

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE PARIS**

N°1715221/3-5

Société NSE

Mme Janicot
Juge des référés

Ordonnance du 26 octobre 2017

39-08-015-01
C

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Le Tribunal administratif de Paris,

Le juge des référés

Vu la procédure suivante :

Par une requête et cinq mémoires, enregistrés les 3, 17, 23 et 24 octobre 2017, la société NSE, représentée par Me Palmier, demande au juge des référés, sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, dans le dernier état de ses écritures :

1°) de suspendre la décision, par laquelle le ministre des armées a rejeté la candidature de la société NSE ;

2°) d'enjoindre au ministre des armées de se conformer à ses obligations de publicité et de mise en concurrence et de reprendre la procédure au stade de l'avis d'appel public à la concurrence ou au stade de l'analyse des candidatures ;

3°) de mettre à la charge de l'Etat la somme de 6.000 euros en application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

La société requérante soutient que :

- elle abandonne purement et simplement ses conclusions tendant à l'annulation de la décision, par laquelle le ministre des armées a écarté sa candidature ;

- le ministre des armées est tenu de communiquer les motifs détaillés du rejet de la candidature de la société requérante en application de l'article 88-II du décret du 25 mars 2016 ;

- le ministre des armées n'établit pas qu'il aurait vérifié les capacités financières, techniques et professionnelles de la société NSE ainsi que des candidats admis à déposer une offre en méconnaissance de l'article 48-II du décret du 25 mars 2016 ;

- le courrier de rejet de la candidature de la société NSE a entendu appliquer des niveaux minimaux de capacités qui n'ont pas été portés à la connaissance des candidats en violation des principes de transparence et d'égalité de traitement des candidats ; par ailleurs, le ministre de la défense n'indique pas la pondération affectée à chacun des critères de capacités techniques et professionnelles en violation des principes de transparence des procédures et d'égalité de traitement des candidats ;

- le ministre des armées a entaché le rejet de sa candidature d'une erreur de droit et d'une erreur d'appréciation, dès lors que l'insuffisance des références professionnelles ne peut fonder le rejet d'une candidature en vertu de l'article 36-IV du décret du 25 mars 2016 ;

- le ministre des armées a méconnu les dispositions des articles 43-II et 48 du décret du 25 mars 2016 en s'abstenant de procéder aux vérifications qui lui incombent en ce qui concerne les interdictions de soumissionner ; la société NSE a elle-même produit dans son dossier de candidature les pièces justificatives permettant d'établir qu'elle n'était pas soumise à des interdictions de soumissionner ;

- le ministre des armées a commis une erreur de droit et une erreur manifeste d'appréciation en refusant de prendre en compte les capacités techniques et professionnelles de la société Meprolight ; ce faisant, il n'a pas respecté les règles qu'il a lui-même fixées dans son avis d'appel public à concurrence qui imposent de prendre en compte les capacités d'un autre opérateur économique, quelle que soit la nature juridique des liens qui l'unissent au candidat ;

- le ministre des armées a commis une erreur manifeste d'appréciation en écartant la candidature de la société NSE, alors qu'elle a produit l'ensemble des pièces requises, qu'elle a présenté les garanties techniques, financières et professionnelles suffisantes et qu'elle est à même d'assurer la bonne exécution des prestations compte tenu de son activité et de son expérience dans le domaine du marché litigieux ;

Par deux mémoires en défense, enregistrés les 17 et 24 octobre 2017, le ministre des armées conclut au rejet de la requête et à ce que soit mise à la charge de la société requérante la somme de 2400 euros en application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Le ministre des armées fait valoir que :

- les conclusions tendant à ce qu'il soit enjoint au ministre des armées de reprendre la procédure au stade de l'avis d'appel public à la concurrence pour se conformer à ses obligations de publicité et de mise en concurrence, qui s'analysent comme des demandes d'annulation des décisions de rejet des candidatures non admises et d'admission de certaines candidatures, doivent être rejetées comme irrecevables ;

- la société requérante a eu communication de l'appréciation du pouvoir adjudicateur sur l'insuffisance de ses capacités techniques, financières et professionnelles dans le courrier notifié le 29 septembre 2017 ; en tout état de cause, le manquement n'est plus constitué, dès lors que les motifs de rejet de sa candidature lui ont été communiqués à la date à laquelle le juge du référé précontractuel sera amené à statuer ;

