

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE PARIS**

N°0808373

SOCIETE BIOMETRICS FRANCE

Mme Mille

Juge des référés

Ordonnance du 26 mai 2008

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Le Tribunal administratif de Paris,

Le juge des référés

Vu la requête, enregistrée le 6 mai 2008, présentée pour la SOCIETE BIOMETRICS FRANCE, dont le siège est Parc Club Orsay Université 28 rue Jean Rostand (91893) Orsay cedex par Maître Sébastien Palmier, avocat ; la société BIOMETRICS FRANCE demande au tribunal :

- d'annuler la procédure d'appel d'offres ouvert lancée le 14 septembre 2007 par l'Assistance Publique- Hôpitaux de Paris (AP-HP) en vue de l'attribution du marché de « fourniture d'un système d'analyse cinématique, cinétique et électromyographique du mouvement, comprenant la livraison, l'installation, la mise en service et la formation du personnel, destiné à équiper l'unité médicale d'analyse et de restructuration du mouvement du Groupe Hospitalier Albert Chenevier Henri Mondor » ;
- de condamner l'AP-HP à lui verser la somme de 4 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

La société BIOMETRICS FRANCE soutient :

. que la procédure est entachée d'un manquement aux obligations de publicité dès lors que de nombreuses rubriques de l'avis d'appel public à la concurrence, pourtant considérées comme obligatoires, n'ont pas été renseignées par l'AP-HP :

. qu'en effet, la rubrique IV.3.8 intitulée « Modalités d'ouverture des offres » ne contient aucune indication relative à la date et à l'heure de la séance d'ouverture des offres ;

N°0808373

2

. que la rubrique VI.2 intitulée « Le marché s'inscrit dans un projet/programme financé par des fonds communautaires » n' pas été renseignée ;

. que la rubrique IV.2.1 intitulée « Publication(s) antérieure(s) concernant le même marché » n'a pas non plus été renseignée ;

. que la rubrique VI.4) intitulée « Procédures de recours » a été incorrectement remplie dès lors qu'elle mentionne la Direction des équipements-Bureau des marchés du CHU Henri Mondor de Créteil en qualité de « service auprès duquel des renseignements peuvent être obtenus concernant l'introduction des recours » alors qu'il fallait désigner un organe indépendant et impartial par rapport à la procédure engagée ;

. que la procédure est également irrégulière au regard du droit de la concurrence en ce qu'elle méconnaît les articles 40 et 45 du code des marchés publics ;

. qu'en effet, contrairement aux exigences de l'article 40-VIII du code des marchés publics, l'avis publié au JOUE procède à la description des options du marché que les candidats doivent impérativement prendre en considération pour l'élaboration de leurs offres (rubrique II.2.2) alors que ces informations ne figurent pas dans l'avis publié au BOAMP ;

. que de même, l'avis publié au BOAMP n'indique pas la date d'envoi de l'avis à l'Office des publications officielles de l'Union européenne ;

. qu' en exigeant des candidats la production d'un extrait Kbis du registre du commerce de moins de six mois et des attestations de conformité liées au cadre législatif et réglementaire (marquage CE), l'AP-HP a imposé la production de documents ne figurant pas à l'article 45 du code des marchés publics et manifesté des exigences excédant les prescriptions qui sont énumérées par l'arrêté du 28 août 2006 pris pour l'application de cet article 45 ;

. qu'en violation du principe de transparence, le pouvoir adjudicateur a fait figurer dans le règlement de la consultation (article IV-B), sans les faire figurer dans les deux avis de publicité, des exigences relatives aux conditions de participation des candidats à la procédure (« Une copie du ou des jugements prononcés, si redressement judiciaire » et « le degré de conformité aux normes européennes et/ou internationales en matière de système d'assurance qualité et notamment s'il répond aux normes EN et autres et CEN et autres ») alors que le règlement de la concurrence ne fait pas l'objet de la même publicité ;

Vu le mémoire en défense, présenté par l'Assistance Publique-Hôpitaux de Paris (AP-HP) ; l'AP-HP conclut au rejet de la requête ;

L'AP-HP soutient :

. que la requête, même présentée par un avocat, est irrecevable dès lors que la société BIOMETRICS ne produit pas la pièce démontrant qu'elle est représentée par l'un de ses mandataires sociaux aux fins d'ester en justice ;

. que, d'une part, le pouvoir adjudicateur n'est pas tenu de renseigner la rubrique « modalités d'ouverture des offres » ; que, d'autre part, si l'arrêt Compagnie Générale des eaux du Conseil d'Etat a été rendu alors que le règlement 1564/2005/CE fixant les modèles d'avis n'était pas encore entré

