

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE BORDEAUX**

N° 1301410

SAS CAMINEO

M. Pouzoulet
Juge des référés

Audience du 10 mai 2013
Ordonnance du 13 mai 2013

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Le juge des référés

Vu la requête enregistrée le 19 avril 2013 sous le n° 1301410, présentée, pour la SAS CAMINEO, dont le siège est 3 domaine du Lauragais à Mons (31280) par Me Depuy ; la SAS CAMINEO demande au juge des référés précontractuels et contractuels :

- d'annuler la procédure de passation du marché lancé par le département de Lot-et-Garonne ayant pour objet une application numérique mobile de découverte du patrimoine naturel et bâti et d'enjoindre au département de se conformer à ses obligations s'il reprend la procédure ;

- à titre subsidiaire, si le marché a déjà été conclu, d'enjoindre au département de suspendre l'exécution de celui-ci avant dire droit et d'annuler le contrat conclu par le département avec la société GMT Editions ;

- d'enjoindre au département de communiquer le rapport d'analyse des offres ;

- de mettre à la charge du département de Lot-et-Garonne une somme de 2 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Elle soutient :

- que l'assistant à maîtrise d'ouvrage, la société Emotio Tourisme, et la société GMT Editions, attributaire du marché, sont liées par des partenariats et que leurs gérants collaborent régulièrement et animent ensemble le blog « etourisme.info » ; que la société Emotio Tourisme a rédigé le cahier des charges, participé à l'audition des candidats et donc à leur sélection ; que la consultation a ainsi été faussée, étant entachée d'un défaut d'impartialité ;

- que la société GMT Editions, en dépit d'une offre au prix élevé, a pu obtenir le marché grâce aux notes élevées obtenues sur les critères subjectifs ;

- que la sélection des offres a été faite sur la base de critères subjectifs, dont le critère relatif aux références et expériences des candidats, ayant eu pour effet d'accorder un avantage excessif à la société attributaire et dont les modalités de mise en œuvre n'ont pas été communiquées aux candidats ;

- que les documents de la consultation sont entachés de contradiction en ce qui concerne la présentation des critères d'examen des offres et de leur pondération ;

- qu'une audition non prévue dans le règlement de la consultation a été organisée en vue d'une présentation des offres ;

Vu le mémoire, enregistré le 7 mai 2013, présenté, pour le département de Lot-et-Garonne représenté par le président du conseil général, par Me Chapon, qui conclut au rejet de la requête et à ce que la somme de 2 000 euros soit mise à la charge de la SAS CAMINEO au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Il fait valoir :

- que l'offre de la société requérante ne garantissait pas la cession des droits de propriété sur l'application elle-même et ne répondait pas aux exigences du marché ; qu'elle était irrecevable de sorte que la requête l'est aussi, la société n'ayant pas été lésée par les irrégularités susceptibles d'entacher l'examen des offres ;

- que le principe d'impartialité n'a pas été méconnu car la collaboration entre les sociétés Emotio Tourisme et GMT Editions a été ponctuelle et antérieure à 2010 et la société Emotio Tourisme n'a pas siégé au sein de la commission d'attribution et pris part à la décision d'attribution du marché même si elle a pris part à l'audition des candidat ;

- que les critères de sélection sont réguliers et ne lui ont pas conféré un pouvoir d'appréciation discrétionnaire ;

- qu'il a informé les candidats sur les conditions de mise en œuvre des critères de sélection en communiquant leur pondération mais qu'il n'était pas tenu d'informer ceux-ci de la méthode de notation ;

- que les documents de la consultation ne sont entachés d'aucune contradiction ;

- que l'audition était en réalité une négociation, prévue par le règlement de la consultation ;

- que le rapport d'analyse des offres a été communiqué à la société requérante ;

Vu le mémoire, enregistré le 10 mai 2013, présenté pour la société GMT Editions par Me Ducourau, qui conclut au rejet de la requête et à ce que la somme de 2 000 euros soit mise à la charge de la SAS CAMINEO au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Elle fait valoir :

- qu'elle n'a aucun lien avec la société Emotio Tourisme, que les deux sociétés ne sont pas des partenaires réguliers et que la société Emotio Tourisme en qualité d'assistant du maître d'ouvrage n'a pas pu la favoriser, n'ayant pas participé à la procédure de sélection des candidats ;

- que les critères de sélection des offres sont réguliers ;

- que le département n'a ainsi manqué ni aux obligations de publicité et de transparence, ni au principe d'égalité entre les candidats ;