- le ministre des armées a bien procédé, dans le respect de l'article 48 du décret du 25 mars 2016, à la vérification des capacités techniques et financières de la société requérante, ainsi qu'en atteste la lettre de rejet de sa candidature ;

- en l'état des exigences figurant dans le dossier de consultation, les renseignements demandés à l'appui du dossier de candidature afin d'évaluer les capacités professionnelles, techniques et financières des candidats étaient fixés par le pouvoir adjudicateur ; par ailleurs, des restrictions spécifiques tenant à l'objet du marché étaient prévues dans l'avis d'appel public à la concurrence ; ainsi, la procédure n'était pas ouverte aux opérateurs économiques de pays tiers à l'Union européenne ou à l'espace économique européen ; les sous-traitants pouvaient être rejetés par le pouvoir adjudicateur dans les conditions prévues à l'article 123 du décret du 25 mars 2016 ; le soumissionnaire devait pouvoir garantir l'approvisionnement des matériels et pièces de rechange pendant la durée du marché, sans restriction d'emploi ou contrainte d'exportation temporaire ; le pouvoir adjudicateur n'a pas commis d'erreur manifeste d'appréciation en estimant que les capacités techniques, financières et professionnelles de la société NSE étaient insuffisantes ; en ce qui concerne la capacité dans le domaine de l'optronique de défense pour armes individuelles de petit calibre, la société NSE a présenté une unique référence relative à la maintenance de viseurs de marques EOTECH ; elle ne concerne pas les capacités de conception, d'intégration des composants et de gestion des obsolescences du produit attendues par le pouvoir adjudicateur ; si la société déclare que 90 % de ses employés sont en lien avec l'objet du marché, cette déclaration semble excessive compte tenu de l'unique référence de la société requérante dans le domaine objet du marché ; les moyens de conception, intégration des composants, évolution et gestion des obsolescences de la société Meprolight, qui étaient situés en Israël, ne pouvaient être pris en compte en raison de leur localisation géographique ; en ce qui concerne la capacité de production annuelle supérieure à 15 000 unités de systèmes, la société se contente d'indiquer, dans son dossier de candidature, qu'elle dupliquerait la chaîne de production actuelle de la société Meprolight ; la société ne précise pas comment elle sera en mesure de passer de la maintenance de 600 viseurs à la conception, l'intégration de composants, l'évolution, la gestion des obsolescences et la gestion logistique de 15 000 unités de systèmes ; en ce qui concerne l'implantation sur le territoire des Etats membres de l'UE ou de l'espace économique européen des bureaux d'étude et des moyens pour l'assemblage, la société requérante ne démontre que sa capacité à assurer la maintenance des produits objets du marché ;

- en tout état de cause, si le pouvoir adjudicateur prenait en compte les capacités de la société Meprolight, le pouvoir adjudicateur pourrait se fonder sur un autre motif de rejet de sa candidature tiré du recours à une sous-traitance des prestations objets du marché susceptibles de contrevenir de manière manifeste aux exigences de sécurité des approvisionnements ;

- le pouvoir adjudicateur a annoncé des critères de sélection des candidatures et des niveaux minimaux d'appréciation des capacités techniques, financières et professionnelles ;

- la candidature de la société NSE n'a pas été rejetée sur la base du seul motif tiré de l'insuffisance de ses références professionnelles ;

- le moyen tiré de la méconnaissance des articles 43 à 48 du décret du 25 mars 2016 doit être écarté comme n'étant pas assorti des précisions suffisantes permettant d'en apprécier le bien-fondé ; le pouvoir adjudicateur a exigé des candidats la production du formulaire DC1, l'attestation de régularité fiscale au 31 décembre 2016, l'attestation de fourniture des

déclarations sociales et de paiement des cotisations et contributions datant de moins de 6 mois ; la production de ces documents a fait l'objet d'une vérification conforme à l'article 48 du décret n° 2016-361, comme en témoigne le rapport d'analyse des candidatures ;

Par courrier du 23 octobre 2017, le tribunal a informé les parties que l'ordonnance à intervenir est susceptible d'être fondé sur un moyen relevé d'office, en application de l'article R. 611-7 du code de justice administrative, tiré de la méconnaissance des dispositions de l'article L. 551-2, II du code de justice administrative et de l'article 6 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, le juge des référés précontractuels ne pouvant prononcer l'annulation des décisions qui se rapportent à la passation des contrats passés dans le domaine de la défense ou de la sécurité.

