

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE LILLE**

N° 1503492

SOCIETE REV ET SENS

Ordonnance du 28 mai 2015

39-08-015-01
C +

REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Le juge des référés

Vu la procédure suivante :

Par une requête enregistrée le 22 avril 2015 et des mémoires enregistrés les 12 mai 2015, 15 mai 2015 et 19 mai 2015 la société Rev&Sens représentée par Me Lalanne, demande au tribunal :

1°) d'annuler la procédure de publicité et de mise en concurrence suivie par la région Nord - Pas-de-Calais pour l'attribution du marché ayant pour objet la poursuite de la dématérialisation des « chéquiers livres Région » et « chéquiers équipement des apprentis » par la mise en place d'une carte multiservices « Génération Nord - Pas-de-Calais » ;

2°) de mettre à la charge de la région Nord - Pas-de-Calais la somme de 5000 € au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- la région Nord - Pas-de-Calais a manqué à ses obligations de publicité et de mise en concurrence en ne s'étant pas assurée préalablement du parcours de M. Espirac en sa qualité d'assistant à maîtrise d'ouvrage qui a assuré des fonctions pendant douze années au sein de l'entreprise Applicam attributaire du marché ;

- il résulte des références de M. Espirac que pour les régions pour lesquelles il avait la qualité d'assistant à la maîtrise d'ouvrage, la société Applicam était systématiquement désignée attributaire des marchés ;

- le manque d'impartialité dans la procédure d'attribution du marché a lésé ses intérêts, son offre ayant été analysée par un ancien salarié de l'entreprise attributaire, qui est son concurrent direct ;

- la production par la région Nord - Pas-de-Calais de la liste des marchés attribués à la société Applicam pour lesquels l'assistance à la maîtrise d'ouvrage n'était pas confiée à M. Espirac n'enlève rien au manquement au principe d'impartialité ;

- la région ne peut utilement se référer à la définition du conflit d'intérêts contenue dans un arrêt du Conseil d'Etat du 22 octobre 2014 (n° 282495) dans la mesure où cette jurisprudence

n'est plus en adéquation avec celle de la Cour de justice de l'Union européenne en matière de droit de la commande publique (arrêt C583/13 du 12 mars 2015) la charge de la preuve revenant à un requérant dans ce type de situation de concurrent évincé ne pouvant l'obliger à démontrer une partialité concrète de l'expert nommé par un pouvoir adjudicateur ;

- la production de la charte éthique de M. Espirac par la région Nord - Pas-de-Calais ne constitue pas une garantie suffisante à s'assurer de l'absence de tout conflit d'intérêt puisqu'il est directement impliqué par une situation objective de conflit d'intérêts l'obligeant en principe de répondre à la consultation d'assistance à la maîtrise d'ouvrage lancée par la et dès lors qu'il résulte de cette pièce qu'il n'atteste pas de son indépendance face à des sociétés susceptibles de répondre à ce type de consultation ;

- la région Nord - Pas-de-Calais a manqué à ses obligations de publicité et de mise en concurrence en n'apportant pas les précisions suffisantes sur le contenu des prestations à fournir ;

- l'incertitude liée à la mauvaise définition du besoin par la région Nord - Pas-de-Calais a lésé ses intérêts en ce qu'elle n'a pas pu présenter une offre optimisée tant du point de vue technique que financier ;

- la méthode de notation du critère « prix » retenue par la région Nord - Pas-de-Calais est entachée d'une erreur de droit en ce qu'elle ne permettait pas de manière certaine d'attribuer la meilleure note au candidat ayant présenté le meilleur prix ;

- le refus de la région Nord - Pas-de-Calais de communiquer la méthode de notation du sous-critère « prix calculé à partir du détail quantitatif et estimatif » ne permet pas de s'assurer que la méthode de notation des offres n'est pas entachée d'une erreur de droit ;

- l'erreur de droit dans la méthode de notation du critère « prix » commise par la région a lésé ses intérêts et ce, d'autant plus que son offre était inférieure de plus de 380 000 € H.T à celle de la société attributaire ;

- la région a, par un coefficient de pondération de 43% du critère « prix », surévalué des prestations accessoires à l'objet du marché ;

- la région a méconnu les articles 80 et 83 du code des marchés publics en ne communiquant pas les notes qu'elle a obtenues ainsi que celles de la société attributaire au titre de chacun des sous-critères de la valeur technique et des sous-critères du « prix ».

