

9 Heurs et malheurs d'un juge des référés précontractuels

Pierre MONNIER,

vice-président du tribunal administratif de Bastia

L'objet de l'intervention est un retour d'expérience après trois ans d'exercice du juge des référés précontractuels à Châlons-en-Champagne puis à Bastia.

Une première partie rappelle sur un plan général les multiples contraintes auxquelles se trouve confronté le juge des référés précontractuels : aux contraintes inhérentes à un juge des référés (juge statuant rapidement, seul et sans l'aide d'un rapporteur public) s'ajoutent en effet des sujétions spécifiques au référé précontractuel telles que l'application du droit européen et la pression psychologique liée à l'absence *de facto* de recours en cas de rejet du référé alors même que, contrairement à un juge des référés ordinaire, les ordonnances du juge des référés précontractuels sont susceptibles d'avoir un impact irrémédiable.

Une deuxième partie, plus personnelle, retrace les heurs et malheurs de l'intervenant à travers quatre de ses ordonnances dont la question a fait ensuite l'objet d'un examen par le Conseil d'État. Cela lui donne l'occasion d'explorer quatre questions parmi les plus épineuses : la distinction entre critère et méthode de notation ; la situation des entreprises candidates en redressement judiciaire ; la question des offres anormalement basses ; et l'application de la jurisprudence *SMIRGEOMES*.

1 - Avant d'entrer dans le vif du sujet à l'aide d'exemples tirés de mon expérience de juge des référés précontractuels, il n'est peut-être pas inutile de rappeler les multiples contraintes auxquelles se trouve confronté ce juge.

1. Un juge soumis à de multiples contraintes

2 - a) Ces contraintes sont d'abord celles de tout juge des référés :

– c'est un juge statuant seul, sans rapporteur public ; même s'il a la possibilité de renvoyer l'affaire en formation collégiale¹,

– c'est un juge pressé par le temps puisque l'article R. 551-5 du Code de justice administrative prévoit un délai de 20 jours à compter de l'enregistrement de la requête même si le non-respect de ce délai n'est prescrit par aucune nullité de la procédure².

b) À ces contraintes ordinaires s'ajoutent des sujétions extraordinaires :

– c'est un juge compressé puisque l'article R. 551-5 mentionne aussi un délai de carence de 16 jours à compter de la date d'envoi de la décision d'attribution du contrat aux candidats (11 jours en cas de notification par voie électronique),

– c'est un juge de droit européen alors que le moyen tiré de l'application du droit européen est normalement inopérant devant le juge des référés³,

– c'est un juge soumis à des procédures exorbitantes du droit commun. À titre d'exemple, la jurisprudence⁴ impose aux parties, si elles entendent soulever un moyen nouveau, de le consigner dans un mémoire écrit, ce qui n'est pas le cas s'agissant des autres procédures de référé,

– c'est un juge à enjeux, doté d'un véritable pouvoir d'annulation, qui, contrairement aux autres juges des référés, peut préjudicier au principal. Les entreprises mettent souvent le paquet sur les référés précontractuels dont les résultats sont pour elles bien plus efficaces que les recours *Tarn-et-Garonne* et indemnitaires,

– c'est par conséquent un juge dont on peut penser que les sentences, contrairement à celles d'un juge des référés ordinaire⁵, sont revêtues de l'autorité de la chose jugée lorsqu'elles prononcent une annulation,

– c'est enfin un juge hémiplegique dans la mesure où il est soumis à une tutelle dissymétrique. En effet, son office, en application de la jurisprudence *Stentoïon*⁶ cesse dès que le contrat est signé pour laisser place à d'autres juges (juge contractuel, *Tarn-et-Garonne*, indemnitaires). Il ne s'expose donc à aucune censure de la part du Conseil d'État, son juge d'appel, lorsqu'il rejette une requête. En effet, il est très rare que le pouvoir adjudicateur et la personne pressentie attendent que la procédure d'appel ait pris fin pour signer le contrat. Un recours contre une ordonnance de rejet est donc voué au non-lieu ou à l'irrecevabilité selon que l'appel sera intervenu avant ou après la signature

1. CE, 19 mars 1997, n° 163293, SA *Entreprise générale de terrassements et de travaux publics* : *JurisData* n° 1997-050066 ; *Rec. CE* 1997, tables, p. 941 ; *RD imm.* 1997, p. 44, obs. F. Llorens et Ph. Terneyre.

2. CE, 28 juill. 1999, n° 206749, SA *Bouygues* : *JurisData* n° 1999-051074 ; *Rec. CE* 1999, p. 941 ; *BJCP* 1999, p. 620, concl. C. Bergeal ; *CJEG* 1999, p. 357.

