

N° 2003661

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

SOCIETE HELICEO

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Mme Thielen
Juge des référés

Le juge des référés

Ordonnance du 15 septembre 2020

39-08-015-01

C

Vu la procédure suivante :

Par une requête, enregistrée le 26 août 2020, la société Hélicéo doit être regardée comme demandant au juge des référés, sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, d'annuler la décision de la ministre des armées du 14 août 2020 portant rejet de son offre présentée pour l'attribution du marché relatif à l'acquisition d'un système Light detection and ranging (LIDAR), ensemble la décision portant attribution de ce marché à la société Positics.

Elle soutient que :

- l'offre retenue n'est pas conforme aux contraintes fonctionnelles du paragraphe 3.1 du cahier des clauses techniques particulières (CCTP), de sorte que la note obtenue de 15/15 sur le critère technique est incompréhensible et que cette non-conformité a procuré un avantage financier à la société candidate retenue ;
- le service des achats a refusé de prendre en compte les lignes de son offre valorisées à 0 euro, ce qui l'a pénalisée ;
- le délai imparti pour répondre aux demandes de précision était excessivement court, ses demandes de précisions et explications sur les critères d'attribution techniques étant en outre restées sans réponse.

Par un mémoire en défense, enregistré le 8 septembre 2020, la ministre des armées conclut au rejet de la requête.

Elle fait valoir que :

- les conclusions tendant à la prise en compte des réserves émises afin de nouveau défendre ses chances d'attribution du marché sont irrecevables ;
- l'offre retenue respecte les stipulations du CCTP, qui ne précisent notamment pas un nombre de lasers minimum ; il n'est pas établi que la bonne exécution des prestations exigeait l'utilisation d'un matériel comportant 32 et non seulement 16 lasers ;

- le critère prix n'a pas été déterminant dans l'attribution du marché, le classement n'étant pas modifié par l'attribution de la meilleure note sur la valeur financière ;
- la contestation de la note de l'attributaire retenu sur le critère prix n'est pas pertinente, tendant à mettre en cause l'appréciation technique de l'offre ; il n'appartient pas au juge des référés précontractuels de procéder à l'appréciation des mérites respectifs des offres ; le critère relatif aux délais de livraison, critère technique, ne prenait pas en compte les capacités de modélisation des appareils proposés ;
- la société Hélicéo ne peut utilement critiquer le délai de réponse imparti, dès lors qu'il s'agissait de compléter son offre incomplète et par suite irrégulière ;
- c'est sans erreur de droit que la société a été invitée à renseigner son bordereau de prix unitaire, dès lors qu'il n'est pas possible de valider des prestations non valorisées ; la société Hélicéo n'établit pas dans quelle mesure cette obligation de valorisation l'a pénalisée.

Par un mémoire, enregistré le 9 septembre 2020, la société Positics, représentée par Me Bezard conclut au rejet de la requête et à la mise à la charge de la société Hélicéo de la somme de 1 500 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle fait valoir que :

- les conclusions tendant à la suspension de l'attribution du marché sont irrecevables, l'attribution en cause étant déjà intervenue ;
- le moyen tiré de la non-conformité de son offre n'est pas fondé, la prétendue non-conformité étant affirmée, sans être démontrée ; l'offre retenue respectait le CCTP en toutes ses stipulations ;
- l'appréciation et la notation du critère technique, au regard des seuls délais de livraison, ont respecté le règlement de la consultation ;
- le délai pour compléter l'offre imparti à la société Hélicéo était suffisant ;
- la gratuité de certaines prestations n'est pas juridiquement envisageable.

Vu les autres pièces du dossier.

Vu :

- le code de la commande publique ;
- le code de justice administrative.

