

N° 321844

REPUBLIQUE FRANÇAISE

MINISTRE DE LA DEFENSE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

M. Denis Prieur
Rapporteur

Le Conseil d'Etat statuant au contentieux
(Section du contentieux, 7ème sous-section)

M. Bertrand Dacosta
Rapporteur public

Séance du 20 mai 2009
Lecture du 19 juin 2009

Vu le pourvoi, enregistré le 24 octobre 2008 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, présenté par le **MINISTRE DE LA DEFENSE** ; le **MINISTRE DE LA DEFENSE** demande au Conseil d'Etat d'annuler l'ordonnance du 9 octobre 2008 par laquelle le juge des référés du tribunal administratif de Versailles, statuant en application de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, a annulé la procédure d'appel d'offres ouvert en vue de la passation d'un accord cadre ayant pour objet la fourniture de tentes de 38 m² au profit du ministère de la défense ;

.....
Vu les autres pièces du dossier ;

Vu le règlement (CE) n° 1564/2005 de la Commission du 7 septembre 2005 établissant les formulaires standard pour la publication d'avis dans le cadre des procédures de passation des marchés publics conformément aux directives 2004/17/CE et 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil, et notamment son annexe II ;

Vu le code des marchés publics ;

Vu le code de justice administrative ;

Après avoir entendu en séance publique :

- le rapport de M. Denis Prieur, Conseiller d'Etat,

- les observations de la SCP Coutard, Mayer, Munier-Apaire, avocat de la société Utilis SAS,

- les conclusions de M. Bertrand Dacosta, rapporteur public ;

La parole ayant été à nouveau donnée à la SCP Coutard, Mayer, Munier-Apaire, avocat de la société Utilis SAS ;

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 des marchés publics (...) Les personnes habilitées à agir sont celles qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par ce manquement, ainsi que le représentant de l'Etat dans le département dans le cas où le contrat est conclu ou doit être conclu par une collectivité territoriale ou un établissement public local. /Le président du tribunal administratif peut être saisi avant la conclusion du contrat. Il peut ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations et suspendre la passation du contrat ou l'exécution de toute décision qui s'y rapporte. Il peut également annuler ces décisions et supprimer les clauses ou prescriptions destinées à figurer dans le contrat et qui méconnaissent lesdites obligations. Dès qu'il est saisi, il peut enjoindre de différer la signature du contrat jusqu'au terme de la procédure et pour une durée maximum de vingt jours...." ; qu'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 ;

Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis au juge des référés du tribunal administratif de Versailles que le MINISTRE DE LA DEFENSE a lancé, en mars 2008, une procédure d'appel d'offres ouvert en vue de la passation d'un accord-cadre ayant pour objet la fourniture de tentes de 38 m² pour les besoins de l'armée de l'air ; que le MINISTRE DE LA DEFENSE se pourvoit en cassation contre l'ordonnance en date du 9 octobre 2008 du juge du référé précontractuel du tribunal administratif de Versailles annulant, à la demande de la société Utilis SAS, dont l'offre n'avait pas été retenue, la procédure de passation de ce marché ;

Considérant que, s'agissant d'un marché dépassant le seuil communautaire, il appartenait au MINISTRE DE LA DEFENSE, en application de l'article 40 du code des marchés publics, d'établir l'avis d'appel public à la concurrence envoyé à la publication au Journal officiel de l'Union européenne conformément au formulaire standard pour les avis de marché, annexé au règlement (CE) n° 1564/2005 du 7 septembre 2005 ; que ce formulaire comporte notamment les rubriques "VI.4.1) Instance chargée des procédures de recours...", "VI.4.2) Introduction des recours (veuillez remplir la rubrique VI.4.2 OU, au besoin, la rubrique VI.4.3)/ Précisions concernant le(s) délais d'introduction des recours : ..." et la rubrique "VI.4.3 Service auprès duquel des renseignements peuvent être obtenus concernant l'introduction des recours : ..." ;

