

TA78
Tribunal Administratif de VERSAILLES
2302821
2023-04-28
SELARL BOËGE AVOCATS
Ordonnance
Excès de pouvoir

Rejet

Vu la procédure suivante :

A une requête et un mémoire, enregistrés les 7 et 25 avril 2023, la société Cepovett, représentée A Me O'Neil, demande au juge des référés statuant en application de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, dans le dernier état de ses écritures :

- 1°) d'enjoindre au service du commissariat des armées de communiquer l'ensemble des éléments permettant d'identifier les caractéristiques et avantages de l'offre retenue ainsi que les motifs de rejet de son offre ;
- 2°) d'ordonner au service du commissariat des armées de se conformer aux règles de la commande publique et de réexaminer les offres qui lui ont été soumises dans un délai de quinze jours ;
- 3°) d'enjoindre au service du commissariat des armées de reprendre la procédure au stade de l'analyse des offres qui lui ont été soumises dans un délai de quinze jours, sous astreinte de 1 000 euros A jour de retard ;
- 4°) de suspendre l'exécution de toute décision se rapportant à la passation du contrat litigieux ;
- 5°) de mettre à la charge de l'Etat une somme de 3 000 euros au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- la lettre de rejet de son offre ne mentionne pas les notes attribuées au groupement attributaire au titre des critères prix et qualité, et ne comporte aucun élément permettant de comprendre l'appréciation portée sur les avantages techniques de l'offre proposée A l'attributaire, en méconnaissance des articles R. 2181-3 et R. 2181-4 du code de la commande publique ;
- si l'acheteur a répondu aux demandes d'informations complémentaires après l'introduction de la requête, ses réponses restent insuffisantes, et ne lui permettent pas de comprendre l'appréciation portée sur les avantages techniques de l'offre proposée A l'attributaire ; l'acheteur doit lui communiquer les avantages et les caractéristiques de l'offre retenue sous forme d'explications littérales ;
- il entre dans l'office du juge des référés précontractuels de censurer les erreurs manifestes d'appréciation commises A l'acheteur en méconnaissance des principes fondamentaux de la commande publique ;
- la candidature du groupement attributaire, dont l'un des deux-cotraitants, la société Geopack, a été placée en redressement judiciaire, était irrecevable ; en outre, cette société n'a pas été habilitée à poursuivre son activité pendant la durée prévisible du marché, qui est non pas de 24 mois mais de 84 mois ;
- le pouvoir adjudicateur n'a pas contrôlé les capacités financières du groupement attributaire pour s'assurer de sa capacité à exécuter le contrat ; un tel contrôle aurait dû conduire au rejet de sa candidature ;
- l'acheteur a analysé les offres en fonction de sous-critères qui n'ont pas été portés à la connaissance des candidats, et notamment celui de la répartition de la charge des sacs ;
- le retrait de 9 points qui lui a été appliqué pour la mauvaise répartition de la charge correspond, selon le règlement de la consultation, à une non-conformité majeure, or la lecture de la fiche d'examen de son échantillon ne fait état que d'un léger défaut ; en tout état de cause, ce retrait de 9 points est disproportionné, et son offre a été injustement disqualifiée sur la base de ce critère ;
- le sous-critère ergonomie/conception est imprécis et subjectif ;

- contrairement à ce que soutient le ministre des armées, elle a posé quatorze questions durant la procédure ;
- l'appréciation de son offre technique est entachée d'une erreur manifeste dès lors qu'elle fabrique des sacs de combat pour l'armée depuis 2009, qu'elle a été titulaire des deux précédents marchés pour le centre interarmées du soutien équipements commissariat, dont les spécifications techniques sont les mêmes que celles du marché litigieux, et que la fiche d'examen de son échantillon, censée justifier la note qui lui a été attribuée au titre du critère qualité, relève des anomalies qui n'avaient jusqu'alors jamais été portées à sa connaissance, notamment en ce qui concerne les prétendus défauts de tissus et la mauvaise répartition de la charge des sacs ; l'acheteur a donc commis une erreur grossière lors de l'analyse de son échantillon ;
- ces manquements aux règles de la commande publique, alors que son offre a été classée en deuxième position, ont eu pour conséquence de la léser.

