

N° 1806065

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

Société SEAOWL FRANCE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Mme Plumerault
Juge des référés

Le juge des référés,

Ordonnance du 16 janvier 2019

39-08-015-01

C

Vu la procédure suivante :

Par une requête et un mémoire enregistrés le 14 décembre 2018 et le 8 janvier 2019, la société Seaowl France, représentée par Me Grange, demande au juge des référés :

1°) d'ordonner à la ministre des armées de suspendre l'exécution de toute décision se rapportant à la passation du marché ayant pour objet l'affrètement à temps de deux bâtiments de soutien d'assistance hauturiers (BSAH), et notamment sa signature ;

2°) d'enjoindre à la ministre des armées, si elle entend la poursuivre, de reprendre totalement la procédure de passation du marché en se conformant à ses obligations de publicité et de mise en concurrence ;

3°) de mettre à la charge de l'État la somme de 2 500 euros sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ainsi que les entiers dépens.

Elle soutient que :

- la candidature de la société attributaire est irrégulière : la ministre des armées s'est abstenue de vérifier la capacité économique et financière de cette société qui rencontre de graves problèmes financiers ;

- la méthode de notation du critère de la valeur technique est illégale : elle ne reflète pas la qualité respective des offres et surtout l'écart qu'il peut y avoir entre elles ; elle a été lésée par cette méthode de notation ;

- les critères de sélection des offres et leur pondération sont illégaux : un différentiel de prix infime suffisait, eu égard à la pondération du critère du prix, à permettre de remporter le marché dès lors que l'écart sur le critère de la valeur technique était au maximum de deux points ; les critères de sélection retenus et leur pondération respective ont pour effet de favoriser de manière excessive et disproportionnée le critère du prix au dépend de celui de la valeur technique, en méconnaissance des

principes fondamentaux d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures et elle a été directement lésée par ce manquement ;

- la durée du marché est excessive dans la mesure où il n'existe aucune justification d'ordre technique ou financier pour que le marché puisse être reconductible pendant une durée maximale de dix années et les tranches optionnelles sont insuffisamment détaillées, leur prix et les modalités de leur exécution ne faisant l'objet d'aucune définition dans les documents de la consultation ; la lésion est d'autant plus importante que le critère du prix est presque le seul et unique critère d'attribution du marché ;

- les dispositions du II de l'article 88 du décret du 25 mars 2016 ont été méconnues, le ministère des armées n'ayant pas satisfait à son obligation d'information des candidats évincés sur les caractéristiques et avantages de l'offre retenue, et notamment son prix.

Par un mémoire en défense, enregistré le 4 janvier 2019, la ministre des armées conclut au rejet de la requête et à la condamnation de la société Seaowl France à lui verser la somme de 2 600 euros sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle fait valoir que :

- le moyen tiré de l'irrégularité de la candidature de la société attributaire manque en fait, les renseignements demandés dans le DC2 étant satisfaisants ;

- la méthode de notation du critère de la valeur technique n'est pas illégale : elle a permis d'apprécier la qualité intrinsèque des offres des candidats et l'offre technique de la société attributaire a été jugée très bonne ; les qualités respectives des offres ne s'excluent pas mutuellement ; en tout état de cause, la société requérante n'a pas été lésée par le manquement qu'elle invoque ;

- les critères de sélection et leur pondération ne sont pas illégaux : la méthode de notation du critère prix est classique ; aucun texte ni aucune jurisprudence n'interdit que le poids du critère prix soit supérieur à celui du critère technique, et un rapport 80/20 est courant dans les procédures de passation, la méthode de notation du critère technique permet de refléter les écarts de qualité entre les offres ; la société requérante, invitée à remettre une nouvelle proposition, a remis une offre financière plus chère.

Par un mémoire, enregistré le 7 janvier 2019, la société Bourbon Offshore Surf, représentée par Mes Rostain et Lopin, conclut au rejet de la requête.

Elle fait valoir que sa candidature est régulière : elle ne fait pas partie des filiales de Bourbon Corporation ayant fait l'objet d'une procédure de conciliation et le contexte économique difficile auquel elle est confrontée n'obère en rien sa capacité opérationnelle à satisfaire les missions confiées à certaines unités de sa flotte.

Vu les autres pièces du dossier.

Vu :

- l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics ;
- le décret n° 2016-361 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics de défense ou de sécurité ;
- le code de justice administrative.

Le président du Tribunal a désigné Mme Plumerault, premier conseiller, pour statuer sur les demandes de référé.