- que les demandes présentées en référé contractuel sont irrecevables dès lors que le contrat n'a pas été conclu ;

Vu le mémoire, enregistré le 10 mai 2013, présenté pour la SAS CAMINEO, qui conclut au mêmes fins que la requête par les mêmes moyens ;

Elle ajoute :

- que la cession des droits de propriété intellectuelle n'était pas un élément essentiel de la consultation et que le pouvoir adjudicateur n'a d'ailleurs pas rejeté son offre comme étant irrecevable ; que cette clause porte atteinte aux principes de la commande publique ; que le cahier des charges est sur ce point entaché de contradiction ;

- que MM. Croiset et Perroy, respectivement gérants de la société GMT Editions et de la société Emotio Tourisme, sont en fait liés par une coopération professionnelle régulière ;

- que la société Emotio Tourisme a participé au choix de l'attributaire en ayant pris part aux auditions ;

- que les modalités de mise en œuvre des critères n'ont pas été précisées ; que les critères sont incertains et contradictoires ;

- qu'une phase de négociation a eu lieu avec la société GMT Editions et la société Fragile arrivée pourtant en 4^{ème} position sans que les critères de cette pré-sélection n'aient été énoncés ; que le principe d'égalité entre candidats n'a pas été respecté ;

- que le pouvoir adjudicateur n'a pas sollicité de la société Orphéo des justifications sur son offre anormalement basse dont l'examen lui a porté préjudice puisque cette société a vu son offre classée en deuxième position ;

Vu le mémoire, enregistré le 10 mai 2013, présenté par le département de Lot-et-Garonne, qui conclut aux mêmes fins que précédemment par les mêmes moyens ;

Il ajoute :

- que la question de la cession des droits de propriété intellectuelle a été discutée au stade de la négociation ; que la société CAMINEO n'est pas revenue sur son offre ; que l'offre de la société ne répondait pas aux exigences du document de consultation ; que la société ne peut donc affirmer avoir été lésée par les manquements qu'elle invoque ;

- qu'il n'a pas manqué au principe de liberté d'accès à la commande publique ;

- que l'article 5.1. du cahier des charges n'est pas entaché de nullité ;

- qu'il a informé les candidats sur les modalités de mise en œuvre des critères de sélection des offres ;

- que les quatre candidats ayant présenté les meilleures offres ont participé à la négociation ; que le principe d'égalité entre les candidats n'a pas été méconnu ;

- que l'offre de la société Orphéo n'était pas anormalement basse mais proposait une adaptation d'un système existant et donc moins coûteux ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu la décision en date du 1^{er} septembre 2012, par laquelle le président du tribunal a désigné M. Pouzoulet, vice-président, pour statuer sur les demandes de référé ;

Vu le code des marchés publics ;

Vu le code de justice administrative ;

Après avoir, à l'audience publique tenue au tribunal le 10 mai 2013 à 15 heures, les parties ayant été régulièrement convoquées, fait le rapport et entendu les observations de Me Depuy pour la SAS CAMINEO, de Me Simon pour le département de Lot-et-Garonne et de Me Ducourau pour la sté GMT Editions ;

Sur les conclusions tendant à l'annulation de la procédure de passation du marché :

1. Considérant qu'aux termes de l'article L. 551-1 du code de justice administrative applicable aux faits du litige : «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 d'un contrat » ; que l'article L. 551-2 dudit code prévoit : « 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 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 » ; que l'article L. 551-3 dispose : « Le président du tribunal administratif ou son délégué statue en premier et dernier ressort en la forme des référés » ; que l'article L. 551-4 ajoute : « 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'aux termes de l'article L. 551-10 du même code : « Les personnes habilitées à engager les recours prévus aux articles L. 551-1 ...sont celles qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par le manquement invoqué... » ; qu'aux termes de l'article R. 551-1 : « Le représentant de l'Etat ou l'auteur du recours est tenu de notifier son recours au pouvoir adjudicateur./ Cette notification doit être faite en même temps que le dépôt du recours et selon les mêmes modalités./ Elle est réputée accomplie à la date de sa réception par le pouvoir adjudicateur » ;

