N° 365617
Commune de Mandelieu-la-Napoule

Référé précontractuel - Moyens nouveaux oraux à l'audience

7ème et 2ème sous-sections réunies
Séance du 3 avril 2013
Lecture du 19 avril 2013

CONCLUSIONS

M. Gilles PELLISSIER, rapporteur public

De nouveaux moyens peuvent-ils être soulevés oralement lors de l'audience de référé précontractuel ? Telle est la question à laquelle vous conduira à répondre l'affaire qui vient d'être appelée.

La commune de Mandelieu-la-Napoule a lancé en octobre 2012 un avis d'appel public à la concurrence en vue de la passation d'un marché de fourniture et de pose d'équipements pour les aires communales de jeux. Deux Sociétés, Ecogom et Apy Méditerranée, se sont portées candidates. Le marché a été attribué au terme de la procédure à la société Apy Méditerranée, légèrement mieux disante sur le critère de la valeur technique, pondéré à hauteur de 60 %.

La candidate évincée a saisi le juge des référés précontractuels du TA de Nice de conclusions tendant, à titre principal, à ce qu'il soit enjoint à la commune de lui communiquer les motifs de rejet de son offre, et, à titre subsidiaire, à l'annulation de la procédure de passation.

La commune a alors, en cours d'instance, informé la société requérante de ce que l'attributaire avait obtenu une meilleure note sur la valeur technique de son offre au motif notamment qu'il avait proposé un « délai d'intervention pour le remplacement des pièces défectueuses ... fixé entre 24 et 48 heures ».

Par une ordonnance du 14 janvier 2013, le juge des référés a, d'une part, constatant que les motifs du rejet de l'offre de la requérante lui avaient été communiqués, rejeté ses conclusions aux fins d'injonction, d'autre part annulé la procédure au motif que le rejet de l'offre reposait sur un motif erroné, le délai d'intervention proposé par la société attributaire étant plus long que celui de la société requérante et que, compte tenu tant de la pondération de ce sous-critère (2 points sur 10) que du faible écart entre les notes globales obtenues par les concurrents (0,23 point sur 10), cette erreur avait été susceptible de la léser.

La commune de Mandelieu-la-Napoule se pourvoit régulièrement en cassation contre cette ordonnance à laquelle elle reproche essentiellement d'être fondée sur un moyen soulevé oralement à l'audience par la société requérante. Elle fait valoir que le caractère écrit de la procédure fait obstacle à ce que des moyens puissent être soulevés oralement, de sorte que le moyen retenu par le

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.

juge des référés doit être regardé comme soulevé d'office par ce dernier, ce qu'il ne pouvait pas faire s'agissant d'un moyen qui n'est pas d'ordre public.

Vous avez affirmé à plusieurs reprises que la procédure devant les juridictions administratives était une procédure « essentiellement écrite » (27 avril 1966, *D.…*, n° 64489, p. 290, concernant la procédure devant les juridictions ordinales; 7 décembre 1991, *T.…*, n° 102875, aux T, s'agissant de la procédure devant la commission des recours des réfugiés; 6 décembre 1996, *EM de Betschdorf*, au Rec, en matière électorale). Si aucune disposition législative ne reprend ce principe, l'article R. 732-1 du CJA rappelle qu'après la lecture du rapport, « *les parties peuvent ensuite présenter, soit en personne, soit par un avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, soit par un avocat, des observations orales à l'appui de leurs conclusions écrites* ».

Vous admettez cependant des dérogations à ce principe lorsqu'elles apparaissent nécessaires pour compenser les contraintes liées à la rapidité de la procédure écrite.

Vous avez ainsi reconnu la possibilité de soulever des moyens oralement dans deux catégories de procédures, la procédure de reconduite à la frontière et les procédures de référé en urgence du Titre II du Livre V du code de justice administrative.

