



Référés précontractuels successifs : c'est possible tant que le contrat n'est pas signé !

CE 8 décembre 2020, Sté Pompes funèbres funérarium, n°440704

Tant que le contrat n'est pas signé, un candidat évincé ou empêché de participer à une procédure de publicité et de mise en concurrence peut introduire plusieurs référés précontractuels successifs. Seule la signature du contrat rend le référé précontractuel irrecevable.

Ce qu'il faut retenir :

Point n°1 : La possibilité d'introduire plusieurs référés précontractuels successifs tant que le contrat n'est pas signé

L'introduction d'un référé précontractuel n'est enfermée dans aucun délai particulier. L'article L 551-1 du CJA indique seulement que le juge doit être saisi avant la conclusion du contrat. Ainsi, la circonstance qu'il se soit écoulé plus de deux mois entre la notification du rejet de l'offre et l'introduction de la requête est sans incidence sur la recevabilité de celle-ci dès lors que le contrat n'est pas encore signé (CE 14 décembre 2009, commune de la Roche-sur-Yon, n°325830).

Le Code de la justice administrative ne contient aucune disposition spécifique interdisant d'introduire plusieurs référés précontractuels successifs avant que le contrat soit signé. Les décisions du juge du référé ne possèdent d'ailleurs qu'un caractère provisoire et ne sont pas revêtues de l'autorité de chose jugée (CE 6 mars 2009, Société Biomérieux, n° 324064) de sorte qu'un même requérant peut décider d'introduire un second référé précontractuel à la suite du premier sur le fondement du même manquement ou sur un autre.

C'est la raison pour laquelle dans son arrêt du 8 décembre 2020, le Conseil d'Etat rappelle en son considérant n°7 que la circonstance qu'un opérateur économique a déjà exercé deux référés précontractuels au cours desquels il aurait pu soulever le(s) manquement(s) dont il se prévaut, ne fait pas obstacle à ce qu'il forme un nouveau référé précontractuel tant que le délai de suspension de la signature du contrat n'est pas expiré

Point n°2 : La possibilité d'introduire plusieurs référés suspension successifs en cas de moyens nouveaux non connus lors de la première saisine

De la même façon, dans un arrêt du 29 juin 2020, SCI Eaux douces, n°435502, le Conseil d'Etat a considéré en matière de référé suspension que la circonstance que le juge des référés a rejeté une première demande de suspension présentée sur le fondement de l'article L. 521-1 du code de justice administrative ne fait pas obstacle à ce que le même requérant saisisse ce juge d'une nouvelle demande ayant le même objet, notamment en soulevant des moyens ou en faisant valoir des éléments nouveaux, alors même qu'ils auraient pu lui être soumis dès sa première saisine.

Dans son arrêt du 8 décembre 2020, le Conseil d'Etat étend cette solution aux référés précontractuels avec simplement la particularité de la signature du contrat qui met un terme définitif à la procédure du référé précontractuel.

Considérant ce qui suit :

1. Il ressort des pièces du dossier soumis au juge des référés que la commune de Challans a lancé une consultation en vue de l'attribution d'une concession de service public, d'une durée de trente ans, portant sur la conception, la construction puis l'exploitation d'un crématorium communal. Par un courrier du 20 décembre 2019, la société Pompes funèbres funérarium Lemarchand, qui s'était portée candidate, a été informée par la commune de Challans de ce que son offre n'avait pas été retenue et que le contrat avait été attribué au groupement solidaire composé de la société Compagnie des crématoriums, mandataire, et de la société Accueil funéraire 85. Par une première requête rejetée au fond par une ordonnance du juge du référé précontractuel du 31 janvier 2020, la société Pompes funèbres funérarium Lemarchand a demandé, sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, l'annulation de la procédure de passation du contrat de concession. Cette société a présenté une deuxième requête sur le même fondement, qui a été rejetée au fond par une ordonnance du 27 février 2020. Par une troisième requête, enregistrée le 2 mars 2020, la société Pompes funèbres funérarium Lemarchand a demandé à nouveau au juge du référé précontractuel, sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, d'annuler la procédure, lancée par la commune de Challans, de passation de la convention de concession de service public. Toutefois, cette société, informée que la convention litigieuse avait été signée le 27 février 2020, a présenté de nouvelles conclusions dans un mémoire complémentaire et demandé au juge du référé contractuel, sur le fondement des articles L. 551-13 et L. 551-18 du code de justice administrative, d'annuler ladite convention. Elle se pourvoit en cassation contre l'ordonnance du 28 avril 2020 par laquelle le juge des référés a rejeté ses conclusions en référé contractuel.

