

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE CHALONS-EN-CHAMPAGNE**

N° 1401944

SAS Domiserve

M. Wiernasz
Juge des référés

Ordonnance du 16 octobre 2014

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Le juge des référés

Vu la requête enregistrée le 6 octobre 2014 présentée par la SAS Domiserve, ayant son siège social 106 avenue Max Dormoy à Montrouge (92120) par la Selarl Hourcabie-Pareydt-Gohon ;

La SAS Domiserve demande au juge des référés, sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative :

- d'annuler la procédure de passation que le Conseil Général de la Marne a engagée en vue de conclure un marché pour l'émission et la distribution de chèques emploi-service préfinancés (CESU) pour le versement du forfait surdité PCH et de chèques d'accompagnement personnalisés (CAP) pour le matériel d'hygiène APA et pour l'alimentation/hygiène et énergie du FAJ ;
- de mettre à la charge du conseil général de la Marne la somme de 5000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Elle soutient que :

- l'émission et la distribution de CESU et de CAP correspondent à deux prestations entièrement distinctes et auraient dû faire l'objet d'un marché alloti en application de l'article 10 du code des marchés publics ; en effet, ils bénéficient à des personnes différentes, servent à financer des prestations différentes et obéissent à des modalités de règlement différentes pour les prestataires ;
- ce regroupement l'empêche d'être candidate pour l'émission et la distribution des seuls CESU dans la mesure où elle ne peut pas l'être pour les CAP n'étant pas habilitée pour ces derniers ; or, les sociétés qui sont habilitées pour les CAP le sont aussi pour les CESU ce qui a pour effet de réduire le nombre potentiel de candidats au marché unique ; de plus la possibilité de groupement est théorique car les sociétés habilitées pour les CAP n'y trouvent aucun intérêt étant habilitées également pour les CESU ;

- le conseil général n'est, en l'espèce, dans aucun des trois cas où il lui serait permis de déroger à l'obligation d'allotissement ; en effet, en cas d'allotissement, la concurrence ne serait pas restreinte, l'exécution du marché ne serait pas rendue plus difficile et le marché ne serait pas rendu plus onéreux ;
- le principe de liberté d'accès à la commande publique a donc été méconnu ;

Vu le mémoire en défense, enregistré le 14 octobre 2014 présenté par le conseil général de la Marne qui conclut au rejet de la requête ; il soutient qu'il est possible de déroger à l'obligation d'allotissement dans les cas prévus par l'article 10 du code des marchés publics lorsque cela serait, comme en l'occurrence, de nature à rendre l'exécution du marché plus coûteuse et techniquement difficile ; les prestations seraient plus coûteuses pour la collectivité, à hauteur de 2225 euros, ce qui correspond à un doublement du prix du marché le moins-disant ; l'exécution serait plus difficile en raison de la présence de deux opérateurs avec pour corollaire le doublement des plateformes et des réunions nécessaires ce qui complique la gestion et le suivi des dossiers sans contrepartie bénéfique pour l'utilisateur ou la collectivité ;

Vu le mémoire en réplique, enregistré le 16 octobre 2014, présenté pour la SAS Domiserve qui conclut aux mêmes fins par les mêmes moyens que dans sa requête ; elle ajoute que le conseil général n'apporte aucune réponse sur la restriction manifeste de l'accès à la commande publique et elle précise que le conseil général n'a pas réalisé, au préalable, d'analyse économique pour justifier le choix d'un marché global ; elle indique que les moyens de défense du conseil général sont infondés tant en ce qui concerne le caractère plus coûteux d'un marché alloti que l'exécution rendue plus difficile en ce cas ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu le code des marchés publics ;

Vu le code de justice administrative ;

Vu la décision du 2 septembre 2014, par laquelle le président du tribunal a désigné M. Wiernasz, vice-président, pour statuer sur les demandes de référé ;

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

Après avoir entendu au cours de l'audience publique du 16 octobre 2014 à 14h30 :

- le rapport de M. Wiernasz, juge des référés ;
- et les observations de Me Goldfarb pour la SAS Domiserve ;

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

1. 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 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 : « I. 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, selon l'article L. 551-10 du même code : « Les personnes habilitées à engager les recours prévus aux articles L. 551-1 et L. 551-5 sont celles qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par le manquement invoqué (...) » ;

2. Considérant que le conseil général de la Marne a lancé une procédure de passation d'un marché public à bons de commande d'un an reconductible par période successive d'un an en vue de l'émission et de la distribution de chèques emploi services universels préfinancés (CESU) pour le versement du forfait surdité PCH et de chèques d'accompagnement personnalisés (CAP) pour le matériel d'hygiène « aide personnalisée d'autonomie » (APA) et pour l'alimentation/hygiène et énergie du fonds d'aide aux jeunes (FAJ) ; que la SAS Domiserve demande au juge des référés d'annuler la procédure de passation de ce marché ;

3. Considérant qu'aux termes de l'article 10 du code des marchés publics : « Afin de susciter la plus large concurrence, et sauf si l'objet du marché ne permet pas l'identification de prestations distinctes, le pouvoir adjudicateur passe le marché en lots séparés dans les conditions prévues par le III de l'article 27. A cette fin, il choisit librement le nombre de lots, en tenant notamment compte des caractéristiques techniques des prestations demandées, de la structure du secteur économique en cause et, le cas échéant, des règles applicables à certaines professions. Les candidatures et les offres sont examinées lot par lot. (...) / Le pouvoir adjudicateur peut toutefois passer un marché global, avec ou sans identification de prestations distinctes, s'il estime que la dévolution en lots séparés est de nature, dans le cas particulier, à restreindre la concurrence, ou qu'elle risque de rendre techniquement difficile ou financièrement coûteuse l'exécution des prestations ou encore qu'il n'est pas en mesure d'assurer par lui-même les missions d'organisation, de pilotage et de coordination. (...) » ;

