

N° 401400

Société Decremps BTP

7^{ème} et 2^{ème} chambres réunies

Séance du 4 janvier 2017

Lecture du 23 janvier 2017

CONCLUSIONS

M. Gilles PELLISSIER, rapporteur public

Sauf à ce que vous décidiez de les remettre en cause, l'affaire qui vient d'être appelée vous conduira à réaffirmer plus nettement les règles de recevabilité du référé contractuel relatives à son articulation avec le référé précontractuel dans le cas de marchés à procédure adaptée. Ces règles s'appliquent plus généralement à tous les contrats de la commande publique qui ne sont pas soumis à l'obligation pour l'acheteur de notifier aux candidats le rejet de leur offre et de respecter un délai avant de conclure le contrat.

Le présent litige est relatif à une procédure adaptée lancée en mars 2016 par le SIVOM Morillon-Samoëns-Sixt Fer à cheval-Verchaix en vue de la passation d'un marché de rénovation d'un réseau d'eau et d'assainissement. Le 10 mai 2016, le SIVOM a notifié à la société Decremps BTP, qui avait présenté une offre sur le lot n° 1, le rejet de son offre et l'identité de l'attributaire. Le 23 mai, la société Decremps a saisi le juge du référé précontractuel d'un recours qu'elle a transformé en référé contractuel lorsqu'elle a appris que le marché avait été signé le jour même de l'introduction de sa demande. Par une ordonnance du 27 juin 2016 contre laquelle la société Decremps se pourvoit en cassation, le juge du référé a rejeté son recours comme irrecevable aux motifs, si nous les comprenons bien, d'une part que la société requérante n'a pas été privée de la possibilité d'effectuer un référé précontractuel dans la mesure où le pouvoir adjudicateur a choisi de lui notifier le choix du groupement attributaire et, mais cela n'est pas explicitement précisé, que le délai entre cette notification et la signature du marché a été suffisant, d'autre part que l'introduction du référé étant postérieure de quelques heures à la signature du marché, celle-ci n'avait pas méconnu l'effet suspensif du recours contentieux.

Trois moyens sont dirigés contre ces motifs, dont l'expression est quelque peu confuse, mais pas au point d'encourir le grief d'insuffisance de motivation qui lui est faite.

Les deux autres moyens sont tirés des erreurs de droit qui entacheraient ces motifs quant à l'application des conditions de recevabilité du référé contractuel, dont il nous faut commencer par vous rappeler aussi brièvement que possible les principes directeurs.

Ceux-ci reposent de manière générale sur le caractère subsidiaire du référé contractuel, qui n'est ouvert que lorsque le référé précontractuel n'a pu être exercé ou jugé du fait d'un manquement du pouvoir adjudicateur aux règles destinées à garantir aux candidats évincés un accès effectif à cette voie de recours, qui est la voie normale de contestation de la

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur. 1

passation du contrat. Ces règles prévoient à la fois l'information des candidats évincés et la suspension de la signature du contrat, qui préserve l'objet du recours, puisque celui-ci disparaît avec la signature du contrat. Ainsi, d'une part, le référé contractuel peut être exercé lorsque le candidat évincé n'a pas été mis à même de pouvoir exercer un référé précontractuel faute pour le pouvoir adjudicateur de l'informer du rejet de son offre, des motifs de ce rejet et de l'identité de l'attributaire, ainsi que du délai pendant lequel il s'abstiendra de signer le contrat, ou si le pouvoir adjudicateur n'a pas respecté ce délai (art 80 du CMP ; art 99 D 25 mars 2016). D'autre part, l'exercice d'un référé précontractuel ferme en principe la voie du référé contractuel, sauf, là-encore, si le pouvoir adjudicateur n'a pas respecté la suspension de la signature du contrat qui résulte de l'introduction du référé et s'est conformé à décision juridictionnelle rendue sur ce recours (2nd alinéa de l'article L. 551-14 du CJA). Vous avez déduit de ces dispositions que le référé contractuel était également recevable lorsque le concurrent évincé avait formé un référé précontractuel alors même qu'il était dans l'ignorance du rejet de son offre et de la signature du marché (10 novembre 2010, *Etablissement public national des produits de l'agriculture et de la mer (France Agrimer)*, n° 340944, aux T) ou lorsque la notification du rejet de la candidature ou de l'offre n'est pas accompagnée des informations prévues par les dispositions réglementaires que nous avons mentionnées (24 juin 2011, *OPIEVOY*, n° 346665 : absence d'indication du délai de suspension de la signature du contrat ; 18 déc 2012, *Métropole Nice-Côte d'Azur*, n° 363342 : absence d'information des motifs du rejet de l'offre).

