

N° 08020; 8

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

SOCIETE SPIE COMMUNICATIONS

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

M. Riou

Le juge des référés

Juge des référés

Ordonnance du 7 octobre 2008

54-03

Vu la requête, enregistrée le 18 septembre 2008, présentée pour la SOCIETE SPIE COMMUNICATIONS, dont le siège est 10 avenue de l'Entreprise à Cergy Pontoise (95863), représentée par son directeur en exercice, par Me Boulard, avocat au barreau des Hauts de Seine ; la SOCIETE SPIE COMMUNICATIONS demande au juge des référés, sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative :

1°) d'interdire au centre hospitalier d'Auch de procéder à la signature du marché jusqu'à ce qu'il soit statué sur le présent recours ;

2°) l'annuler la procédure de passation du marché en cause en ce qui concerne les lots n° 2 et 3 ;

3°) de condamner le centre hospitalier d'Auch à lui verser la somme de 5 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

La SOCIETE SPIE COMMUNICATIONS soutient que le centre hospitalier d'Auch a lancé, par avis du 18 avril 2008, une procédure d'appel d'offres pour un marché, composé de quatre lots, de travaux pour l'évolution de son réseau de communication ; que son offre pour le premier lot, relatif à l'évolution de l'infrastructure passive, a été acceptée ; que cependant son offre pour les lots 2, 3 concernant respectivement l'évolution du matériel d'activation et de sécurité et la maintenance des matériels et logiciels a été rejetée par lettre reçue le 10 septembre 2008 ; que la signature du marché est donc imminente ;

En ce qui concerne l'attribution du lot n° 2 « évolution du matériel d'activation et de sécurité », la procédure devait s'accompagner d'une publication au Journal officiel de l'Union européenne, ce qui n'a pas été le cas, du fait qu'il s'agit d'un marché de fourniture et

que l'acte d'engagement qu'elle a proposé estimait le prix à 767 517,58 € hors taxe, dont 431 509,58 € hors taxe pour la tranche ferme ;

Qu'il en est de même en ce qui concerne le lot 3 « maintenance des matériels et logiciels du lot 2 », qui est également un marché de fourniture, chiffré dans le projet d'acte d'engagement à 430 923,51 € hors taxe (dont 409 676 € hors taxe pour la tranche ferme) ;

Que pour ces deux lots, la collectivité devait en outre établir les avis d'appel public à la concurrence selon les modèles communautaires ; que la qualification de marché de fourniture doit être examinée pour chaque lot ; que si elle devait être examinée globalement, la part du lot 1, marché de travaux, est très minoritaire (puisque son montant estimé est de 10. 445,12 € hors taxe, variante incluse) dans l'ensemble des prestations demandées ;

Que plusieurs rubriques de l'avis adressé au Bulletin officiel des annonces des marchés publics n'ont pas été renseignées : le type de pouvoir adjudicateur à la rubrique I.2 du modèle communautaire, le lieu d'exécution au point II.1.2 ; le type de marché au point II. .3 ; la classification CPV (II.1.6), la soumission à l'accord sur les marchés publics (section II), l'existence et les modalités de mise en œuvre des options (II.2.2), la durée du marché (II.3), les modalités essentielles de financement (III.1.2), le cautionnement et les garanties exigées (III.1.1), les capacités économiques et financières (III.2.2) et techniques (II. .2.3) ;

Que les critères de sélection des candidatures ne figuraient ni dans l'avis de publicité, ni dans le règlement de consultation ;

Que le centre hospitalier aurait dû respecter un nouveau délai de 52 jours entre la publication de l'avis rectificatif, publié le 3 mai 2008, qui avait pour objet d'imposer une visite de site le 13 mai 2008 et de reporter au 6 juin 2008 la date limite des offres, et une nouvelle date de remise des offres ;

Que les critères de sélection des offres prévus à l'article 11 du règlement de consultation ont constitué les critères de jugement des offres, en méconnaissance des articles 52 et 58 du code des marchés publics qui prohibent la prise en compte d'autres éléments que la valeur de l'offre ;

Que la décision du 15 juillet 2008 de déclarer infructueux les lots 2,3 et 4 n'est pas motivée alors qu'elle mentionne l'existence d'offres totalement conformes au cahier des clauses techniques particulières ;

Que le recours à un marché négocié n'est pas possible lorsque, comme en l'espèce, les conditions initiales du marché sont modifiées de manière substantielle, ce qui est le cas en l'espèce pour le lot 2 puisque la collectivité a exigé des candidats qu'ils présentent une offre minimale et une offre maximale, sans préciser les critères devant départager ces deux offres, alors que le scénario maximum a été finalement décidé, ainsi qu'en témoigne le courrier du centre hospitalier du 1^{er} août 2008 ;

Que les variantes étaient interdites pour l'offre minimale ; que des options ne pouvaient pas être proposées pour l'offre minimale et les options 3 et 4 du cahier des clauses techniques particulières n'étaient plus possibles dans l'offre maximale ; que les neuf tranches conditionnelles prévues par les articles 1.2 du cahier des clauses administratives

particulières et 5.2.12 du CCTP ont également été supprimées ; que ces modifications ont écarté des candidats de l'appel d'offres alors qu'ils auraient pu soumissionner sur la base de l'objet du marché négocié ;

