

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE PARIS**

N°1003599/3-5

SOCIETE IDEX ENERGIES

Mme Girault
Juge des référés

Ordonnance du 22 mars 2010

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Le Tribunal administratif de Paris,

Le juge des référés

Vu la requête, enregistré le 2 mars 2010, présentée pour la société IDEX ENERGIES, dont le siège est 72, avenue Jean-Baptiste Clément à Boulogne Billancourt (92513), par Me Cabanes ; la société IDEX ENERGIES demande que le tribunal :

- enjoigne à l'établissement public du musée du Louvre (EPML) de différer la signature du contrat ayant pour objet l'attribution du marché public de prestations de services portant sur la maintenance d'installations de climatisation, chauffage, désenfumage mécanique et compartimentage du musée du Louvre ;

- annule la procédure contestée et ordonne sa reprise dans des conditions conformes aux dispositions législatives et réglementaires en vigueur ;

- mette à la charge de l'EPML une somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

La société IDEX ENERGIES soutient :

Sur la recevabilité de la requête :

-qu'en égard à l'office du juge du référé précontractuel, tel que défini par les dispositions de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, les irrégularités commises par le pouvoir adjudicateur et tenant aux conditions de choix des offres, sont susceptibles d'avoir lésé la société requérante ; que la procédure litigieuse est entachée d'irrégularités, lesquelles portent sur la définition par le pouvoir adjudicateur de ses besoins, les critères de sélection des offres, la durée du marché et le délai laissé aux candidats pour déposer leur offre ;

Sur l'absence de définition précise des besoins de l'établissement public du musée du Louvre :

- que l'établissement public du musée du Louvre a méconnu les dispositions de l'article 5 du code des marchés publics qui imposent au pouvoir adjudicateur de précisément définir ses besoins sans distinguer les prestations demandées à titre principal et à titre accessoire ; qu'il n'a, en l'espèce, ni suffisamment précisé le contenu des prestations demandées ni défini ses besoins pour ce qui concerne la 3^{ème} prestation relative à « la mise au point des installations dans un contexte d'économie énergétique » ;

- que les besoins de l'établissement public du musée du Louvre ont été à ce point mal définis en ce qui concerne la 1^{ère} prestation relative à « la maintenance et conduite des installations de climatisation, chauffage, désenfumage mécanique, compartimentage du musée du Louvre », qu'un candidat a sollicité l'établissement d' « une liste plus précise des installations à maintenir » au titre de celle-ci ; que si les candidats peuvent être amenés à poser des questions au pouvoir adjudicateur afin d'obtenir des précisions complémentaires sur le cahier des charges, en l'espèce, la liste des installations à maintenir au titre de la prestation envisagée, information essentielle pour la cotation d'une offre puisqu'elle permettait aux candidats d'adapter le niveau de leurs prestations, devait, par principe, être précisée par le pouvoir adjudicateur dans le cahier des charges ; que l'établissement public du musée du Louvre, n'était, à tout le moins, pas fondé à refuser de transmettre les informations sollicitées ; que par suite, cette imprécision dans la détermination des besoins constitue, de la part du pouvoir adjudicateur, une violation du principe d'égalité de traitement entre candidats, la société IDEX ENERGIES, société sortante, seule bénéficiaire des informations appropriées, ayant présenté une offre plus onéreuse que celle de ses concurrents ;

- qu'en outre, l'établissement public du musée du Louvre s'est délibérément abstenu de porter à la connaissance des candidats d'autres informations, dont il disposait pourtant, nécessaires à la réalisation des prestations ; qu'il n'a, au demeurant, pas répondu à certaines questions posées par les candidats alors qu'il n'en ignorait pas les réponses ; que la société sortante, qui en avait également connaissance, a chiffré sa proposition en conséquence et donc fait l'objet d'une discrimination ;

- que d'une façon générale, les prestations ont été insuffisamment déterminées par le pouvoir adjudicateur ; que la troisième prestation n'a pas été définie, aucun des documents de la consultation ne précisant ses spécifications techniques, en termes de normes ou en termes de performances ;

- que la rédaction des dispositions du cahier des clauses administratives particulières du marché litigieux, relatives au personnel affecté aux prestations, a également porté atteinte au principe d'égalité entre candidats ; que si le marché en cause mettait à la charge des candidats une obligation de résultats, ceux-ci devant s'engager sur un nombre d'heures et le personnel disponible, la société IDEX ENERGIES a, du fait de sa parfaite connaissance du marché et notamment des besoins et des attentes spécifiques des clients ainsi que des contraintes liées aux caractéristiques imposant une maintenance étoffée et continue des prestations pour ne pas porter atteinte à l'intégrité des œuvres, proposé un niveau de prestation élevé répondant au critère technique de jugement des offres, critère prépondérant ;

- que si l'établissement public du musée du Louvre avait souhaité commander une prestation globale moins étoffée que celle jusqu'à présent en œuvre, il n'aurait pas demandé aux

candidats un nombre de prestations supérieures à celles de l'ancien marché, la société requérante, actuelle prestataire du musée, n'étant en charge que de la première des trois prestations citées par le cahier des clauses administratives particulières du marché litigieux ; que l'établissement public du musée du Louvre a, en outre, réalisé, en 2009, deux audits impliquant deux prestations supplémentaires au regard du précédent marché, à savoir une mise au point permettant la réalisation d'économies d'énergie et une prestation d'assistance à la sécurité pour la réalisation d'opérations de perfectionnement du compartimentage et de désenfumage mécanique ;

- qu'une lecture rapide de la décomposition du prix forfaitaire atteste que les besoins de l'établissement public du musée du Louvre mal définis, étaient, de surcroît, erronés ; qu'ainsi, de nombreux items qui n'étaient plus référencés ou n'existaient plus, ne pouvaient, dès lors, être complétés par les candidats ;

Sur les critères de sélection des offres :

- que les dispositions de l'article 7 du règlement de la consultation du marché litigieux prévoient deux critères de sélection des offres : d'une part, la qualité technique de l'offre, pondérée à 60%, laquelle s'apprécie au regard de la pertinence de la méthodologie proposée pour l'exécution des prestations forfaitaires (20%) et des équipes proposées pour l'exécution des prestations forfaitaires (40%) ; d'autre part, le prix, pondéré à 40%, qui s'apprécie pour 35% au regard des prestations forfaitaires et pour 5% au regard des prestations réalisées pour la commande ; que des irrégularités ont affecté l'un et l'autre de ces critères ;

Sur la qualité technique de l'offre :

- que les exigences en ce qui concerne la composition de l'équipe technique (ancienneté moyenne des personnels de 7 ans et proportion de diplômés en génie climatique de 96% (contre 0% pour la proportion de techniciens sans diplôme scolaire) ne sont pas justifiées par l'objet du marché, ni par ses conditions d'exécution ;

- qu'à la lecture du règlement de la consultation du marché litigieux, il était, en outre, impossible de comprendre le mécanisme de notation des offres ; qu'il manquait, en l'espèce, l'information essentielle permettant aux candidats de faire le lien entre la note attribuée et le coefficient de pondération fixé par le pouvoir adjudicateur ; que dans la mesure où ce mécanisme est clairement précisé pour le critère prix, un tel manquement pour le critère technique est injustifiable et méconnaît le principe de transparence ; que les conditions de mise en œuvre du critère technique n'ont, à aucun moment, été mises à la portée des candidats ; que ce manquement a également conféré au critère prix davantage d'importance dans la notation finale que le coefficient de pondération ne l'avait laissé entendre aux candidats, entachant ainsi l'ensemble de la procédure d'irrégularité ;

Sur le critère prix :

