les renseignements précisés dans le règlement de la consultation » ; qu'un tel renvoi, alors notamment que le règlement de la

consultation ne fait pas l'objet des mêmes mesures de publicité que l'avis d'appel public à la concurrence et n'a vocation à être remis qu'aux entreprises qui manifestent leur intérêt pour le marché en cause auprès du pouvoir adjudicateur, est incompatible avec les obligations de publicité incombant à ce dernier ; qu'aux termes de l'article 45 du code des marchés publics : « Le pouvoir adjudicateur ne peut exiger des candidats que des renseignements ou documents permettant d'évaluer leur expérience, leurs capacités professionnelles, techniques et financières ainsi que des documents relatifs aux pouvoirs des personnes habilitées à les engager... La liste de ces renseignements et documents est fixée par arrêté du ministre chargé de l'économie. Il ne peut être exigé des candidats que des niveaux minimaux de capacités liés et proportionnés à l'objet du marché. Les documents, renseignements et les niveaux minimaux de capacité demandés sont précisés dans l'avis d'appel public à la concurrence ou, en l'absence d'un tel avis, dans les documents de la consultation... » ;

Considérant que l'arrêté du 28 août 2006 susvisé pris pour l'application de ces dispositions prévoit notamment que peut être demandée une liste des principaux services effectués au cours des trois dernières années avec l'indication des destinataires et, en matière de fournitures et de services, « une description de l'équipement technique, des mesures employées par l'opérateur économique pour s'assurer de la qualité et des moyens d'étude et de recherche de son entreprise » ; que le règlement de la consultation du marché litigieux demandait notamment la liste des principaux clients et un descriptif du réseau d'agences dont le candidat dispose en propre ou avec lequel il souhaite s'associer ; que ces renseignements, qui ne constituent pas, contrairement à ce que soutient le ministre de l'intérieur, des « précisions complémentaires ayant un caractère accessoire » devaient figurer dans l'avis d'appel public à la concurrence ; que par suite la société AMERICAN EXPRESS VOYAGES est fondée à soutenir que le ministre de l'intérieur a manqué à ses obligations de publicité sur ce point également ;

Considérant en quatrième lieu que l'avis d'appel public à la concurrence mentionnait que l'agrément pour offrir les prestations d'agence de voyages prévu par le décret 94-490 du 15 juin 1994 serait demandé lors de l'attribution du marché, alors que le règlement de la consultation prévoyait au paragraphe IV.3 que ce document devait être fourni avec la candidature ; qu'une entreprise candidate à l'attribution d'un marché et, par suite, habilitée à agir devant le juge des référés précontractuels, peut invoquer devant ce juge tout manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation du marché en cause, même si un tel manquement n'a pas été commis à son détriment ; que par suite le ministère de l'intérieur, de l'outre-mer et des collectivités territoriales ne peut utilement soutenir en défense qu'aucune candidature n'a été écartée pour défaut d'agrément ; que la contradiction entre les documents précités est également de nature à vicier la procédure de passation du marché ;

Considérant enfin qu'il est constant que la rubrique « modalités d'ouverture des offres » n'a pas été renseignée ; que la circonstance que l'article 61 du code des marchés publics dispose que l'ouverture des plis n'est pas publique ne dispensait pas le pouvoir adjudicateur d'en informer les candidats, en mentionnant la date d'ouverture des plis, comme le prévoit le modèle d'avis annexé au règlement CE susvisé, auquel le modèle d'avis annexé à l'arrêté du 28 août 2006 du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie n'a en tout état de cause pas entendu déroger au regard de sa rubrique 27.5 qui invite les pouvoirs adjudicateurs à y regrouper les éléments devant figurer dans les avis d'appel à la concurrence envoyés au JOUE et ne trouvant pas place dans ledit modèle ;

Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède, et sans qu'il soit besoin de statuer sur les autres moyens de la requête, que la société requérante est fondée à soutenir que le ministère de l'intérieur, de l'outre-mer et des collectivités territoriales a manqué à ses obligations de publicité et de mise en concurrence ; que par suite, il y a lieu d'annuler la procédure de passation du marché litigieux et d'enjoindre au ministère de l'intérieur, de l'outre-mer et des collectivités territoriales de reprendre la procédure à son origine , ainsi que le demande la société AMERICAN EXPRESS VOYAGES ;

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

Considérant qu'il y a lieu de faire application de ces dispositions et de mettre à la charge du ministère de l'intérieur, de l'outre-mer et des collectivités territoriales le versement à la société AMERICAN EXPRESS VOYAGES d'une somme de 1 000 euros au titre des frais exposés par elle et non compris dans les dépens ;

ORDONNE

Article 1er : La procédure de passation du marché ayant pour objet la fourniture à l'ensemble des directions, services et établissements publics du ministère de l'intérieur, de l'outre-mer et des collectivités territoriales de prestations d'agence de voyages est annulée.

Article 2 : Il est enjoint au ministère de l'intérieur, de l'outre-mer et des collectivités territoriales, s'il entend conclure un marché de même objet, de reprendre la procédure de passation en se conformant à ses obligations de publicité et de mise en concurrence.

Article 3 : L'Etat (ministère de l'intérieur, de l'outre-mer et des collectivités territoriales) versera à la SOCIETE AMERICAN EXPRESS VOYAGES une somme de 1 000 euros en application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 4 : La présente ordonnance sera notifiée à la société AMERICAN EXPRESS VOYAGES et au ministre de l'intérieur, de l'outre-mer et des collectivités territoriales. Copie en sera adressée pour information au ministre de l'immigration, de l'intégration, de l'identité nationale et du codéveloppement.

Fait à Paris, le 19 décembre 2007

Le juge des référés,

Le greffier

C. GIRAULT

N.JOSSERAND