

Tribunal administratif de Rennes, 14 avril 2023, 2301645

Synthèse

Jurisdiction : Tribunal administratif de Rennes

Numéro affaire : 2301645

Type de recours : Excès de pouvoir

Dispositif : Rejet

Avocat(s) : CARBONNIER LAMAZE RASLE ET ASSOCIES

Texte

Vu la procédure suivante :

Par une requête et deux mémoires enregistrés le 25 mars et le 11 avril 2023, la société Chantiers Piriou et la société Mauric, représentées par la Selarl Carbonnier Lamaze Rasle et associés, demandent au juge des référés :

1°) à titre principal, d'annuler, sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, la procédure d'appel d'offres relative à la construction du navire de recherche semi-hauturier organisée par l'Institut français de recherche pour l'exploitation de la mer (Ifremer) ;

2°) de mettre à la charge de l'Ifremer le versement de la somme de 2 000 euros en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elles soutiennent que :

- elles ont intérêt à agir en tant que le groupement momentané d'entreprise qu'elles ont constitué entre elles a été classé deuxième avec une différence de note faible avec l'attributaire ;

- leur offre n'est pas irrégulière : des méconnaissances du programme fonctionnel ne peuvent fonder une telle irrégularité ; elles ont bien pris en compte les conditions environnementales exigées par l'Ifremer et l'attente de la performance demandée par l'Ifremer passe par plusieurs

moyens et pas seulement par les appareils de pont qui doivent être utilisés ; dès lors qu'il existait une possibilité pour le pouvoir adjudicateur de régulariser l'offre, il ne peut arguer de l'irrecevabilité du référé précontractuel au motif d'une irrégularité qu'il n'a ni relevée, ni invité à régulariser, n'ayant posé aucune question sur la tenue de mer ; l'Ifremer n'apporte pas davantage la preuve que l'irrecevabilité de leur offre aurait été appréciée au stade de son analyse, en l'absence de production du rapport d'analyse des offres ;

- des modifications substantielles ont été opérées au programme fonctionnel initialement défini au cours de la procédure en plus d'une diminution importante du prix, qui auraient dû conduire l'Ifremer à organiser une nouvelle procédure ;

- les critères de notation ont été changés au cours de la procédure en méconnaissance du principe d'égalité de traitement des candidats :

- des nouveaux sous-critères ont été introduits dans le calcul du critère " conformité opérationnelle et technique " : dans le programme fonctionnel du 3 novembre 2022, ont été introduites les notions " Min ", qui correspond au minimum attendu sur un critère et " Targ ", qui correspond à des exigences qui ne sont pas obligatoires mais constitutives d'un avantage si elles sont atteintes et les exigences Mi-Targ, qui correspondent à des objectifs dits très importants pour l'Ifremer, sans que ne soit connu le coefficient attribué à la réalisation de l'un ou l'autre de ces critères et alors que certaines des exigences ne sont pas quantifiables ; la référence aux critères TECH 2.1, 2.2 et 2.4, qui sont eux-mêmes très généraux, ne permet pas de comprendre comment sont notés les points techniques des offres ; ces notions " Min " et " Targ " ont été introduites de manière tardive, seulement trois mois avant le dépôt de l'offre finale et constituent des modifications substantielles, à tel point que leur non-respect serait de nature à entacher leur offre d'irrégularité ;

- un nouvel élément a été pris en compte pour le critère " qualité RSE " : alors que le détail de la notation dans le règlement de consultation ne mentionne jamais la prise en compte des options, l'option sur les batteries a été prise en compte dans la notation des candidats pour ce critère ; en revanche, la note de prix est basée sur une offre de base sans option ; l'Ifremer ne justifie pas que leur groupement n'aurait pas été classé premiers si la procédure avait été respectée ;

- le pouvoir adjudicateur a refusé illégalement d'insérer une clause de révision des prix les ayant conduites à présenter une offre financière moins favorable en méconnaissance de l'article R. 2112-14 du code de la commande publique : les matériaux relatifs à la construction d'un navire sont fortement impactés par les fluctuations du prix des matières premières, en particulier de l'acier ; ce moyen constitue un manquement aux obligations de mise en concurrence, lequel les a lésés puisque le groupement a été contraint de provisionner pour anticiper la hausse des prix, ce qui l'a empêché de produire l'offre la mieux-disante.