- que les prestations réalisées sur commande ont été insuffisamment prises en compte au titre du critère prix ; qu'alors que le montant des prestations réalisées sur commande peut, en vertu de l'article II.2.1 de l'avis d'appel public à la concurrence, représenter 25% du prix forfaitaire, le prix proposé pour ces prestations n'est, eu égard au règlement de la consultation du marché, pris en compte qu'à hauteur de 12,5% au titre du critère prix ; que, quelle que soit la formule de notation adoptée par le pouvoir adjudicateur, subsiste un écart manifestement disproportionné entre le montant des prestations réalisées sur commande dont il n'est, à aucun moment, tenu compte au titre de l'appréciation de la qualité technique de l'offre et leur prise en compte dans les critères de sélection des offres ; qu'en minorant celle-ci, la pondération retenue par le pouvoir adjudicateur a

nécessairement modifié la note attribuée à la société IDEX ENERGIES, la privant d'une chance réelle et sérieuse d'emporter le marché ;

- que le critère du prix des prestations est insuffisamment précisé : qu'alors que le règlement de consultation du marché ne semble s'intéresser, aux termes de son article 7 consacré aux critères de sélection des offres, qu'à un seul prix, l'acte d'engagement distingue, en revanche, les propositions financières tant forfaitaires qu'unitaires, selon qu'elles se rapportent à la première année, aux deux suivantes, ou encore aux deux dernières années du marché, invitant ainsi les candidats à formuler des propositions dégressives ; que si l'appréciation des offres retient l'analyse du prix relatif à la première année, sans que les efforts consentis sur les années suivantes, encouragés par les distinctions opérées par l'acte d'engagement, ne soient pris en considération, elle méconnaît les dispositions de l'article 16 du code des marchés publics, aux termes desquelles « un marché peut prévoir une ou plusieurs reconductions à condition que ses caractéristiques restent inchangées et que la mise en concurrence ait été réalisée en prenant en compte la durée totale du marché, périodes de reconduction comprises » ; que si les prix de toutes les périodes sont pris en considération sans que n'en soient précisées les modalités, le principe de transparence est méconnu ; que cette incertitude qui pèse sur le critère prix, lequel ne représente pas moins de 40% de la note finale attribuée au candidat consacre l'irrégularité de la procédure de consultation suivie ;

Sur la durée du marché :

Que le marché litigieux méconnaît à double titre les dispositions du code des marchés publics relatives à la durée des marchés ; que la rubrique II.2.1 de l'avis d'appel public à concurrence ainsi que l'article 2.2 du règlement de la consultation précisent que le marché comprend une part de prestations réalisées sur commande au sens de l'article 77 du code précité, lequel précise en son II° que « La durée des marchés à bons de commande ne peut dépasser quatre ans, sauf dans des cas exceptionnels dûment justifiés, notamment par leur objet ou par le fait que leur exécution nécessite des investissements amortissables sur une durée supérieure à quatre ans(...) » ; qu'en l'espèce, la rubrique II.2.2 de l'avis précité et l'article 3.1 du règlement de consultation du marché litigieux qui précisent que le marché conclu pour une durée initiale d'un an est renouvelable « deux fois, par période de deux ans (...) sans que sa durée totale ne puisse excéder cinq ans », sont irréguliers ; qu'ils introduisent une incertitude quant à la durée d'exécution du marché ; qu'il méconnaît en second lieu, les dispositions de l'article 16 du code des marchés publics qui prévoient que « ...la durée d'un marché ainsi que, le cas échéant, le nombre de ses reconductions, sont fixés en tenant compte de la nature des prestations et de la nécessité d'une remise en concurrence périodique » ; qu'en l'espèce, la nature des prestations demandées ne justifie en rien deux périodes de reconduction représentant chacune le double de la durée initiale du marché, de telle sorte que la durée réelle du marché, les périodes de reconduction prises en compte, équivaut à cinq fois la durée initiale du marché ;

Sur le délai laissé aux candidats pour présenter leur offre :

- que le délai réduit de 45 jours laissé aux candidats pour remettre leur offre, autorisé par le code des marchés publics, sous réserve que l'avis de publicité ait bien été transmis par voie électronique, alors même qu'une visite sur les lieux d'exécution était obligatoire conformément aux dispositions de l'article 5 du règlement de la consultation, a compromis l'effectivité de la mise en concurrence entre candidats ; que si, en raison de conditions climatiques difficiles, tous les candidats n'ayant pu être présents sur place lors d'une première visite le 17 ou 18 décembre 2009, une seconde visite a été organisée le 28 décembre 2009, celle-ci a eu pour effet, non d'allonger le délai prévu conformément aux dispositions des articles 57-IV et 62-IV du code des marchés publics, mais de le

raccourcir, alors même que la visite ne s'est pas déroulée dans les conditions initialement prévues ; qu'un tel choix associé à des besoins mal définis n'a pas permis aux candidats d'élaborer leur offre en connaissance de cause et à la société requérante, société sortante, de bien appréhender la consistance des prestations sollicitées ; que les conséquences de ce délai trop réduit ont été aggravées par les questions que les candidats pouvaient, aux termes de l'article 4.3 du règlement de la consultation du marché « au plus tard le 8 janvier 2010 », poser au pouvoir adjudicateur ; que la personne publique n'a pas pu, conformément aux dispositions de l'article 4.2 du règlement de la consultation, compte tenu des questions posées et des délais en cause « apporter au plus tard huit jours avant la date limite fixée pour la réception des propositions, des modifications de détail au dossier de consultation » et au cahier des charges sans méconnaître les dispositions de son propre dossier de consultation ou sans retarder le délai de remise des offres ; que les réponses apportées par la personne publique en date du 12 janvier 2010, mises en ligne le 13 janvier 2010, puis rectifiées et de nouveau mises en ligne le 14 janvier 2010, soit quatre jours avant la date de remise des offres, attestent de ce que le délai de remise de celles-ci était trop court, de ce que les réponses données nécessairement intégrées au dossier de réponse des candidats, auraient dû être transmises plus tôt et de ce que la date de remise des offres aurait dû être repoussée en conséquence ; que de tels manquements vicient la procédure lancée par l'établissement public du musée du Louvre ;

Vu, enregistré le 9 mars 2010, le mémoire présenté pour la société AXIMA par Me Baudelot qui demande au Tribunal :

- de constater que la demande de suspension de la signature du marché à passer entre l'établissement public du musée du Louvre et le futur titulaire du marché est sans objet et dire, en conséquence, n'y avoir lieu à statuer ;

- de débouter la société IDEX ENERGIES de ses fins, moyens et conclusions et dire qu'il n'y a pas lieu à annulation de la procédure de dévolution du marché ;

- de mettre à la charge de la société IDEX ENERGIES la somme de 5 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative;

La société AXIMA soutient :

Sur l'injonction de différer la signature du marché :

- qu'en vertu des dispositions de l'article L. 551-4 du code de justice administrative, telles qu'issues de l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique, la signature du contrat est automatiquement suspendue par la saisine du juge et ce, jusqu'à notification de sa décision ; que ces dispositions sont applicables aux contrats pour lesquels une consultation a été engagée à partir du 1^{er} décembre 2009 ; qu'en l'espèce, l'établissement public du musée du Louvre a fait paraître l'avis d'appel public à concurrence du marché litigieux le 8 décembre 2009 ; que, dès lors, la demande de la société IDEX ENERGIES de différer la signature du marché est sans objet et qu'il n'y a pas lieu d'y statuer ;

Sur la définition des besoins :

