

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE PARIS**

N°1020370-3/3

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

CAVE CANEM SURVEILLANCE SECURITE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Mme Tastet-Susbielle
Juge des référés

Ordonnance du 16 décembre 2010

Le Tribunal administratif de Paris,

Le juge des référés

54 03 05

Vu la requête, enregistrée le 26 novembre 2010, présentée pour la société CAVE CANEM SURVEILLANCE SECURITE, dont le siège est 14, rue Jules Vanzuppe à Ivry-sur-Seine (94200), par Me Le Miere ; la société CAVE CANEM SURVEILLANCE SECURITE demande que le président du Tribunal :

- annule la consultation lancée par le ministre de la défense ayant pour objet l'attribution du marché de « prestations de filtrage, de surveillance et de gardiennage des sites d'Arcueil, Bagneux et Saclay soutenus par le Service parisien de soutien de l'administration centrale (SPAC) », ainsi que les décisions se rapportant à sa passation et notamment celle du 10 novembre 2010 portant rejet de son offre ;

- enjoigne au ministère de la défense, dans l'hypothèse où il envisagerait de conclure ultérieurement un marché ayant le même objet, de reprendre intégralement la consultation dans des conditions conformes aux dispositions législatives et réglementaires relatives à la publicité et à la mise en concurrence pour ce type de marché, en fixant, le cas échéant, toutes mesures utiles à la reprise de cette consultation dans des conditions régulières ;

- mette à la charge de l'Etat (ministre de la défense) une somme de 10 000 euros en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

La société CAVE CANEM SURVEILLANCE SECURITE soutient :

Sur la méconnaissance des dispositions de l'article 55 du code des marchés publics :

- que la procédure de passation du marché, qui méconnaît les dispositions de l'article 55 du code des marchés publics est irrégulière ; qu'aux termes de ces dispositions : « Si une offre apparaît anormalement basse, le pouvoir adjudicateur peut la rejeter par décision motivée après avoir demandé par écrit les précisions qu'il juge utiles et vérifié les justifications fournies » ; qu'ainsi,

lorsque sur le fondement de ces dispositions, le pouvoir adjudicateur estime qu'il se trouve en présence d'une offre dont il apparaît a priori qu'elle est anormalement basse, il est tenu, préalablement au rejet de cette offre, de solliciter auprès du candidat les explications et justificatifs lui permettant de vérifier si l'offre est, effectivement ou non, anormalement basse au regard des justifications fournies ; qu'il résulte également de la jurisprudence que le pouvoir adjudicateur, lorsqu'il constate des écarts de prix significatifs de l'ordre de 20% ou davantage, doit en déduire qu'il se trouve a priori en présence d'offres anormalement basses ; qu'en l'espèce, le montant des offres de l'attributaire, inférieures de 29% et 28% par rapport à celles de la société exposante alors que l'objet, la structure et les conditions du marché, ne laissaient que peu de marges de manœuvre financière aux soumissionnaires pour élaborer leur offre, impliquait que le ministère de la défense mette en œuvre la procédure décrite par les dispositions de l'article 55 du code des marchés publics ; que, d'une part, les prestations du marché qui reposaient principalement et substantiellement sur la notion d'effectifs, à savoir un certain nombre de personnes, disposant, au regard de l'article 6 du code des marchés publics, de la présence d'une offre dont il apparaît a priori qu'elle est anormalement basse, il est tenu, préalablement au rejet de cette offre, de solliciter auprès du candidat les explications et justificatifs lui permettant de vérifier si l'offre est, effectivement ou non, anormalement basse au regard des justifications fournies ; qu'il résulte également de la jurisprudence que le pouvoir adjudicateur, d'heures de prestation (de l'ordre de 120 000 h/an) et sur description détaillée de la prestation par site (Arcueil, Bagneux et Saclay), ne laissaient aucune marge de manœuvre aux candidats, sauf à ne pas respecter les prescriptions du cahier des charges ; que d'autre part, les qualifications spécifiques légalement requises des personnels chargés d'exécuter ces prestations excluaient que les soumissionnaires disposent également d'une marge de manœuvre substantielle sur le coût de la masse salariale, laquelle, conditionnée par la mobilisation des effectifs précités, s'avérait d'autant plus réduite, en l'espèce, que la convention collective de la profession oblige le titulaire à reprendre 85% des effectifs précédemment affectés au marché ; que, le ministère de la défense, dès lors qu'il avait constaté un écart de prix de 28% et 29 % entre l'offre de la société attributaire et l'offre de ses concurrents, ne pouvait s'affranchir de mettre en œuvre la procédure visée par l'article 55 du code des marchés publics, alors que les conditions du marché ne laissaient pas aux soumissionnaires, sauf à ne pas respecter les prescriptions techniques imposées, de marge de manœuvre technique autorisant les écarts de prix ; que la société requérante a été lésée par un tel manquement ;

- qu'en outre, le lot n°1 du marché litigieux a été lancé pour une durée de 66 mois, c'est-à-dire de 5 ans ½ alors qu'aux termes 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 » ; qu'en l'espèce, le ministère de la défense ne justifie d'aucune dérogation pour ce lot, lequel représente plus de 80% du total du marché ; que, dès lors, le marché litigieux, intrinsèquement illégal, implique que l'annulation de la procédure de passation relative au lot n°1 soit prononcée, sans que la société requérante n'ait à démontrer l'existence d'une lésion, laquelle existe en toute état de cause, la conclusion d'un tel marché pour 5 ans ½ excluant qu'elle puisse espérer concourir dans 4 ans, conformément aux dispositions précitées du code des marchés publics ;

Sur les frais irrépétibles :

- qu'il serait inéquitable, dans les circonstances de l'espèce, que la société requérante supporte la charge des frais entrepris pour assurer la défense de ses intérêts dans la présente procédure ;

Vu, enregistré le 3 décembre 2010, le mémoire présenté par le ministre d'Etat, ministre de la défense et des anciens combattants qui conclut au rejet de la requête ;

Le ministre de la défense soutient :

Sur la mise en œuvre de la procédure de l'article 55 du code des marchés publics relative aux offres anormalement basses :

