

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE NANTES**

N° 1912362

SAS SPALLIAN

L. Martin
Juge des référés

Ordonnance du 30 décembre 2019

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Le juge des référés

Vu la procédure suivante :

Par une requête et un mémoire complémentaire, enregistrés les 12 et 29 novembre 2019, la SAS Spallian, représentée par Me Poupet, demande au juge des référés, sur le fondement des dispositions de l'article L. 551-1 du code de justice administrative :

1°) d'annuler la procédure, lancée par l'agence de l'environnement et de la maîtrise de l'énergie (ADEME), de passation du marché ayant pour objet la conception et la réalisation d'un logiciel d'analyse et de cartographie de précarité énergétique « logement et mobilité » ;

2°) d'annuler les décisions par lesquelles l'ADEME, d'une part, a attribué le marché, d'autre part, a rejeté son offre ;

3°) d'enjoindre à l'ADEME, si elle entend de nouveau attribuer ce marché, de reprendre sa procédure au stade de l'analyse des offres, en se conformant aux dispositions législatives et réglementaires en vigueur et aux principes régissant la publicité et la mise en concurrence ;

4°) de mettre à la charge de l'ADEME le versement d'une somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- ses intérêts ont été lésés de manière directe par les irrégularités majeures entachant la consultation litigieuse, au regard des principes de la commande publique ;

- l'ADEME a choisi de se soumettre volontairement aux dispositions de l'article R. 2181-3 du code de la commande publique en lui communiquant les motifs de rejet de son offre ; toutefois, en se bornant à invoquer deux jurisprudences ainsi que l'article 60 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971, elle ne lui a pas permis de comprendre les raisons l'ayant conduit à considérer que cette loi s'opposait à ce qu'elle ait recours, en sous-traitance, à une société d'avocats, alors qu'il ressortait des pièces du marché qu'aucune prestation juridique n'était attendue ; ce manquement de l'ADEME à ses obligations de publicité et de transparence entache la consultation litigieuse d'une irrégularité de nature à entraîner l'annulation de la procédure ;

- le marché litigieux ne porte pas sur la délivrance de prestations juridiques à titre habituel ; en conséquence, dès lors que, contrairement à ce que soutient l'ADEME, elle ne dispense jamais de prestation juridique et que le marché ne comporte qu'une seule prestation

susceptible d'être qualifiée de juridique, à savoir la rédaction du contrat de licence, la loi du 31 décembre 1971 ne pouvait lui être opposée ; son offre ne pouvait être déclarée irrégulière pour non-respect de cette loi ;

- son président possède, en tout état de cause, les qualifications juridiques requises par l'article 54 de la loi de 1971, ce qui lui donne compétence pour rédiger des actes sous seing privé pour autrui ; par suite, elle a pu légalement sous-traiter la prestation juridique prévue par le marché, consistant en la rédaction d'un contrat de licence, sans qu'y fasse obstacle la circonstance que son président n'exécute pas lui-même la prestation ;

- l'ADEME a également méconnu les obligations qui lui incombent, en application de l'article R. 2144-7 du code de la commande publique, en rejetant son offre pour un motif qui relève, en réalité, de l'irrecevabilité de sa candidature ; ayant admis la recevabilité de sa candidature, l'ADEME ne pouvait plus la rejeter ensuite comme irrecevable ; la substitution de motifs demandée par l'ADEME est inopérante ;

- l'ADEME a manqué à ses obligations de publicité et de mise en concurrence en ne précisant pas, dans les documents de la consultation, au titre des conditions de participation à la procédure de passation, que les candidats devaient disposer de l'aptitude à exercer une activité professionnelle entrant dans le champ de la loi du 31 décembre 1971 ; il ressort des pièces du marché que celui-ci impose en effet aux candidats d'établir un contrat de licence spécifique de réutilisation de données à titre gratuit ; au surplus, en ne s'assurant pas qu'aucun de ses salariés ne remplissait les conditions posées par cette loi de 1971, l'ADEME a manqué à ses obligations ; ce manquement l'a nécessairement lésée, en l'empêchant d'apporter des éléments complémentaires dans sa candidature.

