

TA78
Tribunal Administratif de VERSAILLES
2206118
2022-08-26
CABINET PALMIER & ASSOCIÉS
Ordonnance
Plein contentieux

Rejet

Vu la procédure suivante :

Par une requête enregistrée le 9 août 2022, la société TP Assistance, représentée par Me Hourmant, demande au juge des référés :

- 1°) d'annuler la procédure négociée avec publicité préalable n° 20 C5 0137 pour le maintien en condition opérationnelle des matériels de travaux publics en service dans les armées ;
- 2°) de mettre à la charge de l'Etat une somme de 5 000 euros au titre des dispositions de l'article L 761-1 du code de justice administrative.

Elle fait valoir :

- que les articles R. 2181-1 et R. 2181-3 du code de la commande publique ont été méconnus dès lors que les motifs du rejet de son offre ne lui ont pas été communiqués ;
- que le marché en litige a été à tort qualifié de marché de défense, d'où l'illégalité du recours à la procédure négociée ;
- le caractère manifestement insuffisant de la candidature de l'attributaire AART Electronics ;
- le caractère anormalement bas de l'offre d'AART Electronics ;
- l'irrégularité du critère " prix " ;
- l'irrégularité du critère " complétude des marques ".

Par un mémoire en défense, enregistré le 19 août 2022, le ministre des armées conclut au rejet de la requête et à la condamnation de la société requérante au paiement de la somme de 2 400 euros sur le fondement des dispositions de l'article L 761-1 du code de justice administrative.

Il soutient que :

- le marché en litige étant un marché de défense et de sécurité, les conclusions aux fins d'annulation sont donc irrecevables ;
- dans le cadre du présent mémoire le pouvoir adjudicateur produit certains des éléments demandés par la société requérante ;
- les équipements soutenus au titre du présent marché sont bien des équipements militaires ; bien qu'initialement conçus pour une utilisation civile, ils ont été adaptés à des fins militaires en étant équipés de blindage ou prédisposés à recevoir des kits de blindage additionnels afin d'être affectés à des unités de génie ; par suite, le moyen tiré de l'illégalité du recours à la procédure négociée ne peut qu'être écarté ;
- en tout état de cause, à supposer que les références professionnelles dont dispose la société AART Electronics ne soient pas suffisantes, cette insuffisance n'est pas de nature à entraîner son élimination de la présente consultation ; en ce qui concerne les prestations de maintenance et d'entretien des engins, la société sous-traite ces prestations à la société AUDET'PANNAGE comme la réglementation l'y autorise ;
- l'écart de 12% ne saurait faire suspecter le caractère anormalement bas de l'offre retenue dès lors que cet écart ne porte que sur un des sous-critères du critère " prix " ; par ailleurs sur 3 des 5 sous-critères c'est la société requérante qui a fait l'offre la plus basse ; le pouvoir adjudicateur n'avait donc pas à mettre en œuvre les dispositions des articles L. 2352-1 et R. 2352-3 du code de la commande publique ;
- s'agissant de l'irrégularité du critère " prix " manque en fait s'agissant du sous-critère " panier-type " ; le caractère irrégulier des sous-critères " valeur marques obligatoire " (T1G), " valeur tarif marque importante " (T2G) et " valeur tarif marque souhaitable " (T3G) ne peut qu'être écarté dès

lors d'une part que pour les critères T2G et T3G c'est la société requérante qui a obtenu la meilleure note et que les trois sous-critères ont permis la mise en œuvre d'une mise en concurrence efficace de nature à attribuer, pour chacun d'eux, la meilleure note à l'offre la moins onéreuse ;

- s'agissant de l'irrégularité du critère " complétude des marques ", ce critère porte uniquement sur le nombre de marque importante et souhaitable proposées par les sociétés soumissionnaires ; les sociétés soumissionnaires ayant chacune proposé de répondre à l'ensemble des 17 marques importantes et 45 marques souhaitables listées dans le DCE, elles se sont vus logiquement attribuer le même nombre de points.