3. CE, 30 déc. 2002, n° 240430, *Min. Aménagement du territoire et Environnement c/ Carminat* : *JurisData* n° 2002-064746 ; *Rec. CE* 2002, p. 510 ; *JCP A* 2003, 1125.

4. CE, 19 avr. 2013, n° 365617, *Cne Mandelieu-la-Napoule* : *JurisData* n° 2013-007364 ; *Contrats-Marchés publ.* 2013, comm. 175, note G. Eckert ; *BJCP* 2013, p. 307, concl. G. Pellissier.

5. CE, sect., 5 nov. 2003, n° 259339, *Assoc. pour la protection des animaux sauvages et a.* : *JurisData* n° 2003-066055 ; *Rec. CE* 2003, p. 444, concl. F. Lamy ; *AJDA* 2003, p. 2253, chron. F. Donnat et D. Casas.

6. CE, sect., 3 nov. 1995, n° 152650 : *JurisData* n° 1995-045622 ; *Rec. CE* 1995, p. 391, concl. C. Chantepy ; *AJDA* 1995, p. 888, chron. J.-H. Stahl et D. Chauvaux.

du contrat. Le Conseil d'État a refusé de transmettre la QPC qui voyait là une atteinte au droit au recours juridictionnel effectif⁷.

Par conséquent, face à une solution qui lui apparaît incertaine, le juge des référés précontractuels, du moins le moins aguerris, peut-être soumis à un double syndrome contradictoire :

a) Rejeter de manière péremptoire la requête pour ne pas risquer la censure de la part du Conseil d'État,

b) ou, au contraire, accueillir la requête en application du principe de précaution en se disant que son erreur aura moins de conséquences puisqu'elle pourra, le cas échéant, être corrigée par le Conseil d'État.

Mes statistiques et les quatre exemples qui viennent montrent que le juge débutant que j'étais à Châlons relevait de la seconde catégorie mais que, hélas, en arrivant, en Corse, il semblait que je sois devenu, l'âge venant, tristement péremptoire.

2. Psychopathologie d'un juge des référés précontractuels à travers quatre exemples

3 - Pour parodier Max Weber, il y a grosso modo deux types de juge : le savant et le logicien.

a) Le savant connaît toutes les jurisprudences. Lorsque vous lui posez une question, il vous répond par une jurisprudence en vous donnant le nom, la date de l'affaire et parfois même le nom du rapporteur public. Son fil est Ariane, notre banque de données.

b) Le logicien raisonne. Il essaie de comprendre le pourquoi du comment. Son dieu est le GAJA, l'Odent ou le Chapus. Il se nourrit au lait des commissaires du Gouvernement.

Évidemment, le bon juge est un mélange des deux : il se sert de la jurisprudence pour raisonner ou nourrit sa logique de références jurisprudentielles.

Les quatre exemples suivants montrent que j'appartiens à la seconde catégorie.

i) Critère vs méthode de notation

J'avais à peine pris mon grade de président à la chambre des marchés à Châlons que je fus confronté à l'une des questions les plus épineuses, celle de la distinction entre critère et méthode de notation.

4 - Voilà l'état de la jurisprudence sur cette question tel que l'a brillamment résumé Gilles Pellissier dans les conclusions qu'il prononcées lors de l'examen en cassation de cette affaire⁸ : « Le pouvoir adjudicateur doit informer les candidats aux marchés publics dès l'engagement de la procédure d'attribution du marché des critères d'attribution du marché et des conditions de leur mise en œuvre selon les modalités appropriées à l'objet, aux caractéristiques et au montant du marché concerné, ce qui inclut au moins leur pondération ou leur hiérarchisation. En revanche, la méthode de notation des offres n'a pas à être communiquée aux candidats. Cette distinction s'explique par le fait que la méthode de notation est en principe neutre dans son énoncé et fortement subjective dans son application aux offres présentées ».

5 - À partir de ce double concept de neutralité et de subjectivité, je me faisais la grille d'interprétation téléologique suivante : Si le fait qu'un candidat connaisse la méthode de notation a pour effet qu'il présente son offre de manière différente, alors cette

méthode de notation est en fait un critère. J'appliquais cette grille d'analyse à notre cas où l'appréciation du critère technique était en grande partie déterminée à partir d'échantillons de produits. J'estimais que le candidat qui connaîtrait l'échantillon se trouverait avantagé par rapport aux autres. Je donnais donc raison au candidat évincé⁹.