Par un mémoire en défense et un mémoire complémentaire, enregistrés les 29 novembre et 2 décembre 2019, l'agence de l'environnement et de la maîtrise de l'énergie (ADEME), représentée par Adden Avocats, conclut au rejet de la requête et à ce qu'une somme de 9 000 euros soit mise à la charge de la société Spallian au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle fait valoir que :

- la société requérante, dont l'offre a été rejetée comme irrégulière, ne peut utilement invoquer que les seuls manquements liés au motif ayant conduit à regarder son offre comme irrégulière ;

- le moyen tiré par la société Spallian de ce qu'elle aurait été insuffisamment informée des motifs du rejet de son offre est ainsi inopérant et, en tout état de cause, infondé ;

- il ressort du mémoire technique de la société requérante qu'elle délivre à ses clients « une chaîne de services » au nombre desquels figure la délivrance de prestations juridiques diverses et variées ; en l'espèce, la société a proposé la rédaction d'un contrat de licence ; cette prestation juridique devait être assurée par un sous-traitant et directement par un chef de projet, à raison de l'équivalent d'une demie journée de travail ; il est ainsi établi qu'elle était fondée à opposer à la société Spallian le non-respect, dans son offre, de la loi du 31 décembre 1971 ;

- en admettant que le président de la société Spallian soit titulaire d'un master 2 en droit, ce qui n'est pas établi, la possession d'un tel diplôme n'est pas suffisante pour satisfaire aux conditions prévues par la loi de 1971 ; la société ne justifie pas disposer d'un agrément ; en outre, le président n'est pas au nombre des personnes devant participer à l'exécution du marché ;

- le moyen tiré par la requérante de ce que son offre a été rejetée pour un motif tiré, en réalité, de l'irrecevabilité de sa candidature est inopérant et, en tout état de cause, infondé ; subsidiairement, elle entend fonder le rejet de l'offre de la société requérante sur son défaut de capacité ;

- toutes les informations utiles ne figurant pas dans l'avis de publicité du marché étaient mentionnées dans le dossier de consultation des entreprises ; aucun manquement à ses obligations de publicité ne peut lui être reproché ;
- elle n'était pas tenue d'informer les soumissionnaires, dans le cadre de la phase des candidatures, de la nécessité de respecter le cadre fixé par la loi de 1971 ;
- la question de savoir si la conception du marché entraînait nécessairement ou non la rédaction d'un contrat de licence est sans incidence sur l'irrégularité de l'offre de la société requérante ;
- si la procédure devait être censurée, il y aurait lieu de n'annuler la procédure qu'à compter de l'examen des offres.

Vu les pièces du dossier.

Vu :

- la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 ;
- le code de la commande publique ;
- le code de justice administrative.

Le président du tribunal a désigné M. Martin, premier conseiller, pour statuer sur les demandes en référé en application de l'article L. 511-2 du code de justice administrative.

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

Ont été entendus au cours de l'audience publique du 2 décembre 2019 à 15h00 :

- le rapport de M. Martin, juge des référés,
- les observations de Me Poupet, avocate de la société Spallian, et celles de Me Givord, avocat de l'agence de l'environnement et de la maîtrise de l'énergie.

La clôture de l'instruction a été différée au 9 décembre 2019 à 16h00.

Un mémoire complémentaire, enregistré le 3 décembre 2019, a été présenté par la société Spallian qui conclut aux mêmes fins que précédemment par les mêmes moyens.

Un mémoire complémentaire, enregistré le 9 décembre 2019 à 15h25, a été présenté par l'agence de l'environnement et de la maîtrise de l'énergie qui conclut aux mêmes fins que précédemment par les mêmes moyens et porte à 14 000 euros la somme qu'elle demande au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Considérant ce qui suit :

1. L'agence de l'environnement et de la maîtrise de l'énergie (ADEME) a lancé une consultation en vue de l'attribution, selon la procédure adaptée, d'un marché public de services portant sur « la conception et la réalisation d'un logiciel d'analyse et de cartographie de la précarité énergétique liée au logement et à la mobilité ». Par un courrier du 22 octobre 2019, la société Spallian, qui s'était portée candidate, a été informée par l'ADEME que son offre n'avait pas été retenue du fait de son caractère irrégulier. Par sa requête, la société Spallian conteste, sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, le rejet de son offre et demande au juge des référés d'annuler la procédure de passation du marché ainsi que les décisions portant attribution du marché et rejet de son offre.

Sur les conclusions présentées au titre de l'article L. 551-1 du code de justice administrative

2. 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* ». Aux termes de l'article L. 551-2 du même code : « *I. Le juge peut ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations et suspendre l'exécution de toute décision qui se rapporte à la passation du contrat, sauf s'il estime, en considération de l'ensemble des intérêts susceptibles d'être lésés et notamment de l'intérêt public, que les conséquences négatives de ces mesures pourraient l'emporter sur leurs avantages. Il peut, en outre, annuler les décisions qui se rapportent à la passation du contrat et supprimer les clauses ou prescriptions destinées à figurer dans le contrat et qui méconnaissent lesdites obligations. (...)* ». Aux termes de son article L. 551-3 : « *Le président du tribunal administratif ou son délégué statue en premier et dernier ressort en la forme des référés* ».