A des mémoires en défense, enregistrés les 21 et 25 avril 2023, le ministre des armées conclut au rejet de la requête et à ce que soit mise à la charge de la société Cepovett la somme de 2 400 euros en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Il soutient que :

- la société requérante a eu communication des informations relatives à ses notes ainsi qu'à celles obtenues A le groupement attributaire, avec le classement associé à chaque notation ; les détails ayant fondé la notation des sous-critères techniques lui ont également été communiqués, de sorte qu'elle dispose de l'ensemble des éléments qui lui sont communicables à ce stade de la procédure ; le marché n'étant pas signé, le rapport d'analyse des offres demeure un document préparatoire non communicable aux soumissionnaires évincés, et il n'entre pas dans l'office du juge des référés d'ordonner la communication de ce document ; en tout état de cause, le défaut de communication des informations prévues A les articles R. 2181-3 et R. 2181-4 du code de la commande publique ne peut en aucun cas entraîner l'annulation de la procédure ;
- le groupement attributaire ne pouvait être exclu du seul fait que la société Geopack se trouve en redressement judiciaire, la phase d'observation de la procédure étant achevée à la date du dépôt des offres, et la société disposant d'un plan de redressement ; à titre subsidiaire, la société Geopack est autorisée à poursuivre son activité jusqu'au 29 juillet 2026, soit pendant la durée prévisible d'exécution du marché ;
- chaque membre du groupement a fourni les pièces permettant d'évaluer ses capacités financières, et la capacité du groupement a été jugée comme satisfaisante et offrant toutes les garanties nécessaires à la bonne exécution des prestations objet du marché ;
- la notion de répartition de la charge figurait dans les documents de la consultation ; il ne s'agit pas d'un sous-critère mais d'un élément d'appréciation du sous-critère ergonomie du critère technique ; le pouvoir adjudicateur n'a entendu donner aucune prépondérance à certains éléments d'appréciation ;
- le retrait de 9 points n'est pas excessif dès lors qu'une mauvaise répartition de la charge, élément fondamental d'un sac à dos de haut niveau, est susceptible de porter préjudice au combattant qui le porte ;
- contrairement à ce que soutient la société requérante, le sous-critère " ergonomie/exigences de conception " n'était pas imprécis ni affecté d'une trop forte pondération ;
- le pouvoir adjudicateur n'a pas dénaturé l'offre de la société Cepovett en omettant des éléments ou en portant à son endroit une appréciation manifestement erronée ; il est inopérant de faire référence à l'exécution des deux précédents marchés ainsi qu'aux analyses faites A d'autres laboratoires, qui ne portent pas sur les mêmes échantillons ;
- s'agissant d'un marché passé dans le domaine de la défense et de la sécurité, le juge ne peut pas annuler la procédure de passation, mais dispose seulement des pouvoirs énoncés à l'article L. 551-6 du code de justice administrative.

A un mémoire en défense, enregistré le 24 avril 2023, les sociétés Raidlight et Geopack industries, représentées A Me Palmier, concluent au rejet de la requête et à ce qu'il soit mis à la charge de la société Cepovett le versement de la somme de 2 500 euros chacune au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elles soutiennent que :

- les conclusions de la société requérante tendant à l'annulation de la procédure de passation sont irrecevables, s'agissant d'un marché de défense ou de sécurité ;
- le rapport d'analyse des offres ainsi que le montant détaillé de l'offre de l'attributaire ne sont pas communicables, de sorte que la société Cepovett n'est pas fondée à contester le défaut de communication de ces éléments, et que ses conclusions aux fins d'injonction de les produire doivent être rejetées ;

