

Lexbase Hebdo édition publique n°407 du 10 mars 2016

[Marchés publics] Jurisprudence

Précisions sur les prescriptions techniques particulières imposées par le pouvoir adjudicateur en lien avec l'objet du marché sous le prisme de la concurrence

N° Lexbase : N1639BWM



par Alizée Scallierez, Avocate au barreau de Bordeaux, cabinet Ad-Den Bordeaux, Institut de droit public et des collectivités territoriales

Réf. : CE 2° et 7° s-s-r., 10 février 2016, n° 382 148, 382 154, mentionné dans les tables du recueil Lebon (N° Lexbase : A7071PK4)

Dans un arrêt rendu le 10 février 2016, le Conseil d'Etat juge, conformément aux dispositions de l'article 6-IV du Code des marchés publics (N° Lexbase : L2695ICS), que des prescriptions techniques particulières imposées par le pouvoir adjudicateur qui restreignent la concurrence sont néanmoins possibles dès lors qu'elles sont en lien avec l'objet du marché et ne peuvent être regardées comme faussant le libre jeu de la concurrence. Cette décision donne encore une fois l'occasion de constater que la détermination des spécifications techniques par les pouvoirs adjudicateurs pose, parfois, de redoutables difficultés, car elle peut être à l'origine de pratiques ou d'exigences qui visent à privilégier un candidat, et contribuent donc à violer le principe d'égal accès à la commande publique.

Pour apprécier la portée de la solution retenue par le Conseil d'Etat (II), il paraît utile de rappeler celle qu'avait cru devoir retenir la cour administrative d'appel (I).

I — Des prescriptions techniques regardées par la cour comme restreignant abusivement la concurrence...

Une commune a lancé en octobre 2009 une procédure d'appel d'offres ouvert pour la passation d'un marché de construction d'une halle des sports couverte.

Le marché, attribué le 1er décembre 2009 à un groupement conjoint composé de deux sociétés, a fait l'objet d'un recours en annulation déposé par la société Y, candidate évincée, recours qui était accompagné d'une demande d'indemnisation du préjudice que cette dernière estimait avoir subi en raison de son éviction.

Cette société, qui avait présenté une offre incomplète écartée par la commune, reprochait au pouvoir adjudicateur d'avoir commis diverses irrégularités parmi lesquelles le fait d'avoir imposé des spécifications techniques ayant eu pour conséquence de restreindre la concurrence.

Selon le CCTP du marché ainsi contesté, le système de fixation de la toiture textile permettant la couverture du bâtiment devait en effet être "*non visible et discret*" et effectué "*par des profilés métalliques inoxydables*", et ne devait nécessiter aucune maintenance.

Par un jugement du 29 mars 2011 (1), le tribunal administratif de Montreuil a rejeté les demandes de la société requérante.

Saisie en appel, la cour administrative d'appel de Versailles s'est alors prononcée en deux temps.

Dans un premier temps, par un arrêt du 18 juillet 2013 (2), la cour a rejeté les conclusions indemnitaires de la société Y et a ordonné, avant dire droit, un avis technique pour se prononcer sur le moyen tiré de la méconnaissance de l'article 6 du Code des marchés publics (3) sur le fondement de l'article R. 625-2 du Code de justice administrative (4) (N° Lexbase : L0868IYS) afin de "*préciser, d'une part, si les dispositions du CCTP applicable au marché litigieux ont pour effet de rendre impossible la fixation d'une toiture en textile par des profilés mécaniques et de la mettre en tension sans recourir à cette fin à une technique dont le brevet appartient à la société [titulaire] et si des solutions alternatives sont envisageables, d'autre part, si les dispositions du même CCTP, en tant qu'elles imposent un système de fixation qui, 'non visible et discret', et ne devant nécessiter aucune maintenance, proscrivent la fixation des toiles par des cordes, des drisses, des sandows ou tout système assimilé sans garantie de vieillissement similaire, et excèdent les besoins inhérents à la réalisation de l'ouvrage et, enfin, si, et dans quelle mesure, la référence aux recommandations à usage des professionnels figurant au CCTP a pu entacher de contradictions les spécifications techniques du marché, eu égard par ailleurs aux autres dispositions dudit cahier*".

Dans un second temps, par un arrêt du 6 mai 2014 (5), la cour a jugé, au fond, après que l'avis technique lui ait été remis, que les spécifications techniques retenues par la commune étaient en l'espèce de nature à restreindre la concurrence et elle a, en conséquence, annulé le marché en cause.

Elle a, en effet, considéré, d'une part, que les spécifications techniques prévues par le CCTP ne pouvaient être remplies que par la technique utilisée par la société titulaire qui, à l'époque, faisait l'objet d'un brevet dont elle était la seule détentrice (6) et, d'autre part, que la commune ne prouvait pas que ses besoins n'auraient pas pu être satisfaits avec des exigences moins restrictives.

