



Nouvelles précisions sur l'étendue du contrôle du juge du référé précontractuel



CE 20 janvier 2016, CIVIS. req.n°394133

Dans cette affaire, le Conseil d'Etat donne des précisions sur l'étendue du contrôle du juge du référé précontractuel tant sur l'offre de l'attributaire du marché qu'en ce qui concerne les attestations fiscales et sociales que ce dernier est censé communiquer à l'acheteur public.

Règle n°1 : quelques précisions sur l'étendue du contrôle du juge du référé précontractuel

Le Conseil d'Etat rappelle la règle selon laquelle il n'appartient pas au juge du référé précontractuel de se prononcer d'une part sur l'appréciation portée par l'acheteur public sur la valeur d'une offre, d'autre part, sur les mérites respectifs des différentes offres.

En revanche, lorsqu'il est saisi d'un moyen en ce sens, le juge des référés est bien compétent pour vérifier que l'acheteur public n'a pas dénaturé le contenu d'une offre en en méconnaissant ou en en altérant manifestement les termes et procédé ainsi à la sélection de l'attributaire du contrat en méconnaissance du principe fondamental d'égalité de traitement des candidats.

Dans cette affaire, le Conseil d'Etat considère qu'en jugeant que, pour apprécier défavorablement l'offre d'un candidat au regard d'un critère de jugement des offres, l'acheteur public avait apporté des corrections « injustifiées » au contenu de l'offre de l'attributaire, il ne s'est pas borné à vérifier que l'acheteur public n'avait pas dénaturé le contenu de l'offre, mais s'est prononcé sur l'appréciation portée par le pouvoir adjudicateur sur la valeur de cette offre. La nuance est difficile à percevoir. En d'autres termes, le Conseil d'Etat n'aurait peut être pas apporté la même solution si, par excès de zèle ou pas, le juge du référé précontractuel n'avait pas utilisé lors de la rédaction de son ordonnance, le terme « injustifiées »affaire à suivre donc.

Règle n°2 : confirmation du contrôle du juge du référé précontractuel sur la production des attestations fiscales et sociales « valides » dans les délais impartis par les cahiers des charges

L'article 46-1° du code des marchés publics exige, quelque soit le type de procédure envisagée, que le candidat « auquel il est envisagé d'attribuer le marché » produise des attestations fiscales et sociales valides, autrement dit datant de moins de 6 mois dans les délais impartis par le règlement de la consultation. Pour que l'attribution du marché puisse être considérée comme régulière au regard du principe d'égalité entre les candidats, l'acheteur public doit donc demander au candidat auquel elle « envisage » d'attribuer le marché de produire des attestations fiscales et sociales valides dans les délais impartis par le règlement de la consultation avant qu'il ne puisse définitivement confirmer son choix et avant d'informer les autres candidats du rejet de leurs offres.

Dans cette affaire, le Conseil d'Etat rappelle que le juge du référé précontractuel est parfaitement compétent pour vérifier si l'acheteur public a bien demandé et obtenu de l'attributaire pressenti la totalité des documents visés par l'article 46 du code des marchés publics.

Conseil d'État
N° 394133
Mentionné aux tables du recueil Lebon
7ème / 2ème SSR
M. François Lelièvre, rapporteur
M. Gilles Pellissier, rapporteur public
SCP GARREAU, BAUER-VIOLAS, FESCHOTTE-DESBOIS ; SCP FOUSSARD, FROGER, avocats

Lecture du mercredi 20 janvier 2016

REPUBLIQUE FRANCAISE
AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

Vu la procédure suivante :

La société Derichebourg Polyurbaine a demandé au juge du référé précontractuel du tribunal administratif de la Réunion d'annuler, sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, la procédure d'appel d'offres lancée par la communauté intercommunale des villes solidaires (CIVIS) en vue de la passation du lot n° 1 d'un marché public ayant pour objet la collecte et l'évacuation des déchets ménagers et assimilés.

Par une ordonnance n° 1500822 du 2 octobre 2015, le juge du référé précontractuel du tribunal administratif a annulé la procédure au stade de l'analyse des offres.