6 - Cependant, le Conseil d'État a censuré ce raisonnement de la manière suivante :

« 6. Considérant qu'en retenant ainsi l'existence d'un second critère de prix, alors que le rabais devant être proposé par les candidats sur les matériaux non prévus au bordereau de prix unitaires constituait, avec l'indication du montant total général porté à ce bordereau, l'un des deux éléments d'appréciation pour la notation d'un seul critère de prix, la pondération de ces deux éléments étant destinée à établir le prix de l'offre et ne manifestant pas l'intention du pouvoir adjudicateur d'accorder à l'un d'entre eux une importance particulière non liée à la part respective des matériaux et fournitures concernés dans l'ensemble des matériaux et fournitures nécessaires à l'exécution des prestations du marché, le juge des référés a commis une erreur de qualification juridique ».

ii) Comment s'apprécie la candidature d'une entreprise placée en redressement judiciaire après la date de remise des offres ?

7 - Voilà une autre question épineuse à laquelle j'ai été confrontée près d'un an plus tard sur la base des faits suivants : la commune de Chaumont avait lancé, en juin 2013, une procédure d'appel d'offres alloties en vue de la passation de marchés de travaux pour la construction d'un centre international du graphisme. Le lot n° 7 de ce marché avait été attribué à la société EDM, à l'issue de la réunion de la commission d'appel d'offres du 14 novembre 2013. La question était de savoir si on devait accueillir la requête alors même que la société EDM avait produit tous les documents requis au stade de l'appréciation de la capacité des candidats et que la commune de Chaumont ignorait même que cette société avait été placée en redressement judiciaire lorsqu'elle avait choisi son offre.

8 - Les défendeurs soutenaient en invoquant une jurisprudence pléthorique que si le pouvoir adjudicateur doit vérifier les niveaux de capacités professionnelles, techniques et financières des candidatures, il ne peut le faire qu'au regard des seuls documents qu'il est en droit d'exiger des offres et que fixe exhaustivement l'article 1^{er} de l'arrêté du 28 août 2006. S'agissant de la preuve des capacités financières, seules en cause ici, ce texte ne prévoit que la production d'une « déclaration concernant le chiffre d'affaires global et le chiffre d'affaires concernant les fournitures, services ou travaux objet du marché, réalisés au cours des trois derniers exercices disponibles ». Or ce document avait été fourni avec des données exactes. Ils soutenaient également à juste titre qu'aucune disposition n'interdisait aux entreprises placées sous sauvegarde de justice de soumissionner à un marché public, ni même aux entreprises en redressement judiciaire, qui doivent seulement justifier qu'elles ont été habilitées à poursuivre leurs activités pendant la durée prévisible d'exécution du marché. Or, comme je l'ai déjà dit, la candidate retenue n'avait été placée en redressement que par un jugement publié postérieurement à l'attribution du marché. La commune soutenait que l'offre remise était donc, à la date à laquelle elle a été déposée, parfaitement régulière et recevable.

9 - Or, il est exact, comme le rappelle Gilles Pellissier dans ses conclusions publiées au BJCP¹⁰ que le pouvoir adjudicateur doit contrôler les garanties professionnelles, techniques et financières des candidats à l'attribution d'un marché public et que cette véri-

7. CE, 15 févr. 2013, n° 364325, n° 364491 et n° 364549, Sté Novergie et a. : JurisData n° 2013-003025 ; Contrats-Marchés publ. 2013, comm. 116, note J.-P. Pietri ; JCP A 2013, 2113, note S. Hul.

8. CE, 25 mars 2013, n° 364951 et n° 364963, Sté Cophignon : JurisData n° 2013-005662 ; BJCP 2013, p. 335, concl. G. Pellissier ; JCPA 2013, act. 318.

9. TA Châlons-en-Champagne, 21 déc. 2012, n° 1202125, EURL Laurent Paillas 10. BJCP 2014, p. 341 à 347.

fication s'effectue au vu des seuls renseignements ou documents prévus par les dispositions réglementaires.

10 - C'est ainsi que le Conseil d'État avait déjà jugé, dans un cas assez proche où l'entreprise retenue avait été placée en redressement judiciaire après avoir déposé une offre, « qu'il résulte de l'instruction que le pouvoir adjudicateur a, pour s'assurer des capacités économiques et financières des candidats, exigé dans le règlement de consultation qu'ils présentent leur chiffre d'affaires global réalisé sur les trois derniers exercices pour des travaux, services ou fournitures comparables à ceux du marché ; que par suite, et alors même que l'entreprise attributaire du marché a été placée en redressement judiciaire peu après la sélection de son offre, le département ne peut être regardé comme ayant méconnu ses obligations de vérifications de la capacité financière des candidats »¹¹.

