

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE NANTES**

N°2204396

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

SOCIÉTÉ INFOKEY

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Mme Cécile Loirat
Juge des référés

La juge des référés

Audience du 29 avril 2022
Ordonnance du 3 mai 2022

Vu la procédure suivante :

Par une requête et un mémoire, enregistrés les 6 et 29 avril 2022, la société Infokey, représentée par Me Orier, demande au juge des référés statuant en application de l'article L. 551-1 du code de justice administrative :

1°) d'annuler la procédure de passation du marché public engagée par Nantes Métropole pour le marché de « fourniture-maintenance de postes de travail informatiques et d'équipements connectés avec une perspective de structuration de la filière locale de réemploi des équipements et matériels numériques » et d'annuler la décision du 18 janvier 2022 de rejet de la candidature de la société Infokey ;

2°) d'enjoindre à Nantes Métropole de relancer la procédure de passation du marché ;

3°) de mettre à la charge de Nantes Métropole le versement à Me Orier de la somme de 3 000 euros en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- Nantes Métropole a fait une application irrégulière des critères de sélection des candidatures ;
- d'une part, elle n'a pas porté à la connaissance des candidats certains sous-critères d'appréciation des candidatures ; ainsi a-t-elle reproché à la requérante de ne justifier d'aucun client atteignant 1 000 utilisateurs ; ce reproche est au demeurant infondé, la société Dynamips compte au moins 4 clients dépassant 1 000 utilisateurs ;
- d'autre part, Nantes Métropole a commis une erreur manifeste d'appréciation dans la mise en œuvre des critères de sélection des candidatures ; elle oppose au groupement Dynamips/Infokey l'insuffisance de ses profils de proximité par apport à la complexité de l'environnement de Nantes Métropole ; elle a, ce faisant, apprécié les capacités du candidat au regard de la seule société Infokey et non du groupement candidat composé par la société Dynamips et la société infokey ;

- ces manquements de l'acheteur public ont créé une lésion pour la requérante, l'empêchant d'être à même de former une offre.

Par un mémoire en défense, enregistré le 26 avril 2022, Nantes Métropole conclut au rejet de la requête.

Elle soutient que :

- 1°) les critères de recevabilité, c'est-à-dire d'élimination, des candidatures - « aptitude à exercer l'activité professionnelle, capacité économie et financière, capacités techniques et professionnelles » – ainsi que le niveau minimum unique exigé, et consistant en l'atteinte d'un chiffre d'affaires supérieur à trois fois l'estimation annuelle des consommations pour le marché en cause, étaient suffisamment décrits dans le règlement de la consultation ;

- comme l'autorise expressément l'article R. 2142-15 du code de la commande publique, et dans le strict respect de celles de l'article R. 2142-16 de ce code, les critères de sélection des candidatures, assortis d'un nombre minimum (3) et, plus singulièrement encore, d'un nombre maximum (5) de « candidats admis à soumissionner », étaient hiérarchisés et précisément énoncés :

- X 1er critère : Qualité des références produites portant sur des prestations ayant un caractère similaire ;

- X 2ème critère : Garantie et capacités techniques ;

- X 3ème critère : Composition et complémentarité de l'équipe pour mener à bien l'objet du marché ;

- les documents et renseignements dont la production était exigée des soumissionnaires et qui avaient vocation à sous-tendre l'analyse des candidatures.

- Nantes Métropole a procédé à un premier examen de recevabilité des candidatures sans que ce premier examen ne conduise à écarter aucune des six candidatures reçues ; elle a ensuite mené une analyse plus fine des candidatures, sur la base de la seconde série de critères, pour parvenir à cinq candidatures au maximum ; le constat objectif, opéré dans ce contexte, qu'aucun client de la requérante n'atteint 1 000 utilisateurs n'est pas un sous-critère de tri ; il s'agissait seulement d'apprécier la qualité des références produites sur des prestations ayant un caractère similaire ; celles produites par la requérante n'ont pas été jugées pertinentes au regard des besoins de Nantes Métropole ;
- seule en effet, la référence « Communauté de communes Vie et Boulogne » avait trait à des prestations comparables de fourniture-maintenance de postes informatiques et équipements connectés, les 8 autres références relevaient d'autres domaines ;
- les références de la requérante n'étaient en outre pas pertinentes en termes de volume des prestations, le marché en litige porte en effet sur un parc de 9 500 micro-ordinateurs, 2 000 imprimantes et 10 000 périphériques divers, avec 10 000 opérations d'installation par an et une estimation de dépenses annuelles de 2 500 000 euros ; sans commune mesure avec l'unique référence comparable de la requérante, d'un montant de 130 000 euros sur deux ans, ne concernant pas les matériels périphériques ni les prestations de maintenance et à destination de seulement 300 utilisateurs ;
- 2°) aucune erreur manifeste d'appréciation n'a été commise dans l'analyse de la candidature de la requérante ;
 - Aucune erreur n'a été commise sur le nombre d'utilisateurs dans les références produites par la requérante (850, 200, 300, 280) ;