- que la société IDEX ENERGIES, titulaire du précédent contrat, qui disposait, par rapport à ses concurrents, d'informations particulièrement complètes et précises relatives aux installations objet du futur marché, était, incontestablement, avantagée ; que le fait, pour la société requérante, d'avoir remis une offre plus onéreuse que celle de ses concurrents ne résulte pas d'une absence de

définition des besoins par le pouvoir adjudicateur mais de cet avantage ; que la société IDEX ENERGIES qui n'a pas été lésée et n'est pas susceptible de l'être par l'avantage ainsi conféré, n'est donc pas recevable à solliciter l'annulation de la procédure de dévolution du marché litigieux pour violation du principe d'égalité de traitement entre candidats ;

- que si la société IDEX ENERGIES soutient que l'établissement public du musée du Louvre se serait « délibérément abstenu de porter à la connaissance des candidats des informations nécessaires à la réalisation des prestations qui étaient pourtant à sa disposition », l'absence de réponse de l'établissement à la question n°5 ne constitue pas, en tout état de cause, un moyen opérant ; que les renseignements relatifs à la nature et à l'importance des installations à maintenir étaient notamment fournis par le dossier de consultation des entreprises qui contenait le cahier des prescriptions techniques accompagné de douze annexes comportant plans et divers descriptifs des installations et systèmes de gestion existants, ainsi qu'un rapport énergétique semestriel ; que le pouvoir adjudicateur avait organisé, en outre, deux visites guidées préalables obligatoires à la remise des offres, au cours desquelles les candidats pouvaient examiner les installations et en repérer le nombre, la localisation et les caractéristiques ; que de surcroît, il était loisible aux concurrents, comme le précise l'article 4.3 du règlement de la consultation, de poser toutes questions et de demander toutes précisions utiles, en cours de consultation ; que la société IDEX ENERGIES qui a remis une offre, n'est, en tout état de cause, pas fondée à se prévaloir de l'insuffisance de la définition du besoin par le pouvoir adjudicateur ; que sa qualité d'attributaire du précédent marché ne suffit pas à justifier sa démarche dès lors que celui-ci ne portait, d'une part, que sur des prestations de maintenance alors que le futur marché comporte deux nouveaux volets « amélioration des installations de lutte contre l'incendie » et « mise au point des installations dans un contexte d'économie énergétique » et que d'autre part, il ne portait que sur une durée d'exécution de trois ans alors que le futur marché prévoit trois périodes d'exécution ; que si la société IDEX ENERGIES n'avait pas estimé suffisante la définition du besoin, il lui appartenait de ne pas remettre d'offre ; que la société requérante qui verse aux débats les réponses que l'établissement public du musée du Louvre a apportées aux différentes questions des candidats, se garde bien de préciser quelles questions elle a elle-même posées ;

- que l'absence de réponse de l'établissement public du musée du Louvre à d'autres questions posées par les candidats n'est pas répréhensible dès lors que la prestation visée par ces questions, s'agissant des questions 6 et 15 n'était pas au nombre de celles à réaliser dans le cadre du marché ou bien que les données, s'agissant des questions 19, 22 et 23 n'étaient pas disponibles ;

- que l'avantage détenu par la société IDEX ENERGIES l'ait conduite à remettre une offre plus étoffée et donc plus onéreuse que celle de ses concurrents n'est pas constitutif d'un préjudice ; que chaque candidat est libre d'apprécier le niveau de son offre, lequel ne saurait être déterminé au seul regard du précédent marché détenu par la société requérante ; que bien d'autres éléments tels la nature, le volume des prestations à fournir au titre du futur marché et également les considérations commerciales et conjoncturelles propres à ce nouveau contrat, sont pris en compte ; que le fait pour la société IDEX ENERGIES d'avoir proposé un niveau de prestation élevé dans le but de mieux répondre au critère de jugement technique des offres qui était le critère prépondérant et d'avoir ainsi annoncé un prix plus élevé, relève de sa seule responsabilité ; que contrairement à ce que soutient la société requérante, rien ne s'opposait, si ce n'est sa propre volonté, à ce qu'elle puisse valablement minorer le coût des prestations demandées ;

Sur les critères de sélection des offres :

- que le niveau élevé de prestations requis pour la maintenance des installations de

chauffage, climatisation, désenfumage et compartimentage en cas d'incendie d'un bâtiment tel que celui du Louvre justifiait, nonobstant les allégations contraires de la société IDEX ENERGIES, les exigences du pouvoir adjudicateur en termes de composition et de compétences professionnelles des équipes en charge du marché ; que c'est au demeurant la raison pour laquelle le pouvoir adjudicateur a considéré que la valeur technique de l'offre devait avoir une nette prépondérance sur le critère « prix » ; que ces exigences qui présentaient un intérêt essentiel pour la qualité d'exécution du marché, étaient parfaitement en adéquation avec l'objet du marché ; qu'annoncées dès la consultation des entreprises, elles n'étaient en rien discriminatoires, plusieurs candidats disposant du niveau de compétence requis pour pouvoir y répondre utilement ;

que la société requérante qui invoque le fait que la grille de notation ne permettait pas aux candidats de comprendre le système de notation finale, confond deux notions, la pondération des différents critères de sélection des offres les uns par rapport aux autres et la façon dont chaque critère est individuellement apprécié ; que si la pondération des différents critères de sélection des offres est une notion mathématique, tel critère représentant tel pourcentage de la note globale, l'appréciation individuelle de chaque critère, qui ne porte pas sur un objet totalement quantifiable, nécessite la mise en œuvre d'une méthode appropriée ; que le pouvoir adjudicateur a très clairement précisé la pondération de chacun des deux critères et des quatre sous-critères de sélection des offres ; qu'il a pris soin d'indiquer comment il apprécierait chacun des sous-critères de la qualité technique de l'offre en donnant la méthode de notation de la valeur technique ; que les interrogations de la société IDEX ENERGIES sur le fait de savoir si le meilleur candidat d'un point de vue technique doit voir sa note multipliée ou divisée par 4 ou multipliée par le coefficient de pondération puis divisée par 4, n'ont donc pas lieu d'être ; que le meilleur candidat obtient une note de 4 parce qu'il répond parfaitement aux attentes et obtient une évaluation qualifiée d'excellente ; que cette note est ensuite affectée du coefficient de pondération de 60% de la note globale finale ; qu'ainsi, le pouvoir adjudicateur qui a expliqué sa méthode d'approche, n'a pas commis de manquement à la règle de la transparence ; que si la société IDEX ENERGIES considère qu'il existe un écart manifestement disproportionné entre le montant des prestations sur commande et leur prise en compte dans les critères de sélection des offres, le fait que le montant de ces prestations puisse représenter 25% du montant du marché tandis que le prix proposé pour celles-ci n'est pris en compte qu'à hauteur de 12,5% au titre du critère prix, relève du libre choix du pouvoir adjudicateur ; qu'il n'existe en la matière aucune interdiction ni directive ; que l'affirmation par la société requérante selon laquelle « en minorant la prise en compte de ces prestations, la pondération retenue aurait nécessairement modifié la note attribuée à la société IDEX ENERGIES » n'est nullement établie ; que si la société requérante estime que constitue un manquement le fait qu'il pourrait y avoir une interprétation possible de l'appréciation du critère « prix » au regard, d'une part, des règles édictées par le règlement de la consultation et, d'autre part, de la distinction qui serait opérée par l'acte d'engagement entre les différentes périodes d'exécution du marché prévues par l'acte d'engagement de celui-ci, elle ne l'établit pas davantage ; qu'il résulte de ce qui précède, contrairement à ce que soutient la société IDEX ENERGIES, que les critères de sélection des offres ne présentent aucune illégalité mais sont précisément et parfaitement définis ;

