

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE TOULOUSE**

N°1801816

SOCIETE LA PREFACE

Mme Milin-Rance
Juge des référés

Ordonnance du 27 avril 2018

54-035-02
C

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Le juge des référés

Par une requête, enregistrée le 13 avril 2018 sous le n° 1801816, la société La Préface représentée par Me Mercié, demande au juge des référés, statuant 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 du marché public relatif à l'acquisition de documents sur tous supports et prestations de services associés pour la médiathèque de la Haute-Garonne ;

2°) d'annuler la décision du 4 avril 2018 par laquelle le conseil départemental de la Haute-Garonne a décidé de ne pas retenir l'offre qu'elle a présentée ;

3°) d'enjoindre au conseil départemental de la Haute-Garonne de procéder à une nouvelle analyse de son offre ;

4°) de mettre à la charge du conseil départemental de la Haute-Garonne une somme de 1 500 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- le critère relatif aux frais engendrés par l'exécution de l'accord-cadre constitue un critère lié à l'implantation géographique des candidats, ce qui contrevient aux principes communautaires et constitutionnels de liberté d'accès à la commande publique et d'égalité de traitement des candidats. Ce critère est manifestement discriminatoire car il n'est justifié par aucune nécessité d'assurer une rapidité d'intervention, ou de proximité et d'accessibilité, alors que la librairie La Préface se trouve dans le ressort géographique de la médiathèque et demeure accessible rapidement sans difficulté particulière. Ce critère la prive définitivement de voir son offre retenue dans le cadre d'un marché public relatif à l'approvisionnement de la médiathèque départementale.

- la méthode de calcul des frais engendrés par l'exécution de l'accord-cadre est elle-même discriminante. La seule multiplication de la distance kilométrique par le coût moyen selon

le barème kilométrique ne tient pas compte des frais engendrés par le stationnement et de la facilité d'accès. Alors que la librairie La Préface est accessible par le périphérique et dispose de stationnements gratuits à proximité immédiate, l'attributaire du lot est situé en hyper-centre, difficilement accessible et sans stationnement gratuit. L'absence de prise en compte de la totalité des frais engendrés par le déplacement des représentants de la médiathèque départementale à la librairie est de nature à défavoriser, de manière injustifiée et discriminatoire, la candidature de la librairie La Préface.

Par un mémoire en défense, enregistré le 24 avril 2018 le département de la Haute-Garonne, représenté par Me Heymans, conclut au rejet de la requête et à la mise à la charge de la société requérante d'une somme de 2 000 euros sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Il fait valoir que les moyens soulevés par la société requérante sont infondés.

- En particulier, le critère « frais engendrés par l'exécution de l'accord-cadre » est conforme à l'article 62 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 qui permet de prendre en compte l'accessibilité dans le coût de l'offre, et à l'article 52 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 qui prévoit que les critères d'attribution peuvent être liés aux conditions d'exécution du marché. La proximité et l'accessibilité du prestataire peuvent constituer des conditions d'attribution sous réserve d'une pondération en rapport avec leur probabilité. Le critère de coût des déplacements des agents du département dans les locaux du titulaire est justifié par l'objet du marché et ses conditions d'exécution, dès lors qu'il résulte du cahier des clauses particulières que le titulaire doit permettre la consultation ou le choix sur place par les agents de la médiathèque départementale et que cette consultation sur place doit avoir lieu au moins une fois par mois. Ce critère garantit la qualité du service. Pour procéder à la constitution de son fonds, le bibliothécaire a besoin d'un large panorama de la production éditoriale, de trouver sur place une sélection du libraire, de bénéficier de la médiation de celui-ci, de pouvoir tenir l'ouvrage en main pour apprécier la qualité de la table des matières, de la mise en page, des illustrations, de l'adéquation entre le texte et l'image. Les extraits proposés par les libraires sur internet ou dans les revues spécialisées sont insuffisants pour cela et résultent de choix subjectifs de ces derniers. Le bibliothécaire doit pouvoir aller rechercher les informations qui lui semblent pertinentes. Le contact avec le libraire permet des échanges instantanés sur la présentation en magasin. Le coût de ces déplacements nécessaires pouvait donc être pris en compte. Il n'a été pondéré qu'à hauteur de 10 points sur 100 compte tenu de leur occurrence.

