

CONCLUSIONS

M. Nicolas LABRUNE, Rapporteur public

La commune de Bandréle (Mayotte) a lancé au printemps 2022 une consultation en vue de la passation d'un marché à procédure négociée avec mise en concurrence préalable relatif à la construction de huit salles de classe et d'un réfectoire pour l'école élémentaire de Kavani-Bandréle, d'une valeur totale estimée à 3,8 M€ hors taxes.

Ainsi que l'indique le règlement de la consultation, la commune a choisi de diviser la procédure en deux phases, la première portant sur l'analyse des candidatures, la seconde sur l'appréciation des offres, avec une forme d'appel d'offres restreint¹ pour la sélection des candidatures, suivie d'une procédure négociée² pour la sélection de l'offre retenue parmi les offres des candidats admis à poursuivre la procédure à l'issue de la première phase.

Par un courrier du 29 août 2022, la commune a informé la SARL Pro services que sa candidature n'était pas retenue, mais qu'en revanche, celles du groupement GTA Mayotte, du groupement Cambais Industrie et du groupement Harappa étaient retenues pour la seconde phase de la procédure, c'est-à-dire celle d'examen des offres après négociation.

La SARL Pro services a alors saisi le juge des référés précontractuels du TA de Mayotte. Par une ordonnance du 30 septembre 2022, celui-ci a fait partiellement droit à sa demande : d'une part, il a annulé la procédure de passation du marché et la décision portant rejet de « l'offre » [sic] de la société Pro services et, d'autre part, il a enjoint à la commune de Bandréle de reprendre la procédure de passation du marché public « au stade de l'examen des offres ».

¹ En application du 2° de l'article R. 2124-2 du code de la commande publique

² En application des articles L. 2124-3 et R. 2124-3 du même code

La société Pro Services se pourvoit régulièrement en cassation contre les articles 1^{er} et 2 de cette ordonnance, en soulevant un unique moyen, qui se subdivise en trois branches. Elle soutient que c'est au prix d'une dénaturation des pièces du dossier, d'une contradiction de motifs, et d'une méconnaissance de son office constitutive d'une erreur de droit que le JRТА a annulé la décision de rejet de son « offre » et la procédure de passation du marché en litige à compter de l'examen des « offres » alors qu'il s'agissait en réalité de candidatures, et qu'il a enjoint à la commune de reprendre la procédure de passation du marché au stade de l'examen des offres, alors qu'il lui appartenait d'enjoindre à la reprise de la procédure au stade de l'examen des candidatures.

Mettons d'emblée fin au suspense, ce moyen nous semble fondé.

Le JRТА a jugé, au point 6 de son ordonnance, que « l'offre » présentée par le groupement Harappa, « ne présentait pas de compétences en matière de restauration collective (...) et n'était donc pas conforme aux dispositions (...) du règlement de consultation ». Il a ensuite jugé au point 7 que ce manquement est susceptible d'avoir lésé la société Pro services, dont « l'offre » a été évincée au profit du groupement Harappa, pour en déduire que : « la commission d'appel d'offres ne pouvait, sans méconnaître le principe d'égalité de traitement des candidats, éliminer l'offre de la société Pro services et retenir celle du groupement Harappa ».

Ces appréciations de fond ne sont pas contestées par la société Pro Services dans son pourvoi, pas plus que par la commune ou les autres candidats retenus qui n'ont pas formé de pourvoi contre l'ordonnance attaquée.

En revanche, le pourvoi critique, à juste titre, les conclusions que le JRТА a tiré de ces appréciations en confondant les deux phases de la procédure et en parlant, dans toute son ordonnance, d'offres alors qu'étaient en cause des candidatures.

Il est de jurisprudence bien établie que le juge du référé précontractuel ne peut prononcer une annulation plus importante que celle qu'implique le manquement qu'il retient : lorsque le manquement se rapporte à la seule phase de sélection des offres, il lui appartient alors de n'annuler la procédure qu'à compter de l'examen de ces offres (CE, 12 janvier 2011, Département du Doubs, n° 343324, aux Tables sur un autre point ; CE, 30 septembre 2011, Département de la Savoie et société GTS, n° 350153, 350992, aux Tables sur un autre point).