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,
- l'arrêté du 29 mars 2016 fixant la liste des renseignements et des documents pouvant être demandés aux candidats aux marchés publics,
- le code de justice administrative ;

Le président du tribunal a désigné Mme Janicot, premier conseiller, comme juge des référés.

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

Ont été entendus au cours de l'audience publique, le 24 octobre 2017 à 14h, en présence de M. Fadel, greffier d'audience :

- le rapport de Mme Janicot,
- les observations de Me Palmier, avocat, et de M. Lepers, représentant la société NSE qui reprennent et développent leurs conclusions et moyens ; la société NSE a précisé que sa candidature s'appuyait sur les références professionnelles et les capacités techniques de la société Meprolight ; pour autant, la société NSE a souligné que les bureaux d'études chargés de l'architecture et des performances d'ensemble des fournitures objets du marché étaient bien situés sur le territoire français, la société Meprolight se bornant à assurer la fourniture des composants objets du marché,
- les observations de Mme Dahmani, chargée d'études juridiques au bureau du contentieux contractuel et domanial, de Mme Romagnan, adjointe au chef du service des achats d'armement et de M. Le Saint, président de la commission interne contrat, représentant le ministre des armées, qui conclut aux mêmes fins que son mémoire ; le ministre des armées a ajouté qu'il avait rencontré des difficultés d'interprétation de la candidature de la société NSE, ne sachant pas si la société requérante entendait s'appuyer sur les références et capacités techniques et professionnelles de la société Meprolight ; qu'après clarification de la société NSE sur sa candidature, le ministre des armées a reconnu que si la candidature de la société NSE devait être lue en intégrant les capacités et références techniques et professionnelles de la société Meprolight, les capacités n° 1 et n° 2 devaient être regardées comme remplies par la société NSE, contrairement à ce qui avait été indiqué dans les courriers de rejet de sa candidature.

Après avoir différé, à l'issue de l'audience, la clôture de l'instruction jusqu'au mercredi 25 octobre 2017 à 15 heures 30 afin de permettre aux parties de produire leurs observations et tous les éléments souhaités.

Par un mémoire, enregistré le 24 octobre 2017 à 23 heures 44, le ministre de la défense conclut aux mêmes fins par les mêmes moyens.

Par un mémoire, enregistré le 25 octobre 2017 à 12 heures 21, la société NSE persiste dans ses précédentes conclusions par les mêmes moyens.

La clôture d'instruction a été prononcée le 25 octobre 2017 à 15 heures 30.

Le ministre des armées a produit une note en délibéré le 25 octobre 2017 à 19 heures 28.

1. Considérant que le ministère des armées a lancé une procédure d'appel d'offres restreint en vue de l'attribution d'un marché ayant pour objet l'acquisition de dispositifs d'aide à la visée de type point rouge pour le fusil HK 416 F et prestations associées ; que la date limite de remise des candidatures était initialement fixée au 18 mai 2017 à 15 heures, puis reportée au 29 mai 2017 à 15 heures ; que la société NSE a remis une candidature dans le délai fixé ; qu'après examen des candidatures, le pouvoir adjudicateur a constaté que la société NSE disposait de capacités techniques et professionnelles insuffisantes ; que par courrier du 31 août 2017, le ministre des armées a informé la société NSE des motifs de rejet de sa candidature ; que par courrier électronique du 18 septembre 2017, la société NSE a demandé la communication des motifs détaillés du rejet de sa candidature ; que par courrier du 29 septembre 2017, le ministre des armées a transmis les motifs détaillés du rejet de sa candidature ; que la société NSE demande au juge des référés précontractuels, dans le dernier état de ses écritures, de suspendre la décision de rejet de sa candidature, d'enjoindre au ministre des armées de reprendre la procédure au stade de l'avis d'appel public à la concurrence ou, à tout le moins, au stade de l'analyse des offres pour se conformer à ses obligations de publicité et de mise en concurrence et de mettre à la charge de l'Etat la somme de 6.000 euros en application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