Par un mémoire en défense, enregistré le 10 avril 2023, l'Institut français de recherche pour

l'exploitation de la mer (Ifremer), représenté par la Selas Adaltys Affaires Publiques et la Selarl Tarin Lemarie, conclut au rejet de la requête et à ce que soit mis à la charge des sociétés Chantiers Piriou et Mauric le versement de la somme de 15 000 euros sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Il fait valoir que :

- à titre principal, l'offre du groupement Chantiers Piriou / Mauric est irrégulière dès lors qu'elle ne respecte pas une prescription majeure du programme fonctionnel : l'ensemble des appareils devant pouvoir être utilisés même dans des états de mer formés, avec des hauteurs de vagues définies selon l'échelle de Douglas, le programme fonctionnel prescrivait des états de mer minimums et des objectifs pour leur utilisation ; parmi les cinq exigences posées, trois ne sont pas conformes dans l'offre du groupement requérant, à savoir l'utilisation des chaluts, l'usage du carottage, du dragage et de la grue océanographique et l'utilisation de l'équipement permettant de mesurer la conductivité, la température et la profondeur et de faire des prélèvements d'eau ; ces trois non-conformités ressortent du rapport d'analyse des offres et ont été considérées comme très impactantes sur l'opérabilité du navire ; les sociétés requérantes sont en conséquence insusceptibles d'être lésées par les manquements invoqués ;

- à titre subsidiaire,

- il n'a pas modifié la nature ni l'étendue de son besoin en cours de procédure : les prescriptions du programme fonctionnel peuvent évoluer au cours du dialogue compétitif pour répondre aux éléments d'information complémentaires apparus au cours de la procédure et seules les solutions techniques ont été amenées à évoluer au fil des échanges avec les candidats tout au long de la procédure ; les fonctionnalités du navire telles que décrites dans le programme fonctionnel version A sont restées inchangées tout au long de la procédure ; les modifications techniques apportées par le programme fonctionnel version B ont eu pour objectif de " pouvoir rentrer dans le budget alloué à l'opération sans remettre en cause la construction d'un navire basse consommation " ; le programme fonctionnel version C a introduit les notions Min et Targ, à savoir des exigences minimales associées à des cibles et les ajustements techniques apportés n'ont pas remis en cause l'ensemble des capacités opérationnelles du futur navire ; le programme fonctionnel version D n'a apporté que des modifications mineures visant à préciser des points vus en négociation ; le dialogue compétitif a été mené dans le strict respect du principe de l'égalité de traitement entre les candidats, dans l'objectif de faire ressortir une solution opérationnelle réaliste et financièrement acceptable ; le moyen tiré d'une modification irrégulière du programme fonctionnel est en tout état de cause inopérant dès lors que les sociétés requérantes ne démontrent pas en quoi le manquement ainsi invoqué aurait été susceptible de les léser ;

- il a, dès le lancement de la consultation, publié des critères et des sous-critères de sélection pondérés, objectifs, précis et liés à l'objet du marché et à ses conditions d'exécution et n'a ajouté aucun critère ou sous-critère en cours de consultation ; il a également publié, alors

qu'il n'y était pas tenu, sa méthode de notation du critère technique ; si le programme fonctionnel a été ajusté au cours du dialogue compétitif, les ajustements techniques apportés et notamment les exigences Min et Targ n'ont pas modifié les critères ni la méthode de notation ; les sous-critères TECH 2.1, 2.2 et 2.4 sont précis, renvoient chacun à des chapitres du programme fonctionnel et ne lui laissent aucune marge de choix discrétionnaire ;

- le critère " qualité RSE " comprenait des sous-critères énoncés dans le règlement de la consultation et les batteries ont toujours été comprises dans le programme fonctionnel ; il a pu régulièrement prendre en compte dans son analyse l'état de charge des batteries dans le cadre de l'analyse des essais de consommation d'énergie à la mer pour le calcul des indicateurs " ENV " et " ENS " ; ayant constaté que l'offre finale des sociétés requérantes ne prenait pas en compte dans le calcul des consommations l'hypothèse dans laquelle il déciderait de lever l'option des batteries, il leur a demandé, par courrier du 7 février 2023, de lui transmettre les calculs correspondants, ce qu'elles ont fait le 9 février suivant ; l'élément d'appréciation que constituent les batteries est bien en lien direct avec la consommation énergétique du navire et donc son impact environnemental ; le moyen tiré de la prise en compte d'un nouvel élément pour apprécier le critère " qualité RSE " est en tout état de cause inopérant dès lors que les sociétés requérantes n'auraient pas pu être attributaires du marché dans l'hypothèse où les batteries n'auraient pas été prises en considération ou dans celle où les batteries auraient été incluses tant au niveau du critère du " prix " que de celui de la " qualité RSE " ;

- le moyen tiré du refus d'insérer une clause de révision de prix est inopérant dès lors qu'il ne s'agit pas d'un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence ; en outre, les sociétés requérantes ne démontrent pas que le marché nécessite, pour sa réalisation, le recours à une part importante de fournitures dont le prix est directement affecté par les fluctuations des cours mondiaux ; le manquement invoqué est en tout état de cause insusceptible d'avoir lésé les sociétés requérantes, qui n'établissent pas en quoi elles ont été empêchées de faire leur meilleure offre de prix ; à supposer même qu'elles auraient obtenu la note maximale sur le critère du prix, le classement restait inchangé.