Que le centre hospitalier a refusé de répondre à une demande d'information relative à l'exclusion de tout standard technique autre que le 802.11 a pour la fonctionnalité « mobiles voix » ; que cette exclusion, non justifiée, a restreint la concurrence puisque la SOCIETE SPIE COMMUNICATIONS ne connaît qu'un seul fournisseur capable de répondre à cette exigence technique ;

Que la procédure négociée a été organisée par Mme Sarracante, attachée d'administration logistique, qui n'avait pas délégation pour ce faire ;

Vu le mémoire, enregistré le 1^{er} octobre 2008, présenté pour le centre hospitalier d'Auch par Me Coudray, avocat au barreau de Rennes, qui conclut au rejet de la requête et à la mise à la charge de la société requérante d'une somme de 2 500 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Le centre hospitalier fait valoir :

Que les moyens dirigés contre la procédure initiale d'appel d'offres sont inopérants dès lors qu'une procédure de marché négocié a été engagée en raison du caractère infructueux de l'appel d'offres ;

Que la qualification du marché doit être appréciée au regard de la nature des quatre lots et non de chaque lot ; que le marché litigieux est un marché de travaux dès lors qu'il comporte la construction d'un intégrateur incorporé aux murs du bâtiment et implique des travaux de câblage à l'intérieur des murs des bâtiments ; que, par suite, la publicité au Journal officiel de l'Union européenne n'était pas nécessaire, si bien que le moyen tiré de la méconnaissance des rubriques du modèle d'avis communautaire est inopérant ;

Que la rectification de l'avis d'appel à la concurrence ne portait pas sur un aspect substantiel du marché, puisqu'il était relatif à la date de visite sur le site et au report de la date limite des offres ; que, dès lors, le centre hospitalier n'était pas tenu de prévoir un nouveau délai de cinquante-deux jours pour la remise des offres ;

Que le moyen tiré de la confusion entre les critères de sélection des candidatures et de jugement des offres manque en fait ; que l'avis mentionnait le critère général de l'avantage économique et renvoyait au règlement de consultation qui, dans son article 12, prévoit les critères de jugement des offres ; que l'utilisation du terme « offres » au lieu de « candidatures » à l'article 11 du règlement relatif à la sélection des candidatures ne pouvait induire en erreur les candidats ;

Que le courrier d'information du 15 juillet 2008 ne constituait pas une décision d'infructuosité mais l'information sur cette décision prévue au premier alinéa du III de l'article 59 du code des marchés publics ; que cette information n'avait pas à être motivée ;

Que si l'appel d'offres a été déclaré infructueux, c'est parce que les offres étaient fin anciennement inacceptables ;

Que ce courrier du 15 juillet 2008 émane du pouvoir adjudicateur et que, la notion de personne responsable du marché ayant disparu, le moyen de l'incompétence de l'auteur de ce courrier est inopérant ;

Que le pouvoir adjudicateur peut modifier le dossier de consultation, pourvu que les conditions initiales du marché ne soient pas substantiellement modifiées ; que tel n'était pas le cas en l'espèce ; qu'en effet la possibilité de présenter des options et des variantes existait pour l'offre maximale ; que la modification concerne en réalité l'absence de prise en compte des variantes et des tranches conditionnelles et procède de la prise en compte des prix proposés lors du dépouillement des offres ;

Qu'avertir les candidats d'une préférence technique ne constitue pas une modification substantielle des critères d'appréciation des offres ; que l'existence d'un seul fournisseur capable de respecter cette préférence technique n'est pas établie ;

Que le défaut de réponse à la question technique posée par la société requérante, à laquelle il est opposé, est sans incidence sur la procédure d'attribution puisque la question était relative à l'origine de l'affirmation selon laquelle une fréquence de 5 Ghz était préférable à une fréquence de 2,4 Ghz « compte tenu des travaux en cours dans le monde de la santé » ;

Vu le mémoire en réplique, enregistré le 6 octobre 2008 à 9 h 00 et communiqué immédiatement au centre hospitalier, présenté pour la SOCIETE SPIE COMMUNICATIONS qui maintient ses conclusions, à l'exception de celles fondées sur l'article L. 761-1 du code de justice administrative, et demande en outre l'annulation de l'attribution du marché à la société Orange Business services ;

La société soutient en outre que le courrier annonçant le rejet de son offre n'est pas motivé, en violation de l'article 80 du code des marchés publics ; que le pouvoir adjudicateur n'a pas indiqué, dans l'avis publié au bulletin officiel des annonces des marchés publics, le mode de transmission des candidatures et des offres, en méconnaissance de l'article 56 du code des marchés publics ; que ni l'avis d'appel public à la concurrence, ni le règlement de consultation n'identifient précisément, ce qui méconnaît l'arrêté du 28 août 2006 fixant la liste des renseignements et des documents pouvant être demandés aux candidats aux marchés passés par les pouvoirs adjudicateurs, les renseignements à fournir à l'appui des candidatures en vertu de l'article 45 du code des marchés publics ; que la norme technique préférentielle sollicitée par le pouvoir adjudicateur en cours de procédure négociée avantage la société Orange Business services qui préconise elle-même cette norme ; que l'adaptation de son offre à cette préférence technique l'a conduite à renchérir son offre de 34 000 € ; que le principe d'égalité de traitement des candidats au cours de la procédure négociée a été méconnu ; qu'en effet elle n'a pas été questionnée sur la possibilité de doubler sa garantie alors que Orange Business services l'a fait, ce qui a été déterminant dans l'attribution du marché ; que la comparaison des offres a été faussée par le bureau d'études techniques qui n'a évalué que les licences d'utilisation des postes téléphoniques et non le coût des terminaux ; que son offre n'a pas été correctement appréciée en ce qui concerne la sécurisation des éléments de l'architecture car le cahier des clauses techniques particulières permettait une alternative entre « call servers » et « gateways », si bien que le bureau d'études techniques ne peut porter une appréciation négative du fait du choix de la société dans cette alternative ;

