

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE PARIS**

N° 1515051/3

Société SODEXO JUSTICE SERVICES

M. Doré
Juge des référés

Ordonnance du 5 octobre 2015

39-08-015-01
C

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Le Tribunal administratif de Paris,

Le juge des référés

Vu la procédure suivante :

Par une requête enregistrée le 10 septembre 2015 et un mémoire en réplique enregistré le 29 septembre 2015, la société Sodexo Justice Services, représentée par Me Cabanes, demande au juge des référés, sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative :

1°) d'annuler la procédure engagée par la ministre de la justice, garde des Sceaux en vue de l'attribution des lots B1 et B3 du marché de prestations d'exploitation-maintenance et de divers services à la personne centrés sur les services hôteliers et de restauration, dans huit établissements pénitentiaires, marché référencé MGD – 2015 B ;

2°) de condamner l'Etat à leur verser la somme de 5 000 euros en application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

La société Sodexo Justice Services soutient que :

- les informations qui lui ont été communiquées sont insuffisantes au regard des exigences de l'article 83 du code des marchés publics ;
- les articles 17 et 53 du code des marchés public ont été méconnus en raison de l'irrégularité du mécanisme et des modalités de jugement du « plan de progrès » ;
- les articles 5 et 77 dudit code ont été méconnus en raison de l'absence d'estimation des besoins pour chacune des prestations pour lesquelles un prix unitaire était demandé ;
- l'article 53 du code a été méconnu en raison de la mise en œuvre d'une simulation de commande pour le jugement du sous-critère « prix des dégradations » ;
- l'article 77 du code a été méconnu dès lors que le marché prévoit la passation de bons de commande pour une durée supérieure à 4 ans ;
- la possibilité laissée aux candidats de « dépasser les objectifs prévus par le CCTP » méconnaît les articles 1-II, 5, 50 et 53 du code et l'article 2.8.1 du règlement de consultation.

Par un mémoire en défense, enregistré le 25 septembre 2015, la ministre de la justice, garde des Sceaux, représenté par Me Letellier, conclut au rejet de la requête et à ce que la société requérante soit condamnée à lui verser la somme de 10 000 euros en application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle fait valoir :

- à titre principal, que le litige a perdu son objet ;
- à titre subsidiaire, que les moyens de la requête sont irrecevables ou inopérants et, en tout état de cause, non fondés.

Par un mémoire enregistré le 25 septembre 2015, la société Gepsa, représentée par Me Amblard, conclut au rejet de la requête et à ce qu'une somme de 6 000 euros soit mise à la charge de la société requérante sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que les moyens de la requête sont inopérants et non fondés.

Vu les autres pièces du dossier.

Vu :

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

Le président du tribunal a désigné M. Doré, comme juge des référés.

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

Ont été entendus au cours de l'audience publique du 29 septembre 2015 :

- le rapport de M. Doré,
- les observations de Me Colombet, pour les sociétés Idex Energies et Elior,
- les observations de Me Cabanes, pour la société Sodexo Justice Services,
- les observations de Me Letellier, pour la ministre de la justice, garde des Sceaux,
- et les observations de Me Amblard, pour la société Gepsa.

A l'audience, le juge des référés a indiqué que la clôture de l'instruction interviendrait le 1^{er} octobre 2015 à 12 heures afin que la ministre de la justice, garde des Sceaux produise le scénario retenu pour la notation des offres concernant le critère du prix des prestations de reprise des dégradations relevant de la responsabilité de l'Etat et que les parties puissent présenter d'éventuelles observations sur ce scénario.

A la suite de la production de pièces par la ministre de la justice, garde des Sceaux, la société Sodexo Justice Services a produit le 1^{er} octobre 2015, à 10h28 un mémoire par lequel elle persiste dans les conclusions de sa requête.

La ministre de la justice, garde des Sceaux a produit une note en délibéré, enregistrée le 1^{er} octobre 2015 à 14h22, soit postérieurement à la clôture de l'instruction.

La société Sodexo Justice Services a produit une note en délibéré enregistrée le 2 octobre 2015, soit postérieurement à la clôture de l'instruction.