- Aucune erreur n'a été commise dans l'appréciation des effectifs du groupement requérant ; l'appréciation tirée de ce que les profils techniques proposés étaient en nombre insuffisant, n'a pas exclu la société Dynamips ; les moyens proposés ne sont pas à la mesure des besoins du groupement dont Nantes Métropole est le coordinateur ; il faut être en mesure de faire face à 10 000 opérations d'installation par an ; or la requérante ne proposait notamment qu'un seul profil de technicien atelier.

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu :

- le code des marchés publics ;
- le code de justice administrative.

Le président du tribunal a désigné Mme Loirat en application de l'article L. 551-1 du code de justice administrative.

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

Au cours de l'audience publique tenue en présence de Mme Labourel, greffière d'audience, Mme Loirat a lu son rapport et entendu :

- les observations de Me Orier, représentant la société Infokey, en présence de M. Vincent ; Me Orier a soulevé un moyen nouveau tiré de ce que la procédure négociée prévue à l'article R. 2124-3 du code de la commande publique ne pouvait régulièrement trouver à s'appliquer à la passation du marché en cause, en l'absence de circonstances particulières justifiant le recours à cette procédure dérogatoire et en l'absence de toute motivation dans le dossier de consultation des entreprises sur le fondement retenu pour recourir à cette procédure ; elle a précisé que le marché ne présentait pas de particulière complexité ni de caractère innovant et, qu'en particulier, la loi AGECE et son décret d'application n°2021-254 du 9 mars 2021 ne constituaient pas des circonstances particulières au sens de l'article R. 2124-3 du code de la commande publique ; elle a également ajouté le moyen tiré de la présence d'un second sous-critère occulte d'appréciation des candidatures, tiré de profils de proximité ;
- et les observations de M. Pautrat, représentant Nantes Métropole, qui, en réponse au moyen nouveau, a indiqué que le recours à la procédure négociée de l'article R. 2124-3 du code de la commande publique était justifié par l'applicabilité pour la première fois de la loi AGECE, nécessitant un dialogue avec les candidats sur les modalités de mise en œuvre de ces nouvelles dispositions législatives et réglementaires.

La clôture de l'instruction a été prononcée à l'issue de l'audience.

Considérant ce qui suit :

1. 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, la délégation d'un service public ou la sélection d'un actionnaire opérateur économique d'une société d'économie mixte à opération unique. / Le juge est saisi avant la conclusion du contrat. ». L'article L. 551-2 du même code dispose que : « 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 ».

2. Il appartient au juge administratif, saisi en application de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, de se prononcer sur le respect des obligations de publicité et de mise en concurrence incombant à l'administration. En vertu de cet article, 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 qui sont 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 économique concurrent.

En ce qui concerne l'irrégularité du recours à la procédure négociée prévue par l'article R. 2124-3 du CCP :

3. Le marché porte sur la conclusions d'un accord-cadre mono-attributaire, conclu sans montant minimum et avec un montant maximum fixé à 15 000 000 euros HT sur la durée globale du marché et pour l'ensemble des membres du groupement, avec un montant estimatif annuel de 2 500 000 euros HT. Le représentant de Nantes Métropole a fait valoir à l'audience que le recours à la procédure négociée était justifié sur le fondement des dispositions du 4° de l'article R. 2124-3, en raison de ce que les dispositions de la loi AGEF et de son décret d'application du 9 mars 2021 trouvaient à s'appliquer au marché et nécessitaient un dialogue avec les candidats sur les modalités de mise en œuvre.