3. En vertu des dispositions précitées de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, les personnes habilitées à agir pour mettre fin aux manquements du pouvoir adjudicateur à ses obligations de publicité et de mise en concurrence sont celles susceptibles d'être lésées par de tels manquements. Il appartient dès lors au juge des référés précontractuels de rechercher si l'opérateur économique 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 lésé ou risquent de le léser, fût-ce de façon indirecte en avantageant un opérateur concurrent.

4. Aux termes de l'article L. 2152-1 du code de la commande publique : « *L'acheteur écarte les offres irrégulières, inacceptables ou inappropriées.* ». Selon l'article R. 2152-1 de ce code : « *Dans les procédures adaptées sans négociation et les procédures d'appels d'offres, les offres irrégulières, inappropriées ou inacceptables sont éliminées* ». L'article L. 2152-2 du même code dispose que : « *Une offre irrégulière est une offre qui ne respecte pas les exigences formulées dans les documents de la consultation, en particulier parce qu'elle est incomplète, ou qui méconnaît la législation applicable notamment en matière sociale et environnementale.* ». Il résulte de ces dispositions, qui sont applicables tant aux procédures formalisées qu'à la procédure adaptée, que le pouvoir adjudicateur est tenu de rejeter les offres inappropriées, irrégulières et inacceptables. Un candidat dont la candidature ou l'offre est irrégulière n'est pas susceptible d'être lésé par les manquements qu'il invoque sauf si cette irrégularité est le résultat du manquement qu'il dénonce.

5. Aux termes de l'article 54 de la loi du 31 décembre 1971 visée ci-dessus, portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques : « *Nul ne peut, directement ou par personne interposée, à titre habituel et rémunéré, donner des consultations juridiques ou rédiger des actes sous seing privé, pour autrui : / 1° S'il n'est titulaire d'une licence en droit ou s'il ne justifie, à défaut, d'une compétence juridique appropriée à la consultation et la rédaction d'actes en matière juridique qu'il est autorisé à pratiquer conformément aux articles 56 à 66. / (...). Pour chacune des activités non réglementées visées à l'article 60, elle résulte de l'agrément donné, pour la pratique du droit à titre accessoire de celle-ci, par un arrêté, pris après avis d'une commission, qui fixe, le cas échéant, les conditions de qualification ou d'expérience juridique exigées des personnes exerçant cette activité et souhaitant pratiquer le droit à titre*

accessoire de celle-ci ». L'article 56 de la même loi dispose que : « *Les avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, les avocats inscrits à un barreau français, les notaires, les huissiers de justice, les commissaires-priseurs judiciaires, les administrateurs judiciaires et les mandataires-liquidateurs disposent concurremment, dans le cadre des activités définies par leurs statuts respectifs, du droit de donner des consultations juridiques et de rédiger des actes sous seing privé pour autrui* ». Aux termes de l'article 60 de la même loi : « *Les personnes exerçant une activité professionnelle non réglementée pour laquelle elles justifient d'une qualification reconnue par l'Etat ou attestée par un organisme public ou un organisme professionnel agréé peuvent, dans les limites de cette qualification, donner des consultations juridiques relevant directement de leur activité principale et rédiger des actes sous seing privé qui constituent l'accessoire nécessaire de cette activité.* ».

6. Il appartient au pouvoir adjudicateur, dans le cadre de la procédure de passation d'un marché public portant sur des activités dont l'exercice est réglementé, de s'assurer que les soumissionnaires remplissent les conditions requises pour les exercer. Tel est le cas des consultations juridiques et de la rédaction d'actes sous seing privé qui, ainsi qu'il a été dit au point 5, ne peuvent être effectuées à titre habituel que par les professionnels mentionnés par l'article 54 de la loi du 31 décembre 1971. Toutefois, lorsque les prestations qui font l'objet du marché n'entrent qu'en partie seulement dans le champ d'activités réglementées, l'article 45 du décret du 25 mars 2016 autorise les opérateurs économiques à présenter leur candidature et leur offre sous la forme d'un groupement conjoint, dans le cadre duquel l'un des cotraitants possède les qualifications requises. Ainsi, pour un marché relatif à des prestations ne portant que partiellement sur des consultations juridiques ou la rédaction d'actes sous seing privé, il est loisible à un opérateur économique ne possédant pas ces qualifications de s'adjoindre, dans le cadre d'un groupement conjoint, en tant que cotraitant, le concours d'un professionnel du droit, à la condition que la répartition des tâches entre les membres du groupement n'implique pas que celui ou ceux d'entre eux qui n'a pas cette qualité soit nécessairement conduit à effectuer des prestations relevant de l'article 54 de la loi du 31 décembre 1971.

