

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE PARIS**

N°1105326 / 3

SOCIETE L'APPEL DU LIVRE

Mme Tastet-Susbielle
Juge des référés

Ordonnance du 7 avril 2011

39-08-015-01

54-03-05

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Le Tribunal administratif de Paris,

Le juge des référés

Vu la requête, enregistrée le 18 mars 2011, présentée pour la société L'APPEL DU LIVRE, dont le siège est 99, rue de Charonne à Paris (75011), par Me Benjamin ; la société L'APPEL DU LIVRE demande que le président du tribunal ;

- 1°) enjoigne au ministre de la justice et des libertés de différer la signature des lots n°1 et n°2 du marché de fournitures de codes et d'ouvrages divers pour l'ensemble des services judiciaires ;
- 2°) annule l'ensemble des décisions de la procédure de passation des lots n°1 et n°2 du marché de fournitures de codes et d'ouvrages divers pour l'ensemble des services judiciaires ;
- 3°) suspende la procédure de passation ;
- 4°) mette à la charge de l'Etat la somme de 5000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

La société L'APPEL DU LIVRE soutient :

Sur l'intérêt à agir :

- que la société requérante a intérêt à agir du fait que les manquements allégués sont susceptibles de l'avoir lésée ou risquent de la léser dans la suite de la procédure ; que les irrégularités tenant à la définition des besoins affectent l'objet du marché et tout le processus de sélection des candidatures et des offres ; que le contenu de l'offre dépend de la clarté et de la cohérence de l'expression des besoins, et, que toute irrégularité touchant à l'expression des besoins est susceptible

d'avoir un impact sur le contenu de l'offre ;

Sur la méconnaissance des obligations de publicité et de mise en concurrence :

- que les pouvoirs adjudicateurs sont tenus de déterminer avec précision leurs besoins ; que l'insuffisante description de l'objet du marché constitue un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence ; que le pouvoir adjudicateur doit définir avec précision l'objet du marché, ses caractéristiques et ses conditions d'exécution afin de respecter l'égalité de traitement des candidats, et que l'imprécision dans la définition des besoins empêche le pouvoir adjudicateur de pouvoir utilement comparer les mérites des différentes offres ; que la définition précise de l'objet du marché s'impose également dans le cas des marchés à bon de commande ; que les prestations précisément déterminées par le pouvoir adjudicateur sont intangibles ; que le ministre de la justice n'a pas suffisamment évalué ses besoins en matière de fournitures de codes et d'ouvrages divers pour l'ensemble de ses services judiciaires ; que le ministre de la justice n'a pas été en mesure de quantifier ses besoins et a répondu aux demandes des soumissionnaires en donnant des quantités indicatives ; que la quantité des ouvrages susceptibles d'être commandés varie en fonction des marchés préexistants dont la liste n'a pas été fournie, et, que le marché concerne la fourniture d'ouvrages auprès de quarante juridictions ; que le règlement particulier de la consultation des lots n°1 et n°2 du marché prévoyait que l'offre des soumissionnaires devaient contenir « un mémoire technique, précisant éventuellement les avantages particuliers consentis au titre des prestations », et que suite à la demande d'un soumissionnaire le ministre de la justice a précisé que les avantages particuliers étaient à l'initiative des candidats ; que les besoins de l'Etat étaient imprécis et que le ministre de la justice a manqué à ses obligations de publicité et de mise en concurrence ;

Sur l'irrégularité du choix des critères d'attribution :

- que les critères d'attribution doivent être précisément formulés afin de permettre à tous les soumissionnaires d'en apprécier la portée ; que tous les éléments pouvant avoir une incidence sur la préparation des offres doivent être communiqués aux soumissionnaires ; que la publicité d'un critère assorti d'aucune précision est insuffisante ; que les lots n°1 et n°2 du marché de fournitures de codes et d'ouvrages divers ont été attribués au regard des critères mentionnés à l'article 7 du règlement particulier de la consultation et que la valeur technique de l'offre faisait l'objet d'une pondération de 40% ; que le critère technique était composé de deux sous-critères pondérés de 20% chacun l'un tenant aux délais de livraison et l'autre aux avantages particuliers consentis au titre des prestations ; qu'il résulte des informations communiquées par le ministre de la justice que la valeur technique des offres a été analysée au regard de deux sous-critères et que ces deux sous-critères étaient décomposés en plusieurs éléments ; que différentes notes étaient attribuées en fonction des délais de livraison, ainsi que pour les avantages présentés par les soumissionnaires dans leurs mémoires techniques ; qu'en retenant ces critères d'attribution le ministre de la justice a manqué à ses obligations de publicité et de mise en concurrence ; que les délais de livraison étaient définis dans le cahier des charges valant acte d'engagement ; que la société L'APPEL DU LIVRE ignorait la prise en compte par le ministre de la justice d'un sous-critère lié « aux délais spécifiques de livraison » dans le jugement des offres ; que cet élément constitue un critère à part entière et que la société du fait de cette imprécision n'a pas été en mesure de proposer un délai spécifique ; que la société L'APPEL DU LIVRE n'a pas été en mesure de remettre une offre en adéquation avec les attentes du pouvoir adjudicateur du fait que les « avantages particuliers » n'ont pas été définis plus précisément dans les documents de la consultation ; que la société requérante a obtenu la note de zéro concernant les « autres avantages » du fait de l'imprécision de la définition des besoins de l'Etat ; que l'offre du groupe Eyrolles a été retenue, notamment, au regard de la possibilité de réaliser un tirage personnalisé dédié avec impression du logo du ministre de la justice ; qu'il s'agit d'une prestation