- que la suspicion d'une offre anormalement basse ne repose pas exclusivement, comme le soutient la société requérante, sur des paramètres « mathématiques », tels l'écart de prix entre son offre et celle de la société ESI, société attributaire et la faible marge de manœuvre financière dont disposaient les candidats pour formuler leur offre ; qu'en décidant de ne pas mettre en œuvre la procédure visée par l'article 55 du code des marchés publics, en ce qui concerne l'offre de la société ESI, le pouvoir adjudicateur n'a pas commis d'irrégularité ; qu'en l'espèce, la seule comparaison entre le montant des prestations proposées par une société candidate et celui de l'offre de la société attributaire, pour identifier les offres susceptibles d'être anormalement basses, peut s'avérer dangereuse, dès lors qu'il suffirait qu'un candidat émette une offre particulièrement élevée pour que, de facto, celle de l'attributaire devienne anormalement basse ; qu'en outre, une offre ne saurait être jugée comme particulièrement basse du seul fait qu'elle serait inférieure aux offres des autres soumissionnaires ; que, pour être considérée comme suspecte, l'infériorité de l'offre susceptible d'être anormalement basse doit, au regard des autres offres déposées, être suffisamment importante ou corroborée par d'autres éléments ; qu'en l'espèce, comparer l'écart entre le prix proposé par la société ESI et celui de la société requérante manque de pertinence, la société requérante ayant obtenu la plus mauvaise note sur ce critère, l'écart entre leur prix est nécessairement important et ne peut fonder la mise en œuvre de la procédure visée par l'article 55 du code des marchés publics ; qu'au demeurant, pour le lot n°1, l'écart entre les prix HT proposés par la société ESI et ceux des sociétés notées en deuxième et troisième position est respectivement, de 8% et de 13%, et de 6% et 17% pour le lot n°2 ; qu'au vu de ces éléments, l'offre de la société ESI n'étant pas anormalement basse, le SPAC n'avait pas à recourir à la procédure de l'article 55 du code des marchés publics ; que, de surcroît, la société CAVE CANEM SURVEILLANCE SECURITE n'est pas fondée à soutenir que la faible marge de manœuvre financière des candidats dans l'établissement de leur offre rendrait suspecte l'offre, inférieure à la sienne, de la société ESI, qui, par ailleurs, ne serait pas en mesure de respecter les prescriptions du cahier des charges ; que d'une part, dans le cadre d'une procédure de référé précontractuel, le moyen qui ne repose, en l'occurrence, sur aucun élément probant, critiquant l'appréciation portée par le pouvoir adjudicateur sur les mérites respectifs des candidats, extérieur aux obligations de publicité et de mise en concurrence, est inopérant, le juge du référé précontractuel ne pouvant s'immiscer dans la phase de sélection des offres et porter une appréciation sur le fond des offres ; que, d'autre part, au moment de l'analyse des offres, le pouvoir adjudicateur a procédé à une analyse détaillée de chaque dossier technique remis par les candidats, ayant abouti à l'attribution d'une note de 38/40 pour la société requérante et 35/40 pour la société attributaire, dont il ne ressort pas que la société ESI n'était pas en mesure d'exécuter le marché dans des conditions normales ; qu'en l'espèce, s'agissant du lot n°1, si sur le sous-critère technique relatif à la gestion des effectifs, la société ESI a obtenu 5 points contre 8 pour la société CAVE CANEM SURVEILLANCE SECURITE, elle a pour l'ensemble des autres sous-critères obtenu le nombre maximum de points ; que l'allégation selon laquelle la société ESI ne serait pas en mesure de respecter les prescriptions du cahier des charges n'est ainsi nullement établie ; que, s'agissant du lot n°2, la société ESI ayant obtenu la meilleure note technique de 40/40 contre 38,8/40 pour la société CAVE CANEM SURVEILLANCE SECURITE, le pouvoir adjudicateur a considéré que pour les 6 sous-critères du critère technique du lot n°2, le dossier présenté par la société ESI, qu'il a jugé en tous points précis et argumenté, répondait parfaitement à ses attentes et à ses exigences et que son offre permettait une

bonne exécution technique des prestations pour les deux lots ;

Sur la durée du marché :

- que la durée de 66 mois prévue pour le lot n°1 dont la société requérante conteste la légalité, eu égard aux dispositions de l'article 77 du code des marchés publics, ne concerne pas les deux sites du lot n°1 mais uniquement le site de Bagneux, comme le précise l'article II du règlement de la consultation du marché litigieux, aux termes duquel : « pour le lot 1, le marché est forfaitaire à prix trimestriel pour une tranche ferme et trois tranches conditionnelles de douze mois pour les sites d'Arcueil et Bagneux et une tranche conditionnelle de 18 mois pour le site de Bagneux, à compter des ordres de service prescrivant la date du début d'exécution » ; que cette durée particulière dont la justification n'a pas à figurer obligatoirement dans les documents de la consultation, s'explique au regard de la situation spécifique de l'emprise de Bagneux, site sur lequel le ministère est locataire, et dont tous les services ont vocation à rejoindre le « Grand Balard » à l'horizon 2016 ; que la durée du marché a, en l'occurrence, été portée à 66 mois, pour assurer la continuité des missions de filtrage, de surveillance et de gardiennage sur ce site, jusqu'à sa fermeture prévue au 30 avril 2016 ; qu'eu égard à l'office du juge du référé précontractuel auquel il appartient « de rechercher si l'entreprise qui le saisit se prévaut de manquements qui, eu égard à leur portée et au stade auquel ils se rapportent, sont susceptibles de l'avoir lésée ou risquent de la léser, fût-ce de façon indirecte en avantageant une entreprise concurrente », la société CAVE CANEM SURVEILLANCE SECURITE ne pouvait soutenir qu'une telle durée « intrinsèquement illégale » la dispensait de démontrer toute lésion ; qu'en la matière, le juge exerçant un contrôle subjectif, en vérifiant que le manquement invoqué par le requérant est susceptible de l'avoir lésé, l'analyse de la société CAVE CANEM SURVEILLANCE SECURITE, qui conclut que face à une illégalité majeure elle serait dispensée d'apporter la preuve d'une lésion, est dépourvue de base juridique ; qu'en l'espèce, la société requérante qui invoque, à titre de lésion, l'empêchement futur de concourir sur un prochain marché avant 5 ans et ½ au lieu des 4 ans prescrits par le code des marchés publics, n'a, eu égard à la jurisprudence, posé au stade de la procédure auquel ce manquement se rapporte, aucune question au pouvoir adjudicateur ; que la société CAVE CANEM SURVEILLANCE SECURITE qui n'a pas usé de la possibilité qui lui était offerte, conformément aux mentions de l'article VI du règlement de la consultation, de demander des renseignements complémentaires aux adresse et coordonnées détaillées et précisées par ces dispositions, n'a pas exprimé ses critiques en temps utile ; qu'en tout état de cause, le manquement invoqué par la société requérante, futur et dès lors, hypothétique, est insusceptible d'être sanctionné en tant que lésion effective ;

Vu, enregistré le 6 décembre 2010, le mémoire présenté pour la société Europe Sécurité Industrie (ESI) par Me Salies, qui conclut au rejet de la requête et à la mise à la charge de la société CAVE CANEM SURVEILLANCE SECURITE d'une somme de 2 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

La société ESI soutient :