Sur la durée du marché :

- que contrairement à ce que soutient la société requérante, il n'existe aucune incertitude quant à la durée d'exécution du marché, spécifiée par l'article 3.1 du règlement de la consultation;

- que les dispositions de l'article 77 du code des marchés publics ne sont pas applicables en l'espèce, le marché litigieux n'étant pas un marché à bons de commande ; qu'il s'agit d'un marché à prix forfaitaire dans le cadre duquel le pouvoir adjudicateur s'est réservé la possibilité de demander

au titulaire des prestations supplémentaires en cas de survenance de besoins nouveaux en cours d'exécution et a déterminé les conditions de mise en œuvre éventuelle de cette simple option ; qu'il s'agit là d'un aménagement particulier des règles prévues par les articles 14 et 15 du cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés de travaux de 1976 reconduites par celui de 2009 ;

- que les dispositions de l'article 16 du code des marchés publics, exclusives de l'application de l'article 77, ont été respectées ; que le pouvoir adjudicateur a indiqué qu'en aucun cas le marché n'aurait une durée supérieure à 5 ans ; que cette durée maximale de 5 ans est en relation avec la nature des prestations ; qu'elle tient compte de l'importance des installations couvrant une surface utile de 243 000 m², de leur sensibilité et de leur sophistication au vu des œuvres à protéger et du niveau requis de technicité du titulaire ; qu'en lançant un nouvel appel d'offres et en prévoyant de remettre le titulaire en compétition au bout de 5 ans au maximum, et même avant en cas de non reconduction de son marché au bout de la première période d'un an ou de la seconde de deux ans, le pouvoir adjudicateur a procédé à une remise en concurrence périodique ;

Sur le délai laissé aux candidats pour présenter leur offre :

- que la société IDEX ENERGIES n'est pas fondée à se plaindre d'un délai trop court alors qu'elle a pu remettre son offre dans le délai imparti par le pouvoir adjudicateur ; que si elle estimait que le délai de remise des offres était trop court, il lui appartenait d'en solliciter la prolongation ; que la société requérante, société sortante en charge de la maintenance des installations pendant les 6 années qui ont précédé la présente consultation ne peut valablement soutenir qu'elle n'aurait pas disposé de suffisamment de temps pour présenter une offre lui permettant d'appréhender la réelle consistance des prestations sollicitées ; que le fait pour le pouvoir adjudicateur de s'être privé de la possibilité d'apporter des modifications au cahier des charges, compte tenu du délai imparti aux candidats pour poser d'éventuelles questions et du temps qu'il s'était réservé pour y répondre, n'a pas d'incidence sur la régularité de la procédure de dévolution du marché ; qu'il n'a pas lésé les candidats, bien au contraire ;

Vu, enregistré le 15 mars 2010, le mémoire présenté pour l'établissement public du musée du Louvre, par Me Goutal qui conclut au rejet de la requête comme mal fondée et à la condamnation de la société IDEX ENERGIES à lui verser la somme de 3 500 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

L'établissement public du musée du Louvre soutient :

Sur la définition des besoins :

- que le moyen tiré de ce que le pouvoir adjudicateur aurait insuffisamment défini son besoin dans les pièces de la consultation du marché, manque en fait et ne peut être qu'écarté ; que dès le stade du règlement de la consultation, le pouvoir adjudicateur a précisé la teneur des prestations attendues des candidats ; que l'article 2.1 du règlement de consultation prévoit notamment que « Trois prestations du marché sont demandées au titulaire du marché, au titre de la part forfaitaire. La première prestation consiste dans la maintenance et conduite des installations de climatisation, chauffage, désenfumage mécanique, compartimentage du musée du Louvre... La deuxième prestation consiste en l'assistance auprès de l'établissement public du musée du Louvre dans une opération de travaux visant à améliorer les installations de lutte contre l'incendie... La troisième prestation consiste en la mise au point des installations dans un contexte d'économie énergétique. Le musée du Louvre pourra également commander des prestations en fournitures

complémentaires dans le cadre de la part à commande du marché » ; que le pouvoir adjudicateur a élaboré dans le cadre de la consultation un cahier des clauses techniques particulières, assorti de 12 annexes très détaillées, répondant parfaitement à l'exigence de définition des spécifications techniques du marché ; qu'en ce sens, le cahier des clauses précité prévoyait un descriptif exhaustif (géographique, quantitatif, qualitatif et fonctionnel) de chaque site du musée, des normes à respecter et du matériel existant ; que le pouvoir adjudicateur s'est, en outre, astreint à mentionner les disponibilités en termes de températures et d'hygrométrie pour chaque bâtiment, chaque salle et chaque saison ; que l'établissement public du musée du Louvre a, au demeurant, fait preuve d'une grande rigueur et d'une grande précision dans la définition de son besoin, lors de la rédaction des annexes de ce document ; que l'annexe 4 du document décrit très précisément toutes les installations à maintenir ; qu'au-delà de ces documents décrivant parfaitement la nature du besoin à satisfaire, une visite obligatoire a eu lieu et donné aux candidats la possibilité de cerner au mieux les attentes du pouvoir adjudicateur en leur permettant notamment d'accéder à des documents confidentiels comme le dossier complet sur les plans du musée ou encore le dossier spécifique sur la Joconde ; que les propos de la requérante selon lesquels la prestation n° 3 portant sur la mise au point des installations dans un contexte d'économie énergétique ne serait pas définie ne sont pas fondés au regard de l'article 4 du CCTP qui définit très précisément les prestations attendues des candidats et renvoie expressément à l'annexe 9 du cahier précité, audit portant sur les économies d'énergies potentielles ;

- que contrairement aux allégations de la requérante, l'établissement public du musée du Louvre ne s'est pas « abstenu de porter à la connaissance des candidats d'autres informations nécessaires à la réalisation des prestations, ..., pourtant à sa connaissance » ; que le pouvoir adjudicateur n'avait aucun intérêt à dissimuler certaines informations aux candidats ayant posé des questions ; que par ailleurs, la société IDEX ENERGIES qui n'a, pour sa part, formulé aucune question n'a pu subir de préjudice du fait de l'absence de réponse à certaines des 23 questions posées par les 3 autres candidats ; que s'agissant de la question n°5 portant sur la disponibilité d'une liste plus précise des installations à maintenir, l'établissement public du musée du Louvre ne pouvait fournir de liste plus précise des installations à maintenir que celle déjà communiquée aux candidats au titre de l'annexe 4 du cahier des clauses techniques particulières du marché qui offre un descriptif déjà très précis des installations ; qu'il n'en va pas différemment des autres réponses communiquées par l'établissement public du musée du Louvre ; que de surcroît, s'agissant des questions 19, 22 et 23, on ne saurait reprocher à l'établissement public du musée du Louvre de ne pas communiquer des informations qu'il ne détient pas ; que les allégations de la société selon lesquelles les prétendues carences du pouvoir adjudicateur dans la communication des informations l'auraient, compte tenu de sa connaissance de l'étendue réelle du besoin à satisfaire, désavantagée, la privant ainsi de la possibilité de minorer son prix, ne sont pas fondées ; que si le périmètre des prestations avait été mal défini, les offres financières des autres candidats, anticipant sur le besoin du pouvoir adjudicateur, auraient été plus élevées que celle de la requérante ; qu'au cas d'espèce, il n'en est rien, la société requérante qui se présente comme ayant eu une meilleure connaissance des besoins du pouvoir adjudicateur que ses concurrents, ayant présenté l'offre la plus élevée ; que la prétendue insuffisance de la définition du besoin et de la formulation des propositions financières n'est donc en rien établie ; qu'aucune réponse aux questions n'appelait de modification du dossier de consultation ;

