

TRIBUNAL ADMINISTRATIF  
DE CERGY-PONTOISE

N°1301705

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

Société CASSIDIAN SAS

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

M. Bréchet  
Magistrat délégué

Le juge des référés

Ordonnance du 2 avril 2013

COPIE

Code PCJA : 39-08-015-01

Code de publication : C

Vu l'ordonnance du 26 mars 2013 par laquelle le juge des référés a, avant dire droit sur les conclusions de la requête de la société CASSIDIAN SAS tendant à l'annulation de la procédure de passation du marché de réalisation et de soutien du système d'information du combat Scorpion (SICS) lancée par la délégation générale de l'armement du ministère de la défense et publiée au Bulletin officiel des annonces de marché public du 12 août 2011, ordonné un supplément d'instruction tendant à la production par le ministre de la défense, avant le 27 mars 2013 à 16 heures, d'une part, du référentiel d'analyse des risques établi *ex ante* par la direction générale de l'armement pour l'évaluation des offres des candidats dans le cadre de la passation du marché litigieux, dans sa version non renseignée, et, d'autre part, des notes obtenues par les autres candidats ayant déposé une offre au titre du critère « Analyse des risques techniques » et du sous-critère « Note sur le CCTP » ;

Vu (10) le nouveau mémoire en défense, enregistré le 27 mars 2013, présenté par le ministre de la défense, qui conclut aux mêmes fins que ses précédentes écritures par les mêmes moyens ;

Vu (11) le nouveau mémoire en défense, enregistré le 29 mars 2013 à 9 heures 43, présenté pour la société Bull SAS, qui conclut aux mêmes fins que ses précédentes écritures par les mêmes moyens ;

Vu (12) le nouveau mémoire en réplique, enregistré le 29 mars 2013 à 10 heures 23, présenté pour la société CASSIDIAN SAS, qui conclut aux mêmes fins que ses précédentes écritures par les mêmes moyens ;

Vu (13) le nouveau mémoire en défense, enregistré le 29 mars 2013 à 14 heures 39, présenté par le ministre de la défense postérieurement à la clôture de l'instruction fixée au 29 mars 2013 à 11 heures ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Sur les conclusions tendant à l'annulation partielle ou totale de la procédure :

1. Considérant qu'en vertu des dispositions précitées de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, les personnes habilitées à agir pour mettre fin aux manquements du pouvoir adjudicateur à ses obligations de publicité et de mise en concurrence sont celles susceptibles d'être lésées par de tels manquements ; 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 ;

2. Considérant que la société CASSIDIAN SAS soutient que le pouvoir adjudicateur a neutralisé le critère « Analyse des risques techniques » et le sous-critère « Note sur le CCTP » et qu'il a mis en œuvre un sous-critère occulte et différent de ceux portés à la connaissance des candidats ; que, contrairement à ce que soutient la société Bull SAS en défense, la circonstance que la société requérante a obtenu la note maximale sur le critère et le sous-critère dont elle allègue qu'ils auraient été neutralisés ou qu'il leur aurait été substitué un sous-critère occulte n'implique pas nécessairement que les manquements dont elle se prévaut, eu égard à leur portée et au stade de la procédure auquel ils se rapportent, ne sont pas susceptibles de l'avoir lésée ni ne risquaient de la léser ; qu'en effet, si de tels manquements étaient constitués, ils seraient susceptibles de la léser ou de risquer de la léser de façon indirecte en avantageant une entreprise concurrente qui aurait obtenu, comme en l'espèce la société Bull SAS, une note égale ou supérieure à la sienne en raison de ces manquements ;

*En ce qui concerne le moyen tiré de la neutralisation des critères de sélection des offres :*

3. Considérant qu'en vertu de l'article 10 du règlement de la consultation du marché litigieux, les offres des candidats devaient être évaluées selon quatre critères, « le prix » pondéré à 35 %, « les délais » pondéré à 10 %, « l'analyse des risques techniques » pondéré à 5 % et « la valeur technique » pondéré à 50 % ; qu'il ressort de l'annexe 2 de ce règlement, relative aux modalités de notation, que ce dernier critère relatif à la valeur technique des offres devait être apprécié au regard de deux sous-critères, la « valeur technique sur les STB » sur 35 points et la « valeur technique sur le CCTP » pour 15 points ;

4. Considérant que la circonstance que plusieurs candidats ont obtenu une note identique à un critère de sélection des offres n'implique pas, par elle-même, que ledit critère a été neutralisé par le pouvoir adjudicateur ; que des candidats ayant déposé des offres différentes peuvent, en application des documents de la consultation, se voir attribuer une note identique et notamment la note maximale dès lors que ces offres, bien que différentes, répondent de façon équivalente aux attentes du pouvoir adjudicateur ;

S'agissant du critère « analyse des risques techniques » :

