

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE MELUN**

N° 1310331/2

Société Apave Parisienne

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 13 décembre 2013, sous le n°1310331/2, présentée pour la société Apave Parisienne, dont le siège est 17 rue Salneuve à Paris (75854), par Me Marié ; la société Apave Parisienne demande au juge des référés, saisi sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative :

1°) d'annuler toutes décisions relatives à la procédure de passation 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, notamment, la décision du 3 décembre 2013 de rejet de son offre et celles d'attribution des lots dudit marché ;

2°) d'enjoindre à l'Agence nationale des fréquences de suspendre la passation du marché et toutes décisions relatives à celle-ci, dont celle de le signer, jusqu'au terme de la présente procédure, et de communiquer les motifs détaillés de rejet de son offre, ainsi que le procès-verbal de la commission d'appel d'offres et les caractéristiques des offres des sociétés attributaires ;

3°) d'enjoindre à l'Agence nationale des fréquences de reprendre la procédure au stade de la publicité préalable en se conformant à ses obligations en matière de publicité et de mise en concurrence ;

4°) de mettre à la charge de l'Agence nationale des fréquences la somme de 2 000 euros en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Elle soutient que :

- l'Agence nationale des fréquences a méconnu les dispositions des articles 80 et 83 du code des marchés publics en ne répondant pas à sa demande en date du 13 décembre 2013 de communication des motifs détaillés de rejet de son offre, du procès-verbal de la réunion et de l'avis de la commission d'appel d'offres, ainsi que des caractéristiques des offres des sociétés attributaires ;

- en majorant l'importance du critère de la qualité des livrables et minorant celui de l'adéquation de l'organisation et des moyens prévus pour respecter les délais, pourtant essentiel compte tenu de l'ampleur et de la technicité du marché en cause, l'Agence nationale des fréquences a méconnu l'article 53 du code des marchés publics et retenu des critères, ainsi qu'une règle de pondération sans rapport avec l'objet du marché et ses conditions d'exécution ;

Vu le mémoire en défense, 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 la société requérante n'explicite nullement les motifs de sa contestation du choix et de la pondération des critères de sélection retenus par l'Agence nationale des fréquences ;

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 :

- conformément à l'article 80 du code des marchés publics, elle a informé la société requérante, par lettre du 3 décembre 2013, du rejet de son offre, des notes qui lui ont été attribuées au regard des trois critères de sélection, ainsi que de l'identité et des notes des attributaires des différents lots ;

- elle n'a pu répondre avant l'introduction du présent référé à la demande de l'intéressée d'éléments complémentaires qui portait au demeurant, outre sur les motifs de rejet de son offre déjà communiqués, sur le procès-verbal de la réunion et l'avis de la commission d'appel d'offres, alors que cette commission a été supprimée en matière de passation des marchés publics de l'Etat et de ses établissements publics ;

- elle a choisi deux critères techniques, la qualité des livrables et l'adéquation de l'organisation et des moyens prévus pour respecter les délais, qui sont directement justifiés par l'objet d'un marché technique de mesures de champs électromagnétiques, ainsi qu'un critère financier permettant de déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse ;

- 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 ;

- l'accréditation COFRAC permet sinon de s'assurer que les candidats maîtrisent l'activité de mesure des champs électromagnétiques et ils ont dû justifier préalablement qu'ils disposent des moyens techniques et en personnel nécessaires ;

- les dispositions de l'article 53 du code des marchés publics ne sont donc pas méconnues ;

Vu le mémoire en réplique, enregistré le 26 décembre 2013, présenté pour la société Apave Parisienne qui conclut aux mêmes fins que sa requête, ainsi que par les mêmes moyens et, en outre, au rejet des conclusions des défendeurs dirigées contre elle ;

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 Noury, représentant la société Apave Parisienne, qui a repris ses conclusions et moyens et fait valoir en outre que :

- elle n'a pas eu communication des notes obtenues par les attributaires des différents lots au regard de chacun des critères de sélection, mais seulement de la note globale de leurs offres ;

- l'importance donnée au critère de la qualité des livrables était disproportionnée dès lors qu'il suffisait aux candidats de procéder à un couper-coller de la trame de rapport communiquée à l'ensemble des candidats lors de la consultation ;

- 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 :

