

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF  
DE PARIS**

**N°0913821/3-5**

Société MTOP SA

M. Mendras  
Juge des référés

Ordonnance du 9 septembre 2009

**RÉPUBLIQUE FRANÇAISE**

**AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS**

Le Tribunal administratif de Paris,

Le juge des référés

Vu la requête, enregistrée le 21 août 2009, présentée pour la société MTOP SA, dont le siège est situé 48 rue du Faubourg du Temple à Paris (75011), par Me Palmier ; la société MTOP SA demande au juge des référés à titre principal :

- d'enjoindre au directeur général de Pôle Emploi de suspendre la procédure de passation du marché lancé par cet organisme pour la fourniture, la livraison et l'installation de mobiliers de bureau en Ile de France et en Corse ;

- d'enjoindre à Pôle Emploi de produire les motifs détaillés de rejet de sa candidature par la commission des marchés pour les lots n° 1 et 2 ainsi que le rapport d'analyse des candidatures afin de vérifier leur bien fondé conformément aux dispositions du 3° de l'article 45 du décret du 30 décembre 2005 ;

- d'annuler la décision de Pôle Emploi rejetant sa candidature pour l'attribution des lots n° 1 et n°2 ;

- d'enjoindre à Pôle Emploi de reprendre la procédure au stade de l'examen des candidatures en convoquant la commission des marchés pour qu'elle réexamine l'ensemble des candidatures ;

- de proroger la date limite de remise des offres de 46 jours à compter de la décision qui sera rendue pour lui permettre de préparer et déposer son offre ;

- et à titre subsidiaire : d'annuler la procédure contestée et ordonner sa reprise dans des conditions conformes aux dispositions législatives et réglementaires en vigueur ;

- de condamner le Pôle Emploi à lui verser la somme de 3000 euros au titre de l'article L.761-1 du code de justice administrative ;

Elle soutient :

que Pôle Emploi a manifestement méconnu ses obligations de publicité et de mise en concurrence dans des conditions qui ont directement pour effet de la léser ; que sa candidature a été écartée, sans aucune justification, en juillet 2009 alors que d'autres candidats se sont vus remettre les documents de la consultation en vue de déposer une offre avant le 15 septembre ; que la réunion de la commission des marchés seule habilitée à se prononcer sur les candidatures n'est prévue qu'en octobre 2009 ; que le Pôle Emploi n'a pas répondu à sa demande de communication adressée le 30 juillet 2009 des motifs du rejet de sa candidature en méconnaissance des dispositions des articles 45 et 46 du décret du 30 décembre 2005 ; que les principes de transparence et d'égalité de traitement posés par l'article 6 de l'ordonnance du 6 juin 2005 ont été méconnus par le pouvoir adjudicateur dès lors que l'analyse des candidatures n'a pas été effectuée par la commission des marchés mais par les services administratifs de Pôle Emploi et que seuls certains des candidats se sont vus remettre les documents de la consultation ;

Vu l'ordonnance du 21 août 2009 ordonnant à Pôle Emploi de différer la signature du marché litigieux jusqu'au 10 septembre 2009 ;

Vu le nouveau mémoire, enregistré le 25 août 2009, présenté pour la société MTOP par Me Palmier qui reprend les conclusions de la requête, par lequel elle fait en outre valoir qu'elle a reçu la réponse de Pôle Emploi sur les motifs du rejet de sa candidature le 24 août 2009 ; que Pôle Emploi a méconnu l'égalité de traitement entre candidats en écartant sa candidature et en admettant la candidature du groupement Cider/Weyhl, ce dernier présentant des moyens financiers, techniques et humains largement insuffisants par rapport aux exigences de la consultation ; qu'il ya lieu en conséquence d'enjoindre à Pôle Emploi de produire le rapport d'analyse des candidatures rédigé par la commission des marchés ;

