

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE MELUN**

N°1302606/8

SOCIETE BULL SAS

M. Chazan
Juge des référés

Ordonnance du 26 avril 2013

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Le Tribunal administratif de Melun,

Le juge des référés

Vu la requête, enregistrée le 5 avril 2013, et le mémoire complémentaire, enregistré le 17 avril 2013, présentés pour la SOCIETE BULL SAS, dont le siège est rue Jean Jaurès aux Clayes-Sous-Bois (78340), par Me Dal Farra ; la SOCIETE BULL SAS demande au tribunal :

1°) d'annuler l'ensemble des décisions de l'Union des Groupements d'Achats Publics (UGAP) se rapportant à la procédure d'attribution d'un accord-cadre dit « lot n°2 » en vue de la passation de marchés de fournitures d'éléments d'infrastructures informatiques (matériels, logiciels et prestations associées) pour centre de données;

2°) de mettre à la charge de l'UGAP une somme de 5000 euros en application de l'article L 761-1 du code de justice administrative et de la condamner aux dépens ;

La société Bull Sas soutient :

- que les motifs de rejet d'une offre et les motifs qui ont conduit au choix de l'attributaire, qui doivent être portés à la connaissance des candidats évincés, ne peuvent se limiter à la communication des notes des candidats ;

- qu'en l'espèce, elle est dans l'incertitude des notes détaillées obtenues par les candidats, y compris elle-même ;

- qu'elle est dans l'incertitude des motifs précis de rejet de son offre ;

- que ces circonstances la lèsent directement ;

- que le pouvoir adjudicateur ne pouvait exiger des écolabels en tant que tels comme élément d'appréciation de la valeur des offres ainsi que le prévoient les dispositions du règlement de la consultation relatives à la performance en matière de protection de l'environnement, qui comporte des questions binaires sur la possession de tels écolabels , sans offrir la possibilité de démontrer la valeur de l'offre pour ce critère par un moyen équivalent ;

- qu'ainsi, l'UGAP a méconnu le principe de libre accès au marché ;

- que cette circonstance la lèse directement puisqu'elle a obtenu la note la plus basse de tous les candidats sur ce critère ;

- que le pouvoir adjudicateur a méconnu le 5° III de l'article 76 du code des marchés publics en l'absence de précisions quant aux critères d'attribution des marchés subséquents et à leurs modalités de mise en œuvre ;
- que l'article 10.4 du cahier des caractéristiques et modalités d'exécution de l'accord-cadre prévoit pour trois critères sur quatre la possibilité d'une pondération à 0% sans déterminer quels types de marché sont concernés, d'où il résulte une incertitude sur le nombre et la nature des critères utilisés ;
- que les fourchettes de pondération comportent des écarts manifestement disproportionnés qui ne permettent pas de déterminer l'importance respective des critères d'attribution des marchés subséquents ;
- que ces circonstances, qui affectent l'élaboration même des offres, sont susceptibles de l'avoir lésée d'autant que l'écart de notation avec le troisième attributaire n'est que de 0,05 point sur 10 ;
- que le pouvoir adjudicateur a méconnu les dispositions du I et du III de l'article 12 du code des marchés publics en raison d'une indétermination du prix des prestations dès lors qu'il s'est abstenu d'exiger des candidats un engagement sur une offre de prix des marchés subséquents ;
- que la page 10 du règlement de la consultation prévoyait seulement l'insertion facultative d'un tarif public des fabricants lequel ne présentait aucun caractère contractuel ;
- que le tarif public ne donne pas d'indication sur le prix auquel les prestations sont susceptibles d'être commandées par l'UGAP ;
- que cette circonstance avait une incidence sur l'élaboration de l'offre puisque les matériels proposés étaient contractualisés mais non les prix au stade de l'accord-cadre ;
- que le pouvoir adjudicateur a méconnu le I de l'article 53 du code des marchés publics dès lors qu'en l'espèce, les critères retenus sont exclusivement qualitatifs ;
- que cette circonstance est nécessairement susceptible de l'avoir lésée dès lors que le pouvoir adjudicateur n'a pu déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse ;
- que le pouvoir adjudicateur a méconnu les articles 1^{er} et 53 II du code des marchés publics dans la mesure où le règlement de la consultation ne prévoyait de noter la valeur technique des éléments facultatifs que s'ils étaient proposés par l'ensemble des candidats, ce qui interdisait de déterminer sur quelle base cette valeur technique serait appréciée en définitive ;
- qu'ainsi, il a méconnu l'obligation de publicité et de détermination du poids des critères d'attribution de l'accord-cadre ;
- que cette circonstance qui affectait l'élaboration des offres est susceptible de l'avoir lésée ;
- que l'UGAP a modifié les critères d'attribution en cours de consultation en ne faisant pas application de la totalité des éléments d'appréciation du critère de la performance en matière de respect de l'environnement ;
- que le pouvoir adjudicateur s'est référé aux capacités et aux lieux de stockage, et au nombre de points logistiques alors que l'annexe 2 à l'acte d'engagement se bornait à prendre en considération le nombre de régions disposant d'un centre de stockage ;
- que le pouvoir adjudicateur exigeait des écolabels qui n'existaient pas pour certains équipements à la date de dépôt des offres de sorte que cet aspect du règlement de la consultation n'a pu être appliqué ;
- que l'indétermination sur les éléments d'appréciation des offres est susceptible de l'avoir lésée ;
- que le pouvoir adjudicateur a méconnu le principe d'égalité de traitement et de transparence de la procédure dans la mesure où il n'apparaît pas que la société SCC disposait du nombre de points logistiques mentionnés dans son offre ;
- que le pouvoir adjudicateur a méconnu l'article 5 du code des marchés publics dans la mesure où il a laissé les candidats dans l'incertitude totale sur les prestations optionnelles pouvant ou devant être proposées par les candidats ;