Pour les contrats auxquels ne s'applique pas l'obligation de communiquer aux candidats évincés la décision d'attribution du contrat et de respecter le délai de stand-still qui s'ensuit, ce qui est notamment le cas des marchés passés selon une procédure adaptée, l'article L. 551-15 a prévu une possibilité de fermeture manuelle de la voie du référé contractuel, selon l'expression imagée de N. Boulouis dans ses conclusions sur votre décision *Grand port maritime du Havre* (19 janvier 2011, n° 343435, au rec) : le pouvoir adjudicateur doit avoir volontairement, « *avant la conclusion du contrat, rendu publique son intention de le conclure et observé un délai de onze jours après cette publication* ». Cette publication s'effectue au Journal officiel de l'Union européenne, comme le précisent les articles R. 551-7 du CJA et 40.1 du code des marchés publics pour les marchés passés selon une procédure adaptée.

Il résulte de l'ensemble de ces règles que, pour un marché passé selon une procédure adaptée, l'exercice d'un référé précontractuel ne rend irrecevable le référé contractuel que si le pouvoir adjudicateur a d'une part rendu publique son intention de conclure le contrat et respecté un délai minimum de onze jours après cette publication, d'autre part qu'il n'a pas signé le contrat alors que le référé précontractuel avait été formé.

L'auteur de l'ordonnance attaquée a considéré que ces deux conditions étaient remplies.

S'agissant de l'information donnée aux candidats évincés, il a explicitement relevé que « le SIVOM a choisi, sans y avoir été obligé, de notifier dès le 10 mai 2016 à l'entreprise requérante le choix du groupement attributaire ». On peut déduire de l'indication de cette date et de celle de l'introduction du référé, 13 jours plus tard, qu'il a également estimé que le délai légal de onze jours avait été respecté.

Si ce dernier point n'est pas critiqué, la société requérante soutient qu'il a commis une erreur de droit en se contentant de constater une information sur le choix du groupement attributaire alors que les dispositions précitées de l'article L. 551-15 prévoient une publicité de l'intention de conclure le contrat. La réponse à ce moyen dépend de la rigueur de la lecture que vous ferez de ces dispositions : une interprétation stricte subordonnera la fermeture manuelle à ce que prévoit exactement le texte, c'est-à-dire à une publication de l'intention de conclure le contrat ; une interprétation plus souple donnera le même effet à toute information du candidat évincé du rejet de son offre ou du choix du candidat retenu, comme l'a fait l'auteur de l'ordonnance attaquée.

Votre jurisprudence est déjà bien engagée dans le sens de la rigueur : vous avez ainsi jugé par la décision *sté Chaumeil* du 29 juin 2012 (n° 358353, aux T) que les dispositions de l'article L. 551-14 « ne sauraient avoir pour effet de rendre irrecevable le recours contractuel du concurrent évincé ayant antérieurement présenté un recours précontractuel qui, bien qu'informé du rejet de son offre par le pouvoir adjudicateur, a été privé de la possibilité de présenter utilement un tel recours en raison de l'absence de publicité donnée par le pouvoir adjudicateur à son intention de conclure le contrat ». Ainsi, l'information du rejet de l'offre n'est pas assimilée à une publication de l'intention de conclure le contrat.

Vous avez confirmé cette rigueur en jugeant, par une décision *Cne de La Seyne-sur-Mer*, du 25 octobre 2013 (n° 370393, aux T sur ce point), à propos d'une délégation de service public, que « nonobstant la circonstance que la commune a notifié au candidat non retenu la décision de rejeter son offre et de retenir celle de M. L... en précisant dans cette décision qu'elle respecterait un délai de suspension de seize jours minimum avant de conclure le contrat, délai minimum qu'elle n'a au demeurant pas respecté, la société Miramar est recevable à saisir le juge du référé contractuel d'une demande tendant à l'annulation de ce contrat ». La commune avait en l'occurrence appliqué les règles de notification de l'article 80 du code des marchés publics, inapplicables au contrat en cause, mais qui pouvaient apparaître comme constituant un dispositif plus efficace de garantie de l'effectivité du droit au recours précontractuel. Nous vous invitons néanmoins à faire prévaloir le respect de la procédure applicable au contrat en cause, ce que vous avez fait, pour des raisons tenant à la complexité déjà grande des procédures de référé en la matière et de la sécurité juridique qu'elles doivent assurer. Il ne nous semble en effet pas opportun de subordonner la recevabilité des recours à des interrogations sur la portée des informations données et sur leur équivalence avec la règle de publicité que pose l'article L. 551-15. Ainsi, pour ne citer que la présente affaire, il n'est pas évident que l'information d'un candidat évincé du choix du titulaire soit équivalente, en ce qui concerne l'effectivité du droit au recours, à une publication de l'intention de conclure le contrat, dont les termes renverront à l'article L. 551-15 qui indique le délai pendant lequel ce recours peut être effectué.