- dans le cadre de son mémoire en défense, le ministre des armées a produit toutes les informations permettant d'explicitier suffisamment le rejet de l'offre de la société requérante et le choix de l'offre retenue, de sorte que le moyen tiré de la méconnaissance des articles R. 2181-3 et R. 2181-4 du code de la commande publique doit être écarté ;
- la candidature du groupement était recevable, dès lors que, d'une part, la société Geopack industries, qui bénéficie d'un plan de redressement, a été autorisée à poursuivre son activité sans limitation de durée, et que, d'autre part, les capacités financières du groupement attributaire, qui s'est en outre prévalu des capacités de sous-traitants, sont suffisantes pour exécuter les prestations objet de l'accord-cadre ;
- en appréciant le sous-critère " ergonomie/exigences de conception " A rapport à la répartition des charges dans le sac à dos, qui fait nécessairement partie des éléments pris en compte pour assurer la mobilité sans gêne des utilisateurs, le pouvoir adjudicateur n'a pas introduit un sous-critère qui n'aurait pas été porté à la connaissance des candidats ;
- le sous-critère " ergonomie/ conception " n'est ni imprécis, ni subjectif ;
- la société requérante, qui n'est pas fondée à remettre en cause l'appréciation souveraine de l'acheteur sur les mérites respectifs des offres, ne démontre aucune dénaturation de son offre.

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 Caron, première conseillère, pour statuer sur les référés précontractuels en application de l'article L. 551-1 du code de justice administrative.

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

Ont été entendus, au cours de l'audience publique tenue le 25 avril 2023 à 14 heures 00 en présence de Mme Paulin, greffière d'audience :

- le rapport de Mme B ;
- les observations de Me Nourisson, pour la société Cepovett, qui déclare renoncer à ses conclusions à fin d'annulation, et qui maintient ses autres conclusions, A les mêmes moyens ;
- les observations de M. C, pour le ministre des armées, qui persiste dans ses précédentes écritures ;
- et les observations de Me Monagi, pour les sociétés Raidlight et Geopack industries, qui persiste également dans ses écritures.

La clôture de l'instruction a été prononcée à l'issue de l'audience, à 14 heures 39.

Considérant ce qui suit :

1. A un avis d'appel public à la concurrence publié le 17 février 2022 au Bulletin officiel des annonces des marchés publics (BOAMP) et le 18 février 2022 au Journal officiel de l'Union européenne (JOUE), le service du commissariat des armées - plate-forme de Rambouillet a lancé une consultation en vue de l'attribution d'un accord-cadre mono-attributaire à bons de commande ayant pour objet la fabrication de sacs de combat de 45 litres au profit des unités du ministère des armées. A un courrier du 23 mars 2023, le service du commissariat des armées a informé la société Cepovett du rejet de son offre et de l'attribution du marché au groupement composé des sociétés Raidlight et Geopack industries. La société Cepovett demande au juge des référés, statuant en application de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, d'enjoindre au service du commissariat des armées de lui communiquer l'ensemble des éléments permettant d'identifier les caractéristiques et avantages de l'offre retenue ainsi que les motifs de rejet de son offre, de suspendre l'exécution de toute décision se rapportant à la passation du contrat litigieux, et de reprendre la procédure au stade de l'analyse des offres qui lui ont été soumises en se conformant aux règles de la commande publique.

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 A 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 A 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. ". Aux termes de l'article L. 551-2 de ce 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 au sens de l'article 6 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics. / Pour ces contrats, il est fait application des articles L. 551-6 et L. 551-7. ". Aux termes de l'article L. 551-6 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 ou à la constitution de la société d'économie mixte à opération unique. Il peut, en outre, prononcer une astreinte provisoire courant à l'expiration des délais impartis. () . "

3. Il résulte de ces dispositions qu'il appartient au juge des référés précontractuels de se prononcer sur les manquements aux règles de publicité et de mise en concurrence incombant au pouvoir adjudicateur, invoqués à l'occasion de la passation d'un contrat. L'office de ce juge cesse à la signature du contrat. En vertu des mêmes 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 A 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.