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 (...). / Le juge est saisi avant la conclusion du contrat* ». Aux termes de l'article L. 551-2 du même code : « *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. Par un avis d'appel public à la concurrence publié le 24 décembre 2014, le ministère de la justice a lancé une procédure pour la passation d'un marché public à procédure adaptée ayant pour objet l'exploitation, la maintenance et divers prestations de services à la personne, centrés sur les services hôteliers et de restauration, dans huit établissements pénitentiaires, marché référencé MGD – 2015 B. Le marché était alloti en trois lots géographiques. La société requérante a déposé une offre pour les lots B1 et B3. Par une décision du 31 août 2015, le groupement a été informé du rejet de ses offres et de l'attribution de ces lots à un groupement dont la société Gepsa est le mandataire.

3. En premier lieu, aux termes de l'article 83 du code des marchés publics : « *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* ».

4. Il résulte de l'instruction que, par un courrier daté du 11 septembre 2015, la ministre de la justice, garde des Sceaux a communiqué à la société Sodexo Justice Services, pour chaque lot, le détail de la notation des offres, le nom du candidat retenu et le montant de son offre ainsi que des éléments de comparaison entre les deux offres. Les informations qui ont été ainsi données à la société requérante lui ont permis de contester utilement son éviction avant que le juge du référé ne statue sur les conclusions de leur requête. Par suite, la société requérante n'est pas fondée à soutenir qu'elle n'a pas été suffisamment informée des motifs du rejet de ses offres au regard des dispositions précitées de l'article 83 du code des marchés publics et à demander la communication d'informations supplémentaires.

5. En deuxième lieu, aux termes de l'article 17 du code des marchés publics : « *Les prix des prestations faisant l'objet d'un marché sont soit des prix unitaires appliqués aux quantités réellement livrées ou exécutées, soit des prix forfaitaires appliqués à tout ou partie du marché, quelles que soient les quantités livrées ou exécutées. / Des clauses incitatives peuvent être insérées dans les marchés aux fins d'améliorer les délais d'exécution, de rechercher une meilleure qualité des prestations et de réduire les coûts de production* ». Aux termes de l'article

18 dudit code : « (...) un marché est conclu à prix définitif. (...) ».

6. Aux termes de l'article 23 du cahier des clauses administratives particulières relatif au plan de progrès : « *Les parties conviennent de rechercher conjointement des axes de progrès visant d'une part à l'amélioration de la qualité des prestations, et d'autre part à une diminution des coûts et par voie de conséquence des prix du marché. (...) Un plan de progrès est présenté annuellement par le Titulaire (...) Ce projet fait l'objet d'une négociation avec les services de l'administration centrale. Le plan de progrès validé est contractualisé dans le cadre d'un avenant au Marché où sont détaillés les impacts techniques et financiers du plan de progrès (...) A défaut d'un accord des Parties sur un plan de progrès, les niveaux de réduction minimaux des prix sur lesquels le Titulaire s'est engagé dans le cadre de l'annexe n° 6 de l'Acte d'Engagement sont appliqués automatiquement au 1^{er} janvier de l'année considérée (...)* ». Ladite annexe n° 6 comporte un tableau dans lequel les candidats devaient inscrire, pour chacune des années à compter de 2017, le montant en euros hors taxe de leur engagement minimal de réduction des prix. En vertu de l'annexe 1 au règlement de consultation, le critère du prix comportait un sous-critère intitulé « plan de progrès » pondéré à 3 %. Enfin, il ressort de la réponse à la question 193 posée au cours de la procédure de passation que les candidats n'avaient pas à prévoir, au stade des candidatures, d'orientation pour le plan de progrès.

7. Il résulte des stipulations précitées de l'article 23 du CCAP que le « plan de progrès » a pour objet d'inciter l'entreprise titulaire à améliorer la qualité des prestations et à réduire les coûts, en instituant un mécanisme de concertation entre les parties sur ces objectifs. La société Sodexo Justices Services n'est ainsi pas fondée à soutenir que cette clause serait une manifestation de l'indétermination de ses besoins par le pouvoir adjudicateur.

8. Il résulte en outre de ces stipulations un mécanisme de réduction du prix annuel du marché, résultant d'un engagement des candidats sur une réduction du prix chaque année à partir de la deuxième. Contrairement à ce que fait valoir la société requérante, ce mécanisme est indépendant des plans de progrès, les candidats devant s'engager, dès la conclusion du marché, sur ces réductions de prix. Il s'ensuit que le prix du marché est fixé de manière ferme et définitive par le prix proposé pour la première année et l'engagement de réduction pris par le candidat pour chacune des années d'exécution du marché. La circonstance que l'article 23 du CCAP prévoit la possibilité pour les parties de conclure un avenant portant sur des réductions supplémentaires du prix est sans incidence sur le caractère ferme et définitif du prix résultant de l'acte d'engagement, dès lors qu'il ne s'agit que d'un rappel de la faculté dont disposaient les parties en application de l'article 20 du code des marchés publics.