complémentaire non demandée par le pouvoir adjudicateur, et que cette prestation n'était pas comprise dans l'objet du marché ; qu'au surplus aucun délai spécifique n'est précisé pour la livraison des ouvrages personnalisés et que la livraison de tels ouvrages est en pratique plus longue ; que le marché ne prévoyait pas que les ouvrages personnalisés pourraient faire l'objet de négociation quant à leur prix ; que le ministre de la justice et des libertés n'a pas respecté l'égalité de traitement des candidats et que l'examen des offres a présenté un caractère discriminatoire ayant lésé le requérant ; que la société L'APPEL DU LIVRE n'a été notée que sur trente cinq points au lieu de quarante et qu'il n'existe qu'une différence de 4,65 points et de 2,98 points pour les lots n°1 et n°2 entre la société requérante et la société retenue, différence de notation ne portant que sur la partie technique de l'offre ;

Sur le caractère inacceptable de l'offre de la société Eyrolles :

- que le pouvoir adjudicateur, en admettant une offre contraire à la législation en vigueur commet un manquement aux obligations de mise en concurrence susceptible de léser une entreprise évincée ; que les offres du candidat retenu méconnaissent la loi n°81-766 du 10 août 1981 relative au prix du livre ; que cette législation impose un prix unique du livre fixé par les éditeurs pour chaque ouvrage édité ou importé ; que l'article 3-1 de la loi plafonne à 9 % la remise maximale qui peut être accordée par les détaillants à certaines personnes morales dont l'Etat ; que, cependant, les détaillants peuvent vendre des livres à prix réduits à condition que ces livres soient édités exclusivement en vue d'une diffusion hors librairie ; que, bien que la vente d'ouvrages à prix réduit puisse être autorisée sous couvert des ventes à prime si elles portent sur des livres faisant l'objet d'une édition exclusivement, pour qu'un ouvrage soit considéré comme exclusivement édité pour la vente par courtage ou par correspondance, il ne suffit pas que celui-ci ait été imprimé spécialement mais que les différences entre les deux ouvrages témoignent d'un caractère distinct ; que le groupe Eyrolles s'est engagé à réaliser un tirage personnalisé dédié avec l'impression du logo du ministre de la justice ; que seule la publication d'un ouvrage distinct par son texte et son contenu permet de se soustraire aux dispositions de la loi du 10 août 1981 ; que l'ouvrage dont il a été prévu l'impression pour bénéficier d'un tarif négocié avec l'accord de l'éditeur ne pourra être considéré comme un « ouvrage nouveau » au sens de la loi relative au prix du livre ; que le pouvoir adjudicateur a méconnu les dispositions de l'article 53 III du code des marchés publics en ne rejetant pas l'offre présentée par la société Eyrolles en ce qu'elle était inacceptable et que la mise en concurrence a été faussée au détriment de la société requérante ;

Vu le mémoire en défense, enregistré le 30 mars 2011, présenté par le ministre de la justice et des libertés , qui conclut au rejet de la requête de la société L'APPEL DU LIVRE ;

Il soutient que :

Sur la précision et la cohérence de la détermination des besoins du pouvoir adjudicateur :

- que le lien entre le manquement allégué et la lésion invoquée n'est pas établi ; que la requérante ne démontre pas en quoi le fait de ne pas avoir eu une connaissance minutieuse des quantités d'ouvrage à livrer lui aurait permis de proposer des délais plus performants et que la société n'a pas été lésée par la prétendue imprécision invoquée ; que la société requérante s'est engagée à livrer les ouvrages selon des délais précis et que le pouvoir adjudicateur avait répondu aux candidats que les commandes de l'année précédente avaient atteint le chiffre de 24.000 codes des éditions Dalloz et 11.500 codes des éditions Litec ; que ces chiffres ne comprennent pas les ouvrages autres que les codes et qu'il s'en déduit que les quantités auraient été supérieures ; que dans ces

conditions les délais proposés par la requérante auraient été les mêmes ou plus longs ; que la prétendue imprécision des besoins du pouvoir adjudicateur n'a pas été de nature à léser la requérante ; que l'égalité entre les soumissionnaires a été assurée ; que l'affirmation selon laquelle la quantité d'ouvrage sera amenée à varier en fonction des marchés préexistants résulte d'une mauvaise interprétation de l'article 1-2 du cahier des charges ; que cet article organise la transition entre les marchés existants, passés par les juridictions au niveau local, et le marché actuel, passé au plan national ; que la fourniture de la liste de ces marchés n'aurait pas apporté à la société requérante les informations pertinentes en termes de volumes d'ouvrages pour élaborer son offre ; que les seules informations pertinentes demeurent le volume indicatif des commandes passées au titre de l'année 2010 fournies lors des questions réponses ; que la société requérante se borne à affirmer que ce défaut d'information l'aurait lésée mais ne démontre pas en quoi la liste des marchés préexistants lui aurait permis de mieux estimer ses délais de livraisons et moyens humains ; que la requérante est classée quatrième s'agissant des délais de livraison ; que la clause litigieuse ne concerne que le futur attributaire du marché ;