En ce qui concerne la méconnaissance des articles R. 2181-3 et R. 2181-4 du code de la commande publique :

4. Aux termes de l'article R. 2181-1 du code de la commande publique : " L'acheteur notifie sans délai à chaque candidat ou soumissionnaire concerné sa décision de rejeter sa candidature ou son offre. ". L'article R. 2181-3 du même code énonce que : " 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. ". L'article R. 2381-1 du même code prévoit que les dispositions des articles R. 2181-1 à R. 2181-4 s'appliquent aux marchés de défense ou de sécurité.

5. L'information sur les motifs du rejet de son offre dont est destinataire la société évincée de la procédure de conclusion d'un marché public, en application des dispositions citées au point précédent, a notamment pour objet de lui permettre de contester utilement le rejet qui lui est opposé devant le juge des référés précontractuels saisi en application de l'article L. 551-1 du code de justice administrative. A suite, l'absence de respect de ces dispositions constitue un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence. L'absence de communication A le pouvoir adjudicateur de l'une des informations mentionnées A les dispositions du code de la commande publique citées au point précédent doit conduire le juge du référé précontractuel à enjoindre à ce dernier de communiquer les informations manquantes au candidat dont l'offre, bien que recevable, a été rejetée. Cependant, un tel manquement n'est plus constitué si l'ensemble des informations, mentionnées aux articles du code de la commande publique précités, 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.

6. Il résulte de l'instruction que, A son courrier du 23 mars 2023, le pouvoir adjudicateur a informé la société Cepovett du rejet de son offre, de ce qu'elle était classée deuxième avec une note finale de 91,60 sur 100, des notes obtenues pour chacun des deux critères d'attribution, ainsi que du nom de l'attributaire et de sa note globale. A deux courriers des 3 et 5 avril 2023, la société Cepovett a demandé au service du commissariat des armées de lui transmettre les informations complémentaires prévues A l'article R. 2181-4 du code de la commande publique et notamment les caractéristiques et avantages de l'offre retenue, ainsi que les motifs détaillés du rejet de son offre. Le 7 avril 2023, le pouvoir adjudicateur lui a transmis le détail de sa note technique avec la note obtenue pour chacun des sous-critères techniques. Le 12 avril 2023, la société Cepovett a sollicité

la communication du rapport d'analyse des offres, indiquant notamment le détail des notes obtenues A l'attributaire pour chaque critère et sous-critère, ainsi que les avantages et caractéristiques de l'offre retenue sous forme d'explications littérales. Il résulte de l'instruction que A un courrier du 17 avril 2023, repris dans le mémoire en défense, le pouvoir adjudicateur a produit des tableaux détaillant les notes et le classement attribués à la société requérante ainsi qu'au groupement attributaire au titre de chaque sous-critère technique, ainsi que le détail du comparatif des échantillons produits A chacun des deux candidats.

7. Il résulte de ce qui précède qu'alors même que ni le rapport d'analyse des offres, ni les avantages et caractéristiques de l'offre retenue sous forme d'explications littérales ne lui ont été communiqués, la société requérante était à même, au vu de l'ensemble des éléments détaillés produits A le ministre des armées, de connaître les motifs du rejet de son offre, les caractéristiques et avantages de l'offre retenue et ainsi de contester utilement la procédure de passation en litige devant le juge du référé précontractuel. A suite, le moyen tiré de la méconnaissance des articles R. 2181-3 et R. 2181-4 du code de la commande publique doit être écarté. Les conclusions de la société Cepovett tendant à ce qu'il soit enjoint au ministre des armées de lui communiquer les caractéristiques et les avantages de l'offre retenue, les motifs de rejet de son offre et, en tout état de cause, le rapport d'analyse des offres ne peuvent, ainsi, qu'être rejetées.