11 - Mais, même si la solution de rejet semblait imparable, il me paraissait complètement aberrant de valider une procédure aboutissant à désigner une entreprise dont il ressortait des pièces du dossier qu'elle serait dans l'incapacité de réaliser le marché.

12 - Je décidais donc d'annuler la procédure à la grande stupeur de nombreux collègues venus assister à l'audience. Et cette fois, j'eus la chance de voir ma logique validée par le Conseil d'État¹².

13 - Comme le souligne Gilles Pellissier dans ses conclusions : « Mais le contrôle juridictionnel auquel est susceptible de donner lieu la vérification des capacités des entreprises ne consiste pas uniquement à s'assurer que le pouvoir adjudicateur a bien exigé des candidats les informations nécessaires à l'examen leurs capacités. Il porte également sur le résultat de cet examen, c'est-à-dire sur les motifs de la décision du pouvoir adjudicateur de retenir ou d'exclure une offre, qui résulte notamment de l'appréciation qu'il a porté sur les capacités des candidats. Et ce contrôle, compte tenu de l'office du juge du référé précontractuel, qui est un juge du plein contentieux, comme l'a souligné à juste titre l'ordonnance attaquée, n'est pas contraint par les circonstances de fait et de droit existantes à la date à laquelle le pouvoir adjudicateur a décidé d'admettre ou de retenir une offre. Il n'a pas pour objet de vérifier que le pouvoir adjudicateur a pris une décision légale en fonction des éléments qu'il avait pu régulièrement exiger des candidats, mais que l'entreprise sélectionnée présente effectivement, à la date à laquelle le juge des référés se prononce, les capacités d'exécuter le marché, puisque retenir une offre irrecevable constitue, par elle-même, une atteinte aux principes d'égalité et de mise en concurrence. Contrairement à ce que soutient la commune, le contrôle des capacités des candidats à exécuter le marché ne se limite donc pas à vérifier qu'ils présentent, en apparence, des garanties de capacité, mais bien qu'ils en justifient effectivement ».

14 - Je devais cependant bien vite retomber de mon petit nuage à l'occasion du contentieux suivant.

iii) la question des offres anormalement basse

15 - Comme le rappelle Gilles Pellissier dans ses conclusions inédites : « Une offre anormalement basse est une offre dont le prix est en lui-même manifestement sous-évalué et ainsi susceptible de compromettre la bonne exécution du marché ».

16 - La question était de savoir dans quelle mesure le concept cardinal de compromission de la bonne exécution du marché était encore valable lorsque le candidat retenu était un établissement public, en l'espèce l'ONF. Logiquement, il me semblait qu'un tel concept ne permettait pas d'apprécier l'anormalité de l'offre dans ce cas. En effet, l'ONF peut proposer des prix défiant toute concurrence sans mettre en péril l'exécution du marché. En l'espèce, après avoir posé des questions à l'audience au représentant de l'ONF sur la manière dont il avait calculé son prix, j'étais persuadé qu'une entreprise privée n'aurait jamais pu s'aligner. Il me semblait donc que l'offre de l'ONF devait être regardée comme anormalement basse nonobstant la circonstance qu'elle pourrait réaliser le marché. J'annulais donc la procédure¹³.

17 - Le démenti du Conseil d'État fut cinglant¹⁴. Comme le note Gilles Pellissier dans ses conclusions : « Les motifs de l'ordonnance attaquée que nous avons cités révèlent que le juge des référés s'est comporté comme un pouvoir adjudicateur, décelant dans la comparaison des offres des indices d'une offre anormalement basse et appréciant lui-même les justifications apportées par l'ONF à l'appui de son prix. Il a en outre commis une erreur de droit en qualifiant l'offre d'anormalement basse sans rechercher si elle compromettait la bonne exécution du marché. À cet égard, son affirmation selon laquelle le candidat retenu « peut présenter des offres anormalement basses sans... compromettre la bonne exécution du marché » est à elle-seule révélatrice de l'erreur de droit commise, puisque par définition une offre qui ne compromet pas la bonne exécution du marché ne saurait être rejetée comme anormalement basse en application de l'article 55 du Code des marchés publics. Que l'un des candidats ait profité de sa nature juridique pour proposer des prix très bas pour emporter le marché peut éventuellement méconnaître d'autres normes, mais pas les dispositions sur lesquelles il a fondé sa décision ».