Par un mémoire en défense, enregistré le 19 août 2022, la société AART Electronics, représentée par Me Palmier, conclut à titre principal à l'irrecevabilité des conclusions de la société requérante, à titre subsidiaire au rejet de ses conclusions, et à la condamnation de la société requérante à lui verser la somme de 2 500 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- le juge des référés pourra constater que, par ses écritures en défense, le ministre des armées a apporté les informations complémentaires sollicitées par la société de sorte que le moyen manque désormais en fait ;
- il résulte des pièces du dossier que le marché répond à la définition du marché de défense et de sécurité donnée par l'article L. 1113-1 du code de la commande publique ; par suite les conclusions de la société requérante aux fins d'annulation de la procédure ne pourront qu'être déclarées irrecevables ;
- en tout état de cause le ministre des armées pouvait avoir recours à la procédure avec négociation pour la conclusion du marché objet des débats ;
- la société AART Electronics est spécialisée dans la centralisation et externalisation des achats de la défense, qu'il s'agisse de produits exclusivement militaires ou de produits civils utilisés pour les besoins de la défense ; le moyen tiré du défaut de justification de sa capacité à exécuter les prestations manque en fait ;
- l'écart de points entre les 2 sociétés traduit le fait qu'il existe un très faible écart entre les offres financières des 2 candidats de l'ordre de seulement 4 pour cent ; un tel écart était insusceptible de conduire le ministre des armées à suspecter l'offre de la société AART Electronics comme étant anormalement basse ; la société requérante ne saurait dès lors reprocher au ministre de ne pas avoir mis en œuvre la procédure de détection des offres anormalement basses ;
- sur la régularité du critère prix, l'illégalité n'est pas établie ;
- s'agissant du critère relatif à la complétude des marques, le moyen tiré de son illégalité manque en fait.

Par un mémoire en réplique le 21 août 2022, la société TP Assistance, représentée par Me Hourmant, demande au juge des référés :

- 1°) à titre principal, d'annuler la procédure négociée avec publicité préalable n° 20 C5 0137 pour le maintien en condition opérationnelle des matériels de travaux publics en service dans les armées ;
- 2°) à titre subsidiaire, de suspendre l'exécution de toute décision se rapportant à la passation du marché et d'ordonner au ministre des armées de se conformer à ses obligations dans un délai qui ne saurait excéder 2 mois à compter de la notification de l'ordonnance à intervenir, et ce sous astreinte de 1 000 euros par jour de retard ;
- 3°) de mettre à la charge de l'Etat une somme de 5 000 euros au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle fait valoir :

- que le ministre fournit uniquement la valeur coût et le panier type mais ne fournit aucun élément lié à la valeur tarif des marques obligatoires qui représentent pourtant 20% du critère " prix " ; en s'abstenant de fournir les éléments sur ce sous-critère, le ministre manque à ses obligations ;
- que la proportion infinitésimale de matériel militaire ne peut pas conduire à conférer à l'ensemble du marché le caractère d'un marché de défense ou de sécurité ; quant aux équipements, il s'agit de simples accessoires montés après la fabrication des matériels à partir de plans non secret défense ; le parc des engins en lien avec le marché en litige fait régulièrement l'objet de cessions à l'initiative du ministère des armées et ce sans aucun démantèlement, ni aucun déséquipement préalable ;
- le caractère manifestement insuffisant de la candidature de l'attributaire AART Electronics ; le fait de sous-traiter les opérations de maintenance à la société AUDET/PANNAGE, qui ne compte que 2 salariés, démontre le caractère insuffisant de la candidature ;
- un écart de 12% sur des prix imposés par des fournisseurs apparaît démesuré ;
- le caractère inapproprié/irrégulier de l'offre d'AART Electronics en l'absence d'équipe de maintenance proche des sites détenteurs d'engin ainsi que d'ateliers proches des sites détenteurs d'engins ; l'absence de certification ISO s'agissant de la partie service.

