

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF  
DE PARIS**

**N°0916859**

Sociétés GEPSA  
et COMPASS GROUP FRANCE

M. Mendras  
Juge des référés

Ordonnance du 9 novembre 2009

**RÉPUBLIQUE FRANÇAISE**

**AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS**

Le Tribunal administratif de Paris,

Le juge des référés

Vu la requête, enregistrée le 22 octobre 2009, présentée pour la société GEPSA, dont le siège est 8-10 rue Henri Sainte-Claire Deville à Rueil Malmaison (92500), et pour la société COMPASS GROUP FRANCE, dont le siège est 200 avenue de Paris à Chatillon (92320), par Me Mazel (SCP Gide-Loyrette-Nouel) ; la société GEPSA et la société COMPASS GROUP FRANCE demandent au juge des référés statuant sur le fondement des dispositions de l'article L. 551-1 du code de justice administrative ;

1/ d'enjoindre à l'Etat de produire les documents d'analyse des offres financières au titre du critère « prix des prestations », remises par les candidats dans le cadre de la procédure engagée en 2009 par le ministère de la justice pour la passation d'un marché de fourniture de services nécessaires au fonctionnement courant de 46 établissements pénitentiaires, désignée consultation MGD-04 ;

2/ d'annuler la procédure de passation du marché en tant qu'elle comporte une analyse irrégulière des offres financières ;

3/ d'enjoindre à l'Etat de procéder à une nouvelle analyse des offres financières toutes taxes comprises en application du critère de choix relatif au « prix des prestations » figurant dans le règlement de la consultation ;

Elles soutiennent qu'aucun document du dossier de consultation ne précisait que les prix comparés au titre du critère « prix des prestations » seraient les prix hors taxes ; que le cahier des clauses administratives générales fournitures courantes et services prévoit que le prix du marché est réputé comprendre toutes les charges fiscales frappant obligatoirement la prestation et que c'est au regard des prix toutes taxes comprises que l'administration pénitentiaire a toujours apprécié les offres des candidats dans les marchés précédents ; qu'à la date de remise des offres le 29 juillet 2009 il n'était pas possible de savoir si les services de restauration aux détenus relevaient du taux normal de 19,6% ou du taux réduit de 5,5 % ; que certains candidats ont retenu le taux réduit, d'autres le taux normal ; que le groupe dont la société GEPSA était mandataire a fait le choix d'une application du taux réduit ; qu'elle a ainsi pris le risque au cas où ce ne serait pas le taux applicable de subir une perte de 14,1% sur la rémunération du marché par rapport aux autres concurrents alors qu'elle a par ailleurs, compte tenu de son savoir faire en matière de restauration collective, privilégié l'objectif de la qualité sur celui de l'optimisation financière ; que le choix fait par l'administration de comparer

les offres au regard des prix hors taxe proposés par les candidats l'a en conséquence défavorisé de même qu'il a lésé l'administration qui a attribué le marché à un candidat qui n'avait pas fait l'offre la plus compétitive ;

Vu, enregistré le 3 novembre 2009, le mémoire en défense présenté pour le ministre de la justice et des libertés par Me Letellier (Selarl Symchowicz-Weissberg) ; le ministre conclut au rejet de la requête et à la condamnation de la société GEPSA à lui verser la somme de 10 000 euros au titre de l'article L. 761-1 au titre du code de justice administrative ;