- le volume des mesures devrait être de 400 à 500 par zone en métropole ;

- au regard de l'expérience passée de l'agence, il n'était pas du tout certain que l'ensemble des candidats, bien que devant être titulaires d'une accréditation du comité français d'accréditation (COFRAC), seraient en capacité de produire des fichiers de données numériques et des rapports de mesure entièrement conformes à ses exigences, alors que le strict respect de ces exigences était essentiel pour la réussite de la procédure automatisée mise en place ;

- le critère du prix était aussi essentiel et la procédure en cours doit permettre de faire chuter les prix par rapport à ceux pratiqués par les laboratoires des opérateurs mobiles ;

- 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 :

- le critère de la qualité des livrables comportait deux sous critères ;

- elle a dû consacrer beaucoup de temps, notamment en travail informatique, pour satisfaire à ces deux sous critères, tandis que son accréditation par le COFRAC lui a permis plus facilement de satisfaire à l'autre critère technique ;

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 Apave Parisienne a été informée du rejet de son offre, ainsi que de l'attribution des lots n° 1, 2 et 4 à la société Exem et des lots n° 3, 5, 6 et 7 à la société Aexpertise ; qu'elle demande notamment l'annulation de la décision de rejet de son offre, ainsi que de celles d'attribution des lots précités aux sociétés Exem et Aexpertise, et qu'il soit enjoint à l'Agence nationale des fréquences de reprendre la procédure au stade de la publicité préalable en se conformant à ses obligations en matière de publicité et de mise en concurrence ;

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, en premier lieu, qu'aux termes de l'article 80 du code des marchés publics : « *I.-1° Pour les marchés et accords-cadres passés selon une procédure formalisée autre que celle prévue au II de l'article 35, le pouvoir adjudicateur, dès qu'il a fait son choix pour une candidature ou une offre, notifie à tous les autres candidats le rejet de leur candidature ou de leur offre, en leur indiquant les motifs de ce rejet. / Cette notification précise le nom de l'attributaire et les motifs qui ont conduit au choix de son offre aux candidats ayant soumis une offre et à ceux n'ayant pas encore eu communication du rejet de leur candidature. (...)* » ; qu'aux termes de l'article 83 du même code : « *Le pouvoir adjudicateur communique à tout candidat écarté qui n'a pas été destinataire de la notification prévue au 1° du I de l'article 80 les motifs du rejet de sa candidature ou de son offre dans les quinze jours de la réception d'une demande écrite à cette fin. / Si le candidat a vu son offre écartée alors qu'elle n'était aux termes de l'article 35 ni inappropriée, ni irrégulière, ni inacceptable, le pouvoir adjudicateur est en outre tenu de lui communiquer les caractéristiques et les avantages relatifs de l'offre retenue ainsi que le nom du ou des attributaires du marché ou de l'accord-cadre.* » ; que l'information sur les motifs du rejet de son offre dont est destinataire l'entreprise évincée de la procédure de conclusion d'un marché public en application des dispositions précitées a, notamment, pour objet de permettre à la société non retenue de contester utilement le rejet qui lui est opposé devant le juge du référé précontractuel saisi en application de l'article L. 551-1 du code de justice administrative ; que, par suite, l'absence de respect de ces dispositions constitue un manquement aux obligations de transparence et de mise en concurrence ; que, cependant, un tel manquement n'est plus constitué si l'ensemble des informations mentionnées aux articles 80 et 83 précités a été communiqué au candidat évincé à la date à laquelle le juge des référés statue sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, et si le délai qui s'est écoulé entre cette communication et la date à laquelle le juge des référés statue a été suffisant pour permettre à ce candidat de contester utilement son éviction ;

4. Considérant qu'il résulte de l'instruction que la société Apave Parisienne a été informée, par lettre du 3 décembre 2013, du rejet de son offre, des notes qui lui ont été attribuées au regard des trois critères de sélection prévus par le règlement de consultation, ainsi que de l'identité et des notes globales des attributaires des différents lots ; qu'elle a été ainsi destinataire, contrairement à ce qu'elle soutient, de l'ensemble des informations mentionnées aux articles 80 et 83 du code des marchés publics et nécessaires pour contester utilement la décision de rejet de son offre ; qu'est sans incidence la circonstance que l'Agence nationale des fréquences n'a pas répondu à son courrier daté du 13 décembre 2013 tendant à la communication, soit des mêmes informations, soit d'autres éléments ou documents non prévus par les dispositions précitées, dont les notes obtenues par les attributaires des différents lots au regard de chacun des critères de sélection et le procès verbal de la commission d'appel d'offres qui a été supprimée en matière de passation des marchés publics de l'Etat et de ses établissements publics ;