N°0808373

3

en vigueur, les directives 92/50, 93/36 et 97/52/CE prévoyaient la même faculté pour les pouvoirs adjudicateurs de renseigner ladite rubrique et qu'ainsi, le cadre juridique dans lequel est intervenu cet arrêt n'est pas différent du cadre actuel de la procédure ; qu'enfin, d'impératives nécessités pratiques et des raisons de bon sens empêchaient l'AP-HP d'indiquer, dès le stade de la rédaction de l'avis, la date à laquelle la commission d'appel d'offres procéderait à l'ouverture des offres ;

. que, dès lors que l'office du juge ne se limite pas à constater, dans les avis de marché, un manquement purement formel à une obligation mais à apprécier, in concreto, son effet sur la concurrence, l'absence de renseignement de la rubrique relative au financement par des fonds communautaires, qui, en tout état de cause, ne peut être interprétée que comme une réponse négative, ne saurait être qualifiée de vice substantiel dès lors qu'elle n'a eu aucun effet sur la concurrence ;

. que de même, l'absence de renseignement relatif aux publications antérieures concernant le même marché ne pouvait qu'être interprétée comme signifiant l'absence de publication antérieure, les candidats, en cas de doute, pouvant se renseigner auprès de l'hôpital qui leur aurait confirmé que le marché litigieux n'avait pas été précédé d'un marché ou d'une procédure ayant le même objet ;

. que la rubrique « service auprès duquel des renseignements peuvent être obtenus concernant l'introduction des recours » est correctement remplie au regard des exigences du règlement 1564/2005/CE ;

. que sur la prétendue méconnaissance de l'article 40 VIII du code des marchés publics, il y a lieu de noter que l'option mentionnée au JOUE n'est pas une option telle que comprise par le droit communautaire mais une prestation complémentaire à l'offre de base et en tant que telle, elle n'avait pas à figurer obligatoirement dans l'avis d'appel public à la concurrence ; qu'en conséquence, n'ayant pas à être publiée de manière obligatoire, elle pouvait ne pas figurer dans l'avis publié au BOAMP, dès lors qu'elle est contenue dans le règlement de la consultation et qu'il n'en découle pas une distorsion flagrante de la concurrence ; qu'en outre, les opérateurs français sont coutumiers des règlements de la consultation qui viennent préciser les mentions que les formats des avis d'appel public à la concurrence ne permettent pas de prendre en compte et se procurent également les avis JOUE ;

. que l'obligation de mentionner dans l'avis publié au BOAMP la date d'envoi de cet avis au JOUE constitue une formalité impossible dès lors que, antérieurement au 12 février 2008, date à laquelle le BOAMP a modifié sa plateforme électronique, aucune possibilité de mentionner cette date n'existait sur ladite plateforme qui constitue le passage obligé de l'envoi d'un avis de marché au JOUE ; qu'en tout état de cause, le manquement à cette obligation formelle n'a eu aucun effet sur la concurrence, les candidats pouvant tous consulter l'avis publié au JOUE ;

. qu'en ce qui concerne la méconnaissance alléguée de l'article 45 du code des marchés publics, il y a lieu de noter que la demande d'un extrait K-bis permet au pouvoir adjudicateur de connaître l'identité du candidat dont il doit évaluer les capacités professionnelles, techniques et financières et n'est donc pas contraire à cet article ; que par ailleurs, la demande d'attestations de conformité liées au cadre législatif et réglementaire est permise par l'article 2 de l'arrêté du 28 août 2006 selon lequel « Lorsque les candidats ont besoin d'une autorisation spécifique ou doivent être membres d'une organisation spécifique pour pouvoir fournir dans leur pays d'origine le service concerné, le pouvoir adjudicateur peut leur demander de prouver qu'ils possèdent cette autorisation » ;

N°0808373

4

. que si l'AP-HP a fait figurer dans le seul règlement de la consultation la demande de fourniture des copies du ou des jugements prononcés en cas de redressement judiciaire, cette exigence ne méconnaît pas le principe de transparence dès lors qu'elle ne revêt qu'un caractère redondant, l'article 44 du code des marchés publics disposant que tout candidat doit fournir « 1° La copie du ou des jugements prononcés, s'il est en redressement judiciaire » ; que si l'AP-HP a fait figurer dans le seul règlement de la consultation la demande portant sur le document mentionnant le degré de conformité aux normes d'assurance qualité, cette précision ne concerne que l'hypothèse où le candidat aurait décidé de ne pas remplir le document DC5 requis ; qu'au surplus, ce document ne constitue pas non plus une condition de participation à la consultation dès lors qu'il était demandé à titre subsidiaire ; qu'enfin, cette demande n'a pas eu d'effet sur la concurrence dès lors qu'il est aisé pour les opérateurs de se procurer un DC5 ;