- qu'il en va ainsi des prestations décrites à l'annexe 1 B dont de nombreuses lignes sont intitulées « autres options de configuration à proposer » et à l'annexe 1 C prévoyant la définition des prestations par les candidats eux-mêmes ;
- que cette circonstance est susceptible de l'avoir lésée tant au niveau de l'élaboration des offres qu'à celui de la notation ;

Vu le mémoire en défense, enregistré le 19 avril 2013, présenté par l'Union des Groupements d'Achats Publics ; l'Union des Groupements d'Achats Publics (UGAP) conclut au rejet de la requête et demande qu'une somme de 1500 euros soit mise à la charge de la société Bull Sas en application des dispositions de l'article L 761-1 du code de justice administrative ;

L'UGAP soutient :

- que dès lors qu'elle a été destinataire de la notification prévue au 1° du I de l'article 80 du code des marchés publics, la société Bull Sas ne peut utilement invoquer les dispositions de l'article 83 du code des marchés publics qui visent plus spécifiquement les marchés à procédure adaptée ;
- que les éléments communiqués à la société Bull Sas répondent aux exigences de l'article 80 du code des marchés publics ;
- que, s'agissant du critère de la valeur technique et du sous-critère « configuration de base » l'offre de Computacenter/Dell est plus avantageuse que celle de la société Bull Sas en ce qui concerne les éléments techniques présents en standard dans les serveurs, les disques durs dans les stockages SAN et UNIFIE, et les disques durs dans les stockages DAS ; qu'en revanche, les offres des sociétés SCC et Econocom sont moins avantageuses que celle de la société Bull Sas sur ce point ;
- que sur le sous-critère « options et accessoires » la société Bull a été classée 6^{ème} ses concurrentes proposant un plus grand nombre d'options ;
- que sur le sous-critère « extension de garantie » l'offre de la société Bull Sas est classée 1^{ère} ;
- que sur le sous-critère « logiciels » l'offre de la société Bull Sas est classée 5^{ème} dans la mesure où les attributaires ont proposé davantage de logiciels ;
- que sur le sous-critère « prestations de services » la société Bull Sas est classée 3^{ème} les offres de Computacenter Dell et SCC étant plus complètes ;
- que s'agissant du critère de la qualité de service, l'offre de la société Bull Sas a été classée 5^{ème} principalement en raison de la valeur relative de sa proposition sur le déploiement et l'avant vente ;
- que s'agissant du critère de la performance en matière de respect de l'environnement, l'offre de la société Bull Sas a été classée dernière, notamment compte tenu du temps moyen entre les pannes sous divers aspects, du niveau sonore de fonctionnement et de la consommation d'énergie ;
- que s'agissant de la prise en compte d'éco-labels, elle avait pour but non pas une valorisation des offres, mais d'encourager les candidats dans une démarche globale de respect de l'environnement ;
- que s'agissant de l'éco-label « 80-plus », la société le possédait sauf pour une configuration serveur de sorte qu'elle n'est pas susceptible d'avoir été lésée par le manquement invoqué ;
- que l'UGAP pouvait valablement demander aux candidats, à titre facultatif si les produits en cause répondaient au référentiel « Energy Star », conformément à la démarche de l'Union Européenne d'encouragement des fabricants à utiliser des spécifications énergétiques communes sous un label unique ;
- que cela ne concernait qu'une question sur onze soit 10 points sur 110 ;

- que le classement des offres reste inchangé après neutralisation de cette question ;

Vu le mémoire, enregistré le 21 avril 2013, présenté pour la société Bull Sas ; la société Bull Sas persiste dans ses conclusions et moyens et soutient en outre :

- qu'elle est en droit d'invoquer le bénéfice de l'article 83 du code des marchés publics, indépendamment de l'article 80, notamment en vue d'obtenir des informations sur les caractéristiques et avantages relatifs de l'offre retenue ;
- qu'en l'espèce, les informations qui lui ont été communiquées sont incomplètes en l'absence de communication complète des notes et en raison de leur insuffisante étendue ;
- que même au titre de l'appréciation des offres, les éléments caractéristiques des écolabels pris en compte à ce stade doivent être indiqués de manière précise ;
- que compte tenu de l'écart de points qui la sépare du troisième attributaire, il ne peut être contesté que cette circonstance est susceptible de l'avoir lésée dès lors que la note obtenue pour le critère de « performance en matière de respect de l'environnement » en résulte principalement ;
- qu'il apparaît que l'UGAP a modifié les critères de notation en appréciant uniquement la complétude des offres sans plus tenir compte de leur cohérence ;
- qu'elle a introduit de nouveaux critères portant sur la richesse du catalogue d'options, du catalogue de logiciels, et du catalogue de prestations associées ;