- que la société CAVE CANEM SURVEILLANCE SECURITE, qui se fonde essentiellement sur le critère du prix qui, bien que prépondérant, n'est pas le seul critère, n'établit pas que les offres présentées qui ont été retenues sont anormalement basses ou n'ont pas présenté les caractéristiques techniques requises ; que si, en vertu des dispositions de l'article 55 du code des marchés publics, une offre anormalement basse peut être rejetée, des justifications peuvent cependant être prises en compte ; que le cahier des clauses techniques particulières, qui imposait un « juste dimensionnement humain et technique nécessaire à leur parfait achèvement », liait étroitement l'aspect financier aux autres aspects et notamment aux moyens humains et aux

conditions de travail en vigueur au sein de chacune des sociétés ; qu'outre les dispositions conventionnelles négociées pour chaque entreprise, sont également appliquées les dispositions conventionnelles nationales issues de la convention collective nationale des entreprises de prévention et de sécurité qui fixe les classifications professionnelles et les salaires minimum ; que, dans la mesure où la société ESI respecte les dispositions de l'accord de branche en matière de qualification et de salaire, les offres transmises par cette dernière sont conformes aux exigences prévues par l'offre du ministère de la défense ; qu'en revanche, la société CAVE CANEM SURVEILLANCE SECURITE, qui a avancé des moyens techniques importants, surévalue le coût de ses prestations, sans démontrer que les moyens techniques qu'elle met en œuvre, notamment en terme de qualification du personnel, ont un impact important sur les salaires et sur le coût ; qu'en outre, la société ESI, classée en 3^{ème} position sur 6 au titre du critère technique sur le lot 1, et qui a obtenu le plus de points tant sur le plan technique que sur le plan financier pour ce qui concerne le lot 2, a légitimement remporté le marché ; que le moyen tiré de ce que les offres de la société ESI seraient anormalement basses et n'auraient pas respecté du point de vue du critère technique les prescriptions du cahier des charges, n'est pas établi ;

- que les allégations de la société requérante selon lesquelles les informations fournies par le ministère de la défense n'étaient pas suffisantes pour vérifier la régularité de la consultation et sa validité, ne sont pas davantage fondées ; que la société CAVE CANEM SURVEILLANCE SECURITE qui a eu accès aux résultats de la consultation établie selon deux étapes, à savoir, la sélection des candidatures après vérification de leur aptitude au regard de la réglementation issue de la loi du 12 juillet 1983 et la sélection des offres eu égard au critère financier noté sur 60 points et au critère technique noté sur 40 points et a eu connaissance des points attribués aux différents candidats, parvient d'autant plus difficilement à démontrer que les notes qui lui ont été attribuées seraient anormales qu'elle a sur le plan technique obtenu de très bonnes notes ;

Vu, enregistré le 8 décembre 2010, le mémoire présenté pour la société CAVE CANEM SURVEILLANCE SECURITE qui conclut comme précédemment ;

La société CAVE CANEM SURVEILLANCE SECURITE soutient, en outre :

A titre principal :

- qu'il y a non-lieu à statuer sur la requête, la procédure de passation du marché s'y rapportant étant devenue caduque ; que le ministère de la défense qui, dans son courrier du 3 décembre 2010, a exposé à la société ESI que son refus d'exécuter le marché attribué engagerait sa responsabilité et lui a demandé de lui « faire part dans les plus brefs délais » de sa position concernant le maintien de son offre, n'a produit aucune réponse de la société ESI quant au maintien de son offre, qui, dans son propre mémoire en défense, n'évoque pas ce point et ne revient donc pas sur sa décision du 1^{er} décembre 2010 de se retirer du marché ; qu'en outre, la société CAVE CANEM SURVEILLANCE SECURITE, titulaire sortant de certains lots du marché a été sollicitée par le ministère de la défense en vue de la conclusion de marchés complémentaires pour des durées de 4 à 7 mois sur les sites d'Arcueil, Bagneux et Saclay correspondant au présent marché, durée correspondant à celle nécessaire pour procéder à une nouvelle consultation, dès lors que pour ce marché, l'avis d'appel public à la concurrence a été publié le 17 juin 2010 et la décision d'attribution prise le 10 novembre 2010 ; que, sauf pour le ministère de la défense à renoncer « aux prestations de filtrage, de surveillance et de gardiennage des sites d'Arcueil, Bagneux et Saclay », le refus exprès et explicite de l'attributaire d'exécuter le marché, oblige le ministère à procéder à une nouvelle consultation ; que, dans ces circonstances, le litige n'a plus d'objet et qu'il n'y a plus lieu d'y statuer ;

A titre subsidiaire :

- qu'elle maintient ses conclusions, dès lors que le ministère de la défense confirme dans ses écritures ne pas avoir mis en œuvre la procédure de l'article 55 du code des marchés publics et ne conteste pas que les prix pratiqués par la société ESI sont inférieurs de près de 30% par rapport à ceux de la société CAVE CANEM SURVEILLANCE SECURITE ; que les exigences imposées par le CCTP ne laissent qu'une très faible marge de manœuvre financière aux candidats dans l'élaboration de leur offre, et que les exigences du CCTP imposent que les effectifs puissent pourvoir à 120 000 heures de prestations par an ; que le ministère de la défense affirme que les offres de la société attributaire ESI n'étaient pas anormalement basses et qu'il n'avait pas l'obligation de recourir à la procédure de l'article 55 du code des marchés publics, en se fondant, en contradiction avec sa propre démonstration juridique, uniquement sur des critères mathématiques ; qu'en outre, alors qu'il précise que sept sociétés ont remis des offres et que l'appréciation d'offres anormalement basses ne peut se faire par « comparaison purement mathématique entre le montant des prestations proposées par une société candidate et de celui de l'offre de la société attributaire » il ne fait état de l'écart du prix des offres que des sociétés classées aux 2^{ème} et 3^{ème} rangs et n'indique pas l'écart constaté pour les trois autres sociétés candidates ; que, s'il relève que les écarts des prix entre la société attributaire et la société classée au 3^{ème} rang étaient de 13 et 17%, il ne conteste pas que la majorité des offres remises présentaient des écarts conséquents de prix qui auraient dû le conduire à mettre en œuvre la procédure de l'article 55 du code des marchés publics ; que le caractère anormalement bas de l'offre de la société ESI ne résulte pas de « la seule circonstance qu'un écart conséquent existe entre l'offre de l'attributaire et l'un des candidats évincés », mais bien de la comparaison des prix proposés par les sept candidats, dont au moins cinq présentaient des écarts conséquents de 13 à 17%, à tout le moins significatifs, voire substantiels (28 à 29%) ; qu'au demeurant, la société ESI, qui réfute les arguments et moyens avancés par la société CAVE CANEM SURVEILLANCE SECURITE, ne se prévaut pas de ce que son offre n'était pas anormalement basse, mais se borne à affirmer qu'« il n'est pas établi que les offres présentées (...) aient été anormalement basses » et à se prévaloir, à l'instar du ministère, que les offres de la société CAVE CANEM SURVEILLANCE SECURITE sont anormalement élevées ; que ni la société ESI ni le ministère, qui ne produisent aucun élément à l'appui de leurs allégations, ne démontrent que l'offre en cause n'était pas anormalement basse ;

