

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE POITIERS**

N°0900310

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

SARL QOS TELECOM et SOCIETE SDNUM

c/

Département de la Charente

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

M. Gauthier

Juge des référés

Le juge des référés

Audience du 26 février 2009
Ordonnance du 26 février 2009

du Tribunal administratif de Poitiers,

Vu la requête, enregistrée le 5 février 2009, présentée pour la SARL QOS TELECOM, dont le siège est 16 rue de Bretagne à La Chapelle sur Erdre (44240), représentée par son gérant en exercice, et pour la SOCIETE SDNUM, dont le siège est 22 rue du sentier à Paris (75002), représentée par son président directeur général en exercice, par Me Haroche, avocat ;

la SARL QOS TELECOM et la SOCIETE SDNUM demandent que le tribunal :

- enjoigne au département de la Charente de différer la signature du contrat ayant pour objet la résorption des zones d'ombre haut débit du département de la Charente ;
- annule la procédure négociée ;
- enjoigne au département de la Charente, s'il entend conclure un marché ayant le même objet, de reprendre la procédure de mise en concurrence dans des conditions conformes aux dispositions législatives et réglementaires en vigueur ;
- mettre à la charge du département de la Charente la somme de 5 000 € en application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Elle soutiennent que la nature et l'étendue des besoins à satisfaire n'ont pas été déterminées avec une précision suffisante en méconnaissance de l'article 5 du code des marchés publics et du principe de transparence, que le recours à la procédure négociée, à la suite d'une procédure de dialogue compétitif, a été décidée en méconnaissance des dispositions de l'article 35-I-2 du code des marchés publics, que la lettre de consultation adressée au groupement requérant ne comportait pas les références de l'avis d'appel public à la concurrence en méconnaissance des dispositions de l'article 66-I-3 du code des marchés publics ;

Vu l'ordonnance en date du 6 février 2009 par laquelle le juge des référés du tribunal administratif de Poitiers a enjoint au département de la Charente de différer jusqu'au 26 février 2009 la signature du marché de services ayant pour objet la résorption des zones d'ombre haut débit du département de la Charente ;

Vu le mémoire complémentaire, enregistré le 13 février 2009, présenté pour les sociétés requérantes qui concluent aux mêmes fins ;

Elles soutiennent que le moyen tiré de ce que le département aurait dû lancer la procédure négociée sur le fondement de l'article 35-I-1 du code des marchés publics et non pas sur l'unique référence au I-2° du même article est irrecevable, inopérant et infondé ; que le moyen tiré de la méconnaissance de l'article 5 du code des marchés publics est irrecevable et mal fondé ; que le moyen tiré de la contradiction entre les mentions de l'avis d'appel public à la concurrence et du règlement de la consultation est irrecevable et mal fondé ; et qu'il en est de même du moyen tiré de l'illégalité du sous-critère géographique ;

Elles soutiennent en outre que la procédure est irrégulière en ce que les informations relatives aux modalités de la négociation figurant dans l'avis d'appel public à la concurrence et dans le règlement de la consultation sont entachées de contradiction, et que le sous-critère géographique retenu pour le jugement des offres est illégal ;

Vu le mémoire, enregistré le 23 février 2009, présenté pour le département de la Charente par la SELARL d'avocats Symchowicz-Weissberg ; le département conclut :

- au rejet de la requête ;
- à la condamnation des sociétés requérantes à lui payer la somme de 4 000 € sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Vu la décision en date du 2 janvier 2009 par laquelle le président du tribunal a désigné M. Gauthier, premier conseiller, comme juge des référés ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu le code de justice administrative ;

Après avoir entendu, au cours de l'audience publique du 26 février 2009 :

- le rapport de M. GAUTHIER, juge des référés ;

- les observations orales de Me Haroche, avocat au barreau de Paris, représentant la SARL QOS TELECOM et la SOCIETE SDNUM, qui déclare, sur demande du juge des référés, que les sociétés requérantes ne retiennent plus le moyen tiré de l'absence de référence à l'avis d'appel public à la concurrence dans la lettre de consultation ; mais qui soutient en outre que le département se trouvait dans la situation prévue par le 2 du I de l'article 35 du code des marchés publics, que le recours à la procédure négociée n'est pas optionnel, que les sociétés requérantes ont été lésées dès lors qu'elles auraient pu demander communication du procès-verbal de la commission d'appel d'offres qui s'est prononcée sur le caractère infructueux de la première procédure suivie de dialogue compétitif et contester cette décision, mais que s'étant engagées dans la procédure négociée elles ne pouvaient pas le faire sans perdre toute chance d'obtention du marché au cours de la nouvelle

procédure, qu'elle se trouvent ainsi hors délai pour contester la procédure de dialogue compétitif, que si la mention erronée de l'alinéa de l'article 35 du code était facultative cette mention était susceptible de les léser, que les spécifications techniques auraient dû être définies après sept mois de procédure de dialogue compétitif alors que l'on constate que ces spécifications ne sont pas plus développées dans les pièces du marché négocié que dans celles du dialogue compétitif, que les incohérences entre l'avis d'appel public à la concurrence et du règlement de la consultation sur la négociation en phases successives ou non ont eu des incidences sur la confection des offres ;

