



Le juge du référé précontractuel peut constater l'absence de capacités d'un candidat !



CE 17 septembre 2014, Société Delta Process, req. n°378722

Le Département de Saône-et-Loire avait attribué à un groupement composé des sociétés Delta Process et Accéo un marché public portant sur la mise en place et la gestion d'un dispositif d'accessibilité téléphonique aux services départementaux à l'attention des personnes sourdes et malentendantes.

La société Websourd avait contesté devant le juge du référé précontractuel l'attribution de ce marché au groupement, au motif que selon elle, le groupement attributaire ne disposait pas des capacités professionnelles et techniques nécessaires à l'exécution du marché.

Par une ordonnance en date du 10 avril 2014, le juge des référés du Tribunal administratif de Dijon a annulé la procédure de passation du marché litigieux, au motif que le groupement ne justifiait pas détenir les capacités professionnelles et techniques exigées pour l'exécution du marché.

Le Conseil d'Etat rejette le pourvoi formé contre cette ordonnance.

Il rappelle que le juge du référé précontractuel opère un contrôle restreint quant à l'appréciation portée par le pouvoir adjudicateur sur les capacités des candidats à exécuter le marché (en ce sens, voir notamment CE, 28 Avril 2006, Société Abraham bâtiments Travaux Publics, req. n°286443).

Restait ensuite à savoir sur quels éléments de fait le Tribunal administratif allait opérer ce contrôle, faute pour le requérant de pouvoir apporter de manière irréfutable la preuve que le groupement n'avait pas, dans son dossier de candidature justifié de ses capacités professionnelles et techniques à exécuter le marché.

C'est d'ailleurs là qu'est le principal apport de cet arrêt.

Il considère que c'est à bon droit que le Tribunal administratif de Dijon a annulé la procédure de passation du marché litigieux, au motif que pas plus le pouvoir adjudicateur que l'attributaire n'avaient produit, dans le cadre de l'instruction, d'éléments permettant au juge du référé précontractuel d'exercer son contrôle sur les capacités professionnelles et techniques du groupement, par la production d'extraits du dossier de candidature du groupement attributaire.

A cet égard, il convient de rappeler que dans la dialectique de la preuve devant le juge administratif, il n'appartient au requérant d'apporter la preuve irréfutable du bien fondé de ses allégations.

A défaut, le requérant serait systématiquement confronté à l'exigence d'une preuve qu'il lui serait impossible d'apporter, dès lors que seul le pouvoir adjudicateur dispose d'éléments relatifs à la procédure de passation du marché (dossier de candidature de l'attributaire, rapport d'analyse des offres permettant de démontrer l'existence d'une pondération de sous-critère qui n'a pas été communiquée aux candidats...).

Il lui appartient uniquement de fournir au Tribunal les premiers éléments susceptibles d'étayer sa thèse et de faire naître un doute raisonnable (CE, Ass. 28 mai 1954, Barel, Rec. p. 308 ; en ce sens, voir par exemple, en référé précontractuel, TA Paris, Ord. 10 février 2014, Sté PROACT Médical, n°1400905) ; une fois ces premiers éléments apportés, c'est à la partie défenderesse de les combattre, en apportant à son tour ces moyens de preuve appropriés.

Sur la base de ces principes, dès lors qu'en l'espèce, le requérant avait apporté des éléments susceptibles de faire naître un doute raisonnable quant aux capacités techniques et professionnelles du groupement à exécuter le marché, il appartenait au pouvoir adjudicateur et à l'attributaire de combattre des éléments, en démontrant non seulement la preuve de la réalité de ces capacités, mais aussi cette preuve avait été apportée dans son dossier de candidature.

C'est d'ailleurs deuxième apport de cet arrêt. Le Conseil d'Etat rappelle que la seule communication, dans le cadre de l'instruction, de références professionnelles n'était pas suffisante pour justifier que le groupement avait, dans le cadre de la consultation lancée par le Département, démontré au pouvoir adjudicateur ses capacités professionnelles et financières.

A cet égard, le Conseil d'Etat avait déjà jugé que la production par un candidat, au cours de l'instance en référé précontractuel de documents, ne pouvait pas compenser l'absence de leur production dans l'offre du candidat, dès lors qu'il lui appartenait de les transmettre ces éléments avant l'expiration du délai de remise des candidatures et des offres (CE 27 février 2013, Commune de Nîmes, req.n°364172).