- la région Nord - Pas-de-Calais dispose d'un délai de trois mois avant le 1^{er} septembre prochain qui lui laisse un délai suffisant afin de réaliser une nouvelle procédure d'appel d'offres ;

Par des mémoires en défense enregistrés les 11 mai 2015 et 19 mai 2015, la région Nord-Pas de Calais conclut au rejet de la requête et de mettre à la charge du requérant les frais de l'instance et non compris dans les dépens.

Elle soutient que :

- la société requérante n'établit pas suffisamment la rupture d'égalité liée à un défaut d'impartialité de l'assistant à maîtrise d'ouvrage et la lésion qui en résulterait ;

- seuls deux marchés sur les six références de marchés dont le marché litigieux ont été attribués à la société Applicam après que M. Espirac ait été assistant à la maîtrise d'ouvrage ;

- M. Espirac a été choisi comme assistant à la maîtrise d'ouvrage suite à une procédure régulière au terme d'une consultation de mise en concurrence parmi cinq candidats ;

- il ne peut être valablement soutenu que M. Espirac n'a pas pu procéder à une analyse objective des offres du fait de sa parfaite connaissance des différentes entreprises du secteur d'activité concerné ;

- le conflit d'intérêt allégué n'est pas suffisamment établi en l'absence de capacité d'influence effective de M. Espirac ;

- le conflit d'intérêt allégué n'est pas suffisamment établi en l'absence d'intérêt personnel de M. Espirac à ce que soit attribué le marché à la société Applicam ;

- il ne peut être valablement soutenu qu'elle n'identifie pas de manière claire ses besoins qui apparaissent nettement dans l'article 2.4.4.1 du CCTP ;

- aucun manquement ne peut lui être reproché dans sa méthode d'évaluation du prix qui permet d'attribuer la meilleure note au candidat ayant présenté l'offre la moins chère et la plus cohérente ;

- par courrier du 22 avril 2015, le tableau des notations ainsi que l'extrait d'analyse relative à son offre a été communiqué, les autres documents relatifs à la passation du marché ne pouvant être communiqués revêtant un caractère préparatoire ;

- il existe un motif d'intérêt général s'opposant à l'annulation de la procédure de publicité et de mise en concurrence du marché en cause.

Vu :

- les autres pièces du dossier ;
- les arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne n° C-583/13 du 12 mars 2015 et n° C 129/96 du 18 décembre 1997 ;
- le code des marchés publics ;
- le code de justice administrative.

Les parties ont été régulièrement averties du jour de l'audience.

Ont été entendus au cours de l'audience publique :

- le rapport de M. Lepers, président

- et les observations de Me Lalanne représentant la société Rev&Sens qui a développé son argumentation écrite et déclaré abandonner les moyens relatifs à la méconnaissance des articles 80 et 83 du code des marchés publics et à la méthode de notation du critère prix , et les observations de Mme Lagardère, représentant la région Nord - Pas-de-Calais,

La clôture de l'instruction ayant été différée au 19 mai 2015 à 18 heures :

1 - 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 : *alinéa 1* « *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.* » / *alinéa 2* « *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'aux termes de l'article L. 551-3 du même code : « *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. 551-10 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, ainsi que le représentant de l'Etat dans le cas où le contrat doit être conclu par une collectivité territoriale ou un établissement public local. (...)* » ;