Par un mémoire, enregistré le 11 avril 2023, la société Construcciones Navales Paulino Freire, représentée par la Selarl Symchowicz-Weissberg et associés, conclut au rejet de la requête et et à ce que soit mis à la charge des sociétés Chantiers Piriou et Mauric le versement de la somme de 10 000 euros sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle fait valoir que :

- le moyen tiré de ce que l'Ifremer a modifié substantiellement ses besoins en cours de procédure est inopérant dès lors que le groupement requérant ne démontre pas en quoi les modifications successives du programme fonctionnel ou la demande d'optimisation du projet du navire par l'Ifremer l'aurait lésé ; le groupement requérant comme elle-même ont été informés en temps réel des éventuelles adaptations induites par les échanges intervenus au

travers des versions actualisées du programme fonctionnel et ils ont eu la possibilité d'intégrer les ajustements aux spécifications techniques requises ; en tout état de cause, la procédure de dialogue compétitif implique, en raison des échanges entre l'acheteur et les candidats, l'adaptation des spécifications techniques envisagées et le groupement requérant ne démontre pas que l'Ifremer aurait modifié substantiellement son besoin ni des prescriptions techniques ; l'Ifremer, en juillet 2022, a simplement communiqué à tous les candidats ses contraintes financières ;

- les critères de notation n'ont pas été modifiés par l'Ifremer :

- l'intégration des notions " Min ", " Targ " et " Min-Targ " dans le programme fonctionnelle version C n'a pas entraîné de modification du critère " conformité opérationnelle et technique " ; il ne s'agit que d'exigences techniques minimales devant être respectées sous peine de non-conformité et d'objectifs conduisant à valoriser les offres mais non impératifs ; les sous-critères TECH 2.1, 2.2 et 2.4 étaient suffisamment précis en renvoyant aux différents chapitres du programme fonctionnel et n'ont d'ailleurs pas donné lieu à une interrogation de la part du groupement requérant ; ces notions ont été portées à la connaissance de tous les candidats, ont pu être intégrées par chaque candidat dans les différentes offres et n'ont modifié ni le besoin, ni les attentes de l'acheteur ni la méthode de notation de telle sorte que le groupement requérant n'a pas été lésé par le manquement qu'il invoque ;

- s'agissant de la prise en compte des batteries pour apprécier le critère " Qualité RSE ", le moyen est inopérant dès lors que si la consommation des batteries n'avait pas été prise en compte dans ce critère et à supposer que les batteries aient été prises en compte au titre du critère prix, le classement aurait été inchangé ; en tout état de cause, l'intégration des batteries était en lien avec le critère en cause dès lors qu'était évaluée la consommation totale d'énergie en station et en transit et le programme fonctionnel prévoyait bien que les candidats devaient envisager la fourniture de batteries ; l'Ifremer a demandé au groupement requérant le 7 février 2023, de lui communiquer la consommation d'énergie des batteries en transit et en station, ce qu'il a fait ;

- s'agissant de l'insertion d'une clause de révision des prix, le juge des référés précontractuels est incompétent pour apprécier un tel vice ; le moyen est également inopérant dès lors qu'il est sans incidence sur le classement des offres et que le groupement requérant ne démontre pas en quoi il aurait été empêché de faire sa meilleure offre financière ; le groupement requérant ne démontre pas que les conditions d'insertion d'une clause de révision sont réunies.

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 Plumerault, première conseillère, 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 11 avril 2023 :