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

Ont été entendus au cours de l'audience publique du 9 janvier 2019 :

- le rapport de Mme Plumerault, juge des référés,
- Me Perriez, représentant la société Seaowl France, qui reprend les mêmes termes que les écritures qu'il développe ;
- M. Delbarre, représentant la ministre des armées, qui reprend les mêmes termes que les écritures qu'il développe en soulignant l'absence de lésion de la société requérante du fait de la méthode de notation retenue pour le critère de la valeur technique dès lors que son offre et celle de l'attributaire étaient très proches en qualité techniquement ;
- Me Le Calvez, représentant la société Bourbon Offshore Surf, qui reprend les mêmes termes que les écritures qu'il développe en indiquant que les difficultés financières actuelles auxquelles est confronté le groupe Bourbon sont liées à l'importance des investissements effectués et qu'en tout état de cause, la société attributaire n'a jamais rencontré de difficultés dans l'exécution des marchés publics qui lui ont été attribués.

La clôture de l'instruction a été différée au 11 janvier 2019 à 16 h 00.

Un mémoire a été enregistré le 11 janvier à 15 h 57, présenté pour la ministre des armées, qui conclut aux mêmes fins que précédemment par les mêmes moyens.

Elle fait valoir en outre que :

- les prestations à exécuter pendant les tranches optionnelles sont identiques à celles de la tranche ferme et la durée du marché est compatible avec les dispositions de l'article 13 du décret n° 2016-361 au regard des prestations à réaliser ;
- les dispositions du II de l'article 88 du décret n° 2016-361 du 25 mars 2016 n'ont pas été méconnues : elle a communiqué les caractéristiques et les avantages de l'offre retenue en communiquant les notes attribuées pour chacun des critères et sous-critères ainsi que les classements correspondants et ne peut communiquer le montant global de l'offre, qui serait de nature à nuire à une concurrence loyale entre les deux sociétés en cas de reprise de la procédure notamment ;
- à titre subsidiaire, la suspension de l'exécution de toute décision se rapportant à la passation du contrat aurait des conséquences lourdes au regard du bon fonctionnement de l'action de l'État en mer, celle-ci ne pouvant souffrir d'une rupture de service.

Un mémoire a été enregistré le 11 janvier 2019 à 17 h 21, présenté pour la ministre des armées, qui conclut aux mêmes fins que précédemment par les mêmes moyens.

Par ordonnance du 14 janvier 2019, l'instruction a été rouverte et une nouvelle clôture fixée au 14 janvier 2019 à 16 h 00.

Un mémoire a été enregistré le 14 janvier 2019 à 16 h 00, présenté pour la société Seaowl France, qui conclut aux mêmes fins que précédemment par les mêmes moyens.

Elle fait valoir en outre que la ministre des armées n'invoque aucune circonstance particulière justifiant l'application de l'article L. 551-7 du code de justice administrative.

Une note en délibéré a été enregistrée le 15 janvier 2019, présentée pour la société Bourbon Offshore Surf.

Considérant ce qui suit :

1. Par avis de marché publié au bulletin officiel des annonces des marchés publics le 8 mars 2018 et au Journal officiel de l'Union européenne le 23 mars 2018, le ministère des armées a lancé une consultation en vue de la passation, selon une procédure négociée avec publicité préalable, d'un marché ayant pour objet l'affrètement à temps par la marine nationale de deux bâtiments de soutien d'assistance hauturiers. La société Seaowl France, qui s'est portée candidate, a été informée, par courrier du 5 décembre 2018, que son offre n'avait pas été retenue et de l'attribution du marché à la société Bourbon Offshore Surf. Elle demande d'enjoindre à l'État, sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, de se conformer à ses obligations de publicité et de mise en concurrence et de suspendre l'exécution de l'intégralité des actes se rapportant à la procédure de passation de ce marché.