Le président du tribunal a désigné Mme Thielen, 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 10 septembre 2020 :

- le rapport de Mme Thielen, juge des référés,
- les observations de Me Charles représentant la ministre des armées, qui persiste dans ses conclusions écrites, par la même argumentation ; il fait également valoir que la société requérante a opéré une confusion entre critère et qualité technique, le critère technique renvoyant aux délais d'exécution, les qualités techniques des offres n'ayant été contrôlées qu'au stade de

l'examen de leur régularité ; le droit de la commande publique exige que les prestations soient valorisées, ce qui n'exclut pas une valorisation à zéro euro,

- les observations de M. Loeul, gérant de la société Positic, qui persiste dans ses conclusions écrites, par la même argumentation.

La clôture de l'instruction a été fixée à l'issue de l'audience.

Considérant ce qui suit :

1. Par un avis d'appel public à la concurrence n° 2020-000094 publié au BOAMP et au Journal officiel de l'Union européenne les 9 et 10 février 2020, la direction interarmées des réseaux d'infrastructures et des systèmes d'information de Brest (DIRISI Brest) a lancé, en appel d'offres ouvert, la procédure de passation d'un accord-cadre à bons de commande sans minimum ni maximum, pour l'acquisition d'un système Light detection and ranging (LIDAR) afin de modéliser des pistes d'atterrissage et de transmettre des données géolocalisées par un matériel positionnable sur quad, véhicule de reconnaissance et sur drone, pour permettre l'atterrissage d'avions de transport tactique sur des pistes dites non contrastées, se distinguant difficilement des accotements. Les offres des deux seules sociétés candidates, les sociétés Hélicéo et Positics, ont été déclarées irrégulières. La DIRISI Brest a ensuite lancé, en application des dispositions des articles L. 2124-3 et R. 2124-3 du code de la commande publique, une procédure pour la passation du même marché, avec négociation sans publicité, ouvert aux seules sociétés ayant précédemment présenté une offre et a, dans ce cadre, invité, le 15 juillet 2020, les sociétés Hélicéo et Positics à présenter une offre, le délai de remise étant fixé au 10 août 2020 à 12 h 00. La société Hélicéo a été informée, le 14 août 2020, d'une part, du rejet de son offre pour l'attribution du marché d'acquisition d'un système LIDAR et, d'autre part, de ce que le marché serait attribué à la société Positics.

2. Par la présente requête, la société Hélicéo doit être regardée comme demandant au juge des référés précontractuels l'annulation de la procédure de passation de ce marché.

Sur les conclusions présentées au titre de l'article L. 551-1 du code de justice administrative :

3. 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.* ». Selon l'article L. 551-2 du même code : « *I.- Le juge peut ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations et suspendre l'exécution de toute décision qui se rapporte à la passation du contrat, sauf s'il estime, en considération de l'ensemble des intérêts susceptibles d'être lésés et notamment de l'intérêt public, que les conséquences négatives de ces mesures pourraient l'emporter sur leurs avantages. / Il peut, en outre, annuler les décisions qui se rapportent à la passation du contrat et supprimer les clauses ou prescriptions destinées à figurer dans le contrat et qui méconnaissent lesdites obligations (...)* ».

4. En vertu des dispositions 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. 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.

5. Pour contester le rejet de son offre et l'attribution du marché à la société Positics, la société Hélicéo soutient que l'offre retenue n'est pas conforme aux contraintes fonctionnelles du paragraphe 3.1 du cahier des clauses techniques particulières (CCTP), de sorte que la note obtenue de 15/15 sur le critère technique est incompréhensible et cette non-conformité ayant procuré un avantage financier à la société candidate retenue, que le service des achats a refusé de prendre en compte les lignes de son offre valorisées à 0 euro, ce qui l'a pénalisée et, enfin, que le délai imparti pour répondre aux demandes de précision était excessivement court, ses demandes de précisions et explications sur les critères d'attribution techniques étant en outre restées sans réponse.