En ce qui concerne le redressement judiciaire de la société Geopack industries :

8. Aux termes de l'article L. 2141-3 du code de la commande publique : " Sont exclues de la procédure de passation des marchés les personnes : / () 3° Admises à la procédure de redressement judiciaire instituée A l'article L. 631-1 du code de commerce ou à une procédure équivalente régie A un droit étranger, qui ne bénéficient pas d'un plan de redressement ou qui ne justifient pas avoir été habilitées à poursuivre leurs activités pendant la durée prévisible d'exécution du marché. "

9. Il résulte de l'instruction que la société Geopack industries, membre du groupement attributaire, fait l'objet d'une procédure de redressement judiciaire ouverte le 29 janvier 2014, et qu'à l'issue d'une période d'observation, un plan de redressement sur une durée de dix ans a été arrêté A un jugement du 29 juillet 2015 du tribunal de commerce de Bourg-en-Bresse, durée prolongée d'un an A un jugement du 25 novembre 2020. La circonstance que la durée maximale d'exécution du marché puisse excéder, en l'espèce, la durée du plan de redressement, est sans incidence, dès lors que ce plan ne limite pas dans le temps la poursuite de l'activité de l'entreprise. Dès lors, le moyen tiré de ce que le marché ne pouvait être attribué à la société Geopack industries au motif qu'elle se serait trouvée dans le cas d'interdiction prévu A le 3° de l'article L. 2141-3 du code de la commande publique doit être écarté.

En ce qui concerne les capacités financières du groupement attributaire :

10. Aux termes de l'article L. 2142-1 du code de la commande publique : " L'acheteur ne peut imposer aux candidats des conditions de participation à la procédure de passation autres que celles 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. / Ces conditions sont liées et proportionnées à l'objet du marché ou à ses conditions d'exécution. ". Aux termes de l'article R. 2142-1 du même code : " Les conditions de participation à la procédure de passation relatives aux capacités du candidat mentionnées à l'article L. 2142-1, ainsi que les moyens de preuve acceptables, sont indiqués A 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. ". Aux termes de l'article R. 2143-3 de ce code : " Le candidat produit à l'appui de sa candidature : / () 2° Les renseignements demandés A l'acheteur aux fins de vérification de l'aptitude à exercer l'activité professionnelle, de la capacité économique et financière et des capacités techniques et professionnelles du candidat. ". L'article R. 2144-1 de ce code prévoit que : " L'acheteur vérifie les informations qui figurent dans la candidature, y compris en ce qui concerne les opérateurs économiques sur les capacités desquels le candidat s'appuie. Cette vérification est effectuée dans les conditions prévues aux articles R. 2144-3 à R. 2144-5. ". Enfin, aux termes de l'article R. 2142-25 du même code : " L'appréciation des capacités d'un groupement d'opérateurs économiques est globale. Il n'est pas exigé que chaque membre du groupement ait la totalité des capacités requises pour exécuter le marché. "

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. Les documents ou renseignements exigés à l'appui des candidatures doivent être objectivement rendus nécessaires A l'objet du marché et la nature des prestations à réaliser. Le juge du référé précontractuel ne peut censurer l'appréciation portée A 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 A ceux-ci que dans le cas où cette appréciation est entachée d'une erreur manifeste.

12. D'une part, si la société Cepovett soutient que le pouvoir adjudicateur n'a effectué aucun contrôle quant aux capacités financières du groupement attributaire, il résulte de l'instruction que le règlement de consultation prévoyait que chaque candidat devait produire un dossier de candidature comportant notamment des documents relatifs à ses moyens techniques, ses effectifs, ses capacités de production, ses références au cours des cinq dernières années, ainsi que les déclarations du candidat DC1 et DC2 dûment remplies et signées, la déclaration DC2 imposant notamment à chaque candidat de renseigner son chiffre d'affaires sur les trois derniers exercices disponibles. A suite, le moyen tiré de ce que le service du commissariat des armées se serait abstenu de vérifier les capacités financières du groupement attributaire du marché doit être écarté.

13. D'autre part, il résulte de l'instruction que le pouvoir adjudicateur n'a pas exigé des candidats de justifier d'un chiffre d'affaires annuel minimal, et que, A ailleurs, le groupement attributaire s'est prévalu des capacités financières de deux sociétés sous-traitantes pour la confection des sacs à dos. Ainsi, et alors même que la société Geopack industries fait l'objet d'une procédure de redressement judiciaire, il ne résulte pas de l'instruction que le groupement attributaire, dont les capacités doivent être appréciées globalement, n'aurait pas, ainsi que le soutient la société Cepovett, les capacités financières pour assurer l'exécution du marché. A suite, le moyen tiré de ce que l'appréciation du pouvoir adjudicateur sur les capacités financières du groupement serait entachée d'une erreur manifeste doit également être écarté.