2. Considérant qu'en vertu de ces dispositions, 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 ;

3. Considérant en outre que si les dispositions du III de l'article 53 du code des marchés publics, qui sont applicables tant aux procédures formalisées qu'aux procédures adaptées, prévoient l'élimination des offres inappropriées, irrégulières et inacceptables avant le classement des autres offres par ordre décroissant, les dispositions de l'article 28 du même code relatives à la procédure adaptée prévoient que le pouvoir adjudicateur peut négocier avec les candidats ayant présenté une offre et que cette négociation peut porter sur tous les éléments de l'offre, notamment sur le prix ; qu'il résulte de ces dispositions que le pouvoir adjudicateur qui, dans le cadre d'une procédure adaptée, décide de recourir à une négociation, peut librement choisir les candidats avec lesquels il souhaite négocier et peut en conséquence, dans le respect du principe d'égalité de traitement entre les candidats, admettre à la négociation les candidats ayant remis des offres inappropriées, irrégulières ou inacceptables et ne pas les éliminer d'emblée ; qu'il doit cependant, à l'issue de la négociation, rejeter sans les classer les offres qui sont demeurées inappropriées, irrégulières ou inacceptables ;

4. Considérant qu'il résulte de l'instruction que le département de Lot-et-Garonne a lancé, selon la procédure adaptée prévue par l'article 28 du code des marchés publics, une consultation en vue de l'attribution d'un marché ayant pour objet une application numérique mobile de découverte du patrimoine naturel et bâti ; que l'offre de la SAS CAMINEO a été estimée recevable et classée en 3^{ème} position avec une note globale de 69,37/100 ; que le marché a été attribué à la société GMT Editions qui a obtenu une note globale de 72,08/100 ; que la SAS CAMINEO, qui a eu communication du rapport d'analyse des offres, conteste la régularité de la procédure de passation du marché ; qu'il résulte encore de l'instruction que le marché n'a pas encore été conclu ; que les conclusions de la société présentées au titre de l'article L. 551-13 et suivants du code de justice administrative sont par suite irrecevables ;

qu'il y a lieu en revanche de statuer sur les conclusions de la requête présentées au titre de l'article L. 551-1 du même code ;

5. Considérant en premier lieu que le département oppose à la société requérante qu'elle ne saurait se plaindre d'avoir été lésée au stade de l'examen des offres par les manquements susvisés qu'elle invoque, dès lors que son offre, qui ne satisfaisait pas aux exigences du cahier des charges de la consultation relatif à la cession des droits de propriété intellectuelle, était irrégulière pour un autre motif que ces manquements ;

4. Considérant que le cahier des charges de la consultation lancée par le département de Lot-et-Garonne stipulait des conditions particulières relatives à la cession des droits de propriété intellectuelle, selon lesquelles le prestataire devait céder au département et au comité départemental du tourisme et à titre exclusif les droits attachés à l'application ; qu'il résulte de l'instruction qu'à la suite d'une lettre du 15 mars 2013 adressée par le pouvoir adjudicateur aux candidats, leur posant 7 questions tendant à leur faire préciser le contenu de leurs offres, et notamment le propriétaire ultime des contenus de l'application numérique, la SAS CAMINEO a répondu qu'elle était disposée à céder les droits sur les contenus de l'application mais pas sur l'application numérique elle-même ; qu'à l'audience, il a été précisé que la société GMT Editions avait développé l'application numérique qu'elle proposait avec un logiciel libre de droits, et donc exploitable sans restriction par le département, tandis que la SAS CAMINEO avait mis au point la sienne avec son propre logiciel dont elle ne pouvait céder l'exclusivité des droits qu'elle entendait continuer d'exploiter ; qu'en revanche, comme elle l'avait indiqué dans sa réponse, cette seconde société garantissait au département le bénéfice de l'application et de toutes les améliorations qu'elle y apportait en permanence ; que la commission d'examen des offres a estimé que le système proposé par la SAS CAMINEO dont tous les droits n'étaient pas cédés au département, était « contraire au cahier des charges » ; qu'elle a néanmoins classé la SAS CAMINEO en 2^{ème} position au regard du critère relatif à la « compréhension du projet et du respect des contraintes » ; que la SAS CAMINEO a ensuite participé à la phase d'audition et de négociation au même titre que les trois autres candidats les mieux classés ; qu'à l'issue de la négociation, son offre a été classée en 3^{ème} position, comme il vient d'être dit ; qu'en ayant ainsi procédé alors qu'il aurait dû, à l'issue de la négociation, rejeter sans la classer l'offre de la SAS CAMINEO s'il l'estimait effectivement irrecevable, le département ne peut pas être regardé comme ayant lui-même traité les conditions particulières relatives à la cession exclusive des droits de propriété intellectuelle sur l'application numérique elle-même comme une donnée essentielle de la consultation sur laquelle tous les candidats devaient s'engager, alors au surplus qu'il n'avait pas jugé bon de faire de cette exigence un des critères de sélection des offres ; qu'à tout le moins, le département n'établit pas ni même n'allègue que la solution alternative proposée par la SAS CAMINEO était insusceptible de compenser l'impossibilité dans laquelle la société se trouvait de céder son propre logiciel servant de support à l'application numérique qu'elle lui proposait et que cette solution ne pouvait régulariser l'offre de la société, alors au contraire qu'il avait traité cette dernière comme une offre recevable jusqu'au terme de la consultation ; qu'ainsi, la fin de non-recevoir opposée par le département doit être écartée ;