- que le pouvoir adjudicateur a défini avec précision ses besoins ; qu'il résulte explicitement de l'article 77 du code des marchés publics que le recours aux accords cadres et marchés à bons de commande permet au pouvoir adjudicateur de passer un marché public dont les termes essentiels seront préalablement déterminés lors d'une mise en concurrence unique mais dont les quantités ne seront précisées qu'après l'attribution du marché ; que le garde des sceaux pouvait ne pas préciser les quantités du marché ; que l'objet du marché tel que défini dans les documents de consultation couvre l'ensemble des prestations qui ont vocation à être exécutées dans le cadre du présent marché à savoir la fourniture et la livraison de codes et ouvrages ; que, s'agissant de l'imprécision du sous-critère de la valeur technique des offres lié aux avantages particuliers, ce sous-critère ne concerne pas la définition du besoin mais une imprécision supposée ; que l'article 5 du code des marchés publics est inopérant à l'appui de la critique de la société ;

Sur la régularité des critères d'attributions du marché :

- que les critères et les sous-critères d'attribution doivent être clairs et intelligibles et formulés dans le cahier des charges ou dans l'avis de marché de manière à permettre à tous les soumissionnaires d'être raisonnablement informés et qu'ils puissent les interpréter de la même manière ; que le principe d'égalité appliqué aux critères d'attribution implique qu'au moment de l'évaluation des offres les critères d'attribution soient appliqués de manière objective et uniforme à tous les soumissionnaires ; que le critère en cause respecte ces principes ; que, sur le fait que l'absence de précision des délais spécifiques de livraison aurait influencé l'élaboration de l'offre de la société requérante, celle-ci ne démontre pas en quoi cette information lui aurait permis de produire une offre plus compétitive ; que le même niveau d'information a été fourni aux autres candidats ; que la valorisation tenant aux délais spécifiques n'excédait pas 2 points sur 20 et que la requérante n'a pu être lésée de ce fait ; que, dans le cas où la requérante aurait obtenu la note de maximum de 2, celle-ci se serait maintenue en quatrième position ; que, dans le cas où cette note aurait été neutralisée, la requérante serait encore classée quatrième ; que la requérante n'est pas fondée à se prévaloir de ce manquement dans la mesure où il n'a aucune influence sur son classement ; que le sous-critère tenant aux avantages particuliers n'a que partiellement lésé la requérante qui a consenti certains avantages tel que le site internet, le suivi des commandes, de reprise des ouvrages épuisés ; que la lésion alléguée s'élèverait à trois points alors que la note maximale attribuée au titre des autres avantages n'a été que de un point ; que la requérante ne démontre pas que le manquement l'a lésée ; que son classement et sa position n'aurait pas été différents que ce soit au niveau du classement par critère ou au niveau du classement final ; qu'il est inexact que le groupe Eyrolles a été retenu parce qu'il s'est engagé à réaliser un tirage personnalisé dédié avec impression du logo du ministre de la justice ; que

la requérante est incapable de démontrer que l'absence de clarté et d'intelligibilité des sous-critères aurait eu un effet discriminatoire et l'aurait lésée ;

- que l'article 53 du code des marchés publics a été respecté ; que le pouvoir adjudicateur est allé au-delà des exigences d'information des candidats sur la méthode de notation des offres dans la mesure où celui-ci a publié les critères, les sous-critères et leur pondération ainsi que l'échelle de note pour les délais de livraison et la formule de calcul de la note ; que le sous-critère « avantages particuliers » était justifié dans le cadre du marché réglementé qui est celui de la fourniture du livre ; que le prix du livre est réglementé par la loi du 10 août 1981 prévoyant que seuls les éditeurs fixent le prix de vente au public des ouvrages et que la réduction maximale qui peut être consentie au profit de l'Etat est de 9% ; que l'ensemble des candidats a obtenu la note maximale sur le critère du prix ; que les offres ont été départagées sur la seule prestation à valeur ajoutée à savoir celle de la livraison ; que ce critère ne permettant pas de départager les offres, le pouvoir adjudicateur a valorisé la capacité d'innovation et d'initiative des candidats à travers « les avantages particuliers consentis » ; que ce sous-critère a été publié dans le règlement de la consultation et coté à 20% de la note finale ; que si l'administration doit être précise dans l'énoncé de ce qu'elle attend des candidats en revanche elle ne peut faire l'offre en lieu et place des opérateurs économiques ; que la mise en œuvre de ce sous-critère ne fait apparaître aucune incohérence ou discrimination ; que l'ensemble des candidats a été noté sur des prestations communes à savoir : le site internet, le suivi des commandes, la reprise des ouvrages non utilisés, la recherche d'ouvrages épuisés ; que l'ensemble des candidats a été en mesure d'interpréter ce critère de la même manière ; que rien ne justifie de considérer les délais spécifiques comme un critère à part entière et par là même qu'il soit porté à la connaissance des candidats ; que la requalification des sous-critères en critère ne peut s'envisager qu'à l'égard des sous-critères et non à l'égard des éléments d'appréciation de ceux-ci ; que l'élément d'appréciation tenant aux délais spécifiques ne pourrait s'analyser comme un critère en soi ; que l'élément tenant aux autres délais ne représente que 2 points sur 20 du sous-critère des délais soit 2 points sur 40 de la valeur technique totale ; qu'il ne pouvait constituer qu'un élément mineur et marginal dans l'appréciation de la valeur technique de l'offre ; que ce sous-critère n'a eu aucune influence dans l'appréciation des offres ; que le « tirage personnalisé » d'ouvrages proposé par le groupe Eyrolles est une modalité d'exécution du marché et non une prestation complémentaire ou supplémentaire ; que l'objet du marché est la fourniture et la livraison de codes et ouvrages aux juridictions dont la fourniture de code avec le logo du ministère de la justice n'est qu'une modalité d'exécution ;