Sur la régularité de l'ordonnance attaquée :

2. L'article 9 de l'ordonnance du 25 mars 2020 portant adaptation des règles applicables devant les juridictions de l'ordre administratif dispose que, durant la période comprise entre le 12 mars 2020 et la date de cessation de l'état d'urgence sanitaire déclaré dans les conditions de l'article 4 de la loi du 23 mars 2020, " Outre les cas prévus à l'article L. 522-3 du code de justice administrative, il peut être statué sans audience, par ordonnance motivée, sur les requêtes présentées en référé (...) ".
3. En premier lieu, ces dispositions ouvrent au juge des référés la possibilité de statuer sans audience sur toute demande en référé pendant cette période, sans que cette faculté soit limitée aux procédures relevant du titre II du livre V du code de justice administrative. Par suite, le juge des référés, qui n'avait pas à motiver son ordonnance sur ce point, a pu sans erreur de droit faire usage de cette possibilité dans le cadre d'une procédure engagée sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative et jugé sur celui des articles L. 551-13 et L. 551-18 du même code.
4. En second lieu, il ne résulte pas des dispositions citées au point 2 que seraient exclues de leur champ d'application les requêtes qui avaient été inscrites au rôle d'une audience publique avant la déclaration de l'état d'urgence sanitaire et qui ont été rayées du rôle puis renvoyées à une date ultérieure avant de faire l'objet d'une dispense d'audience du fait de cet état d'urgence. Par suite, le juge des référés n'a entaché l'ordonnance attaquée d'aucun vice de procédure en statuant sans audience dans de telles circonstances.

Sur le bien-fondé de l'ordonnance attaquée :

5. Aux termes de l'article L. 551-13 du code de justice administrative : " Le président du tribunal administratif, ou le magistrat qu'il délègue, peut être saisi, une fois conclu l'un des contrats mentionnés aux articles L. 551-1 et L. 551-5, d'un recours régi par la présente section ". Aux termes de l'article L. 551-14 du même code : " Les personnes habilitées à agir sont celles qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par des manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles sont soumis ces contrats, ainsi que le représentant de l'Etat dans le cas des contrats passés par une collectivité territoriale ou un établissement public local. / Toutefois, le recours régi par la présente section n'est pas ouvert au demandeur ayant fait usage du recours prévu à l'article L. 551-1 ou à l'article L. 551-5 dès lors que le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice a respecté la suspension prévue à l'article L. 551-4 ou à l'article L. 5519 et s'est conformé à la décision juridictionnelle rendue sur ce recours ". Aux termes de l'article 29 du décret du 1er février 2016 relatif aux contrats de concession, alors applicable : " I. - Pour les contrats de concession dont la valeur est égale ou supérieure au seuil visé à l'article 9, à l'exception des contrats de concession relevant du a et du b du 2° de l'article 10, l'autorité concédante, dès qu'elle a fait son choix pour une candidature ou une offre, notifie à tous les autres candidats et soumissionnaires le rejet de leur candidature ou de leur offre. Cette notification précise les motifs de ce rejet et, pour les soumissionnaires, le nom du ou des attributaires ainsi que les motifs qui ont conduit au choix de l'offre. / Un délai d'au moins seize jours est respecté entre la date d'envoi de la notification et la date de conclusion du contrat de concession. Ce délai est réduit à au moins onze jours en cas de transmission électronique de cette notification à l'ensemble des candidats et soumissionnaires intéressés ". Aux termes de l'article L. 551-4 du code de justice administrative : " Le contrat ne peut être signé à compter de la saisine du tribunal administratif et jusqu'à la notification au pouvoir adjudicateur de la décision juridictionnelle ".
6. Il résulte des dispositions qui précèdent que, s'agissant des contrats mentionnés à l'article 26 du décret du 1er février 2016, alors en vigueur, relatif aux contrats de concession, sont seuls recevables à saisir le juge d'un référé contractuel, outre le préfet, les candidats privés de la possibilité de présenter utilement un recours précontractuel, lorsque le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice n'a pas communiqué la décision d'attribution aux candidats non retenus ou n'a pas

