

Conseil d'État, 12 mars 2014, n° 374700, ministre de la Défense ***** Décision commentée

E-RJCP - mise en ligne le 25 août 2014

Thèmes :

- Référé précontractuel.
- Modification apportée aux prescriptions techniques du marché en cours de procédure.
- Suppression d'une exigence de " qualification " dans le seul but de permettre à l'offre retenue de satisfaire aux exigences du cahier des clauses techniques particulières du marché.
- Suspension de la décision de signature du contrat et reprise de la procédure au stade de l'analyse des offres, les offres étant à analyser au regard du cahier des clauses techniques particulières dans sa rédaction initiale.

Résumé :

Le pouvoir adjudicateur soutient que la **modification apportée aux prescriptions techniques du marché en cours de procédure** avait pour seul objet de dissiper une ambiguïté relative aux prescriptions techniques du marché litigieux et que l'offre de la société attributaire était, en tout état de cause, conforme au cahier des clauses techniques particulières dans ses différentes versions.

Cependant, le juge des référés du tribunal administratif, par une appréciation souveraine exempte de dénaturation, compte tenu des pièces du dossier dont il était saisi et du déroulement de la procédure telle qu'elle lui apparaissait au vu de ces pièces, n'a commis aucune erreur de droit en relevant que la **suppression de l'exigence de " qualification " des matériels objets du marché** devait être regardée, dans les circonstances de l'espèce, comme ayant eu **pour seul but de permettre à l'offre retenue de satisfaire** aux exigences du cahier des clauses techniques particulières du marché.

Le Conseil d'Etat confirme le jugement enjoignant de **suspendre la décision de signature** du contrat et de **reprendre** la procédure au stade de l'analyse des offres, lesdites offres étant analysées au regard du **cahier des clauses techniques particulières** dans sa rédaction **initiale**.

► **Commentaire de Dominique Fausser :**

Un pouvoir adjudicateur ne peut modifier un cahier des prescriptions techniques en cours de procédure de mise en concurrence dans le seul but de permettre à un concurrent de remettre une offre conforme.

Les circonstances ne sont pas relatées à l'arrêt, mais il est probable que la société qui a été retenue avait dû alerter les services ministériels de l'incompatibilité des prescriptions techniques avec son matériel ce qui a poussé ces services à abaisser le niveau de qualification des produits commandés en cours de procédure de mise en concurrence.

Le juge a dû être sensible à la nature particulière de l'achat qui concerne des fournitures de matériels pour des sauts en parachute à très grande hauteur et la formation associée, ce qui suppose l'expression d'un besoin technique fortement exigeant quant au niveau de qualité desdits matériels pour assurer la meilleure sécurité possible des parachutistes. Le juge, ce qui tout à son honneur, a donc pu en déduire que la suppression du niveau de qualification n'était pas motivée par l'objet du marché, mais par le désir de favoriser les intérêts économiques d'une entreprise ou plus prosaïquement par simple mercantilisme en tentant d'obtenir de meilleurs prix au sacrifice d'objectifs de sécurité de la vie humaine.

Les services ministériels auraient-ils pu classer sans suite et relancer complètement la procédure sur la base d'un nouveau cahier des charges aux exigences de qualité dégradées ? Probablement pas, la pratique pouvant relever du délit pénal.

En effet, le juge pénal a déjà estimé que le classement sans suite d'une consultation pour des raisons illégitimes peut constituer un délit dit « de favoritisme » réprimé par l'article 432-14 du Code pénal. Il s'agissait en l'espèce d'éliminer le candidat retenu en imposant par la suite des critères de sélection plus stricts afin d'exclure ce candidat lors des relances de la consultation (Cour de cassation, chambre criminelle, 12 décembre 2007, n° 07-80177, « *maire de Cazères* », mon commentaire sous E-RJCP n° 49 du 28 mars 2008). Dans le cas présent, la technique aurait été inverse, c'est-à-dire permettre des critères de sélection moins stricts alors que l'objet du marché ne justifiait probablement pas un tel abaissement de qualité, mais poursuivant le même objectif qui est réprimé par le juge pénal qui consiste à modifier les règles du jeu de la concurrence non pas pour des raisons objectives de correction d'une mauvaise définition des besoins, mais pour admettre une ou d'autres entreprises qui auraient dû être éliminées.

On remarquera par cet arrêt et c'est à saluer, que le juge administratif rejoint de plus en plus la démarche intellectuelle du juge pénal en osant s'aventurer sur le terrain de la sanction des mauvais comportements qui peuvent se déduire « des circonstances » au-delà de la simple analyse formelle du contenu des pièces.