Sur le caractère prétendument inacceptable de l'offre :

- que le ministre de la justice s'associe par avance aux écritures que la société Eyrolles produira sur la question de l'illégalité de l'offre en ce qu'elle permettrait d'obtenir une remise supplémentaire au-delà du plafond de 9% fixé par la loi du 10 août 1981 relative au prix du livre ;

Vu le mémoire, enregistré le 30 mars 2011, présenté pour la société Groupe Eyrolles SA dont le siège social est au 61 Boulevard Saint Germain 75005 Paris, par Me de Combles de Nayves ;

Le Groupe Eyrolles demande au juge des référés :

- de rejeter l'ensemble de la requête en référé précontractuel de la société L'APPEL DU LIVRE ;
- de condamner la société L'APPEL DU LIVRE à lui verser la somme de 5000 euros au

titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Il soutient que :

Sur la prétendue méconnaissance de l'article 5 du code des marchés publics :

- que les documents de la consultation prévoyaient de manière suffisamment détaillée pour ce type de marché les prestations objets du marché, à savoir « la fourniture de codes et d'ouvrages divers pour l'ensemble des services judiciaires », comprenant la fourniture de code et ouvrages divers sous format papier ou CD-Rom, l'emballage et le conditionnement approprié et la livraison ou l'envoi sur le site ; que ce marché ne relève pas d'une complexité telle qu'il aurait appartenu au ministère d'en détailler davantage l'objet ; que la requérante disposait des capacités suffisantes pour apprécier correctement l'objet du marché ; que la requérante prétend que le pouvoir adjudicateur ne peut accepter des prestations non comprises dans le marché ; que cet argument est infondé dans la mesure où la société Eyrolles n'a pas proposé de prestations non liées à l'objet du marché et le ministère a valablement apprécié son offre conformément à l'objet du marché ; que l'ensemble des candidats a eu connaissance du volume commandé l'an passé, et, que la requérante était en mesure d'estimer les délais de livraison de manière suffisamment précise ; que la requérante, qui est titulaire de différents marchés publics de fourniture de codes et d'ouvrages aux juridictions, avait une connaissance précise du marché et pouvait en estimer la volumétrie ; que la requérante n'apporte pas la preuve que la prétendue insuffisance de l'objet du marché aurait lésé directement ou indirectement ses intérêts ; que la requérante a été en mesure de remettre une offre complète et régulière dans les délais requis ;

Sur la prétendue méconnaissance de l'article 53 du code des marchés publics :

- qu'aucune disposition du code des marchés publics ne traite de l'utilisation de sous-critères comme d'éléments d'appréciation supplémentaires lors de la sélection des offres ; que la publication des sous-critères est une exception ne s'imposant qu'en présence d'un critère déguisé ; que l'obligation de publicité des sous-critères et de leur pondération dès le lancement de la procédure est ainsi subordonnée à la requalification préalable en critères de sélection autonomes ; que l'information préalable des candidats sur l'utilisation de sous-critères et la méthode de notation n'est pas nécessairement requise dans l'avis d'appel public à la concurrence et les documents de la consultation ; que seuls les sous-critères et leurs pondérations, revêtant une certaine importance, doivent être indiqués dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation ; qu'aucune règle de la commande publique n'impose au pouvoir adjudicateur de publier préalablement les sous-critères et leur pondération lorsqu'ils ne sont pas importants, ni, a fortiori, les éléments d'appréciation des sous-critères ;

- que les vingt points affectés au sous-critère des délais de livraison ne revêtent aucunement une importance telle qu'ils puissent être considérés comme étant des critères ; que les documents de la consultation prévoyaient des délais de livraison pour la métropole, la Corse et les DOM TOM ; que la précision apportée par le ministre de la justice sur la notation du critère technique n'est en rien incompatible avec la ventilation opérée par celui-ci lors de l'appréciation des offres ; que l'élément contesté par la requérante concernant les livraisons rapides au plan local ou retardées si non disponibles en stock ressort du dossier de consultation ; qu'il est normal que, concernant le critère relatif aux délais de livraison, la rapidité de livraison soit prise en compte par le pouvoir adjudicateur ;

- que le sous-critère relatif aux avantages particuliers consentis au titre des prestations ne

revêt aucunement une importance telle qu'il pourrait être considéré que ses éléments constituaient en eux-mêmes des critères ; que tel que l'indique la terminologie du sous-critère, ces avantages devaient être consentis au titre des prestations ; que la simple ventilation ne saurait aucunement conduire à considérer que ces éléments constituaient des critères eux-mêmes ; que le ministère n'avait pas l'obligation de publier les éléments d'appréciation des deux sous-critères utilisés ; que dans la mesure où les candidats disposaient des mêmes éléments, il n'y a eu aucune rupture d'égalité entre ceux-ci ; que l'utilisation des éléments d'appréciation n'a pas constitué un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence ; que la requérante se fonde sur les motifs de choix de la société Eyrolles indiqués dans la lettre de rejet de son offre ; qu'un tel motif ne saurait permettre en soi d'entraîner l'annulation du marché ; que la lettre ne préjuge aucunement de l'ensemble des critères pris en compte par le pouvoir adjudicateur ; que le tirage personnalisé ne constitue pas une prestation complémentaire mais une modalité d'exécution du marché ; que cette proposition n'a été que peu valorisée par le ministre de la justice et n'a pas constitué un élément fondamental dans le choix de l'attributaire ;