4. Aux termes de l'article L. 2124-3 du code de la commande publique : « *La procédure avec négociation est la procédure par laquelle l'acheteur négocie les conditions du marché avec un ou plusieurs opérateurs économiques.* ». L'article R. 2124-3 du même code prévoit : « *Le pouvoir adjudicateur peut passer ses marchés selon la procédure avec négociation dans les cas suivants : 1° Lorsque le besoin ne peut être satisfait sans adapter des solutions immédiatement disponibles ; / 2° Lorsque le besoin consiste en une solution innovante. Sont innovants les travaux, fournitures ou services nouveaux ou sensiblement améliorés. Le caractère innovant peut consister dans la mise en œuvre de nouveaux procédés de production ou de construction, d'une nouvelle méthode de commercialisation ou d'une nouvelle méthode organisationnelle dans les pratiques, l'organisation du lieu de travail ou les relations extérieures de l'entreprise ; / 3° Lorsque le marché comporte des prestations de conception ; / 4° Lorsque le marché ne peut être attribué sans négociation préalable du fait de circonstances particulières liées à sa nature, à sa complexité ou au montage juridique et financier ou en raison des risques qui s'y rattachent ; / 5° Lorsque le pouvoir adjudicateur n'est pas en mesure de définir les spécifications techniques avec une précision suffisante en se référant à une norme, une évaluation technique européenne, une spécification technique commune ou un référentiel technique, définis à la section 2 du chapitre Ier du titre Ier du présent livre ; / 6° Lorsque, dans le cadre d'un appel d'offres, seules des offres irrégulières ou inacceptables, au sens des articles L. 2152-2 et L. 2152-3, ont été présentées pour*

autant que les conditions initiales du marché ne soient pas substantiellement modifiées. Le pouvoir adjudicateur n'est pas tenu de publier un avis de marché s'il ne fait participer à la procédure que le ou les soumissionnaires qui ont présenté des offres conformes aux exigences relatives aux délais et modalités formelles de l'appel d'offres. Toutefois, par dérogation aux dispositions de l'article R. 2144-4, ne peuvent participer à la procédure que le ou les soumissionnaires ayant justifié au préalable ne pas être dans un cas d'exclusion et satisfaisant aux conditions de participation fixées par l'acheteur. ».

5. Si la directive 2014/24/UE du 26 février 2014 relative à la passation des marchés publics a entendu introduire davantage de souplesse dans la possibilité, pour les pouvoirs adjudicateurs, de recourir à une procédure de passation de marché prévoyant des négociations et a, à cette fin, créé la procédure concurrentielle avec négociation, placée au même niveau que les procédures ouvertes et restreintes, et si, en conséquence, le code des marchés publics a fait de cette procédure l'une des procédures formalisées auxquelles peuvent avoir recours les acheteurs publics, les pouvoirs adjudicateurs ne peuvent néanmoins recourir à cette procédure que dans les cas limitativement énumérés à l'article R. 2124-3 du code de la commande publique.

6. Il résulte de l'instruction que le marché passé par Nantes Métropole porte sur toute la chaîne logistique liée à la fourniture, l'installation et la maintenance de postes de travail informatiques et d'objets connectés pour le compte du groupement de commandes informatiques constitué par Nantes Métropole, la ville de Nantes et son centre communal d'action sociale (CCAS), incluant, d'une part, l'acquisition de micro-ordinateurs, imprimantes, autres périphériques et objets connectés, pièces détachées et logiciels intégrés aux configurations des postes, la réception et l'entreposage, d'autre part, l'ordonnancement des opérations commandées par le DRN de Nantes Métropole, ainsi en outre, que la préparation et configuration matérielle et logicielle des équipements numériques des agents, leur installation et mise en service sur site, l'assistance à la prise en main par l'utilisateur et la maintenance matérielle du parc informatique et d'équipements connectés, et, enfin, la mise à jour des informations du parc informatique et la gestion du catalogue matériel et logiciel. Si le parc de matériel informatique concerné est très important et réparti sur près de 400 sites et si le nombre d'intervention annuelles à prévoir est très élevé, les prestations du marché en cause constituent toutefois des prestations connues et des services standardisés.

