

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE TOULOUSE****RÉPUBLIQUE FRANÇAISE****N°1004565**
_____**SOCIETE VITARIS RESPONSE SAS****AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS****M. Arroucau**
Juge des référés

Le Tribunal administratif de Toulouse,

Ordonnance du 23 novembre 2010

Le juge des référés

Vu la requête, enregistrée le 4 novembre 2010, présentée pour la SOCIETE VITARIS RESPONSE SAS, dont le siège est Village Harfleur 2000 90 A, allée Hubert Curien BP28 à Le Creusot (71201), par Me Azin ; la SOCIETE VITARIS RESPONSE SAS demande au juge des référés, sur le fondement des articles L.551-1 et suivants du code de justice administrative :

- d'enjoindre au département de la Haute-Garonne de suspendre la signature du marché de prestations de service de télé-assistance aux personnes âgées ou handicapées du département jusqu'au terme de la procédure engagée ;

- d'annuler la procédure adaptée tendant à l'attribution du marché litigieux, ainsi que la décision du 21 octobre 2010 rejetant son offre ;

- d'enjoindre au département de la Haute-Garonne d'organiser une nouvelle procédure de consultation ;

- de condamner ce dernier à lui verser la somme de 5.000 € au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Elle soutient :

- que la procédure de passation est irrégulière en ce qu'elle méconnaît l'obligation de négociation posée par l'article 5.2 du règlement de consultation ; que l'absence de négociations a avantage, à son détriment, la société Europ Assistance ; qu'en effet, une proposition de prix en vue d'une négociation et une proposition de prix définitive ne peuvent être considérées comme équivalentes ; qu'elle a établi son offre en pensant qu'elle devait pouvoir en diminuer le montant au cours de la négociation comme il se doit en pratique ; que le Conseil général ne devait induire les candidats en erreur et s'il ne désirait pas procéder à des négociations, devait demander l'envoi d'offres définitives et non de propositions servant de base à de telles négociations ;

- que le département de la Haute-Garonne n'a pas indiqué dans les documents de la consultation l'obligation pour le nouveau prestataire de reprendre les huit salariés actuellement en

N°1004565

2

poste ; que cette omission a eu pour conséquence d'influencer directement les offres sur un plan économique ; qu'elle a établi son offre en fonction des éléments essentiels de la convention dont elle avait connaissance en qualité d'attributaire actuel du marché ; que la société Europ Assistance n'a pas eu ces informations et n'a pu en tenir compte dans l'établissement de sa proposition de prix ; qu'il a ainsi été créée, à son détriment, une distorsion de concurrence substantielle ; qu'en tout état de cause, il a été créée une rupture d'égalité de traitement entre les candidats dès lors qu'elle a été la seule à devoir prendre en considération la masse salariale du personnel affecté à ce marché de service ;

Vu le mémoire en défense, enregistré le 19 novembre 2010, présenté pour le département de la Haute-Garonne et tendant :

- au rejet de la requête ;

- à la condamnation de la SOCIETE VITARIS RESPONSE SAS au versement d'une somme de 1.000 € en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Il soutient :

- que si la phase de négociation n'a pas été formellement mise en œuvre, il a néanmoins demandé des précisions sur les offres des candidats ; qu'en tout état de cause, la société requérante n'est pas susceptible d'avoir été lésée par cet éventuel manquement ; qu'il a procédé à une première analyse des offres ; qu'à l'issue de cette analyse, il a considéré que seuls certains points des offres des candidats pouvaient faire l'objet de précisions ; que ces dernières ont été demandées aux candidats, en vue d'adapter leurs offres ; que l'absence de formalisation réelle de négociation a concerné l'ensemble des candidats ; qu'à ce titre, la société requérante n'est pas susceptible d'avoir été lésée par cette absence ; qu'en effet, aucun des candidats n'a pu adapter son offre ;

- que la phase de négociation a été neutralisée et qu'aucun candidat n'a pu être avantagé de ce point de vue ; qu'en outre, l'allégation de la requérante selon laquelle la négociation lui aurait permis de diminuer son offre sur le plan financier n'est pas certaine ; qu'ayant connaissance de ces chiffres, ses services ont pu légitimement penser que l'offre financière proposée par la société requérante ne pouvait pas être améliorée ; qu'en effet, son offre dans le cadre de ce nouveau marché, d'un montant de 6.528.150 € HT ou 7.807.667,40 € TTC, était proche de la facturation observée au titre du précédent marché ; qu'en outre, il n'est pas certain que son offre aurait pu être considérée comme la moins disante sur le critère prix, quand bien même elle aurait consenti un effort financier pendant les négociations ; qu'en effet, d'une part, l'écart avec la société attributaire est plus que conséquent ; que d'autre part, elle a été classée en troisième position sur le critère du prix ;