En ce qui concerne l'usage de sous-critères non prévus dans le dossier de consultation :

14. Aux termes de l'article R. 2152-11 du code de la commande publique : " Les critères d'attribution ainsi que les modalités de leur mise en œuvre sont indiqués dans les documents de la consultation. ". Ces dispositions imposent au pouvoir adjudicateur d'informer les candidats des critères de sélection des offres ainsi que de leur pondération ou hiérarchisation. Si le pouvoir adjudicateur décide, pour mettre en œuvre ces critères de sélection des offres, de faire usage de sous-critères également pondérés ou hiérarchisés, il doit porter à la connaissance des candidats la pondération ou la hiérarchisation de ces 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 A les candidats ainsi que sur leur sélection et doivent en conséquence être eux-mêmes regardés comme des critères de sélection. Le pouvoir adjudicateur n'est en revanche pas tenu d'informer les candidats de la méthode de notation des offres.

15. Il résulte de l'instruction, et notamment du règlement de la consultation, que le marché doit être attribué à l'offre économiquement la plus avantageuse, déterminée au regard de deux critères d'attribution que sont la valeur technique, pondérée à 70 %, et le prix, pondéré à 30 %. L'article 12.1.1 du règlement de la consultation précise, s'agissant de la qualité, que celle-ci est appréciée au vu des échantillons fournis, au regard des sous-critères suivants : un critère rédhibitoire relatif à la résistance aux froissements, un critère relatif aux analyses laboratoires, noté sur 40 points, et un critère " ergonomie/exigences de conception ", noté sur 60 points, ces deux derniers sous-critères prévoyant des points de sanction variables en fonction de l'importance des non-conformités relevées. Il est également précisé que la qualité est appréciée en fonction des caractéristiques mentionnées au titre des documents techniques référencés, et notamment l'article 2 du cahier des clauses techniques particulières, qui indique que les spécifications techniques des articles sont définies A le cahier des charges fonctionnel interarmées habillement CDCFIH n° 8465 0038_V4 de juin 2022. Ce document précise notamment que " réalisé dans des matériaux souples () ce sac à dos se caractérise A sa solidité, sa résistance aux agressions mécaniques (déchirures, frottements) tout en procurant légèreté et ergonomie d'emploi () ", et que " avec leurs sacs de combat IA chargés, les utilisateurs doivent pouvoir se mouvoir sans gêne, marcher, effectuer des descentes en rappel, d'aéro-cordage, emporter et mettre en œuvre l'armement individuel ". Ce même cahier des charges fonctionnel indique, s'agissant du dos et des bretelles du sac à dos, que " les bretelles du sac de combat sont ergonomiques, particulièrement bien adaptées à l'usage, et comportent : a) des sangles de rappel de charge, au niveau des épaules " et que " l'ensemble composé A les deux bretelles et leur base, s'adapte et se relie au corps du sac, de façon à constituer un système de réglage en hauteur (ergonomique et facile d'utilisation) de ces dernières ".

16. D'une part, il résulte de l'instruction qu'au titre du critère " ergonomie/exigences de conception ", la société Cepovett s'est vue infliger 9 points de sanction, l'analyse de l'échantillon produit ayant relevé une mauvaise répartition de la charge, avec la " sensation que celle-ci se trouve concentrée sur une même zone (sur les lombaires), ce qui occasionne un léger basculement latéral, un roulis qui provoquent un déséquilibre lors des courses ou des franchissements ". Si la société requérante soutient qu'aucun document de la consultation ne mentionne la nécessité de répartir la charge des

sacs, il résulte toutefois des exigences fonctionnelles, opérationnelles ainsi que des exigences de conception des sacs mentionnées dans le cahier des charges fonctionnel et rappelées au point 15 que leur ergonomie, dont la répartition de la charge est une composante, constitue un élément essentiel pour assurer la mobilité sans gêne de leurs utilisateurs.

