

Note sous Tribunal administratif de Saint-Denis de La Réunion, Ordonnance, 22 juin 2010, numéro 1000560, Société OC.I.I. contre Commune de Sainte-Marie

Laurent Benoiton

► **To cite this version:**

Laurent Benoiton. Note sous Tribunal administratif de Saint-Denis de La Réunion, Ordonnance, 22 juin 2010, numéro 1000560, Société OC.I.I. contre Commune de Sainte-Marie. Revue juridique de l'Océan Indien, Association " Droit dans l'Océan Indien " (LexOI), 2010, pp.268-272. hal-02622948

HAL Id: hal-02622948

<https://hal.univ-reunion.fr/hal-02622948>

Submitted on 26 May 2020

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

10.3 - Contrats et Commande publique

Référé contractuel - Marchés publics - Procédure adaptée - absence de lésion - rejet de l'offre - information des candidats - principes fondamentaux de la commande publique – SMIRGEOMES - rejet.

Tribunal administratif de Saint-Denis de La Réunion, ord., 22 juin 2010, req. n° 1000560, Société OC.I.I. c/ Commune de Sainte-Marie

Laurent BENOITON, Docteur en droit, chargé d'enseignements à l'Université de La Réunion

Devancé par le tribunal administratif de Lyon¹, le juge des référés du tribunal administratif de Saint-Denis de La Réunion a rendu, le 22 juin 2010, l'une des premières ordonnances de « référé contractuel ». Nouvelle procédure issue de l'ordonnance n° 2009-515 du

¹ TA Lyon, ord., 26 mars 2010, *Société Chenil Service*, req. n° 1001296, *AJDA* 2010, p. 1423, note M. DREIFUSS ; *Contrats et marchés publics* juin 2010, comm. 205, note G. ECKERT ; *JCP A* 5 juillet 2010, n° 27, 2216, note F. LINDITCH.

7 mai 2009¹, qui **transpose la directive 2007/66/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2007**, dite directive "recours", afin d'accroître l'efficacité des procédures de recours et de lutter contre la passation des marchés de gré à gré illégaux, le référé contractuel permet au juge d'intervenir postérieurement à la signature du contrat².

En l'espèce, par un avis d'appel public à la concurrence, la Commune de Sainte-Marie a lancé une consultation pour l'acquisition d'un progiciel de gestion des inscriptions scolaires ainsi que de facturation et d'encaissement pour la régie scolaire de la Commune. La procédure de passation du marché était la procédure adaptée, en application de l'article 28 du code des marchés publics. Trois offres ont été déposées dans les délais. La Commission *ad hoc* de gestion de la commande publique de la Commune a alors procédé à l'ouverture des plis reçus, noté les éléments des offres, sollicité des services municipaux une analyse détaillée des trois propositions et, *ultimo*, demandé qu'ait lieu une présentation des différents logiciels par les candidats avant le choix du titulaire par la Commission. La société OCII a ainsi été amenée, comme les deux autres candidats, à présenter son offre et à répondre aux diverses questions des élus et du personnel municipal. La Commission de gestion de la commande publique s'est ensuite réunie le 25 mars 2010 et, après avoir pris connaissance du rapport d'analyse des offres, a décidé de retenir l'entreprise ayant présenté l'offre économiquement la plus avantageuse et de rejeter celle de la société requérante en l'en informant par courrier. La société OCII a par la suite demandé la communication des motifs du rejet de son offre, demande à laquelle la Commune de Sainte-Marie a fait droit. Elle a ensuite saisi le juge des référés du Tribunal administratif d'une requête en référé contractuel en demandant au juge de suspendre l'exécution du marché, d'ordonner à la Commune de lui communiquer les documents et pièces de la procédure en vue de développer son recours et, enfin, d'annuler le marché litigieux.