- que de surcroît, les offres de la société ESI, qui ne répondent pas aux exigences techniques imposées par le pouvoir adjudicateur, ne sont pas conformes aux documents de la consultation ; que le ministère avait précisé, dans le règlement de la consultation, la liste des 85 personnes actuellement employées pour l'exécution des prestations des lots 1 et 2 et indiqué que « le titulaire fait son affaire de la reprise du personnel chargé des tâches de gardiennage, éventuellement de l'accueil, employé par le titulaire du marché précédant le présent marché, conformément à la réglementation et aux conventions collectives en vigueur, ainsi qu'aux règles d'usage de la profession. Dès la notification du marché, le titulaire doit prendre contact avec le prestataire actuel afin de mener à bien la reprise du personnel en poste. » ; qu'il avait également assorti l'exécution des prestations objet du marché d'une obligation de résultat ; qu'une telle obligation de résultat se concevait aisément dès lors qu'il est totalement exclu qu'il puisse y avoir la moindre défaillance sur l'accès et la surveillance de sites militaires répondant à des classements spécifiques au titre de la réglementation de la défense, tels que le site d'Arcueil, classé comme Point sensible de 2^{ème} catégorie et les sites de Bagneux et Saclay, classés comme Points d'importance vitale ; qu'en tout état de cause, les effectifs nécessaires à l'exécution des prestations décrites par le CCTP doivent pourvoir à près de 120 000 heures par an, ce qui correspond, sans tenir compte des rythmes de travail et du temps légal de travail, à 66 emplois équivalents temps plein (120 000 / 52 semaines / 35 heures = 65,93) ; qu'en outre, compte tenu du nombre de postes/fonctions à pourvoir obligatoirement qui

s'élève à 30, dont certains doivent être pourvus 24h/24 et 7 jours sur 7 et nécessitent donc la présence d'au moins 3 personnes pour un poste (chefs de postes, postes centrales de protection, postes de rondes du site, postes de sécurité et de filtrage) tandis que les autres impliquent des amplitudes horaires importantes nécessitant la présence d'au moins deux personnes (de 7h00 à 20h00, 7h00 à 19h00, 6h30 à 20h30), il est techniquement impossible de répondre aux exigences du cahier des charges et de satisfaire à l'obligation de résultat sans employer au moins 70 personnes ; qu'en regard au marché, l'information relative aux personnels revêtant le caractère d'un élément essentiel, il appartenait au pouvoir adjudicateur de se montrer particulièrement vigilant sur ce point ; que la société ESI qui, dans son courrier du 1^{er} décembre 2010 indique que sa proposition d'organisation sur les lots 1 et 2 supprimera un effectif de 35 personnes par rapport aux effectifs actuels, a ainsi prévu de disposer de 50 personnes seulement pour répondre aux exigences du cahier des charges, ce qui n'est pas conforme au CCTP ; que le ministre de la défense, qui connaît parfaitement l'effectif théorique de base nécessité par les exigences techniques du marché et les conséquences qu'elles emportent sur la situation des salariés à employer, effectif au demeurant parfaitement appréhendé par la société attributaire qui rappelle dans ses écritures que le CCTP impose en la matière « un juste dimensionnement humain et technique nécessaire » au « parfait achèvement » des prestations et confirme que « l'aspect financier est étroitement lié aux autres aspects et notamment aux moyens humains et aux conditions de travail », ne peut utilement soutenir que « rien dans son rapport n'indique que la société attributaire ne serait pas en mesure d'exécuter le marché dans des conditions normales » ; que le ministère de la défense, qui n'a pas rejeté les offres de la société ESI, lesquelles n'étaient pas conformes au cahier des charges, a manqué à ses obligations de mise en concurrence et a porté atteinte au principe d'égalité de traitement des candidats ; que l'offre de la société ESI n'était pas seulement anormalement basse au regard de sa comparaison avec l'ensemble des six autres offres déposées, mais qu'elle l'était également et nécessairement eu égard à sa composition technique ; qu'en se bornant à utiliser les données chiffrées relatives à l'obligation conventionnelle de reprendre au moins 85% des effectifs en place, en tenant compte, conformément aux prescriptions de l'article 6 du CCTP, de leur ancienneté et de leur coefficient et en procédant au calcul le plus défavorable, à savoir la reprise de 85% du personnel le moins coûteux, le montant des coûts de la seule masse salariale est supérieur à 2 millions d'euros pour l'ensemble des lots 1 et 2 ; que, dans ces conditions, l'offre de la société ESI, laquelle reconnaît dans ses écritures que l'aspect financier du marché est étroitement lié aux autres aspects et notamment aux moyens humains mis en œuvre et aux conditions de travail, qui s'élève à 1 830 000 euros pour les deux lots est nécessairement anormalement basse ;

- que le ministère, qui considère que la société CAVE CANEM SURVEILLANCE SECURITE n'est pas recevable à contester la durée de 66 mois du marché, laquelle serait justifiée « par la situation spécifique de l'emprise de Bagneux dont tous les services ont vocation à rejoindre le « Grand Balard » à l'horizon 2016 et par la nécessité d'assurer la continuité des missions », dans la mesure où elle ne démontre pas avoir été lésée, ne se réclame pas même des dispositions de l'article 77 du code des marchés publics, qui prévoient que dans des cas exceptionnels justifiés par l'objet du marché ou par le fait que leur exécution nécessite des investissements amortissables sur une durée supérieure à quatre ans, pour justifier de la durée supérieure au maximum réglementaire du marché litigieux ; que ce marché est intrinsèquement illégal en ce qu'il viole les dispositions de l'article 77 du code des marchés publics, le ministère se bornant à se prévaloir pour justifier de la durée du marché d'une « facilité » lui permettant d'éviter de passer un nouvel appel public à la concurrence pour un marché qui aurait une durée de 18 mois ;

Vu la décision en date du 1^{er} novembre 2010 par laquelle le président du tribunal a désigné Mme Tastet-Susbielle comme juge des référés ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu le code des marchés publics ;

Vu le code de justice administrative ;

Les parties ayant été régulièrement convoquées à l'audience ;

Après avoir présenté son rapport et entendu au cours de l'audience publique qui s'est tenue le 8 décembre 2010 à 14h30 :