L'obligation pour le juge de la reconduite à la frontière de répondre aux moyens soulevés oralement à l'audience a été affirmée par une décision du 28 octobre 1998, *A.…* (n° 121423, aux T sur ce point).

S'agissant des référés en urgence - référé suspension, référé liberté et référé mesures utiles -, qui font l'objet du titre II du livre V du code de justice administrative, vous avez d'abord indiqué que si le juge des référés est tenu de communiquer le moyen d'ordre public soulevé d'office sur lequel il entend fonder sa décision, il peut procéder à cette communication au cours de l'audience, à charge pour lui de la mentionner dans sa décision (27 juillet 2001, *Sté Foncière MFC*, n° 233718, au rec). Vous avez ensuite implicitement reconnu aux parties la faculté de faire de même par une décision du 26 octobre 2001, *M. et Mme A… et autres* (n° 234300, aux T sur ce point), l'ordonnance devant alors en faire état. Une ordonnance de l'un de vos juges des référés, mentionnée aux Tables sur ce point, confirme explicitement et résume cette position : "Réserve faite de l'application de l'article L. 522-3 du code de justice administrative, l'instruction d'une demande de référé présentée sur le fondement de l'article L. 521-2 de ce code comporte une phase d'instruction écrite suivie d'une audience publique. Lors de cette audience, il est loisible aux parties d'invoquer tout moyen de droit ou de fait. Il appartient dans ce cas au juge des référés d'en faire mention, soit dans le procès-verbal de l'audience publique, soit dans le texte de son ordonnance" (Ord, 20 janvier 2005, *Cne de Saint-Cyprien*, n° 276475, aux T).

Le référé précontractuel présente des points communs avec ces deux procédures, sans leur être en tous points comparable.

D'une part, le juge du référé précontractuel est, comme le juge de la reconduite à la frontière, et contrairement au juge des référés d'urgence, un juge du fond. Votre jurisprudence sur la procédure de reconduite à la frontière montre que cette circonstance ne saurait, par elle-même, faire obstacle à l'introduction d'une part d'oralité dans la procédure.

D'autre part, le référé précontractuel est, comme les procédures précitées, enserré dans des délais courts, puisque le juge doit statuer dans un délai de vingt jours (art R. 551-5 CJA). Ces délais ne sont cependant pas d'une brièveté telle qu'elle rende indispensable une dérogation au principe du

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.

caractère écrit de la procédure, comme vous l'avez jugé pour la procédure de reconduite à la frontière, dans laquelle l'étranger en rétention ne dispose que de 48 heures pour former son recours (cf. art L. 512-1 du CESEDA).

Le référé précontractuel ressemble davantage au référé suspension, qui doit être jugé « dans les meilleurs délais ». Mais l'objectif de célérité de la procédure qui caractérise les référés d'urgence n'est pas la seule raison qui vous a conduit à reconnaître la possibilité de soulever oralement de nouveaux moyens à l'audience. Vous avez pu vous fonder sur l'article L. 522-1 du CJA qui dispose que « *le juge des référés statue au terme d'une procédure contradictoire écrite ou orale* ». Or les dispositions régissant la procédure de référé précontractuel ne comportent pas d'affirmation similaire. Les dispositions de l'article L. 552-3 du code de justice administrative, aux termes desquelles le juge des référés précontractuels statue « *en la forme des référés* »", visent certes à permettre un règlement rapide du litige par une ordonnance rendue par un juge statuant seul, mais elles ne révèlent aucune intention du législateur d'introduire une part d'oralité dans la procédure, comme il l'a fait par l'article L. 522-1.

En effet, d'une part, cette référence à la forme des référés figurait déjà à l'article L. 22 du code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, dans une rédaction antérieure à la loi du 30 juin 2000 dont est issu l'article L. 522-1. D'autre part, il n'existe aucune définition législative de la procédure de référé ni aucun principe général selon lequel toute procédure de référé comporterait par nature une part d'oralité, auquel l'article L. 552-3 pourrait être regardé comme renvoyant.

