

TA31
Tribunal Administratif de Toulouse
2502107
2025-04-17
Décision
Excès de pouvoir

Rejet

Vu la procédure suivante :

Par une requête et un mémoire, enregistrés le 25 mars et le 11 avril 2025, la société FXC Europe, représentée par Me de La Marque, demande au juge des référés sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative :

1°) d'enjoindre à la direction générale de l'armement du ministère des armées de reprendre la procédure au stade de l'analyse des offres conformément aux règles de la commande publique, à tout le moins de lui enjoindre d'inviter la société FXC Europe à régulariser l'offre de son groupement ;

2°) de mettre à la charge de l'État une somme de 5 000 euros à lui verser en application des dispositions de l'article L.761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- l'administration a commis une erreur d'appréciation en retenant que la présentation dans un même pli de deux propositions technico-financières constituait une variante au sens du règlement de consultation aux termes desquels la présentation de variantes entraîne l'irrecevabilité de l'offre, son offre ne constitue pas plus une variante au sens de la jurisprudence du Conseil d'État, c'est-à-dire une modification à l'initiative du soumissionnaire de certaines spécifications des prestations décrites dans le cahier des charges ou plus généralement dans le dossier de consultation ;
- en tout état de cause son offre n'est pas inappropriée au sens de l'article L. 2152-4 du code de la commande publique et, à supposer qu'elle soit considérée comme irrégulière ou inacceptable, aux termes des articles L. 2152-2 et L. 2152-3 du code de la commande publique, une négociation aurait pu être engagée ;
- elle n'a pas été invitée à régulariser son offre contrairement aux dispositions de l'article R. 2152-2 du code de la commande publique alors que cette régularisation n'aurait pas entraîné de modification des caractéristiques substantielles de l'offre, ni porté atteinte à l'égalité entre les candidats qui, dans ce cas, disposent tous d'un long délai pour réajuster leur offre ;
- la qualification erronée d'offre irrégulière lèse de façon mécanique le candidat dans la présentation de son offre.

Par un mémoire en défense enregistré le 7 avril 2025, le ministre des armées conclut au rejet de la requête et à la mise à la charge de la société requérante d'une somme de 2 400 euros sur le fondement des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Il fait valoir qu'aucun des moyens de la requête n'est fondé dès lors notamment qu'il n'appartient pas au pouvoir adjudicateur d'effectuer un choix entre deux solutions techniques proposées par un soumissionnaire lorsque cela est explicitement exclu par les documents contractuels sous peine de porter atteinte à l'égalité entre les candidats.

Vu les autres pièces du dossier.

Vu :

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

La présidente du tribunal a désigné Mme Viseur-Ferré, vice-présidente, pour statuer sur les demandes de référé.

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

Au cours de l'audience publique du 14 avril 2025 à 10 heures en présence de M. Subra de Bieusses, greffier d'audience, Mme Viseur-Ferré a lu son rapport et a entendu :

- les observations de Me de La Marque représentant la société FXC Europe qui reprend ses conclusions et moyens,
- et les observations de Mme A représentant le ministre des armées qui confirme ses écritures et produit à l'audience l'offre financière présentée par le groupement constitué par société FXC Europe et la société B/E Aerospace Systems GmbH, communiqué immédiatement à la société requérante.

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

Considérant ce qui suit :

1. La direction générale de l'armement du ministère des armées a lancé, par avis d'appel public à concurrence publié le 11 avril 2024 sur le site la Place et le 9 avril 2024 au Journal officiel de l'Union Européenne, une consultation pour la passation d'un marché de défense soumis à la procédure de négociation en vue de l'acquisition de kits d'oxygénation pour les opérations à très grande hauteur, ses équipements associés et son soutien initial d'une durée de 7 ans non renouvelable. La société FXC Europe et la société B/E Aerospace Systems GmbH ont répondu conjointement et déposé leur candidature le 14 mai 2024. Par lettre du 4 septembre 2024, la société FXC Europe, mandataire du groupement, a été informée du rejet de sa candidature comme irrecevable. Saisi d'un recours contre cette décision sur le fondement des dispositions de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, le juge des référés précontractuels du présent tribunal a enjoint, par une ordonnance du 23 octobre 2024, au ministère des armées de reprendre la procédure de passation au stade des candidatures. Dans ce cadre, la société FXC Europe a déposé l'offre du groupement le 9 février 2025. Par un courrier du 17 mars 2025, le ministère des armées a toutefois rejeté l'offre du groupement en retenant qu'elle était irrégulière car présentant une variante, non autorisée aux termes du règlement de consultation. La société FXC Europe demande au juge des référés précontractuels, sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, d'enjoindre à la direction générale de l'armement de reprendre la procédure au stade de l'analyse des offres.

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

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. "

3. Il appartient au juge des référés, saisi en vertu des dispositions de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, 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 manière suffisamment vraisemblable de l'avoir lésée ou risquent de la léser, fût-ce de façon indirecte en avantageant une entreprise concurrente.