- les observations de Me Le Miere pour la société CAVE CANEM SURVEILLANCE SECURITE, qui prend acte de ce que la société ESI annule sa renonciation au marché, rendant les conclusions à fin de non lieu sans objet, et conclut aux mêmes fins que la requête par les mêmes moyens ;
- les observations de Mlle Faucher et M. Borg pour le ministre d'Etat, ministre de la défense et des anciens combattants, qui conclut comme précédemment ;

Après avoir reporté à l'issue de l'audience la clôture de l'instruction au 9 décembre à 12h, puis rouvert l'instruction et différé la clôture au 13 décembre à 12h ;

Vu le mémoire, présenté le 9 décembre 2010 pour la société CAVE CANEM SURVEILLANCE SECURITE, qui soutient :

Sur les prescriptions du CCTP :

- qu'en exigeant à l'article 6 du CCTP que les prestations demandées au cahier des charges soient réalisées par des agents répondant a minima aux classements N4-E1, N3-E3 de la convention collective nationale des entreprises de sécurité, laquelle en ses annexes arrête notamment une grille de salaire tenant compte du niveau de catégorie professionnelle et de l'échelon correspondant à un coefficient déterminé, le ministère de la défense impose que les agents affectés à l'exécution du marché répondent aux coefficients spécifiques suivants de la convention collective : la catégorie I agent d'exploitation de niveau IV (N4) d'échelon 1 (E1) renvoyant au coefficient 160 et la catégorie I agent d'exploitation de niveau III (N3) d'échelon 3 (E3) renvoyant au coefficient 150 ; qu'il fixe également, les niveaux de salaires que les candidats doivent respecter lesquels, par suite, compte tenu des précisions apportées par le CCTP sur les qualifications des agents et leurs niveaux de classification ainsi que sur les postes à occuper avec les amplitudes de travail correspondant, ne disposent, au regard des coûts induits et en dehors de toute détermination de marge commerciale, que d'une faible marge de manœuvre pour l'élaboration de leur offre ; que si la société CAVE CANEM SURVEILLANCE SECURITE, qui n'a pas été contredite sur ce point, s'est, pour sa part, conformée aux exigences du CCTP, tel n'est pas le cas des autres candidats ; que la société SNGST a confirmé à l'audience avoir bâti son offre en s'appuyant sur l'emploi de personnels recrutés à des échelons et niveaux de qualification inférieurs à ceux requis par le CCTP ; que, pour sa part, la société ESI a précisé s'être strictement conformée à la seule convention collective précitée et non au cahier des charges ; que le ministère de la défense, qui n'a pas contredit ces affirmations a expressément confirmé que les prestations devaient être exécutées par des agents répondant aux classifications visées par le CCTP ; que, dès lors, les sociétés candidates ayant élaboré et remis des offres ne

respectant pas ces classifications ne se sont pas conformées au cahier des charges et auraient dû, pour ce motif, voir leur offre écartée, à plus forte raison dans la mesure où cette non-conformité permettait aux entreprises concernées, comme cela résulte des déclarations faites à l'audience par la société SNGST, de baisser le prix de leur offre ;

Sur la violation des obligations de mise en concurrence et de l'égalité des candidats en cours de procédure :

- que la société SNGST a précisé à l'audience, sans être démentie par le ministère, avoir interrogé le pouvoir adjudicateur, en cours de procédure, sur l'application de l'article 6 du CCTP et avoir obtenu la réponse suivant laquelle elle n'était pas tenue de respecter les indications du cahier des charges et pouvait donc adapter son offre sans respecter les contraintes du niveau de classification (catégorie/échelon), imposées par le CCTP ; que le ministère de la défense, qui n'a pas informé la société requérante, pas plus que l'ensemble des autres candidats de cette possibilité et de cette modification substantielle des règles de la consultation, a méconnu ses obligations de publicité et de mise en concurrence ;

Sur l'objection relative aux offres anormalement hautes :

- que la société CAVE CANEM SURVEILLANCE SECURITE, qui a respecté le cahier des charges, ne peut se voir reprocher d'avoir présenté des offres « anormalement hautes », dès lors que cette allégation, outre qu'elle est dépourvue de sens puisqu'elle assure à son auteur d'être exclu de la consultation, n'est ni établie ni fondée, la détermination des prix de l'offre de la société requérante résultant de son respect des prescriptions substantielles du CCTP, à la différence des offres de la société attributaire ;

Sur l'instruction :

- qu'en l'absence de communication par le ministère d'éléments relatifs à l'analyse des offres, les parties et le présent tribunal ne peuvent procéder à la vérification de certaines allégations ; qu'il n'est ainsi pas possible d'appréhender la comparaison des offres d'un point de vue technique, autrement que par les déclarations faites à l'audience, dont il semble résulter que, les candidats ayant tous obtenu des notes entre 35/40 et 40/40, ce critère ait été neutralisé et que seul ait pu jouer le critère prix ;

Vu le mémoire, présenté le 9 décembre 2010 par le ministre d'Etat, ministre de la défense et des anciens combattants, qui soutient en outre :

Sur la communication du rapport de présentation :

- que la communication de ce rapport, contraire à différents avis émis par la commission d'accès aux documents administratifs, et révélatrice, dans la présente procédure, de la bonne foi du ministère, offre une lisibilité très claire des notes respectives attribuées à chacun des candidats pour les différents critères ; qu'il décrit pour chaque lot le détail des sous-critères relatifs au prix forfaitaire trimestriel des prestations noté sur 55 points, de même que le sous-critère du prix unitaire

des prestations exceptionnelles noté sur 5 points ; qu'il présente également, pour chaque lot, l'écart moyen entre la société ESI et la moyenne du groupe sur la prestation forfaitaire trimestrielle (17,56% pour le lot 1 et 21,55% pour le lot 2) ; que, s'agissant de l'analyse technique, une synthèse récapitule pour chacun des deux lots les points obtenus par chaque candidat au titre des six sous-critères ;

A titre principal, sur l'intérêt à agir de la société CAVE CANEM SURVEILLANCE SECURITE :

- que la société requérante, qui soutient que le manquement du pouvoir adjudicateur « intrinsèquement illégal », la dispense de démontrer qu'elle a été lésée ou est susceptible de l'être, est, dès lors, dépourvue d'intérêt à agir ;

A titre subsidiaire :

Sur l'intérêt général qui résulterait de l'annulation de la procédure attaquée :

- qu'il relève de l'office du tribunal, saisi par voie de référé précontractuel, de mettre en balance l'ensemble des intérêts susceptibles d'être lésés et de rejeter, en conséquence, toute requête tendant à l'annulation d'une procédure dont la suppression porterait une atteinte trop importante à l'intérêt public ; qu'en l'espèce, les conséquences que pourraient avoir l'annulation pure et simple des marchés de gardiennage permettant la surveillance des sites du ministère de la défense ont été rappelées à l'audience ;