Vu le mémoire, enregistré le 22 avril 2013, présenté pour la société SCC par Me Mairesse ; la société SCC conclut au rejet de la requête et demande qu'une somme de 3000 euros soit mise à la charge de la société Bull Sas , en application des dispositions de l'article L 761-1 du code de justice administrative ;

La société SCC soutient :

- que le moyen tiré de l'erreur entachant son offre en ce qui concerne les points de stockage serait erronée, ne peut être utilement soulevé dans la mesure où il a trait aux mérites de son offre ;
- qu'en toute hypothèse, le moyen manque en fait ;

Vu le mémoire, enregistré le 22 avril 2013 présenté pour le groupement Computacenter/ Dell par Me Benesty ; le groupement Computacenter/ Dell conclut au rejet de la requête et demande qu'une somme de 3000 euros soit mise à la charge de la société Bull Sas en application de l'article L 761-1 du code de justice administrative ;

Le groupement Computacenter/ Dell soutient :

- que la société Bull Sas a disposé de l'ensemble des éléments nécessaires à la sauvegarde de ses droits devant le juge du référé précontractuel ;
- que l'UGAP s'est bornée à demander aux candidats si leurs équipements étaient écolabélisés afin d'apprécier leur performance environnementale ;
- qu'en toute hypothèse, ces éléments ne représentent que 2/11^{ème} de la note globale du sous-critère en cause, lequel est affecté d'un coefficient de pondération de 10% ;
- que, dans la mesure, d'une part, où la nature et les besoins de l'UGAP ont été précisément définis dans les documents de la consultation, d'autre part où les critères d'attribution et leurs modalités de mise en œuvre ont été clairement indiqués dans le règlement de la consultation, les candidats disposaient des éléments utiles à l'élaboration de leur offre ;
- que le contenu des marchés subséquents n'est pas susceptible d'avoir d'incidence sur

l'élaboration des offres pour l'accord-cadre de sorte que la circonstance invoquée n'est pas susceptible d'avoir lésé la société Bull Sas ;

- que les dispositions du 6° de l'article 12 du code des marchés publics ne s'appliquent qu'aux marchés passés selon une procédure formalisée et non aux accords-cadres ;
- que l'obligation de choisir l'offre économiquement la plus avantageuse fixée par l'article 53 du code des marchés publics ne s'applique pas pour un accord-cadre ;
- que les caractéristiques techniques des offres comportent une dimension économique, notamment en ce qui concerne la durabilité des équipements ;
- que l'incertitude quant à la prise en compte des configurations de base facultatives pour la valeur technique est sans incidence sur les conditions d'élaboration des offres, puisqu'il suffisait à un candidat de ne pas y répondre pour faire échec à son application ;
- que le critère « qualité de service » a été apprécié conformément au règlement de la consultation ;
- que l'affirmation selon laquelle la notation du critère « performance en matière de protection de l'environnement » serait viciée par l'inexistence de certains ecolabels n'est pas assortie d'éléments probants et ne porte que sur un élément pouvant donner lieu à l'allocation de 10 points au maximum par configuration sur un total de 110, pour un critère ne représentant que 10% de la notation totale ;
- que l'erreur alléguée affectant une offre concurrente ne repose pas sur les documents remis lors de la consultation, mais uniquement sur la consultation d'un site internet ;
- que s'agissant de l'insuffisante définition des besoins, les options et accessoires se rattachent à des configurations définies de manière détaillée dans les documents de la consultation, les prestations obligatoires étant par ailleurs définies, seules les prestations facultatives étant indéterminées ;

Vu le mémoire, enregistré le 22 avril 2013 présenté par l'UGAP ; l'UGAP persiste dans ses conclusions et moyens et soutient en outre :

- qu'étant susceptible de passer un grand nombre de marchés dédiés avec des clients spécifiques, elle ne peut déterminer avec précision les critères mis en œuvre pour les marchés subséquents au stade de l'accord-cadre ;
- que l'absence éventuelle de prise en compte des critères de qualité au stade du marché subséquent ne peut léser les candidats compte tenu de leur prise en compte au stade de l'attribution de l'accord-cadre ;
- que l'écart maximal des fourchettes au stade de l'accord-cadre était adapté aux exigences des marchés ;
- que les modalités de détermination des prix figuraient bien dans l'accord-cadre, l'article 3 du cahier des caractéristiques et modalités d'exécution renvoyant à l'article 6 du CCAP, lequel comportait des dispositions en ce sens ;
- qu'aucune disposition applicable n'impose au pouvoir adjudicateur de demander les prix des prestations au stade de l'accord-cadre ;
- que les équipements objet de l'accord-cadre sont exposés à de fréquentes évolutions technologiques ayant des répercussions sur les prix qui rendent inopportune la fixation du prix même plafond, dès le stade de l'accord-cadre ;
- que la société requérante n'a pu être lésée par l'absence de prise en compte du prix à ce stade ;
- qu'aucune disposition applicable n'impose une analyse des offres reposant sur des critères économiques au stade de l'accord-cadre ;
- qu'il est possible d'attribuer un accord-cadre exclusivement sur des critères qualitatifs, sans pour autant que le pouvoir adjudicateur soit tenu de fonder les marchés subséquents

exclusivement sur le critère du prix ;