- les observations orales de Me Morice, avocat au barreau de Paris, collaborateur de la SELARL d'avocats Symchowicz-Weissberg, représentant le département de la Charente, qui soutient que le principe même du recours à la procédure négociée n'est pas contesté par les sociétés requérantes, qu'ainsi le choix de cette procédure n'a pas pu leur créer de préjudice, que ces sociétés pouvaient et peuvent toujours contester la décision de ne pas donner suite au dialogue compétitif, que cette procédure de dialogue compétitif était régulière, que le code ne rend pas obligatoire la mention de l'alinéa précis de l'article 35 du code des marchés publics dont il est fait application, que les sociétés requérantes ont été informées qu'il y aurait une procédure négociée, que la question des solutions techniques à apporter aux besoins du département, besoins définis avec une précision suffisante, n'ont pas été tranchées à la suite de la procédure de dialogue compétitif, qu'aucune offre n'a été rejetée au cours des phases successives et que l'offre des sociétés requérantes n'a été d'ailleurs rejetée qu'à la fin de la procédure négociée, et que s'il a été fait mention de phases successives, c'est que différentes réunions ont été prévues, réunions dont tous les concurrents ont été informés par avance ;

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 qu'en vertu des dispositions précitées de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, les personnes habilitées à agir pour mettre fin aux manquements du pouvoir adjudicateur à ses obligations de publicité et de mise en concurrence sont celles susceptibles d'être lésées par de tels manquements ; qu'il appartient dès lors au juge des référés précontractuels de rechercher si l'entreprise qui le saisit se prévaut de manquements qui, eu égard à leur portée et au stade de la procédure auquel ils se rapportent, sont susceptibles de l'avoir lésée ou risquent de la léser, fût-ce de façon indirecte en avantageant une entreprise concurrente ;

Considérant que si les sociétés requérantes faisaient valoir dans leur requête introductive d'instance que la lettre de consultation adressée au groupement requérant ne comportait pas les références de l'avis d'appel public à la concurrence en méconnaissance des dispositions du 3 du I de l'article 66 du code des marchés publics, elles ont expressément abandonné ce moyen au cours de l'audience ;

Considérant qu'aux termes de l'article 35 du code des marchés publics : « Les pouvoirs adjudicateurs peuvent passer des marchés négociés dans les cas définis ci-dessous. I.- Peuvent être négociés après publicité préalable et mise en concurrence : 1° 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. / Le pouvoir adjudicateur est dispensé de procéder à une nouvelle mesure de publicité s'il ne fait participer à la négociation que le ou les candidats qui, lors de la procédure antérieure, ont soumis des offres respectant les exigences relatives aux délais et modalités formelles de présentation des offres ; / 2° Les marchés et les accords-cadres de services, notamment les marchés de services financiers mentionnés au 6° de l'article 29 et les marchés de prestations intellectuelles telles que la conception d'ouvrage, lorsque la prestation de services à réaliser est d'une nature telle que les spécifications du marché ne peuvent être établies préalablement avec une précision suffisante pour permettre le recours à l'appel d'offres ; (...) II.- Peuvent être négociés sans publicité préalable et sans mise en concurrence : (...) 3° Les marchés et les accords-cadres passés selon la procédure de l'appel d'offres, pour lesquels aucune candidature ou aucune offre n'a été déposée ou pour lesquels seules des offres inappropriées ont été déposées, pour autant que les conditions initiales du marché ne soient pas substantiellement modifiées et qu'un rapport soit communiqué, à sa demande, à la Commission européenne. Est inappropriée une offre qui apporte une réponse sans rapport avec le besoin du pouvoir adjudicateur et qui peut en conséquence être assimilée à une absence d'offre ; »

Considérant que si les sociétés requérantes soutiennent que le recours à la procédure négociée sur le fondement du 2° du I de l'article 35 du code précité était illégal, elles reconnaissent que le département de la Charente pouvait passer un marché négocié sur le fondement du 1° du I de l'article 35 du code ; que si, selon elles, le recours à la procédure négociée sur le fondement du 2° du I de l'article 35 ne leur permettait pas et ne leur permet plus de contester la première procédure de dialogue compétitif, elles n'allègent même pas que cette première procédure aurait été entachée d'illégalité ; que si elles affirment que la référence au 1° au lieu du 2° du I de l'article 35 aurait eu une influence sur la conception de leur offre, elles n'apportent pas d'éléments de nature à l'établir ; qu'ainsi dès lors que les sociétés requérantes ont été admises à participer à la procédure négociée, elles ne démontrent pas que le manquement qu'elles invoquent, à le supposer au demeurant établi, était susceptible de les léser ;