II— ...mais finalement admises par le Conseil d'Etat car justifiées par l'objet du marché

Saisi de plusieurs pourvois (7), le Conseil d'Etat annule l'arrêt de la cour administrative d'appel de Versailles du 6 mai 2014 et rejette au fond la demande d'annulation du jugement, en considérant, pour sa part, que la commune avait en l'espèce valablement pu prévoir de telles spécifications techniques particulières sans entacher d'illégalité le marché (8).

Après avoir rappelé les dispositions de l'article 6-IV du Code des marchés publics (9) et les pouvoirs du juge lorsqu'il relève une illégalité dans la passation d'un marché public (10), la Haute juridiction ne retient en effet pas la même analyse que la cour qui "*a estimé que les prescriptions des articles 4.2 et 4.3 du cahier des clauses techniques particulières du marché contesté, excluant tout système de fixation des toiles de couverture du bâtiment par cordes, drisses, sandows ou tout système assimilé, ne pouvaient être satisfaites sans recourir à la technique de fixation par profilés métalliques dont le brevet appartenait à la société [titulaire] et qu'ainsi les dispositions précitées de l'article 6 du Code des marchés publics avaient été méconnues*".

Le Conseil d'Etat juge ainsi que, "*d'une part, la commune [...] a fait le choix d'adopter une technologie alors novatrice de fixation des toiles de couverture permettant d'améliorer l'esthétique de l'ouvrage et d'éviter les contraintes de maintenance qu'imposait la méthode de fixation par cordes, drisses ou sandows et, d'autre part, que les prescriptions en cause, motivées par ce choix, n'avaient pas pour objet de favoriser l'entreprise [titulaire]*".

Il considère dès lors que la cour administrative d'appel de Versailles a inexactement qualifié les faits "*en estimant que l'illégalité relevée était, dans les circonstances de l'espèce, d'une particulière gravité et de nature à justifier l'annulation du contrat*".

La commune étant ainsi fondée à soutenir par son pourvoi incident que la cour administrative d'appel de Versailles avait à tort annulé le marché en cause, le Conseil d'Etat annule, en conséquence, l'arrêt précité.

Jugeant au fond, la Haute juridiction souligne le contexte dans lequel la commune avait prévu les prescriptions litigieuses dans le CCTP du marché qui a pour objet *"la construction d'une halle des sports couverte par une toile"*, relevant que : *"la commune a voulu choisir un système de fixation de cette toile de couverture offrant les meilleures garanties de vieillissement, un moindre coût de maintenance et une meilleure esthétique ; qu'à cette fin elle a retenu, par les prescriptions de l'article 4.3 du [CCTP], le procédé de fixation de la toile de couverture 'par des profilés métalliques inoxydables [...] non visible et discret', lequel ne nécessite 'aucune maintenance' ; que ce procédé de fixation de la couverture de l'ouvrage est justifié par l'objet même du marché ; que, par suite, la commune n'a, en faisant le choix de ce procédé, pas méconnu les dispositions du IV de l'article 6 du Code des marchés publics citées ci-dessus ni le principe d'égalité des candidats"*.

Autrement dit, au regard de l'objet du contrat, dès lors qu'il s'agissait de construire une halle couverte par une toile dont le système de couverture devait offrir les meilleures garanties de vieillissement, un moindre coût de maintenance et une meilleure esthétique, était indifférent le fait que ce choix technique aboutissait non seulement à proscrire toute méthode de fixation par cordes, drisses ou *sandows* au profit d'une méthode de fixation par profilés métalliques mais aboutissait, en outre, à recourir à la méthode dont le brevet appartenait à la société titulaire : le procédé technique ainsi retenu par la commune dans les prescriptions techniques stipulées au CCTP était en lien avec le marché et ne pouvait, en conséquence, être regardé comme méconnaissant l'article 6-IV du Code des marchés publics ou le principe d'égalité entre les candidats.

Mutatis mutandis, cette solution qui met l'accent sur le besoin que le pouvoir adjudicateur entend satisfaire au travers du marché public qu'il a conclu n'est pas sans rappeler celle déjà retenue par le Conseil d'Etat lorsque celui-ci avait considéré qu'un pouvoir adjudicateur qui disposait d'un logiciel qu'il souhaitait continuer à utiliser pouvait valablement lancer une procédure de passation d'un marché public afin de répondre au besoin d'assurer son exploitation et sa maintenance, plutôt que d'acquérir un nouveau dispositif, quand bien même ce marché d'exploitation-maintenance ne pouvait être satisfait que par un seul prestataire en raison des droits d'exclusivité détenus par celui-ci (11). Dans le même ordre d'idée, deux ans auparavant, la Haute juridiction avait estimé, au sujet des spécifications techniques dans les marchés publics de services, que la mention d'un logiciel déterminé est possible (12).