En ce qui concerne le caractère inapproprié et irrégulier de l'offre retenue et l'incohérence de la note attribuée au critère technique :

6. D'une part, aux termes de l'article L. 2152-7 du code de la commande publique : *« Le marché 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 ou à ses conditions d'exécution (...) »*. Aux termes de son article L. 2152-8 : *« 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. Ils sont rendus publics dans les conditions prévues par décret en Conseil d'État »*. Aux termes de son article R. 2152-11 : *« Les critères d'attribution ainsi que les modalités de leur mise en œuvre sont indiqués dans les documents de la consultation »*. Enfin, aux termes de son article R. 2152-12 : *« Pour les marchés passés selon une procédure formalisée, les critères d'attribution font l'objet d'une pondération ou, lorsque la pondération n'est pas possible pour des raisons objectives, sont indiqués par ordre décroissant d'importance. La pondération peut être exprimée sous forme d'une fourchette avec un écart maximum approprié »*.

7. Pour assurer le respect des principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, l'information appropriée des candidats sur les critères d'attribution d'un marché public est nécessaire, dès l'engagement de la procédure d'attribution du marché, dans l'avis d'appel public à concurrence ou le cahier des charges tenu à la disposition des candidats. Dans le cas où le pouvoir adjudicateur souhaite retenir d'autres critères que celui du prix, il doit porter à la connaissance des candidats la pondération ou la hiérarchisation de ces critères. Il doit également porter à la connaissance des candidats la pondération ou la hiérarchisation des sous-critères dès lors que, eu égard à leur nature et à l'importance de cette pondération ou hiérarchisation, ils sont susceptibles d'exercer une influence sur la présentation des offres par les candidats ainsi que sur leur sélection et doivent en conséquence être eux-mêmes regardés comme des critères de sélection. Il n'est, en revanche, pas tenu d'informer les candidats de la méthode de notation des offres.

8. D'autre part, il n'appartient pas au juge du référé précontractuel, qui doit seulement se prononcer sur le respect, par le pouvoir adjudicateur, des obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation d'un contrat, de se prononcer sur l'appréciation portée sur la valeur d'une offre ou les mérites respectifs des différentes offres. Il lui appartient, en revanche, lorsqu'il est saisi d'un moyen en ce sens, de vérifier que le pouvoir adjudicateur n'a pas dénaturé le contenu d'une offre en en méconnaissant ou en en altérant manifestement les termes et procédé ainsi à la sélection de l'attributaire du contrat en méconnaissance du principe fondamental d'égalité de traitement des candidats.

9. Il résulte de l'instruction que le règlement de la consultation du marché en litige précise que l'attribution se fait selon deux critères, prix et technique, respectivement pondérés à 85 % et 15 %, tous deux notés par application d'une formule prenant comme référence l'offre la moins-disante, le critère technique ne consistant qu'en l'appréciation du délai de livraison proposé, fixé à maximum 12 semaines. Il en résulte également que le cahier des clauses techniques particulières stipule, en son article 3 fixant les contraintes fonctionnelles spécifiques : « 3.1. Fonction relevés des points. / Les relevés de points doivent se faire en un aller-retour sur une bande de terrain de 1000 m de long sur 30 m de large. / Il doit être possible de faire cet aller-retour en quad à une vitesse supérieure à 30 km/h. / Monté sur drone, le relevé de points doit pouvoir se faire en un aller-retour jusqu'à une hauteur de 80 m. / Afin d'avoir une précision dans la modélisation et de garantir les valeurs, le nombre de points relevés au mètre carré doit être au minimum de 250 ».

10. En se bornant à affirmer, sans aucune démonstration ni explication technique à l'appui de son allégation, que les stipulations contractuelles induisaient « le passage d'un LIDAR [de] 16 faisceaux lasers à 32 faisceaux lasers », la société Hélicéo n'établit pas la non-conformité de l'offre de la société Positics, alors même que la ministre des armées et la société attributaire établissent, sans sérieusement être contestées, que le matériel à 16 lasers proposé par cette dernière permettait des relevés et une modélisation supérieurs à ceux attendus par le pouvoir adjudicateur. La société Hélicéo n'établit par suite pas davantage le prétendu avantage financier dont aurait bénéficié la société attributaire, qui ne saurait résulter de la seule circonstance qu'elle a fait le choix de proposer un matériel à 32 lasers, plus onéreux.