Vu l'ordonnance du 18 septembre 2008 par laquelle le juge des référés a ordonné que la signature du contrat litigieux soit différée ;

Vu les pièces jointes à la requête ;

Vu l'accord sur les marchés publics signé au sein de l'Organisation mondiale du commerce à Marrakech le 15 avril 1994 et notamment l'annexe 2 de son appendice I ;

Vu la directive n° 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services ;

Vu le règlement (CE) n° 1564/2005 de la Commission du 7 septembre 2005 établissant les formulaires standard pour la publication d'avis dans le cadre des procédures de passation de marchés publics conformément aux directives 2004/17/CE et 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil et notamment son annexe II ;

Vu le règlement (CE) n° 1422/2007 de la Commission du 4 décembre 2007 modifiant les directives 2004/17/CE et 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne leurs seuils d'application pour les procédures de passation des marchés ;

Vu l'arrêté du 28 août 2006 pris en application du code des marchés publics et fixant les modèles d'avis pour la passation et l'attribution des marchés publics et des accords-cadres ;

Vu l'arrêté du 28 août 2006 fixant la liste des renseignements et des documents pouvant être demandés aux candidats aux marchés passés par les pouvoirs adjudicateurs ;

Vu le code des marchés publics ;

Vu le code de justice administrative ;

Vu la décision par laquelle le président du tribunal a désigné M. Riou, premier conseiller, pour statuer sur les demandes de référé ;

Après avoir convoqué à l'audience publique du 6 octobre 2008 à 11 h 00 :

- la SOCIETE SPIE COMMUNICATIONS ;
- le centre hospitalier d'Auch ;

Vu le procès-verbal de l'audience publique du 6 octobre 2008 à 11 heures au cours de laquelle ont été entendus :

- le rapport de M. Riou, juge des référés ;
- les observations de M. Dorchies pour la SOCIETE SPIE COMMUNICATIONS ; *La SOCIETE SPIE COMMUNICATIONS reprend ses écritures et soutient en outre qu'en admettant même que le marché constitue un marché de travaux, la publicité n'a pas été adéquate au regard du droit communautaire ;*

- les observations de Me Guillon-Coudray pour le centre hospitalier d'Auch ; *Le centre hospitalier reprend ses écritures ; il précise en outre que la norme technique en cause ne constituait pas une exigence mais une préférence ; qu'il n'est nullement démontré que seul Orange Business Services était en mesure de la proposer et que la société requérante a d'ailleurs elle-même proposé cette solution technique ; que la société SPIE n'a nullement été empêchée de proposer un doublement de garantie comme l'a fait sa concurrente ; que le moyen tiré de la méconnaissance de l'article 80 du code des marchés publics est inopérant dès lors qu'il ne concerne pas les procédures de marché négocié ; que l'avis publié au bulletin officiel des annonces des marchés publics comportait bien la mention de la transmission des offres par papier ; que si le règlement de consultation mentionnait de façon générique les documents à transmettre pour la sélection des candidatures, c'est parce que le marché présente un caractère mixte et relève de plusieurs qualifications au regard des dispositions de l'arrêté du 28 août 2006 relatif aux documents à demander aux candidats ;*
- M. Dorchies, pour la SOCIETE SPIE COMMUNICATIONS, réplique alors que *l'article 80 du code des marchés publics est bien applicable à toutes les procédures ;*

A la suite d'une question posée aux parties par le juge des référés, M. Mignard, pour le centre hospitalier, précise que *les prestations faisant l'objet de l'arrêté 2 relèvent de l'infrastructure et sont intégrées au bâtiment ;*

- M. Dorchies, pour la société la SOCIETE SPIE COMMUNICATIONS, réplique alors que *les équipements en cause sont des biens meubles ;*
- Me Guillon-Coudray, pour le centre hospitalier d'Auch, réplique enfin qu'il *s'agit d'immeubles par destination et que la qualification de marchés de travaux s'imposait donc ; que les offres, en termes de prix, ont bien été comparées selon les mêmes critères ;*

A la suite d'une question posée aux parties par le juge des référés, M. Dorchies, pour la SOCIETE SPIE COMMUNICATIONS, précise que *la suppression, après la déclaration du caractère infructueux de l'appel d'offres, de deux options et des neuf tranches conditionnelles représentait un enjeu financier d'environ 220 000 € TTC ;*

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

Sur les conclusions aux fins d'annulation :

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 » ; qu'il appartient au juge des référés précontractuels de rechercher si l'entreprise qui le saisit se prévaut de manquements qui, eu égard à leur portée et au stade de la procédure auquel ils se rapportent, sont susceptibles de l'avoir lésée ou risquent de la léser, fût-ce de façon indirecte en avantageant une entreprise concurrente ;