9. Enfin, s'agissant, pour la partie consistant à fixer des niveaux minimaux de réduction des prix, d'un engagement financier des candidats, le pouvoir adjudicateur a pu, sans méconnaître ses obligations de publicité et de mise en concurrence, prévoir un sous-critère « plan de progrès » rattaché au critère du prix, alors même que le contenu des plans de progrès ne pouvait, par définition, pas être prévu par les candidats ou le pouvoir adjudicateur.

10. En troisième lieu, il résulte de l'instruction et notamment de l'avis de publicité que les marchés en cause comportaient une part à bons de commande pour des prestations accessoires et ponctuelles de reprise des dégradations relevant de la responsabilité de l'Etat. Il ressort de l'annexe A3 de l'acte d'engagement que le pouvoir adjudicateur avait fixé, pour chacun des établissements pénitentiaires, un montant prévisionnel pour ces prestations. Par suite, la société Sodexo Justice Services n'est pas fondée à soutenir que la ministre de la justice, garde des Sceaux aurait manqué à ses obligations de publicité et de mise en concurrence en ne donnant aux candidats aucune estimation des quantités attendues.

11. En quatrième lieu, aux termes du II de l'article 77 du code des marchés publics : *« La durée des marchés à bons de commande ne peut dépasser quatre ans, sauf dans des cas exceptionnels dûment justifiés, notamment par leur objet ou par le fait que leur exécution nécessite des investissements amortissables sur une durée supérieure à quatre ans »*. Aucune disposition du code des marchés publics ni aucun principe n'interdisent d'inclure dans un unique marché des prestations donnant lieu à l'émission de bons de commande et d'autres prestations, à condition que les deux types de prestations soient clairement distingués, que les stipulations du contrat relatives aux prestations donnant lieu à l'émission de bons de commande respectent les dispositions de l'article 77 précité et que la conclusion d'un marché global soit permise par les dispositions de l'article 10 du même code relatives à l'allotissement.

12. Il résulte de l'instruction que les prestations donnant lieu à l'émission de bons de commandes ne constituent en l'espèce qu'une part mineure d'un marché dont le caractère global et la durée de six ans sont justifiés par l'objet particulier du marché qui concerne la gestion déléguée d'établissements pénitentiaires et comporte de fortes contraintes de service. Par suite, compte tenu de l'objet du marché, le dépassement de la durée de quatre ans pour la partie du marché à bons de commande, dont la durée est fixée comme pour le reste du marché à six ans, est dûment justifié. Les dispositions de l'article 77 du code des marchés publics n'ont ainsi pas été méconnues.

13. En cinquième lieu, le pouvoir adjudicateur définit librement la méthode de notation pour la mise en œuvre de chacun des critères de sélection des offres qu'il a définis et rendus publics. Toutefois, une méthode de notation est entachée d'irrégularité si, en méconnaissance des principes fondamentaux d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, elle est par elle-même de nature à priver de leur portée les critères de sélection ou à neutraliser leur pondération et est, de ce fait, susceptible de conduire, pour la mise en œuvre de chaque critère, à ce que la meilleure note ne soit pas attribuée à la meilleure offre ou, au regard de l'ensemble des critères pondérés, à ce que l'offre économiquement la plus avantageuse ne soit pas choisie.

14. Il résulte de l'instruction que pour apprécier la valeur des offres quant au prix des prestations de reprise des dégradations relevant de la responsabilité de l'Etat, le pouvoir adjudicateur s'est fondé sur les bordereaux de prix unitaires, figurant à l'annexe 4 des actes d'engagement et sur un « scénario » de dégradation. Eu égard à l'impossibilité de déterminer à l'avance la quantité et la nature des prestations nécessaires, le pouvoir adjudicateur pouvait utiliser une méthode de simulation consistant à multiplier les prix unitaires proposés par les candidats par un volume de prestations estimé. Si la société Sodexo Justice Services fait valoir que la ministre de la justice, garde des Sceaux n'établit pas que la méthode de notation retenue a été arrêtée avant le dépôt des offres, cette circonstance est par elle-même sans incidence sur la régularité de la procédure, une telle obligation n'étant pas imposée par le code des marchés publics ou les principes généraux de la commande publique. Enfin, il ne résulte pas de l'instruction que la méthode de notation des offres mise en œuvre par le pouvoir adjudicateur serait entachée d'une erreur de droit ou discriminatoire. En particulier, il ne résulte pas de l'instruction que le choix des équipements et des quantités visés par le « scénario » n'aurait pas été justifié par l'objet du marché ou aurait eu pour objet d'avantager une des candidatures.