4. Considérant qu'il résulte de l'instruction, et qu'il n'est pas véritablement contesté par le conseil général de la Marne, que les prestations d'émission et de distribution de chèques emploi-service universels (CESU) pour le versement du forfait surdité PCH et celles d'émission et distribution de chèques d'accompagnement personnalisés (CAP) pour le matériel d'hygiène (APA) et pour l'alimentation/hygiène et énergie du FAJ concernent des bénéficiaires différents, servent à financer des prestations différentes et obéissent à des modalités de règlement différentes pour les prestataires ; qu'ainsi, elles constituent des prestations distinctes bien identifiées au sens de l'article 10 susmentionné du code des marchés publics et doivent faire l'objet, par principe, d'un marché alloti ;

5. Considérant, d'une part, que pour justifier le lancement d'un seul marché pour ces deux catégories de prestations pourtant distinctes, le conseil général de la Marne soutient que l'allotissement aurait pour effet de rendre les prestations financièrement plus coûteuses ; que l'affirmation de la collectivité selon laquelle une offre groupée lui permettra d'obtenir, compte tenu du volume du marché, des tarifs plus faibles que des offres fractionnées n'est pas

corroborée par les éléments du dossier dans la mesure où, en l'espèce, elle s'appuie sur l'éventail des deux seuls offres formalisées effectivement reçues dont l'amplitude va de 1814 à 7858 euros ce qui ne permet pas de contredire le fait qu'une concurrence plus importante, même pour des marchés fractionnés, n'aboutirait pas, au final, à de meilleurs prix ; qu'ensuite, le conseil général de la Marne fait valoir qu'en cas d'allotissement, elle aurait deux interlocuteurs ce qui conduirait à des coûts internes de fonctionnement multipliés par deux et ce qui représenterait une proportion importante du prix des prestations oscillant entre 28 et 122 % ; que, toutefois, les coûts allégués concernent exclusivement des frais de personnels pour des réunions supplémentaires alors que la collectivité n'en justifie pas la réelle augmentation du seul fait de la présence de deux interlocuteurs au lieu d'un pour des prestations qui sont, en toutes circonstances, de natures différentes ; que la collectivité n'établit d'ailleurs pas de manière précise que le surcoût qu'elle allègue serait à hauteur du chiffre qu'elle annonce, rien ne s'opposant, le cas échéant, à ce que les réunions envisagées soient regroupées ; que, par ailleurs, le conseil général de la Marne ne justifie pas que le surcoût en cause, à le supposer établi, ne serait pas amorti sur la durée réelle des marchés qui sont renouvelables d'année en année ni que l'expérience de ses interlocuteurs n'amènerait pas une réduction progressive du temps qui leur sera consacré par ses propres services ; qu'au surplus, la comparaison du surcoût avancé de 2 225 euros au regard de la valeur faciale des titres émis, laquelle est d'un million deux cents mille euros comme indiqué en page 2 du cahier des clauses techniques particulières, est, quand bien même elle ne correspond pas au prix réel du marché, de nature à minimiser le surcoût invoqué ; qu'il en va forcément de même de la comparaison du même chiffre avec la masse salariale de la collectivité ; qu'ainsi, les affirmations du conseil général de la Marne selon lesquelles l'allotissement du marché conduirait à des prestations plus onéreuses ne sont pas établies ;

6. Considérant, d'autre part, que le conseil général de la Marne soutient que l'allotissement aurait aussi pour effet de rendre l'exécution des prestations techniquement plus difficile ; que la collectivité n'apporte cependant pas d'éléments pertinents à l'appui de son affirmation alors que précisément la multiplication, comme elle l'évoque, des échanges dématérialisés est de nature, contrairement à ce qu'elle fait valoir, à faciliter les contacts avec ses interlocuteurs ; que, par ailleurs, la seule technicité des différentes prestations en cause est de nature, en l'occurrence, à conduire le conseil général à mobiliser son personnel sans pour autant remettre en cause ses autres missions ; que dès lors, les affirmations du conseil général de la Marne selon lesquelles l'allotissement du marché en rendrait l'exécution techniquement plus difficile ne sont pas établies ;

7. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que le marché envisagé par le conseil général de la Marne pour les prestations susvisées devait faire l'objet d'un allotissement en application de l'article 10 du code des marchés publics ; que, comme le demande la SAS Domiserve, la procédure en cours doit en conséquence être annulée ;

8. Considérant qu'il y a lieu de mettre à la charge du conseil général de la Marne la somme de 1 200 euros qu'elle versera à la SAS Domiserve au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

ORDONNE :

Article 1^{er} : La procédure de passation du marché susvisé du conseil général de la Marne est annulée.

Article 2 : Le conseil général de la Marne versera la somme de 1 200 euros à la SAS Domiserve au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : La présente ordonnance sera notifiée à la SAS Domiserve et au conseil général de la Marne.

Fait à Châlons-en-Champagne, le 16 octobre 2014.

Le juge des référés,

Le greffier,

Signé

Signé

M. WIERNASZ

C. CHARPENTIER

pour copie conforme
le 20 octobre 2014
le greffier,

Signé

Alexandre PICOT