- le rapport de Mme A,

- les observations de Me Grand d'Esnon, représentant les sociétés Chantiers Piriou et Mauric, qui reprend les mêmes termes que les écritures qu'il développe, souligne le fait que le programme fonctionnel a été décliné en quatre versions successives, dont les exigences sont devenues de plus en plus floues, insiste sur le fait que le programme fonctionnel C a introduit de nouveaux éléments d'appréciation, qui viennent modifier la notation et constituent dès lors de véritables critères, dont la pondération n'a pas été portée à la connaissance des candidats, soutient que s'agissant des batteries, elles étaient en option et que le principe d'égalité de traitement n'a pas été respecté dès lors qu'elles n'ont pas été prises en compte pour la notation du critère prix mais uniquement pour celle du critère " qualité RSE ", ce qui a nécessairement lésé les sociétés requérantes, qui ont proposé des batteries moins chères et moins performantes techniquement, insiste sur le fait qu'une clause de révision des prix était en l'espèce nécessaire, soutient que les défendeurs ne peuvent pas se prévaloir de l'irrégularité de l'offre des sociétés requérantes, dès lors que l'Ifremer ne l'a jamais évoquée auparavant dans le cadre du dialogue compétitif et ne leur a jamais demandé de la régulariser, que les tableaux de simulation de notation produits pour démontrer qu'elles n'ont pas été lésées par les manquements invoqués ne sont pas probants dès lors que les notes obtenues à chacun des critères ne sont pas documentées, qu'en fin de compte, la procédure suivie n'a pas permis de choisir l'offre économiquement la plus avantageuse ;

- les observations de Me Boiton, représentant l'Ifremer, qui reprend les mêmes termes que les écritures qu'il développe, insiste sur l'irrégularité de l'offre du groupement requérant, qui n'a pas respecté certaines exigences majeures du programme fonctionnel, notamment quant aux facultés du navire à supporter de fortes hauteurs de vagues, que l'Ifremer n'avait pas d'obligation de demander la régularisation de l'offre, souligne qu'il n'y a eu aucune évolution significative et substantielle du programme fonctionnel au cours de la procédure, que l'introduction des notions " Min " et " Targ " n'a pas modifié la notation et qu'il ne s'agit que d'éléments d'appréciation, qu'il était évident que l'Ifremer allait prendre en compte dans son appréciation les batteries fournies dès lors qu'il a demandé au groupement requérant de lui fournir ses calculs de consommation totale d'énergie avec la prise en compte des batteries qu'il proposait et qu'en tout état de cause, s'agissant de la notation, la société attributaire reste toujours première que les batteries soient prises en compte ou non, que le moyen tiré

de l'absence d'une clause de révision de prix n'est pas en lien avec un manquement de l'Ifremer à ses obligations de publicité et de mise en concurrence et ne peut donc être utilement invoqué, qu'en tout état de cause, le groupement requérant ne démontre pas qu'il aurait été lésé par cet éventuel manquement, ayant des capacités financières importantes et supérieures à celles de l'attributaire et a d'ailleurs prévu, pour répondre à cette contrainte, de délocaliser le chantier ;

- les observations de Me Letellier, représentant la société Freire, qui reprend les mêmes termes que les écritures qu'il développe, insiste sur l'irrégularité de l'offre du groupement requérant, irrégularité qui a été mise en évidence dans le rapport d'analyse des offres, souligne que les différentes versions du programme fonctionnel ont été communiquées à l'ensemble des candidats, qui ont pu à chaque fois intégrer les modifications apportées dans leurs offres, qu'il est normal qu'en procédure de dialogue compétitif comme en l'espèce, des adaptations soient apportées aux spécifications techniques en fonction des différents échanges, insiste sur le fait que tous les candidats ont eu les mêmes informations, fait valoir que l'absence de clause de révision de prix ne peut pas avoir lésé les sociétés requérantes, dont le chiffre d'affaires est quatre fois supérieur à celui de la société attributaire et alors que tous les candidats ont été placés sur un pied d'égalité, qu'en tout état de cause, l'élément financier n'a pas été décisif dans l'appréciation des offres.

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

Considérant ce qui suit :

1. Par un avis de marché publié au journal officiel de l'Union européenne le 26 novembre 2021, l'Institut français de recherche pour l'exploitation de la mer (Ifremer) a engagé une procédure de dialogue compétitif en vue de l'attribution d'un marché portant sur la construction d'un navire de recherche semi-hauturier. La société Chantiers Piriou et la société Mauric, qui se sont portées candidates sous forme de groupement momentané d'entreprise à l'attribution de ce marché, ont été informées du rejet de leur offre et de l'attribution du marché à la société Freire. Elles demandent, sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, l'annulation de la procédure d'appel d'offres.