17. D'autre part, il résulte de l'instruction qu'en retirant 9 points à la société requérante au titre d'une mauvaise répartition de la charge, le pouvoir adjudicateur a considéré que ce défaut constituait une non-conformité majeure, définie, aux termes du règlement de la consultation, comme une non-conformité nuisant à la présentation des articles et en limitant l'usage. Si la société Cepovett soutient que le défaut décrit A la fiche d'examen d'échantillon est " léger " et ne limite en rien l'usage spécifiquement prévu au cahier des charges, qui n'inclut ni les courses ni les franchissements, il résulte de ce qui a été dit au point 15 que les utilisateurs des sacs à dos objet du marché doivent notamment pouvoir se mouvoir sans gêne, marcher, effectuer des descentes en rappel, d'aéro-cordage, et que ces sacs, utilisés A le personnel militaire lors des phases d'entraînement, de préparation ou d'engagement opérationnel, doivent permettre aux combattants de mener des actions qui nécessairement peuvent inclure des courses et des franchissements. Dans ces conditions, en considérant que la mauvaise répartition de la charge des sacs en limitait l'usage et en la qualifiant de non-conformité majeure, le pouvoir adjudicateur n'a pas commis d'erreur manifeste d'appréciation. A ailleurs, le retrait de 9 points qui a été infligé à la société requérante n'apparaît pas comme étant excessif. Enfin, la circonstance que cette mauvaise répartition de la charge ait été considérée comme une non-conformité majeure ne suffit pas à établir que cet élément constituait un sous-critère devant être porté à la connaissance des candidats.

18. A suite, la société Cepovett n'est pas fondée à soutenir qu'en prenant en compte la répartition de la charge pour apprécier le sous-critère " ergonomie/exigences de conception ", le pouvoir adjudicateur a fait usage d'un sous-critère qui n'aurait pas été porté à la connaissance des candidats. En ce qui concerne le moyen tiré du caractère imprécis et subjectif du sous-critère " ergonomie/exigences de conception " :

19. 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 A voie réglementaire. () ".

20. D'une part, la société Ceppovett soutient que le sous-critère " ergonomie/exigences de conception " est illégal en raison de son caractère trop imprécis, aucune indication n'ayant été donnée sur les exigences à respecter pour permettre au candidat de les remplir. Toutefois, il résulte de ce qui a été dit au point 15 que le cahier des charges fonctionnel permettait aux candidats d'apprécier les exigences fonctionnelles et opérationnelles qui devaient être prises en compte pour proposer un sac répondant aux besoins de l'acheteur, la société requérante n'ayant, au demeurant, pas estimé nécessaire d'interroger le pouvoir adjudicateur sur ce point. En outre, la répartition de la charge des sacs constituait seulement, ainsi qu'il a été dit au point 16, un élément d'appréciation du sous-critère litigieux, qui n'était pas susceptible d'exercer une influence sur la présentation des offres.

21. D'autre part, il ne résulte pas de l'instruction que le sous-critère " ergonomie/exigences de conception ", noté sur 60 points, aurait été affecté d'une trop forte pondération.

22. Le moyen tiré du caractère imprécis et subjectif du sous-critère " ergonomie/exigences de conception " doit donc être écarté.

En ce qui concerne l'erreur manifeste d'appréciation :

23. Il n'appartient pas au juge du référé précontractuel, qui doit seulement se prononcer sur le respect, A 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.

24. La société Cepovett soutient que l'appréciation de son offre technique est entachée d'une erreur manifeste, dès lors que l'acheteur a commis de grossières erreurs dans le cadre de l'analyse de l'échantillon qu'elle a produit. Elle fait en outre valoir qu'elle a déjà été titulaire de précédents marchés passés A le ministère des armées pour la fabrication de sacs de combat, et qu'aucune anomalie ne lui a jamais été signalée.