- que le prix a bien été pris en compte pour l'attribution des marchés subséquents ;
- que, s'agissant du moyen tiré de la violation des obligations de publicité et de détermination du poids des critères d'attribution de l'accord-cadre, le recours à des éléments facultatifs est autorisé lorsque le besoin ne peut être déterminé avec précision ;
- que les configurations facultatives ne constituaient pas un sous-critère de choix, mais entraient dans la notation du sous-critère « configuration de base » de la valeur technique ;
- que, s'agissant des critères d'attribution de l'accord-cadre, la « recyclabilité » des matériels a bien été prise en compte pour tous les candidats dans les analyses des offres ;
- que la prise en compte des capacités et lieux de stockage était prévue par le biais des questions 19 et 20 de l'annexe correspondante ;
- que la neutralisation de la question posée s'agissant du label « Energy Star » porte sur l'attribution de 60 points sur 6870 que compte le questionnaire environnement ;
- que s'agissant de l'erreur affectant l'offre de SCC, il n'appartient pas au pouvoir adjudicateur de vérifier au stade de l'offre si les candidats disposent bien des moyens qu'ils annoncent pour exécuter le marché et celui-ci ne pourrait leur imposer d'en disposer dès ce stade ;
- que la société SCC faisait par ailleurs référence à des partenariats possibles de sous-traitance ;
- que s'agissant de la définition des besoins, le contenu des options et leur valorisation étaient définis à l'annexe 1b de la consultation ;
- que la marge laissée aux candidats avait pour objet de proposer les offres les plus performantes possibles en cohérence avec les matériels et logiciels entrant dans l'offre ;
- que ces options ont été valorisées au plan quantitatif, sans valorisation qualitative ;

Vu la décision par laquelle la présidente du tribunal a désigné M. Chazan, vice-président, comme juge des référés ;

Vu les pièces jointes à la requête ;

Vu le code des marchés publics ;

Vu le code de justice administrative ;

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

Après avoir, au cours de l'audience publique du 22 avril 2013, présenté son rapport et entendu :

- les observations de Me Dal Farra pour la société Bull Sas qui maintient ses écritures et souligne : que les configurations proposées au stade de l'accord-cadre engagent le titulaire au stade des marchés subséquents ; que ces configurations de base, obligatoires ou facultatives étaient complétées par des options et prestations de services pas complètement déterminées par les pièces de la consultation et qui pouvaient être très nombreuses sous la seule réserve de compatibilité avec les configurations de base ; que le III de l'article 12 du code des marchés publics mentionne que les pièces constitutives des accords-cadres comportent obligatoirement les mentions relatives au prix ou aux modalités de sa détermination ; que la circonstance que tous les candidats soient placés dans la même situation n'en rend pas moins cette circonstance irrégulière ; qu'en l'absence de détermination précise des critères de passation des marchés subséquents, les candidats ne pouvaient élaborer une offre, faute de pouvoir déterminer s'il fallait proposer des configurations limitées et risquer de ne pas

être retenu au stade de l'accord-cadre ou des configurations plus lourdes et risquer de n'obtenir aucun marché subséquent ; que les pièces de la consultation permettaient de multiples combinaisons de critères au stade des marchés subséquents permettant d'en renverser la hiérarchie ; que cette circonstance se double des incertitudes entourant le besoin exprimé par le pouvoir adjudicateur ; que s'agissant de la question de l'absence de critère économique dans l'attribution de l'accord-cadre, les dispositions du I de l'article 76 du code des marchés publics, renvoient effectivement aux conditions générales de passation des marchés, au nombre desquelles figure l'obligation de choisir l'offre économiquement la plus avantageuse ; qu'il n'en va différemment que dans des hypothèses extrêmement particulières n'impliquant aucun décaissement de la part du pouvoir adjudicateur ; que l'obligation ne concerne pas la fixation du prix lui-même, mais éventuellement les modalités de sa détermination, par exemple par l'annonce d'un rabais sur le prix public ; que cette circonstance est susceptible de l'avoir lésée dans la mesure où le résultat de la consultation aurait été différent si un critère économique avait été prévu ; que sur le moyen tiré de la méconnaissance des critères de la consultation, la valorisation des offres sur la base des éléments, facultatifs ou non, selon qu'ils ont été proposés ou non par l'ensemble des candidats introduit une incertitude quant aux éléments d'appréciation des offres ; que cette incertitude est susceptible de l'avoir lésée en présence d'un écart de 0,05 point sur 10 par rapport au 3^{ème} attributaire ; que d'une manière générale, compte tenu de ce très faible écart, toute irrégularité est susceptible de l'avoir lésée ; que le pouvoir adjudicateur n'a pas fait application de ses propres critères en s'abstenant d'apprécier le caractère recyclable des équipements s'agissant de la prise en compte de l'environnement ; qu'il a modifié les critères en prenant en compte des points de stockage s'agissant de la qualité des offres et en exigeant des écolabels en tant que tels ou des écolabels non disponibles ; que sur aucun de ces points la neutralisation de l'élément litigieux dans l'appréciation des offres n'empêche ces circonstances de l'avoir lésée ; que s'agissant des lieux de stockage de la société SCC, la pièce produite est insuffisante et non probante ; que l'irrégularité affectant l'exigence d'écolabels est susceptible de l'avoir lésée dès lors que la neutralisation de tout ou partie des exigences irrégulières de la consultation porte atteinte à son droit à avoir la meilleure note possible et modifie les proportions attribuées aux éléments d'appréciation des offres ; que le régime d'options facultatives caractérise une insuffisante définition des besoins, et partant une indétermination quant aux critères d'appréciation des offres ;