Par un pourvoi sommaire, un mémoire complémentaire et un mémoire en réplique, enregistrés les 19 octobre, 3 novembre et 29 décembre 2015 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, la CIVIS demande au Conseil d'Etat :

1. d'annuler cette ordonnance ;
2. statuant en référé, de rejeter la demande de la société Derichebourg Polyurbaine ;
3. de mettre à la charge de société Derichebourg Polyurbaine la somme de 6 000 euros au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative. Vu les autres pièces du dossier ;

Vu :

- le code des marchés publics ;
- le code de justice administrative ;

Après avoir entendu en séance publique :

- le rapport de M. François Lelièvre, maître des requêtes,
- les conclusions de M. Gilles Pellissier, rapporteur public ;

La parole ayant été donnée, avant et après les conclusions, à la SCP Garreau, Bauer-Violas, Feschotte-Desbois, avocat de la communauté intercommunale des villes solidaires, et à la SCP Foussard, Froger, avocat de la société Derichebourg Polyurbaine ;

Vu la note en délibéré, enregistrée le 6 janvier 2016, présentée par la société Derichebourg Polyurbaine ;

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 de ce code : " I. Le juge peut ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations et suspendre l'exécution de toute décision qui se rapporte à la passation du contrat, sauf s'il estime, en considération de l'ensemble des intérêts susceptibles d'être lésés et notamment de l'intérêt public, que les conséquences négatives de ces mesures pourraient l'emporter sur leurs avantages. (...) " ; qu'aux termes de l'article L. 551-10 du même code : " Les personnes habilitées à engager les recours prévus aux articles L. 551-1 et L. 551-5 sont celles qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par le manquement invoqué (...) " ;

2. Considérant qu'il n'appartient pas au juge du référé précontractuel, qui doit seulement se prononcer sur le respect, par le pouvoir adjudicateur, des obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation d'un contrat, de se prononcer sur l'appréciation portée sur la valeur d'une offre ou les mérites respectifs des différentes offres ; qu'il lui appartient, en revanche, lorsqu'il est saisi d'un moyen en ce sens, de vérifier que le pouvoir adjudicateur n'a pas dénaturé le contenu d'une offre en en méconnaissant ou en en altérant manifestement les termes et procédé ainsi à la sélection de l'attributaire du contrat en méconnaissance du principe fondamental d'égalité de traitement des candidats ;

3. Considérant que pour annuler, au stade de l'analyse des offres, la procédure de passation du lot n° 1 du marché public de collecte et d'évacuation des déchets ménagers et assimilés lancée par la communauté intercommunale des villes solidaires (CIVIS), le juge des référés du tribunal administratif de la Réunion a jugé que, pour apprécier défavorablement l'offre de la société Derichebourg Polyurbaine au regard du critère de " cohérence entre la décomposition du prix global et forfaitaire et la note méthodologique du

candidat ", la CIVIS avait apporté des corrections injustifiées au décompte des emplois que la société entendait affecter à l'exécution du marché ; qu'en procédant ainsi, il ne s'est pas borné à vérifier que la CIVIS n'avait pas dénaturé le contenu de l'offre de la société, mais s'est prononcé sur l'appréciation portée par le pouvoir adjudicateur sur la valeur de cette offre ; qu'il résulte de ce qui a été dit ci-dessus qu'il a commis une erreur de droit ; que, par suite, la CIVIS est fondée, sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens du pourvoi, à demander l'annulation de l'ordonnance attaquée ;

4. Considérant qu'il y a lieu, en application des dispositions de l'article L. 821-2 du code de justice administrative, de régler l'affaire au titre de la procédure de référé engagée ;

5. Considérant, en premier lieu, qu'aux termes de l'article 5 du code des marchés publics : " La nature et l'étendue des besoins à satisfaire sont déterminées avec précision avant tout appel à la concurrence " ; et qu'aux termes de l'article 72 du même code : " Le pouvoir adjudicateur peut passer un marché sous la forme d'un marché à tranches conditionnelles. / Le marché à tranches conditionnelles comporte une tranche ferme et une ou plusieurs tranches conditionnelles. Le marché définit la consistance, le prix ou ses modalités de détermination et les modalités d'exécution de chaque tranche. Les prestations de la tranche ferme doivent constituer un ensemble cohérent ; il en est de même des prestations de chaque tranche conditionnelle, compte tenu des prestations de toutes les tranches antérieures. " ;