Il soutient que l'incertitude quant au taux de TVA applicable aux services de restauration a été conduit à procéder à une analyse hors taxe des offres des candidats ; que le moyen présenté par la société requérante est irrecevable s'agissant des lots n°1 à n° 7 dès lors qu'une appréciation des offres faite toutes taxes comprises n'aurait pour effet que de modifier l'attribution du lot n° 8 à la société GEPSA ; que par ailleurs le moyen n'est pas fondé dès lors que la TVA n'est pas un élément de l'engagement financier brut des opérateurs économiques au moment du dépôt de leurs offres mais tout au plus un élément qui grèvera le prix proposé lors de l'émission des factures, au cours de l'exécution du contrat ; que le code des marchés publics notamment lorsqu'il s'agit des seuils de mise en concurrence se réfère à des coûts hors taxe ; que tous les prix des actes d'engagement étaient mentionnés hors taxes ; que cette analyse hors taxes s'imposait d'autant plus qu'elle constituait le seul moyen de comparer objectivement les offres compte tenu de l'incertitude résultant des modifications fiscales introduites par la loi du 22 juillet 2009 ; que toute autre modalité d'analyse aurait d'ailleurs été irrégulière ; que contrairement à ce que soutiennent les sociétés requérantes elles ne pouvaient prendre d'engagement financier sur l'application d'un taux de TVA, lequel est fixé par la loi ; qu'aucun document de la procédure de consultation ne faisait état de ce que les offres seraient appréciées toutes taxes comprises ; que le fait que les anciens marchés MDG auraient fait l'objet d'une analyse toutes taxes comprises est inopérant ;

Vu, enregistré le 3 novembre 2009, le mémoire présenté pour la société IDEX ENERGIES par Me Cabanes ; la société IDEX ENERGIES conclut au rejet de la requête et à la condamnation des sociétés requérantes à lui verser solidairement la somme de 3000 euros ;

Elle soutient qu'aucune disposition législative ou réglementaire n'impose à l'acheteur public de comparer les offres financières sur la base des prix toutes taxes comprises ; que lorsque le taux est différent à l'époque du fait générateur de celui en vigueur à la date de signature du marché, les prix de règlement tiennent compte de cette variation ainsi que le prévoient expressément les clauses de certains cahiers des clauses administratives générales ; qu'une analyse des offres hors taxes s'imposait d'autant plus qu'un doute subsistait sur le taux de TVA applicable en ce qui concerne les services de restauration ; qu'il n'appartenait pas au pouvoir adjudicateur de tenir compte et de valoriser le soi-disant risque commercial pris par la société GEPSA en s'engageant sur un taux réduit de TVA ; qu'aucun document de la consultation ne mentionne que les prix comparés au titre du critère « prix des prestations » seraient les prix toutes taxes comprises ; que le moyen tiré de ce que l'administration aurait méconnu les dispositions du règlement de la consultation en analysant les offres au regard d'un prétendu critère additionnel doit être écarté ; que les sociétés requérantes ne pouvaient faire le choix d'assumer le risque d'un taux de TVA dès lors que celui-ci est fixé par la loi fiscale ; que l'administration n'avait pas d'autre choix afin d'assurer le respect des dispositions de la loi fiscale et le principe d'égalité de traitement des candidats que de comparer les offres financières sur la base de montants hors taxes ;

Vu, enregistré le 5 novembre 2009, le mémoire présenté pour la société SIGES par Me Molas ; la société SIGES conclut au rejet de la requête et à la condamnation solidaire des sociétés requérantes à lui verser la somme de 5000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Elle soutient que les requérantes ne peuvent se prévaloir d'aucune règle selon laquelle les offres doivent s'apprécier toutes taxes comprises ; que du point de vue de l'Etat il est indifférent de décaisser un montant de TVA plus important en retenant l'offre d'un candidat plutôt que celle d'un autre alors, en revanche, qu'il a intérêt à retenir celle qui est la plus avantageuse appréciée hors taxe ; que les sociétés requérantes ne sauraient sérieusement soutenir qu'elles auraient diminué leurs prix hors taxe pour maintenir leur offre toutes taxes comprises si le taux réduit sur la base duquel elles ont préparé leurs propositions n'avait pas été retenu ; qu'en présence d'une incertitude sur le taux de TVA applicable aux activités de restauration et sachant qu'en toute hypothèse les différents candidats une fois cette incertitude levée, devraient appliquer le même taux, le seul moyen pour l'administration de comparer les offres utilement pour elle et sans rompre le principe d'égalité entre concurrents, consistait à ne prendre en considération que les montants hors taxes ;