Vu, enregistré le 1<sup>er</sup> septembre 2009, le mémoire en défense présenté pour Pôle Emploi par Me Letellier qui conclut au rejet de la requête et demande la condamnation de la société MTOP à lui verser la somme de 1500 euros en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ; Pôle Emploi soutient qu'il a communiqué à la société MTOP les motifs détaillés du rejet de ses candidatures ; que Pôle Emploi n'a pu accéder à demande de communication du rapport d'analyse des candidatures en vertu de l'article 2 de la loi du 17 juillet 1978 qui dispose que le droit de communication ne concerne pas les documents préparatoires ; qu'au surplus aucun rapport d'analyse n'a été rédigé par la commission qui ne s'est pas encore réunie ; qu'il appartient, en vertu de l'article 23 du décret du 30 décembre 2005, au pouvoir adjudicateur et non à la commission des marchés de Pôle Emploi de sélectionner les candidatures ; que l'ordonnance du 6 juin 2005 n'impose aucunement l'intervention ni au stade des candidatures ni au stade des offres d'un quelconque organisme collégial ; que le règlement intérieur des marchés de Pôle Emploi précise que la commission des marchés, dans le cadre des procédures restreintes, ne donne son avis que sur les offres et le choix des attributaires ; qu'il n'y a pas de rupture d'égalité de traitement des candidats par le fait de ne transmettre le document de la consultation qu'à ceux d'entre eux qui ont été sélectionnés ; que le moyen selon lequel le groupement Cider-Weyhl aurait dû être écarté au profit de la société MTOP est irrecevable, le juge des référés ne pouvant s'immiscer dans l'appréciation des mérites respectifs des candidats ; que ce moyen est en outre mal fondé compte tenu de ce que le groupement représenté par la société Cider n'est nullement constitué de deux mais de trois opérateurs économiques ;

Vu, enregistrés les 3 et 7 septembre 2009, les nouveaux mémoires présentés pour la société MTOP par Me Palmier qui persiste dans ses conclusions et soutient en outre que Pôle Emploi n'a pas répondu dans le délai de 15 jours imparti par l'article 46-III du décret du 30 décembre 2005 à sa demande tendant à connaître les motifs de rejet de sa candidature ; que sa réponse qui se borne à donner les notes globales attribuées à sa candidature sans fournir les autres renseignements exigés par l'article 46 de ce décret n'est pas régulière au regard des dispositions de ce texte ; qu'il est constant que le rapport d'analyse des candidatures n'a pas été rédigé ; que Pôle Emploi n'a donné d'information sur les modalités de mise en œuvre des différents critères de jugement des candidatures ; qu'il a en outre décidé de retenir des critères discriminatoires en faisant référence à l'importance du chiffre d'affaires et à l'expérience du candidat qui ne correspondent pas à ceux qui sont prévus par l'arrêté du 28 août 2006 ; qu'en vertu du règlement intérieur des marchés de Pôle Emploi et de la décision du 12 janvier 2009 portant création et fonctionnement d'une commission nationale permanente d'appel d'offres au sein de la direction générale de Pôle Emploi, cette commission des marchés doit être saisie de l'examen des candidatures ; que le juge des référés est compétent pour apprécier les motifs de rejet de sa candidature ; qu'en ce qui concerne le critère du « matériel et de l'outillage proposé » elle s'est vue attribuer la note de 3/30 alors que la candidature du groupement Cider-Weyhl qui a recours à la même entreprise a eu la note de 24/30 ;

Vu, enregistré le 7 septembre 2009 le nouveau mémoire en défense présenté pour Pôle Emploi par lequel il maintient ses conclusions à fin de rejet de la requête et expose que le manquement à l'obligation de communiquer les motifs de rejet d'une candidature, qui n'est édictée qu'afin de permettre au candidat évincé de contester la décision d'éviction ne peut entacher d'illégalité la dite décision et conduire à l'annulation de la procédure ; que les lettres du 24 août 2009 satisfont aux exigences de motivation de l'article 46 du décret du 30 décembre 2005 ; que Pôle Emploi qui a porté à la connaissance des candidats les critères de sélection des candidatures conformément aux dispositions de l'article 23.IV du décret du 30 décembre 2005 n'était pas tenu de leur indiquer les conditions d'appréciation de ces critères ; que si, s'agissant du critère « matériel et outillage », la société MTOP s'est vue attribuer une note inférieure à celle d'un de ses concurrents c'est en raison de ce que les propositions des deux candidats étaient différentes, l'offre de la société requérante ne comprenant pas de description tandis que celle du concurrent comportait des informations précises et exhaustives ; que Pôle Emploi s'est par ailleurs conformé pour procéder à la sélection des candidats aux prescriptions de l'arrêté du 28 août 2006 en prenant en compte le chiffre d'affaires moyen et l'expérience des trois dernières années ; que ni le règlement intérieur des marchés de Pôle Emploi ni les décisions du 12 janvier 2009 créant la commission des marchés n'exigent que celle-ci soit consultée sur la sélection des candidats ;