- que nonobstant les allégations contraires de la société requérante, l'existence d'erreurs marginales de références au sein du bordereau de prix unitaire (BPU) comptant près de 1200 items n'est pas assimilable à une indétermination fautive du besoin ; qu'elle est, au contraire, révélatrice d'une définition précise des besoins par le pouvoir adjudicateur ; qu'en outre, aucune élimination n'est, dans le cadre de l'analyse des offres, intervenue sur le caractère incomplet du renseignement par les candidats du BPU ; qu'au demeurant, l'appréciation des offres au regard des prix figurant

dans le BPU ne représentait que 5% du critère du prix ; qu'enfin, la société IDEX ENERGIES qui a obtenu la meilleure note au titre du sous-critère relatif à l'appréciation des prix figurant au BPU n'a en rien été lésée par le manquement qu'elle invoque ; qu'elle ne s'est pas manifestée auprès de l'établissement public du musée du Louvre lors de la phase d'élaboration des offres et a laissé la procédure se poursuivre malgré le risque de rupture d'égalité de traitement entre candidats dont elle se prévaut ;

Sur les critères de sélection des offres :

- que la légalité du critère technique ne pose aucune difficulté ; qu'aucune question ou observation n'a été formulée au cours de la procédure relative à une difficulté d'interprétation de ce critère ; que la société IDEX ENERGIES qui a obtenu la meilleure note sur le critère de la qualité technique peut difficilement se prévaloir d'une lésion à ce stade de la procédure ; que la société IDEX ENERGIES qui affirme que le pouvoir adjudicateur aurait exigé une ancienneté moyenne des personnels de 7 années et une proportion de diplômés en génie climatique de 96% a confondu le document vierge du cahier des clauses techniques particulières qui lui a été remis par le pouvoir adjudicateur et sa propre proposition ; que si, afin d'apprécier concrètement la qualification des membres de l'équipe affectés au marché, le candidat devait, en vertu des dispositions de l'article 5 du cahier des clauses techniques particulières du marché rédiger son offre en reportant directement dans celui-ci des précisions sur les qualifications de son personnel, l'établissement public n'exigeait cependant, de la part des candidats, aucun minimum en termes de qualifications mais simplement des précisions en termes de pourcentage sur la qualification des personnels pour apprécier au mieux les offres ; que les chiffres de 96% de diplômés en génie climatique et de 7 années d'ancienneté moyenne des personnels avancés par la société ne procèdent pas d'une exigence du pouvoir adjudicateur mais résultent de la proposition même de la société requérante ;

- que le pouvoir adjudicateur qui a clairement annoncé la mise en œuvre de deux critères en lien direct avec l'objet du marché et mis les candidats en situation de comprendre ce qu'il entendait en termes de qualité technique et de prix, a respecté les dispositions de l'article 53 du code des marchés publics et n'a commis aucun manquement à l'obligation de transparence ; qu'en précisant que la qualité technique serait appréciée d'une part, au regard de la méthodologie proposée, précisée dans le règlement de consultation du marché et d'autre part eu regard de la composition de l'équipe proposée par le candidat telle que résultant du cahier des clauses techniques particulières du marché, l'établissement public du musée du Louvre a répondu à l'exigence d'information des candidats sur la mise en œuvre des critères ; que les candidats ont également été informés par le pouvoir adjudicateur de la pondération des critères et sous-critères mis en œuvre dans le cadre de la procédure ; qu'ils étaient en mesure de connaître, compte tenu des attentes exprimées au sein du mémoire méthodologique et des informations intégrées dans le cahier des clauses techniques particulières du marché, quels seraient les paramètres d'appréciation de leur offre ; que la diffusion par l'établissement public du musée du Louvre de la grille de notation propre au critère de la qualité technique, établie conformément à l'article 7 du règlement de consultation du marché répond à un objectif de transparence ; que l'élément de notation communiqué n'est susceptible d'aucune interprétation, contrairement à ce que soutient la société requérante ; qu'il a donné lieu à l'attribution d'une note sur 4 convertie ensuite en note sur 20 (premier sous-critère) et à celle d'une note sur 40 (deuxième sous-critère) pour tenir compte de la pondération, lesquelles ont ensuite été additionnées pour obtenir une note totale sur 60 ;

- qu'en ce qui concerne l'insuffisante prise en compte, par le pouvoir adjudicateur, dans la pondération, des prestations sur commande, le code des marchés publics ne comporte aucune règle imposant une répartition de la pondération ou une répartition de sous-pondération affectée aux sous-

critères ; qu'il ressort clairement du règlement de consultation du marché, que le critère du prix, subdivisé en deux sous-critères eux-mêmes sous-pondérés, est affecté d'un coefficient de pondération de 40 qui n'est pas disproportionné par rapport au critère de la qualité technique ; que la sous-pondération entre les sous-critères, 35% pour le prix des prestations forfaitaires et 5% pour le prix des prestations à coûts unitaires, ne l'est pas davantage ; que le pouvoir adjudicateur n'a commis aucun manquement en termes de pondération du sous-critère relatif aux prix unitaires, dès lors, qu'en regard à l'article 2.2 du règlement de consultation, le marché est conclu, à titre principal, à prix forfaitaire et que la part de celui-ci à prix unitaires n'a qu'un caractère accessoire, son montant plafonné à 25% de la part forfaitaire pouvant, au demeurant, être nul si l'établissement ne passe aucune commande ;

- que l'allégation de la société requérante sur l'ambiguïté relative à l'appréciation du prix des prestations forfaitaires n'est pas fondée ; que le règlement de consultation indique clairement en son article 7 que le prix s'apprécie au regard du « prix des prestations forfaitaires sur la durée du marché » ; que le document portant « Décomposition du prix forfaitaire » récapitule dans sa dernière page le total des forfaits proposés sur toute la durée prévisible du contrat ;

- Sur la durée du marché :

- que nonobstant les allégations contraires de la société IDEX ENERGIES, la durée du contrat a été clairement exprimée par le pouvoir adjudicateur ; qu'aux termes des articles 3.1 du règlement de la consultation et 2 du cahier des clauses administratives particulières, le marché est conclu pour une période initiale d'une année et peut faire l'objet de deux reconductions de deux ans chacune, sans excéder une durée totale de cinq années ; que si l'article 77 du code des marchés publics limite par principe la durée des marchés à bons de commande à quatre années, en l'espèce, le caractère accessoire de la part du marché réservée aux « commandes » ne permet pas de le qualifier de marché à bons de commande ; qu'à supposer même que le marché litigieux relève de la catégorie des marchés à bons de commande, l'objet du contrat autorise à déroger à la durée de droit commun résultant des dispositions de l'article 77 du code des marchés publics ; que les dispositions de l'article 16 du code des marchés publics ne créent pas davantage d'incertitude sur la durée du marché en cause ; qu'en tout état de cause, la durée des relations contractuelles ne relève pas de l'office du juge des référés précontractuels, les dispositions précitées du code des marchés publics étant étrangères aux règles de publicité et de mise en concurrence ;

Sur le délai de remise des offres :