Sur la reprise de procédure au stade de l'examen des offres :

- que dans l'hypothèse où la procédure serait annulée, le ministère de la défense, qui se retrouverait dans l'obligation de prolonger les marchés actuels de gardiennage avec tous les inconvénients que cela implique au regard de la situation des personnels en place sur ces sites, sollicite du présent tribunal qu'il ordonne la reprise de la procédure d'examen des lots n°1 et n°2 au stade de l'examen des offres, afin de permettre au pouvoir adjudicateur de mettre en œuvre, le cas échéant, pour les sociétés concernées, la procédure de l'article 55 du code des marchés publics ;

Vu le mémoire, présenté le 9 décembre 2010 pour la société CAVE CANEM SURVEILLANCE SECURITE, qui soutient en outre :

Sur le plan technique :

- qu'en premier lieu, il ne ressort pas du rapport de présentation communiqué par le ministère que le pouvoir adjudicateur ait vérifié la conformité des offres des candidats en ce qui concerne les effectifs et la classification des agents proposés au regard des exigences spécifiques du cahier des charges, alors même que les écritures de la société ESI laissent entendre, sans que le ministère ne vienne les contredire, que l'offre de la société ESI était conforme à la seule convention collective mais non au CCTP ; que l'offre de la société CAVE CANEM SURVEILLANCE SECURITE étant, sur ce point, avec celle d'une autre société non identifiée, la meilleure, l'exclusion de la société ESI pour non-conformité de son offre aurait, en dépit des affirmations contraires du ministère qui soutient qu'elle aurait eu pour seul effet de « remonter » le classement de chaque candidat,

bouleversé l'intégralité du classement ; que, dès lors que l'appréciation du critère financier repose sur une formule mathématique dont le dénominateur commun est le prix le plus bas, l'exclusion pour non-conformité de l'offre d'ESI ainsi que de toute offre non-conforme au marché a pour effet automatique de hausser ou « relever » ce dénominateur commun ; qu'il s'ensuit que par l'effet du mécanisme de pondération des critères (financier 60 / technique 40) l'exclusion d'une offre non-conforme emporte une recomposition totale du classement des offres ;

- qu'en outre, le ministère de la défense qui, pour le lot n°1, mentionne des nombres de points attribués aux différentes sociétés tels que 6,4,8 et 3 points différents des 2, 5, 8 ou 10 points pouvant être attribués au regard des prescriptions du marché, n'a pas respecté son propre système de notation et entaché la procédure suivie d'illégalité ; qu'il en va de même pour le lot n°2 dont le bilan dressé dans le rapport mentionne des nombres de points non prévus tels que 6,4,8,3 et 1,6 points ;

Sur le plan financier :

- qu'il résulte du rapport de présentation que l'offre de la société ESI présente sur le lot n°1 un écart très important de 17,56% par rapport à la moyenne des offres de tous les candidats sur la seule partie forfaitaire, ce qui constitue un écart substantiel pour un marché dont les caractéristiques ont été très précisément fixées par le ministère ; que cette seule circonstance implique, dans les circonstances de l'espèce et au vu des prescriptions du marché, le déclenchement de la procédure de l'article 55 du code des marchés publics ; que le ministère de la défense aurait dû, compte tenu de l'écart colossal de 34,29% constaté sur les montants moyens des prix BPU, mettre en œuvre la procédure visée par les dispositions précitées du code des marchés publics ; qu'il en est de même sur lot n°2 où l'écart des offres sur la seule partie forfaitaire s'élève à 21,55% et l'écart sur les prix des BPU s'élève à 31,42% ;

Vu, enregistré le 13 décembre 2010, le mémoire présenté pour la société CAVE CANEM SURVEILLANCE SECURITE, qui produit les marchés complémentaires conclus pour une période de quatre mois maximum à compter du 14 décembre 2010 ;

Vu, enregistré le 13 décembre 2010, le mémoire présenté par le ministre de la défense, qui conclut à titre principal au rejet de la requête, à titre subsidiaire à ce que le juge des référés module la sanction en ne prononçant pas l'annulation des marchés, ou en ordonnant la reprise des différentes procédures au stade de l'examen des offres pour éviter toute atteinte à l'intérêt général ;

il soutient en outre :

Sur la vérification de la conformité des effectifs :

- qu'il ressort clairement du règlement de la consultation que, parmi les critères de notation des offres sur le plan technique figure un sous-critère relatif à la gestion des effectifs, lequel a fait l'objet d'une étude détaillée et d'une notation par le pouvoir adjudicateur ;

Sur l'analyse des points attribués au mémoire technique :

- que les sous-critères ayant été notés tous sur 10 points, mais avec une pondération différente, c'est cette pondération qui figure sur le rapport de présentation, ce qui explique le décalage constaté avec la note sur 10 ;

Sur l'analyse financière :

- que, si la société requérante soutient que pour la plupart des lots les écarts sont substantiels, il ressort des tableaux que pour la plupart des lots cet écart est inférieur à 20 %, et que pour les deux lots pour lesquels cet écart est de plus de 30 %, le pouvoir adjudicateur a considéré, au regard de son pouvoir souverain d'appréciation des offres, qu'il n'était ni anormal ni suspect ;

Vu, enregistrée le 13 décembre 2010 à 13h, la note en délibéré présentée pour la société CAVE CANEM SURVEILLANCE SECURITE, qui conclut comme précédemment ;

Elle soutient en outre :

- que l'inégalité de traitement des candidats résultant de ce que certains ont eu des informations n'est pas contestée ;

- qu'il ne ressort pas du rapport de présentation que l'examen du sous-critère « gestion des effectifs » aurait conduit le ministère de la défense à contrôler que les offres des candidats respectaient les exigences des cahiers des clauses techniques particulières quant à la classification des agents chargés de l'exécution des prestations ;

- que ce sont précisément ces non-conformités des offres qui expliquent les écarts importants et substantiels des prix que le ministère persiste à nier, alors qu'il n'a pas contesté qu'il a précisément défini la nature et l'amplitude des missions à accomplir de telle sorte que le volume des prestations était quasi-intégralement pré-déterminé, et que les prestations reposent essentiellement sur des effectifs dont le niveau de qualification requis par lui conditionne directement les coûts ; que les marges de manœuvre des candidats étant faibles (de 1 à 5 ou 6%) et les écarts moyens de prix beaucoup plus élevés (de l'ordre de 13% à 36% pour le marché 2009-052 et de 17% à 34% pour le marché 10-266) le ministère devait rechercher les raisons de ces écarts d'une part en déclenchant la procédure de l'article 55 du code des marchés publics et d'autre part en s'assurant de la conformité des offres ;