- la méthode de calcul des frais engendrés par l'exécution du marché peut se fonder sur les données d'un seul site internet de référence, en l'espèce « mappy.com ». Pour répondre aux exigences de l'article 52 de l'ordonnance du 23 juillet 2015, les modalités de mise en œuvre du critère de coût ont été précisément déterminées par l'article 5.2 du règlement de consultation. La prise en compte du coût du stationnement aurait conduit à mettre en œuvre un critère imprécis et non objectif dès lors que le coût du stationnement est variable en fonction du parking utilisé est n'est pertinent que dans l'hypothèse de déplacements en voiture alors qu'il existe de multiples modes de déplacement notamment collectifs qui n'engendrent pas de frais de stationnement. Au demeurant, la société requérante ne démontre pas qu'elle garantit une place de stationnement réservée et gratuite à disposition du département.

Vu les autres pièces du dossier, notamment celles indiquant que la librairie Ombres Blanches a été appelée à l'instance.

Vu :

- l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 modifiée, relative aux marchés publics,
- le décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics,

- le code de justice administrative.

Vu la décision par laquelle le président du tribunal a désigné Mme Milin-Rance, premier conseiller, pour statuer sur les demandes de référé.

Les parties ayant été dûment convoquées à l'audience publique du 25 avril 2018.

Après avoir entendu :

- le rapport de Mme Milin-Rance ;

- les observations de Me Mercié représentant la société La Préface, tendant aux mêmes fins que ses écritures par les mêmes moyens. Il fait valoir que :

* la librairie Ombres Blanches, attributaire, est notée 69 sur la qualité technique alors que la librairie La Préface a obtenu une note de 70. Elles ont toutes deux obtenu la même note pour les taux de remise. La seule réelle différence entre leurs offres ne tient qu'aux frais liés aux déplacements. La librairie La Préface étant classée 4^{ème}, l'application de ce critère a engendré un écart de notation très important pour des différences minimales en termes de proximité. Le chiffrage du coût est uniquement kilométrique, ce qui équivaut à poser un critère d'implantation géographique discriminatoire pour les candidats les plus éloignés. Un tel critère ne peut être le seul à permettre de faire la distinction entre les candidats. Il ne répond pas à la nécessité d'exécution du contrat. Il n'existe aucune nécessité de rapidité d'intervention ni de proximité du lieu d'intervention.

* Seule la distance kilométrique est retenue pour déterminer les frais engendrés, sans considération de la durée du trajet ou du coût du stationnement. En tenant compte de l'ensemble des frais engendrés, il n'est pas certain que les déplacements entre la médiathèque de Labège et le siège de la librairie La Préface à Colomiers soient plus importants que les déplacements entre cette médiathèque et la librairie Ombres Blanches en hyper-centre. Si ce mode de calcul est maintenu, la librairie La Préface ne peut plus soumissionner aux appels d'offre de la médiathèque, sauf à se positionner à côté de la médiathèque.

- les observations de Me Heymans, représentant le département de la Haute-Garonne tendant aux mêmes fins que ses écritures par les mêmes moyens. Il fait valoir que :

* Les qualités techniques des offres étant proches et les remises de prix étant plafonnées, il est nécessaire de poser d'autres critères pour distinguer les offres entre elles. Le critère des frais engendrés n'est pas un critère de préférence géographique, mais un critère de coût. Son calcul, fondé sur une référence unique, est simple et objectif. Si, par voie de conséquence, cela revient à prendre en compte l'implantation géographique des candidats, la jurisprudence et les nouvelles dispositions du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 le permettent, dès lors que ce critère est lié à l'objet du marché ou à ses conditions d'exécution. Il n'est pas nécessaire que ces conditions soient justifiées par l'urgence. L'impératif de proximité et la récurrence des déplacements sont liés à la qualité du service, comme spécifié dans le cahier des clauses particulières. La pondération du critère est en adéquation avec l'occurrence des déplacements. A l'inverse, le coût du parking n'est pas pertinent car il existe de nombreux modes de transport qui dépendent des circonstances de temps et de lieu. La durée du temps de trajet aurait aussi pu être prise en compte. Mais le pouvoir adjudicateur a effectué un choix simple et objectif. Si les notes techniques sont très proches, cela ne pouvait être prévu à l'avance.

L'instruction étant close le 25 avril 2018 à 15 heures à l'issue de l'audience.