Vu les autres pièces du dossier.

Vu :

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

La présidente du tribunal administratif de Versailles a désigné M. B, vice-président, 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 tenue le 22 août 2022 à 10 heures en présence de Mme Paulin, greffière d'audience :

- le rapport de M. Ouardes, juge des référés,
- les observations de Me Lebey, représentant la société TP Assistance, qui conclut aux mêmes fins que la requête par les mêmes moyens qu'il précise ;
- les observations de M. C et de M. A représentant le ministre des armées, qui concluent aux mêmes fins que leur mémoire en défense par les mêmes moyens qu'ils précisent ;
- les observations de Me Palmier, représentant la société AART Electronics, qui conclut aux mêmes fins que son mémoire en défense par les mêmes moyens qu'il précise.

La clôture de l'instruction est différée au jeudi 25 août 12h pour permettre aux parties de répondre aux nouveaux moyens soulevés dans le mémoire du 21 août.

Par un mémoire enregistré le 24 août 2022 à 18h43, la société AART Electronics représentée par Me Palmier conclut au rejet de la requête et à la condamnation de la société requérante à lui verser la somme de 2 500 euros au titre de l'article L 761-1 du code de justice administrative.

Elle fait valoir :

- que le grief tiré de l'absence de ses capacités professionnelles et techniques est inopérant et, en tout état de cause, manque en fait ;
 - elle applique un système de management de la qualité répondant aux exigences de la norme ISO 9001 ;
 - le grief tiré de ce qu'elle entendrait proposer des pièces adaptables manque en fait ;
 - le grief tiré de ce que son offre ne proposerait pas un réseau d'intervention d'équipes de maintenance dans un rayon maximum de 150 km des sites d'intervention manque en fait ainsi que le moyen tiré de ce que son offre ne permettrait pas d'assurer la maintenance lourde dans un rayon de plus de 300 km entre le lieu d'affectation de l'engin et l'atelier de maintenance corrective.
- Par un mémoire en réplique enregistré le 25 août 2022 à 8h11, le ministre des armées conclut au rejet de la requête et à la condamnation de la société TP Assistance au paiement de la somme de 2 500 euros au titre des frais d'instance.

Il fait valoir :

- l'inopérance des moyens invoqués par la société requérante en raison de son exclusion au titre de l'article L. 2141-8 du code de la commande publique ;
- qu'au surplus les irrégularités invoquées manquent en fait.

Par un mémoire complémentaire enregistré le 25 août 2022 à 8h53, la société TP Assistance, représentée par Me Hourmant, conclut aux mêmes fins que la requête par les mêmes moyens qu'elle précise.

Considérant ce qui suit :

1. Par un avis d'appel public à la concurrence publié au BOAMP le 20 mai 2021 et au JOUE le 21 mai 2021, le ministre des armées a lancé une procédure négociée avec publicité préalable pour le maintien en condition opérationnelle des matériels de travaux publics en service dans les armées. La société TP Assistance a déposé sa candidature le 31 mai 2022. Par un courrier en date du 23 août 2021, elle a été informée que sa candidature était retenue et a été invitée à concourir à la phase " offre ". Par un courrier en date du 2 août 2022, elle a été informée du rejet de son offre, ce courrier précisant en outre que l'offre de la société AART Electronics était retenue. Par le présent référé, la société TP Assistance demande l'annulation de la procédure négociée avec publicité préalable n° 20 C5 0137 pour le maintien en condition opérationnelle des matériels de travaux publics en service dans les armées.

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 () ". Aux termes de 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. / II.-Toutefois, le I n'est pas applicable aux contrats passés dans les domaines de la défense ou de la sécurité (). / Pour ces contrats, il est fait application des articles L. 551-6 et L. 551-7 ". Aux termes de l'article L. 551-10 de ce 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. Il résulte de ces dispositions qu'il appartient au juge administratif, saisi en application de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, de se prononcer sur le respect des obligations de publicité et de mise en concurrence incombant à l'administration. En vertu de cet article, 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 qui sont susceptibles d'être lésées par de tels manquements. Il appartient, dès lors, au juge du référé précontractuel de rechercher si l'opérateur économique 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 lésé ou risquent de le léser, fût-ce de façon indirecte en avantageant un opérateur économique concurrent.