Vu, enregistré le 5 novembre 2009, le mémoire en réplique présenté pour les sociétés GEPSA et COMPASS GROUPE FRANCE par lequel elles demandent au juge des référés :

-d'annuler la décision du directeur de l'administration pénitentiaire du 6 octobre 2009 rejetant leur offre et de suspendre la procédure ;

-d'enjoindre à l'administration de reprendre la procédure au stade de l'analyse des offres financières sur tout ou partie des lots du marché public qu'il jugera pertinent, afin d'appliquer le critère du « prix des prestations » au regard des offres toutes taxes comprises, et d'établir en conséquence le classement des offres à titre principal conformément au tableau produit par le ministère de la justice dans son mémoire en défense, ou à défaut, et à titre subsidiaire, en appliquant aux offres des candidats le taux identique de 5,5 % ;

Elles soutiennent que l'administration a modifié après la remise des offres les conditions d'application des critères de jugement par rapport à ce que prévoyait le règlement de la consultation ; que la règle suivant laquelle « le montant du marché » correspondait au prix toutes taxes comprises était dictée par l'article 3 de l'acte d'engagement, auquel se réfère tant l'article 5.1 du règlement de la consultation que son annexe 3, ainsi que par l'annexe 1 à ce même acte d'engagement, qui font état d'un « montant total toutes taxes comprises » et d'un total hors taxes ; qu'en outre la ligne du tableau figurant à l'annexe 1 à l'acte d'engagement faisant apparaître ce « montant total toutes taxes comprises » est la seule à figurer en jaune ; que cette règle ressort par ailleurs tant des informations communiquées par l'administration pénitentiaire, notamment la réponse qu'elle a faite à la question n°310 sur le calcul de l'indemnisation de résiliation sans faute prévue à l'article 24.4 du cahier des clauses administratives particulières ou encore son courrier du 12 août 2009 par lequel elle a demandé à la société GEPSA de justifier du recours au taux réduit de TVA, que des éléments figurant lui-même dans le marché, notamment le cahier des clauses administratives générales fournitures courantes et services qui prévoit que le prix est réputé comprendre toutes les charges fiscales, parafiscales ou autres frappant obligatoirement la prestation ; que cette règle était confirmée par les pratiques adoptées par l'administration pénitentiaire lors de la passation de précédents marchés ; que contrairement à ce que soutient le ministère de la justice la solution retenue consistant sans en avertir les candidats à modifier d'office la règle d'analyse des offres financières et à ajuster au stade de la mise au point du marché les offres des candidats ayant retenu un taux erroné, ne permettait pas d'assurer la comparabilité des offres et l'égalité des candidats ; que face aux incertitudes auxquelles étaient confrontés les candidats le ministère aurait pu procéder à l'appréciation du critère sur la base des offres toutes taxes comprises ou encore procéder à son

application en retenant le taux réduit ;

Vu la décision en date du 1<sup>er</sup> octobre 2009 par laquelle le président du tribunal a désigné M. Mendras comme juge des référés ;

Vu les pièces jointes à la requête ;

Vu le code de justice administrative ;

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

Après avoir entendu au cours de l'audience publique du 5 novembre 2009 à 14 heures :

- le rapport de M. Mendras , juge des référés ;
- les observations de Me Mazel et de Me Goulard pour les sociétés GEPSA et COMPASS GROUPE France, qui reprennent l'argumentation développée dans leurs écritures ;
- les observations de Me Letellier pour le ministre de la justice et de libertés, qui reprend l'argumentation développée dans ses écritures ;
- les observations de Me Molas pour la société SIGES, qui reprend l'argumentation développée dans ses écritures ;
- les observations de Me Cabanes pour la société IDEX ENERGIES, qui reprend l'argumentation développée dans ses écritures ;