- les observations de M.Quesnot, de Mme d'Anselme et de M.Cochard pour l'Union des Groupements d'Achats Publics qui maintient ses écritures et souligne en outre : que la lettre rejetant l'offre de la société Bull Sas est conforme aux exigences de la jurisprudence ; que s'agissant des écolabels, ils ne constituaient pas un élément de conformité de l'offre ; qu'en toute hypothèse l'omission de la mention « ou équivalent » n'a pu être de nature à modifier la nature des réponses données aux questions posées ; qu'aucun label particulier n'était imposé en l'espèce ; que sur la question de l'indication des critères d'appréciation des marchés subséquents, la jurisprudence citée concerne des marchés ; que les critères et leur pondération sont indiqués ; que l'article 53 du code des marchés publics autorise le recours à une fourchette ; que la circonstance invoquée est sans influence sur l'attribution de l'accord-cadre et affecte uniquement les marchés subséquents ; qu'il n'est pas établi que cette circonstance ait une incidence sur les offres formulées dans le cadre de l'accord-cadre ; que s'agissant de l'attribution de l'accord-cadre, il n'existait aucune incertitude sur les critères ; que, s'agissant de la méconnaissance alléguée de l'article 12 du code des marchés publics, la fiche établie par la commission européenne sur les accords-cadres, commentant la directive 2004/18, indique expressément que cette directive n'impose pas nécessairement de fixer le prix dès le stade de la passation de l'accord-cadre ; que l'article 53 I du code des marchés publics concerne les marchés et non les accords-cadres ; que le 5° du III de l'article 76 du code des marchés publics ne s'applique qu'aux marchés subséquents de sorte que le moyen tiré de sa méconnaissance par la consultation prévue pour l'accord-cadre est inopérant ; que le II de l'article 53 du code des

marchés publics impose seulement de pondérer les critères et sous-critères, l'ensemble des éléments pris en compte pour la valorisation des offres n'ayant pas ce caractère ; que les éléments facultatifs pris en compte n'ont pas le caractère de sous-critères ; que la prise en compte des capacités de stockage était bien prévue par les pièces de la consultation ; que le nombre de mètres carrés de stockage a été pris en compte de manière surabondante et n'est pas un élément de notation ; que les offres des candidats présentent un caractère déclaratif, le pouvoir adjudicateur n'ayant pas à vérifier la véracité de leurs affirmations; que si des éléments sont erronés, il en sera tenu compte dans le cadre de l'exécution du marché, le cas échéant par la résiliation ; que s'agissant de la détermination des besoins, elle était suffisante, nonobstant la possibilité de proposer des prestations non définies à la marge, notamment compte tenu de l'expérience et des capacités d'une société comme Bull Sas ; que l'existence de prestations facultatives n'entraîne pas d'incidence sur le reste de l'offre ; que les options ne correspondent pas à des éléments complètement libres, mais déterminés par les configurations, et devant être cohérents et/ ou compatibles avec elles ; que cette possibilité a pour objet d'éviter les offres incomplètes obligeant la personne publique contractante à compléter les prestations offertes par le marché subséquent ;

- les observations de Me Benesty, pour le groupement Computacenter/Dell qui maintient ses écritures et souligne en outre : que le prix ou les modalités de détermination des prix n'ont pas à être mentionnés au stade de l'accord-cadre, ainsi que le traduit la mention du 2^{ème} alinéa du III de l'article 12 du code des marchés publics qui prévoit qu'elles ne doivent l'être qu'à défaut d'avoir été mentionnées dans l'accord-cadre, ce qui, a contrario, souligne que leur mention n'est pas obligatoire dans l'accord-cadre ; que l'accord porte sur des prestations dont la technologie est évolutive et justifie que les candidats participent à la définition des besoins à travers les options dans l'intérêt même du pouvoir adjudicateur ; que le III de l'article 76 du code des marchés publics implique que l'offre la plus avantageuse soit déterminée au stade du marché subséquent ; que le code des marchés publics n'interdit pas les fourchettes pour les critères d'attribution des marchés subséquents le prix étant toujours un élément pris en compte à ce stade ; que la société Bull Sas n'a pu être lésée par les manquements qu'elle invoque uniquement après le rejet de son offre, sans avoir posé la moindre question et alors qu'elle était parfaitement en mesure de répondre et notamment de connaître les besoins du pouvoir adjudicateur ;

- les observations de Me Mairesse, pour la société SCC qui maintient ses écritures et souligne en outre : que la jurisprudence citée pour démontrer une violation du principe d'égalité des candidats au motif d'une erreur entachant son offre, concerne la sélection de candidatures et n'est donc pas applicable en l'espèce ; que le moyen manque en fait dès lors que le document sur lequel s'appuie la requérante est périmé ; qu'elle ne rapporte pas la preuve de l'existence d'une erreur de fait ; qu'elle se réfère à la pièce n°1 produite à l'appui de son mémoire, laquelle établit qu'elle disposait bien du nombre de points de stockage annoncé ; que pour le surplus, elle renvoie à l'argumentation développée par l'UGAP ;