Considérant ce qui suit :

1. Le département de la Haute-Garonne a lancé une consultation en vue de la passation d'un accord-cadre de 18 lots portant sur l'acquisition de documents sur tous supports et prestations de services associées, au bénéfice de la médiathèque départementale, en fixant la date limite de remise des offres au 7 décembre 2017. La société La Préface a présenté une offre pour le lot n° 1 relatif à des « romans adultes en langue française, imprimés (y compris gros caractères) ou enregistrés sauf science-fiction, fantastique, fantasy, romans policier. » Par courrier en date du 4 avril 2018, le conseil départemental de la Haute-Garonne l'a informée de ce que son offre n'était pas acceptée et lui en a communiqué les motifs. Elle demande au juge des référés d'annuler la procédure de passation du lot n° 1 et la décision de ne pas retenir son offre en invoquant le caractère discriminatoire du critère de sélection des offres lié aux frais engendrés.

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, 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.* » 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.* » L'article L. 551-10 du même code prévoit : « *Les personnes habilitées à engager les recours prévus aux articles L. 551-1 et L. 551-5 sont celles qui ont un intérêt à conclure le contrat ou (...) qui sont susceptibles d'être lésées par le manquement invoqué, (...).* »

3. Il appartient au juge des référés, saisi en vertu des dispositions de l'article L.551-1 du code de justice administrative, de rechercher si l'entreprise 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 manière suffisamment vraisemblable de l'avoir lésée ou risquent de la léser, fût ce de façon indirecte en avantageant une entreprise concurrente. S'il n'appartient pas au juge du référé précontractuel de substituer son appréciation du mérite respectif des offres à celle de la commission d'appel des offres, il lui appartient de vérifier la régularité de la méthode de sélection des offres et notamment que les critères de sélection sont non discriminatoires, suffisamment précis et objectifs et qu'ils sont justifiés par l'objet du marché en permettant de déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse au regard de ce dernier.

4. Aux termes de l'article 52 de l'ordonnance du 10 juillet 2015 n° 2015-899 du 23 juillet 2015 susvisée : « *I. - Le marché public est attribué au soumissionnaire ou, le cas échéant, aux soumissionnaires qui ont présenté l'offre économiquement la plus avantageuse sur la base d'un ou plusieurs critères objectifs, précis et liés à l'objet du marché public ou à ses conditions d'exécution. Le lien avec l'objet du marché public ou ses conditions d'exécution s'apprécie conformément à l'article 38. (...) II. - Les critères d'attribution n'ont pas pour effet de conférer une liberté de choix illimitée à l'acheteur et garantissent la possibilité d'une véritable*

concurrence. » L'article 38 de la même ordonnance prévoit : « *I. - Les conditions d'exécution d'un marché public peuvent prendre en compte des considérations relatives à l'économie, à l'innovation, à l'environnement, au domaine social ou à l'emploi, à condition qu'elles soient liées à l'objet du marché public. (...) Sont réputées liées à l'objet du marché public les conditions d'exécution qui se rapportent aux travaux, fournitures ou services à fournir en application du marché public, à quelque égard que ce soit et à n'importe quel stade de leur cycle de vie, y compris les facteurs intervenant dans le processus spécifique de production, de fourniture ou de commercialisation de ces travaux, fournitures ou services ou un processus spécifique lié à un autre stade de leur cycle de vie, même lorsque ces facteurs ne ressortent pas des qualités intrinsèques de ces travaux, fournitures ou services. (...)* » Aux termes de l'article 62 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 susvisé : « *II. - Pour attribuer le marché public au soumissionnaire ou, le cas échéant, aux soumissionnaires qui ont présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, l'acheteur se fonde : 1° Soit sur un critère unique qui peut être : a) Le prix, à condition que le marché public ait pour seul objet l'achat de services ou de fournitures standardisés dont la qualité est insusceptible de variation d'un opérateur économique à l'autre ; b) Le coût, déterminé selon une approche globale qui peut être fondée sur le coût du cycle de vie au sens de l'article 63 ; 2° Soit sur une pluralité de critères non-discriminatoires et liés à l'objet du marché public ou à ses conditions d'exécution au sens de l'article 38 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 susvisée, parmi lesquels figure le critère du prix ou du coût et un ou plusieurs autres critères comprenant des aspects qualitatifs, environnementaux ou sociaux. Il peut s'agir, par exemple, des critères suivants : a) La qualité, y compris la valeur technique (...), l'accessibilité, (...). D'autres critères peuvent être pris en compte s'ils sont justifiés par l'objet du marché public ou ses conditions d'exécution.* »

5. Ces dispositions permettent au pouvoir adjudicateur de retenir, pour choisir l'offre économiquement la plus avantageuse, un critère reposant sur la proximité géographique du candidat lorsque sa prise en compte est rendue objectivement nécessaire par l'objet du marché et la nature des prestations à réaliser et n'a pas d'effet discriminatoire.