Considérant que par un avis d'appel à la concurrence publié au Bulletin officiel des annonces des marchés publics le 18 avril 2008, le centre hospitalier d'Auch a lancé une procédure d'appel d'offres ouvert en vue de l'attribution d'un marché public ayant pour objet des « travaux pour l'évolution de [son] réseau de communication » ; que le lot n°1 de ce marché a été attribué à la SOCIETE SPIE COMMUNICATIONS ; que l'acte d'engagement relatif à ce lot a été signé par le pouvoir adjudicateur le 21 juillet 2008 ; que la procédure, en ce qui concerne les trois derniers des quatre lots du marché, ayant été déclarée infructueuse le 10 juillet 2008, le centre hospitalier d'Auch a décidé de lancer une procédure négociée, sans mise en concurrence, avec tous les candidats ayant remis une offre dans le cadre de la procédure d'appel d'offres initiale, conformément aux dispositions de l'article 35-I-1° du code des marchés publics ; que la SOCIETE SPIE COMMUNICATIONS, qui s'était portée candidate dans le cadre de la procédure initiale, a été informée par courrier du 8 septembre 2008 de son éviction; que, par la présente requête, cette société demande au tribunal, sur le fondement de l'article L. 551-1 précité du code de justice administrative, d'annuler la procédure de passation de ce marché pour les lots n° 2 et 3 ; que, compte tenu du caractère accessoire du lot n° 4 relatif à l'aide à l'exploitation des deux autres lots, la SOCIETE SPIE COMMUNICATIONS doit être regardée comme demandant l'annulation de l'ensemble de ces trois lots ;

Quant à la procédure d'appel d'offres :

Considérant qu'il résulte des dispositions de l'article 35 du code des marchés publics que, pour les collectivités territoriales et leurs établissements publics, lorsque la commission d'appel d'offres a déclaré un appel d'offres infructueux, il peut être procédé, si les conditions initiales du marché ne sont pas modifiées et si la personne responsable du marché décide de ne négocier qu'avec les candidats qui avaient été admis à présenter une offre, à un marché négocié ne donnant pas lieu à une nouvelle mesure de publicité; qu'ainsi compte-tenu du lien inséparable existant, dans cette hypothèse, qui est celle de l'espèce, entre la procédure d'appel d'offres initiale et la procédure négociée, le centre hospitalier n'est pas fondé à soutenir que la SOCIETE SPIE COMMUNICATIONS ne pourrait invoquer, dans la présente instance, les vices éventuels dont serait affectée la procédure initiale d'appel d'offres ;

En ce qui concerne le moyen tiré du défaut de publication au Journal officiel de l'Union européenne :

Considérant qu'aux termes du III de l'article 1 du code des marchés publics : « *Les marchés publics de travaux sont les marchés conclus avec des entrepreneurs, qui ont pour objet soit l'exécution, soit conjointement la conception et l'exécution d'un ouvrage ou de travaux de bâtiment ou de génie civil répondant à des besoins précisés par le pouvoir adjudicateur qui en exerce la maîtrise d'ouvrage. Un ouvrage est le résultat d'un ensemble de travaux de bâtiment ou de génie civil destiné à remplir par lui-même une fonction économique ou technique. / Les marchés publics de fournitures sont les marchés conclus avec des fournisseurs qui ont pour objet l'achat, la prise en crédit-bail, la location ou la location-vente de produits ou matériels. / Les marchés publics de services sont les marchés conclus avec des prestataires de services qui ont pour objet la réalisation de prestations de services. / Lorsqu'un marché public a pour objet à la fois des services et des fournitures, il est un marché de services si la valeur de ceux-ci dépasse celle des fournitures achetées / Lorsqu'un marché public porte à la fois sur des services et des travaux, il est un marché de travaux si son objet principal est de réaliser pour des travaux. / Un marché public ayant pour objet l'acquisition de fournitures et, à titre accessoire, des travaux de pose et d'installation de celles-ci, est considéré comme un marché de fournitures.* » ; qu'aux termes du III de l'article 27 du même code : « *Lorsqu'un achat peut être réalisé par lots séparés, est prise en compte la valeur globale estimée de la totalité de ces lots. Les pouvoirs adjudicateurs peuvent décider de mettre en oeuvre soit une procédure commune de mise en concurrence pour l'ensemble des lots, soit une procédure de mise en concurrence propre à chaque lot. Quelle que soit l'option retenue, lorsque la valeur cumulée des lots est égale ou supérieure aux seuils prévus au II de l'article 26, la ou les procédures à mettre en oeuvre sont les procédures formalisées mentionnées au I du même article.* » ; qu'aux termes des I et II de l'article 26 du même code : « *I. Les pouvoirs adjudicateurs passent leurs marchés et accords-cadres selon les procédures formalisées suivantes : 1° Appel d'offres ouvert ou restreint ; 2° Procédures négociées, dans les cas prévus par l'article 35 ; (...)* ; *II. Les marchés et accords-cadres peuvent aussi être passés selon une procédure adaptée, dans les conditions définies par l'article 28, lorsque le montant estimé du besoin est inférieur aux seuils suivants : (...)* 2° 206 000 Euros HT pour les fournitures et les services des collectivités territoriales (...). » ; qu'aux termes du III de l'article 40 du code des marchés publics : « *En ce qui concerne les fournitures et les services : 2° Pour les achats d'un montant égal ou supérieur à 133 000 Euros HT pour l'Etat et 206 000 Euros HT pour les collectivités territoriales, le pouvoir adjudicateur est tenu de publier un avis d'appel public à la concurrence dans le Bulletin officiel des annonces des marchés publics et au Journal officiel de l'Union européenne.* » ; et enfin qu'aux termes du IV de l'article 40 du code des marchés publics : « *En ce qui concerne les travaux : 1° Pour les achats d'un montant compris entre 90 000 Euros HT et 5 150 000 euros HT, le pouvoir adjudicateur est tenu de publier un avis d'appel public à la concurrence soit dans le Bulletin officiel des annonces des marchés publics, soit dans un journal habilité à recevoir des annonces légales... / 2° Pour les achats d'un montant égal ou supérieur à 5 150 000 euros HT, le pouvoir adjudicateur est tenu de publier un avis d'appel public à la concurrence dans le Bulletin officiel des annonces des marchés publics et au Journal officiel de l'Union européenne.* » ; qu'il résulte de la combinaison de ces dispositions qu'en cas de procédure commune de mise en concurrence pour l'ensemble des lots d'un même achat, il convient, pour apprécier le respect des obligations de publicité, de qualifier l'ensemble du marché de marché public de travaux, de fournitures ou de services ; que, dans l'hypothèse où le marché comporte les trois types de prestations, il y a lieu de déterminer son objet principal ;