2. 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 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.* » ; qu'aux termes de l'article L. 551-4 du même code : « *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 (...)* » ; 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 auxquels ils se rapportent, sont susceptibles de l'avoir lésée ou risquent de la léser, fût-ce de façon indirecte en avantageant une entreprise concurrente ;

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

3. Considérant, d'une part, 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 (...)* » ; qu'aux termes de l'article L. 551-2 du même code, dans sa rédaction applicable au marché en litige : « *I. – Le juge peut ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations et suspendre l'exécution de toute décision qui se rapporte à la passation du contrat (...). / 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 du II de l'article 2 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics. / Pour ces contrats, il est fait application des articles L. 551-6 et L. 551-7* » ; qu'aux termes de l'article L. 551-6 du même 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 (...)* » ; qu'aux termes de l'article L. 551-7 du même code : « *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* » ;

4. Considérant, d'autre part, qu'aux termes du II de l'article 2 de l'ordonnance du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics, en vigueur à la date du litige, repris à l'article 6 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics : « *Les marchés et accords-cadres de défense ou de sécurité sont les marchés et accords-cadres ayant pour objet : / 1° La fourniture d'équipements, y compris leurs pièces détachées, composants ou sous-ensembles, qui sont destinés à être utilisés comme armes, munitions ou matériel de guerre, qu'ils aient été spécifiquement conçus à des fins militaires ou qu'ils aient été initialement conçus pour une utilisation civile puis adaptés à des fins militaires ; / (...) 3° Des travaux, fournitures et services directement liés à un équipement visé au 1° ou 2°, (...) pour tout ou partie du cycle de vie de l'équipement ; le cycle de vie de l'équipement est l'ensemble des états successifs qu'il*

peut connaître, notamment (...) la réparation, la modernisation, la modification, l'entretien, la logistique, (...) » ;

5. Considérant que si la société NSE avait initialement demandé au juge des référés précontractuels d'annuler la décision par laquelle le ministre des armées a écarté sa candidature, elle s'est désistée de ces conclusions dans son mémoire enregistré le 24 octobre 2017 ; qu'il y a donc lieu de prendre acte de ce désistement qui est pur et simple ;

Sur les conclusions aux fins de suspension de la décision de rejet de sa candidature et d'injonction de se conformer aux obligations de publicité et de mise en concurrence pesant sur le pouvoir adjudicateur :

6. Considérant, en premier lieu, qu'aux termes de l'article 88 du décret du 25 mars 2016 susvisé : « (...) II. - *Pour les marchés publics passés selon une procédure formalisée, l'acheteur, dès qu'il décide de rejeter une candidature ou une offre, notifie à chaque candidat ou soumissionnaire concerné le rejet de sa candidature ou de son offre en lui indiquant les motifs de ce rejet. (...) » ;*

7. Considérant que l'information sur les motifs de rejet de son offre dont est destinataire le candidat en application des dispositions précitées a, notamment, pour objet de permettre à celui non retenu de contester utilement le rejet qui lui est opposé devant le juge du référé précontractuel saisi en application de l'article L. 551-1 du code de justice administrative ; que, par suite, l'absence de respect de ces dispositions constitue un manquement aux obligations de transparence et de mise en concurrence ; que, cependant, un tel manquement n'est plus constitué si l'ensemble des informations mentionnées à l'article 88 du décret du 25 mars 2016 précité a été communiqué au candidat évincé à la date à laquelle le juge des référés statue sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative et si le délai qui s'est écoulé entre cette communication et la date à laquelle le juge des référés statue a été suffisant pour permettre à ce candidat de contester utilement son éviction ;

8. Considérant que la société NSE a indiqué, lors de l'audience, qu'elle renonçait purement et simplement à ce moyen ; que ce manquement doit donc être regardé comme abandonné ;