7. En l'espèce, il ressort du cahier des charges figurant dans le dossier de consultation des entreprises que l'ADEME souhaite mettre gratuitement à disposition de différents acteurs territoriaux un logiciel de géolocalisation, couvrant le territoire métropolitain et la Corse, pour apprécier et visualiser les situations de précarité énergétique des ménages liées au logement et à la mobilité. Selon ce cahier des charges, les utilisateurs (500 maximum) du logiciel à concevoir devront solliciter une inscription via un formulaire en ligne afin d'obtenir une licence gratuite pour accéder au logiciel. Cette licence, qu'ils devront signer, précisera les conditions d'utilisation du logiciel, exclura tout usage à finalité commerciale ainsi que toutes formes de concurrence commerciale et/ou déloyale portant atteinte aux intérêts et droits du prestataire. Sont attendues des entreprises candidates, pour la deuxième phase du projet correspondant à la prestation « paramétrage/adaptation du logiciel », la livraison des licences d'accès au logiciel « selon les modalités entendues par les deux parties » et, pour la troisième phase correspondant à la prestation « déploiement et accompagnement », la livraison du restant des licences d'accès à l'outil en mode SaaS, permettant à l'ensemble des utilisateurs prévus d'utiliser le logiciel. La société Spallian a présenté une offre portant sur la réalisation d'un tel logiciel. Elle indique dans son offre qu'elle prévoit de sous-traiter à une société d'avocats, la Selarl D&H, la rédaction de la licence d'accès au logiciel pour les utilisateurs à titre gracieux. Par lettre du 22 octobre 2019, l'ADEME a informé la société Spallian que son offre n'avait pas été retenue du fait de son caractère irrégulier, en raison de la méconnaissance de l'article 60 de la loi du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques. La lettre précise que la société Spallian, qui n'est pas professionnel du droit, ne peut, en tant que titulaire principal du marché,

sous-traiter des prestations juridiques qu'elle n'est pas autorisée à réaliser, la sous-traitance ne déliant jamais le titulaire principal de ses obligations.

8. La société Spallian, qui ne conteste pas que la rédaction du contrat de licence, prévue dans son offre, constitue une prestation juridique au sens de la loi du 31 décembre 1971 susvisée, soutient, en premier lieu, que cette loi ne lui est pas opposable dès lors qu'elle ne s'applique qu'aux personnes dispensant des consultations juridiques et/ou rédigeant des actes sous seing privé à titre habituel et rémunéré. La société fait valoir qu'elle ne rédige pas de façon habituelle des licences de logiciel. Il résulte de l'instruction que cette société exerce une activité de conseil stratégique, de développement d'outils technologiques d'aide à la décision et de formation s'y rattachant. Elle a ainsi notamment développé deux logiciels, d'une part, le logiciel Corto, moteur de cartographie analytique, et, d'autre part, le logiciel Spallian Strategy, logiciel d'exploitation de données big data qu'elle prévoyait d'utiliser dans le cadre de l'offre qu'elle a adressée à l'ADEME. En se bornant à faire valoir qu'elle a pu, dans le passé, cotraiter avec un professionnel du droit et non sous-traiter la rédaction de licence de logiciel, sans l'établir alors qu'elle est la seule à pouvoir en apporter la preuve, la société requérante ne démontre pas que la rédaction de la licence de logiciel qu'elle se proposait de sous-traiter à un cabinet d'avocats spécialisé aurait constitué sa première prestation juridique. Par suite, la société Spallian doit être regardée comme proposant à titre habituel à ses clients la rédaction de contrats de licence de logiciel. Dès lors, l'ADEME a pu à bon droit lui opposer les dispositions de la loi du 31 décembre 1971 rappelées au point 5.

9. En deuxième lieu, la société Spallian soutient qu'elle satisfait aux conditions fixées par la loi du 31 décembre 1971 dès lors que son président est titulaire d'un master 2 en droit privé. Toutefois, la société, qui ne fait pas partie des personnes mentionnées aux articles 56, 57 et 58, et qui n'exerce pas une activité professionnelle réglementée au sens de l'article 59, ne justifie pas d'une qualification reconnue par l'Etat ou attestée par un organisme public ou un organisme professionnel agréé. Elle n'entre en conséquence dans aucune catégorie de personnes possédant sous certaines conditions plus ou moins restrictives l'autorisation de rédiger des actes sous seing privé pour autrui. Le moyen doit, par suite, être écarté.