Considérant qu'il résulte de l'instruction que le marché litigieux comporte quatre lots représentant respectivement 18 %, 70%, 10% et 2% (103 445,12 €, 403 890,09 €, 55 108,72 € et 13 290 €) du montant total estimé du marché ; que s'il est constant que le lot n°1, dont

l'objet est la « modification des infrastructures passives (câblage optique, cuivre et téléphonie), comporte des travaux immobiliers de câblage destiné à permettre la mise en place du nouveau système de communication du centre hospitalier, le cahier des clauses techniques particulières des lots 2,3 et 4 indique, au point 2.2 de son préambule, que le lot n°2, prépondérant par son coût, porte sur « l'évolution des matériels actifs raccordés à l'infrastructure passive installée au titre du lot 1 », c'est-à-dire sur l'installation, la fourniture et la maintenance de matériels de communication téléphonique et informatique ; que si le centre hospitalier fait valoir que le lot 2 comprendrait pour une part d'environ 95% des travaux, le cahier des clauses administratives particulières décompose la prestation intitulée « architecture » entre plusieurs rubriques d'équipements, notamment des commutateurs, des bornes Wifi, des mobiles Wifi, des serveurs d'appel (call servers), des passerelles (gateways) et des terminaux ; que le remplacement du matériel existant par un matériel plus moderne constitue ainsi l'objet principal du marché et non les travaux d'installation desdits matériels qui n'en sont que l'accessoire ; que les travaux compris dans le marché ne présentent pas le caractère de travaux de bâtiment ou de génie civil concourant à la réalisation d'un ouvrage ; que, dans ces conditions, la SOCIETE SPIE COMMUNICATIONS est fondée à soutenir que le marché litigieux devait être qualifié de marché de fourniture ; que, toutefois, elle n'établit pas, ni même n'allègue que ce manquement aux règles de publicité l'aurait lésée dès lors qu'elle a pu présenter une offre et qu'aucune entreprise concurrente n'a été spécifiquement avouée par ce manquement ; que le moyen tiré de ce manquement doit être écarté comme inopérant ;

En ce qui concerne le moyen tiré de l'omission de certaines informations dans l'avis public d'appel à la concurrence :

Considérant qu'aux termes du 1° du III de l'article 56 du code des marchés publics : *« Le pouvoir adjudicateur indique dans l'avis d'appel public à la concurrence ou, pour les marchés négociés sans publicité préalable, dans la lettre de consultation, le mode de transmission des candidatures et des offres qu'il choisit. »* ; qu'aux termes du I de l'article 45 du code des marchés publics : *« Le pouvoir adjudicateur ne peut exiger des candidats que des renseignements ou documents permettant d'évaluer leur expérience, leurs capacités professionnelles, techniques et financières ainsi que des documents relatifs aux pouvoirs des personnes habilitées à les engager (...) / Il ne peut être exigé des candidats que des niveaux minimaux de capacités liés et proportionnés à l'objet du marché. Les documents, renseignements et les niveaux minimaux de capacité demandés sont précisés dans l'avis d'appel public à la concurrence ou, en l'absence d'un tel avis, dans les documents de la consultation. »* ; que l'arrêté du 28 août 2006 pris en application du code des marchés publics fixe les modèles d'avis pour la passation et l'attribution des marchés publics et des accords-cadres ; qu'aux termes de l'article 3 de cet arrêté : *« les demandes de publication d'appel public à la concurrence (...) envoyées pour publication au bulletin officiel des annonces des marchés publics à compter du 1er décembre 2006, sont rédigées selon les modèles d'avis fixés par le règlement (CE) n°1564/2005 susvisé »* ; que l'avis d'appel public à la concurrence publié au bulletin officiel des annonces des marchés publics par le centre hospitalier d'Auch le 18 avril 2008 devait donc être conforme au modèle annexé au règlement communautaire du 7 septembre 2005 ; que l'avis ne comportait pas d'indication sur la classification CPV ("Common Procurement Vocabulary", c'est-à-dire, "Vocabulaire Commun des Marchés"), sur la durée du marché, sur les modalités essentielles de son financement, sur l'exigence d'une retenue de garantie de 5% ou d'une garantie à première demande et sur les critères de sélection des candidatures ; qu'il ne précise pas les documents exigés des candidats en vertu de l'article 45 du code des marchés publics précité ; que, toutefois, la société requérante

n'aurait pas, ni même n'allègue avoir été lésée par ces manquements dès lors qu'elle a pu déposer une offre pour l'ensemble des lots et qu'aucune entreprise concurrente n'a été spécifiquement avantagée par ce manquement ;