9. Considérant, en deuxième lieu, qu'aux termes de l'article 48 du décret n° 2016-361 : « *L'acheteur procède à la vérification des informations qui figurent dans la candidature, y compris en ce qui concerne les opérateurs économiques sur les capacités desquels le candidat s'appuie, au plus tard, avant l'envoi de l'invitation mentionnée à l'article 50* » ; que la société NSE soutient qu'il appartient au ministre des armées de produire tout document permettant de démontrer que le pouvoir adjudicateur a vérifié ses capacités professionnelles, techniques et financières, ainsi que celles des candidats admis à déposer une offre ; qu'il résulte de l'instruction que contrairement à ce que prétend la société requérante, le ministre des armées a bien procédé à la vérification et à l'appréciation, dans le respect de l'article 48 du décret précité, des capacités techniques, professionnelles et financières de la société NSE ainsi que de celles des autres soumissionnaires, ainsi qu'en atteste le rapport d'analyse des candidatures produit à l'audience par le ministère des armées à la suite d'une mesure d'instruction diligentée par le juge des référés ; que, par suite, le ministre des armées n'a donc pas méconnu les dispositions de l'article 48 du décret du 25 mars 2016 ; que ce manquement n'est, par suite, pas établi ;

10. Considérant, en troisième lieu, qu'en vertu de l'article 43-II du décret du 25 mars 2016, les candidats doivent apporter la preuve qu'ils ne se trouvent pas dans un des cas d'interdictions de soumissionner en produisant certains documents, à savoir les attestations fiscales et sociales en cours de validité ; qu'en vertu de l'article 48 du décret du 25 mars 2016, « *L'acheteur procède à la vérification des informations qui figurent dans la candidature, y compris en ce qui concerne les opérateurs économiques sur les capacités desquels le candidat s'appuie, au plus tard avant l'envoi de l'invitation mentionnée à l'article 50. (...)* » ; qu'aux termes de l'avis d'appel public à la concurrence, les candidats devaient produire, pour justifier qu'elles ne se trouvaient pas dans un des cas d'interdiction de soumissionner, le formulaire DC 1, qui incluait l'attestation sur l'honneur relative aux cas d'interdiction de soumissionner visés aux articles 45 et 48 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 précitée et la déclaration sur l'honneur des candidats qu'ils sont en règle concernant l'emploi des travailleurs handicapés, des attestations de régularité fiscale au 31 décembre de l'année 2016 et des attestations de régularité sociale datant de moins de six mois ; qu'il résulte de l'instruction, et notamment du rapport d'analyse des candidatures produit à l'audience et des justificatifs transmis par chaque candidat et produits par le ministère des armées après l'audience, que les candidats ont remis l'ensemble des justificatifs exigés par le pouvoir adjudicateur dans les pièces de la consultation pour établir qu'ils ne faisaient pas l'objet d'une ou plusieurs interdictions de soumissionner ; qu'en outre, l'ensemble des justificatifs produits par les six candidats étaient valides à la date à laquelle le pouvoir adjudicateur a procédé à leur appréciation ; que, par suite, le ministère des armées a justifié avoir obtenu des candidats les documents attendus et procédé aux vérifications qui lui incombait ; qu'il s'ensuit que le manquement tiré de la méconnaissance des dispositions des articles 43, II et 48 du décret du 25 mars 2016, qui pouvait utilement être invoqué par la société NSE, doit être écarté comme manquant en fait ;

11. Considérant, en quatrième lieu, qu'aux termes de l'article 36 du décret du 25 mars 2016 précité : « *L'acheteur peut exiger que les opérateurs économiques disposent d'un niveau d'expérience suffisant, démontré par des références adéquates provenant de marchés publics exécutés antérieurement. Toutefois, l'absence de références relatives à l'exécution des marchés publics de même nature ne peut justifier, à elle seule, l'élimination d'un candidat* » ; qu'il résulte de ces dispositions que le pouvoir adjudicateur ne peut se borner à constater, pour apprécier si une candidature est recevable, que le candidat ne produit pas de références sur des marchés analogues ; qu'il résulte toutefois de l'instruction, et notamment des lettres de rejet de sa candidature des 31 août 2017 et 29 septembre 2017 que la candidature de la société NSE n'a pas été rejetée en raison de l'absence de références techniques et professionnelles analogues à celles faisant l'objet du marché litigieux, mais en raison du caractère insuffisant des capacités techniques et professionnelles dont elle se prévalait ; que, par suite, le pouvoir adjudicateur n'a pas méconnu les dispositions de l'article 36 précité en rejetant la candidature de la société NSE notamment pour ce motif ;