Une telle solution constitue à l'évidence une garantie de l'effectivité du référé précontractuel pour les entreprises, dont il convient de se réjouir !

Extrait de l'arrêt en rapport avec le commentaire

« 4. Considérant, en deuxième lieu, que, pour annuler la procédure de passation du marché, le juge des référés s'est fondé sur le moyen tiré de ce que le groupement attributaire ne justifiait pas détenir les capacités professionnelles et techniques exigées et ne pas avoir ainsi besoin de recourir à des moyens externes pour l'exécution du marché, et que, par suite, sa candidature aurait dû être rejetée par le pouvoir adjudicateur ; qu'il ressort des pièces du dossier soumis au juge que ce moyen avait été soulevé par la société Websourd dès sa requête introductive d'instance ; que, par suite et en tout état de cause, la société Delta Process n'est pas fondée à soutenir que le juge des référés aurait méconnu le principe du caractère contradictoire de la procédure et rendu son ordonnance au terme d'une procédure irrégulière en se fondant sur un moyen soulevé pour la première fois par la société Websourd dans un mémoire communiqué le jour de l'audience et auquel elle n'a pu répondre, à défaut de tout report de la clôture de l'instruction ;

5. Considérant, en troisième lieu, qu'aux termes du I de l'article 52 du code des marchés publics : " Avant de procéder à l'examen des candidatures, le pouvoir adjudicateur qui constate que des pièces dont la production était réclamée sont absentes ou incomplètes peut demander à tous les candidats concernés de compléter leur dossier de candidature dans un délai identique pour tous et qui ne saurait être supérieur à dix jours. Il peut demander aux candidats n'ayant pas justifié de la capacité juridique leur permettant de déposer leur candidature de régulariser leur dossier dans les mêmes conditions. Il en informe les autres candidats qui ont la possibilité de compléter leur candidature dans le même délai. / Les candidats qui ne peuvent soumissionner à un marché en application des dispositions de l'article 43 ou qui, le cas échéant après mise en œuvre des dispositions du premier alinéa, produisent des dossiers de candidature ne comportant pas les pièces mentionnées aux articles 44 et 45 ne sont pas admis à participer à la suite de la procédure de passation du marché. / Les candidatures qui n'ont pas été écartées en application des dispositions de l'alinéa précédent sont examinées au regard des niveaux de capacités professionnelles, techniques et financières mentionnées dans l'avis d'appel public à la concurrence, ou, s'il s'agit d'une procédure dispensée de l'envoi d'un tel avis, dans le règlement de la consultation. Les candidatures qui ne satisfont pas à ces niveaux de capacité sont éliminées " ;

6. Considérant que le juge du référé précontractuel ne peut censurer l'appréciation portée par le pouvoir adjudicateur, en application de cet article, sur les garanties et capacités techniques que présentent les candidats à un marché public, ainsi que sur leurs références professionnelles, que dans le cas où cette appréciation est entachée d'une erreur manifeste ; qu'il ressort de l'ordonnance attaquée que, pour accueillir le moyen tiré de ce que le groupement attributaire ne justifiait pas détenir les capacités professionnelles et techniques exigées et ne pas avoir besoin de recourir à des moyens externes, le juge du référé précontractuel du tribunal administratif de Dijon s'est fondé sur l'absence d'éléments suffisants, à défaut notamment de la production par le département ou le groupement attributaire, au cours de l'instruction, du dossier de candidature du groupement, pour qu'il soit procédé au contrôle de l'appréciation que le département était tenu de porter sur la candidature du groupement ; que la société requérante ne peut ainsi utilement soutenir que le juge des référés aurait commis une erreur de droit en ne se bornant pas à vérifier si l'appréciation portée par le pouvoir adjudicateur sur les capacités du groupement était entachée d'une erreur manifeste ; que c'est par une appréciation souveraine exempte de dénaturation que le juge des référés, qui a suffisamment motivé son ordonnance sur ce point, a estimé insuffisante la seule production, au cours de l'instruction, de références professionnelles pour la justification des capacités techniques et professionnelles du groupement ; que le juge des référés a pu, dès lors, sans erreur de droit, regarder le moyen soulevé par la société Websourd comme fondé ; »