Considérant qu'aux termes de l'article 5 du code des marchés publics : « I. - La nature et l'étendue des besoins à satisfaire sont déterminées avec précision avant tout appel à la concurrence ou toute négociation non précédée d'un appel à la concurrence en prenant en compte des objectifs de développement durable. Le ou les marchés ou accords-cadres conclus par le pouvoir adjudicateur ont pour objet exclusif de répondre à ces besoins. / II. - Le pouvoir adjudicateur détermine le niveau auquel les besoins sont évalués. Ce choix ne doit pas avoir pour effet de soustraire des marchés aux

règles qui leur sont normalement applicables en vertu du présent code. » ; que les sociétés requérantes soutiennent que la nature et l'étendue des besoins à satisfaire n'ont pas été déterminées avec une précision suffisante en méconnaissance de l'article 5 du code des marchés publics et du principe de transparence ; que selon l'avis d'appel public à la concurrence : « le marché de services consiste à proposer à la collectivité des solutions pouvant être multiples, permettant la résorption des zones d'ombre haut débit sur le département de la Charente, le service proposé doit viser un objectif de 2mbits/s pour tous pouvant aller jusqu'à 10 Mbits/s sur les principaux pôles économiques du département » ; qu'une telle définition, qui fixe un objectif pour tous et un objectif plus important pour les principaux pôles économiques, ne paraît pas imprécise dès lors qu'il appartenait à la collectivité de fixer des objectifs différenciés selon les publics visés ; que si la collectivité a rencontré des difficultés pour définir les solutions techniques envisageables, de telles difficultés ne révèlent pas une imprécision des besoins à satisfaire au sens de l'article 5 du code ; qu'ainsi la SARL QOS TELECOM et la SOCIETE SDNUM, qui ont participé tant à la procédure de dialogue compétitif qu'à la procédure négociée, ne démontrent pas que le principe de transparence aurait été méconnu ;

Considérant qu'aux termes du dernier alinéa du V de l'article 66 du code des marchés publics : « La procédure négociée peut se dérouler en phases successives à l'issue desquelles certains candidats sont éliminés, par application des critères de sélection des offres établis conformément à l'article 53 indiqués dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation. Le recours à cette faculté est prévu dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation. » ; que l'avis d'appel public à la concurrence indiquait : « Recours à une procédure se déroulant en phases successives afin de réduire progressivement le nombre de candidats », alors que l'article 4.1.3 du règlement de la consultation ne mentionne qu'une élimination des offres inappropriées au sens du 3° du II de l'article 35 du code des marchés publics ; qu'il est toutefois constant que tous les concurrents ont été admis à participer tout au long de la procédure négociée ; qu'ainsi les sociétés requérantes ne démontrent pas que la contradiction dans les pièces du marché était susceptible de les avoir lésées ou risquaient d'avantager une entreprise concurrente ;

Considérant que les sociétés requérantes soutiennent que le sous-critère géographique retenu pour le jugement des offres est illégal ; qu'aux termes de l'article 4.2 du règlement de la consultation l'offre économiquement la plus avantageuse est appréciée en fonction des critères de valeur technique (55 %), de prix des prestations (35 %) et de délais d'exécution (10 %) ; qu'au sein du critère de valeur technique les arguments sur la pérennité de la présence de l'opérateur en Charente sont évalués à 5 % ; que l'avis d'appel public à la concurrence indiquait que la durée prévisionnelle du marché envisagée était de cinq ans ; que les sociétés requérantes ont elles-mêmes proposé une exploitation complémentaire de cinq ans supplémentaires afin de rentabiliser l'investissement consenti ; qu'ainsi, alors qu'aucune implantation dans le département n'était exigée avant l'obtention du marché, la collectivité a pu légalement prévoir un sous-critère de la pérennité de la présence de l'opérateur en Charente, dès lors qu'une implantation en Charente était nécessaire à la réalisation du marché, postérieurement à son obtention ;

Considérant que les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce que soit mise à la charge du département de la Charente, qui n'est pas la partie perdante dans la présente instance, la somme que la SARL QOS TELECOM et la SOCIETE SDNUM demandent au titre des frais exposés par elles et non compris dans les dépens ; qu'il y a lieu, en revanche, de faire application de ces dispositions et de mettre à la charge de ces sociétés une somme de 1 000 euros au titre des frais exposés par le département de la Charente, et non compris dans les dépens ;

ORDONNE

Article 1er : La requête est rejetée.

Article 2 : La SARL QOS TELECOM et la SOCIETE SDNUM sont condamnées à verser au département de la Charente une somme de 1 000 euros sur le fondement des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : La présente ordonnance sera notifiée à la SARL QOS TELECOM, à la SOCIETE SDNUM et au département de la Charente.

Fait à Poitiers, le 26 février 2009

Le juge des référés,

Le greffier d'audience,

signé

signé

E. GAUTHIER

M.C RABACHOU

La République mande et ordonne au préfet de la Charente en ce qui le concerne et à tous huissiers à ce requis en ce qui concerne les voies de droit commun, contre les parties privées, de pourvoir à l'exécution de la présente ordonnance.

Pour expédition conforme,
Pour le greffier en chef,
Le greffier,



C. HUMEAU