12. Considérant, en cinquième lieu, que, lorsque le pouvoir adjudicateur décide de limiter le nombre de candidats admis à présenter une offre, il lui appartient d'assurer l'information appropriée des candidats sur les critères de sélection de ces candidatures dès l'engagement de la procédure d'attribution du marché, dans l'avis d'appel public à la concurrence ou le cahier des charges tenu à la disposition des candidats ; que cette information appropriée suppose que le pouvoir adjudicateur indique aussi les documents ou renseignements au vu desquels il entend opérer la sélection des candidatures ; que, par ailleurs, si le pouvoir adjudicateur entend fixer des niveaux minimaux de capacité, ces derniers doivent aussi être portés à la connaissance des candidats ; que cette information

appropriée des candidats n'implique pas en revanche que le pouvoir adjudicateur indique les conditions de mise en œuvre des critères de sélection des candidatures, sauf dans l'hypothèse où ces conditions, si elles avaient été initialement connues, auraient été de nature à susciter d'autres candidatures ou à retenir d'autres candidats ;

13. Considérant, d'une part, qu'il résulte de l'instruction que, contrairement à ce que soutient la société NSE, l'avis d'appel public à la concurrence rectifié a indiqué les critères de sélection de candidature ainsi que les documents au vu desquels ces critères seraient appliqués ; qu'il résulte du point III. 2 3) de l'avis d'appel public à la concurrence que les candidatures seraient appréciées au regard tout d'abord d'un critère relatif à la situation économique et financière des opérateurs économiques ; que sur ce critère, les candidats devaient renseigner les informations demandées à la rubrique D-1 du formulaire DC 2 constituant une déclaration concernant le chiffre d'affaires annuel réalisé au cours des trois derniers exercices disponibles ; que par ailleurs, le pouvoir adjudicateur a indiqué que les candidatures seraient également appréciées au regard de leurs capacités techniques et/ou professionnelles, et notamment au regard de leur capacité dans le domaine de l'optronique de défense pour armes individuelles de petit calibre (1), de leur capacité de production annuelle supérieure à 15.000 unités de systèmes objet du marché (2) et de l'implantation sur le territoire des Etats membres de l'Union européenne ou de l'espace économique européen des bureaux d'études maîtrisant l'architecture et les performances d'ensemble des fournitures objet du marché, et des moyens pour l'assemblage et la recette finale des fournitures objet du marché (3) ; que pour démontrer leurs compétences sur les critères 1 et 2, les candidats devaient fournir la présentation d'une liste des principales fournitures du même type effectuées au cours des cinq dernières années en indiquant notamment la nature du projet, le montant, la date et le destinataire (public ou privé) ainsi qu'une déclaration indiquant les effectifs moyens annuels du candidat et les effectifs du personnel d'encadrement pour chacune des trois dernières années en lien avec l'objet du marché ; pour démontrer leur capacité sur le critère n° 3, le candidat devait fournir la localisation des différents bureaux et moyens dont il dispose pour exécuter le marché ; que l'avis d'appel public à la concurrence ajoutait le niveau spécifique minimal exigé des candidats sur la capacité économique et financière, à savoir un chiffre d'affaires annuel égal ou supérieur à 17.000.000 euros sur le dernier exercice ou en moyenne sur les trois derniers exercices connus ;

14. Considérant, d'autre part, que le ministère des armées n'était en revanche pas tenu d'indiquer aux candidats les conditions de mise en œuvre de ces critères, consistant en leur pondération, dès lors qu'il ne résulte pas de l'instruction que l'indication de cette pondération équilibrée des deux critères relatifs à la capacité économique et financière et à la capacité technique et professionnelle, si elle avait été connue lors de la préparation des candidatures, aurait été susceptible d'influencer cette préparation ;

15. Considérant qu'il résulte de l'ensemble de ce qui précède que le ministère des armées n'a pas méconnu le principe de transparence de procédure sur les modalités d'appréciation des candidatures ;