5. Considérant qu'il résulte de l'instruction que le pouvoir adjudicateur, en application de l'annexe 2 du règlement de la consultation du marché litigieux, a noté le critère « analyse des risques techniques », pondéré à 5 %, en attribuant des notes de 0, 1, 2, 3 ou 5 en fonction du

degré d'exhaustivité de l'identification des risques et du degré de complétude et de justification de la caractérisation des risques ; que la société requérante et la société attributaire ont obtenu la note maximale de 5 ; que la société CASSIDIAN SAS soutient que, de ce fait, le pouvoir adjudicateur a neutralisé ce critère de sélection des offres en le vidant de son effet discriminant ;

6. Considérant, toutefois, que la procédure de passation litigieuse était une procédure négociée ; qu'en vertu de l'article 12 du règlement de la consultation, la négociation, qui s'est déroulée en plusieurs phases, a porté sur les points faibles des offres des candidats ; que, dès lors, plusieurs candidats admis à la négociation ont pu, au terme de celle-ci, déposer une « meilleure et dernière offre » qui répondait pleinement aux attentes du pouvoir adjudicateur sur certains critères de sélection des offres ; qu'il s'ensuit que, contrairement à ce que soutient la société CASSIDIAN SAS, il n'était pas impossible que deux candidats aient pu fournir une analyse équivalente des risques techniques, avec la même exhaustivité et le même degré de caractérisation et de justification de ces risques, dont le nombre et la nature pouvaient varier en fonction des solutions techniques propres à chaque offre, tout en répondant de façon également satisfaisante aux attentes du pouvoir adjudicateur ; qu'il ne résulte pas de l'instruction que la délégation générale de l'armement ait renoncé à noter ce critère – comme l'atteste, au demeurant, le fait qu'un des candidats admis à déposer une offre a obtenu une note de 2 sur 5 sur ce critère ; qu'enfin, le pouvoir adjudicateur ayant apprécié les offres sur ce critère, il n'a commis aucune incompétence négative – à supposer qu'un tel manquement soit constitutif d'un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence ;

S'agissant du sous-critère « Note sur le CCTP » :

7. Considérant qu'en vertu de l'article 4.2. de l'annexe 2 au règlement de la consultation, la notation de ce sous-critère était attribuée en fonction des réponses apportées par les candidats aux prestations demandées dans le cahier des clauses techniques particulières (CCTP) du marché ; que les candidats dont l'offre répondait à l'ensemble des postes et des prestations sur catalogue définies au CCTP recevaient une note individuelle différente selon la nature de la prestation, à savoir une note d'engagement lorsque seul l'engagement de réalisation était demandé au candidat, une note d'engagement justifié lorsque, outre l'engagement de réalisation, il était demandé au candidat de justifier cet engagement, ou une note de pertinence lorsqu'il était demandé au candidat de proposer une prestation répondant aux attentes de l'administration ;

8. Considérant, en l'espèce, que la société CASSIDIAN SAS et la société Bull ont obtenu la même note maximale de 15 sur ce sous-critère ; que, contrairement à ce que soutient la société requérante, il ne résulte pas de l'instruction qu'il était impossible qu'au moins deux candidats aient pu obtenir des notes identiques sur l'ensemble des éléments qui devaient être appréciés pour l'élaboration de la note de ce sous-critère ; qu'en effet, comme le fait valoir le ministre de la défense, plusieurs candidats pouvaient, pour certains éléments, proposer des mécanismes différents qui répondaient chacun aux attentes du pouvoir adjudicateur dès lors que ce dernier avait pris soin de n'imposer aucun processus technique unique pour favoriser la concurrence ; qu'en outre, les points faibles des candidats ont pu être corrigés au terme de la procédure de négociation, conduisant à ce que plusieurs des « meilleures et dernières offres » déposées satisfassent pleinement les attentes du pouvoir adjudicateur sur certains critères et sous-critères, dont celui relatif à la « Note sur le CCTP » ; que, dès lors, la société CASSIDIAN SAS n'est pas fondée à soutenir que le pouvoir adjudicateur n'a pas noté ce sous-critère conformément aux indications annoncées dans le règlement de la consultation ni qu'il a neutralisé ce sous-critère ou, en tout état de cause, refusé d'exercer sa compétence d'appréciation des qualités respectives des offres ;

*En ce qui concerne les autres moyens :*

9. Considérant, en premier lieu, que si la société CASSIDIAN SAS soutient que la société Bull ne pouvait pas obtenir une note supérieure à 1 sur le critère « analyse des risques techniques », il n'appartient pas au juge des référés précontractuels d'apprécier les mérites relatifs des offres en présence ;