5. Considérant en deuxième lieu qu'aux termes de l'article 28 du code des marchés publics : « Lorsque leur valeur estimée est inférieure aux seuils mentionnés au II de l'article 26, les marchés de fournitures, de services ou de travaux peuvent être passés selon une procédure adaptée, dont les modalités sont librement fixées par le pouvoir adjudicateur en fonction de la nature et des caractéristiques du besoin à satisfaire, du nombre ou de la localisation des opérateurs économiques susceptibles d'y répondre ainsi que des circonstances

de l'achat. /Le pouvoir adjudicateur peut négocier avec les candidats ayant présenté une offre. Cette négociation peut porter sur tous les éléments de l'offre, notamment sur le prix. / Pour la détermination de ces modalités, le pouvoir adjudicateur peut s'inspirer des procédures formalisées prévues par le présent code, sans pour autant que les marchés en cause ne soient alors soumis aux règles formelles applicables à ces procédures. En revanche, s'il se réfère expressément à l'une des procédures formalisées prévues par le présent code, le pouvoir adjudicateur est tenu d'appliquer les modalités prévues par le présent code. /Quel que soit son choix, le pouvoir adjudicateur ne peut exiger des opérateurs économiques plus de renseignements ou de documents que ceux prévus pour les procédures formalisées par les articles 45, 46 et 48 (...) » ;

6. Considérant que les marchés passés en application du code des marchés publics sont soumis aux principes qui découlent de l'exigence d'égal accès à la commande publique, rappelés par le II de l'article 1^{er} de ce code ; que les marchés passés selon la procédure adaptée prévue à l'article 28 du même code sont soumis aux dispositions de son article 1^{er}, comme tous les contrats entrant dans le champ d'application de celui-ci ; que, pour assurer le respect des principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, l'information appropriée des candidats sur les critères d'attribution d'un marché public est nécessaire dès l'engagement de la procédure d'attribution du marché, dans l'avis d'appel public à la concurrence ou le cahier des charges tenu à la disposition des candidats ; que, dans le cas où le pouvoir adjudicateur souhaite retenir d'autres critères que celui du prix, l'information appropriée des candidats doit alors également porter sur les conditions de mise en œuvre de ces critères ; qu'il appartient au pouvoir adjudicateur d'indiquer les critères d'attribution du marché et les conditions de leur mise en œuvre selon les modalités appropriées à l'objet, aux caractéristiques et au montant du marché concerné ;

7. Considérant que la détermination des critères n'a pas été fixée à l'identique dans le « cahier des charges » du projet d'une part, et dans le règlement de la consultation portés à la connaissance des candidats ; que si les deux documents mentionnaient un critère relatif au prix doté d'une pondération de 30 % et un critère relatif à la « composition de l'équipe projet et aux références au regard du dossier technique » doté d'une pondération de 20 %, le règlement de la consultation déclinait en effet deux critères supplémentaires, l'un relatif à la « compréhension du projet et au respect des contraintes au regard du dossier technique remis par le candidat », doté d'une pondération de 30 % et un quatrième critère, pondéré à 20 %, relatif à « l'organisation de la mission au regard du dossier technique et au calendrier prévisionnel remis par le candidat », tandis que le cahier des charges mentionnait seulement un troisième critère doté de la plus forte pondération (50%) relatif à la « compréhension du projet et au respect des contraintes » ; que, comme le fait valoir à juste titre la société requérante, l'incertitude résultant non seulement de cette divergence d'énonciation, mais surtout du contenu imprécis des deux derniers critères susmentionnés du règlement, dont les conditions de mise en œuvre, énoncées dans les « éléments d'analyse » que s'est fixé la commission chargée de l'examen des offres, n'ont pas été portées à la connaissance des candidats, a été de nature à induire en erreur les soumissionnaires mais aussi à donner au pouvoir adjudicateur une marge d'appréciation dénuée de toute objectivité et par suite une liberté de choix entre les offres d'autant plus grande que ces deux derniers critères intervenaient pour moitié dans la notation finale ; qu'ainsi qu'il a été dit ci-dessus, le département affirme devant le tribunal que les conditions particulières relatives à la cession exclusive des droits de propriété intellectuelle sur l'application numérique elle-même était une donnée essentielle de la consultation, alors qu'elle n'a nullement été explicitée comme telle au titre de la mise en œuvre du critère « compréhension du projet et respect des contraintes », ni,