7. S'il est constant que le marché mentionnait intégrer, à titre subsidiaire, la prise en compte de la loi n°2020-105 du 10 février 2020 relative à la lutte contre le gaspillage et à l'économie circulaire (dite loi AGECE) en ses dispositions relatives à la valorisation des déchets d'équipements électriques et électroniques et si la mise en œuvre des procédés de recyclage et à une grande échelle compte tenu de l'importance du parc informatique concerné, supposait une adaptation des méthodes de l'entreprise attributaire, au vu notamment des dispositions du décret 2021-254 du 9 mars 2021 relatif à l'obligation d'acquisition par la commande publique de biens issus du réemploi ou de la réutilisation ou intégrant des matières recyclées, il ne résulte pas pour autant de l'instruction que ces prestations ne pouvaient être réalisées qu'au prix d'une adaptation par les candidats des solutions immédiatement disponibles. Par ailleurs, la nécessité évoquée en défense d'un dialogue avec les candidats sur les modalités de mise en œuvre de ces nouvelles dispositions législatives et réglementaires, si elle pouvait, le cas échéant, suggérer un recours à la procédure de dialogue compétitif, n'a pas pour effet de justifier le recours à la procédure négociée de l'article R. 2124-3 du code de la commande publique.

8. Il suit de là que le recours par Nantes Métropole à la procédure concurrentielle avec négociation sur le fondement des dispositions du de l'article R. 2124-3 du code de la commande publique est irrégulier. Eu égard au stade de la procédure de passation auquel a été évincé le groupement constitué par les sociétés Infokey et Dynamips et au lien que cette éviction présente avec l'existence d'une phase spécifique de sélection des candidatures, et dès lors qu'il résulte de ce qui vient d'être dit que le pouvoir adjudicateur ne pouvait, pour le marché en litige, recourir à une procédure de passation négociée, et qu'il n'établit pas qu'il aurait nécessairement lancé une procédure d'appel d'offres restreint et faisant au surplus usage des mêmes critères de sélection des candidatures et de la même pondération, la société requérante est fondée à soutenir qu'elle est susceptible d'avoir été lésée par le manquement commis.

9. Il résulte de ce qui précède, sans qu'il soit besoin de statuer sur les autres moyens de la requête, qu'il y a lieu d'annuler la procédure de passation du marché de fourniture, l'installation et la maintenance de postes de travail informatiques et d'objets connectés lancée, en procédure négociée par Nantes Métropole pour le compte du groupement constitué avec la ville de Nantes et son CCAS.

Sur les conclusions en injonction :

10. Il ne peut être fait droit aux conclusions de la société Infokey tendant à ce qu'il soit enjoint à Nantes Métropole de relancer la procédure de passation du marché. En revanche, si Nantes Métropole entend reprendre la procédure de passation du marché en cause, elle ne pourra régulièrement mettre en œuvre les dispositions de l'article R. 2124-3 du code de la commande publique.

Sur les frais liés au litige :

11. Les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce qu'il soit fait droit aux conclusions de Nantes Métropole tendant à ce qu'une somme soit mise à la charge de la société Infokey au titre des frais exposés au cours de l'instance et non compris dans les dépens, dès lors que celle-ci n'est pas la partie perdante à l'instance. En revanche, il y a lieu de mettre à la charge de Nantes Métropole la somme de 1 500 euros à verser à la société requérante.

ORDONNE :

Article 1^{er} : La procédure de passation du marché public engagée par Nantes Métropole pour la « fourniture-maintenance de postes de travail informatiques et d'équipements connectés avec une perspective de structuration de la filière locale de réemploi des équipements et matériels numériques » engagée par Nantes Métropole est annulée.

Article 2 : Nantes Métropole versera à la société Infokey la somme de 1 500 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative. Les conclusions présentées au même titre par Nantes Métropole sont rejetées.

Article 3 : La présente décision sera notifiée à la société Infokey et à Nantes Métropole.

Copie en sera adressée par Nantes Métropole aux quatre sociétés dont elle avait admis les candidatures dans le cadre de la passation du marché annulée.

Copie adressée à la ville de Nantes et au CCAS de Nantes.

Fait à Nantes, le 3 mai 2022.

La juge des référés,

La greffière,

C. LOIRAT

P. LABOUREL

La République mande et ordonne au préfet de la Loire-Atlantique 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,
La greffière,