Sur l'application 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 ". Aux termes du I de l'article L. 551-

2 du même code : " Le juge peut ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations et suspendre l'exécution de toute décision qui se rapporte à la passation du contrat, sauf s'il estime, en considération de l'ensemble des intérêts susceptibles d'être lésés et notamment de l'intérêt public, que les conséquences négatives de ces mesures pourraient l'emporter sur leurs avantages. / Il peut, en outre, annuler les décisions qui se rapportent à la passation du contrat et supprimer les clauses ou prescriptions destinées à figurer dans le contrat et qui méconnaissent lesdites obligations () ". Selon l'article L. 551-10 du même 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. En premier lieu, aux termes de l'article L. 2111-1 du code de la commande publique : " La nature et l'étendue des besoins à satisfaire sont déterminées avec précision avant le lancement de la consultation en prenant en compte des objectifs de développement durable dans leurs dimensions économique, sociale et environnementale ". Aux termes de l'article L. 2124-4 du même code : " Le dialogue compétitif est la procédure par laquelle l'acheteur dialogue avec les candidats admis à y participer en vue de définir ou développer les solutions de nature à répondre à ses besoins et sur la base desquelles ces candidats sont invités à remettre une offre ". Aux termes de l'article R. 2161-24 de ce code : " L'acheteur définit ses besoins et ses exigences dans l'avis de marché et, le cas échéant, dans un programme fonctionnel ou un projet partiellement défini. / Les modalités du dialogue, les critères d'attribution et un calendrier indicatif sont précisés dans l'avis de marché ou dans un autre document de la consultation " et aux termes de son article R. 2161-26 : " L'acheteur ouvre avec les participants sélectionnés un dialogue dont l'objet est l'identification et la définition des moyens propres à satisfaire au mieux ses besoins. / Tous les aspects du marché peuvent être discutés avec les participants sélectionnés ".

4. Il résulte de la combinaison de ces dispositions que si les prescriptions du programme fonctionnel détaillé peuvent être modifiées après la remise des offres, ces modifications ne peuvent porter sur la nature et l'étendue des besoins de la personne publique, lesquelles peuvent seulement faire l'objet des précisions nécessaires pour répondre aux éléments d'information complémentaires apparus au cours de la procédure et à la condition que ces précisions soient portées en temps utile à la connaissance de tous les candidats ayant fait une offre pour leur permettre de l'adapter.

5. En l'espèce, il est constant que la première version du programme fonctionnel rédigé par l'Ifremer le 3 février 2022 a, à la suite de chacun des trois tours de négociation, été modifiée. Les sociétés Chantiers Piriou et Mauric soutiennent que l'Ifremer a ainsi, au fil des quatre versions successives A, B, C et D de ce programme fonctionnel, modifié de façon substantielle la nature et l'étendue de ses besoins.

6. Il résulte de l'instruction que le paragraphe 100 du programme fonctionnel version A intitulé " Ship General " précise les principales fonctionnalités attendues du navire à

construire, à savoir aborder l'ensemble des disciplines de l'océanographie, effectuer les tâches liées à la pêche, telles que l'évaluation des poissons exploités commercialement, mais aussi des essais de technologies et d'équipements de pêche afin d'évaluer l'impact environnemental de ces équipements, organiser des campagnes de formation avec des enseignants et des étudiants à bord, permettre la mise en œuvre de nouveaux processus, de densifier et d'augmenter la productivité pour l'acquisition de données. Le programme fonctionnel indique que le navire devra être équipé d'une liaison satellite terre-mer performante et être classé par le bureau Veritas. S'ensuivent huit chapitres relatifs aux spécifications techniques attendues pour la coque, les équipements pour le fret, les divers équipements du navire, les équipements pour l'équipage et les passagers, les principaux composants des machines, les systèmes pour ces principaux composants, les systèmes communs des navires et les équipements scientifiques. Il résulte de l'instruction que les modifications apportées par la version B n'ont consisté qu'en de simples ajustements techniques à la suite du premier tour de négociations qui a eu lieu les 19 et 20 mai 2022 destinés notamment à respecter le budget alloué, à savoir la réduction de la vitesse maximale pour réduire la puissance installée, la suppression de la fonction de mise en œuvre de drones de surface, l'allègement des exigences fonctionnelles de la quille relevable, la mutualisation des espaces sanitaires des cabines doubles et la réduction de certaines surfaces de locaux et de laboratoires pour réduire la contrainte sur la taille du navire ainsi que des ouvertures sur le choix de l'architecture électrique.