Considérant qu'il résulte de ces dispositions que les acheteurs publics peuvent renseigner alternativement la rubrique VI-4-2, "Introduction des recours", ou VI-4-3 "Service auprès duquel des renseignements peuvent être obtenus concernant l'introduction des recours", du formulaire standard de l'avis d'appel public à concurrence ; que le juge des référés a par conséquent commis une erreur de droit en considérant que le ministre de la défense ayant porté à la rubrique VI-4-2 au lieu de la rubrique VI-4-3 le renseignement relatif au "service auprès duquel des renseignements peuvent être obtenus concernant l'introduction des recours", en mentionnant avec leurs coordonnées tant le tribunal administratif de Versailles que le service territorialement compétent du ministère de la défense, il aurait alors du indiquer à cette même rubrique VI-4-2 l'existence d'un référé précontractuel pouvant être introduit dès le début de la procédure ; qu'en effet, une des informations alternatives exigées avait été portée au point 4 de la section VI du formulaire standard, relative à l'introduction des recours, sans que l'erreur matérielle résultant d'une mention à la rubrique VI-4-2 au lieu de VI-4-3 ait été de nature induire en erreur les candidats ;

Considérant au surplus que le juge des référés a commis une seconde erreur de droit en ne recherchant pas si le manquement allégué par la société requérante avait été de nature à la léser ou susceptible de la léser ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que le MINISTRE DE LA DEFENSE est fondé à demander l'annulation de l'ordonnance attaquée ;

Considérant que, dans les circonstances de l'espèce, il y a lieu, en application de l'article L. 821-2 du code de justice administrative, de régler l'affaire au titre de la procédure de référé engagée par la société Utilis SAS ;

Considérant d'une part, que si l'avis en date du 21 mars 2008 par lequel le MINISTRE DE LA DEFENSE a lancé la procédure d'appel public à concurrence en vue de la passation d'un accord-cadre pour la fourniture de tentes pour les besoins de l'armée de l'air, comportait, à la rubrique VI.4.2) l'indication du service auprès duquel des renseignements pouvaient être obtenus en ce qui concerne les voies et délais de recours au lieu de la faire figurer dans la rubrique VI.4-3, il ne ressort pas des pièces du dossier que la société Utilis SAS a pu être lésée par cette circonstance qui ne constituait d'ailleurs pas, ainsi qu'indiqué ci-dessus, un manquement aux règles de publicité et de mise en concurrence ;

Considérant, d'autre part, que la société Utilis SAS soutient que le MINISTRE DE LA DEFENSE aurait méconnu ses obligations de mise en concurrence en indiquant dans le projet de cahier des clauses particulières un montant unitaire devant être couvert par l'assurance qui correspondait au prix unitaire des tentes fournies par elle dans le cadre d'un précédent marché ; que cependant, il ressort des pièces du dossier que si ce montant correspondait au prix fixé dans le cadre d'un précédent marché conclu par la société requérante avec le MINISTRE DE LA DEFENSE, ce prix avait été rendu public par l'avis d'attribution du marché ; que par suite et en tout état de cause, le moyen tiré de ce que le ministre aurait méconnu ses obligations de mise en concurrence par la divulgation d'un prix couvert par un secret ne peut qu'être écarté ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que la demande de la société Utilis SAS tendant à l'annulation de la procédure de passation de l'accord cadre ayant pour objet la fourniture de tentes de 38m2 au profit du ministère de la défense doit être rejetée ;

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

Considérant que les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce que soit mis à la charge de l'Etat, qui n'est pas la partie perdante dans la présente instance, le versement d'une somme au titre des frais exposés par la société Utilis SAS et non compris dans les dépens ;

DECIDE :

Article 1^{er} : L'ordonnance du 9 octobre 2008 du juge des référés du tribunal administratif de Versailles est annulée.

Article 2 : La demande de la société Utilis SAS devant le juge des référés du tribunal administratif de Versailles et ses conclusions tendant à l'application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 3 : La présente décision sera notifiée au MINISTRE DE LA DEFENSE et à la société Utilis SAS.