a fortiori, n'a fait l'objet d'un critère spécifique ; que ces irrégularités ont d'autant plus affecté le résultat de la consultation que l'écart entre la notation de l'offre de la société GMT Editions et celle de l'offre de la SA CAMINEO est limité à 2,71 points sur 100, l'offre de la société Orphéo classée en 2^{ème} position ayant finalement été éliminée comme ne satisfaisant pas aux exigences de l'application numérique projetée en dépit de son prix très inférieur ;

8. Considérant enfin qu'il résulte encore de l'instruction que le gérant de la société GMT Editions à qui a été attribué le marché, et celui de la société Emotio Tourisme, agence spécialisée en marketing et création de contenus touristiques, assistant du département de Lot-et-Garonne, entretenaient personnellement ou à travers leurs entreprises une coopération professionnelle qui ne peut être regardée comme épisodique ; que si la spécificité des prestations en litige pouvait rendre inéluctable l'existence de telles relations d'affaires antérieures, et si la société Emotio Tourisme avait pour mission principale de contribuer à la conception du programme de signalisation touristique et à la rédaction des documents de la consultation, et n'a pas siégé à la commission d'examen des offres, comme le fait valoir le département, elle a néanmoins assisté aux réunions du comité technique d'initialisation du projet et du comité de pilotage ainsi qu'à l'audition des candidats présélectionnés qui a donné lieu à une négociation ; que, compte tenu de l'expertise dont disposait la société Emotio Tourisme et des liens avérés entre son dirigeant et celui de la société qui avait été la mieux classée par la commission d'attribution des offres, une telle implication dans la procédure de passation du marché, à un stade décisif de la procédure, doit être regardée comme n'ayant pas été sans influence sur le résultat serré de la consultation, et comme ayant joué au détriment de la société requérante ;

9. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que la SAS CAMINEO est fondée à soutenir que le département de Lot-et-Garonne a manqué à ses obligations de mise en concurrence dans le respect du principe d'égalité entre les candidats ; qu'un tel manquement, qui a été de nature à léser la société au stade de l'examen de son offre, justifie l'annulation de la procédure de passation du marché ;

Sur les conclusions à fin d'injonction :

10. Considérant que l'annulation prononcée par la présente décision implique nécessairement que le département de Lot-et-Garonne, s'il entend passer le marché, reprenne intégralement la procédure de passation en se conformant à ses obligations de mise en concurrence ; que le département n'est toutefois pas tenu de relancer la procédure ;

Sur les frais de procès :

11. Considérant que les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce que la SAS CAMINEO, qui n'est pas la partie perdante dans la présente instance, soit condamnée à verser au département de Lot-et-Garonne et à la société GMT Editions la somme que ces derniers demandent au titre des frais exposés par eux et non compris dans les dépens ; qu'en revanche, dans les circonstances de l'espèce, il y a lieu de condamner le département à verser à la SAS CAMINEO la somme de 1 000 euros au titre des frais exposés par celle-ci et non compris dans les dépens ;

ORDONNE

Article 1^{er} : La procédure de passation du marché lancé par le département de Lot-et-Garonne ayant pour objet une application numérique mobile de découverte du patrimoine naturel et bâti est annulée. Il appartient au département, s'il entend persister dans son projet de conclure un contrat ayant le même objet, de reprendre intégralement cette procédure en se conformant à ses obligations de mise en concurrence.

Article 2 : Le département de Lot-et-Garonne versera à la SAS CAMINEO une somme de 1 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : Le surplus des conclusions de la requête de la SAS CAMINEO ainsi que les conclusions du département de Lot-et-Garonne et de la société GMT Editions au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetés.

Article 4 : La présente ordonnance sera notifiée à la SAS CAMINEO, au département de Lot-et-Garonne et à la société GMT Editions.

Fait à Bordeaux, le 13 mai 2013

Le juge des référés,

Le greffier,

PH. POUZOULET

S. FRECHIC

La République mande et ordonne au préfet de Lot-et-Garonne en ce qui le concerne ou 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.

Pour expédition conforme,
Le Greffier en Chef,