Vous n'avez donc pas tiré de cette référence à la forme des référés dans laquelle statue le juge des référés précontractuels les conséquences que vous avez tiré de l'introduction, par la loi du 30 juin 2000, de l'oralité dans la procédure des référés d'urgence. Vous avez ainsi jugé que le juge des référés précontractuels devait informer les parties de son intention de relever un moyen d'office avant l'audience (Section, 2 octobre 1996, *SARL Entreprise générale d'électricité Noël Béranger*, n° 160361), alors que l'oralité de la procédure de référé suspension vous a conduit, après l'entrée en vigueur de la loi du 30 juin 2000, à juger le contraire (*Sté Foncière MFC*, précitée). De même, bien que la question n'était pas en litige, vous avez indiqué, dans votre décision d'Assemblée *Cne de Cabourg*, du 10 juin 1994 (n° 141633), que, dans le cadre de la procédure de référé précontractuel, « les parties doivent être mises à même de présenter au cours d'une audience publique des observations orales à l'appui de leurs observations écrites », comme dans la procédure écrite de droit commun.

Nous ne pensons cependant pas que l'absence de disposition législative prévoyant expressément ou implicitement une part d'oralité dans une procédure fasse obstacle à ce que vous puissiez l'introduire. Le contentieux des arrêtés de reconduite à la frontière en est l'illustration.

Comme vous l'expliquait Serge Lasvignes concluant sur la décision *Cne de Cabourg*, à propos du référé précontractuel et de la référence de l'article L. 22 à la « forme des référés » : « Il n'existe pas de définition législative de la procédure du référé. La loi qui s'y réfère s'en remet donc à une construction dont l'économie est fondée sur quelques dispositions à valeur réglementaire et régie pour le reste par la jurisprudence. Ce renvoi nous paraît être, surtout, l'expression d'une volonté et l'octroi d'une licence : le juge doit faire en sorte qu'une catégorie de litiges soit tranchée de façon accélérée ; il sait qu'il peut, à cette fin, s'affranchir de certaines des garanties qu'offre la procédure de droit commun. Il ne nous semble donc pas inconcevable que cette possibilité de

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.

dérogation soit modulée, en fonction des pouvoirs conférés au juge, et dans la mesure compatible avec l'objectif de célérité fixé par le législateur ».

Votre jurisprudence comporte plusieurs exemples de cette adaptation mesurée des règles de droit commun aux spécificités d'une décision rendue, ainsi que le soulignent certaines de vos décisions, « à la suite d'une procédure particulière, adaptée à la nature de la demande et à la nécessité d'une décision rapide » (5 avril 2006, *Ministre de la défense*, n° 288441, aux T ; 11 mai

2007, *Région Guadeloupe*, n° 298863, aux T), qui vous a conduits à étendre à cette procédure un certain nombre de solutions dégagées en matière de référés et fondées sur leur caractère d'urgence.

Vous avez jugé que le rapporteur public n'intervenait pas davantage dans la procédure de référé précontractuel que dans la procédure de référé (16 octobre 2000, *Sté Stéreau*).

Certaines des adaptations à l'urgence du principe du contradictoire ont été transposées au référé précontractuel, telle que l'absence d'obligation de communiquer un mémoire en défense dès lors que les parties peuvent présenter des observations orales à l'audience (8 mars 1996, *Sté CGC Est*, n° 156510, aux T sur ce point ; 11 mai 2007, *Région Guadeloupe*, précitée) ou la fixation d'un délai bref pour présenter un mémoire en défense (15 janvier 2001, *SIAEP de Saint-Martin-en-Ré*, n° 228856, aux T sur ce point).

Vous avez également jugé, comme pour les référés en urgence (Section, 18 janvier 2001, *Cne de Venelles*, n° 229247, au Rec), que le requérant n'était pas tenu de justifier devant le juge des référés précontractuels sa qualité pour agir (29 octobre 2007, *Cté d'agglomération du pays voironnais*, n° 301065).