Sur les conclusions présentées sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative :

Sans qu'il soit besoin de statuer sur les autres moyens de la requête :

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* ». En vertu du I de l'article L. 551-2 du même code : « *Le juge peut ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations et suspendre l'exécution de toute décision qui se rapporte à la passation du contrat, sauf s'il estime, en considération de l'ensemble des intérêts susceptibles d'être lésés et notamment de l'intérêt public, que les conséquences négatives de ces mesures pourraient l'emporter sur leurs avantages. / Il peut, en outre, annuler les décisions qui se rapportent à la passation du contrat et supprimer les clauses ou prescriptions destinées à figurer dans le contrat et qui méconnaissent lesdites obligations/ II.- Toutefois, le I n'est pas applicable aux contrats passés dans les domaines de la défense ou de la sécurité au sens de l'article 6 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics. / Pour ces contrats, il est fait application des articles L. 551-6 et L. 551-7* ». Aux termes de l'article L. 551-6 dudit code : « *Le juge peut ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations en lui fixant un délai à cette fin. Il peut lui enjoindre de suspendre l'exécution de toute décision se rapportant à la passation du contrat ou à la constitution de la société d'économie mixte à opération unique. Il peut, en outre, prononcer une astreinte provisoire courant à l'expiration des délais impartis (...)* » et aux termes de son article L. 551-7 : « *Le juge peut toutefois, en considération de l'ensemble des intérêts susceptibles d'être lésés et notamment de l'intérêt public, écarter les mesures énoncées au premier alinéa de l'article L. 551-6 lorsque leurs conséquences négatives pourraient l'emporter sur leurs avantages.* ». Selon l'article L. 551-10 du même code : « *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 (...)* ».

3. Aux termes de l'article 1^{er} de l'ordonnance n° 2015-899 relative aux marchés publics :

« I. - Les marchés publics soumis à la présente ordonnance 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. / II. - Pour les marchés publics de défense ou de sécurité, les principes énoncés au I ont également pour objectif d'assurer le renforcement de la base industrielle et technologique de défense européenne ». Aux termes de l'article 52 de ladite ordonnance : « 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. / L'attribution sur la base d'un critère unique est possible dans des conditions fixées par voie réglementaire. / 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 ».

4. Le pouvoir adjudicateur définit librement la méthode de notation pour la mise en œuvre de chacun des critères de sélection des offres qu'il a définis et rendus publics. Toutefois, ces méthodes de notation sont entachées d'irrégularité si, en méconnaissance des principes fondamentaux d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, elles sont par elles-mêmes de nature à priver de leur portée les critères de sélection ou à neutraliser leur pondération et sont, de ce fait, susceptibles de conduire, pour la mise en œuvre de chaque critère, à ce que la meilleure note ne soit pas attribuée à la meilleure offre, ou, au regard de l'ensemble des critères pondérés, à ce que l'offre économiquement la plus avantageuse ne soit pas choisie. Il en va ainsi alors même que le pouvoir adjudicateur, qui n'y est pas tenu, aurait rendu publiques, dans l'avis d'appel à concurrence ou les documents de la consultation, de telles méthodes de notation.

5. Il résulte de l'instruction que le pouvoir adjudicateur a indiqué, dans l'annexe 2 du règlement de la consultation du marché litigieux, que le jugement des offres s'effectuait selon deux critères, à savoir le prix des prestations pondéré à 80 % et la « meilleure proposition technique » pondéré à 20 %. Le critère de la proposition technique était lui-même décliné en deux sous-critères, à savoir « les caractéristiques des navires, dont le critère développement durable » pour 10 points et « l'organisation mise en place pour assurer les missions » pour 10 points. Le règlement précisait par ailleurs que, pour chacun de ces sous-critères, le soumissionnaire ayant la meilleure proposition sera classé premier et aura le maximum de points, le deuxième aura une note diminuée de 10 % par rapport au premier, le troisième aura une note diminuée de 20 % par rapport au premier et ainsi de suite et ajoutait que les soumissionnaires pouvaient être jugés ex aequo et avoir un nombre de points identiques correspondant au rang de leur classement et que les notes de chaque sous-critère étaient ensuite additionnées pour attribuer une note totale sur 20. Cette méthode de notation retenue par le ministère des armées conduit à attribuer automatiquement, lorsque que comme en l'espèce seuls deux candidats ont présenté une offre, une note de 10 à l'offre la mieux classée et une note qui ne peut être inférieure à 9 au candidat dont l'offre a été jugée moins bonne techniquement. Elle a ainsi pour effet, du fait de cette échelle d'appréciation restreinte, de priver de l'essentiel de sa portée le critère de la valeur technique en ne permettant pas de refléter les différences qualitatives réelles pouvant exister entre les différentes offres et à fausser la pondération des critères, en neutralisant le critère de la valeur technique pour le candidat le moins bien classé sur ce critère. L'application de cette méthode peut donc aboutir à ce que l'offre retenue ne soit pas celle qui est économiquement la plus avantageuse indépendamment de toute appréciation des mérites des offres. La société Seaowl France est ainsi fondée à soutenir que cette méthode de notation ne peut être regardée comme régulière.