- que l'absence d'indication sur la reprise du personnel dans le cadre du dossier de consultation n'a absolument pas lésé la société requérante ; qu'en effet, l'ignorance par les autres candidats d'une reprise du personnel ne les a pas empêchés de chiffrer ce poste dans leur offre ; qu'est en cause un marché de prestations de services de télé-assistance, dans lequel les salaires des télé-opérateurs constituent le poste le plus lourd sur le plan financier ; qu'à cet égard, l'absence d'information dans le dossier de consultation sur le personnel à reprendre est de nature à avantager le candidat déjà titulaire du marché ; qu'en effet, ce dernier est le plus à même de chiffrer au plus juste son offre financière ; qu'en outre, il ressort de l'offre remise par la société adjudicataire que celle-ci a intégré dans sa proposition financière la reprise du personnel de l'ancien titulaire ;

- que le juge du référé précontractuel tient donc de l'article L. 551-2 du code de justice

N°1004565

3

administrative le pouvoir de refuser d'annuler une procédure entachée d'irrégularité pour atteinte excessive à l'intérêt public ; qu'en l'espèce, l'annulation de la procédure en cause porterait une atteinte manifestement excessive à l'intérêt général ; que notamment, le prestataire doit permettre une intervention sans délai au domicile des bénéficiaires s'agissant d'un appel d'alarme ; qu'en outre, il doit directement intervenir au titre de son obligation de maintenance dans les 24 heures maximum lorsque survient un problème technique sur le matériel ; qu'afin de maintenir la continuité du service public, les marchés actuel et à venir prévoient une phase de déploiement de 6 mois au commencement du marché ; qu'il n'est pas envisageable, sous peine de conséquences importantes vis-à-vis des usagers du service, que ces prestations connaissent un arrêt suite à l'annulation de la procédure de passation mise en œuvre par le département, ; que dans ce cas, le département serait dans l'obligation de relancer une procédure de passation d'une durée minimum de 3 mois, sans possibilité d'assurer ce service pour cette période transitoire ;

Vu le mémoire en observation, enregistré le 19 novembre 2010, présenté pour la société Europ Assistance France SA et tendant :

- au rejet de la requête ;

- à la condamnation de la SOCIETE VITARIS RESPONSE SAS au versement d'une somme de 3.500 € en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Elle soutient :

- que l'argumentation de la société requérante repose sur le postulat selon lequel une négociation doit nécessairement porter sur les aspects financiers des offres ; que des discussions avec celle-ci sont intervenues sur les aspects techniques et qualitatifs ; qu'elle a elle-même eu l'occasion de préciser certains points techniques et qualitatifs de sa proposition ; qu'en somme des échanges sont intervenus avec le pouvoir adjudicateur et les candidats en cause ; qu'aucun déséquilibre dans le traitement des candidats n'a eu lieu dès lors qu'aucune adaptation financière des offres n'a été sollicitée ; que l'argument selon lequel l'article 5.2 du règlement de la consultation aurait été méconnu manque en fait ; qu'au demeurant, il ressort de la jurisprudence citée par la société requérante que les pouvoirs adjudicateurs peuvent s'affranchir des prescriptions du règlement de la consultation dès lors que celles-ci sont sans incidence sur l'appréciation de l'offre ;

- qu'en tout état de cause, au regard de la configuration technique et qualitative des offres, une négociation financière n'aurait pas modifié le classement ; qu'elle n'aurait en tout cas pas permis à la société requérante d'accéder à la première position du classement général ; que c'est à bon droit que le département de la Haute-Garonne n'a pas engagé de négociation financière avec la requérante et s'en est tenu à une négociation portant sur les autres aspects des offres ;

- qu'il ne peut être soutenu que l'absence de mention relative à l'application de l'article L. 1224-1 du code du travail a défavorisé la société requérante, en permettant à son concurrent de formuler des offres financièrement plus intéressantes ; qu'il ressort de son offre qu'elle a intégré la question de l'application de cette disposition ; qu'elle n'a pas été avantagée par une prétendue ignorance des conséquences attachées à cet article ;

Vu le mémoire en réplique, enregistré le 20 novembre 2010, présenté pour la SOCIETE VITARIS RESPONSE SAS et tendant aux mêmes fins que sa requête par les mêmes moyens et faisant en outre valoir :

N°1004565

4

- qu'elle pouvait baisser son prix de plus de 6%, ce qui constitue une situation commune pour des sociétés commerciales ;