Vu, enregistré le 8 septembre 2009 à 10 heures 23 et à 13 heures 11 les nouveaux mémoires présentés pour la société MTOP qui persiste dans ses conclusions par les mêmes moyens ; elle expose en outre que Pôle Emploi n'apporte aucun commencement de preuve de ce que le dossier de candidature du groupement faisant l'objet de comparaison était davantage argumenté que le sien ;

Vu, enregistré le 8 septembre 2009 à 10 heures 52 le nouveau mémoire en défense présenté pour Pôle Emploi ;

Vu les pièces jointes à la requête ;

Vu le code de justice administrative ;

Vu l'ordonnance du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics ;

Vu le décret n° 2005-1742 du 30 décembre 2005 fixant les règles applicables aux marchés passés par les pouvoirs adjudicateurs mentionnés à l'article 3 de l'ordonnance du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics ;

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

Après avoir entendu au cours de l'audience publique du 8 septembre 2009 à 14h :

- le rapport de M. Mendras , juge des référés ;
- les observations de Me Palmier pour la société MTOP qui reprend l'argumentation développée dans ses écritures ;
- les observations de Me Letellier pour Pôle Emploi 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 Pôle Emploi organisme de droit public relevant de l'ordonnance susvisée du 6 juin 2005 a fait paraître au Journal officiel de l'Union européenne le 23 mai 2009, et au Bulletin officiel des annonces de marchés publics le 26 mai 2009, un avis d'appel d'offres restreint pour la passation, selon la procédure régie par les dispositions du décret susvisé du 30 décembre 2005, d'un marché de fourniture, de livraison et d'installation de mobiliers de bureau en Ile de France et en Corse se décomposant en deux lots, le lot n°1 visant le mobilier et le rangement, le lot n° 2 visant les sièges et fauteuils ; que cet avis précisait que le nombre de sociétés admises à déposer une offre serait limité à cinq ; que ce nombre a été porté à dix par un avis modificatif en date du 20 juin 2009 ; que la société MTOP qui a déposé sa candidature pour chacun de ces lots et a appris en juillet 2009 que sa candidature ne serait pas retenue fait valoir qu'elle a été irrégulièrement évincée de l'appel d'offres et demande au juge des référés d'annuler la décision rejetant sa candidature et d'enjoindre à Pôle Emploi de reprendre la procédure au stade de l'examen des candidatures ;

Considérant, en premier lieu, qu'aux termes de l'article 45 du décret susvisé du 30 décembre 2005 : « Pour les marchés et accords-cadres passés selon une des procédures formalisées, le pouvoir adjudicateur établit un rapport de présentation comportant au moins : 1° Le nom et l'adresse du pouvoir adjudicateur, l'objet et la valeur du marché, de l'accord-cadre ou du système d'acquisition dynamique ; 2° Le nom des candidats retenus et les motifs de ce choix ; 3° Le nom des candidats exclus et les motifs du rejet de leur candidature ; (...) 5° Le nom du titulaire et les motifs du choix de son offre... » ; qu'aux termes de l'article 46 du même décret : « I. - Pour les marchés et accords-cadres passés selon une des procédures formalisées, le pouvoir adjudicateur avise, dès qu'il a fait son choix sur les candidatures ou sur les offres, tous les autres candidats du rejet de leurs candidatures ou de leurs offres, en indiquant succinctement les motifs de ce rejet.( ...) III. - Le pouvoir adjudicateur communique, dans un délai maximal de quinze jours à compter de la réception d'une demande écrite, à tout candidat écarté qui en fait la demande les motifs détaillés du rejet de sa candidature ou de son offre et, à tout candidat dont l'offre a été rejetée pour un motif autre que ceux mentionnés au I de l'article 24, les caractéristiques et les avantages de l'offre retenue ainsi que le nom du ou des attributaires du marché ou de l'accord-cadre. » ;

