

DCE\_466740\_20230412.xml  
2023-04-13

CE  
Section du Contentieux  
466740  
2023-04-12  
ECLI:FR:CECHR:2023:466740.20230412  
SCP MELKA-PRIGENT-DRUSCH  
Décision  
Excès de pouvoir  
C  
Satisfaction partielle

2023-03-27  
23194  
7ème et 2ème chambres réunies

Vu la procédure suivante :

La société Héli-Cojyp a demandé au juge des référés, sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, d'ordonner à l'Office national des forêts (ONF), à titre principal, de reprendre l'analyse des offres en vue de la passation du marché public de service relatif à l'exécution de missions de travail aérien et de transport public sur l'ensemble du territoire de la Guyane en écartant la clause prévoyant l'exclusion des candidats ayant un lien organique ou capitalistique avec toute entité physique et/ou morale exerçant une activité professionnelle soit d'exploitation du sol ou du sous-sol, soit étroitement liée à celles-ci, ou, à titre subsidiaire, de procéder à un nouvel appel d'offres si la reprise de l'analyse des offres est impossible après avoir écarté le motif d'exclusion litigieux.

Par une ordonnance n° 2200937 du 29 juillet 2022, la juge des référés du tribunal administratif de Guyane a enjoint à l'ONF de supprimer cette clause des documents contractuels du marché, d'informer les opérateurs économiques intéressés de cette modification des documents contractuels et d'ouvrir, à compter de cette information, un nouveau délai de réception des offres au moins égal à cinquante jours.

Par un pourvoi sommaire, un mémoire complémentaire et deux nouveaux mémoires, enregistrés les 17 août, 2 et 19 septembre 2022 et 23 mars 2023 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, l'Office national des forêts demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler cette ordonnance ;  
2°) de mettre à la charge de la société Héli-Cojyp la somme de 4 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu :

- la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 ;
- le code de la commande publique ;
- le code de justice administrative ;

Après avoir entendu en séance publique :

- le rapport de M. Hervé Cassara, maître des requêtes,
- les conclusions de M. A B de Vendeuil, rapporteur public ;

La parole ayant été donnée, après les conclusions, à la SCP Gaschignard, Loiseau, Massignon, avocat de l'Office national des forêts et à la SCP Melka-Prigent-Drusch, avocat de la société Héli-Cojyp ;

Considérant ce qui suit :

1. Il ressort des pièces du dossier soumis au juge des référés du tribunal administratif de Guyane que l'Office national des forêts (ONF) a lancé une consultation le 11 mai 2022, en vue de la passation, selon une procédure d'appel d'offres ouvert, d'un accord-cadre à bons de commande

ayant pour objet la commande de missions de travail aérien et de transport public sur l'ensemble du territoire de la Guyane. L'article " 6.1. Conditions de participation " du règlement de cette consultation stipule que : " Les opérateurs économiques ayant un lien organique ou capitalistique avec une personne physique et/ou morale exerçant une activité professionnelle, soit d'exploitation du sol ou du sous-sol (extraction minière notamment), soit étroitement liée à ce secteur d'activité, ne peuvent pas candidater à la présente consultation ". La société Héli-Cojyp, qui s'est portée candidate le 13 juin 2022, a contesté la légalité de cette clause au motif qu'elle a pour effet d'exclure sa candidature, et a demandé au juge des référés du tribunal administratif de Guyane d'ordonner à l'ONF de reprendre le processus d'analyse des offres en écartant cette clause ou, à titre subsidiaire, de procéder à un nouvel appel d'offres en écartant cette clause d'exclusion des documents contractuels. Par l'ordonnance attaquée, la juge des référés du tribunal administratif de Guyane a enjoint à l'ONF de supprimer cette clause des documents de la consultation, d'informer les opérateurs économiques intéressés de cette modification et d'ouvrir un nouveau délai de réception des offres au moins égal à cinquante jours.

2. Aux termes de l'article L. 2112-2 du code de la commande publique : " Les clauses du marché précisent les conditions d'exécution des prestations, qui doivent être liées à son objet. / Les conditions d'exécution peuvent prendre en compte des considérations relatives à l'économie, à l'innovation, à l'environnement, au domaine social, à l'emploi ou à la lutte contre les discriminations ". Aux termes de l'article L. 2142-1 du même code : " 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 ". Il résulte des dispositions de ce dernier article, lues à la lumière de l'article 58 de la directive 2014/24/UE du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics qu'elles ont pour objet de transposer, qu'un pouvoir adjudicateur peut considérer qu'un opérateur économique ne possède pas les capacités professionnelles requises lorsqu'il a établi que l'opérateur économique se trouve dans une situation de conflit d'intérêts qui pourrait avoir une incidence négative sur l'exécution du marché.