6. Le règlement de la consultation prévoit, en son article 5 « Elimination des candidats – classement des offres », en son point 5.2 « Jugement des offres », trois critères pondérés sur un total de 100 points, soit 70 points attribués à la qualité de la prestation, 20 points attribués au taux de remise sur prix public et 10 points attribués aux frais engendrés par l'exécution de l'accord-cadre et supportés par la médiathèque départementale pour les déplacements de ses représentants auprès des titulaires. Le règlement précise que la formule de calcul de ce dernier critère consiste à multiplier le coût kilométrique moyen, arrêté à 0,50 euros TTC par référence au barème forfaitaire prévu par l'article 6B de l'annexe IV au code général des impôts, par la distance parcourue évaluée sur la base du temps de trajet calculé par le distancier du site internet « mappy.com » et selon l'itinéraire le plus rapide.

7. Le cahier des clauses particulières prévoit en son article 5 relatif aux conditions d'exécution du marché, la nécessité pour le titulaire de permettre, au moins une fois par mois, la consultation des fonds dans ses locaux par les bibliothécaires. Si cette obligation, qui est de nature à assurer la bonne exécution du marché, peut être posée comme condition nécessaire à l'exécution de la prestation, elle ne peut conduire à privilégier les prestataires implantés à proximité de la médiathèque au détriment de tout candidat plus éloigné. Les modalités de calcul des frais engagés, basées exclusivement sur la distance entre l'implantation géographique des librairies candidates et la médiathèque départementale, favorisent nécessairement et systématiquement les candidats les plus proches, et restreignent abusivement la possibilité pour un candidat plus éloigné d'être retenu. La société requérante est en conséquence fondée à soutenir que la méthode de sélection des offres est irrégulière. Cette irrégularité est constitutive d'un manquement aux obligations de mise en concurrence.

8. Si le critère des « frais engagés » ne représente que 10 % de la note totale, et si la société requérante a été placée en 4^{ème} position dans le classement des offres, elle a obtenu une meilleure note que l'attributaire sur le critère relatif à la qualité technique et une note identique sur le critère de prix. Dès lors, le critère illégal a été déterminant pour départager les offres, comme au demeurant le département de la Haute-Garonne le reconnaît à l'instance, et a été de nature à léser de manière suffisamment vraisemblable les intérêts de la librairie La Préface.

9. Compte tenu du motif d'irrégularité retenu pour le lot n°1 qui met en cause la méthode de sélection des offres fixée par le règlement de consultation, il y a lieu d'annuler l'ensemble des opérations se rapportant à sa passation et notamment la décision de la commission d'appel d'offres du 4 avril 2018 rejetant l'offre de la société La Préface.

10. Les dispositions de l'article L.761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce qu'il soit fait droit aux conclusions présentées à ce titre par le département de la Haute-Garonne. Dans les circonstances de l'affaire, il y a lieu de mettre à la charge de ce dernier une somme de 1 500 euros à verser à la société La Préface au titre de ces dispositions.

ORDONNE

Article 1^{er} : L'ensemble des opérations et décisions se rapportant à la passation du lot n°1 « Romans adultes en langue française, imprimés (y compris gros caractères) ou enregistrés sauf science-fiction, fantastique, fantasy, romans policiers » du marché de fournitures lancé par le département de la Haute-Garonne sont annulées.

Article 2 : Le département de la Haute-Garonne versera une somme de 1 500 euros à la société La Préface, en application de l'article L.761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : Les conclusions présentées par le département de la Haute-Garonne au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 4 : La présente ordonnance sera notifiée à la société La Préface, au département de la Haute-Garonne et à la société Ombres Blanches.

Fait à Toulouse, le 27 avril 2018.

Le juge des référés,

Le greffier,

Mme Milin-Rance

Mme Kaminski

La République mande et ordonne au préfet de la Haute-Garonne, 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 ordonnance.

Pour expédition conforme,
Le greffier,