En ce qui concerne le moyen tiré de la prise en compte des critères de sélection des candidatures comme critères de jugement des offres :

Considérant que si l'article 11 du règlement de consultation s'intitule « critère de sélection des offres », il porte, sans ambiguïté, sur les critères de sélection des candidatures ; que l'article 12 du même règlement détaillait les critères d'attribution, c'est-à-dire d'appréciation, des offres ; que le moyen tiré d'une confusion, dans les documents remis aux candidats, de ces deux étapes d'examen des réponses à l'avis d'appel à la concurrence mais que en tout état de cause en fait ;

En ce qui concerne le moyen tiré de l'insuffisance du délai de remise des offres après la publication de l'avis rectificatif au Bulletin officiel des annonces des marchés publics :

Considérant qu'aux termes du 1° du II de l'article 57 du code des marchés publics : « Le délai de réception des offres ne peut être inférieur à cinquante-deux jours à compter de la date d'envoi de l'avis d'appel public à la concurrence. » ; que ces dispositions imposent à la personne publique, lorsqu'elle apporte des modifications substantielles à l'objet ou aux conditions initiales du marché, de les porter à la connaissance des entreprises par un avis d'appel public à la concurrence rectificatif et de respecter un nouveau délai de cinquante-deux jours à compter de l'envoi à publication de cet avis rectificatif pour permettre aux entreprises, éventuellement dissuadées de présenter leur candidature par les indications portées sur l'avis initial, de disposer du délai utile pour déposer une offre ; qu'en l'espèce, l'avis rectificatif publié au Bulletin officiel des annonces des marchés publics avait pour objet d'imposer une visite du site le 13 mai 2008, soit dans un délai de dix jours, suffisant, à compter de la publication de l'avis rectificatif, et de repousser la date limite de réception des offres au 6 juin 2008 ; que cette rectification n'apportait aucune modification à l'objet et aux conditions initiales du marché ; que, dans ces conditions, la circonstance que le centre hospitalier d'Auch n'ait pas ouvert un nouveau délai de cinquante-deux jours à compter de la publication de l'avis rectificatif ne constitue pas, en tout état de cause, un manquement aux obligations de publicité qui lui incombait ;

Quant à la procédure de marché négocié :

En ce qui concerne le moyen tiré de l'insuffisante justification de la décision de déclarer infructueux l'appel d'offres initial :

Considérant, d'une part, que la seule circonstance que le courrier du 15 juillet 2008, par lequel le centre hospitalier d'Auch a déclaré infructueux l'appel d'offres quant aux lots 2 à 4 du marché, mentionnait l'existence d'offres totalement conformes au cahier des clauses techniques particulières n'implique pas que ces offres étaient financièrement acceptables ; que, d'autre part, qu'aux termes du premier alinéa du III de l'article 59 du code des marchés publics : « (...) Lorsqu'il n'a été proposé que des offres irrégulières ou inacceptables au sens du 1° du I de l'article 35, l'appel d'offres est déclaré sans suite ou infructueux (...) après avis de la commission d'appel d'offres pour (...) les établissements publics de santé (...). / Les candidats qui ont remis un dossier au pouvoir adjudicateur en sont informés. » ; qu'il ne résulte pas de ces dispositions que le pouvoir adjudicateur soit tenu de motiver la déclaration

du caractère infructueux de l'appel d'offres lorsqu'il en informe les candidats lui ayant remis un dossier ; que, dans ces conditions, le moyen tiré de l'insuffisante justification du recours à la procédure de marché négocié doit être écarté ;

En ce qui concerne le moyen tiré de l'incompétence de l'auteur du courrier du 15 juillet 2008 :

Considérant que ce moyen n'est pas relatif à un manquement aux obligations de publicité ou de mise en concurrence ; qu'il n'appartient dès lors pas au juge des référés précontractuels, saisi sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, de se prononcer sur son bien fondé ;

En ce qui concerne le moyen tiré de la modification substantielle des conditions initiales de passation du marché :

Considérant qu'aux termes du 1^o du I de l'article 35 du code des marchés publics : *« Les pouvoirs adjudicateurs peuvent passer des marchés négociés dans les cas définis ci-dessous. / Peuvent être négociés après publicité préalable et mise en concurrence : Les marchés et les accords-cadres pour lesquels, après appel d'offres ou dialogue compétitif, il n'a été proposé que des offres irrégulières ou inacceptables que le pouvoir adjudicateur est tenu de rejeter. Une offre irrégulière est une offre qui, tout en apportant une réponse au besoin du pouvoir adjudicateur, est incomplète ou ne respecte pas les exigences formulées dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation. Une offre est inacceptable si les conditions qui sont prévues pour son exécution méconnaissent la législation en vigueur, ou si les crédits budgétaires alloués au marché après évaluation du besoin à satisfaire ne permettent pas au pouvoir adjudicateur de la financer. / Les conditions initiales du marché ne doivent toutefois pas être substantiellement modifiées. » ;*