- que l'affirmation de la société requérante selon laquelle le délai laissé aux candidats pour présenter leur offre ne serait pas suffisant n'est pas fondée ; qu'au regard de l'article 57 du code des marchés publics, la seule obligation faite au pouvoir adjudicateur en la matière est de ne pas prévoir de délais de remise des plis inférieurs à ceux prévus par le code des marchés publics ; qu'il appartient, en outre, en vertu d'une jurisprudence constante, à la personne qui se réclame de l'insuffisance du délai d'en rapporter la preuve et de démontrer qu'elle a subi un préjudice ; qu'en l'espèce, un avis d'appel public à la concurrence a été envoyé au Journal officiel de l'Union européenne (JOUE) et au Bulletin officiel des annonces des marchés publics (BOAMP) le 4 décembre 2009 ; que le dossier de consultation des entreprises était librement accessible aux candidats dès la publication de l'avis ; qu'ainsi le délai de 52 jours prévu à l'article 40 du code des marchés publics aurait pu être réduit à 40 jours ; que tenant compte de la visite obligatoire nécessaire à la connaissance du site et à la consultation de documents confidentiels, l'établissement public du musée du Louvre a accordé un délai de 45 jours pour la présentation des offres et a fixé la date limite de remise de celles-ci au 18 janvier 2009 à 16 heures ; que si la date de la visite obligatoire des lieux,

initialement fixée, conformément au règlement de consultation, au « 17 décembre 2009 à 9h00 ou au 18 décembre » a, en ce qui concerne la date de la deuxième visite et en raison de conditions climatiques défavorables, été repoussée au 28 décembre 2009, ce fait imposé par des circonstances étrangères à la volonté du pouvoir adjudicateur, a donné lieu à publication d'un avis rectificatif au JOUE et au BOAMP et n'a fait l'objet d'aucune contestation de la part des candidats ni même de la société requérante ; que de surcroît, il restait encore un délai de près de 22 jours aux candidats pour élaborer leurs propositions malgré ce report de date ; que la société IDEX ENERGIES qui n'a posé aucune question dans le cadre de la procédure de consultation et n'a aucunement sollicité de prolongation du délai de remise des offres n'est pas fondée, à ce stade, à demander le report du délai de remise des offres ; que le pouvoir adjudicateur a respecté les dispositions de l'article 57 du code des marchés publics sans léser l'entreprise requérante ; que dès lors, le moyen tiré de la prétendue insuffisance du délai de remise des offres sera écarté ;

Vu le mémoire, enregistré le 19 mars 2010, présenté pour la société IDEX ENERGIE, qui persiste dans les conclusions de sa requête ; elle soutient en outre que la note de 15 sur 20 pour la méthodologie proposée apparaît décorrélée de la méthode de notation retenue, et la deuxième place qu'elle a obtenue sur les équipes proposées n'est pas davantage explicable ; que sur ce point l'EPML a retenu un critère déjà examiné au titre des critères de sélection des candidatures, ce qui entache la procédure d'irrégularité ; qu'ayant été classée première sur le critère du prix des prestations sur bons de commandes, le pouvoir adjudicateur aurait dû « lui attribuer la note maximale de 5 sur 5 » ; que l'EPML aurait dû allouer le marché comportant trois prestations différentes et portant sur plusieurs sites conformément à l'article 10 du code des marchés publics ;

Vu la décision en date du 4 janvier 2010 par laquelle le président du tribunal a désigné Mme Girault comme juge des référés ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu le code des marchés publics ;

Vu le code de justice administrative ;

Les parties ayant été régulièrement convoquées à l'audience ;

Après avoir présenté son rapport et entendu au cours de l'audience publique qui s'est tenue le 19 mars 2010 à 14h30 :

- les observations de Me Cabanes pour la société IDEX ENERGIES, qui conclut aux mêmes fins que la requête par les mêmes moyens ; elle soutient en outre que l'EPML aurait dû constituer trois lots au regard de l'autonomie des trois types de prestations prévues au marché, l'allotissement constituant le principe en matière de marchés publics ;
- les observations de Me Coupé, substituant Me Goutal, pour l'établissement public du musée du Louvre, qui maintient ses conclusions et souligne que les prestations portent sur des équipements techniques nécessitant l'intervention d'une équipe technique unique, et que la recherche de performance ne peut être assurée au mieux que par le titulaire de la maintenance ; que la jurisprudence n'exige pas un allotissement par site ; que tous les candidats ont répondu dans le délai et qu'aucun ne s'est préoccupé de

l'article 77 du code des marchés publics ; que la durée du marché ne relève pas des contrôles du juge des référés ; que le titulaire sortant a attendu l'issue de la procédure pour faire valoir les prétendues irrégularités dont il se prévaut ;

- les observations de Me Orliac, substituant Me Baudelot pour la société AXIMA, qui conclut comme précédemment ;

Vu la note en délibéré, enregistrée le 19 mars 2010, présentée pour la société IDEX ENERGIE, qui persiste dans ses conclusions ;

Considérant qu'aux termes de l'article L.551-1 du code de justice administrative : « Le président du tribunal administratif, ou le magistrat qu'il délègue, peut être saisi en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation par les pouvoirs adjudicateurs de contrats administratifs ayant pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures ou la prestation de services, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation, ou la délégation d'un service public. Le juge est saisi avant la conclusion du contrat. » ; qu'aux termes de l'article L.551-2 : « Le juge peut ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations et suspendre l'exécution de toute décision qui se rapporte à la passation du contrat, sauf s'il estime, en considération de l'ensemble des intérêts susceptibles d'être lésés et notamment de l'intérêt public, que les conséquences négatives de ces mesures pourraient l'emporter sur leurs avantages. Il peut, en outre, annuler les décisions qui se rapportent à la passation du contrat et supprimer les clauses ou prescriptions destinées à figurer dans le contrat et qui méconnaissent lesdites obligations. » ; qu'aux termes de l'article L. 551-4 : « Le contrat ne peut être signé à compter de la saisine du tribunal administratif et jusqu'à la notification au pouvoir adjudicateur de la décision juridictionnelle. » ; qu'aux termes de l'article L. 551-10 : « Les personnes habilitées à engager les recours prévus aux articles L. 551-1 et L. 551-5 sont celles qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par le manquement invoqué, ainsi que le représentant de l'État dans le cas où le contrat doit être conclu par une collectivité territoriale ou un établissement public local. (...) » ; qu'aux termes de l'article R.551-5 du code de justice administrative : « Le président du tribunal administratif ou le magistrat qu'il délègue statue dans un délai de vingt jours sur les demandes qui lui sont présentées en vertu des articles L. 551-1 et L. 551-5. Le juge ne peut statuer avant le seizième jour à compter de la date d'envoi de la décision d'attribution du contrat aux opérateurs économiques ayant présenté une candidature ou une offre. Ce délai est ramené au onzième jour lorsque le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice justifie que la décision d'attribution du contrat a été communiquée par voie électronique à l'ensemble des opérateurs économiques intéressés..... » ; 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 que, par un avis d'appel public à la concurrence envoyé à la publication au Journal officiel de l'Union européenne et au Bulletin officiel des annonces des marchés publics le 4 décembre 2009, l'établissement public du musée du Louvre (ci-après EPML) a lancé une consultation en vue de la passation sur appel d'offres ouvert d'un marché de services portant sur la maintenance des installations de chauffage, climatisation, désenfumage mécanique et compartimentage du musée du Louvre ; que la société IDEX ENERGIES, titulaire des deux

précédents marchés dans ce domaine sur une période de six ans, a présenté une offre et s'est vue informer de son rejet par courrier en date 3 mars 2010 ; que le marché a été attribué à la société AXIMA ; que, par la présente requête, la société IDEX ENERGIES demande qu'il soit enjoint à l'établissement public du musée du Louvre de différer la signature du marché litigieux et demande l'annulation de la procédure d'attribution de ce marché ;

Sur l'injonction de différer la signature du marché :