Sur les conclusions :

En ce qui concerne la méconnaissance des articles R. 2181-1 et R. 2181-3 du code de la commande publique :

4. Aux termes de l'article L. 2181-1 du code de la commande publique : " Dès qu'il a fait son choix, l'acheteur le communique aux candidats et aux soumissionnaires dont la candidature ou l'offre n'a pas été retenue, dans les conditions prévues par décret en Conseil d'Etat ". Aux termes de l'article R. 2181-1 du même code : " L'acheteur notifie sans délai à chaque candidat ou soumissionnaire concerné sa décision de rejeter sa candidature ou son offre ". Aux termes de l'article R. 2181-3 dudit code : " La notification prévue à l'article R. 2181-1 mentionne les motifs du rejet de la candidature ou de l'offre. / Lorsque la notification de rejet intervient après l'attribution du marché, l'acheteur communique en outre : / 1° Le nom de l'attributaire ainsi que les motifs qui ont conduit au choix de son offre ; / 2° La date à compter de laquelle il est susceptible de signer le marché dans le respect des dispositions de l'article R. 2182-1 ". Aux termes de l'article R. 2181-4 de ce code : " A la demande de tout soumissionnaire ayant fait une offre qui n'a pas été rejetée au motif qu'elle était irrégulière, inacceptable ou inappropriée, l'acheteur communique dans les meilleurs délais et au plus tard quinze jours à compter de la réception de cette demande : / () 2° Lorsque le marché a été attribué, les caractéristiques et les avantages de l'offre retenue ".

5. L'exigence de motivation de la décision rejetant une offre posée par ces dispositions a, notamment, pour objet de permettre à l'auteur de cette offre de contester utilement le rejet qui lui a été opposé devant le juge du référé précontractuel saisi en application de l'article L. 551-1 du code de justice administrative. Par suite, l'absence de respect de ces dispositions constitue un manquement aux obligations de transparence et de mise en concurrence. Toutefois, un tel manquement n'est plus constitué si les motifs de cette décision ont été communiqués au candidat évincé à la date à laquelle le juge des référés statue et si le délai qui s'est écoulé entre cette communication et la date à laquelle le juge statue a été suffisant pour permettre à ce candidat de contester utilement son éviction.

6. Il résulte de l'instruction que la société requérante a sollicité la communication des motifs du rejet de son offre le 4 août 2022. Dans le cadre du mémoire en défense, le pouvoir adjudicateur a produit le montant en euros hors taxe des deux sous-critères financiers, valeur coût (VC) et panier type (PT) pour lesquels il existe un prix. Par ailleurs, en ce qui concerne les caractéristiques et avantages de l'offre retenue et les notes obtenues sur chacun des critères et sous-critères par la société requérante et la société AART Electronics, le pouvoir adjudicateur a produit des tableaux détaillant la comparaison des notes obtenues par les deux soumissionnaires. Il suit de là qu'à la date à laquelle le juge des référés statue, le pouvoir adjudicateur doit être regardé comme ayant respecté son obligation d'information nonobstant la circonstance que n'ont pas été communiqués les taux de remise proposés par les soumissionnaires sur les prix constructeur du fait de leur caractère secret au sens de l'article L. 151-1 du code de commerce. Par suite le moyen tiré de la méconnaissance des articles R. 2181-1 et R. 2181-3 du code de la commande publique doit être écarté.