observé, avant de signer le contrat, le délai fixé par cet article, ainsi que ceux qui ont engagé un référé précontractuel lorsque le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice n'a pas respecté l'obligation de suspendre la signature du contrat prévue aux articles L. 5514 ou L. 5519 du code de justice administrative ou ne s'est pas conformé à la décision juridictionnelle rendue sur ce référé.

7. ***Pour conclure à l'irrecevabilité des conclusions de la société Pompes funèbres funérarium Lemarchand en annulation de la convention de concession de service public présentées sur le fondement des dispositions précitées des articles L. 551-13 et L. 551-18 du code de justice administrative, le juge des référés a relevé qu'en admettant que la commune de Challans ait méconnu le délai pendant lequel elle ne devait pas signer le contrat, cette méconnaissance n'avait pas privé la société de son droit de saisir le juge du référé précontractuel d'une troisième requête invoquant un nouveau manquement dès lors qu'elle avait déjà pu présenter deux référés précontractuels rejetés au fond. En statuant ainsi, alors que la circonstance que la société évincée avait déjà exercé deux référés précontractuels au cours desquels elle aurait pu soulever le manquement dont elle se prévalait, ne faisait pas obstacle à ce qu'elle forme un nouveau référé précontractuel tant que le délai de suspension de la signature du contrat n'était pas expiré, l'auteur de l'ordonnance attaquée a commis une erreur de droit.***
8. Il ressort toutefois des énonciations de l'ordonnance attaquée que la commune de Challans avait été informée du sens de l'ordonnance du 27 février 2020 par son avocat, auquel cette ordonnance avait été notifiée, avant de signer le contrat litigieux. Dès lors, elle doit être regardée comme en ayant reçu notification au sens et pour l'application de l'article L. 551-4 du code de justice administrative. Par suite, la signature de ce contrat n'est pas intervenue en méconnaissance de l'obligation de suspension fixée par ce même article. Dans ces conditions, il résulte de ce qui a été dit au point 6 que la société Pompes funèbres funérarium Lemarchand n'était pas recevable à saisir le juge d'un référé contractuel. Ce motif, qui répond à un moyen invoqué devant les juges du fond et dont l'examen n'implique l'appréciation d'aucune circonstance de fait, doit être substitué au motif erroné en droit retenu par l'ordonnance attaquée, dont il justifie le dispositif. Par suite, le pourvoi de la société Pompes funèbres funérarium Lemarchand doit être rejeté.
9. Il résulte de ce qui précède que le pourvoi de la société Pompes funèbres funérarium Lemarchand doit être rejeté, y compris, par voie de conséquence, ses conclusions présentées au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative. En revanche il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de la société Pompes funèbres funérarium Lemarchand la somme de 3 000 euros à verser, d'une part à la commune de Challans, d'autre part aux sociétés Accueil funéraire 85 et Compagnie des crématoriums au titre des dispositions de cet article.

DECIDE :

Article 1er : Le pourvoi de la société Pompes funèbres funérarium Lemarchand est rejeté.

Article 2 : La société Pompes funèbres funérarium Lemarchand versera, d'une part, à la commune de Challans, une somme de 3 000 euros, d'autre part aux sociétés Accueil funéraire 85 et Compagnie des crématoriums ensemble, une même somme de 3 000 euros au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : La présente décision sera notifiée à la société Pompes funèbres funérarium Lemarchand, à la commune de Challans, à la société Accueil funéraire 85 et à la société Compagnie des crématoriums.