Sur la prétendue méconnaissance des articles 35 et 53 III du code des marchés publics :

- que le référé précontractuel n'a pas pour objet de s'assurer du respect de l'ensemble de la réglementation applicable à un marché ; que la requérante ne démontre aucunement que la prétendue violation de la loi n°81-766 constituerait un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence ; que la requérante se fonde sur l'article 6 de la loi n°81-766 relative au prix du livre qui ne saurait être appliquée en l'espèce car il traite de la vente à prime uniquement, et, que la société Eyrolles n'a pas proposé un mécanisme de vente à prime mais la réalisation d'une édition spéciale ; que la vente à prime est réprimée par l'article L. 121-35 du code de la consommation ; que la vente à prime consiste à remettre, gratuitement un produit, bien ou service différent de celui qui est l'objet du contrat, sous réserve de la conclusion du contrat principal ; que la vente à prime n'est autorisée que dans les conditions prévues par l'article 6 de la loi Lang qui vise la vente de livre faisant l'objet d'édition exclusivement réservée à la vente par courtage, par abonnement ou par correspondance ; que la société Eyrolles n'a aucunement proposé au ministre de la justice des livres à titre gratuit sous réserve de la conclusion du contrat ; que le tirage personnalisé proposé permet l'édition d'un nouvel ouvrage sur lequel l'éditeur fixera lui-même le prix conformément à la réglementation ; que pour qu'une édition soit considérée comme un nouvel ouvrage au regard de la loi 81-766, elle doit se différencier distinctement de l'édition originale ; que la requérante a évoqué un arrêt de cour d'appel rendu sur le visa de l'article 4 et non de l'article 6 de la dite loi ; que la jurisprudence a eu l'occasion de préciser que les dispositions de l'article 4 et de l'article 6 sont autonomes l'une par rapport à l'autre ; que la société Eyrolles ne se limite pas à apposer le logo du ministre de la justice pour proposer un tirage personnalisé mais prévoit l'ajout ou la suppression d'une partie du contenu de l'ouvrage ; que, ce faisant, il s'agit d'une édition spéciale qui est considérée comme un nouveau produit ; que la société Eyrolles indique également que ces nouvelles éditions demeurent en tout état de cause soumises à l'accord avec l'éditeur ; qu'il ne s'agit que d'une modalité d'exécution du marché ; que les offres de la société Eyrolles sont conformes à la réglementation sur les prix des livres et sont acceptables au sens de l'article 35 du code des marchés publics ;

Vu le mémoire, enregistré le 1er avril 2011, présenté pour la société L'APPEL DULIVRE, qui conclut aux mêmes fins que la requête par les mêmes moyens :

Elle soutient en outre que :

- la requérante ne conteste pas la méthode de notation des offres ; qu'elle conteste le

manque de transparence dans l'attribution du marché litigieux ; que deux éléments auraient dû être portés à sa connaissance à savoir les délais de livraison spécifiques et les avantages particuliers consentis au titre des prestations ; que ces éléments ont constitué de véritables critères d'analyse des offres ; que les délais spécifiques de livraison ont permis au ministre de la justice et des libertés d'apprécier les livraisons au plan local ou retardées si non disponibles en stock ; que la requérante n'aurait pu déduire les sous-critères à partir des documents de la consultation, et, que le défendeur avait défini les délais de livraison à l'article 3-2 du cahier des charges ; que ces délais spécifiques n'étaient pas indiqués dans les documents de la consultation ; que le ministre de la justice minimise cette absence d'information au regard de l'importance des autres sous-critères d'appréciation des offres ; que la jurisprudence tant communautaire qu'interne ne font pas de distinction selon l'importance du critère en cause ; que la requérante a été notée sur le sous-critère relatif aux délais de livraison sur dix huit points au lieu de vingt points ;

- que le pouvoir adjudicateur ne peut, sans méconnaître ses obligations de publicité et de mise en concurrence apprécier les offres des candidats en fonction de prestations complémentaires ne faisant l'objet d'aucune définition précise même si le sous-critère correspondant à la prestation complémentaire n'occupe pas une place prépondérante dans le jugement de l'offre ; que l'argument du défendeur selon lequel le fait que les candidats ne connaissent pas les éléments d'appréciation du sous-critère « avantages particuliers consentis au titre des prestations » n'emporte pas rupture d'égalité entre les candidats méconnaît les principes essentiels de la commande publique ; que le défendeur était tenu de porter à la connaissance des candidats les avantages complémentaires qui étaient attendus dès lors que ces avantages ne découlaient pas implicitement des documents de la consultation ; qu'il ressort du rapport d'analyse des offres que le ministre de la justice s'est réservé la possibilité d'attribuer trois points de façon discrétionnaire au titre des autres avantages ; que la société requérante a été lésée et que son offre a été notée sur dix sept points au lieu de vingt points ;