- qu'il n'existe aucun risque d'arrêt de la prestation de télé-assistance ; que la jurisprudence présentée par le département est relative à des risques de catastrophes naturelles ou écologiques dans un contexte d'urgence ; qu'elle est liée contractuellement par l'exécution du marché actuel jusqu'au 18 mai 2011, soit un terme de 5 mois, ce qui laissera assez de temps au nouveau prestataire pour le déploiement de son matériel ; que de plus, il sera toujours possible de passer un marché complémentaire d'un ou deux mois avec le prestataire actuel pour laisser un temps de déploiement suffisant à l'attributaire au cas où celui-ci serait incapable de déployer son matériel dans un laps de temps plus restreint ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu le code des marchés publics ;

Vu le code de justice administrative ;

Après avoir entendu, à l'audience publique du 22 novembre 2010 à laquelle les parties avaient été régulièrement convoquées :

-le rapport de M. Jean-Pierre Arroucau, juge des référés ;

-les observations de M^e Madoulé pour la société VITARIS RESPONSE SAS qui confirme ses écritures ;

-les observations de M^e Lafay pour le département de la Haute- Garonne qui confirme ses écritures et fait en outre valoir qu'une baisse des prix de la requérante à l'issue de négociations n'aurait probablement pas d'incidence sur les chances de la requérante d'emporter le marché dès lors qu'une baisse de ses prix aurait probablement entraîné une modification de la valeur technique de son offre ;

-les observations de M^e Coupé pour la société Europ Assistance qui confirme les écritures de cette dernière ;

-M. Arroucau demande des précisions sur la chronologie de l'examen des candidatures et des offres au département de la Haute Garonne qui lui indique que l'ouverture des plis a eu lieu le 10 septembre 2010 et la réunion finale de la commission d'appel d'offres le 21 octobre ;

Considérant qu'aux termes de l'article L. 551-1 du code de justice administrative dans sa rédaction applicable à l'espèce : « Le président du tribunal administratif, ou le magistrat qu'il délègue, peut être saisi en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation par les pouvoirs adjudicateurs de contrats administratifs ayant pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures ou la prestation de services, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation, ou la délégation d'un service public. Le juge est saisi avant la conclusion du contrat » ; qu'aux termes de l'article L. 551-2 du même code : « Le juge peut ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations et suspendre l'exécution de toute décision qui se rapporte à la passation du contrat, sauf s'il estime, en

N°1004565

5

considération de l'ensemble des intérêts susceptibles d'être lésés et notamment de l'intérêt public, que les conséquences négatives de ces mesures pourraient l'emporter sur leurs avantages. Il peut, en outre, annuler les décisions qui se rapportent à la passation du contrat et supprimer les clauses ou prescriptions destinées à figurer dans le contrat et qui méconnaissent lesdites obligations » ; qu'au termes de l'article L. 551-3 : « Le président du tribunal administratif ou son délégué statue en premier et dernier ressort en la forme des référés » ; qu'aux termes de l'article L. 551-4 : « Le contrat ne peut être signé à compter de la saisine du tribunal administratif et jusqu'à la notification au pouvoir adjudicateur de la décision juridictionnelle » ; qu'en application de ces dispositions, il incombe au juge des référés précontractuels de rechercher si, eu égard à leur portée et au stade de la procédure auxquels ils se rapportent, les manquements allégués aux obligations de publicité et de mise en concurrence sont susceptibles de léser la société requérante ou risquent, fût-ce de manière indirecte, de la léser en favorisant une autre entreprise ;

Sur l'application des dispositions précitées :

Considérant que par avis d'appel public à la concurrence envoyé à la publication le 21 juillet 2010, le département de la Haute Garonne a engagé une consultation selon une procédure adaptée en vue de la conclusion d'un marché de services de télé-assistance aux personnes âgées et handicapées du département ; que la société VITARIS RESPONSE SAS, qui s'est portée candidate à l'attribution de ce marché et dont l'offre a été rejetée, demande l'annulation de la procédure d'attribution du marché susmentionné ;

Considérant qu'aux termes de l'article 5.2 du règlement de la consultation du marché faisant l'objet du litige : « Après un premier examen des offres, le pouvoir adjudicateur engagera des négociations avec les candidats./ Ces négociations auront pour but d'établir la proposition de base définitive, ses modalités d'exécution et ses prix./ La procédure de négociation se déroulera en phases successives à l'issue desquelles certains candidats seront éliminés par application des critères de sélection des offres... » ;

Considérant que, lorsque le pouvoir adjudicateur choisit de recourir à la possibilité qui lui est donnée par le deuxième alinéa de l'article 28 du code des marchés publics, d'engager, dans le cadre d'une procédure adaptée, une négociation avec les candidats ayant présenté une offre, cette négociation doit être explicitement annoncée dans l'avis d'appel public à la concurrence ou le règlement de la consultation et être conduite selon les modalités prévues par ledit règlement dans le respect, notamment, du principe d'égalité entre les candidats ;