4. Aux termes de l'article R. 2352-1 du code de la commande publique : " Les dispositions des articles R. 2152-1 et R. 2152-2 s'appliquent. ". L'article R. 2152-1 du même code prévoit : " Dans les procédures adaptées sans négociation et les procédures d'appel d'offres, les offres irrégulières, inappropriées ou inacceptables sont éliminées. / Dans les autres procédures, les offres inappropriées sont éliminées. Les offres irrégulières ou inacceptables peuvent devenir régulières ou acceptables au cours de la négociation ou du dialogue, à condition qu'elles ne soient pas anormalement basses. Lorsque la négociation ou le dialogue a pris fin, les offres qui demeurent irrégulières ou inacceptables sont éliminées. ". Et l'article R. 2152-2 du même code précise : " Dans toutes les procédures, l'acheteur peut autoriser tous les soumissionnaires concernés à régulariser les offres irrégulières dans un délai approprié, à condition qu'elles ne soient pas anormalement basses. / La régularisation des offres irrégulières ne peut avoir pour effet d'en modifier des caractéristiques substantielles. "

5. En premier lieu, le document unique de besoin (DUB), document contractuel, comportait une exigence 110, aux termes de laquelle, sous le titre " Economies d'oxygène ", il était stipulé que " Le dispositif d'oxygénation doit permettre d'économiser l'oxygène consommé lors de la descente sous voile en dessous du FL180 ", c'est-à-dire environ 5 400 mètres. L'exigence 110 était complétée, aux seules fins de compréhension de l'exigence par les candidats, de la mention suivante " Possibilités : - dilution progressive de l'oxygène selon le tableau suivant [accompagné d'un tableau mettant en rapport l'altitude et l'apport d'oxygène] - ou utilisation de l'air pulsé à la place de la dilution en

dessous du FL180, en démontrant que le système est aussi efficace que la dilution de l'oxygène dans un contexte d'emploi militaire (prise en compte du stress et de l'activité physique comme facteurs de modification des patterns respiratoires et des échanges gazeux). ". Cette exigence de proposer une économie d'oxygène était toutefois facultative et apportait aux candidats deux points lors de la notation de l'offre technique, quelle que soit la solution proposée.

6. Il résulte de l'instruction que les deux technologies, présentées à titre d'exemple par le DUB, sont profondément différentes et que, si le système d'apport en oxygène par dilution progressive est largement répandu et maîtrisé par la plupart des candidats potentiels, le système par air pulsé est une technologie plus récente, qu'un nombre réduit de candidats potentiels serait en capacité de proposer au pouvoir adjudicateur. Il résulte également de l'instruction que la société FXC Europe affirme maîtriser parfaitement les deux technologies.

7. Dans ce cadre, la société requérante soutient que la formulation de la mention complémentaire à l'exigence 110 doit être comprise comme permettant aux candidats " d'assurer à l'acheteur la possibilité de pouvoir répondre aux technologies qu'il proposait lui-même ". Sur la base de cette analyse, qu'elle n'a, à aucun moment, fait corroborer par le pouvoir adjudicateur, la société FXC Europe a déposé le 9 février 2025 un pli unique d'offre proposant un système par air pulsé et " dans l'hypothèse ou [il] serait jugé inadapté par l'administration, [le] groupement propos[ait] une autre solution technique " par dilution progressive. Il résulte de l'instruction que l'offre ainsi formulée par la société requérante comportait une offre technique présentant la description de la solution proposée " en deux parties car l'offre comporte deux propositions techniques " et qu'il " en résult[ait] " que l'offre financière comportait " deux devis, associés aux deux solutions techniques ". Ainsi, alors même que la présentation de variantes avait été expressément exclue par le règlement de consultation, la société requérante laissait au pouvoir adjudicateur le soin de choisir l'offre financiero-technique qu'il comparerait avec celle des autres candidats. Dès lors, c'est sans commettre d'erreur d'appréciation que le pouvoir adjudicateur a retenu que la société avait présenté deux offres dans le même pli, ce qui rendait son offre irrégulière, au regard du règlement de consultation et au sens des dispositions de l'article R. 2352-1 du code de la commande publique.

8. En second lieu, si, aux termes des articles R. 2352-1 et R. 2152-2 du code de la commande publique, il était loisible au pouvoir adjudicateur d'inviter la société FXC Europe à régulariser son offre dans un délai approprié, ceci ne reste qu'une faculté. Dès lors la société FXC Europe n'est pas fondée à soutenir qu'en ne l'invitant pas à régulariser son offre le ministre des armées a méconnu ses obligations de publicité et de mise en concurrence.

9. Il résulte de ce qui précède que les conclusions de la société FXC Europe, à fin d'injonction, ainsi que, par voie de conséquence, ses conclusions relatives aux frais non compris dans les dépens, doivent être rejetées.

Sur les frais liés au litige :

10. Il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de la société FXC Europe une somme de 1 000 euros au titre des frais exposés par l'État et non compris dans les dépens.

O R D O N N E :

Article 1er : La requête de la société FXC Europe est rejetée.

Article 2 : La société FXC Europe versera à l'État une somme de 1 000 euros en application des dispositions de l'article L.761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : La présente ordonnance sera notifiée à la société FXC Europe et au ministre des armées.

Fait à Toulouse le 17 avril 2025

La juge des référés,

Cécile VISEUR-FERRÉLe greffier

François SUBRA de BIEUSSES

La République mande et ordonne au ministre des armées, en ce qui le concerne et à tous commissaires 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 ordonnance.

Pour expédition conforme,

Pour la greffière en chef,