Vu le mémoire en réplique, enregistré le 21 mai 2008, présenté pour la société BIOMETRICS FRANCE qui persiste dans ses conclusions ; elle soutient en outre :

. qu'en rejetant sa candidature au motif des plus obscurs qu'elle ne présente pas des capacités techniques suffisantes, alors qu'elle a produit l'ensemble des pièces requises et qu'elle présente des garanties professionnelles, techniques et financières largement suffisantes compte tenu du nombre de références (150 au moins) dont elle fait état, l'AP-HP a méconnu ses obligations de publicité et de mise en concurrence et a entaché la procédure d'irrégularité ;

. que dès lors que l'exigence de l'extrait Kbis n'est pas assortie de la mention « ou d'un document équivalent », elle présente un caractère discriminant pour les opérateurs économiques étrangers qui ne disposent pas d'extrait Kbis, alors même que ces opérateurs pouvaient interroger les services du pouvoir adjudicateur sur le caractère contraignant de cette exigence formelle ;

. que s'agissant de la fin de non recevoir opposée par l'AP-HP, il y a lieu de noter que la société BIOMETRICS est une société par actions (SAS) dont le représentant légal est habilité de plein droit à agir en justice en application de l'article L. 227-6 du code de commerce ; que c'est ce dernier, que l'AP-HP connaît pour avoir reçu ses courriers dans le cadre de la procédure de consultation litigieuse, qui a décidé d'engager l'instance susvisée ;

Vu la décision en date du 2 mai 2008 par laquelle le président du tribunal a désigné Mme Mille, président, comme juge des référés ;

Vu les pièces jointes à la requête ;

Vu la directive 2004/18/CEE du Conseil du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services ;

Vu le règlement n°1564/2005 de la Commission du 7 septembre 2005 et les modèles d'avis qui lui sont annexés ;

Vu le code des marchés publics, dans sa rédaction issue des dispositions du décret n° 2006-975 du 1er août 2006, en vigueur à compter le 1er septembre 2006 ;

Vu l'arrêté du 28 août 2006 du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie pris en application de l'article 45 du code des marchés publics susvisé ;

N°0808373

5

Vu le code de justice administrative ;

Après avoir entendu, à l'audience du 22 mai 2008, à 10 heures :

- le rapport de Mme Mille, juge des référés ;
- les observations de Me Palmier pour la société BIOMETRICS FRANCE ;
- les observations de M. Dubois pour l'AP-HP qui déclare renoncer à la fin de non recevoir tirée du défaut de qualité pour agir de la société requérante ;

Considérant que, par un avis d'appel public à la concurrence publié le 19 septembre 2007 au Journal officiel de l'union européenne (JOUE) et au Bulletin officiel des annonces des marchés publics(BOAMP), l'Assistance Publique - Hôpitaux de Paris(AP-HP) a lancé, sur le fondement du code des marchés publics, un appel d'offres ouvert pour l'attribution d'un marché relatif à la fourniture d'un système d'analyse cinématique, cinétique et électromyographique du mouvement, comprenant la livraison, l'installation, la mise en service et la formation du personnel, destiné à équiper l'unité médicale d'analyse et de restructuration du mouvement du Groupe Hospitalier Albert Chenevier Henri Mondor ; que le montant du marché était estimé à 450 000 euros HT et la date-limite de réception des offres fixée au 7 novembre 2007 ; que par une décision datée du 30 avril 2008, l'établissement public susmentionné a indiqué à la société BIOMETRICS FRANCE que « sa candidature et son offre » n'étaient pas retenues en raison de « capacités techniques insuffisantes » et que « tout renseignement complémentaire pouvait être obtenu sur demande écrite » au centre hospitalier Henri Mondor ;

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 (...). 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 (...). 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 (...). » ;

Sans qu'il soit besoin de statuer sur les autres moyens :

Sur le moyen tiré de la violation de l'article 40 du code des marchés publics :