- que l'égalité de traitement des candidats a été méconnue lors du jugement des offres ; qu'il ressort du rapport de présentation que le ministre de la justice et des libertés a attribué 0,5 points à la société Eyrolles pour avoir proposé la fourniture d'un tirage personnalisé ; que le pouvoir adjudicateur ne pouvait retenir une offre présentant une prestation non prévue au marché sous peine de fausser la mise en concurrence ; que le tirage spécial proposé par la société Eyrolles ne constitue pas une simple modalité d'exécution du marché ; que ledit tirage s'apparente à un ouvrage distinct de celui commercialisé afin de pouvoir bénéficier des dispositions définies à l'article 6 de la loi n° 81-766 ; que l'ouvrage ainsi proposé n'est plus de ceux prévus au marché litigieux, c'est-à-dire un ouvrage commercialisé ; que le pouvoir adjudicateur ne pouvait retenir une telle proposition à moins qu'il ne l'ait expressément prévue au marché ;

- que le ministre de la justice n'a pas défini précisément ses besoins et n'a pas été en mesure d'expliquer les conditions d'application du critère relatif aux délais de livraison ; que le défendeur ne peut prétendre que le marché en cause est un marché à bon de commande et qu'il n'a aucune obligation de déterminer ses besoins ; que les quantités indicatives précisées en cours de procédure ne sont pas réalistes et ne tiennent pas compte des ouvrages autres que les codes ; que l'étendue des besoins n'a pas été précisément définie ; qu'il ressort pourtant du rapport de présentation du ministre de la justice que celui-ci avait une idée très précise de ses besoins ; que les soumissionnaires n'ont pas pu s'engager sur les délais de livraison correspondant aux exigences du marché ; que l'offre du candidat retenu a présenté des délais moyens de livraison alors que les documents de la consultation imposaient un délai en jours calendaires ; qu'une offre ne respectant pas les exigences présentées dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation est irrégulière ; que l'offre de la société Eyrolles aurait dû être éliminée en raison de son irrégularité ; que les offres n'ont pas été appréciées de manière objective et uniforme pour tous les

soumissionnaires ;

Vu la décision en date du 1^{er} avril 2011 par laquelle le président du tribunal a désigné Mme Tastet-Susbielle comme juge des référés ;

Vu les pièces jointes à la requête ;

Vu la loi n°81-766 du 10 août 1981 relative au prix du livre ;

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 1^{er} avril 2011 à 14h30 :

- les observations de Me Buchet pour la SOCIETE L'APPEL DU LIVRE, qui conclut aux mêmes fins que la requête par les mêmes moyens ;
- les observations de M. Gracia pour le ministre de la justice et des libertés, qui maintient ses conclusions ;
- les observations de Me Billery, pour le Groupe Eyrolles, qui conclut comme précédemment ;

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

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. 551-3 : « Le président du tribunal administratif ou son délégué statue en premier et dernier ressort en la forme des référés. » ; 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. Dans le cas des demandes présentées avant la conclusion de contrats mentionnés au premier alinéa de l'article L. 551-15, le juge ne peut statuer avant le onzième jour à compter de la publication de l'intention de conclure le contrat. » ; 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 qu'il résulte de l'instruction que, par un avis de marché publié au Journal Officiel de l'Union européenne le 27 octobre 2010 et au Bulletin Officiel des annonces des marchés publics le 28 octobre 2010, le ministre de la justice et des libertés a lancé une consultation pour l'attribution d'un marché de « fourniture de codes et d'ouvrages divers pour l'ensemble des services judiciaires » sous forme de marché à bon de commande en application de l'article 77 du code des marchés publics, d'une durée de trente-six mois et sans minimum ni maximum ; que la consultation a été organisée en application des dispositions des articles 57 à 59 du code des marchés publics relatifs à l'appel d'offres ouvert ; que le marché était divisé en deux lots correspondant à la fourniture de codes et d'ouvrages divers pour l'ensemble des services aux éditions Dalloz pour le lot n°1 et aux éditions Lexis Nexis pour le lot n°2 ; que les prestations comprenaient, pour les deux lots, la fourniture des codes et ouvrages divers sous format papier et CD-Rom, leur emballage et conditionnement, ainsi que la livraison ou l'envoi sur le site ; que la date limite de réception des offres était fixée au 2 décembre 2010 ; que huit sociétés se sont portées candidates pour le lot n° 1 et sept sociétés pour le lot n° 2 ; que l'offre de la société L'APPEL DU LIVRE pour les lots n° 1 et n° 2 a été rejetée le 7 mars 2011 par le ministre de la justice, au motif qu'elle avait été classée en troisième position pour le lot n°1 et en quatrième position pour le lot n°2 ; que, par la présente requête, la société L'APPEL DU LIVRE demande au juge du référé précontractuel d'enjoindre au ministre de la justice et des libertés de différer la signature des lots n°1 et n°2 du marché, d'annuler l'ensemble des décisions de la procédure de passation des lots n°1 et n°2 du marché, et de suspendre définitivement la procédure de passation ;

Sur les conclusions aux fins de suspension de la signature du marché :

Considérant qu'aux termes de l'article L. 551-9 du code de justice administrative, applicables aux contrats pour lesquels une consultation est engagée à partir du 1er décembre 2009 : "Le contrat ne peut être signé à compter de la saisine du tribunal administratif et jusqu'à la notification à l'entité adjudicatrice de la décision juridictionnelle." ; que la procédure de passation du marché litigieux a été

lancée le 27 octobre 2010 ; que la conclusion du contrat étant suspendue de plein droit en vertu des dispositions législatives précitées, les conclusions tendant à ce qu'il soit ordonné au ministre du travail de différer la signature du marché litigieux sont dès lors dépourvues d'objet et donc irrecevables ;