En ce qui concerne la qualification du marché en litige en marché de défense ou de sécurité :

7. Aux termes de l'article L. 1113-1 du code de la commande publique : " Un marché de défense ou de sécurité est un marché conclu par l'Etat ou l'un de ses établissements publics et ayant pour objet :

1° La fourniture d'équipements, y compris leurs pièces détachées, composants ou sous-assemblages, 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 ; 2° La fourniture d'équipements destinés à la sécurité, y compris leurs pièces détachées, composants ou sous-assemblages, et qui font intervenir, nécessitent ou comportent des supports ou informations protégés ou classifiés dans l'intérêt de la sécurité nationale ; 3° Des travaux, fournitures et services directement liés à un équipement mentionné au 1° ou au 2°, y compris la fourniture d'outillages, de moyens d'essais ou de soutien spécifique, pour tout ou partie du cycle de vie de l'équipement. Pour l'application du présent alinéa, le cycle de vie de l'équipement est l'ensemble des états successifs qu'il peut connaître, notamment la recherche et développement, le développement industriel, la production, la réparation, la modernisation, la modification, l'entretien, la logistique, la formation, les essais, le retrait, le démantèlement et l'élimination ; 4° Des travaux et services ayant des fins spécifiquement militaires ou des travaux et services destinés à la sécurité et qui font intervenir, nécessitent ou comportent des supports ou informations protégés ou classifiés dans l'intérêt de la sécurité nationale. Les principes énoncés à l'article L. 3, lorsqu'ils s'appliquent à des marchés de défense ou de sécurité, ont également pour objectif d'assurer le renforcement de la base industrielle et technologique de défense européenne. "

8. Il résulte de l'instruction que les équipements soutenus au titre du marché en litige sont précisément définis comme des équipements militaires. Si ces matériels de travaux publics sont initialement conçus pour une utilisation civile, ils ont toutefois été adaptés à des fins militaires en étant équipés de blindage ou prédisposés à recevoir des kits de blindage additionnels afin d'être affectés à des unités du génie. Ils sont également équipés de support d'armement, d'appareils de décontamination et de système de signalisation black-out. Enfin l'ensemble de ces matériels est projetable en opérations militaires extérieures de la France (OPEX) et environ la moitié fait l'objet d'un traitement de surface propre au camouflage garantissant une faible trace de ces engins à la réflectance à l'infrarouge. L'objectif principal du marché est l'organisation et l'optimisation du soutien de ces matériels. Il s'ensuit de là que le présent marché dédié à la fourniture de pièces détachées et de services de réparation, d'entretien et de formation d'équipements militaires destinés à être affectés à des unités de génie, donc de fourniture et de services directement liés au cycle de vie de ces derniers, doit être regardé comme un marché de défense ou de sécurité au sens des dispositions de l'article L. 1113-1 du code de la commande publique. La circonstance que le parc des engins en lien avec le marché contesté fait régulièrement l'objet de cessions à l'initiative du ministère des armées est sans rapport avec la qualification d'équipements militaires en l'espèce. Par suite le moyen tiré tant de l'erreur de qualification du marché que de l'illégalité du recours à la procédure négociée qui est expressément autorisée en matière de marchés de défense ou de sécurité, doit être écarté.

En ce qui concerne le caractère manifestement insuffisant de la candidature de l'attributaire AART Electronics :