- Les observations de M.Choisnard, représentant la société Econocom qui indique que les conditions de la consultation lui ont paru parfaitement claires et qu'elle-même comme tous les candidats était parfaitement en mesure de répondre utilement ;

- La parole ayant été donnée à nouveau à Me Dal Farra pour la société Bull Sas ; la société Bull Sas maintient son argumentation et souligne en outre : que l'article 12 III du code des marchés publics prévoit expressément l'obligation de faire figurer les mentions qu'elle énumère prévues au I dont celles qui figurent au 6° ; que le deuxième alinéa permet de compléter ces mentions au stade des marchés subséquents si elles n'étaient pas complètes au stade de la passation de l'accord-cadre ; que s'agissant de la définition des besoins, la réponse aux caractéristiques du marché aurait du consister à

ne pas figer les configurations au stade de l'accord-cadre, lesquelles lient les titulaires au stade des marchés subséquents ; qu'en l'état, la société SCC n'établit pas qu'elle dispose effectivement des capacités annoncées ;

- La parole ayant été donnée à nouveau à Mme d'Anselme et à M.Cochard pour l'UGAP qui maintient ses écritures et souligne en outre : que le CCAP, qu'elle se propose de verser au dossier, et le cahier des caractéristiques et modalités d'exécution des marchés subséquents annexé aux documents de la consultation permettait la détermination des prix ; que les prix ont une forte évolutivité pour ce type d'équipements de sorte que cela n'aurait pas eu de pertinence économique de les fixer dans l'accord-cadre ; que s'agissant des éléments librement proposés, elle s'est bornée à en vérifier la cohérence avec les configurations proposées et à valoriser ces éléments d'un point de vue quantitatif sans appréciation qualitative ; que la société Bull a proposé l'écolabel Energy Star dont elle conteste la disponibilité pour certains matériels dans son offre ; que sur la question des capacités de stockage, elle a obtenu la note maximale sur ce point de sorte qu'elle n'est pas susceptible d'avoir été lésée ; que s'agissant de la question des options, elle n'a aucune incidence sur les configurations de base quel que soit le nombre d'options ;

- La parole ayant été donnée à nouveau à Me Dal Farra pour la société Bull Sas qui maintient son argumentation et souligne en outre : que le CCAP et le cahier des caractéristiques et modalités d'exécution fixaient seulement le régime contractuel applicable aux prix et non les modalités de leur détermination ; que les tarifs évoqués dans l'offre n'avaient aucun caractère contractuel ; que la neutralisation éventuelle de la valorisation du critère lié aux capacités de stockage ne rendrait pas la consultation régulière dès lors qu'elle a le droit à ce que certains candidats soient moins bien notés qu'elle-même ;

- La parole ayant été donnée à nouveau à Me Benesty pour la société Computacenter qui maintient son argumentation et souligne qu'il s'en tient à la lettre du III de l'article 12 du code des marchés publics et que les écolabels mentionnés dans la consultation n'avaient pas le caractère de spécifications techniques mais seulement d'éléments de valorisation des offres ;

- La parole ayant été donnée à nouveau à Me Mairesse pour la société SCC qui maintient son argumentation ;

Aucune partie n'ayant souhaité formuler d'observations complémentaires ;

La clôture de l'instruction ayant été repoussée au 23 avril 2013 à 17 heures, puis au 24 avril à 15 heures ;

Vu enregistrées le 23 avril 2013, les pièces produites par l'UGAP ;

Vu le mémoire enregistré le 24 avril 2013 à 13h58, présenté pour la société Bull Sas ; la société Bull Sas persiste dans ses conclusions et moyens et soutient en outre :

- que la circonstance qu'elle n'ait posé aucune question est due au fait qu'aucune réponse ne pouvait combler les lacunes qui affectent la régularité de la consultation ;
- que cette circonstance n'est pas de nature à démontrer qu'elle n'a pu être lésée par les manquements qu'elle invoque ;
- que les dispositions de l'article 12 du code des marchés publics imposent à tout le moins au pouvoir adjudicateur de fixer les modalités de détermination du prix des prestations ;
- qu'en l'espèce, le CCAP se borne à fixer le régime du prix mais non les modalités de sa

détermination ;

- que l'article 31§2 de la directive 2004/18 prévoit que le choix des parties à l'accord-cadre se fait par application des critères prévus à l'article 53 de la directive laquelle évoque l'offre économiquement la plus avantageuse ;

- qu'en tout état de cause, l'accord-cadre n'est pas attribué, en l'espèce, sur le critère du prix alors que les marchés subséquents ne sont pas attribués en fonction du critère exclusif du prix ;

Sur les conclusions tendant à l'application de l'article L 551-1 du code de justice administrative :

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.* » ;

2. Considérant que l'Union des Groupements d'Achats Publics (UGAP), a lancé une consultation pour la passation, selon la procédure de l'appel d'offres ouvert, d'un accord-cadre avec trois attributaires pour des prestations informatiques (matériel, logiciel et prestations associées) pour centre de données, pour un montant estimé de 160 millions d'euros ; que l'accord-cadre a été attribué au groupement Computacenter/Dell, classé premier et aux sociétés SCC, et Econocom classées deuxième et troisième ; que l'offre de la société Bull Sas, classée 4ème a été notée 7,77 sur 10 contre 7,82 pour le troisième attributaire et 8,20 pour le premier ; qu'elle demande l'annulation de l'ensemble de la procédure ;