En revanche, vous avez adopté des règles différentes lorsque les spécificités du référé précontractuel vous ont paru les justifier. Les pouvoirs du juge des référés précontractuels et le fait qu'il les exerce en premier et dernier ressort vous ont conduits, par la décision *Cne de Cabourg*, à lui imposer la tenue d'une audience, laquelle n'était pas obligatoire dans les procédures de référé.

Nous pensons donc que vous disposez d'une certaine marge de liberté pour décider s'il convient ou non de permettre aux parties – et, par conséquent, au juge – de soulever oralement de nouveaux moyens au cours de l'audience de référé précontractuel. La solution que vous adopterez devra permettre aux parties de défendre leurs intérêts le plus efficacement possible tout en assurant la rapidité de la procédure.

Cet objectif de célérité de la procédure, que les référés en matière contractuelle partagent avec les référés d'urgence, fonde le renvoi de l'article L. 522-3 à *"la forme des référés"*. Il confère à l'audience un rôle essentiel dans la procédure, dont il faut prendre la mesure puisque la question de l'oralité qui vous est posée est celle de la portée de ce qui est produit durant la phase orale de la procédure que constitue l'audience.

Dans la procédure de droit commun, l'audience ne permet aux parties que de présenter, comme le précise l'article R. 732-1 précité, des observations orales à l'appui de leurs écritures. Devant les tribunaux et les cours, elle intervient après la clôture de l'instruction (art R. 613-2). Devant vous, l'instruction est certes close après que les avocats au Conseil d'Etat ont formulé leurs observations orales (R. 613-5), mais cette disposition, qui reprend votre jurisprudence selon laquelle l'instruction est close lorsque le rapporteur public prend la parole, n'a jamais eu pour objet ni pour

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.

effet d'introduire une part d'oralité dans une procédure essentiellement écrite. La part d'oralité que comporte la procédure de droit commun est essentiellement dédiée au rapporteur public. Le principe du caractère écrit de la procédure est donc parfaitement adapté à une instruction qui se déroule presque entièrement avant l'audience et qui n'est soumise à aucune autre exigence de rapidité que celle, générale, de juger dans un délai raisonnable.

Dans les procédures de référé, d'urgence comme en matière contractuelle, l'audience fait partie intégrante de l'instruction, dont elle pallie la brièveté de la phase écrite par un débat oral, assurant ainsi le respect du caractère contradictoire de la procédure.

Pour les référés d'urgence, l'article R. 522-8 intègre expressément l'audience dans l'instruction qui peut d'ailleurs se prolonger au-delà si le juge décide qu'elle sera close à une date ultérieure, qu'il fixe: *« L'instruction est close à l'issue de l'audience, à moins que le juge des référés ne décide de différer la clôture de l'instruction à une date postérieure dont il avise les parties par tous moyens »*.

Dans les procédures de référés en matière contractuelle, il n'existe pas de disposition générale relative à la clôture de l'instruction. L'article R. 551-4, pour le référé précontractuel, précise seulement que *« Lorsque le juge envisage de prendre d'office une des mesures prévues aux articles L. 551-2 et L. 551-6, il en informe les parties en indiquant le délai qui leur est donné pour présenter leurs observations ou, le cas échéant, la date de l'audience où elles pourront les produire. Dans ce dernier cas l'article R. 522-8 est applicable »* (même rédaction à l'art R. 551-8 pour le référé contractuel).

Une lecture a contrario de cette disposition, ainsi que l'absence d'autre précision à ce sujet, pourrait laisser penser qu'en dehors du cas dans lequel le juge informe les parties qu'elles pourront produire à l'audience leurs observations sur les mesures qu'il envisage de prendre d'office, le droit commun s'applique tant à la clôture de l'instruction, qui interviendrait alors trois jours francs avant l'audience, qu'à l'impossibilité de différer la clôture de l'instruction à une date postérieure à l'audience.