6. Le ministère des armées se prévaut toutefois de ce que ce manquement n'est pas en tout état de cause susceptible d'avoir lésée la société requérante dès lors que si elle a obtenu la note maximale de 10 sur 96 des 97 items composant le critère de la valeur technique, la société attributaire a également obtenu cette note maximale sur 86 items de telle sorte que même en neutralisant les 11 items où cette dernière a obtenu une note de 9, la société Seaowl France ne pouvait devenir attributaire du marché eu égard à l'écart de prix existant entre les deux sociétés. Toutefois, s'il peut être admis s'agissant du sous-critère « organisation » que les deux sociétés, qui ont obtenu toutes les deux la note maximale à l'ensemble des items, ont pu avoir chacune l'ensemble des points à ce sous-critère, soit 10 sur 10, il n'est en revanche pas avéré que la différence de seulement un point au total entre la société requérante et la société attributaire au bénéfice de la première au sous-critère « caractéristiques des navires » reflète, eu égard à la méthode retenue décrite au point précédent, les différences qualitatives réelles entre les deux offres sur les 10 items pour lesquels l'offre de la société Bourbon Offshore Surf a été jugée moins bonne. La méthode de notation retenue ainsi étant de nature à disqualifier l'ensemble des notes inférieures à 10 et alors que seul 1,5 point sépare au total les offres des deux sociétés, le manquement relevé au point 5 a nécessairement été susceptible de léser la société requérante. La société Seaowl France est ainsi fondée à se prévaloir du manquement aux obligations de mise en concurrence relevé au point précédent.

7. Le ministère des armées se prévaut à titre subsidiaire des dispositions de l'article L. 551-7 du code de justice administrative en faisant valoir que l'intérêt public commande de ne pas prendre les mesures énoncées à l'article L. 551-6, dès lors que le bon fonctionnement de l'action de l'État en mer ne saurait souffrir d'une rupture de service. Toutefois, il résulte de l'instruction que le marché en cours ayant pour objet les mêmes prestations, actuellement assuré tant par les sociétés Seaowl France que Bourbon Offshore Surf, doit arriver à échéance le 30 juin 2019, ce qui laisse un délai de plusieurs mois au ministère pour engager une nouvelle procédure et il n'est pas davantage démontré le risque de rupture de service allégué. Dans ces conditions, il n'y a pas lieu de faire application des dispositions précitées de l'article L. 551-7 du code de justice administrative.

8. Il résulte de ce qui précède qu'il y a lieu d'enjoindre à la ministre des armées de suspendre l'exécution de l'ensemble des décisions se rapportant à la procédure de passation du marché en litige, comprenant notamment la décision de rejet de l'offre de la société Seaowl France et la décision d'attribution du marché à la société Bourbon Offshore Surf. Eu égard au manquement constaté, il y a lieu d'enjoindre à la ministre des armées, si elle entend passer un tel marché, de reprendre la procédure dans son intégralité en se conformant à ses obligations de publicité et de mise en concurrence.

Sur les conclusions présentées au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative :

9. En vertu des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative, le tribunal ne peut pas faire bénéficier la partie tenue aux dépens ou la partie perdante du paiement par l'autre partie des frais qu'elle a exposés à l'occasion du litige soumis au juge. Les conclusions présentées à ce titre par l'État doivent, dès lors, être rejetées.

10. Il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de l'État une somme de 1 500 euros au titre des frais exposés par la société Seaowl France et non compris dans les dépens.

ORDONNE :

Article 1^{er} : Il est enjoint à la ministre des armées de suspendre l'exécution de l'ensemble des décisions se rapportant à la procédure de passation du marché ayant pour objet l'affrètement à temps de deux bâtiments de soutien d'assistance hauturiers. Si la ministre des armées entend passer un tel marché, il lui est enjoint de reprendre la procédure de passation dans son intégralité en se conformant à ses obligations de publicité et de mise en concurrence.

Article 2 : L'État versera une somme de 1 500 euros à la société Seaowl France au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : Les conclusions présentées par l'État 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 Seaowl France, à la ministre des armées et à la société Bourbon Offshore Surf.

Fait à Rennes, le 16 janvier 2019.

Le juge des référés,

La greffière d'audience,

signé

signé

F. Plumerault

A. Gauthier

La République mande et ordonne à la ministre des armées en ce qui la 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.