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 et des conventions de délégation de service public. ... Les personnes habilitées à agir sont celles qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par ce manquement, ainsi que le représentant de l'Etat dans le département dans le cas où le contrat est conclu ou doit être conclu par une collectivité territoriale ou un établissement public local.... Le président du tribunal administratif peut être saisi avant la conclusion du contrat. Il peut ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations et suspendre la passation du contrat ou l'exécution de toute décision qui s'y rapporte. Il peut également annuler ces décisions et supprimer les clauses ou prescriptions destinées à figurer dans le contrat et qui méconnaissent lesdites obligations. Dès qu'il est saisi, il peut enjoindre de différer la signature du contrat jusqu'au terme de la procédure et pour une durée maximum de vingt jours. ... Sauf si la demande porte sur des marchés ou contrats passés par l'Etat, elle peut également être présentée par celui-ci lorsque la Commission des communautés européennes lui a notifié les raisons pour lesquelles elle estime qu'une violation claire et manifeste des obligations de publicité et de mise en concurrence d'origine communautaire ou résultant de l'accord sur l'Espace économique européen, a été commise. ... Le président du tribunal administratif ou son délégué statue en premier et dernier ressort en la forme des référés » ;

Considérant que par un avis en date du 16 janvier 2009 publié au JOCE du 20 janvier 2009, le ministère de la justice a lancé une consultation en vue de la passation, selon la procédure d'appel d'offres restreint prévue par les articles 60 à 64 du code des marchés publics, d'un marché de

prestations de services pour le fonctionnement courant de 46 établissements pénitentiaires, répartis sur 52 sites, comprenant 8 lots géographiques ; que la date de remise des offres était fixée au 29 juillet 2009 ; que le règlement de la consultation prévoyait en son article 5 que la sélection des offres se ferait sur la base d'un critère « prix des prestations » pondéré à hauteur de 40 %, et d'un critère « valeur technique de l'offre », pondéré à hauteur de 60 % ; que les prestations devant être assurées comprenaient divers services aux personnes, dont notamment des services de restauration collective pour les détenus et les personnels ainsi que des services de cantine, pour lesquels les candidats ont été confrontés à la difficulté de déterminer s'ils relevaient du champ d'application de l'article 22 de la loi n° 2009-888 du 22 juillet 2009 de développement et de modernisation des services touristiques, soumettant au taux réduit de TVA de 5,5 % les ventes à consommer sur place ; que les quatre opérateurs admis à concourir ont, de fait, présenté des offres en retenant des taux de TVA différents qui ont conduit le ministère de la justice à saisir la direction générale des finances publiques du ministère de l'économie, des finances et de l'emploi des conditions d'application de la TVA aux prestations prévues par le marché, laquelle lui a répondu le 8 septembre 2009 en confirmant l'application du taux réduit à la plupart des services en cause ; que le ministère de la justice qui a procédé à une appréciation des offres au regard du critère « prix des prestations » sur la base des montants hors taxes proposés par les candidats, a attribué les lots n° 1, n° 3, n° 4, n° 5 et n° 6 à la société SIGES et les lots n° 7 et n° 8 au groupement composé des sociétés IDEX ENERGIES et AVENANCE ; que le groupement constitué par les sociétés GEPESA et COMPASS GROUPE FRANCE qui n'a été désigné attributaire que du lot n° 2, demande au juge des référés d'annuler la décision du directeur de l'administration pénitentiaire du 6 octobre 2009 rejetant son offre pour les autres lots et d'enjoindre au ministère de procéder à une nouvelle analyse des offres financières remises par les candidats ; qu'elle soutient que le pouvoir adjudicateur en procédant à une appréciation hors taxes du critère « prix des prestations » a modifié en cours de procédure les critères de sélection des offres et que ce choix l'a défavorisé ; qu'elle demande à ce qu'il soit procédé à un nouveau classement des offres sur la base d'une analyse toutes taxes comprises des montants proposés ;