7. À la suite du second tour de négociations qui a eu lieu les 5, 6 et 7 juillet 2022, constatant que, depuis la validation du projet en interne à la fin de l'année 2020, le contexte économique de la construction navale était moins favorable avec une augmentation des prix de 30 %, l'Ifremer a souhaité ajuster les capacités opérationnelles du navire pour pouvoir respecter le budget alloué à l'opération. Dans ce contexte, les évolutions techniques apportées par le programme fonctionnel C ont consisté en une suppression de la capacité halieutique " profonde ", une réduction de la vitesse de transit du navire et de la durée d'autonomie, un ajustement de la charge maximale utile des appareils, une réduction de l'effectif total de 24 à 22 personnes, une réduction de la surface des emménagements et du nombre de cabines ainsi qu'une diminution du volume des appendices de coque et autres équipements liés à la suppression de certains sondeurs. Ce programme fonctionnel, afin de préserver la cohérence d'ensemble du navire et ses fonctionnalités telles qu'elles avaient été initialement conçues et maintenir les exigences environnementales, a également introduit des exigences minimales (minimum requirements - Min) associées à des cibles (targets - Targ), ces dernières n'étant pas obligatoires mais étant considérées comme un avantage pour le contractant dans la notation de son offre ainsi que la notion de " MI-Targ " correspondant aux cibles les plus importantes pour l'Ifremer. Ainsi, alors même que l'Ifremer a indiqué aux candidats, au mois de juillet 2022, que l'augmentation conséquente des coûts associés à la construction du navire nécessitait qu'il revoie " très largement l'expression du besoin du navire ", il résulte de ce qui a été dit que les modifications ainsi apportées n'ont en réalité modifié ni la nature ni l'étendue des besoins tels qu'ils ont été définis au paragraphe 100 du programme fonctionnel initial mais ont consisté, dans le cadre des phases de discussion entre les opérateurs économiques retenus et l'Ifremer de trouver des solutions techniques adaptées pour répondre au mieux à

ses besoins dans un contexte budgétaire contraint. Les modifications apportées par le programme fonctionnel D se sont, quant à elles, limitées à préciser certains points mineurs examinés au cours des négociations. Il est enfin constant que les versions successives du programme fonctionnel ont été portées en temps utile à la connaissance des candidats pour leur permettre à chaque fois d'adapter leur offre.

8. Il résulte de ce qui précède que les sociétés requérantes ne sont pas fondées à soutenir que l'Ifrermer aurait, en cours de procédure, modifié substantiellement ses besoins en méconnaissance des dispositions précitées.

9. En deuxième lieu, 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 l'article R. 2152-7 du même code : " 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 ; / () / 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 () " et aux termes de son article R. 2152-8 : " En cas de dialogue compétitif et pour les partenariats d'innovation, l'offre économiquement la plus avantageuse est identifiée sur la base d'une pluralité de critères conformément aux dispositions du 2° de l'article R. 2152-7 ". L'article R. 2152-11 du même code dispose : " Les critères d'attribution ainsi que les modalités de leur mise en œuvre sont indiqués dans les documents de la consultation ".

10. D'une part, 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. Le pouvoir adjudicateur est ainsi tenu d'informer dans les documents de consultation les candidats des critères de sélection des offres ainsi que de leur pondération ou hiérarchisation. S'il 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 par les candidats et doivent, en conséquence, être eux-mêmes regardés comme des critères de sélection.

11. D'autre part, le pouvoir adjudicateur définit librement la méthode de notation pour la mise en œuvre de chacun des critères de sélection des offres qu'il a définis et rendus publics. Il

peut ainsi déterminer tant les éléments d'appréciation pris en compte pour l'élaboration de la note des critères que les modalités de détermination de cette note par combinaison de ces éléments d'appréciation. Une méthode de notation est toutefois entachée d'irrégularité si, en méconnaissance des principes fondamentaux d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, les éléments d'appréciation pris en compte pour noter les critères de sélection des offres sont dépourvus de tout lien avec les critères dont ils permettent l'évaluation ou si les modalités de détermination de la note des critères de sélection par combinaison de ces éléments sont, par elles-mêmes, de nature à priver de leur portée ces critères ou à neutraliser leur pondération et sont, de ce fait, susceptibles de conduire, pour la mise en œuvre de chaque critère, à ce que la meilleure note ne soit pas attribuée à la meilleure offre, ou, au regard de l'ensemble des critères pondérés, à ce que l'offre économiquement la plus avantageuse ne soit pas choisie. Il en va ainsi alors même que le pouvoir adjudicateur, qui n'y est pas tenu, aurait rendu publique, dans l'avis d'appel à concurrence ou les documents de la consultation, une telle méthode de notation.