25. D'une part, il résulte de l'instruction que les échantillons transmis A la société requérante ont été soumis à des analyses de laboratoire, et que, pour le tissu PA 80/100 (tissu du sursac), la solidité des teintures à la lumière artificielle a été notée 3/4 pour 5 exigé. La société Cepovett, qui se borne à soutenir que cette appréciation est subjective et diffère selon le laboratoire, n'établit pas qu'en retenant cet élément, le pouvoir adjudicateur, qui s'est borné à apprécier la valeur technique de son offre, aurait méconnu le principe d'égalité de traitement entre les candidats ou dénaturé le contenu de son offre. Au surplus, si la société Cepovett fait valoir que cette anomalie est en tout état de cause mineure, il résulte de l'instruction qu'elle a effectivement été qualifiée comme telle A le pouvoir adjudicateur, qui lui a appliqué une pénalité de 0,5 points, ce qui correspond aux prescriptions du règlement de la consultation, selon lesquelles une non-conformité mineure est sanctionnée A un retrait de points compris entre 0,25 et un point.

26. D'autre part, s'agissant du tissu PA 300 (tissu de fond coyotte), la fiche d'examen d'échantillon mentionne qu'il a été relevé une masse surfacique de 330 g/m² pour 300 g/m² exigé. En se bornant à faire voir que ce constat ne remet nullement en cause la qualité et les caractéristiques du tissu et n'a aucune incidence sur le poids total du sac à dos, la société Cepovett ne conteste pas la non-conformité relevée, qui A ailleurs a également été considérée comme mineure A le pouvoir adjudicateur et n'a donné lieu qu'à un retrait d'un point. En outre, il a également été relevé, s'agissant de ce tissu, que la résistance au déchirement était de 84,2N pour 90N exigé, ce qui a donné lieu à un retrait de 1,5 points. Si la société Cepovett fait valoir qu'un laboratoire allemand a apprécié cette résistance à 115N pour le même tissu, cette circonstance ne saurait suffire à démontrer que l'analyse effectuée A le pouvoir adjudicateur serait entachée d'une erreur grossière, alors en outre qu'il n'est pas établi que ces analyses portaient sur le même échantillon.

27. En outre, la circonstance que la société requérante ait été titulaire des deux précédents marchés conclus en 2009 et 2015 portant sur la fabrication de sacs de combat identiques, au cours desquels aucune anomalie technique n'a jamais été portée à sa connaissance, ne permet pas d'établir que l'appréciation portée A le pouvoir adjudicateur sur l'offre technique dans le cadre de la procédure de passation du marché en litige serait entachée d'une erreur grossière.

28. Enfin, il résulte de ce qui a été dit aux points 16 et 17 qu'en relevant une mauvaise répartition de la charge, le pouvoir adjudicateur n'a pas entaché l'appréciation de l'offre de la société Cepovett au titre du critère " ergonomie/exigences de conception " d'une erreur manifeste ou d'une dénaturation de son contenu.

29. Il résulte de tout ce qui précède que les conclusions présentées A la société Cepovett sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative doivent être rejetées.

Sur l'application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative :

30. Les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce que soit mise à la charge du ministre des armées, qui n'est pas la partie perdante dans la présente instance, la somme que réclame la société Cepovett au titre des frais exposés A elle et non compris dans les dépens. Il y a lieu en revanche, dans les circonstances de l'espèce, de faire droit aux conclusions présentées à ce titre A le ministre des armées ainsi que A les sociétés Raidlight et Geopack industries, et de mettre à la charge de la société Cepovett la somme de 1 500 euros, à verser d'une part, à l'Etat, et, d'autre part, aux sociétés Raidlight et Geopack industries.

ORDONNE :

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

Article 2 : La société Cepovett versera, au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative, la somme de 1 500 euros à l'Etat et la somme de 1 500 euros aux sociétés Raidlight et Geopack industries.

Article 3 : Le surplus des conclusions des parties est rejeté.

Article 4 : La présente ordonnance sera notifiée à la société Cepovett, au ministre des armées, et aux sociétés Raidlight et Geopack industries.

Fait à Versailles, le 28 avril 2023.

La juge des référés,

signé

V. B

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 décision.