En conclusion, le Conseil d'Etat vient apporter un nouvel éclairage sur l'appréciation des spécifications techniques particulières que le pouvoir adjudicateur peut imposer dans la mesure où celles-ci sont justifiées par l'objet du marché et qu'elles ne méconnaissent pas les règles permettant d'assurer une libre et saine concurrence.

S'il s'agit d'une approche pragmatique plutôt salutaire, il convient d'être néanmoins extrêmement prudent et de toujours se demander jusqu'où une personne publique peut aller dans la définition de l'objet du marché puis des spécifications techniques imposées par cette dernière permettant d'y répondre.

(1) TA Montreuil, 29 mars 2011, n° 1 000 737.

(2) CAA Versailles, 5ème ch., 6 mai 2014, n° 11VE01 594 (N° Lexbase : A9447MLH).

(3) Seul moyen retenu par la cour après avoir écarté l'ensemble des autres moyens invoqué par la société X.

(4) *"Lorsqu'une question technique ne requiert pas d'investigations complexes, la formation de jugement peut charger la personne qu'elle commet de lui fournir un avis sur les points qu'elle détermine. Elle peut, à cet effet, désigner une personne figurant sur l'un des tableaux établis en application de l'article R. 221-9 (N° Lexbase : L08241Y8). Elle peut, le cas échéant, désigner toute autre personne de son choix. Le consultant, à qui le dossier de l'instance n'est pas remis, n'a pas à opérer en respectant une procédure contradictoire à l'égard des parties. L'avis est consigné par écrit. Il est communiqué aux parties par la juridiction Les dispositions des articles R. 621-3 (N° Lexbase : L58791GT) à R. 621-6, R. 621-10 (N° Lexbase : L59061GT) à R. 621-12-1 et R. 621-14 (N° Lexbase : L3150ALA) sont applicables aux avis techniques"*.

(5) CAA Versailles, 5ème ch., 6 mai 2014, n° 11VE01 594 (N° Lexbase : A9447MLH).

(6) En particulier, l'arrêt de la cour précisait que l'avis technique avait conclu à ce que seule la technique de la société titulaire permettait une fixation non visible, discrète et sans maintenance.

(7) Pourvoi n° 381 148 des sociétés titulaires contre l'arrêt du 6 mai 2014 en tant qu'il a fait partiellement droit aux demandes de la société X. Pourvoi n° 382 154 de la société X contre l'arrêt du 6 mai 2014 en ce qu'il a rejeté le

surplus de ses conclusions à fin d'injonction. Sous ce même numéro, pourvoi incident de la commune contre l'arrêt précité. Ayant joint les pourvois, la Haute juridiction statue par une seule décision ici commentée.

(8) Pour être complet, il convient de préciser que le Conseil d'Etat a adopté la même solution (en revanche, pour un motif distinct de cassation puisque, dans cette instance, il a retenu que la cour avait dénaturé les pièces du dossier) dans une autre décision relative à un marché du même type prévoyant les mêmes prescriptions techniques mais conclu par une autre personne publique, un syndicat interdépartemental (CE 2° et 7° s-s-r., 10 février 2016, n° 382 153, inédit au recueil Lebon (N° Lexbase : A7072PK7)).

(9) C. marchés publ., art. 6-IV : *"Les spécifications techniques ne peuvent pas faire mention d'un mode ou procédé de fabrication particulier ou d'une provenance ou origine déterminée, ni faire référence à une marque, à un brevet ou à un type, dès lors qu'une telle mention ou référence aurait pour effet de favoriser ou d'éliminer certains opérateurs économiques ou certains produits. Toutefois, une telle mention ou référence est possible si elle est justifiée par l'objet du marché ou, à titre exceptionnel, dans le cas où une description suffisamment précise et intelligible de l'objet du marché n'est pas possible sans elle et à la condition qu'elle soit accompagnée des termes : 'ou équivalent'"*.

(10) CE Ass., 16 juillet 2007, n° 291 545, publié au recueil Lebon (N° Lexbase : A4715DXW) : *"Considérant qu'il appartient au juge, lorsqu'il constate l'existence de vices entachant la validité du contrat, d'en apprécier les conséquences ; qu'il lui revient, après avoir pris en considération la nature de l'illégalité éventuellement commise, soit de prononcer la résiliation du contrat ou de modifier certaines de ses clauses, soit de décider de la poursuite de son exécution, éventuellement sous réserve de mesures de régularisation par la collectivité contractante, soit d'accorder des indemnités en réparation des droits lésés, soit enfin, après avoir vérifié si l'annulation du contrat ne porterait pas une atteinte excessive à l'intérêt général ou aux droits des cocontractants, d'annuler, totalement ou partiellement, le cas échéant avec un effet différé, le contrat"*.

(11) CE 2° et 7° s-s-r., 2 octobre 2013, n° 368 846, mentionné aux tables du recueil Lebon (N° Lexbase : A3426KMT).

(12) CE 2° et 7° s-s-r., 30 septembre 2011, n° 350 431, publié au recueil Lebon (N° Lexbase : A1558HYD).