6. Considérant que si la société Derichebourg Polyurbaine fait valoir que les candidats n'étaient pas en mesure de connaître la nature des prestations à réaliser de manière certaine dès lors que, en vertu du c) de l'article 3.3 du règlement de consultation, la tranche conditionnelle n° 1 susceptible d'être affermie avait vocation à remplacer la tranche ferme, il ressort des termes de l'article 3.1 de ce règlement qu'aucune des prestations prévues dans la tranche ferme, qui consiste en la collecte des déchets " en porte-à-porte ", ne devait être supprimée en cas d'affermissement de la tranche conditionnelle, qui concerne la collecte de déchets " en bornes d'apport volontaire " ; que, par ailleurs, contrairement à ce que soutient la société Derichebourg Polyurbaine, la consistance et les modalités d'exécution de la tranche conditionnelle n° 1 sont suffisamment définies tant à l'article 3 du règlement de la consultation que dans le cahier des clauses techniques particulières, notamment ses articles 9 et 10 et ses annexes V et VII ; que, par suite, le moyen tiré de ce que la CIVIS aurait méconnu les dispositions des articles 5 et 72 du code des marchés publics en ne définissant pas les besoins correspondant aux tranches ferme et conditionnelles doit être écarté ;

7. Considérant, en deuxième lieu, qu'ainsi qu'il a été dit ci-dessus, il n'appartient pas au juge du référé précontractuel de se prononcer sur la façon dont la CIVIS a apprécié l'offre de la société Derichebourg Polyurbaine au regard du critère de " cohérence entre la décomposition du prix global et forfaitaire et la note méthodologique du candidat " ; que, par ailleurs, si la CIVIS a apporté des corrections au décompte des emplois que la société entendait affecter à l'exécution du marché, c'est en raison des particularités de la présentation de son offre ; qu'ainsi, le moyen tiré de ce que la CIVIS aurait mis en oeuvre des méthodes d'appréciation des offres différentes pour l'attributaire du marché et pour la société requérante et aurait ainsi méconnu le principe d'égalité de traitement doit être écarté ;

8. Considérant, en troisième lieu, qu'il résulte de l'instruction que les membres du groupement d'entreprises attributaire du marché pour le lot n° 1, la société HCE et la SEMRRE, ont produit l'ensemble des pièces et attestations mentionnées à l'article 46 du code des marchés publics et à l'article 4 de l'annexe 6 du règlement de la consultation ; qu'il suit de là que le moyen tiré de ce qu'en attribuant le marché à ce groupement, la CIVIS aurait manqué à ses obligations de publicité et de mise en concurrence doit, en tout état de cause, être écarté ;

9. Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède, sans qu'il soit besoin de statuer sur les fins de non-recevoir opposées par la CIVIS, que la société Derichebourg Polyurbaine n'est pas fondée à demander l'annulation de la procédure litigieuse ;

10. 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 CIVIS, qui n'est pas la partie perdante dans la présente instance ; qu'il y a lieu, en revanche, au titre des mêmes dispositions, de mettre à la charge de la société Derichebourg Polyurbaine, d'une part, le versement à la société HCE d'une somme de 1 500 euros pour la procédure devant le tribunal administratif de la Réunion, et, d'autre part, le versement à la CIVIS d'une somme de 4 500 euros pour la procédure devant ce tribunal et le Conseil d'Etat ;

D E C I D E :

Article 1er : L'ordonnance du 2 octobre 2015 du juge des référés du tribunal administratif de la Réunion est annulée.

Article 2 : La demande de la société Derichebourg Polyurbaine est rejetée.

Article 3 : La société Derichebourg Polyurbaine versera, d'une part, une somme de 4 500 euros à la CIVIS et, d'autre part, une somme de 1 500 euros à la société HCE au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative. Les conclusions présentées au même titre par la société Derichebourg Polyurbaine sont rejetées.

Article 4 : La présente décision sera notifiée à la communauté intercommunale des villes solidaires et à la société Derichebourg Polyurbaine.

Copie en sera adressée pour information à la société d'économie mixte Réunion Recyclage Environnement et à la société HC Environnement.

Résumé :

Il n'appartient pas au juge du référé précontractuel, qui doit seulement se prononcer sur le respect, par le pouvoir adjudicateur, des obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation d'un contrat, de se prononcer sur l'appréciation portée sur la valeur d'une offre ou les mérites respectifs des différentes offres. Il lui appartient, en revanche, lorsqu'il est saisi d'un moyen en ce sens, de vérifier que le pouvoir adjudicateur n'a pas dénaturé le contenu d'une offre en en méconnaissant ou en en altérant manifestement les termes et procédé ainsi à la sélection de l'attributaire du contrat en méconnaissance du principe fondamental d'égalité de traitement des candidats.