18 - Terminons par le néologisme le plus barbare du droit administratif, la « smirgeomisation », auquel j'ai été confronté sitôt nommé sur Bastia.

iv) la jurisprudence SMIRGEOMES

19 - La jurisprudence SMIRGEOMES a remis en cause un principe du droit administratif selon lequel l'intérêt à agir d'un requérant s'apprécie au niveau de ses conclusions et non au regard des moyens invoqués. L'arrêt SMIRGEOMES met pour la première fois le holà en matière de marché en jugeant qu'« En vertu des dispositions de l'article L. 551-1 du Code de justice administrative, les personnes habilitées à agir pour mettre fin aux manquements du pouvoir adjudicateur à ses obligations de publicité et de mise en concurrence sont celles susceptibles d'être lésées par de tels manquements »¹⁵.

20 - Pour résumer, un moyen n'est recevable, ou plus exactement opérant, que dans la mesure où le requérant justifie d'une lésion à raison du caractère fondé de ce moyen. En application de cette jurisprudence, un candidat dont la candidature ou l'offre est irrecevable n'est pas susceptible d'être lésé par les manquements qu'il invoque sauf si le manquement invoqué a été la cause de l'irrecevabilité de sa candidature ou de son offre¹⁶.

11. CE, 27 oct. 2011, n° 350935, Dpt des Bouches-du-Rhône : JurisData n° 2011-023218 ; Rec. CE 2011, tables, p. 1009 ; JCP A 2011, act. 706 ; Contrats-Marchés publ. 2011, comm. 343, note G. Eckert.
12. CE, 26 mars 2014, n° 374387 : JurisData n° 2014-005967 ; JCP A 2014, act. 308, note L. Erstein ; Contrats-Marchés publ. 2014, comm. 135, obs. W. Zimmer ; Les Échos, 6 avr. 2014, comm. S. Robinneau ; D. 2014, act. 9, obs. D. Poupeau.

13. TA Châlons-en-Champagne, 25 juin 2014, n° 1401214, SARL MPF.
14. CE, 3 nov. 2014, n° 382413, ONF : JurisData n° 2014-027988 ; Contrats-Marchés publ. 2015, comm. 9.
15. CE, sect., 3 oct. 2008, n° 305420, Smirgeom : JurisData n° 2008-074234 ; Rec. CE 2008, p. 324 ; JCP A 2008, 2291, note F. Linditch ; RFDA 2008, p. 1128, concl. B. Dacosta.
16. CE, 12 mars 2012, n° 353826 et 353987, Sté Clear Channel et Cne Villiers-sur-Marne : JurisData n° 2012-004222 ; Contrats-Marchés publ. 2012, comm. 14, note N. Charneil ; JCP A 2012, act. 206.

21 - En l'espèce, la société requérante, tout en reconnaissant que son offre était irrégulière, soutenait qu'elle avait été néanmoins lésée par le manquement qu'elle invoquait dès lors que l'autre candidature était tout aussi irrégulière que la sienne. Le pouvoir adjudicateur aurait dû donc reprendre la procédure, ce qui lui aurait donné une chance de régulariser sa candidature. J'écarterais néanmoins cette argumentation¹⁷.

22 - Or, un mois plus tard, le Conseil d'État a eu à connaître d'une question connexe dans le cadre d'un contentieux indemnitaire en jugeant que « Dès lors que l'offre d'un candidat irrégulièrement évincé d'une procédure de passation d'un marché par concours était irrégulière, ce candidat, de ce seul fait, ne peut être regardé comme ayant été privé d'une chance sérieuse d'obtenir le marché, y compris lorsque l'offre retenue était tout

aussi irrégulière, et n'est pas fondé, par suite, à demander réparation d'un tel préjudice »¹⁸.

23 - Il me semble, même si cela n'a à ma connaissance jamais été jugé par le Conseil d'État, qu'une telle solution vaut aussi, *mutatis mutandis* pour le juge du référé précontractuel.

24 - C'est ainsi que s'achève sur un score de deux partout ce parcours initiatique d'un juge des référés précontractuels. Gageons que les prolongations à venir seront tout aussi passionnantes.

Mots-Clés : Référé précontractuels - Contrôle du juge - Colloque Corse

17. TA Châlons-en-Champagne, 3 sept. 2014, n° 1400699, SARL SASAIB.

18. CE, 8 oct. 2014, n° 370990, n° 374632, SIVOM Saint-François-Longchamp Montgellafrey ; *JurisData* n° 2014-023192 ; *Contrats-Marchés publ.* 2014, comm. 327.