Sur les conclusions aux fins d'annulation :

Sur le moyen tiré de la méconnaissance des dispositions de l'article 53 du code des marchés publics et sans qu'il soit besoin de se prononcer sur les autres moyens de la requête :

Considérant qu'aux termes de l'article 53 du code des marchés publics : « I. Pour attribuer le marché au candidat qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, le pouvoir adjudicateur se fonde : /1°) Soit sur une pluralité de critères non discriminatoires et liés à l'objet du marché, notamment la qualité, le prix, la valeur technique, le caractère esthétique et fonctionnel, les performances en matière de protection de l'environnement, les performances en matière d'insertion professionnelle des publics en difficulté, le coût global d'utilisation, la rentabilité, le caractère innovant, le service après-vente et l'assistance technique, la date de livraison, le délai de livraison ou d'exécution. D'autres critères peuvent être pris en compte s'ils sont justifiés par l'objet du marché (...) / II. Pour les marchés passés selon une procédure formalisée autre que le concours et lorsque plusieurs critères sont prévus, le pouvoir adjudicateur précise leur pondération (...) / Les critères ainsi que leur pondération ou leur hiérarchisation sont indiqués dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation (...) » ;

Considérant que, pour assurer le respect des principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, l'information appropriée des candidats sur les critères d'attribution d'un marché public est nécessaire, dès l'engagement de la procédure d'attribution du marché, dans l'avis d'appel public à concurrence ou le cahier des charges tenu à la disposition des candidats ; que dans le cas où le pouvoir adjudicateur souhaite retenir d'autres critères que celui du prix, l'information appropriée des candidats doit alors porter également sur les conditions de mise en œuvre de ces critères ; qu'il appartient au pouvoir adjudicateur d'indiquer les critères d'attribution du marché et les conditions de leur mise en œuvre selon les modalités appropriées à l'objet, aux caractéristiques et au montant du marché concerné ; que si le pouvoir adjudicateur décide, pour mettre en œuvre ces critères de sélection des offres, de faire usage de sous-critères également pondérés ou hiérarchisés, il doit porter à la connaissance des candidats la pondération ou la hiérarchisation de ces sous-critères dès lors que, eu égard à leur nature et à l'importance de cette pondération ou hiérarchisation, ils sont susceptibles d'exercer une influence sur la présentation des offres par les candidats ainsi que sur leur sélection et doivent en conséquence être eux-mêmes regardés comme des critères de sélection ;

Considérant qu'aux termes de l'article 7 du règlement particulier de la consultation du marché litigieux le marché devait être attribué au soumissionnaire présentant l'offre économiquement la plus avantageuse au regard des deux critères d'attribution ci-après : « 1. La valeur financière de l'offre : 60 % => les taux de remise consentis pour la fourniture des codes et des ouvrages divers sur le tarif public : 60%. 2. La valeur technique de l'offre : 40% => les délais de livraison des codes et des ouvrages divers : 20% . => les avantages particuliers consentis au titre des prestations : 20%.

Considérant, en premier lieu, qu'il résulte de l'instruction que le taux maximum de remise

autorisé par la loi susvisée n°81-766 du 10 août 1981 relative au prix du livre étant de 9%, toutes les offres proposant cette remise, en l'espèce la majorité des candidats, dont la société requérante, ont obtenu la note de 60 au critère du prix ;

Considérant, en deuxième lieu, qu'en ce qui concerne le premier sous-critère du critère de la valeur technique, « les délais de livraison », il résulte de l'instruction qu'en réponse à une demande de précision sur « l'échelle de notation associée au délai de livraison, fixée à 20% » la direction des services judiciaires a indiqué sur le document « questions-réponses » du 15 novembre 2010 que « l'offre comportant le délai le plus performant obtiendra 20 points », mais n'a donné aucune précision sur les éléments composant ce sous-critère ; qu'il ressort du rapport d'analyse des offres produit par le ministre de la justice que la répartition des 20 points de ce sous-critère a été effectuée sur les éléments suivants : Métropole : 12 points, Corse : 2 points, Outremer : 4 points, et Autres délais spécifiques : 2 points attribués en fonction de la proposition formulée (livraisons rapides au plan local où retardées si non disponibles en stock) ;

Considérant, en troisième lieu, qu'en ce qui concerne le second sous-critère de la valeur technique « avantages particuliers consentis au titre des prestations », il résulte de l'instruction qu'en réponse à une demande de précision sur ce sous-critère, la direction des services judiciaires a indiqué dans le même document « questions-réponses » que « les avantages particuliers sont à l'initiative des candidats (exemple : reprise des exemplaires non utilisés dans un certain délai ou autre...) » ; qu'il ressort du rapport d'analyse des offres que la répartition des 20 points de ce sous-critère s'est effectuée de la façon suivante : site Internet : 5 points, suivi des commandes sur Internet en temps réel : 5 points, reprise d'ouvrages non utilisés dans le délai indiqué : 5 points, recherche d'ouvrages épuisés : 2 points, autres avantages : 3 points ;