Or de telles conséquences seraient pratiquement inapplicables pour les premières et inopportunes pour les secondes.

En effet, compte tenu de l'exigence de célérité de la procédure de référé en matière contractuelle, surtout précontractuel, le délai entre l'introduction du recours et l'audience est souvent très court. Appliquer le droit commun de la clôture d'instruction trois jours francs avant l'audience aboutirait purement et simplement à supprimer l'instruction.

Tout invite au contraire à considérer que l'instruction du référé précontractuel est close en principe à l'issue de l'audience. Ce n'est qu'à cette condition que le mémoire en défense peut, comme vous l'avez jugé, n'être communiqué qu'à l'audience. C'est également à cette condition qu'il est possible, comme vous l'avez fait, d'admettre que le pouvoir adjudicateur produise les motifs du rejet de son offre ou invoque de nouveaux motifs jusqu'à ce que le juge statue (6 mars 2009, *Syndicat mixte de la région d'Auray*, n° 321217; 24 juin 2011, *Cne de Rouen*, n° 347840). Puisque ces motifs peuvent apparaître à l'audience, il faut aussi permettre que de nouveaux moyens soient soulevés, notamment pour y répondre. Et si de nouveaux moyens peuvent être soulevés en demande, ils doivent pouvoir l'être également en défense.

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.

Comme pour les référés d'urgence, l'audience de référé précontractuel est donc à bien des égards le lieu même du débat contradictoire. Elle doit donc faire partie de l'instruction.

Vous avez déjà tenu un raisonnement similaire pour juger que, compte tenu des particularités des recours devant la Commission de recours des réfugiés et en l'absence de dispositions relatives à la clôture de l'instruction (que l'article R. 733-12 du ceseda fixe aujourd'hui à trois jours francs avant l'audience devant la Cour nationale du droit d'asile), l'instruction était close à l'issue de l'audience, au cours de laquelle des moyens nouveaux pouvaient être soulevés (décision *Tchouli*, précitée). Les particularités d'un contentieux ont donc justifié l'adoption de règles différentes de celles applicables devant les juridictions administratives ordinaires.

Dès lors que l'audience permet l'invocation de ces éléments nouveaux et pas seulement de développer des observations à l'appui de moyens soulevés auparavant ou en réponse à l'intention du juge de prendre des mesures d'office, il nous semble indispensable que le juge des référés précontractuels puisse, même en dehors du cas visés par l'article R. 551-4, différer la clôture de l'instruction afin de permettre aux parties d'échanger après l'audience leurs observations sur les éléments nouveaux qui y sont apparus. Rappelons que les délais dans lesquels il doit juger n'y font pas obstacle puisqu'ils ne sont pas prescrits à peine de dessaisissement.

Ne pas le lui permettre limiterait excessivement le champ du contradictoire, puisque des éléments nouveaux pourraient être produits à l'audience sans que les parties puissent disposer d'un délai minimum pour y répondre. L'obliger à rouvrir l'instruction et à tenir une nouvelle audience serait très contraignant pour le juge et pour les parties, risquerait de prolonger une procédure qui doit être rapide, le plus souvent sans intérêt particulier, les parties pouvant très bien débattre par écrit sur le point qui demeure en discussion. Il doit pouvoir le faire s'il l'estime opportun, mais ne doit à notre avis pas y être tenu.