16. Considérant, en sixième lieu, que la société NSE soutient que le ministre des armées a commis une erreur de droit en refusant de prendre en compte dans l'analyse de sa candidature les références et les capacités de la société Meprolight, notamment en application de l'article 37 du décret du 25 mars 2016 ; qu'il résulte des courriers de rejet de la candidature de la société NSE des 31 août et 29 septembre 2017 que le ministre des armées n'a pas rejeté la candidature de la société NSE au motif qu'elle aurait été élaborée sur la base des références

et des compétences techniques et professionnelles d'un opérateur économique situé dans un pays tiers à l'Union européenne ou à l'espace économique européen en application de l'article 37 du décret du 25 mars 2017 ; qu'en réponse à une question posée par la société NSE, le ministre des armées a d'ailleurs indiqué que l'approvisionnement des composants pouvait se faire sur le marché international ; qu'en outre, il résulte des courriers des 31 août et 29 septembre 2017, qui détaillent les capacités professionnelles et techniques non seulement de la société NSE mais aussi celles de son fournisseur, la société Meprolight, que la candidature de la société NSE a été rejetée en raison du caractère insuffisant des capacités techniques de la société candidate ; qu'il résulte en outre du rapport d'analyse des candidatures que contrairement au candidat n° 2, la société NSE n'a pas vu sa candidature rejetée comme irrecevable en raison de la méconnaissance par la société candidate des dispositions de l'article 37 du décret du 25 août 2016, mais en raison du caractère insuffisant de ses capacités ; que, par suite, le pouvoir adjudicateur, qui n'a pas refusé de prendre en compte dans l'analyse de la candidature de la société NSE les références et capacités de la société Meprolight, comme le prétend à tort la société requérante, n'a pas commis d'erreur de droit ou d'erreur d'appréciation ;

17. Considérant, en septième lieu, qu'il appartient au juge administratif, saisi en application de l'article L. 551-1 du code de justice administratif, de se prononcer sur le respect des obligations de publicité et de mise en concurrence incombant à l'administration ; que, dans le cadre de ce contrôle de pleine juridiction, le juge vérifie en particulier les motifs de l'exclusion ou de l'admission d'un candidat dans le cadre de la procédure d'attribution d'un marché ;

18. Considérant, que pour rejeter la candidature de la société NSE comme insuffisante, le ministre des armées s'est fondé, dans ses courriers des 31 août et 29 septembre 2017, d'une part, sur le fait que les capacités dans le domaine de compétence n° 1 n'étaient que partiellement acquises, et, d'autre part, que les capacités dans les domaines de compétences n° 2 et n° 3 n'étaient pas acquises ;

19. Considérant, d'une part, que si le ministre des armées a initialement considéré, dans ses courriers de rejet des 31 août et 29 septembre 2017 que la société NSE ne disposait que partiellement des références et capacités requises dans le domaine de l'optronique de défense pour armes individuelles de petit calibre, alors que la société candidate avait produit une référence principale qu'elle avait acquise dans ce domaine de compétence ainsi que les références professionnelles sur les cinq dernières années de son fournisseur, la société Meprolight, le pouvoir adjudicateur a toutefois reconnu, à la barre que ce motif était erroné et qu'il n'était pas de nature à justifier le refus de candidature sur la capacité n° 1 ;

20. Considérant, d'autre part, que le ministre des armées n'a pas écarté la candidature de la société NSE au motif que la société candidate n'aurait pas justifié d'effectifs suffisants en lien avec l'objet du marché, mais au motif que la société candidate ne justifiait pas que la capacité de production demandée de 15.000 unités par an existerait actuellement au sein de cette société ; qu'en l'espèce, l'avis d'appel public à la concurrence indiquait, en son point VI.3, que si le candidat s'appuie sur d'autres opérateurs économiques pour justifier de ses capacités professionnelles, techniques et financières, il devra également produire par tout moyen la preuve qu'il dispose effectivement des capacités de ces opérateurs économiques pour l'exécution du marché public ; que si les candidats n'étaient pas tenus de justifier qu'ils disposaient déjà des équipements et du matériel à la date de la remise de leur candidatures, il leur appartenait toutefois, à cette même date, de justifier qu'ils en disposeraient pour