Considérant, en l'espèce, qu'il résulte clairement des dispositions précitées de l'article 5.2 du règlement de la consultation que le choix de l'attributaire du marché devait être précédé d'une négociation avec les candidats admis à présenter une offre, portant sur le contenu de cette dernière au regard des critères de sélection prévus, à savoir la valeur technique de l'offre, son prix et l'exploitation du service ; que s'il résulte de l'instruction que le département de la Haute Garonne a demandé aux candidats retenus, après ouverture des plis, des précisions sur certains aspects techniques et financiers de leurs offres, il est constant qu'aucune négociation véritable n'a été

N°1004565

6

engagée avec eux avant le choix de l'attributaire du marché ; que le département de la Haute-Garonne a, par suite, méconnu ses obligations en matière de mise en concurrence ; que la société VITARIS RESPONSE SAS, qui n'a été devancée par l'attributaire du marché que de 1,49 point/100 grâce à l'application du critère du prix, est, compte tenu de l'incidence que peut avoir sur le prix initial des offres la perspective de l'engagement d'une négociation, susceptible d'avoir été lésée par l'absence de cette dernière ;

Considérant en revanche que s'il n'est pas contesté que les documents de la consultation du marché n'ont pas fait état de l'obligation pour l'attributaire de reprendre les huit salariés actuellement chargés de l'exécution du service, il ne résulte pas de l'instruction que cette omission ait été susceptible de léser la société requérante, actuel titulaire du marché, en conduisant d'autres candidats à minorer leurs coûts et par suite, le montant de leur offre ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que la seule irrégularité résultant de l'omission de la phase de négociation des offres, qui ne concerne pas les obligations du pouvoir adjudicateur en matière de publicité, implique uniquement l'annulation de la procédure faisant l'objet du litige pour sa partie postérieure à l'examen des offres initiales recueillies ; que dans ces conditions, il ne résulte pas des éléments fournis par le département que l'obligation de recommencer cette partie de la procédure nécessite, malgré les contraintes techniques, un délai incompatible avec la nécessité d'assurer la continuité du service de télé-assistance à l'expiration du contrat en cours dont l'achèvement est prévu pour le 17 mai 2011 ; qu'il y a lieu, par suite d'écarter les conclusions du département de la Haute-Garonne tendant à ce qu'il soit fait application des dispositions précitées de l'article L 551-2 du code de justice administrative permettant au juge des référés de renoncer pour un motif d'intérêt public à tirer les conséquences d'un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence ;

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

Considérant qu'aux termes de l'article L. 761-1 du code de justice administrative : « Dans toutes les instances, le juge condamne la partie tenue aux dépens ou, à défaut, la partie perdante, à payer à l'autre partie la somme qu'il détermine, au titre des frais exposés et non compris dans les dépens. Le juge tient compte de l'équité ou de la situation économique de la partie condamnée. Il peut, même d'office, pour des raisons tirées des mêmes considérations, dire qu'il n'y a pas lieu à cette condamnation. » ;

Considérant qu'il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge du département de la Haute-Garonne une somme de 1200 euros au titre des frais exposés par la société VITARIS RESPONSE SAS et non compris dans les dépens ;

Considérant par ailleurs que les dispositions précitées font obstacle à ce que soient mises à la charge de la société VITARIS RESPONSE SAS les sommes dont le département de la Haute-

N°1004565

7

Garonne et la société Europ Assistance demandent le paiement au titre des frais exposés et non compris dans les dépens ;

ORDONNE

Article 1^{er} : La procédure engagée par le département de la Haute-Garonne en vue de la passation d'un marché de prestations de services de télé-assistance aux personnes âgées et handicapées est annulée pour sa partie postérieure à l'examen des offres initiales recueillies.

Article 2 : Il est enjoint au département de la Haute-Garonne de poursuivre la procédure en ayant recours à la phase de négociations des offres initiales prévue par le règlement de la consultation.

Article 3 : Le département de la Haute-Garonne versera à la société VITARIS RESPONSE SAS une somme de 1200 euros au titre de l'article L 761-1 du code de justice administrative.

Article 4 : Le surplus des conclusions de la requête de la société VITARIS RESPONSE SAS est rejeté.

Article 5 : Les conclusions du département de la Haute-Garonne et de la société Europ Assistance tendant à ce que les frais exposés par eux et non compris dans les dépens soient mis à la charge de la société VITARIS RESPONSE SAS sont rejetées.

Article 6 : La présente ordonnance sera notifiée à la société VITARIS RESPONSE SAS, au département de la Haute-Garonne et à la société Europ Assistance.

Fait à Toulouse, le 23 novembre 2010

Le juge des référés

La greffière

Jean-Pierre. Arroucau

Maryvonne Alric

La République mande et ordonne au préfet de la Haute-Garonne, 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 ordonnance.

Pour expédition conforme :
Le Greffier en chef,