L'audience nous semble donc remplir dans les procédures de référé en matière contractuelle, et particulièrement en ce qui concerne le référé précontractuel, qui est encore plus que le référé contractuel soumis à une exigence de célérité, la même fonction que pour les référés d'urgence d'assurer le respect du contradictoire dans une procédure rapide. Les règles relatives à la clôture de l'instruction dans les référés d'urgence, qui sont parfaitement adaptées à cette fonction, doivent être étendues aux référés en matière contractuelle. L'absence d'autre règle de clôture compatible avec les spécificités de la procédure de référé en matière contractuelle nous paraît justifier amplement de dépasser les hésitations qui pourraient naître d'une lecture a contrario des articles R. 551-4 et 8, qui ont surtout entendu traiter la question précise des mesures que le juge envisage de prendre d'office. Vous vous trouvez, pour le reste, face à une absence de dispositions expresses qui vous autorise, comme vous l'avez fait à propos d'autres règles et en vous appuyant au besoin sur le renvoi général de l'article L. 551-3 à « *la forme des référés* », à adopter les solutions qui garantissent la plus grande efficacité de la procédure dans le respect de ses principes fondamentaux, comme l'a fait le pouvoir réglementaire par l'article R. 522-8.

Nous croyons donc que le juge des référés précontractuels doit avoir la faculté de différer la clôture de l'instruction qui intervient en principe à l'issue de l'audience, afin de laisser les parties débattre des éléments nouveaux produits à l'audience. Il devra même le faire afin de respecter le contradictoire, mais sans avoir à organiser une nouvelle audience, s'il entend tenir compte de ces éléments nouveaux.

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.

Deux de vos décisions nous paraissent d'ailleurs déjà engagées dans cette voie, qui correspond à la pratique des juridictions du fond.

Par une décision S*ociété Dégremont et Syndicat intercommunal d'assainissement et de protection de l'environnement de Toulon et autres* du 27 juillet 2001 (n° 232820, au Rec), vous avez cité l'article R. 522-8 après avoir affirmé « que les décisions prises sur le fondement des dispositions de l'article L.551-1 précité sont rendues à la suite d'une procédure particulière qui, tout en étant adaptée à la nature des demandes et à la nécessité d'assurer une décision rapide, doit garantir le caractère contradictoire de l'instruction », pour en déduire que le juge des référés précontractuels ne pouvait se fonder sur une pièce évoquée à l'audience mais produite après sans la soumettre au débat contradictoire. Vous avez ainsi fait application au référé précontractuel des dispositions de l'article R. 522-8 en dehors du champ d'application de l'article R. 551-4.

Plus récemment, vous avez indiqué que la communication par le juge des référés précontractuels à l'ensemble des parties de données produites à l'audience puis reprises dans des mémoires échangés postérieurement avait eu pour effet de « différer la clôture de l'instruction » et de permettre le respect du principe du contradictoire, ce qui nous semble impliquer nécessairement que l'instruction n'était pas close lorsque l'audience a eu lieu, puisque sa clôture a été différée par un événement postérieur, alors que, dans le cadre des procédures de droit commun, la présentation de ces données à l'audience et après aurait du être regardée comme une note en délibéré, suscitant éventuellement une réouverture de l'instruction (12 mars 2012, *Dynacité et société Dalkia France*, n° 354355, aux T).

Quelle portée faut-il reconnaître aux événements qui surviennent au cours de l'audience de référé matière contractuelle, ainsi définie ?

On pourrait au premier abord estimer que dès lors que l'audience assure dans cette procédure la même fonction dans les mêmes conditions que pour les référés d'urgence, il y a également lieu d'étendre à ces référés la possibilité de soulever oralement de nouveaux moyens. L'audience étant par définition une phase orale de l'instruction, si l'on admet que de nouveaux éléments peuvent y être produits, il serait cohérent de permettre qu'ils le soient oralement. Une telle possibilité permettrait également de ne pas ralentir la procédure par l'obligation d'échanges écrits qui nécessiteront de différer la clôture de l'instruction. Comme le faisait observer S. Lasvignes dans ses conclusions précitées, ce qui est "essentiel pour obtenir des jugements rapides, c'est la faculté d'abréger les échanges de productions écrites".