De façon symétrique, la même règle d'adaptation de sa décision au manquement retenu nous semble paraître devoir être appliquée par le juge du référé précontractuel dans un cas comme celui de l'espèce : le juge du référé précontractuel ne peut prononcer une annulation moins importante que celle qu'implique l'obligation de mettre fin au manquement au respect des obligations de publicité et de mise en concurrence.

Ceci nous semble découler des pouvoirs très étendus que ce juge tient des dispositions des articles L. 551-1 et L. 551-2 du code de justice administrative, tels qu'interprétés par votre jurisprudence. Ainsi, eu égard à la nature du vice entachant la procédure de passation d'un contrat, il peut prononcer l'annulation de cette procédure alors que ne lui est demandée que la suspension de celle-ci (CE, 20 octobre 2006, *Commune d'Andeville*, n°289234, au Recueil). De même, au nombre de ces pouvoirs figure la possibilité d'annuler, comme juge de cassation, la totalité d'une procédure de délégation de service public si la partie de cette procédure demeurée intacte après l'intervention du premier juge ne permet pas d'assurer le respect des obligations de mise en concurrence qui pèsent sur l'autorité délégante (CE, 15 décembre 2006, *Société Corsica Ferries*, n° 298618, au Recueil).

En l'espèce, le JRТА a été saisi par la société Pro Services à la suite de la décision rejetant sa candidature, donc à l'issue de la première phase, la phase d'analyse des candidatures. La seconde phase, celle d'appréciation des offres était à peine entamée lorsque le JRТА s'est prononcé.

Or le JRТА a confondu ces deux phases, et ce dans toute son ordonnance. Il a donc bien dénaturé les pièces du dossier en évoquant l'offre de la société Pro services ou celle du groupement Harappa alors qu'il s'agissait de candidatures et non d'offres. Par ailleurs, la méconnaissance de son office et l'erreur de droit reprochées par le pourvoi sont également fondées : pour mettre un terme au manquement constaté, le JRТА ne pouvait ordonner la reprise de la procédure de passation au stade de l'examen des offres, c'est-à-dire à un stade ultérieur à ce manquement alors que ce dernier affectait la candidature du groupement Harappa et non son offre. De même, en annulant la procédure au stade de l'examen des offres et non au stade de l'examen des candidatures, le JRТА n'a pas mis fin au manquement dont il a pourtant constaté l'existence et qui affectait les candidatures. Nous ne sommes pas certains que le JRТА ait, en plus, entaché son ordonnance d'une contradiction de motifs : il s'est trompé tout au long de son ordonnance et son raisonnement est - si nous osons dire - constant dans l'erreur. Mais, quoiqu'il en soit, il y a, avec la dénaturation et l'erreur de droit que nous vous proposons de retenir, largement de quoi annuler les articles contestés de l'ordonnance objet du pourvoi.

Vous pourrez, après cassation, régler l'affaire au titre de la procédure de référé engagée, ce qui ne vous prendra guère de temps. Le manquement au respect des obligations de publicité et de mise en concurrence ressort très clairement du dossier, c'est celui que le JRТА avait relevé par des appréciations de fond que personne ne conteste : la candidature du groupement Harappa, qui a évincée celle de la société Pro services, était irrégulière. Il vous faut donc juste en tirer les bonnes conséquences en annulant la décision de rejet de la candidature – et non pas de l'offre - de la société Pro services, et en annulant la procédure de passation du marché

au stade qui convient– c'est-à-dire au stade de l'analyse des candidatures et non pas de l'examen des offres.

PCMNC :

- à l'annulation des articles 1^{er} et 2 de l'ordonnance attaquée ;
- à l'annulation de la procédure de passation du marché public en litige à compter de l'analyse des candidatures ;
- à l'annulation de la décision rejetant la candidature de la société Pro services ;
- à ce qu'il soit enjoint à la commune de Bandrélé, si elle entend poursuivre la procédure de passation du marché public en litige, de la reprendre au stade de l'analyse des candidatures ;
- à ce que soit mis à la charge de la commune de Bandrélé la somme de 3 000 euros à verser à la société Pro Services au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.