Considérant que par deux courriers en date du 25 août 2009 Pôle Emploi a informé la société requérante que sa candidature n'avait pas été retenue en lui précisant qu'elle avait été classée en 11<sup>ème</sup> position pour le lot n° 1 et en 12<sup>ème</sup> position pour le lot n° 2, ainsi qu'en lui communiquant les notes obtenues pour chacun des critères de sélection retenus ; que Pôle Emploi a par suite régulièrement informé la société MTOP des motifs détaillés de rejet de sa candidature ; que si la société requérante fait valoir que cette information ne lui a pas été donnée dans le délai de 15 jours prévu par les dispositions précitées de l'article 46.III du décret du 30 décembre 2005, cette circonstance n'a pas été de nature à la léser dans l'exercice de ses droits dès lors qu'elle a eu connaissance de ces courriers avant que le juge des référés ne statue sur la présente instance et a pu utilement contester devant lui la décision écartant sa candidature ; que contrairement à ce qu'elle soutient, Pôle Emploi n'était pas tenu dans les courriers qui lui ont été adressés le 25 août 2009 d'indiquer les caractéristiques et les avantages des candidatures qui ont été retenues, cette information n'étant exigée par les dispositions précitées de l'article 46.III du décret du 30 décembre 2005 qu'après désignation de l'attributaire, lorsque le concurrent évincé demande à avoir communication des motifs du rejet de son offre ; que pour le même motif la société MTOP n'est pas davantage fondée à demander au juge des référés d'enjoindre à Pôle Emploi de produire le rapport de présentation prescrit par l'article 45 du décret du 30 décembre 2005 qui n'est établi qu'à l'achèvement de la procédure après attribution du marché ;

Considérant, en second lieu, qu'aux termes de l'article 17 du décret du 30 décembre 2005 : « I.-Le pouvoir adjudicateur ne peut exiger des candidats que des renseignements permettant d'évaluer leur expérience, leurs capacités professionnelles, techniques et financières ainsi que des documents relatifs aux pouvoirs des personnes habilitées à les engager ..... La liste de ces renseignements et documents est fixée par arrêté du ministre chargé de l'économie. » ; qu'aux termes de l'arrêté du 28 août 2006 pris pour l'application de cet article : « A l'appui des candidatures et dans la mesure où ils sont nécessaires à l'appréciation des capacités des candidats, le pouvoir adjudicateur ne peut demander, en application de l'article 45 du code des marchés publics ou de l'article 17 du décret du 30 décembre 2005 susvisé, que le ou les renseignements et le ou les documents suivants :

- déclaration concernant le chiffre d'affaires global et le chiffre d'affaires concernant les fournitures, services ou travaux objet du marché, réalisés au cours des trois derniers

*exercices disponibles ;*

*- présentation d'une liste des principales fournitures ou des principaux services effectués au cours des trois dernières années, indiquant le montant, la date et le destinataire public ou privé. Les livraisons et les prestations de services sont prouvées par des attestations du destinataire ou, à défaut, par une déclaration de l'opérateur économique ;*

*- déclaration indiquant l'outillage, le matériel et l'équipement technique dont le candidat dispose pour la réalisation de marchés de même nature ;*

*- en matière de fournitures et services, une description de l'équipement technique, des mesures employées par l'opérateur économique pour s'assurer de la qualité des moyens d'étude et de recherche de son entreprise » ;*

Considérant que si la société MTOP fait valoir que l'avis d'appel public à la concurrence précise que les candidats seront sélectionnés sur la base de divers critères dont « l'importance du chiffre d'affaires global moyen » et « l'expérience du candidat » sans reprendre pour ces deux critères la limitation aux trois dernières années prévue par l'arrêté précité, elle ne justifie pas de ce que cette formulation a été de nature à léser dans l'examen des candidatures ; que si elle soutient également qu'aucune information ne lui a été donnée sur les éléments qui seront pris en considération pour apprécier la qualité des candidatures au regard des différents critères retenus et procéder à leur notation, elle ne justifie pas, par cette seule circonstance, de ce que Pôle Emploi aurait méconnu les principes d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures posés par l'article 6 de l'ordonnance susvisée du 6 juin 2005 ;

