

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE MELUN**

N° 1310442/2

Société Aexpertise

M. Jarrige
Juge des référés

Ordonnance du 27 décembre 2013

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Le juge des référés

Vu la requête, enregistrée le 18 décembre 2013, sous le n°1310442/2, présentée pour la société Aexpertise, dont le siège est 166 avenue de Hambourg à Marseille (13008), par Me Pietra ; la société Aexpertise demande au juge des référés, saisi sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative :

1°) d'annuler la procédure de passation du lot n° 1 d'un marché à bons de commande par l'Agence nationale des fréquences pour la réalisation de mesures de champs électromagnétiques dans la bande 100 Khz-6 Ghz en ondes formées ;

2°) d'enjoindre à l'Agence nationale des fréquences de suspendre la passation du lot n°1 jusqu'au terme de la présente procédure ;

3°) d'enjoindre à l'Agence nationale des fréquences de reprendre la procédure au stade de l'analyse des offres ;

4°) de mettre à la charge de l'Agence nationale des fréquences la somme de 3 000 euros en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Elle soutient que :

- l'Agence nationale des fréquences a commis une erreur manifeste dans l'appréciation de la capacité économique et financière de la société Exem en lui attribuant une note de 6 sur 10 au regard du critère de l'adéquation de l'organisation et des moyens prévus pour respecter les délais, alors qu'elle a présenté des bilans déficitaires en 2011 et 2012, que le rapport de gestion à l'assemblée générale du 28 juin 2013 fait état de capitaux propres devenus inférieurs à la moitié du capital social et que le dépôt des comptes annuels pour 2012 fait apparaître un nantissement du fond de commerce pour un montant restant dû en capital à hauteur de 30 026 euros ;

- l'Agence nationale des fréquences a commis une erreur manifeste dans l'appréciation de la capacité technique de la société Exem en lui attribuant une note de 6 sur 10 au regard du critère de l'adéquation de l'organisation et des moyens prévus pour respecter les délais, alors notamment qu'elle ne disposait que de deux chaînes de mesures, de deux techniciens, mais d'aucun personnel en charge exclusivement des tâches administratives de suivi, et que le lot n°1 suppose la réalisation de 1 500 à 2 000 mesures ;

- s'il résultait de l'instruction que l'offre de la société Exem comportait des informations inexactes ayant conduit à l'attribution du lot litigieux, cette dernière devrait être annulée ;

Vu le mémoire, enregistré le 24 décembre 2013, présenté pour la société Exem, par Me Frölich qui conclut au rejet de la requête et à ce que la somme de 5 000 euros soit mise à la charge des sociétés Apave Parisienne, Aexpertise et Emitech en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Elle soutient que :

- elle a remis à l'appui de sa candidature le formulaire de déclaration et les documents exigés par l'article 3.2.1 du règlement de consultation pour apprécier les capacités professionnelles, techniques et financières des candidats, et n'avait pas ainsi à justifier de son bilan comptable ou de sa trésorerie ;

- en tout état de cause, sa situation est en parfaite concordance avec les informations provenant d'Infogreffe et du Tribunal de commerce produites par la société requérante, tandis que son bilan comptable et la situation de ses effectifs correspondent parfaitement avec les éléments chiffrés figurant dans sa déclaration de candidature ;

- l'Agence nationale des fréquences n'a donc commis aucune erreur en acceptant sa candidature ;

- la contestation de la note que son offre a obtenue au regard du critère de l'adéquation de l'organisation et des moyens prévus pour respecter les délais est doublement inopérante au regard de la note obtenue par la société requérante pour ce même critère, et du fait qu'il n'appartient pas au juge du référé précontractuel de contrôler l'appréciation portée par le pouvoir adjudicateur sur les mérites respectifs des offres des candidats ;

- en tout état de cause, la note qui lui a été attribuée au regard de ce critère n'est entachée d'aucune erreur de fait ou manifeste d'appréciation ;

Vu le mémoire en défense, enregistré le 24 décembre 2013, présenté par l'Agence nationale des fréquences qui conclut au rejet de la requête ;

Elle soutient que :

- la société requérante ne peut utilement contester devant le juge du référé précontractuel l'appréciation qu'elle a portée sur les caractéristiques de chacune des offres ;

- en tout état de cause, elle n'a pas demandé aux candidats de fournir des bilans et comptes de résultats de leurs trois derniers exercices et ne pouvait donc examiner leurs offres au regard de tels documents ;