Si vous nous suivez pour demeurer sur cette ligne stricte, vous constaterez que le juge du référé a donc commis une erreur de droit en ne recherchant pas si le pouvoir adjudicateur avait rendu publique son intention de conclure le marché dans les conditions fixées par les dispositions précitées du code des marchés publics, alors applicables.

Cette erreur de droit suffit à entraîner l'annulation de l'ordonnance attaquée, sans qu'il soit nécessaire d'examiner l'autre moyen, portant sur l'autre partie des motifs constatant que l'introduction du référé précontractuel n'avait pu faire obstacle à la signature du marché qui avait eu lieu avant. Dès lors que le candidat évincé n'a pas disposé des informations lui

permettant de former utilement le référé précontractuel, la circonstance qu'il l'ait fait ne fait pas obstacle à ce qu'il exerce ensuite un référé contractuel. Que le pouvoir adjudicateur n'ait pas manqué à son obligation de ne pas signer le marché pendant l'instance contentieuse du référé précontractuel est sans incidence sur la recevabilité du référé contractuel.

Réglant l'affaire au titre de la procédure de référé engagée par la société requérante, vous constaterez tout d'abord qu'elle est recevable à agir puisqu'il n'est pas établi que le SIVOM ait rendu publique son intention de conclure le marché litigieux conformément aux dispositions de l'article 40.1 du code des marchés publics.

La satisfaction que la société requérante tirera de la recevabilité de son recours sera néanmoins de courte durée car si la voie d'accès au référé contractuel est étroite, ses conditions de succès le sont encore davantage, particulièrement pour les contrats non soumis à l'obligation, pour l'acheteur, de notifier la décision d'attribution. Car, comme vous l'avez jugé par votre décision précitée *Grand Port maritime du Havre*, pour ces contrats, les seules irrégularités pouvant conduire le juge du référé contractuel à exercer son office sont celles visées à l'article L. 551-18 du CJA qui ne dépendent pas de la méconnaissance de cette obligation, à savoir « *lorsqu'aucune des mesures de publicité requises pour sa passation n'a été prise, ou lorsque a été omise une publication au Journal officiel de l'Union européenne dans le cas où une telle publication est prescrite* » ou "*lorsque ont été méconnues les modalités de remise en concurrence prévues pour la passation des contrats fondés sur un accord-cadre ou un système d'acquisition dynamique* » ou encore lorsque le pouvoir adjudicateur a méconnu son obligation de ne pas signer le contrat alors qu'un référé précontractuel a été formé ou ne s'est pas conformé à la décision juridictionnelle rendue sur ce référé, puisque ces obligations s'appliquent à tous les contrats.

Or les irrégularités invoquées par la société requérante, qui ont trait aux modalités d'appréciation de son offre par le pouvoir adjudicateur et à l'intervention prétendument irrégulière de la commission d'appel d'offres dans la procédure, ne sont pas de celles que le juge du référé contractuel peut appréhender lorsqu'il est saisi d'un contrat passé selon une procédure qui n'impose pas l'information des candidats évincés sur le rejet de leurs offres (voyez par exemple : 11 décembre 2013, *Sté antillaise de sécurité*, n° 372214, pour un marché à procédure adaptée). Si le recours de la société requérante est ainsi recevable, il ne peut qu'être rejeté, tous les moyens qu'elle soulève à son appui étant inopérants.

EPCMNC : - Annulation de l'ordonnance attaquée ;

- Rejet de la demande de la société Decremps présentée au juge des référés ;
- Mettiez à la charge de la société Decremps le versement au SIVOM d'une somme de 3 000 euros au titre des frais exposés.