9. Aux termes de l'article 51 de l'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015 : " I. - Les acheteurs ne peuvent imposer aux candidats que des conditions de participation à la procédure de passation propres à garantir qu'ils disposent de l'aptitude à exercer l'activité professionnelle, de la capacité économique et financière ou des capacités techniques et professionnelles nécessaires à l'exécution du marché public. Ces conditions sont liées et proportionnées à l'objet du marché public ou à ses conditions d'exécution ". Aux termes de l'article 44 du décret n°2016-360 du 25 mars 2016 : " I. - Les conditions de participation mentionnées au I de l'article 51 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 susvisée, ainsi que les moyens de preuve acceptables, sont indiqués par l'acheteur dans l'avis d'appel à la concurrence ou dans l'invitation à confirmer l'intérêt ou, en l'absence d'un tel avis ou d'une telle invitation, dans les documents de la consultation () V. - En ce qui concerne les capacités techniques et professionnelles, l'acheteur peut imposer des conditions garantissant que les opérateurs économiques possèdent les ressources humaines et techniques et l'expérience nécessaires pour exécuter le marché public en assurant un niveau de qualité approprié. A cette fin, dans les marchés publics de services ou de travaux et les marchés publics de fournitures nécessitant des travaux de pose ou d'installation ou comprenant des prestations de service, l'acheteur peut imposer aux candidats qu'ils indiquent les noms et les qualifications professionnelles pertinentes des personnes physiques qui seront chargées de l'exécution du marché public en question ". Aux termes, enfin, de l'article 3 de l'arrêté du 29 mars 2016 fixant la liste des renseignements et des documents pouvant être demandés aux candidats aux marchés publics : " I. - Dans la mesure où ils sont nécessaires à l'appréciation des capacités techniques et professionnelles des candidats, l'acheteur ne peut exiger d'autres moyens de preuve que les renseignements ou documents suivants

: () 12° Des certificats de qualification professionnelle établis par des organismes indépendants. Dans ce cas, l'acheteur accepte tout moyen de preuve équivalent ainsi que les certificats équivalents d'organismes établis dans d'autres Etats membres " .

11. Il résulte de ces dispositions que le pouvoir adjudicateur doit contrôler les garanties professionnelles, techniques et financières des candidats à l'attribution d'un marché public et que cette vérification s'effectue au vu des seuls renseignements ou documents prévus par les prescriptions de l'arrêté ministériel précité. Les documents ou renseignements exigés à l'appui des candidatures doivent être objectivement rendus nécessaires par l'objet du marché et la nature des prestations à réaliser. Le juge du référé précontractuel ne peut censurer l'appréciation portée par le pouvoir adjudicateur sur les niveaux de capacité technique exigés des candidats à un marché public, ainsi que sur les garanties, capacités techniques et références professionnelles présentées par ceux-ci que dans le cas où cette appréciation est entachée d'une erreur manifeste.

12. Il résulte de l'instruction que, s'agissant des capacités techniques et professionnelles, si la société AART Electronics ne dispose que de références concernant le maintien en condition opérationnelle de véhicules, cette circonstance ne permet pas à elle seule de considérer qu'elle ne dispose pas des capacités nécessaires à l'exécution du marché, une parfaite similarité entre les prestations du marché et les principaux services fournis par le candidat n'étant pas exigée. En ce qui concerne les prestations de maintenance et d'entretien des engins, la société sous-traite ces prestations à la société AUDET'PANNAGE comme la réglementation l'y autorise. Il résulte de l'instruction que la société AUDET'PANNAGE est bien en mesure d'assurer les prestations sous-traitées. S'agissant de l'absence d'équipe de maintenance proche des sites détenteurs d'engin, il résulte de l'instruction que l'offre de la société AART Electronics a été précisément complétée sur ce point. S'agissant de l'absence d'ateliers proches des sites détenteurs d'engin, l'offre de la société AART Electronics a été également complétée. Il en est de même s'agissant des pièces adaptables. Enfin il résulte de l'instruction que la société AART Electronics applique un système de management de la qualité répondant aux exigences de la norme ISO 9001. Il suit de là que les moyens tirés de ce que la société AART Electronics n'avait manifestement pas les capacités requises pour exécuter le marché ou que son offre ne répondrait pas aux besoins exprimés par l'administration et ce même après négociation, ne peuvent qu'être écartés.