12. L'article 6 du règlement de la consultation prévoit trois critères de jugement des offres, le prix des prestations, la conformité opérationnelle et technique et la qualité RSE, incluant l'empreinte environnementale du futur navire, respectivement pondérés à 50 %, 30% et 20%. Le règlement de la consultation prévoit également que la note de conformité opérationnelle et technique globale est calculée à partir de trois sous-critères pondérés, la qualité de la présentation et de la justification des choix techniques noté sur 2 points, la performance technique de l'offre, noté sur 15 points et l'organisation mise en place/plan management noté sur 3 points. Le critère de la performance technique de l'offre est lui-même divisé en cinq sous-critères, TECH 2.1, noté sur 4 points destiné à apprécier la prise en compte des exigences des chapitres 1, 2, 3, 4 et 5 du programme fonctionnel, TECH 2.2, noté sur 4 points destiné à apprécier la prise en compte les chapitres 6, 7 et 8 du programme fonctionnel, TECH 2.3, noté sur 2 points destiné à apprécier l'usage des bio-carburants de type EMAG, TECH 2.4, noté sur 3 points destiné à apprécier la prise en compte des exigences du chapitre 9 du programme fonctionnel et TECH 2.5 destiné à apprécier la liste de fournisseurs et sous-traitants ou les intégrateurs associés pour chacun des chapitres du programme fonctionnel à l'exception du chapitre 9, noté sur 2 points. Le règlement de consultation précise en outre, à son article 6.5, la grille de notation des critères de conformité opérationnelle est technique et de qualité RSE, à savoir une échelle de notes comprise entre 0 et 5 points en fonction du niveau de satisfaction des besoins.

13. Les sociétés requérantes soutiennent que l'Ifremer a mis en œuvre de nouveaux critères pour l'appréciation du critère " conformité opérationnelle et technique " en introduisant en cours de procédure, dans le programme fonctionnel, les notions " Min ", Targ et MI-Targ. Toutefois, ainsi qu'il a été dit, ces trois notions ont vocation uniquement à préciser, pour chacun des items concernés, les exigences minimales attendues des candidats et les attentes optimales de l'Ifremer. En précisant ses exigences, l'Ifremer a ainsi entendu prendre en compte des éléments d'appréciation pour la mise en oeuvre des sous-critères TECH 2.1, 1.2 et 2.4, qui n'ont d'ailleurs fait l'objet d'aucune hiérarchisation ou pondération. Dans ces

conditions, les sociétés requérantes ne sont pas fondées à soutenir que leur offre aurait été analysée selon des sous-critères qui n'auraient pas été portés à sa connaissance ou qui auraient été érigés en critères de sélection sans qu'elle en ait été préalablement informée. Si elles soutiennent également que les critères TECH 2.1, TECH 2.2 et 2.4 sont eux-mêmes insuffisamment précis, il résulte de l'instruction que chacun d'entre eux renvoie expressément aux différents chapitres du programme fonctionnel, lesquels sont particulièrement détaillés. Une information suffisante a ainsi été donnée aux candidats pour ne pas conférer en l'espèce à l'Ifremer une liberté de choix discrétionnaire et il est d'ailleurs constant que les sociétés requérantes n'ont formulé aucune demande de précisions complémentaires au cours de la procédure sur leur teneur.

14. En troisième lieu, aux termes de l'article R. 2112-14 du même code : " Les marchés d'une durée d'exécution supérieure à trois mois qui nécessitent pour leur réalisation le recours à une part importante de fournitures, notamment de matières premières, dont le prix est directement affecté par les fluctuations de cours mondiaux comportent une clause de révision de prix incluant au moins une référence aux indices officiels de fixation de ces cours, conformément aux dispositions de l'article R. 2112-13. / Toutefois, les marchés de fourniture de gaz ou d'électricité peuvent être conclus à prix ferme conformément aux usages de la profession. "

15. Il résulte de ces dispositions que, lorsqu'au moment de la passation d'un marché il est établi que celui-ci nécessite pour sa réalisation le recours à une part importante de fournitures, notamment de matières premières, dont le prix est directement affecté par les fluctuations de cours mondiaux, le contrat doit comporter une clause de révision de prix établie en fonction d'une référence aux indices officiels de fixation de ces cours.

16. Il résulte de l'instruction que la durée d'exécution du marché litigieux est supérieure à trois mois. Il n'est pas sérieusement contesté que sa réalisation nécessite le recours à une part importante de fournitures dont le prix est directement affecté par les fluctuations des cours mondiaux. Ce marché doit, dès lors, comporter une clause de révision de prix incluant une référence aux indices officiels de fixation de ces cours. Il est constant que ce marché ne comporte aucune clause de révision de prix. Compte-tenu de l'incidence des clauses du contrat relatives aux prix et à leur révision sur la formation des offres des candidats, notamment en fonction des capacités financières respectives de ces derniers, cette méconnaissance des dispositions de l'article R. 2112-14 du code de la commande publique constitue un manquement de l'Ifremer à ses obligations de mise en concurrence. Toutefois il ne résulte pas de l'instruction que ce manquement, eu égard à sa portée et au stade de la procédure auquel il se rapporte, aurait lésé ou serait susceptible d'avoir lésé le groupement des sociétés Chantiers Piriou et Mauriac, qui a pu présenter utilement une offre et ne précise pas en quoi le chiffrage de son offre, notamment financière, en aurait été rendu particulièrement difficile.