Considérant que si, après un appel d'offres déclaré infructueux, la personne responsable du marché peut adapter le dossier de consultation préalablement à la passation du marché négocié pour tenir compte des résultats de la première consultation ou même corriger certains éléments du dossier de consultation afin de prendre en compte les propositions faites par les différents candidats au cours de la négociation engagée avec eux, ces adaptations ou ces corrections ne peuvent modifier substantiellement l'objet ou les conditions de réalisation du marché ; qu'en l'espèce, le pouvoir adjudicateur, pour mettre en œuvre la négociation faisant suite à la déclaration du caractère infructueux de l'appel d'offres, a demandé, le 15 juillet 2008, aux candidats de remettre deux offres respectivement désignées comme minimale et maximale ; que le 1^{er} août 2008, le centre hospitalier décidait de ne poursuivre la négociation que sur la base de l'offre dite maximale ; qu'hormis l'affirmation d'une préférence technique, cette offre « maximale » différait de l'offre initiale en ce que, d'une part, les options n°1 et 2 étaient désormais incluses dans la prestation de base et en ce que, d'autre part, aucune autre option, variante ou tranche conditionnelle ne devaient figurer dans l'offre des entreprises candidates ; que si le cahier des clauses administratives générales ne prévoyait qu'une variante, à savoir le remplacement de la solution « VoWifi » par une solution DECT, le caractère substantiel de la suppression des options n°3 et 4, relatives à « l'attachement des sous-répartiteurs par une boucle de 10 gigabits » au lieu de 2 dans l'option n°2 et à « l'extension de la bande passante des commutateurs groupe de travail » et des neuf tranches conditionnelles, qui comprenaient notamment la mise en place d'un serveur vocal interactif à reconnaissance vocale, de la « mobilité » sur les trois sites distants du centre hospitalier et d'un dispositif « anti-fugue », n'est pas sérieusement contredit par le centre

hospitalier en défense ; qu'il résulte des explications fournies à l'audience que la suppression de deux options et de neuf tranches conditionnelles représentait un enjeu financier de l'ordre de 220 000 € TTC ; que, toutefois, si ces modifications emportaient un changement substantiel dans l'objet du marché et donc dans les conditions initiales du marché au sens de l'article 35 du code des marchés publics précité, il est constant que toutes les entreprises ayant déposé une offre au titre de la procédure formalisée initiale ont été admises à négocier sur la même base, à savoir le courrier du 15 juillet 2008 précité ; que ce manquement n'a donc pas lésé la société requérante ni avantagé l'entreprise concurrente au stade de la procédure de marché négocié ; que le moyen tiré d'une méconnaissance de l'article 35 du code des marchés publics doit être écarté comme inopérant ;

En ce qui concerne le moyen tiré de l'absence de réponse à la question technique posée en cours de procédure par la société requérante :

Considérant qu'aux termes du II de l'article 66 du code des marchés publics applicable au ; procédures négociées : « *Les renseignements complémentaires sur les documents de la consultation sont envoyés aux opérateurs économiques qui les demandent en temps utile, six jours au plus tard avant la date limite fixée pour la réception des offres.* » ; que la demande présentée le 16 juillet 2008 au pouvoir adjudicateur portait sur la justification de la préférence pour la solution technique, relative à « la mobilité sur le réseau Wifi », référencée 802.11 a ; que la réponse à cette demande, à défaut d'ambiguïté, pour les entreprises concernées, du courrier engageant la procédure de marché négocié, n'était pas nécessaire pour que la société requérante puisse présenter une offre, ce qu'elle a d'ailleurs fait ; que, dès lors, le moyen tiré de l'absence de réponse à cette demande d'information doit être écarté comme inopérant ;

En ce qui concerne le moyen tiré du manquement aux règles de concurrence par exigence d'une norme technique :

Considérant qu'aux termes du 1° du I de l'article 6 du code des marchés publics : « *Les prestations qui font l'objet d'un marché ou d'un accord-cadre sont définies, dans les documents de la consultation, par des spécifications techniques formulées : / (...) par référence à des normes ou à d'autres documents équivalents accessibles aux candidats, notamment des agréments techniques ou d'autres référentiels techniques élaborés par les organismes de normalisation* » ; et qu'aux termes du III du même article : « *Les spécifications techniques mentionnées au I permettent l'égal accès des candidats et ne peuvent pas avoir pour effet de créer des obstacles injustifiés à l'ouverture des marchés publics à la concurrence.* » ; que le courrier adressé le 15 juillet 2008, par le centre hospitalier, aux candidats précisait que « *la mobilité choisie sera basée sur le réseau WiFi, et compte tenu des travaux en cours dans le monde de la santé le 802.11 a fonctionnant sur le 5 Ghz sera préféré au 802.11 b et g fonctionnant sur le 2.4 Ghz. Les mobiles Voix proposés fonctionneront donc sur le 802.11 a à l'exclusion de tout autre standard* » ; que, malgré sa formulation ambiguë, ce courrier ne présentait pas une exigence mais une préférence ; qu'il est constant que l'entreprise concurrente de la société requérante, à savoir Orange Business Services ne recourt plus à la norme 802.11 b et g déconseillée dans le courrier précité ; qu'il résulte de l'instruction, et notamment de l'analyse technique de l'offre dite maximale du lot n°2, finalement retenue par le centre hospitalier, que la conformité de la « solution Voix » au cahier des clauses techniques particulières, évalué au titre de la note technique entrant pour 60% dans les critères de jugement des offres a été notée 6/10 pour la société requérante et 10/10 pour l'entreprise concurrente à l'issue de la seconde phase de négociation ; que si l'appréciation associée à cette note relevait que l'offre de la société requérante n'était pas

techniquement conforme, elle indiquait que l'offre était fonctionnellement recevable ; que cette note ne représentait que 2/60èmes de la note technique de jugement des offres ; que la société requérante n'établit pas avoir dû renchérir son offre de 34 000 € pour s'adapter à cette préférence technique ; qu'il résulte de l'ensemble de ces circonstances que le manquement au principe de l'égalité de traitement au cours de la procédure de marché négocié n'est pas établi ;