Considérant qu'en vertu des dispositions de l'article L. 551-4 du code de justice administrative, telles qu'issues de l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique, la signature du contrat est automatiquement suspendue par la saisine du juge et ce, jusqu'à notification de sa décision ; que ces dispositions, qui étaient applicables de plein droit aux contrats pour lesquels une consultation a été engagée à partir du 1^{er} décembre 2009, rendaient en l'espèce la demande de la société IDEX ENERGIES sans objet et par suite irrecevable ;

Sur la régularité de la procédure:

En ce qui concerne l'objet et la durée du marché:

Considérant en premier lieu 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 (...)"; que le 2° de l'article 27 spécifie : « En ce qui concerne les fournitures et les services, il est procédé à une estimation de la valeur totale des fournitures ou des services qui peuvent être considérés comme homogènes soit en raison de leurs caractéristiques propres, soit parce qu'ils constituent une unité fonctionnelle. » ;

Considérant que le marché de services litigieux porte principalement sur la maintenance et sur l'exploitation des installations de climatisation, chauffage, désenfumage mécanique, compartimentage du Musée du Louvre, mais comporte également une prestation d'assistance à l'établissement public dans une opération de travaux visant à améliorer les installations de lutte contre l'incendie (désenfumage mécanique et compartimentage, dénommés SMSI/DAC/DAS), une prestation de mise au point des installations dans un contexte d'économie énergétique, ainsi que la fourniture éventuelle de pièces détachées pouvant donner lieu à bons de commandes sur la base d'un bordereau de prix ;

Considérant que les trois prestations objet du marché à prix forfaitaire, si elles présentent chacune des caractéristiques propres, sont à assurer sur les mêmes équipements, dont la seconde et la troisième supposent une connaissance approfondie des conditions de fonctionnement pour pouvoir présenter les propositions d'évolutions attendues par le pouvoir adjudicateur; qu'elles doivent dès lors être regardées comme constituant ensemble une unité fonctionnelle au sens des dispositions

précitées de l'article 27; que par suite, la société IDEX ENERGIE, qui n'avait au demeurant pas fait d'observations sur leur regroupement avant le jour même de l'audience, n'est pas fondée à soutenir que l'EPML aurait dû passer le marché en lots séparés pour ces trois prestations; que la circonstance que le marché porte sur plusieurs sites géographiquement distincts n'est pas davantage de nature à caractériser une méconnaissance de l'article 10 précité, dès lors que les mêmes prestations sont à assurer sur tous les sites, ce qui est de nature à en réduire le coût pour la personne publique;

Considérant en deuxième lieu qu'aux termes de l'article 16 du code des marchés publics: « Sous réserve des dispositions fixant la durée maximale pour les accords-cadres et les marchés à bons de commande, les marchés complémentaires passés en procédure négociée ainsi que les marchés relatifs à des opérations de communication, la durée d'un marché ainsi que, le cas échéant, le nombre de ses reconductions, sont fixés en tenant compte de la nature des prestations et de la nécessité d'une remise en concurrence périodique. Un marché peut prévoir une ou plusieurs reconductions à condition que ses caractéristiques restent inchangées et que la mise en concurrence ait été réalisée en prenant en compte la durée totale du marché, périodes de reconduction comprises. »; qu'aux termes de l'article 77 du même code: « I. - Un marché à bons de commande est un marché conclu avec un ou plusieurs opérateurs économiques et exécuté au fur et à mesure de l'émission de bons de commande. Lorsqu'un marché à bons de commande est attribué à plusieurs opérateurs économiques, ceux-ci sont au moins au nombre de trois, sous réserve d'un nombre suffisant de candidats et d'offres. Dans ce marché le pouvoir adjudicateur a la faculté de prévoir un minimum et un maximum en valeur ou en quantité, ou un minimum, ou un maximum, ou encore être conclus sans minimum ni maximum. L'émission des bons de commande s'effectue sans négociation ni remise en concurrence préalable des titulaires, selon des modalités expressément prévues par le marché. Les bons de commande sont des documents écrits adressés aux titulaires du marché. Ils précisent celles des prestations, décrites dans le marché, dont l'exécution est demandée et en déterminent la quantité. II. - La durée des marchés à bons de commande ne peut dépasser quatre ans, sauf dans des cas exceptionnels dûment justifiés, notamment par leur objet ou par le fait que leur exécution nécessite des investissements amortissables sur une durée supérieure à quatre ans. »;

Considérant que l'avis d'appel public à la concurrence et le règlement de la consultation prévoient que « le marché est passé pour une durée d'un an à compter de sa notification. Il est reconductible deux fois, par période de deux ans et par décision expresse de la personne représentant le pouvoir adjudicateur, sans que sa durée totale ne puisse excéder 5 ans. La décision de reconduction ou de non reconduction du marché est adressée au titulaire six mois avant la date anniversaire de la notification »; que ces éléments indiquent précisément et sans ambiguïté la durée du marché, sans que la période totale de cinq ans maximum apparaisse excessive eu égard aux caractéristiques des prestations demandées; que la circonstance que les prix fassent l'objet d'un état annuel ne peut être regardé comme constituant une évolution des caractéristiques du marché; que la partie à bons de commandes ne fixe aucun minimum quant au montant d'acquisition de pièces détachées, mais prévoit qu'il ne pourra dépasser le quart du prix forfaitaire prévu pour les prestations principales; que la société IDEX ENERGIE ne peut en tout état de cause faire valoir que cette partie à bons de commandes, qui ne constitue pas l'objet principal du marché, ne respecterait pas la durée maximum de quatre ans prévue par l'article 77 précitée, dès lors qu'une telle irrégularité, à la supposer même constituée, n'est pas au nombre des manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence qu'il appartient au juge des référés de sanctionner;

En ce qui concerne la définition des besoins:

Considérant qu'aux termes de l'article 5 du code des marchés publics: « - 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. Le ou les marchés ou accords-cadres conclus par le pouvoir adjudicateur ont pour objet exclusif de répondre à ces besoins. II. - Le pouvoir adjudicateur détermine le niveau auquel les besoins sont évalués. Ce choix ne doit pas avoir pour effet de soustraire des marchés aux règles qui leur sont normalement applicables en vertu du présent code. »

Considérant que contrairement à ce que soutient la société requérante, l'EPML a défini avec précision ses besoins et ses attentes dans un cahier des clauses techniques particulières assorti de douze annexes, et a imposé une visite obligatoire des installations aux candidats, afin qu'il soient en mesure d'en apprécier l'ampleur et la complexité ; que la circonstance qu'il ait répondu à plusieurs questions, posées par d'autres candidats que la société requérante, que les données demandées n'étaient pas disponibles, alors qu'il n'a pas sollicité le titulaire sortant du marché pour les obtenir, ne peut être utilement invoquée par la société IDEX ENERGIE, qui connaissait parfaitement les installations pour les avoir entretenues depuis six ans ; que si la requérante soutient paradoxalement que cette connaissance approfondie l'a désavantagée parce qu'elle a chiffré des prestations qui n'étaient pas expressément demandées bien que nécessaires au bon fonctionnement des installations, elle ne donne aucun exemple concret de nature à permettre d'apprécier le bien-fondé de ce moyen ;

Considérant en deuxième lieu que la circonstance que certains des 1200 items figurant sur le bordereau de prix unitaires n'existent plus n'a pu avoir d'incidence sur la concurrence, le pouvoir adjudicateur n'ayant pas sanctionné le caractère incomplet des bordereaux qui lui ont été remis ; que par suite la société IDEX ENERGIE ne peut utilement faire valoir que le pouvoir adjudicateur aurait commis des erreurs dans l'appréciation de ses besoins ;