Considérant, en troisième lieu, qu'aux termes de l'article 23 du décret du 30 décembre 2005 : « III. En cas de procédure restreinte, de dialogue compétitif ou de procédure négociée avec publicité et mise en concurrence préalable, le pouvoir adjudicateur peut décider de restreindre le nombre de candidats qui seront admis à présenter une offre, à négocier ou à dialoguer. (.....) IV. - Lorsque le pouvoir adjudicateur décide de limiter le nombre des candidats admis à présenter une offre, il procède à la sélection de ces candidats en appliquant aux candidatures retenues conformément aux I et II des critères de sélection, non discriminatoires et liés à l'objet du marché, relatifs à leurs capacités professionnelles, techniques et financières. » ;

Considérant, d'une part, qu'il ne ressort pas de ces dispositions ni de celles de l'ordonnance susvisée du 6 juin 2005, que le pouvoir adjudicateur est tenu de soumettre à une commission des marchés la sélection des candidats ; que si la société requérante fait valoir que Pôle Emploi a créé, en interne, une commission des marchés et que les courriels qui lui ont été envoyés le 30 juillet 2009 indiquaient que la décision concernant sa candidature ne serait prise qu'après réunion de cette commission, l'article I.5.2 du règlement intérieur des marchés de Pôle Emploi, approuvé par le Conseil d'administration le 19 décembre 2008, relatif aux attributions de cette commission, prévoit qu'elle « est consultée, après examen des candidatures et analyse des offres par les services du représentant du pouvoir adjudicateur, aux fins d'émettre un avis sur le choix des attributaires. Sauf dans le cadre des procédures restreintes, les courriers informant les candidats du rejet de leur candidature ne peuvent être envoyés avant la réunion de la commission des marchés et la décision correspondante du pouvoir adjudicateur » ; qu'il ressort de ces dispositions que dans le cadre de la procédure d'appel d'offres restreint lancée par Pôle Emploi pour le marché litigieux, le pouvoir adjudicateur pouvait informer la société MTOP du rejet de sa candidature avant même que la

commission ne se prononce sur les offres des candidats retenus et le choix de l'attributaire ; que par ailleurs en vertu de l'article 31 du décret du 30 décembre 2005 Pôle Emploi n'était pas tenu transmettre les documents relatifs à la consultation à d'autres candidats que ceux qui ont été sélectionnés ;

Considérant, d'autre part, que la société MTOP qui conteste pas la régularité au regard des dispositions de l'article 23.IV du décret du 30 décembre 2005, des cinq critères retenus par Pôle Emploi pour la sélection des candidats, soutient néanmoins que Pôle Emploi a méconnu l'égalité de traitement entre candidats en écartant sa candidature et en admettant celle du groupement Cider-Weyhl dont le chiffre d'affaires moyen et les effectifs sont largement inférieurs aux siens ; qu'elle ne conteste cependant pas les chiffres qui sont avancés par Pôle Emploi dans son mémoire en défense tenant compte de ce que le groupement représenté par la société Cider est également constitué d'un 3<sup>ème</sup> opérateur économique qu'elle a omis de prendre en considération ; que si elle fait valoir qu'en ce qui concerne le critère du « matériel et de l'outillage proposé » elle s'est vue attribuer la note de 3/30 alors que la candidature du groupement Cider-Weyhl qui a recours à la même entreprise, a eu la note de 24/30, elle ne démontre pas par cette seule allégation, et alors qu'il est constant que les dossiers de candidature des deux groupements n'étaient pas les mêmes, que Pôle Emploi aurait écarté sa candidature pour un motif irrégulier ;

Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que la requête de la société MTOP doit être rejetée ;

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

Considérant que ces dispositions font obstacle à ce que soit mise à la charge de Pôle Emploi, qui n'est pas la partie perdante dans la présente instance, la somme que demande la société MTOP au titre de leur application ; que dans les circonstances de l'espèce, il y a lieu de mettre à la charge de la société MTOP une somme de 1500 euros au titre des frais exposés par Pôle Emploi et non compris dans les dépens ;

ORDONNE

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

Article 2 : La société MTOP versera à Pôle Emploi la somme de 1500 euros au titre de l'article L761-1 du code de justice administrative.

**Article 3** : La présente ordonnance sera notifiée à la SOCIETE MTOP SA et à Pôle Emploi.

Fait à Paris, le 9 septembre 2009

Le juge des référés,



A. MENDRAS

Le Greffier,



L. THOMAS

La République mande et ordonne au ministre du travail, des relations sociales, de la famille, de la solidarité et de la ville 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.

achatpublic.infr