2 - Considérant que par un avis d'appel public à la concurrence envoyé à la publication au Journal officiel de l'Union européenne et au Bulletin officiel des annonces de marchés publics le 6 février 2015, la région Nord - Pas-de-Calais a initié la devolution d'un marché sur appel d'offres ouvert pour un marché à bons de commande ayant pour objet la poursuite de la dématérialisation des « chéquiers livres Région » et « chéquiers équipements des apprentis » par la mise en place d'une carte multiservices « Généralisation Nord Pas-de-Calais » ; que par courrier du 9 avril 2015, le président du conseil régional a informé la société Rev&Sens du rejet de son offre par la commission d'appel d'offres et de l'attribution du marché à la société Applicam pour un montant de 1 469 665 euros HT ; que s'estimant lésée par ce choix, résultant selon elle, notamment, d'une erreur de droit commise dans l'appréciation du critère prix, la société Rev&Sens a saisi le juge du référé précontractuel aux fins d'annulation de la procédure de passation du marché en cause ;

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

3 - Considérant 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 ;

4 - Considérant que, dans le dernier état de ses écritures, la société Rev&Sens a déclaré abandonner les moyens invoqués quant à la méconnaissance des articles 80 et 83 du code des marchés publics et à la méthode de notation du critère prix ; que la requérante soutient à titre principal que la région Nord - Pas-de-Calais a violé le principe d'impartialité en retenant comme assistant à la maîtrise d'ouvrage pour le marché dont s'agit, M. Espirac, ancien directeur des

opérations et projets de la société Applicam, société retenue par la commission d'appel d'offres sur la base d'une analyse des offres conduite par M. Espirac ; qu'il n'est pas contesté que l'intéressé a bien exercé ces fonctions au sein de la société entre décembre 2011 et avril 2013, la période d'activité couvrant ainsi douze années au sein d'une société bien implantée dans le domaine d'activité dont s'agit ;

5 - Considérant que la région Nord - Pas-de-Calais entend se référer à une qualification jurisprudentielle du conflit d'intérêts supposant que la personne mise en cause ait eu une capacité d'influence effective ou un intérêt personnel à l'attribution du marché à un candidat en particulier, ceci impliquant une administration de preuves tangibles ; qu'il résulte toutefois de l'arrêt rendu par la Cour de justice de l'Union européenne, le 12 mars 2015, sous le n° C 538/13 qu'un pouvoir adjudicateur est, en toute hypothèse, tenu de vérifier l'existence d'éventuels conflits d'intérêts et de prendre les mesures appropriées afin de prévenir, de détecter les conflits d'intérêts et d'y remédier et que dans le cadre de l'examen d'un recours visant l'annulation de la décision d'attribution du fait de la partialité des experts, il ne peut être exigé du soumissionnaire évincé qu'il prouve concrètement la partialité du comportement des experts ; qu'en outre, pendant le délai de transposition d'une directive, les États membres doivent s'abstenir de prendre des dispositions de nature à compromettre sérieusement la réalisation du résultat prescrit par cette directive et le juge national devant en tant que de besoin interpréter le droit interne à la lumière du droit dérivé de l'Union européenne ; qu'à ce titre, l'article 24 de la directive 2014/24 du 26 février 2014 dont la transposition doit intervenir d'ici avril 2016, définit le conflit d'intérêt comme « *toute situation dans laquelle des membres du personnel du pouvoir adjudicateur ou d'un prestataire de services de passation de marché agissant au nom du pouvoir adjudicateur qui participent au déroulement de la procédure ou sont susceptibles d'en influencer l'issue ont, directement ou indirectement, un intérêt financier, économique ou un autre intérêt personnel qui pourrait être perçu comme compromettant leur impartialité ou leur indépendance dans le cadre de la procédure de passation d'un marché* » ;