10. Considérant, en second lieu, qu'il résulte de l'instruction que le pouvoir adjudicateur n'a pas dénaturé le « sous-critère » de l'exhaustivité de l'identification des risques techniques énoncé par le règlement de la consultation en lui substituant un autre sous-critère occulte et différent portant sur la convenance au référentiel établi *ex ante* par l'administration pour apprécier le critère d'« Analyse des risques techniques » ; qu'en effet, ce référentiel, qui ne correspondait pas à une modalité de mise en œuvre du critère mais à une aide à l'évaluation de ce dernier, n'avait pas à être porté à la connaissance des candidats afin de leur permettre de préparer leur offre dans le respect des principes de transparence des procédures et d'égalité de traitement des candidats ; que, contrairement à ce que soutient la société CASSIDIAN SAS, ce référentiel n'était pas constitutif d'une méthode inadaptée de notation des offres ; qu'il visait, comme le fait valoir le ministre de la défense, à classer dans des catégories prédéfinies les risques techniques relevés par chaque candidat afin d'en réaliser l'analyse et, ensuite, l'appréciation de l'exhaustivité de l'identification des risques ; que cette exhaustivité n'a donc pas été appréciée au regard de la convenance des offres aux catégories du référentiel mais au regard des choix techniques opérés par chaque candidat, qui impliquaient des risques techniques potentiellement différents et d'un nombre variable ; que, par ailleurs, ce référentiel établi par le pouvoir adjudicateur n'avait pas à être conforme à la recommandation générale pour la spécification de management de programme RG. Aéro 00040 ni à la recommandation générale pour la mise en œuvre du management des risques RG. Aéro 00039 ; qu'en tout état de cause, la société CASSIDIAN SAS n'établit pas que ledit référentiel n'était pas conforme à ces normes ; qu'enfin, et comme il a été dit précédemment, l'utilisation de ce référentiel n'a pas eu pour effet de neutraliser le critère d'« Analyse des risques techniques » dès lors que les offres ont été appréciées par le pouvoir adjudicateur au titre de ce critère en tenant compte de leurs spécificités ;

11. Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que le pouvoir adjudicateur n'a commis aucun manquement à ses obligations de publicité ou de mise en concurrence ; que, dès lors, les conclusions de la société CASSIDIAN SAS tendant à l'annulation de la procédure de passation litigieuse doivent être rejetées ;

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

12. Considérant qu'aux termes de l'article L. 761-1 du code de justice administrative : *« Dans toutes les instances, le juge condamne la partie tenue aux dépens ou, à défaut, la partie perdante, à payer à l'autre partie la somme qu'il détermine, au titre des frais exposés et non compris dans les dépens. Le juge tient compte de l'équité ou de la situation économique de la partie condamnée. Il peut, même d'office, pour des raisons tirées des mêmes considérations, dire qu'il n'y a pas lieu à cette condamnation »* ;

13. Considérant qu'il résulte de ces dispositions que, si une personne publique qui n'a pas eu recours au ministère d'avocat peut néanmoins demander au juge l'application de cet article au titre des frais spécifiques exposés par elle à l'occasion de l'instance, elle ne saurait se

borner à faire état d'un surcroît de travail de ses services et doit faire état précisément des frais qu'elle aurait exposés pour défendre à l'instance ; qu'en l'espèce, compte tenu de la complexité propre au présent litige et de l'urgence dans laquelle l'État a dû défendre à l'instance, ainsi que des frais qu'il soutient avoir exposés à cette fin, il y a lieu de mettre à la charge de la société CASSIDIAN SAS, partie perdante, le versement à l'État de la somme de 1 500 euros au titre des frais exposés par lui et non compris dans les dépens ;

14. Considérant qu'il y a également lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de la société CASSIDIAN SAS le versement à la société Bull SAS de la somme de 3 000 euros au titre des frais exposés par elle et non compris dans les dépens ;

15. Considérant, en revanche, que les dispositions précitées font obstacle à ce que soit mis à la charge de l'État, qui n'est pas la partie perdante dans la présente instance, le versement d'une somme au titre des frais exposés par la société CASSIDIAN SAS et non compris dans les dépens ; que la société CASSIDIAN SAS, partie perdante, n'est en outre pas fondée à demander que la contribution pour l'aide juridique qu'elle a versée soit mise à la charge de l'État ;

## ORDONNE :

Article 1<sup>er</sup> : Le surplus des conclusions de la requête de la société CASSIDIAN SAS est rejeté.

Article 2 : La société CASSIDIAN SAS versera à l'État (ministre de la défense) la somme de 1 500 euros (mille cinq cents euros) et à la société Bull SAS la somme de 3 000 euros (trois mille euros) en application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : Le surplus des conclusions des parties est rejeté.

Article 4 : La présente ordonnance sera notifiée à la société CASSIDIAN SAS, au ministre de la défense et à la société Bull SAS.

Prononcée à Cergy-Pontoise le 2 avril 2013.

Le juge des référés,

Le greffier,

Signé

Signé

F.-X. BRÉCHOT

M.-L. LE GALL

*La République mande et ordonne au ministre de la défense en ce qui le concerne et 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.*