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. » ; qu'aux termes de l'article L.551-2 : « 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. » ; qu'aux termes de l'article L. 551-3 : « Le président du tribunal administratif ou son délégué statue en premier et dernier ressort en la forme des référés. » ; qu'aux termes de l'article L. 551-4 : « Le contrat ne peut être signé à compter de la saisine du tribunal administratif et jusqu'à la notification au pouvoir adjudicateur de la décision juridictionnelle. » ; qu'aux termes de l'article L. 551-10 : « 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 et qui sont susceptibles d'être lésées par le manquement invoqué, ainsi que le représentant de l'État dans le cas où le contrat doit être conclu par une collectivité territoriale ou un établissement public local. (...) » ; qu'aux termes de l'article R. 551-5 du code de justice administrative : « Le président du tribunal administratif ou le magistrat qu'il délègue statue dans un délai de vingt jours sur les demandes qui lui sont présentées en vertu des articles L. 551-1 et L. 551-5. Le juge ne peut statuer avant le seizième jour à compter de la date d'envoi de la décision d'attribution du contrat aux opérateurs économiques ayant présenté une candidature ou une offre. Ce délai est ramené au onzième jour lorsque le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice justifie que la décision d'attribution du contrat a été communiquée par voie électronique à l'ensemble des opérateurs économiques intéressés. Dans le cas des demandes présentées avant la conclusion de contrats mentionnés au premier alinéa de l'article L. 551-15, le juge ne peut statuer avant le onzième jour à compter de la publication de l'intention de conclure le contrat. » ; qu'en vertu de ces dispositions, 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 ; qu'il appartient dès lors au juge des référés précontractuels 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 l'avoir lésée ou risquent de la léser, fût-ce de façon indirecte en avantageant une entreprise concurrente ;

Considérant que, par un avis d'appel public à la concurrence publié au Bulletin officiel des annonces des marchés publics le 17 juin 2010 et mis en ligne sur la place de marché interministérielle le 25 juin 2010, le ministère de la défense a lancé une procédure adaptée selon l'article 30 du code des marchés publics, en vue de la passation d'un marché à bons de commande en application de l'article 77 du même code, ayant pour objet la réalisation de « prestations de filtrage, de surveillance et de gardiennage des sites d'Arcueil, Bagneux et Saclay soutenus par le SPAC (Service parisien de soutien de l'administration centrale) » ; que ce marché était composé de deux lots, l'un comprenant des prestations pour les sites d'Arcueil et de Bagneux (lot 1), l'autre concernant uniquement le site de Saclay (lot 2) ; que la date limite de réception des candidatures a été fixée au 6 juillet 2010 ; que la date limite de réception des offres était fixée au 31 août 2010 ; que sept sociétés, dont la société requérante, ont remis une offre dans le délai imparti ; que, par courrier en date du 10 novembre 2010, le pouvoir adjudicateur a informé la société CAVE CANEM SURVEILLANCE SECURITE du rejet de son offre au motif qu'elle n'était pas économiquement et techniquement la plus avantageuse ; que les deux lots du marché ont été attribués à la société Europe Sécurité Industrie (ESI) ; que, par la présente requête, la société CAVE CANEM SURVEILLANCE SECURITE demande l'annulation de la procédure d'attribution du marché ainsi que des décisions s'y rapportant, dont la décision de rejet de son offre, et qu'il soit enjoint au ministère de la défense de reprendre la procédure dans son intégralité ;

Sur les conclusions aux fins d'annulation :

Sur le moyen tiré de la durée excessive du marché en ce qui concerne le lot n° 1 :

Considérant qu'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. » ; et qu'aux termes du II du règlement de la consultation : « Pour le lot 1, le marché est forfaitaire à prix trimestriel pour une tranche ferme et trois tranches conditionnelles de douze mois pour les sites d'Arcueil et Bagneux et une tranche

conditionnelle et 18 mois pour le site de Bagneux, à compter des ordres de service prescrivant la date de début d'exécution. » ;

Considérant qu'en raison de la fermeture programmée en 2016 du site de Bagneux, la durée du marché prévue pour cinq ans et demi en ce qui concerne seulement ce site apparaît justifiée au regard des dispositions des articles 77 du code des marchés publics précité et n'est, dès lors, pas susceptible d'avoir porté atteinte aux règles de publicité et de mise en concurrence ; que, par suite, le moyen doit être écarté ;

Sur les moyens tirés de ce que l'offre de la société ESI est anormalement basse et non-conforme, et sans qu'il soit besoin de se prononcer sur les autres moyens :

Considérant, d'une part, qu'aux termes de l'article 1er du code des marchés publics : « (...) II.- Les marchés publics et les accords-cadres soumis au présent code respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures. Ces principes permettent d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics. Ces obligations sont mises en œuvre conformément aux règles fixées par le présent code. (...) » ; d'autre part, qu'aux termes du 1° du I de l'article 35 du code des marchés publics : « (...) Une offre irrégulière est une offre qui, tout en apportant une réponse au besoin du pouvoir adjudicateur, est incomplète ou ne respecte pas les exigences formulées dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation (...) » ; qu'aux termes du III de l'article 53 du même code : « Les offres inappropriées, irrégulières et inacceptables sont éliminées. Les autres offres sont classées par ordre décroissant. L'offre la mieux classée est retenue » ; qu'aux termes de l'article 58 dudit code : « III. - La commission d'appel d'offres ouvre les enveloppes contenant les offres et enregistre le contenu (...) les offres irrégulières ou inacceptables au sens du 1° du I de l'article 35 sont éliminées (...) » ; qu'enfin, aux termes de l'article 55 du même code : « Si une offre paraît anormalement basse, le pouvoir adjudicateur peut la rejeter par décision motivée après avoir demandé par écrit les précisions qu'il juge utiles et vérifié les justifications fournies (...) ; que, s'il n'appartient pas au juge des référés précontractuels, comme le souligne le ministre de la défense, de se prononcer sur l'appréciation portée sur la valeur des offres par l'administration, en l'absence de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation d'un marché public, il résulte des dispositions ci-dessus qu'il lui appartient d'apprécier si le pouvoir adjudicateur a commis une erreur manifeste d'appréciation en qualifiant ou en omettant de qualifier une offre d'anormalement basse ;