17. En quatrième lieu, l'article 6.4 du règlement de la consultation prévoit que le critère de la "

qualité RSE " se décline en quatre sous-critères, dont le sous critère 1 " consommation totale d'énergie en transit " (ENV) noté sur 9 points et le sous-critère 2 " consommation totale d'énergie en station" (ENS ") noté sur 7 points. Le règlement précise que les consommations d'énergie seront mesurées respectivement lors des essais de consommation d'énergie à la mer et lors des essais de station. Le programme fonctionnel, dans le paragraphe 101.6 relatif aux caractéristiques générales du navire indique, dans sa version finale, qu'une installation diesel-électrique avec batteries de secours en option sera choisie pour sa flexibilité opérationnelle et ses performances en matière de bruit et précise que la fourniture et l'intégration des batteries seront proposées en option mais que les espaces dédiés devront être définis avec le dessin initial. Le paragraphe 154.7 du programme fonctionnel relatif à la consommation d'énergie en mer indique que la consommation d'énergie sera mesurée en grammes de fuel avec des appareils de mesure de référence calibrés installés à l'entrée de chaque groupe électrogène en marche et que tant au début qu'à la fin de la session de mesure, l'état de charge des batteries de secours (si elles sont fournies par le contractant en option) doit être supérieur à 80 %.

18. Il est constant qu'alors que la fourniture de batteries de secours était présentée, dans le programme fonctionnel, comme une simple option que l'acheteur n'imposait pas de fournir, elles ont été prises en compte pour calculer les consommations pour la notation du critère " qualité RSE ", alors même qu'elles n'ont pas été prises en compte pour la notation du critère du prix. En prenant ainsi en compte une prestation facultative lors de l'évaluation comparative des offres, et alors que la prise en compte du parc de batterie éventuellement fourni est de nature, en fonction de sa capacité, à minorer les indices ENV et ENS de consommation d'énergie réelle du navire, l'Ifremer a méconnu le principe d'égalité des candidats au marché.

19. Toutefois en vertu des dispositions précitées 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 auxquels ils se rapportent, sont susceptibles de l'avoir lésée ou risquent de la léser, fût-ce de façon indirecte en avantageant une entreprise concurrente.

20. Il résulte de l'instruction qu'en l'espèce, si les batteries n'avaient pas été prises en compte pour l'appréciation du critère " Qualité RSE ", le groupement composé des sociétés Chantiers Piriou et Mauric aurait obtenu 6, 27 points au lieu de 8, 35 points et la société attributaire Freire aurait obtenu, quant à elle, 1,60 point au lieu de 8,60 points sur ce critère . Eu égard à ce qui a été dit précédemment, les notes du critère prix et du critère de conformité technique et opérationnelle restant inchangées, les sociétés requérantes obtiennent ainsi une note finale de 13,53 points tandis que la société attributaire Freire obtient une note de 13,77 points. Par suite, le groupement des sociétés Chantiers Piriou et Mauric n'a pas été susceptible d'avoir été lésé par les manquements relevés, dès lors que sa proposition reste classée deuxième et qu'il n'était pas susceptible de se voir attribuer le marché.

21. Il résulte de ce qui précède qu'aucun manquement à ses obligations de publicité et de mise en concurrence susceptible d'avoir lésé les sociétés requérantes ne peut être retenu à l'encontre de l'Ifremer. Dès lors, les conclusions à fin d'annulation des sociétés Chantiers Piriou et Mauric doivent, sans qu'il soit besoin de statuer sur le caractère régulier de leur offre, être rejetées.

Sur les frais liés au litige :

22. Il n'y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de faire droit aux conclusions d'aucune des parties à l'instance, tendant au versement à leur profit de sommes sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

O R D O N N E :

Article 1er : La requête des sociétés Chantiers Piriou et Mauric est rejetée.

Article 2 : Les conclusions de l'Ifremer et de la société Construcciones Navales Paulino Freire présentées sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 3 : La présente ordonnance sera notifiée à la société Chantiers Piriou désignée représentante unique, pour l'ensemble des requérants en application de l'article R. 751-3 du code de justice administrative, à l'Institut français de recherche pour l'exploitation de la mer et à la société Construcciones Navales Paulino Freire.

Fait à Rennes, le 14 avril 2023.

Le juge des référés,

signé

F. A La greffière d'audience,

signé

J. Jubault

La République mande et ordonne au préfet du Finistère 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.