Nous pensons toutefois que sur ce point la différence entre le juge des référés en matière contractuelle, qui est un juge du fond, et le juge des référés d'urgence, qui ne prend que des mesures conservatoires sur lesquelles il peut revenir à tout moment, justifie l'application de règles différentes.

Nous ne croyons pas avoir besoin de vous convaincre des avantages de l'écrit, que vous connaissez bien pour en apprécier quotidiennement les vertus dans les procédures de droit commun. Il oblige les parties à formaliser leurs arguments, ce qui contribue à la qualité des réponses qui peuvent leur apportées, par les parties comme par le juge. Il constitue également une garantie essentielle du respect du contradictoire : dans une matière souvent très technique, où les manquements invoqués peuvent être nombreux, il est souvent plus difficile au défendeur de répondre à l'audience à un nouveau moyen ou au demandeur de critiquer un motif de rejet invoqué à la barre, que de répliquer par écrit au mémoire qui le confirmera. La présente affaire en offre une

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.

illustration, la représentante du pouvoir adjudicateur n'ayant manifestement pas été en mesure d'apporter à l'audience des informations claires et précises sur les motifs du choix de l'attributaire. Or, dans le cadre d'une procédure orale comme l'est celle des référés d'urgence, le juge, s'il peut le faire, n'est jamais tenu de prolonger l'instruction à l'issue de l'audience afin de permettre aux parties de répondre aux nouveaux éléments produits à l'audience. Vous l'avez jugé dans le cas d'une partie qui n'était ni présente ni représentée : « l'instruction contradictoire se poursuit toutefois à l'audience. S'il est loisible au juge des référés de rouvrir l'instruction à l'issue de celle-ci, il ne commet, par suite, pas d'irrégularité en se fondant sur des éléments qui ont été apportés par l'une des parties au cours de l'audience publique et dont l'autre partie n'a pu avoir connaissance, faute pour elle d'avoir été présente ou représentée lors cette audience » (29 janvier 2003, *Sté Chourgnoz SAS et SCI Résidence du Lac*, n° 249499, aux T sur ce point). L'obligation pour les parties de confirmer par écrit les moyens oralement invoqués et l'obligation corrélative pour le juge de différer la clôture de l'instruction s'il a l'intention d'en tenir compte, représentent donc pour les parties les conditions d'un débat plus contradictoire.

Du point de vue du juge, qu'il s'agisse du juge du fond ou du juge de cassation, la confirmation par écrit des moyens garantit une analyse des moyens plus fidèle à l'intention de leurs auteurs.

Ces avantages de l'écrit sont d'autant plus précieux que l'enjeu du contentieux est élevé. Une erreur ou un oubli devant le juge du référé suspension n'a de conséquence que sur la mesure conservatoire prononcée ou pas, et peut être rattrapé en revenant devant le juge. Elle peut être beaucoup plus grave si elle porte sur élément qui détermine le juge des référés précontractuels à annuler la passation d'un marché. Les mêmes raisons qui vous ont conduits à rendre obligatoire une audience de référé précontractuel nous semblent justifier que si cette audience doit permettre aux parties de soulever de nouveaux moyens ou de nouveaux motifs ou d'apporter de nouveaux éléments, elles les confirment par écrit.

Permettre aux parties à l'instance de référé précontractuel ou contractuel de soulever de nouveaux moyens à l'audience tout en leur imposant de les confirmer par écrit ne consacrera pas un dispositif inédit. Vous l'avez déjà adopté lorsque vous avez admis que de nouveaux moyens pouvaient être soulevés à l'audience en raison de spécificités des recours en matière d'asile devant la Commission des recours des réfugiés, mais que la juridiction n'était tenue d'y répondre que s'ils avaient été confirmés par écrit (décision *T.…*, n° 102875, précitée).