10. En troisième lieu, la société requérante soutient que l'ADEME a méconnu l'article R. 2144-7 du code de la commande publique en rejetant son offre comme irrégulière en se fondant sur un motif relatif, en réalité, à la recevabilité de sa candidature. Elle ajoute qu'ayant admis la recevabilité de sa candidature, l'ADEME ne peut revenir sur cette admission, notamment en sollicitant une substitution de motifs.

11. Il résulte de ce qui a été dit aux points précédents que l'offre de la société Spallian, en tant qu'elle comprend la rédaction d'un contrat de licence par un cabinet d'avocats qui doit intervenir en tant que sous-traitant et non cotraitant de la société, est contraire aux articles 54 et 60 de la loi du 31 décembre 1971. Dès lors, cette offre est irrégulière au sens de l'article L. 2152-2 du code de la commande publique. L'ADEME était, par suite, tenue de la rejeter comme telle au stade de la sélection des offres en application de cet article. Il s'ensuit que le moyen tiré par la société requérante de ce que le respect par les candidats de la loi du 31 décembre 1971 aurait dû être examiné par l'ADEME au stade de l'examen de la recevabilité des candidatures doit, en tout état de cause, être écarté.

12. En quatrième lieu, la société Spallian soutient que l'ADEME a manqué à ses obligations de publicité et de mise en concurrence en ne précisant pas, dans les documents de la

consultation, qu'il était exigé des candidats d'avoir la compétence juridique exigée par la loi du 31 décembre 1971 pour rédiger des actes sous seing privé pour autrui.

13. Aux termes de l'article L. 2142-1 du code de la commande publique : « *L'acheteur ne peut imposer aux candidats des conditions de participation à la procédure de passation autres que celles propres à garantir qu'ils disposent de l'aptitude à exercer l'activité professionnelle, de la capacité économique et financière ou des capacités techniques et professionnelles nécessaires à l'exécution du marché. / Ces conditions sont liées et proportionnées à l'objet du marché ou à ses conditions d'exécution.* ». Aux termes de l'article R. 2143-3 du même code : « *Le candidat produit à l'appui de sa candidature : (...) / 2° Les renseignements demandés par l'acheteur aux fins de vérification de l'aptitude exercer l'activité professionnelle, de la capacité économique et financière et des capacités techniques et professionnelles du candidat (...)* ».

14. Le juge du référé précontractuel ne peut censurer l'appréciation portée par le pouvoir adjudicateur sur les niveaux de capacité technique exigés des candidats à un marché public, ainsi que sur les garanties, capacités techniques et références professionnelles présentées par ceux-ci, que dans le cas où cette appréciation est entachée d'une erreur manifeste.

15. En l'espèce, l'ADEME soutient sans être utilement contredite que les conditions du marché n'imposaient pas aux candidats de rédiger une licence de logiciel, les candidats n'étant pas tenus de proposer dans leur offre un logiciel spécifique et pouvant utiliser un contrat de licence déjà existant. Ainsi, il ne résulte pas de l'instruction que la capacité à rédiger des actes sous seing privé constituait une condition de participation à la procédure de passation litigieuse. Dès lors, le moyen doit être écarté.

16. En dernier lieu, si la société Spallian soutient que la lettre du 22 octobre 2019 par laquelle l'ADEME l'a informée du rejet de son offre était insuffisamment motivée et ne lui a pas permis de comprendre les raisons du rejet de son offre, elle n'est pas susceptible d'avoir été lésée par ce manquement qu'elle invoque dès lors que son offre devait, en tout état de cause, être rejetée et qu'elle ne pouvait légalement se voir attribuer le marché.

17. Il résulte de tout ce qui précède que les conclusions aux fins d'annulation et d'injonction présentées par la société Spallian doivent être rejetées.

Sur les conclusions relatives aux frais liés à l'instance :

18. Les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce que soit mise à la charge de l'ADEME, qui n'est pas dans la présente instance la partie perdante, la somme demandée par la société Spallian, au titre des frais exposés par elle et non compris dans les dépens. En revanche, il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de la société Spallian une somme de 1 500 euros à verser à l'ADEME, au même titre.

ORDONNE

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

Article 2 : La société Spallian versera la somme de 1 500 (mille cinq cents) euros à l'ADEME au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : La présente ordonnance sera notifiée à la société Spallian, à l'agence de l'environnement et de la maîtrise de l'énergie et à la société Artelys.

Fait à Nantes, le 30 décembre 2019.

Le juge des référés,

Le greffier,

L. Martin

M-C. Minard

La République mande et ordonne au préfet de Maine-et-Loire 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 décision.

Pour expédition conforme,

Le greffier,