Considérant qu'aux termes de l'avis d'appel à la concurrence du marché litigieux les critères d'attribution pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse étaient le critère technique, pondéré à 40% et le critère financier, pondéré à 60% ; qu'en vertu de l'article V du règlement de la consultation, le prix de la prestation était décomposé en « prix forfaitaire trimestriel », pondéré à 55% et « moyenne des prix unitaires des prestations exceptionnelles » pondéré à 5% ; que l'article 2 du cahier des clauses techniques particulières applicable au marché litigieux imposait au prestataire une obligation de résultat « quelles que soient les circonstances » ; que l'article 5 de ce cahier intitulé « Description des prestations », détaillait de manière très précise les missions des agents de surveillance et les prestations à accomplir sur chacun des sites prévus ; que l'article 6 du même document, intitulé « Formations et qualifications » prévoyait que « Conformément à la classification des postes d'emploi de l'annexe II de la convention collective nationale des entreprises de prévention et de sécurité, les prestations demandées au titre du présent CCTP imposent que les agents du titulaire soient classés a minima selon les « niveaux-échelons »

figurant au tableau ci-dessous : » ; que ledit tableau imposait pour le personnel ADS bilingue de la catégorie I-Agent d'exploitation le niveau d'échelon N4-E1 et pour le personnel ADS de la catégorie I-Agent d'exploitation le niveau N3-E3 ; que l'accord du 9 octobre 2008 produit par la société CAVE CANEM SURVEILLANCE SECURITE fait apparaître que la convention collective classe la catégorie I Agent d'exploitation de niveau IV (N4) d'échelon 1 (E1) au coefficient 160 et la catégorie I Agent d'exploitation de niveau III (N3) d'échelon 3 (E3) au coefficient 150 ;

Considérant que la société CAVE CANEM SURVEILLANCE SECURITE fait valoir que, compte tenu des exigences très précises du cahier des clauses techniques particulières en matière de volume et de nature des prestations, ainsi que des qualifications spécifiques requises des personnels chargés de leur exécution, les candidats avaient peu de marge de manœuvre sur la mobilisation des effectifs et sur le coût de la masse salariale, d'autant que la convention collective de la profession oblige le titulaire à reprendre 85% des effectifs précédemment affectés au marché ; qu'elle soutient que, dans ces conditions, les écarts moyens de prix constatés de 17% à 34% entre l'offre de la société attributaire et les autres offres pour les deux lots révélaient des offres anormalement basses et justifiaient la mise en œuvre de la procédure visée par l'article 55 du code des marchés publics ;

Considérant que, dans son mémoire, la société ESI soutient que l'offre de la société requérante est anormalement élevée notamment en termes de qualification du personnel ; qu'elle fait valoir qu'elle a respecté dans son offre l'accord de branche relatif aux qualifications professionnelles et aux salaires de la convention collective nationale des entreprises de prévention et de sécurité ; que la société CAVE CANEM SURVEILLANCE SECURITE soutient, sans être contredite, que les qualifications et les salaires prévus par ladite convention collective sont inférieurs aux exigences imposées par les documents de la consultation ; que, par suite, la société ESI doit être regardée comme ayant présenté une offre qui ne respectait pas les prescriptions de l'article 6 du cahier des clauses techniques particulières en matière de qualification et de niveau de rémunération du personnel ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède, que, d'une part, en ne mettant pas en œuvre la procédure de vérification contradictoire de l'article 55 précité du code des marchés publics, afin de demander des justifications sur les prix de l'offre de la société ESI, lesquels, compte tenu des contraintes du cahier des charges, présentaient un caractère anormalement bas, le ministre de la défense et des anciens combattants a porté atteinte aux principes de transparence des procédures et d'égalité de traitement des candidats ; que, d'autre part, en ne procédant pas à la vérification de la conformité des offres aux documents de la consultation, et notamment à la qualification des personnels exigée par l'article 6 du cahier des clauses techniques particulières, laquelle est distincte du jugement des offres et doit intervenir avant la mise en œuvre des critères d'appréciation, ainsi que le précisent les articles 35, 53 et 58 précités du code des marchés publics, le pouvoir adjudicateur a méconnu ses obligations de mise en concurrence et d'égalité d'accès aux marchés publics ;

Considérant, par ailleurs, que, eu égard à la portée des manquements constatés et au stade de la procédure auquel ils se rapportent, ceux-ci, qui ont favorisé l'offre de la société ESI, doivent être regardés comme ayant indirectement lésé, au sens des dispositions de l'article L. 551-10 précité du code de justice administrative, les autres candidats au marché, dont la société CAVE CANEM SURVEILLANCE SECURITE ;

Considérant que, si le ministre fait valoir qu'une annulation entraînerait des conséquences graves pour la sécurité des sites concernés, dont les marchés expirent en décembre 2010, il résulte de l'instruction que, dans l'attente de l'issue de la présente procédure, le pouvoir adjudicateur a passé des marchés complémentaires de quelques mois avec les sociétés sortantes ; que, par suite et dans les

circonstances de l'espèce, il n'est pas établi que l'intérêt public fasse obstacle aux mesures prévues par l'article L. 551-2 du code de justice administrative dans sa version applicable au litige ; qu'ainsi il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de prononcer l'annulation de la procédure de passation du marché à compter du stade de l'examen des offres ;

Sur les conclusions aux fins d'injonction :

Considérant que la présente décision implique que, s'il entend poursuivre son projet de passation du marché, le ministre de la défense reprenne la procédure au stade de l'examen des offres ; qu'il y a lieu dès lors, en application des dispositions de l'article L. 911-1 du code de justice administrative, d'enjoindre au ministre de la défense et des anciens combattants de reprendre la procédure de passation du marché au stade de l'examen des offres ;

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

recours prévus aux articles L. 551-1 et L. 551-5 sont celles qui ont un intérêt à conclure le contrat et anciens combattants une somme de 1000 euros en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ; que, d'autre part, les dispositions susvisées font obstacle à ce qu'il soit fait droit aux conclusions de la société Europe Sécurité Incendie tendant à l'application des mêmes dispositions ;

ORDONNE :

Article 1er : La passation du marché ayant pour objet l'attribution du marché de « prestations de filtrage, de surveillance et de gardiennage des sites d'Arcueil, Bagneux et Saclay soutenus par le Service parisien de soutien de l'administration centrale (SPAC) » est annulée à compter du stade de l'examen des offres.

Article 2 : Il est enjoint au ministre de la défense et des anciens combattants, s'il entend poursuivre la passation du marché litigieux, de reprendre la procédure à compter du stade de l'examen des offres.

Article 3 : Le ministre de la défense et des anciens combattants versera à la société CAVE CANEM SURVEILLANCE SECURITE une somme de 1000 euros en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 4 : Le surplus des conclusions de la requête est rejeté.

Article 5 : Les conclusions de la société Europe Sécurité Industrie tendant à l'application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 6 : La présente ordonnance sera notifiée à la société CAVE CANEM SURVEILLANCE SECURITE, au ministre d'Etat, ministre de la défense et des anciens combattants et à la société Europe Sécurité Industrie.

Fait à Paris, le 16 décembre 2010.

Le juge des référés,

F. TASTET SUSBIELLE

Le greffier,

L. THOMAS

La République mande et ordonne au ministre d'Etat, ministre de la défense et des anciens combattants 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.