11. Par ailleurs, et en tout état de cause, la société Hélicéo ne saurait utilement se prévaloir de cette non-conformité alléguée de l'offre retenue pour contester la note obtenue par la société attributaire sur le critère technique, lequel ne visait qu'à comparer, ainsi qu'il a été dit au point 9, les délais de livraison proposés, et non les spécificités et mérites techniques de chaque offre.

En ce qui concerne l'imprécision des documents de la consultation et la méconnaissance de l'obligation de transparence des procédures :

12. A supposer que la société Hélicéo entende, en indiquant qu'il n'a pas été répondu à ses demandes répétées d'explication sur les critères d'attribution techniques, dont elle ne justifie au demeurant pas, arguer de l'insuffisante précision des documents de la consultation et soutenir qu'a été méconnue l'obligation de transparence des procédures, il résulte de l'instruction, ainsi qu'il a été dit au point 9, que le critère technique ne visait qu'à apprécier les délais de livraison proposés. Dans ces circonstances, compte tenu de la clarté de ce critère, qui n'appelait aucune précision ni explication de la part du pouvoir adjudicateur, c'est sans méconnaître ses obligations en termes de transparence des procédures que la DIRISI Brest a pu ne pas répondre aux éventuelles demandes de la société Hélicéo sur ce point.

13. Par ailleurs, en se bornant à alléguer, sans autre précision ni explication, que les délais impartis pour répondre aux différentes demandes de précisions durant la phase négociation étaient excessivement courts et l'ont empêchée de répondre « avec l'application et la sérénité nécessaires », la société Hélicéo n'établit pas la méconnaissance par le pouvoir adjudicateur de ses obligations en termes de transparence des procédures et d'égalité de traitement des candidats, la ministre des armées faisant au demeurant valoir, sans être contestée, que les différentes demandes de précisions étaient identiques entre le 11 et le 13 août 2020, et visaient à la régularisation de l'offre remise, incomplète et irrégulière.

Sur la valorisation des prestations :

14. La société Hélicéo soutient qu'elle a été contrainte de valoriser toutes les prestations, « le service des achats [ayant refusé] les lignes à 0 euro de [son] offre », ce qui l'a « automatiquement pénalisée ».

15. Il résulte à cet égard de l'instruction que le règlement de la consultation précise, en son article 11.2, que les candidats doivent remettre, notamment, « le bordereau de prix unitaire (BPU) complété des prix, daté, signé numériquement », et que le BPU initialement remis par la société Hélicéo indique, s'agissant des prestations n° 16 à 19 « non chiffrable ». Dans ces circonstances, dès lors que le BPU transmis n'est pas conforme aux exigences du pouvoir adjudicateur, c'est régulièrement qu'il a été demandé à la société Hélicéo de le modifier, l'intéressée n'établissant aucunement dans quelle mesure cette exigence a pénalisé son offre.

16. Il résulte de tout ce qui précède qu'en l'absence de manquement du pouvoir adjudicateur à ses obligations de publicité et de mise en concurrence, les conclusions de la société Hélicéo tendant à l'annulation de la procédure de passation du marché à bons de commande, pour l'acquisition d'un système LIDAR doivent être rejetées, sans qu'il soit besoin de statuer sur leur recevabilité.

Sur les frais liés au litige :

17. Il n'y a pas lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de la société Hélicéo la somme que la société Positics demande au titre des frais exposés et non compris dans les dépens.

ORDONNE :

Article 1^{er} : La requête de la société Hélicéos est rejetée.

Article 2 : Les conclusions présentées par la société Positics au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 3 : La présente ordonnance sera notifiée à la société Hélicéo, à la ministre des armées et à la société Positics.

Fait à Rennes, le 15 septembre 2020.

Le juge des référés,

Le greffier,

signé

signé

O. Thielen

M.-A. Vernier

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