En ce qui concerne le caractère anormalement bas de l'offre d'ARTT Electronics :

13. Aux termes de l'article 53 du code de la commande publique : " I. - Pour attribuer le marché au candidat qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, le pouvoir adjudicateur se fonde : / 1° Soit sur une pluralité de critères non discriminatoires et liés à l'objet du marché () / 2° Soit, compte tenu de l'objet du marché, sur un seul critère, qui est celui du prix. / () III. - Les offres inappropriées, irrégulières et inacceptables sont éliminées. Les autres offres sont classées par ordre décroissant. L'offre la mieux classée est retenue () ". L'article 55 de ce même code dispose que : " Si une offre paraît anormalement basse, le pouvoir adjudicateur peut la rejeter par décision motivée après avoir demandé par écrit les précisions qu'il juge utiles et vérifié les justifications fournies (). Peuvent être prises en considération des justifications tenant notamment aux aspects suivants : / 1° Les modes de fabrication des produits, les modalités de la prestation des services, les procédés de construction ; / 2° Les conditions exceptionnellement favorables dont dispose le candidat pour exécuter les travaux, pour fournir les produits ou pour réaliser les prestations de services ; / 3° L'originalité de l'offre ; / 4° Les dispositions relatives aux conditions de travail en vigueur là où la prestation est réalisée ; / 5° L'obtention éventuelle d'une aide d'Etat par le candidat. () " .

14. Le fait, pour un pouvoir adjudicateur, de retenir une offre anormalement basse porte atteinte à l'égalité entre les candidats à l'attribution d'un marché public. Il résulte des dispositions précitées que, quelle que soit la procédure de passation mise en œuvre, il incombe au pouvoir adjudicateur qui constate qu'une offre paraît anormalement basse de solliciter auprès de son auteur toutes précisions et justifications de nature à expliquer le prix proposé et à permettre d'en vérifier la viabilité économique. Si les précisions et justifications apportées ne sont pas suffisantes pour que le prix proposé ne soit pas regardé comme manifestement sous-évalué et de nature, ainsi, à compromettre la bonne exécution du marché, il appartient au pouvoir adjudicateur de rejeter l'offre.

15. Il résulte de l'instruction que l'écart entre les deux prix des paniers type, soit un des sous-critères du critère " prix ", est d'environ 12%, ce qui n'est pas suffisant pour faire suspecter le caractère anormalement bas de l'offre d'autant que le prix anormalement bas d'une offre doit s'apprécier au regard de son prix global. Par ailleurs sur 3 des 5 sous-critères du critère " prix ", VC, T2G et T3G, c'est la société requérante qui a fait l'offre la plus basse. Il suit de là que le moyen tiré du caractère anormalement bas de l'offre retenue manque en fait. Le pouvoir adjudicateur n'était dès lors pas tenu de mettre en œuvre la procédure de détection des offres anormalement basses.

En ce qui concerne l'irrégularité des critères " prix " et " complétude des marques " :

16. 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. Les modalités d'application du présent alinéa sont prévues par voie réglementaire. / Les offres sont appréciées lot par lot ". 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. 2152-7 : " Pour attribuer le marché au soumissionnaire ou, le cas échéant, aux soumissionnaires qui ont présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, l'acheteur se fonde : / 1° Soit sur un critère unique qui peut être : / a) Le prix, à condition que le marché ait pour seul objet l'achat de services ou de fournitures standardisés dont la qualité est insusceptible de variation d'un opérateur économique à l'autre ; / b) Le coût, déterminé selon une approche globale qui peut être fondée sur le coût du cycle de vie défini à l'article R. 2152-9 ; / 2° Soit sur une pluralité de critères non-discriminatoires et liés à l'objet du marché ou à ses conditions d'exécution, parmi lesquels figure le critère du prix ou du coût et un ou plusieurs autres critères comprenant des aspects qualitatifs, environnementaux ou sociaux. Il peut s'agir des critères suivants : / a) La qualité, y compris la valeur technique et les caractéristiques esthétiques ou fonctionnelles, () / c) L'organisation, les qualifications et l'expérience du personnel assigné à l'exécution du marché lorsque la qualité du personnel assigné peut avoir une influence significative sur le niveau d'exécution du marché. / D'autres critères peuvent être pris en compte s'ils sont justifiés par l'objet du marché ou ses conditions d'exécution. / () ". 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 ".