3. Considérant qu'aux termes de l'article 1^{er} du code des marchés publics : « (...) *Les accords-cadres sont les contrats conclus entre un des pouvoirs adjudicateurs définis à l'article 2 et des opérateurs économiques publics ou privés, ayant pour objet d'établir les termes régissant les marchés à passer au cours d'une période donnée, notamment en ce qui concerne les prix et, le cas échéant, les quantités envisagées. / II.-Les marchés publics et les accords-cadres soumis au présent code respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures. Ces principes permettent d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics. Ces obligations sont mises en oeuvre conformément aux règles fixées par le présent code.* » ; qu'aux termes de l'article 76 du code des marchés publics : « *I.-Les accords-cadres définis à l'article 1er sont passés selon les procédures et dans les conditions prévues par le présent code. Dans ces accords-cadres le pouvoir adjudicateur a la faculté de prévoir un minimum et un maximum en valeur ou en quantité, ou un minimum, ou un maximum, ou encore être conclus sans minimum ni maximum. / II.-Les marchés passés sur le fondement d'un accord-cadre sont des documents écrits qui précisent les caractéristiques et les modalités d'exécution des prestations demandées qui n'ont pas été fixées dans l'accord-cadre. La conclusion des marchés passés sur le fondement d'un accord-cadre intervient soit lors de la survenance du besoin, soit selon une périodicité prévue par l'accord-cadre. / III.-Lorsqu'un accord-cadre est attribué à plusieurs opérateurs économiques, ceux-ci sont au moins au nombre de trois, sous réserve d'un nombre suffisant de candidats et d'offres. Pour chacun des marchés à passer sur le fondement de cet accord, le pouvoir adjudicateur consulte par écrit les opérateurs économiques titulaires de l'accord-cadre et organise une mise en concurrence selon la procédure suivante : (...)* 3° *Quel que soit le choix opéré, les parties ne peuvent apporter des modifications substantielles aux termes fixés dans l'accord-cadre lors de la passation des marchés fondés sur cet accord ;* 4° *Le*

pouvoir adjudicateur fixe un délai suffisant pour la présentation des offres en tenant compte d'éléments tels que la complexité des prestations attendues ou le temps nécessaire à la transmission des offres./ Ces offres sont proposées conformément aux caractéristiques fixées par l'accord-cadre et les documents de la consultation propres au marché fondé sur l'accord-cadre. (...) 5° Les marchés passés sur le fondement de l'accord-cadre sont attribués à celui ou, le cas échéant, à ceux des titulaires de l'accord-cadre qui ont présenté les offres économiquement les plus avantageuses, sur la base des critères non discriminatoires fixés par l'accord-cadre pour l'attribution de ces marchés. » ;

4. Considérant que conformément à l'article 3 du règlement de la consultation, le dossier de consultation remis aux candidats comportait un « cahier des caractéristiques et modalités d'exécution de l'accord-cadre » déterminant les conditions de passation des marchés subséquents ; que l'article 10.4 « critères de choix des offres » de ce cahier prévoyait que « les marchés subséquents sont passés avec [les] titulaires dont [les] offres [sont] jugées [les] plus avantageuses en fonction des critères détaillés ci-après : Prix 30 à 100% / Valeur technique : 0 à 70% / Qualité de service : 0 à 50% / Performance en matière de protection [de l'environnement] : 0 à 30% (...) » ; que de telles modalités reflètent la volonté de l'UGAP de conclure un accord-cadre unique permettant de passer des marchés subséquents adaptés à la diversité des besoins des nombreux acheteurs publics pour le compte desquels elle est susceptible d'intervenir ; que la société Bull Sas fait valoir que ces dispositions ne permettent pas de connaître les critères d'attribution des marchés subséquents en violation des dispositions du 5° du III de l'article 76 du code des marchés publics, ni les modalités de leur mise en œuvre, en violation des principes de liberté d'accès, d'égalité des candidats et de transparence des procédures, qui gouvernent la commande publique, mentionnés à l'article 1^{er} du code des marchés publics ;

5. Considérant qu'il résulte des dispositions combinées des articles 1^{er} et 76 du code des marchés publics que les accords-cadres constituent des contrats à part entière dont les termes engagent leurs signataires au stade des marchés subséquents ; que l'article 10.3 du cahier des caractéristiques et modalités d'exécution de l'accord-cadre autorisait la présentation de nouveaux produits au stade des marchés subséquents, mais exigeait la production des éléments de preuve que ces nouveaux produits soient conformes « aux caractéristiques minimales des produits proposés (...) pour l'accord-cadre » ; que, de même, l'article 10.4 du même cahier, relatif aux critères d'attribution des marchés subséquents, prévoyait que « les caractéristiques techniques et environnementales sont des caractéristiques (minimales ou maximales) correspondant aux standards du marché au moment de la remise en concurrence et ne peuvent être inférieures (s'il s'agit de caractéristiques minimales) à celles proposées dans l'accord-cadre » ; que les caractéristiques techniques des matériels, les options, les prestations associées, ainsi que les engagements relatifs à la qualité de service et les caractéristiques des offres en matière de respect de l'environnement, étaient répertoriées dans des annexes à l'acte d'engagement de l'accord-cadre et engageaient par conséquent les candidats au stade des marchés subséquents ;