Considérant que le 2° du III de l'article 40 du code des marchés publics, relatif aux achats de fournitures et de services, dispose : « Pour les achats d'un montant égal ou supérieur à 135 000 euros HT pour l'Etat et 210 000 euros pour les collectivités territoriales, 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 le VIII du même article 40 précise que : « La publication des avis dans le Bulletin officiel des annonces des marchés publics ou sur tout autre support publicitaire ne peut intervenir avant l'envoi à l'Office des publications de l'Union européenne. Ces avis ne peuvent fournir plus de renseignements que ceux qui sont contenus dans les avis adressés à l'Office précité ou publiés sur un profil d'acheteur. Ils mentionnent la date

N°0808373

6

d'envoi de l'avis à cet office » ; qu'il résulte de ces dispositions que l'avis d'appel public à la concurrence publié au Bulletin officiel des annonces des marchés publics et l'avis d'appel public à la concurrence publié au Journal officiel de l'Union européenne doivent comporter les mêmes renseignements ;

Considérant qu'il résulte de l'instruction que l'avis d'appel public à la concurrence publié au BOAMP ne contient aucune information sous la rubrique II.2.2) intitulée « Options » alors que l'avis publié le même jour au JOUE procède, sous la même rubrique, à une description précise des prestations complémentaires à l'offre de base exigées des candidats ; qu'une telle différence de publicité, qui porte sur l'objet même de la commande, est de nature à affecter l'égalité entre les candidats, quand bien même le pouvoir adjudicateur n'était pas tenu de renseigner ladite rubrique et quand bien même le règlement de la consultation, qui peut être téléchargé par les candidats, indique que le CCTP prescrit des options obligatoires ;

Sur le moyen tiré de l'irrégularité entachant la décision de rejet du 30 avril 2008

Considérant que la société BIOMETRICS FRANCE soutient qu'en rejetant sa candidature au motif « des plus obscurs » qu'elle ne présente pas des capacités techniques suffisantes alors qu'elle a produit l'ensemble des pièces requises et qu'elle fournit des garanties professionnelles, techniques et financières largement suffisantes compte tenu du nombre de références dont elle fait état, l'AP-HP a méconnu ses obligations de publicité et de mise en concurrence ; qu'à l'audience, l'établissement public se borne à faire valoir que la société requérante n'a pas, comme le lui permet l'article 83 du code des marchés publics, sollicité par écrit les motifs détaillés du rejet de son offre, sans être en mesure d'indiquer la teneur de ces motifs et sans préciser notamment si le rejet litigieux est fondé sur l'application d'un des critères de recevabilité ou sur l'application d'un des critères de jugement des offres ; qu'une telle insuffisance d'information est constitutive d'une violation du principe de transparence ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède qu'il y a lieu d'annuler la procédure de mise en concurrence litigieuse ;

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

Considérant qu'aux termes des dispositions de l'article L 761-1 du Code de justice administrative : « Dans toutes instances, le juge condamne la partie tenue aux dépens où, à défaut, la partie perdante, à payer à l'autre partie la somme qu'il détermine, au titre des frais exposés et non compris dans les dépens. Le juge tient compte de l'équité ou de la situation économique de la partie condamnée. Il peut, même d'office, pour des raisons tirées des mêmes considérations, dire qu'il n'y a pas lieu à cette condamnation » ;

Considérant qu'il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de condamner l'Assistance Publique-Hôpitaux de Paris à verser à la société BIOMETRICS FRANCE la somme de 1 500 euros sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

N°0808373

7

ORDONNE

Article 1er : La procédure d'appel d'offres lancée le 14 septembre 2007 par l'Assistance Publique-Hôpitaux de Paris en vue de l'attribution du marché de fourniture d'un système d'analyse cinématique, cinétique et électromyographique du mouvement, comprenant la livraison, l'installation, la mise en service et la formation du personnel, destiné à équiper l'unité médicale d'analyse et de restructuration du mouvement du Groupe Hospitalier Albert Chenevier Henri Mondor est annulée .

Article 2 : L'Assistance Publique-Hôpitaux de Paris versera à la société BIOMETRICS FRANCE la somme de 1 500 euros sur le fondement des dispositions de l'article L 761-1 du code justice administrative .

Article 3 : En application de l'article R.751-12 du code de justice administrative, copie de la décision est transmise au trésorier payeur général de la région Ile-de-France.

Article 4 : La présente ordonnance sera notifiée à la SOCIETE BIOMETRICS FRANCE et à l'Assistance Publique - Hôpitaux de Paris.

Fait à Paris, le 26 mai 2008 .

Le juge des référés,



S. Mille

Le greffier,

Signé :

M. Pyrée

La République mande et ordonne au préfet de la région Ile-de-France, préfet de Paris, 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.