*

**

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETATEXT000028717898>

Conseil d'État

N° 374700

Inédit au recueil Lebon

7ème sous-section jugeant seule

Mme Natacha Chicot, rapporteur, M. Gilles Pellissier, rapporteur public

SCP PIWNICA, MOLINIE, avocats

Lecture du mercredi **12 mars 2014**

REPUBLIQUE FRANCAISE - AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

Vu le pourvoi, enregistré le 16 janvier 2014 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, du **ministre de la défense** ; le ministre de la défense demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler l'ordonnance n° 1305244 du 20 décembre 2013 par laquelle le juge des référés du tribunal administratif de Toulouse, statuant en application de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, sur la demande du groupement Strato Tex, Paratex et Atass a enjoint à la direction générale de l'armement de suspendre la décision de signature du contrat et de reprendre la procédure au stade de l'analyse des offres analysées au regard du cahier des clauses techniques particulières dans sa rédaction du 21 mai 2013 ;

2°) statuant en référé, de rejeter la demande de première instance du groupement Strato Tex, Paratex et Atass ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu le code des marchés publics ;

Vu le code de justice administrative ;

Après avoir entendu en séance publique :

- le rapport de Mme Natacha Chicot, Auditeur,

- les conclusions de M. Gilles Pellissier, rapporteur public ;

La parole ayant été donnée, avant et après les conclusions, à la SCP Piwnica, Molinié, avocat de la société Strato Tex ;

1. Considérant qu'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, ou la délégation d'un service public (...)* " ; qu'aux termes de **l'article L. 551-2 du même code** : " *II. - (...) le I n'est pas applicable aux contrats passés dans les domaines de la défense ou de la sécurité au sens du II de l'article 2 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques et privées non soumises au code des marchés publics. / Pour ces contrats, il est fait application des articles L. 551-6 et L. 551-7* " ; qu'aux termes de **l'article L. 551-6** : " *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. Il peut, en outre, prononcer une astreinte provisoire courant à l'expiration des délais impartis (...)* " ;

2. Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis au juge des référés que l'établissement de Balma de la direction générale de l'armement a lancé le 21 mai 2013 un **appel public à la concurrence** pour la passation d'un marché de fournitures de matériels pour des sauts en parachute à très grande hauteur et la formation associée ; que le ministre de la défense se pourvoit en cassation contre l'ordonnance du 20 décembre 2013 par laquelle le juge des référés du tribunal administratif de Toulouse, saisi par la société Strato Tex, lui a enjoint de " *suspendre la décision de signature du contrat et de reprendre la procédure au stade de*

l'analyse des offres, lesdites offres étant analysées au regard du cahier des clauses techniques particulières dans rédaction au 21 mai 2013 " ;

3. Considérant que si **le ministre de la défense soutient que la modification apportée aux prescriptions techniques du marché en cours de procédure avait pour seul objet de dissiper une ambiguïté** relative aux prescriptions techniques du marché litigieux et **que l'offre de la société attributaire était**, en tout état de cause, **conforme** au cahier des clauses techniques particulières dans ses différentes versions, c'est par une **appréciation souveraine exempte de dénaturation**, compte tenu des pièces du dossier dont il était saisi et **du déroulement** de la procédure telle qu'elle lui apparaissait au vu de ces pièces, que **le juge des référés du tribunal administratif de Toulouse a relevé que la suppression de l'exigence de " qualification " des matériels objets du marché devait être regardée, dans les circonstances de l'espèce, comme ayant eu pour seul but de permettre à l'offre des sociétés Airborne de satisfaire aux exigences du cahier des clauses techniques particulières du marché** ; qu'il n'a en outre, ce faisant, commis aucune erreur de droit ;

4. Considérant que les dispositions de **l'article L. 761-1 du code de justice administrative** font obstacle à ce qu'une somme soit mise à ce titre à la charge de la société Strato Tex qui n'est pas, dans la présente instance, la partie perdante ; qu'en revanche, il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, en application de ces dispositions, de mettre à la charge de l'Etat une somme de 3 000 euros à verser à la société Strato Tex au titre des frais exposés par elle et non compris dans les dépens ;

DECIDE :

Article 1er : Le pourvoi du ministre de la défense est rejeté.

Article 2 : L'Etat versera une somme de 3 000 euros à la société Strato Tex en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : La présente décision sera notifiée à la société Strato Tex, au ministre de la défense et au groupement Airborne.