15. En dernier lieu, aux termes de l'annexe 2 du règlement de consultation : *« Pour chacun des services objet de la consultation le titulaire précisera, le cas échéant, s'il entend dépasser les objectifs minimaux fixés par le CCTP (lorsqu'ils existent) ainsi que les moyens qu'il envisage de mettre en œuvre pour y parvenir »*. Il ressort du courrier susmentionné du 11

septembre 2015, informant la société requérante de la méthode d'évaluation des sous-critères techniques que la note 8 a été attribuée aux « *propositions très satisfaisantes / Proposition répondant en tous points aux atteintes / (...) solutions complètes et précises* » et la note 10 aux « *propositions optimales / propositions répondant en tous points atteintes et présentant des solutions novatrices / L'offre dépasse les exigences de l'administration avec des investissements et des solutions novatrices permettant un service d'une qualité supérieure* ».

16. Contrairement à ce que soutient la société Sodexo Justice Services, les stipulations précitées de l'annexe 2 du règlement de consultation n'ont pas pour objet de permettre aux candidats de modifier les exigences de l'administration mais de valoriser, dans le cadre de leur notation, les offres dépassant les objectifs minimaux prévus par le CCTP. Elle n'est ainsi pas fondée à soutenir que la nature et l'étendue des besoins du pouvoir adjudicateur n'auraient pas été suffisamment définies, en méconnaissance des dispositions de l'article 5 du code des marchés publics.

17. De même, les moyens tirés de ce que ces stipulations seraient en contradiction avec celles de l'article 2.8.1 du règlement de consultation interdisant les variantes et de ce que les dispositions de l'article 50 du code des marchés publics relatif aux variantes auraient été méconnues manque en fait, dès lors que les candidats étaient tenus de respecter, sans pouvoir les modifier, les exigences de l'administration résultant des objectifs minimaux prévus par le CCTP.

18. Par ailleurs, le pouvoir adjudicateur n'a pas à informer les candidats de la méthode de notation qu'il envisage d'utiliser pour évaluer les offres au regard des critères de sélection. Par suite, la société requérante n'est pas fondée à soutenir que le pouvoir adjudicateur aurait manqué à ses obligations de publicité et de mise en concurrence résultant notamment de l'article 53 du code des marchés publics, en s'abstenant d'indiquer, dans les documents de la consultation, les conditions dans lesquelles seraient valorisées les offres dépassant, en terme de résultat, les exigences minimales de l'administration

19. Il résulte de ce qui précède que la société Sodexo Justice Services n'est pas fondée à soutenir que le pouvoir adjudicateur aurait manqué à ses obligations de publicité et de mise en concurrence et à demander au juge des référés précontractuels d'annuler la procédure de passation du marché à l'origine du litige.

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

20. 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 l'Etat, qui n'est pas, dans la présente instance, la partie perdante, au titre des frais exposés par la société requérante et non compris dans les dépens. Il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de la société Sodexo Justice Services le versement d'une somme de 1 200 euros à l'Etat et de 800 euros à la société Gepsa au titre de ces dispositions.

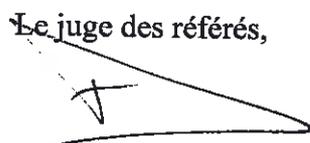
ORDONNE :

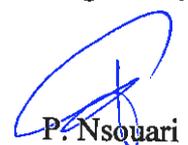
Article 1er : La requête de la société Sodexo Justice Services est rejetée.

Article 2 : La société Sodexo Justice Services versera, en application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative, une somme de 1 200 euros à l'Etat et une somme de 800 euros à la société Gepsa.

Article 3 : La présente ordonnance sera notifiée à la société Sodexo Justice Services, à la ministre de la justice, garde des Sceaux et à la société Gepsa.

Fait à Paris, le 5 octobre 2015.

Le juge des référés,

F. Doré

Le greffier,

P. Nsouari

La République mande et ordonne au ministre des finances et des comptes publics 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.