- elle ne s'est pas contentée de la production d'un agrément COFRAC pour apprécier la capacité technique des candidats, leur demandant de produire la liste de leurs principaux clients et des prestations de même nature effectuées au cours des trois dernières années, en indiquant le montant, la date et le client ;

- la pondération des deux critères techniques est justifiée dès lors que celui de la qualité des livrables est fondamental du fait de l'obligation qui lui est faite de mettre à la disposition du public les rapports de mesures de champs électromagnétiques et du caractère indispensable de la mise en place à cette fin d'une procédure automatisée permettant à un moindre coût d'alimenter une base de données d'où les informations sont mises en ligne ;

- au regard du critère de l'adéquation de l'organisation et des moyens prévus pour respecter les délais, avec une note de 6 sur 10, la société Exem a obtenu la 3^{ème} note sur les cinq candidats en lice, soit une note moyenne bien inférieure à celle maximale obtenue par la société requérante ;

- pour autant, elle a estimé à bon droit qu'elle était en mesure de réaliser les prestations prévues par le lot litigieux, eu égard à ses moyens en personnel, à sa qualité d'acteur reconnu et au volume de mesures à réaliser ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu le code des marchés publics ;

Vu le code de justice administrative ;

Vu la décision en date du 9 décembre 2013, par laquelle la présidente du tribunal a désigné M. Jarrige, vice-président, pour statuer sur les référés en matière de passation de contrats et marchés ;

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

Après avoir, au cours de l'audience publique du 27 décembre 2013, présenté son rapport et entendu :

- les observations de Me Benazeth, représentant la société Aexpertise, qui a repris ses conclusions et moyens et fait valoir en outre que :

- elle conteste au premier chef la recevabilité de la candidature de la société Exem ;
- les pièces produites par la société Exem à l'appui de son mémoire en défense pour justifier de ses capacités financières, notamment des courriers d'investisseurs, sont bien postérieures au lancement de la procédure de passation litigieuse et, même pour l'un d'entre eux, aux décisions d'attribution de lots ;

- son accréditation par le COFRAC, qui ne mesure que sa capacité technique, ne suffit pas à établir sa capacité à assurer le volume de prestations demandées, alors qu'il s'agit d'une jeune entreprise reposant sur un effectif en personnel très limité ;

- les observations de M. Salmon, directeur général adjoint, pour l'Agence nationale des fréquences qui maintient ses conclusions et moyens et fait valoir en outre, notamment en réponse aux questions posées à l'audience par le juge des référés, que :

- la société Exem a réalisé 416 des 2 207 mesures mises en ligne entre le 30 août et le 26 décembre 2013 par l'agence, alors qu'attributaire de 3 lots, elle devrait réaliser au plus 1 500 mesures par an ;

- elle a déjà travaillé pour l'agence et est un acteur reconnu ;

- les observations de Me Frölich et M. Astre pour la société Exem qui a repris ses conclusions et moyens et fait valoir en outre que :

- elle a produit pour justifier de ses capacités tous les documents exigés par le règlement de consultation ;

1. Considérant que l'Agence nationale des fréquences a lancé, selon la procédure d'appel d'offres ouvert, une consultation en vue de l'attribution d'un marché à bons de commande pour la réalisation de mesures de champs électromagnétiques dans la bande 100 Khz-6 Ghz en ondes formées ; que, par une lettre du 3 décembre 2013, la société Aexpertise a été informée du rejet de son offre pour le lot n° 1, ainsi que de son attribution à la société Exem ; qu'elle demande notamment l'annulation de la décision de rejet de son offre, ainsi que de celle d'attribution du lot précité à la société Exem, et qu'il soit enjoint à l'Agence nationale des fréquences de reprendre la procédure au stade de l'analyse des offres ;

Sur les conclusions à fins d'annulation et d'injonction :

2. 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.* » ;

3. Considérant que la société Aexpertise a soutenu dans ses écritures que l'Agence nationale des fréquences a commis une erreur manifeste dans l'appréciation de la capacité économique et financière, mais aussi technique, de la société Exem en attribuant à son offre une note de 6 sur 10 au regard du critère de l'adéquation de l'organisation et des moyens prévus pour respecter les délais, compte tenu de ses résultats déficitaires des exercices 2011 et 2012, de sa situation financière encore très fragile au moment du lancement de la procédure litigieuse et de ses moyens techniques et en personnel limités au regard du volume des prestations à réaliser ; que, toutefois, il appartient au juge des référés précontractuels de relever des manquements aux règles de publicité et de mise en concurrence, mais non d'apprécier les mérites respectifs des offres ; que la société requérante ne peut donc utilement contester l'appréciation portée sur la valeur technique de l'offre de la société attributaire du lot n° 1 ;