l'exécution du marché ; qu'en l'espèce, la société NSE a présenté dans son dossier de candidature les flux de matériels ainsi que le schéma industriel de l'infrastructure d'intégration des viseurs dans son unité spécialisée à Riom incluant un plan de l'usine, une implantation de la zone qui sera dédiée aux prestations objets du marché ainsi qu'un plan d'ensemble présentant les postes et organisation des flux au sein même de cet atelier ; qu'elle a également produit un engagement pris par son fournisseur de lui fournir, en tout temps et dans les délais fixés par le pouvoir adjudicateur, la quantité de composants nécessaires à la constitution des dispositifs d'aide à la visée afin d'assurer l'exécution du marché à venir ; que la société Meprolight a également fourni une attestation des autorités israéliennes indiquant qu'elles n'apporteraient aucune restriction à l'exportation vers la France de ces modules pour la durée de l'exécution du marché ; qu'ainsi, à la date de la remise de sa candidature, la société NSE, justifiait de manière suffisante qu'elle avait entrepris toutes les démarches nécessaires en vue de disposer effectivement des moyens techniques nécessaires pour l'exécution du marché ; qu'en conséquence, le pouvoir adjudicateur, en estimant que la candidature de la société NSE devait être rejetée au motif qu'elle ne justifiait pas disposer actuellement de la capacité de production attendue, a entaché sa décision d'une erreur de droit et d'appréciation ; que le ministre des armées a d'ailleurs reconnu à la barre que ce deuxième motif n'était pas de nature à justifier le rejet de la candidature de la société NSE ;

21. Considérant, enfin, que le ministre des armées a rejeté la candidature de la société NSE au motif qu'elle ne remplissait pas le critère n° 3 relatif à l'implantation sur le territoire des Etats membres de l'Union européenne ou de l'espace économique européen des bureaux d'études maîtrisant l'architecture et les performances d'ensemble des fournitures objet du marché et des moyens pour l'assemblage et la recette finale des fournitures objet du marché ; que la société requérante soutient que le ministre des armées a commis sur ce critère une erreur manifeste d'appréciation, dès lors que ses bureaux d'études maîtrisent l'architecture et les performances d'ensemble des fournitures objets du marché ; qu'il résulte toutefois du dossier de candidature et des observations plaidées à la barre que les bureaux d'études de la société NSE, dont il n'est pas contesté qu'ils se situent effectivement sur le territoire français à Soyons et Cuers, ne disposent pas de la maîtrise de la conception et de l'évolution des composants fournis par la société Meprolight, les cahiers des charges de ces composants étant élaborés et mis à jour par la société Meprolight ; qu'ainsi, le pouvoir adjudicateur n'a pas commis d'erreur manifeste d'appréciation en retenant que la société NSE ne disposait pas de bureaux d'études maîtrisant l'architecture et les performances d'ensemble des fournitures objets du marché lui permettant de faire évoluer les modules et gérer leur obsolescence ; que le pouvoir adjudicateur pouvait pour ce seul motif, et nonobstant le nouveau motif de rejet de la candidature invoqué par le ministre des armées à l'audience, justifier le rejet de la candidature de la société NSE comme insuffisante ; qu'il s'ensuit que le manquement tiré de l'erreur manifeste d'appréciation qu'aurait commise le ministre des armées en rejetant sa candidature en raison de l'insuffisance de ses capacités techniques ne peut qu'être écarté ;

22. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que la société NSE n'est pas fondée à demander la suspension de la décision rejetant sa candidature ; que ses conclusions à fin de suspension de la décision de rejet de la candidature de la société NSE ne peuvent donc qu'être rejetées, ainsi que, par voie de conséquence, ses conclusions à fin d'injonction ;

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

23. 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.* » ;

24. Considérant, d'une part, qu'il n'y a pas lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge du ministère des armées, qui n'est pas la partie perdante dans la présente affaire, le versement à la société NSE de la somme de 6.000 euros dont elle demande le paiement au titre des frais exposés par elle et non compris dans les dépens ;

25. Considérant, d'autre part, qu'il résulte des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative 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 ; que, par suite, le ministre des armées, qui énonce que le recours a représenté une charge réelle pour ses services en termes de temps de travail des agents qui s'y consacrent, ne démontre pas les frais spécifiques qu'il a exposés à l'occasion de cette instance ; qu'il s'ensuit que les conclusions présentées par le ministère des armées sur le fondement des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative doivent être rejetées ;

ORDONNE :

Article 1^{er} : Il est pris acte du désistement de la société NSE de ses conclusions tendant à l'annulation de la décision rejetant sa candidature.

Article 2 : La requête de la société NSE est rejetée.

Article 3 : Les conclusions présentées par le ministre des armées sur le fondement des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 4 : La présente ordonnance sera notifiée à la société NSE et au ministre des armées.