5. Considérant, en deuxième lieu, qu'aux termes du I de l'article 53 du code des marchés publics : « I. Pour attribuer le marché au candidat qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, le pouvoir adjudicateur se fonde : / 1° Soit sur une pluralité de critères non discriminatoires et liés à l'objet du marché, notamment la qualité, le prix, la valeur technique, le caractère esthétique et fonctionnel, les performances en matière de protection de l'environnement, les performances en matière de développement des approvisionnements directs de produits de l'agriculture, les performances en matière d'insertion professionnelle des publics en difficulté, le coût global d'utilisation, les coûts tout au long du cycle de vie, la rentabilité, le caractère innovant, le service après-vente et l'assistance technique, la date de livraison, le délai de livraison ou d'exécution, la sécurité d'approvisionnement, l'interopérabilité et les caractéristiques opérationnelles. D'autres critères peuvent être pris en compte s'ils sont justifiés par l'objet du marché. / 2° Soit, compte tenu de l'objet du marché, sur un seul critère, qui est celui du prix (...) » ; que si ces dispositions laissent à la collectivité publique le choix des critères d'attribution du marché qu'elle entend retenir, ceux-ci doivent être justifiés par l'objet du marché et permettre d'identifier l'offre économiquement la plus avantageuse ;

6. Considérant que la société Apave Parisienne soutient qu'en majorant l'importance du critère de la qualité des livrables et minorant celui de l'adéquation de l'organisation et des moyens prévus pour respecter les délais, l'Agence nationale des fréquences a méconnu l'article 53 du code des marchés publics et retenu des critères, ainsi qu'une règle de pondération, sans rapport avec l'objet du marché et ses conditions d'exécution ; que, toutefois, il résulte de l'instruction que l'importance du premier de ces critères, affecté d'un coefficient de pondération de 50 %, procède de l'obligation qui est faite désormais à l'Agence nationale des fréquences de mettre à la disposition du public les rapports de mesures de champs électromagnétiques et du choix 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 ; qu'il ressort également des documents de l'offre de la société requérante et des débats à l'audience qu'en dépit de l'obligation pour les candidats d'être titulaires d'une accréditation du comité français d'accréditation (COFRAC), la production par ceux-ci d'exemples de fichier de données numériques et de rapport de mesure entièrement conformes aux exigences du règlement de consultation ne se bornait pas à un couper-coller de la trame de rapport communiquée à l'ensemble des candidats ; qu'ainsi, alors même que la plupart des candidats ont obtenu une note maximale au regard de ce critère, en retenant celui-ci et en le pondérant à hauteur de 50 %, contre 10 % pour l'autre critère technique et 40 % pour le critère du prix, l'Agence nationale des fréquences n'a pas retenu des critères et une règle de pondération non justifiés par l'objet du marché ou ne permettant pas d'identifier l'offre économiquement la plus avantageuse, voire discriminatoires, et méconnu les dispositions de l'article 53 du code des marchés publics ;

7. Considérant qu'il résulte de ce qui précède, et sans qu'il soit besoin d'ordonner les mesures de suspension et de communication de documents sollicitées, que la société Apave Parisienne n'est pas fondée à demander, d'une part, l'annulation de toutes décisions relatives à la procédure de passation 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, notamment, la décision du 3 décembre 2013 de rejet de son offre et celles d'attribution des lots dudit marché et, d'autre part, qu'il soit enjoint à l'Agence nationale des fréquences de reprendre la procédure au stade de la publicité préalable en se conformant à ses obligations en matière de publicité et de mise en concurrence ;

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 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 Apave Parisienne 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 Apave Parisienne est rejetée.

Article 2 : La société Apave Parisienne 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 Apave Parisienne, à l'Agence nationale des fréquences, à la société Exem et à la société Aexpertise.

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,



V. VAN HOOTEGEM