4. Considérant qu'aux termes de l'article 52 du code des marchés publics : « *I - (...) Les candidatures (...) sont examinées au regard des niveaux de capacités professionnelles, techniques et financières mentionnées dans l'avis d'appel public à la concurrence, ou, s'il s'agit d'une procédure dispensée de l'envoi d'un tel avis, dans le règlement de la consultation. Les candidatures qui ne satisfont pas à ces niveaux de capacité sont éliminées. / L'absence de références relatives à l'exécution de marchés de même nature ne peut justifier l'élimination d'un candidat et ne dispense pas le pouvoir adjudicateur d'examiner les capacités professionnelles, techniques et financières des candidats (...)* » ; que si la société Aexpertise entend en réalité faire valoir, ainsi qu'elle l'a indiqué à l'audience, que, du fait de ses capacités professionnelles, techniques et financières insuffisantes, la candidature de la société Exem aurait dû être éliminée, l'article 3.2.1 du règlement de la consultation n'exigeait pas des candidats la production des documents comptables de leurs trois derniers

exercices et, par suite, les résultats déficitaires au cours de ses exercices 2011 et 2012 de la société attributaire du lot n° 1 ne pouvaient justifier l'élimination de sa candidature ; que, par ailleurs, il ne résulte pas de l'instruction que ses moyens techniques et en personnel limités devaient entraîner nécessairement l'élimination de sa candidature dès lors qu'il n'est pas contesté qu'elle a réalisé 416 des 2 207 mesures mises en ligne par l'Agence nationale des fréquences entre le 30 août et le 26 décembre 2013, alors qu'attributaire de 3 lots du marché litigieux, elle devrait réaliser au plus 1 500 mesures par an ;

5. Considérant que la prise en compte par le pouvoir adjudicateur de renseignements erronés relatifs aux capacités professionnelles, techniques et financières d'un candidat est susceptible de fausser l'appréciation portée sur les mérites de cette candidature au détriment des autres candidatures et ainsi de porter atteinte au principe d'égalité de traitement entre les candidats ; que la société Aexpertise n'a établi ni au cours de la procédure écrite, ni lors des débats à l'audience, et il ne ressort pas plus de la comparaison des documents comptables et autres émanant du greffe du tribunal de commerce de Toulouse produits par la société requérante et de la déclaration de candidature de la société Exem, ainsi que des documents annexés à celle-ci, que l'intéressée aurait trompé l'Agence nationale des fréquences sur les montants de son chiffre d'affaires global de ses trois derniers exercices ou la composition de ses effectifs ;

6. Considérant qu'il résulte de ce qui précède, et sans qu'il soit besoin d'ordonner la mesure de suspension sollicitée, que la société Aexpertise n'est pas fondée à demander, d'une part, l'annulation de la procédure de passation du lot n° 1 d'un marché à bons de commande par l'Agence nationale des fréquences pour la réalisation de mesures de champs électromagnétiques dans la bande 100 Khz-6 Ghz en ondes formées et, d'autre part, qu'il soit enjoint à l'Agence nationale des fréquences de reprendre la procédure au stade de l'analyse des offres ;

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

7. 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. » ;

8. Considérant que ces dispositions font obstacle à ce que soit mise à la charge de l'Agence nationale des fréquences, qui n'est pas, dans la présente instance, la partie perdante, la somme que demande la société Aexpertise au titre des frais exposés par elle et non compris dans les dépens ; qu'en revanche, il y lieu, dans les circonstances de l'espèce, de condamner la société requérante à verser à la société Exem la somme de 1 000 euros au titre des frais exposés par elle et non compris dans les dépens ;

ORDONNE

Article 1^{er} : La requête de la société Aexpertise est rejetée.

Article 2 : La société Aexpertise versera une somme de 1 000 euros à la société Exem en application de l'article L.761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : La présente ordonnance sera notifiée à la société Aexpertise, à l'Agence nationale des fréquences et à la société Exem.

Fait à Melun, le 27 décembre 2013

Le juge des référés,

Signé : A. JARRIGE

La République mande et ordonne au ministre du redressement productif en ce qui le concerne et à tous huissiers de justice à ce requis en ce qui concerne les voies de droit commun, contre les parties privées, de pourvoir à l'exécution de la présente décision.

Pour expédition conforme,
Le greffier,

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, stylized 'V' followed by several vertical strokes and a horizontal line at the bottom.

V. VAN HOOTEGEM