17. 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, l'information appropriée des candidats doit alors porter également sur les conditions de mise en œuvre de ces critères. Il appartient au pouvoir adjudicateur d'indiquer les critères d'attribution du marché et les conditions de leur mise en œuvre selon les modalités appropriées à l'objet, aux caractéristiques et au montant du marché concerné. En outre, si le pouvoir adjudicateur décide, pour mettre en œuvre ces critères de sélection des offres, de faire usage de sous-critères, il doit porter à la connaissance des candidats leurs conditions de mise en œuvre dès lors que ces sous-critères 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. En revanche, le pouvoir adjudicateur n'est pas tenu d'informer les candidats de la méthode de notation des offres.

18. S'agissant du critère " prix " (70%), la société requérante fait d'abord valoir que la notation du sous-critère " panier-type " serait irrégulière et qu'en tout état de cause la méthode retenue ne permet pas d'attribuer la meilleure note à l'offre la moins chère. Il y aurait, selon la société requérante, une contradiction entre l'article 5-1 du règlement de la consultation et l'article 8-1-2. Toutefois, comme le soutient le ministre, l'article 5-1 concerne les lignes du panier-type pour lesquelles aucun soumissionnaire n'a proposé de prix de sorte que la solution figurant à l'article 8-1-2 n'est pas applicable. Ces articles ne concernent donc pas les mêmes situations. Il suit de là que contrairement à ce que soutient la société requérante, la méthode retenue permet bien d'attribuer la meilleure note à l'offre la moins chère. La société requérante fait également valoir que les sous-critères " valeur marques obligatoires (T1G) ", " valeur tarif marque importante (T2G) et " valeur tarif marque souhaitable (T3G) " seraient irréguliers dès lors que notés en fonction du pourcentage de remise faite par le candidat sans que le prix catalogue ne soit pris en compte. Or il suffit de se reporter aux articles 8-1-3, 8-1-4 et 8-1-5 du règlement de la consultation pour constater que la méthode de notation de ces 3 sous-critères prend bien en compte les prix catalogue. Au demeurant, pour les sous-critères T2G et T3G, c'est la société requérante qui a obtenu la meilleure note.

19- S'agissant du critère " complétude des marques " (30%), il ressort du règlement de la consultation que le pouvoir adjudicateur a distingué entre les marques obligatoires qui ne font pas l'objet d'une notation mais pour lesquelles l'absence de proposition de taux de remise entraîne l'élimination de l'offre et les marques importantes et souhaitables qui, à l'inverse, font l'objet d'une notation mais pour lesquelles l'absence de proposition de taux de remise n'entraîne pas l'élimination de l'offre. En l'espèce, les sociétés soumissionnaires ont chacune proposé de répondre à l'ensemble

des 17 marques importantes et 45 marques souhaitables listées dans le DCE. Il convient d'ailleurs de relever que la société requérante a eu le nombre maximum de points au titre de ce sous-critère. 20. Il suit de là que le moyen tiré de l'irrégularité du critère " prix " et du critère " complétude des marques " ne peut qu'être écarté.

21. Il résulte de tout ce qui précède que, sans qu'il soit besoin de se prononcer sur l'exclusion de la société requérante au titre de l'article L. 2141-8 du code de la commande publique, les conclusions présentées par la société TP Assistance doivent être rejetées.

Sur les frais liés au litige :

22. Dans les circonstances de l'espèce, il n'y a pas lieu de faire droit à la demande des parties formées en application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

O R D O N N E:

Article 1er : La requête de la société TP Assistance est rejetée.

Article 2 : les demandes du ministre des armées et de la société AART Electronics formées en application des dispositions de l'article L 761-1 du code de justice administrative, sont rejetées.

Article 3 : La présente ordonnance sera notifiée à la société TP Assistance, au ministre des armées et à la société AART Electronics.

Fait à Versailles, le 26 août 2022,

Le juge des référés,

Signé

La greffière,

Signé

P. B S. Paulin

La République mande et ordonne au ministre des armées, en ce qui le concerne, ou 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 décision.