Considérant, d'une part, qu'il résulte de ce qui précède que les deux sous-critères de la valeur technique de l'offre « délais de livraison » et « avantages particuliers » n'ont fait l'objet d'aucune définition ni d'aucune précision sur leur mise en œuvre et leur pondération par le règlement particulier de la consultation ni par aucune autre pièce du dossier de passation du marché ; qu'un tel manquement aux règles de publicité et de mise en concurrence a eu nécessairement une incidence au stade de la préparation des offres par les candidats ; que le ministre de la justice ne saurait se prévaloir de ce que l'article 5-2 du règlement particulier de la consultation précisait que l'offre devait indiquer les délais de livraison selon les modalités prévues par l'article 3-2 de l'acte d'engagement, cet article précisant que les délais de livraison des codes et des ouvrages sont exprimés en jours calendaires suivant trois destinations : la métropole, la Corse et l'outremer, dès lors qu'il résulte de l'instruction que la société requérante a formulé sa proposition de délai des lots n°1 et n°2 du marché en jours calendaires et sur ces trois destinations, alors que la société Eyrolles a formulé son offre quant aux délais en durée moyenne (hors samedi et dimanche) pour le nord de la France, pour le Sud de la France, pour la Corse, pour l'outremer, et en distinguant les ouvrages disponibles en stock des ouvrages non disponibles ; qu'ainsi, en ne précisant pas ses attentes en matière de délais de livraison, le ministre de la justice n'a pas permis aux candidats de présenter des offres présentant entre elles une homogénéité suffisante pour que leur comparaison soit possible faute pour eux de connaître les éléments composant ce sous-critère lors de la préparation de leur offre ; qu'en ce qui concerne le sous-critère « avantages particuliers », le ministre de la justice ne saurait utilement soutenir que la plupart des candidats ont présenté des propositions identiques, affirmation au demeurant contestée par la société requérante qui soutient que certaines d'entre elles n'ont pas été prises en compte, dès lors qu'en se bornant à indiquer que ce sous-critère serait défini par les propositions des candidats, il a introduit une incertitude sur les éléments sur lesquels les offres seraient appréciées, ne mettant pas à même les candidats de préparer leur offre en toute connaissance de cause ;

Considérant, d'autre part, qu'il est constant que le ministre de la justice a procédé à une appréciation de la valeur technique des offres sur la base d'éléments de jugement non préalablement définis et auxquels il a en outre donné des pondérations variables qui n'avaient pas été annoncées dans les pièces du marché ; qu'en donnant une place substantielle au critère de la valeur technique sans porter à la connaissance des candidats les éléments d'appréciation des sous-critères, ni les pondérations dont il les a affectés, le pouvoir adjudicateur s'est attribué une liberté de choix discrétionnaire ; que, compte-tenu de la nature de ces éléments ainsi mis en œuvre, qui revêtaient une importance leur conférant le caractère de véritables critères de sélection, et de leur poids respectif, le pouvoir adjudicateur aurait dû porter à la connaissance des candidats ladite pondération, dès lors qu'elle était susceptible d'exercer une influence sur la présentation des offres par les candidats ainsi que sur leur sélection ; qu'ainsi le ministre de la justice ne peut être regardé comme ayant organisé un examen des offres garantissant l'égalité de traitement des candidats et la transparence de la procédure ; que cette insuffisance constitue un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence qui lui incombait et entache d'illégalité la procédure de passation du marché ;

Sur l'intérêt lésé :

Considérant que, dans les circonstances de l'espèce, eu égard à la portée des irrégularités constatées et au stade de la procédure auquel elles se rapportent, les manquements invoqués sont susceptibles d'avoir lésé la société L'APPEL DU LIVRE, fût-ce indirectement en favorisant des entreprises concurrentes ; que, par suite, le ministre de la justice et la société Eyrolles ne sauraient utilement soutenir que la société L'APPEL DU LIVRE ne peut avoir été lésée du fait que, son offre étant classée en troisième et quatrième position, elle n'a aucune chance, quelle que soit sa note technique, de remporter un lot du marché ;

Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède qu'il y a lieu d'annuler l'ensemble de la procédure de passation des lots n° 1 et n° 2 du marché de fournitures de codes et d'ouvrages divers pour l'ensemble des services judiciaires, ainsi que toutes les décisions qui s'y rapportent ;

Sur les conclusions tendant à l'application des dispositions 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 la société L'APPEL DU LIVRE, qui n'est pas la partie perdante dans la présente instance, la somme que la société Eyrolles demande au titre des frais exposés par elle et non compris dans les dépens ;

Considérant qu'il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de l'Etat la somme de 1500 euros au titre des mêmes dispositions ;

ORDONNE

Article 1^{er} : L'ensemble de la procédure de passation des lots n° 1 et n° 2 du marché de fournitures de codes et d'ouvrages divers pour l'ensemble des services judiciaires, ainsi que toutes les décisions qui s'y rapportent sont annulés.

Article 2 : L'Etat versera la somme de 1500 euros à la société L'APPEL DU LIVRE au titre de l'article L.761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : La présente ordonnance sera notifiée à la société L'APPEL DU LIVRE, au garde des sceaux, ministre de la justice et des libertés et au groupe Eyrolles SA.

Fait à Paris, le 7 avril 2011.

Le juge des référés,



F. TASTET SUSBIELLE

Le greffier,



I. GUTIERREZ

La République mande et ordonne au ministre de la justice et des libertés 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.