3. Il ressort des pièces du dossier soumis au juge du référé précontractuel que la clause contestée par la société Héli-Cojyp, qui vise à exclure des candidats de la consultation, a pour objet d'assurer l'indépendance de l'attributaire du marché et de ses pilotes vis-à-vis des entités ou activités susceptibles d'être contrôlées dans le cadre de l'exécution de ce marché. Elle doit ainsi être regardée comme une condition de participation à la procédure de passation propre à garantir les capacités professionnelles des candidats nécessaires à l'exécution du marché, au sens des dispositions de l'article L. 2142-1 du code de la commande publique. Dès lors, en jugeant que cette clause portait sur les conditions d'exécution du marché lui-même, soumise à ce titre aux dispositions de l'article L. 2112-2 du même code, la juge des référés du tribunal administratif de Guyane a commis une erreur de droit. Par suite, et sans qu'il soit besoin de se prononcer sur les autres moyens du pourvoi, son ordonnance doit être annulée.

4. Il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de régler l'affaire au titre de la procédure de référé engagée, en application des dispositions de l'article L. 821-2 du code de justice administrative.

5. En premier lieu, aux termes de l'article L. 2141-10 du code de la commande publique : " L'acheteur peut exclure de la procédure de passation du marché les personnes qui, par leur candidature, créent une situation de conflit d'intérêts, lorsqu'il ne peut y être remédié par d'autres moyens. / Constitue une telle situation toute situation dans laquelle une personne qui participe au déroulement de la procédure de passation du marché ou est susceptible d'en influencer l'issue a, directement ou indirectement, un intérêt financier, économique ou tout autre intérêt personnel qui pourrait compromettre son impartialité ou son indépendance dans le cadre de la procédure de passation du marché ". Ainsi qu'il a été dit au point 3, la clause contestée par la société Héli-Cojyp pose une condition de participation à la procédure de passation visant à garantir que les candidats disposent des capacités professionnelles nécessaires à l'exécution du marché. Par suite, la société Héli Cojyp ne peut utilement soutenir que l'ONF aurait méconnu les dispositions de l'article L. 2141-10 du code de la commande publique, qui visent la prévention d'une situation de conflit d'intérêts susceptible d'intervenir dans la procédure de sélection des offres et d'attribution du marché.

6. En deuxième lieu, le juge du référé précontractuel ne peut annuler une procédure de passation d'un marché pour manquement du pouvoir adjudicateur à ses obligations de fixer des niveaux minimaux de capacité liés et proportionnés à l'objet du marché résultant de l'article L. 2142-1 du

code de la commande publique que si l'exigence de capacité imposée aux candidats est manifestement dépourvue de lien avec l'objet du marché ou manifestement disproportionnée.

7. Il résulte de l'instruction que le marché en cause porte sur la réalisation de missions hélicoptérées, comptabilisées en heure de vol, ayant notamment pour objet la surveillance des activités minières légales et illégales, et que la bonne exécution de ces missions impose des exigences de confidentialité et d'indépendance des pilotes vis-à-vis notamment des personnes susceptibles de faire l'objet de cette surveillance. Par suite, et alors qu'il est manifeste, en l'état de l'instruction, qu'aucune des autres modalités que la société Héli-Cojyp présente comme alternatives à la clause litigieuse n'aurait permis à l'ONF de garantir que les candidats disposent des capacités professionnelles nécessaires à l'exécution du marché compte tenu des exigences de confidentialité et d'indépendance précitées, la clause litigieuse, imposant aux candidats à ce marché de n'avoir ni lien organique ni lien capitalistique avec une personne physique ou morale exerçant une activité d'exploitation du sol ou du sous-sol, n'est ni manifestement dépourvue de lien avec l'objet du marché ni manifestement disproportionnée.

8. En dernier lieu, il ne résulte pas de l'instruction, alors que des liens commerciaux que pourraient entretenir un candidat avec une personne physique ou morale exerçant une activité professionnelle liée à l'exploitation du sol ou du sous-sol ne sont pas de même nature que des liens organiques ou capitalistiques avec une telle personne, que la clause en litige aurait été rédigée de telle manière à n'exclure que la société Héli-Cojyp et qu'ainsi elle revêtirait un caractère discriminatoire.

9. Il résulte de ce qui précède que la société Héli-Cojyp n'est pas fondée à soutenir que la clause litigieuse serait constitutive d'un manquement de l'ONF aux principes d'égalité de traitement des candidats et de libre accès à la commande publique ou à ses obligations de publicité et de mise en concurrence, et qu'elle devrait être écartée. Sa demande doit, par suite, et sans qu'il soit besoin de se prononcer sur la fin de non-recevoir opposée par l'ONF, être rejetée.

10. Il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de la société Héli-Cojyp la somme de 4 500 euros à verser à l'ONF au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative pour l'ensemble de la procédure. Ces dispositions font obstacle à ce qu'une somme soit mise à ce titre à la charge de l'ONF, qui n'est pas, dans la présente instance, la partie perdante.

**D E C I D E :**

-----

Article 1er : L'ordonnance du 29 juillet 2022 de la juge des référés du tribunal administratif de Guyane est annulée.

Article 2 : La demande présentée par la société Héli-Cojyp devant le juge des référés du tribunal administratif de Guyane et ses conclusions présentées devant le Conseil d'Etat au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 3 : La société Héli-Cojyp versera à l'ONF la somme de 4 500 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 4 : La présente décision sera notifiée à l'Office national des forêts et à la société Héli-Cojyp.