6. Considérant qu'il résulte des dispositions précitées de l'article 76 du code des marchés publics que l'accord cadre doit comporter les critères d'attribution des marchés subséquents, et que la méconnaissance de cette obligation affecte la régularité de l'accord-cadre lui-même ; que cette obligation n'est satisfaite que si l'information ainsi délivrée couvre l'ensemble des marchés subséquents passés sur le fondement du même accord-cadre ; qu'en outre, les principes de liberté d'accès, d'égalité des candidats et de transparence des procédures qui gouvernent la commande publique et qui sont applicables aux marchés subséquents passés en application d'un accord-cadre impliquent, compte tenu de ce que les termes de ces marchés sont en partie fixés, sauf modification non substantielle, au stade de l'accord-cadre, que les candidats à l'attribution de l'accord-cadre soient informés dès ce stade, au minimum, des modalités de mise en œuvre des critères d'attribution

des marchés subséquents; qu'en l'espèce, les indications citées au paragraphe 4, données par le cahier des caractéristiques et modalités d'exécution des marchés subséquents relatives aux critères d'attribution de ces marchés, ne permettaient pas aux candidats à l'attribution de l'accord-cadre de déterminer pour chaque marché subséquent, ni même pour chaque type de marché subséquent correspondant à des besoins de même nature, lesquels n'étaient pas définis par les pièces de la consultation, s'ils seraient attribués sur la base de l'ensemble des critères annoncés ou seulement certains d'entre eux voire exclusivement sur le critère du prix, ni dans quelles conditions ; que l'UGAP qui n'est pas tenue de passer des accords-cadres uniques pour le même type de prestations, ni même d'avoir recours à ce type de contrat, ne saurait utilement faire valoir qu'elle ne serait pas en mesure de déterminer avec précision les critères d'attribution des marchés subséquents, compte tenu du grand nombre de marchés passés avec des clients spécifiques ; qu'il suit de là que la société Bull Sas est fondée à invoquer l'irrégularité de la procédure de passation de l'accord-cadre au motif que les candidats n'étaient pas informés des critères d'attribution des marchés subséquents et de leurs modalités de mise en œuvre ;

7. Considérant que l'indétermination, dans les documents de la consultation, quant au nombre et à la nature des critères d'attribution des marchés subséquents, ainsi qu'à leurs modalités de mise en œuvre, est de nature à affecter les conditions d'élaboration des offres présentées en vue de l'attribution de l'accord-cadre, dès lors que les termes de cet accord engagent le titulaire au stade des marchés subséquents ; que, par conséquent, cette circonstance est susceptible d'avoir lésé la société Bull, comme d'ailleurs l'ensemble des candidats évincés ; qu'il suit de là que la société Bull Sas est fondée à demander l'annulation de l'ensemble de la procédure de passation du lot n°2, sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens de la requête ;

Sur l'application des dispositions des articles 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 qu'il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, mettre à la charge de l'UGAP une somme de 1500 euros, au titre des frais exposés par la société Bull Sas non compris dans les dépens ; qu'en revanche, les dispositions de l'article L 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce qu'une somme soit mise à la charge de la société Bull Sas, qui n'est pas la partie perdante dans la présente instance, au titre des frais exposés par l'UGAP, par le groupement Computacenter/Dell et par la société SCC, non compris dans les dépens ;

Sur les dépens :

10. Considérant qu'aux termes de l'article R. 761-1 du code de justice administrative : « *Les dépens comprennent la contribution pour l'aide juridique prévue à l'article 1635 bis Q du code général des impôts, ainsi que les frais d'expertise, d'enquête et de toute autre mesure d'instruction dont les frais ne sont pas à la charge de l'Etat. Sous réserve de dispositions particulières, ils sont mis à la charge de toute partie perdante sauf si les circonstances particulières de l'affaire justifient qu'ils soient mis à la charge d'une autre partie ou partagés entre les parties. L'Etat peut être condamné aux dépens.* » ;

Considérant que dans les circonstances de l'espèce, il y a lieu de mettre la contribution pour l'aide juridique d'un montant de 35 euros à la charge de l'UGAP, partie perdante dans la présente instance ;

ORDONNE

Article 1er : L'ensemble de la procédure d'attribution par l'UGAP d'un accord-cadre dit « lot n°2 », en vue de la passation de marchés de fournitures d'éléments d'infrastructures informatiques pour centre de données, est annulé.

Article 2 : L'UGAP versera à la société Bull Sas une somme de 1500 euros (mille cinq cents euros) en application des dispositions de l'article L 761-1 du code de justice administrative et une somme de 35 euros (trente-cinq euros) en application de l'article R 761-1 du même code.

Article 3 : Les conclusions de l'UGAP, du Groupement Computacenter/Dell et de la société SCC tendant à l'application des dispositions de l'article L 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 4 : La présente ordonnance sera notifiée à la SOCIETE BULL SAS, à l'Union des Groupements d'Achats Publics, au groupement Computacenter / Dell, à la société SCC et à la société Econocom products et solutions.

Fait à Melun, le 26 avril 2013.

Le juge des référés,

Le greffier,

Signé : G. CHAZAN

Signé : G. NGASSAKI

La République mande et ordonne à la préfète de Seine-et-Marne ce qui la 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 du présent jugement.

Pour expédition conforme,
Le greffier,

G. NGASSAKI