En ce qui concerne le moyen tiré d'une rupture d'égalité entre les candidats en cours de négociation :

Considérant que, d'une part, il n'est pas établi, ni même formellement allégué, que l'entreprise concurrente de la société requérante aurait été spécifiquement questionnée sur la possibilité pour elle de doubler la durée de garantie du matériel ; que, d'autre part, le centre hospitalier fait valoir, sans être ultérieurement contredit, que l'offre a été évaluée, quant au critère financier, de manière globale si bien que le coût respectif des licences téléphoniques n'est pas entré en ligne de compte ; que, dès lors, le moyen tiré d'une rupture de l'égalité de traitement, au cours de la négociation, entre les entreprises candidates manque en fait ;

En ce qui concerne le moyen tiré de l'erreur manifeste d'appréciation quant à l'appréciation des offres :

Considérant qu'il n'appartient pas au juge des référés précontractuels, saisi sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, de se prononcer sur l'appréciation des mérites des candidats dont l'offre est retenue, excepté dans l'hypothèse où cette appréciation révélerait un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence ; que la circonstance, à la supposer établie, que la qualité technique de l'offre présentée par la société requérante aurait fait l'objet d'une appréciation négative du fait de l'exercice d'une faculté ouverte par le cahier des clauses techniques particulières est sans incidence sur la régularité, au regard de ces types de manquements, de la procédure de passation du marché litigieux ;

En ce qui concerne le moyen tiré de l'absence de motivation du rejet de l'offre de la société requérante :

Considérant qu'aux termes du 1° du I de l'article 80 du code des marchés publics : « 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 les motifs de ce rejet. » ; qu'aux termes du I de l'article 26 du même code : « Les pouvoirs adjudicateurs passent leurs marchés et accords-cadres selon les procédures formalisées suivantes : 1° Appel d'offres ouvert ou restreint ; 2° Procédures négociées, dans les cas prévus par l'article 35 » ; que ces dispositions, applicables à la procédure litigieuse en vertu des termes mêmes de l'article 26 du code des marchés publics précité, font obligation au pouvoir adjudicateur de communiquer au candidat à une procédure formalisée dont la candidature ou l'offre a été rejetée les motifs de ce rejet ; que cette communication a notamment pour objet de permettre à l'intéressé de contester le rejet qui lui est opposé ; qu'il en résulte qu'une méconnaissance de l'obligation de communication qui incombe au pouvoir adjudicateur constitue une atteinte aux obligations de publicité et de mise en concurrence dont il appartient au juge administratif, saisi en application de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, de tirer les conséquences ; qu'en l'espèce, la société requérante a demandé, le 15 septembre 2008, et

obtenu, le 18 septembre, tous les éléments relatifs aux motifs du rejet de son offre ; qu'ainsi, pour regrettable que soit la circonstance que le courrier du 10 septembre 2008 rejetant l'offre de la société requérante n'ait pas comporté la motivation de ce rejet, ce manquement n'implique pas, dans les circonstances de l'espèce, l'annulation de la procédure litigieuse dès lors que la société requérante, en obtenant les motifs du rejet qui lui a été opposés, a pu contester, dans le cadre de la présente instance, les manquements du pouvoir adjudicateur aux obligations de publicité et de mise en concurrence ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que les conclusions aux fins d'annulation présentées par la SOCIETE SPIE COMMUNICATIONS doivent être rejetées ;

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

Considérant, d'une part, que dans son mémoire enregistré le 6 octobre 2008, la SOCIETE SPIE COMMUNICATIONS se désiste des conclusions qu'elle a présentées pour l'application de ces dispositions ; que ce désistement est pur et simple ; que rien ne s'oppose à ce qu'il en soit donné acte ;

Considérant, d'autre part, qu'il n'y a pas lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de la société requérante la somme que le centre hospitalier d'Auch demande au titre des frais qu'il a exposés et non compris dans les dépens ;

ORDONNE :

Article 1er : La requête est rejetée.

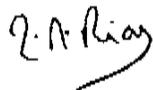
Article 2 : Il est donné acte du désistement de la SOCIETE SPIE COMMUNICATIONS des conclusions qu'elle a présentées au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : Les conclusions présentées par le centre hospitalier d'Auch au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 4 : La présente ordonnance sera notifiée à la SOCIETE SPIE COMMUNICATIONS et au centre hospitalier d'Auch.

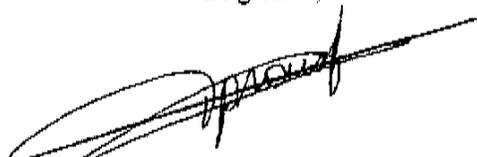
Fait à Pau le 7 octobre 2008.

Le juge des référés,



J.M RIOU

Le greffier,



F PROUST

La République mande et ordonne au préfet du Gers 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 du présent jugement.

Pour expédition conforme :
Le greffier

F. PROUST

achatpublic.info