Considérant, en premier lieu, que les sociétés requérantes, ainsi qu'elles en conviennent, ne peuvent se prévaloir d'aucune disposition législative ou réglementaire faisant obligation au pouvoir adjudicateur d'apprécier les offres toutes taxes comprises ; que l'article 5.1 du règlement de la consultation se borne à énoncer que le « prix des prestations » sera apprécié au regard du montant du marché et du coût des dégradations calculé sur la base des prix renseignés dans le cadre du bordereau de prix unitaire (BPU) annexé à l'acte d'engagement et que les modalités de choix de l'offre économiquement la plus avantageuse sont précisées dans le cadre de la grille d'analyse des offres figurant dans l'annexe 2 au règlement de la consultation ; que si les sociétés requérantes font valoir que l'article 3 de l'acte d'engagement ainsi que son annexe 1 comportent des rubriques décomposant le prix du marché en un montant hors taxe et un montant toutes taxes comprises et qu'en outre la ligne du tableau figurant à l'annexe 1 à l'acte d'engagement faisant apparaître ce « montant total toutes taxes comprises » est la seule à figurer en jaune, il ne résulte pas de cette présentation formelle des documents annexés au règlement de la consultation, ni d'ailleurs des courriers échangés par l'administration pénitentiaire avec les candidats au cours de la procédure de consultation, que le dit règlement imposait à l'administration de procéder à une appréciation des offres toutes taxes comprises ;

Considérant, en second lieu, que si les sociétés GEPESA et COMPASS GROUPE FRANCE soutiennent que, dans le cadre de la préparation de leur offre, elles ont délibérément opté pour un taux réduit de TVA en assumant le risque d'une perte de rémunération au cas où ce taux se serait révélé erroné, elles n'établissent cependant pas qu'elles auraient nécessairement diminué le montant hors taxe de leur offre en maintenant au même niveau son montant toutes taxes comprises si elles

avaient adopté l'hypothèse, retenue par d'autres candidats, et qui était encore plausible à la date de remise des offres, que l'ensemble des prestations du marché serait soumis au taux de 19,6 % ; que par suite elles ne justifient pas qu'elles ont été lésées dans la sélection des offres par l'incertitude sur le taux de TVA applicable à certaines des prestations faisant l'objet du marché ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que la requête des sociétés GEPSA et COMPASS GROUPE FRANCE doit être rejetée ;

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

Considérant qu'il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de condamner la société GEPSA à verser à l'Etat (ministère de la justice) la somme de 3000 euros ainsi que de condamner solidairement les sociétés GEPSA et COMPASS GROUPE FRANCE à verser à la société SIGES ainsi qu'à la société IDEX ENERGIES la somme de 2000 euros ;

ORDONNE

Article 1er : La requête des sociétés GEPSA et COMPASS GROUPE FRANCE est rejetée.

Article 2 : La société GEPSA versera à l'Etat (ministère de la justice) la somme de 3000 euros au titre de l'article L 761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : les sociétés GEPSA et COMPASS GROUPE FRANCE sont solidairement condamnées à verser à la société SIGES ainsi qu'à la société IDEX ENERGIES la somme de 2000 euros au titre de l'article L 761-1 du code de justice administrative.

Article 4 : La présente ordonnance sera notifiée à la société GEPSA, à la société COMPASS GROUP FRANCE, au garde des sceaux, ministre de la justice et des libertés, à la société IDEX ENERGIES, à la société SIGES et aux sociétés Véolia Environnement et Véolia Environnement Industries.

Fait à Paris, le 9 novembre 2009

Le juge des référés,

A. Mendrás

le greffier,

L. Thomas

La République mande et ordonne au garde des sceaux, ministre de la justice et des libertés 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