Considérant enfin que la troisième prestation portant sur la mise au point des installations dans un contexte d'économies d'énergies est décrite à l'article 4 du cahier des clauses techniques particulières, qui indique que les obligations du titulaire découlent des prescriptions d'un rapport d'audit, qui est joint en annexe 9 ; que par suite le moyen tiré d'une insuffisante définition des besoins du pouvoir adjudicateur doit être écarté ;

En ce qui concerne le délai de remise des offres :

Considérant que l'avis d'appel public à la concurrence a prévu un délai de remise des offres de 45 jours ; que si la société IDEX ENERGIE soutient que la seconde visite obligatoire, prévue le 18 décembre, a été reportée au 28 décembre 2009 en raison de mauvaises conditions météorologiques, et aurait dû conduire le pouvoir adjudicateur à reporter la date limite de dépôt des plis, elle n'a pu en tout état de cause être lésée par l'absence d'un tel report alors qu'elle connaissait parfaitement les installations ; que si elle soutient également que la réponse donnée aux questions des candidats quatre jours avant la date limite du 18 janvier 2010 ne permettait pas au pouvoir adjudicateur de modifier le dossier de consultation au plus tard huit jours avant la date limite comme il s'y était engagé, il ne ressort pas des pièces du dossier que lesdites réponses aient appelé une modification du dossier de consultation, ni que la société requérante n'ait pas disposé des informations nécessaires à l'élaboration de son offre ;

En ce qui concerne les critères de sélection des offres :

Considérant que l'article 7 du règlement de la consultation indique que le jugement des offres sera effectué sur le critère de la qualité technique pondéré à 60 % et sur celui du prix pondéré à 40 %, en précisant pour chacun de ces critères deux sous-critères, pour le premier la pertinence de la méthodologie proposée pour les prestations forfaitaires à hauteur de 20 et les équipes proposées pour l'exécution de ces prestations à hauteur de 40, et pour le second le prix des prestations forfaitaires sur la durée du marché à hauteur de 35 et les prix unitaires appréciés selon la formule (somme des

sur la durée du marché à hauteur de 35 et les prix unitaires appréciés selon la formule (somme des prix unitaires du bordereau de prix la plus basse toutes offres confondues *coefficient de pondération/ somme des prix unitaires du BPU de l'offre du candidat) à hauteur de 5 ;

Considérant en premier lieu que les demandes de précisions sur la qualification des personnels étaient justifiées par l'objet du marché et n'imposaient aucune ancienneté moyenne ou taux de qualification ; que par suite la société IDEX ENERGIE n'est pas fondée à soutenir que le critère de qualité technique reposerait sur une exigence injustifiée ;

Considérant en deuxième lieu que la circonstance que le règlement de la consultation a précisé que la méthode de notation de la valeur technique comporterait une note de 0 à 4 selon que le candidat répond plus ou moins parfaitement aux attentes du pouvoir adjudicateur, sans indiquer que cette méthode ne serait appliquée qu'au premier sous-critère relatif à la pertinence de la méthodologie, si bien que pour le second sous-critère afférent aux équipes des notes avec décimales, ont été attribuées aux candidats, n'a pu en l'espèce léser la société requérante, qui a obtenu la meilleure note sur le critère de la qualité de l'offre dans son ensemble ; que par suite elle n'est pas fondée à se plaindre d'un défaut d'intelligibilité de l'appréciation des sous-critères, qui n'a pu en tout état de cause influencer sur la préparation des offres au regard des critères affichés ; qu'elle ne peut davantage utilement faire valoir que la composition des équipes aurait relevé d'une appréciation de la recevabilité de l'offre et ne pouvait alors être à nouveau examinée au regard de son appréciation au fond, dès lors qu'en l'espèce il n'a en tout état de cause été procédé qu'à un seul examen des offres, et que la qualité des équipes proposées pouvait légitimement constituer un critère d'appréciation au regard de la nature des prestations demandées ;

Considérant en troisième lieu que la note de 15 sur 20 attribuée à la requérante sur le critère de la méthodologie indique que la note de 3 sur 4 lui a été attribuée, correspondant à une évaluation « bonne » répondant bien aux attentes, puis a été ramenée sur 20, ce qui correspond aux indications du règlement de la consultation ; que contrairement à ce que suggère la société requérante, la circonstance qu'elle ait été classée première ex æquo sur ce critère n'impliquait pas nécessairement qu'elle ait obtenu la note maximum de 4 ;

Considérant en quatrième lieu que le critère annoncé du « prix des prestations forfaitaires sur la durée du marché » combiné avec l'annexe 1 de l'acte d'engagement intitulée « décomposition du prix forfaitaire » laquelle comportait un feuillet pour chacune des cinq années susceptibles de faire l'objet du marché, ne laissait aucun doute sur la prise en compte de ces cinq années pour l'appréciation du critère du prix ;

Considérant en cinquième lieu que la société requérante, qui a obtenu également la meilleure note sur le dernier sous-critère afférent au prix des prestations à commande, ne peut utilement faire valoir que celui-ci n'est pas pondéré à hauteur de ce que les fournitures de pièces détachées représenteraient dans le prix total du marché si le montant maximum de 25% du prix des prestations forfaitaires était atteint, dès lors que le pouvoir adjudicateur était libre de choisir la pondération qu'il affectait à cette partie du prix sous réserve qu'elle ne soit pas en disproportion manifeste avec l'objet du marché, et qu'en l'espèce une telle disproportion ne ressort pas des pièces du dossier ; que par ailleurs la société IDEX ENERGIE n'est pas fondée à soutenir que la circonstance qu'elle ait été classée première sur ce critère aurait dû conduire le pouvoir adjudicateur à « lui attribuer la note maximale de 5 sur 5 », dès lors que les notes n'étaient affectées de 0 à 4 que pour le critère de la valeur technique et que le chiffre de 5% est relatif à la pondération du critère du prix des prestations sur bordereau de prix unitaire ; qu'enfin la circonstance que les prestations réalisées sur commande ne soient pas prise en compte au titre de l'appréciation de la qualité technique de l'offre ne saurait

révéler une erreur dans la définition des critères, alors qu'il ne s'agissait que de la fourniture d'éléments dont les caractéristiques techniques étaient définies par le bordereau de prix ;

Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que la société IDEX ENERGIES n'est pas fondée à soutenir que la procédure de passation du marché litigieux serait entachée d'irrégularité; que, par suite, ses conclusions aux fins d'annulation doivent être rejetées, ainsi que, par voie de conséquence, ses conclusions aux fins d'injonction ;

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

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 l'EPML, qui n'est pas la partie perdante dans la présente instance, la somme que la société IDEX ENERGIES demande au titre des frais exposés par elle et non compris dans les dépens ;

Considérant, d'autre part, qu'il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de la société IDEX ENERGIES des sommes de 1000 euros au titre des frais exposés par l'EPML et par la société AXIMA.

ORDONNE :


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

Article 2 : La société IDEX ENERGIES versera 1000 euros à l'établissement public du musée du Louvre et 1000 euros à la société AXIMA au titre de l'application de l'article L761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : La présente ordonnance sera notifiée à la société IDEX ENERGIES, à l'établissement public du musée du Louvre et à la société AXIMA.

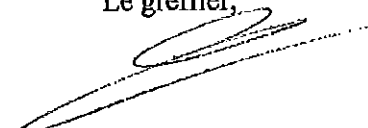
Fait à Paris, le 22 mars 2010.

Le juge des référés,



C. GIRAULT

Le greffier,



C. PREVOST

La République mande et ordonne au ministre de la culture et de la communication en ce qui le concerne ou à tous huissiers de justice à ce requis en ce qui concerne les voies de droit commun, contre les parties privées, de pourvoir à l'exécution de la présente décision.