Le formalisme que représente cette exigence de confirmation écrite est certes de nature à ralentir le jugement du recours, puisque toute confirmation écrite d'un élément sur lequel le juge entend se fonder doit donner lieu à une communication aux autres parties, assortie d'un délai minimal pour y répondre. Mais d'une part, cet échange supplémentaire représente une garantie d'une bonne administration de la justice, d'autre part ses inconvénients en termes de délai sont réduits par la possibilité que nous vous proposons de reconnaître au juge de différer la clôture de l'instruction, c'est-à-dire de laisser quelques jours aux parties pour échanger par écrit sans convoquer une nouvelle audience, de sorte que cette obligation de confirmer par écrit les moyens nouveaux invoqués oralement ne retarde pas excessivement le jugement de l'affaire.

Les exigences du contradictoire et de la célérité de la procédure trouveront ainsi un équilibre adapté aux spécificités des référés en matière contractuelle.

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.

Si vous nous suivez, vous jugerez qu'en se fondant, pour annuler la passation du marché, sur un moyen soulevé oralement à l'audience, sans différer la clôture de l'instruction afin de communiquer au défendeur sa confirmation par écrit, le juge des référés a entaché son ordonnance d'une irrégularité et vous l'annulerez dans cette mesure, le rejet des conclusions tendant à ce qu'il soit enjoint à la commune de notifier les motifs du rejet de l'offre n'étant pas contesté.

Réglant l'affaire au fond, vous retrouverez le moyen retenu par le juge des référés, que la société auteur du référé précontractuel développe, parmi d'autres, de nouveau devant vous en défense.

La société soutient que la commune aurait méconnu les règles de transparence et de mise en concurrence en considérant que l'offre de sa concurrente présentait des délais d'intervention entre 24 h et 48 h, alors qu'elle proposait un délai de 24 h dans son mémoire technique et de 48 h dans l'acte d'engagement. Toutefois, la commission d'appel d'offres a retenu un délai maximum d'intervention de 48 h et a attribué du fait de cette incohérence une note plus basse sur ce point à la société attributaire (2,5/10 contre 5/10 à la société demanderesse). Elle n'a donc pas dénaturé sa propre offre, puisqu'elle lui a accordé une meilleure note.

Quant à la note elle-même, vous savez qu'il n'appartient pas au juge du référé précontractuel de contrôler, même au minimum, l'appréciation portée par le pouvoir adjudicateur sur les mérites respectifs des offres (29 juillet 1998, *Syndicat mixte des transports en commun de l'agglomération clermontoise*, n° 1994412, aux Tables ; 21 mai 2010, *Commune d'Ajaccio*, n°333737, aux Tables ; conclusions B. Dacosta sous CE 18 décembre 2012, *Métropole Nice – Côte-d'Azur*, n° 363342 même si la décision ne se prononce pas sur ce point).

La candidate évincée prétend ensuite que la commune aurait fait usage d'un sous-critère de délai de fourniture de pièces qui n'aurait été ni annoncé ni pondéré. Il ressort cependant du rapport d'analyse des offres que la commission d'appel d'offres a seulement relevé à propos de l'évaluation des propositions de chacun des candidats sur les délais d'intervention, qu'elles ne tenaient pas compte des délais de fourniture des pièces, ce qui ne signifie pas qu'elle en a fait un sous-critère.

La société soutient enfin que la commune aurait dénaturé son offre en jugeant que les fiches techniques des matériels et produits jointes à son offre n'étaient pas complètes. Mais la commune n'a pas estimée son offre irrégulière. L'appréciation qu'elle a portée sur l'offre demeure quant à elle, comme nous l'avons dit, hors du champ de votre contrôle.

Aucun des moyens invoqués à l'encontre de la procédure de passation n'étant fondés, nous vous proposons, après avoir annulé les articles 1er et 2 de l'ordonnance attaquée, de rejeter la demande de la Société Ecogom ainsi que ses conclusions au titre des frais exposés devant vous et de mettre à sa charge le versement à ce titre à la commune de Mandelieu la Napoule d'une somme de 3 000 euros.

Tel est le sens de nos conclusions.

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.