6 - Considérant qu'il est constant que le cahier des clauses techniques particulières a été rédigé par M. Espirac, dans le cadre du marché d'assistance à maîtrise d'ouvrage attribué par la région Nord - Pas-de-Calais, à Cadres Mission société de portage salarial de l'intéressé, ce dernier ayant nécessairement contribué à l'élaboration des pièces du marché en cause et en particulier à la détermination de critères, s'agissant tout particulièrement de celui portant sur la valeur technique, ayant guidé la sélection des offres ; que la région Nord - Pas-de-Calais fait état de la régularité de la procédure de choix de son assistant à maîtrise d'ouvrage, d'un « contexte de pluralité associant les services » de la collectivité pour nier la capacité d'influence de l'intéressé, de la compétence de la seule commission d'appel d'offres pour prendre la décision d'attribution et de la conclusion d'une charte éthique jointe par M. Espirac à sa proposition ; que la région défenderesse conteste également les références de marchés similaires impliquant l'intéressé invoquées par la requérante pour appuyer sa démonstration d'une influence de l'intéressé quant au choix préférentiel de la société Applicam dans plusieurs collectivités ayant contracté avec M. Espirac

7 - Considérant qu'il résulte toutefois de l'instruction que l'intervention de M. Espirac lorsqu'il a exercé une mission d'assistance à maîtrise d'ouvrage a le plus souvent débouché sur le choix préférentiel susévoqué, le site internet ouvert par M. Espirac tendant à valoriser les exemples de contrats avec plusieurs régions ; que nonobstant les allégations de la région Nord - Pas-de-Calais quant à la régularité de la procédure menée, la personne publique n'a pas pris suffisamment de précautions en termes de vérification des antécédents des opérateurs ayant candidaté pour l'obtention du contrat d'assistance à maîtrise d'ouvrage, alors que cinq sociétés

étaient en compétition, sans qu'il y ait lieu de prendre en compte les difficultés que pourrait éprouver M. Espirac pour intervenir dans son domaine d'intervention pour le compte de personnes publiques ; qu'au regard des éléments d'appréciation fournis par la requérante, et dès lors que seule l'apparence d'un conflit d'intérêts doit être prise en compte et non la preuve formelle de l'existence d'un conflit avéré, la région Nord - Pas-de-Calais a méconnu le principe d'égalité de traitement, ce qui a lésé les intérêts de la société requérante qui avait présenté une offre ayant un prix inférieur à celle de son concurrent retenu, le critère de la valeur technique pondéré pour 60% ayant justifié le rejet de l'offre de la requérante, avec un différentiel de 17 points entre les deux sociétés, alors que ce critère a été nécessairement appréhendé sur des bases ayant fait intervenir l'assistant à la maîtrise d'ouvrage ; que, dans ces conditions, sans qu'il soit besoin d'examiner l'autre moyen de la requête, il y a lieu d'annuler la procédure de passation du marché à bons de commandes susévoqué ; qu'eu égard à la nature de cette mesure, qui relève non du premier mais du second alinéa de l'article L. 551-2 du code de justice administrative, la prise en considération des conséquences négatives de ladite mesure pour l'intérêt général invoquées par la région Nord - Pas-de-Calais n'a pas à être faite par le juge des référés précontractuels ;

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

8 - 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.* » ;

9 - Considérant que, dans les circonstances de l'espèce, il y a lieu de condamner la région Nord - Pas-de-Calais à verser à la société Rev&Sens la somme de 1 500 euros au titre des dispositions précitées ;

ORDONNE

Article 1^{er} : La procédure de passation du marché à bons de commandes initiée par la région Nord - Pas-de-Calais, ayant pour objet la poursuite de la dématérialisation des « chéquiers livres Région » et « chéquiers équipements des apprentis » est annulée.

Article 2 : La région Nord - Pas-de-Calais versera à la société Rev&Sens une somme de 1 500 euros au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 2 : La présente ordonnance sera notifiée à la société Rev&Sens, à la région Nord - Pas-de-Calais et à la société Applicam.

Délibéré à l'issue de l'audience publique du 13 mai 2015, après cloture différée de l'instruction au 19 mai 2015 18 heures.

Fait à Lille, le 28 mai 2015

Le juge des référés

Signé

J. LEPERS

La République mande et ordonne au préfet du Nord 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 ordonnance.

Pour expédition conforme,
Le greffier,