L'ordonnance commentée prononce le rejet de la requête de la société OCII. Le juge du référé contractuel a d'abord pris soin de rappeler utilement que, dans le cadre de son office, d'une part, il n'entre pas dans ses attributions d'ordonner la communication des documents et pièces de la procédure de passation d'un marché, et d'autre part, il ne peut pas prononcer la suspension de l'exécution d'un marché signé, un tel pouvoir n'appartenant qu'au juge du référé-suspension. Il s'est ensuite prononcé sur deux moyens qui retiennent traditionnellement l'attention du juge administratif et de la doctrine, à savoir les obligations en matière d'information des candidats évincés et la précision des critères de sélection des offres. L'ordonnance commentée renseigne particulièrement ses lecteurs sur la recevabilité des moyens invoqués à l'occasion d'un référé contractuel. Dans les faits, le juge des référés du tribunal administratif de Saint-Denis de La Réunion a rigoureusement rejeté les moyens tenant à la méconnaissance par le pouvoir adjudicateur de ses obligations en matière d'information des candidats évincés et à l'insuffisante précision de l'un des critères de sélection des offres.

Ce faisant, il a rappelé l'application de l'article 1^{er} du code des marchés publics aux marchés passés selon la procédure adaptée prévue à l'article 28 du même code (I) et a fait application de la jurisprudence *SMIRGEOMES* au référé contractuel (II).

I. – L'application de l'article 1^{er} du code des marchés publics aux marchés passés selon la procédure adaptée

¹ *JORF* 8 mai 2009, n° 107, p. 7796.

² Articles L. 551-13 et suivants du code de justice administrative.

Soulevant le moyen tiré de la méconnaissance par le pouvoir adjudicateur de ses obligations en matière d'information des candidats évincés, la société requérante soutenait que ni la lettre de notification du rejet de sa candidature, ni le courrier en réponse de la demande d'explication, ne permettent de comprendre les motifs de rejet de l'offre, alors que, de surcroît, la Commune aurait entendu, dans ces courriers, se soumettre à l'article 83 du code des marchés publics, bien que le marché ait été passé selon les règles de la procédure adaptée.

Les marchés passés selon la procédure adaptée de l'article 28 du code des marchés publics sont également soumis aux dispositions de l'article 1^{er} de ce code¹. Ainsi le respect des principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, exige que le pouvoir adjudicateur prenne les mesures appropriées pour aviser les candidats évincés du rejet de leur candidature ou de leur(s) offre(s), « *en indiquant, avec une précision suffisante pour qu'ils soient à même de présenter utilement leur argumentation devant le juge des référés, les motifs de ce rejet* ». Le juge des référés a estimé, en l'espèce, que le pouvoir adjudicateur avait, par deux courriers, informé la société OCII que son offre avait été écartée au motif que le prix qu'elle proposait était plus élevé que celui de la société attributaire du marché et que, s'agissant du critère de la valeur technique, cette dernière remplissait les conditions énoncées dans le cahier des clauses techniques particulières. La société requérante avait donc reçu une information suffisante, ce qui lui a permis de contester utilement la décision de rejet de son offre. Il est vrai que le juge estime suffisante, dans une affaire dont les faits ne sont pas éloignés de ceux de la présente espèce, l'information donnée dans la lettre de rejet de l'offre sur le nom de l'entreprise attributaire du marché et sur le fait que l'entreprise dont l'offre a été rejetée, qui avait obtenu la même note que la société attributaire sur le critère de la valeur technique, s'était distinguée de sa concurrente sur le critère du prix².

Le juge des référés a également considéré qu'« *aucune pièce du dossier n'indique, par ailleurs, que la Commune de Sainte-Marie aurait entendu se soumettre volontairement aux exigences des articles 80 et 83 du code des marchés publics, qui ne sont applicables qu'aux seules procédures formalisées* ». Il confirme en cela la jurisprudence récente du juge administratif rendue en la matière. En effet, le juge administratif a expressément reconnu que ni l'article 80, qui prévoit la notification aux candidats malheureux du rejet de leur candidature ou de leur offre ainsi que des motifs de ce rejet, ni l'article 83, qui exige la communication des motifs du rejet de l'offre aux candidats qui en font la demande écrite, ne s'appliquent aux MAPA³.

Le moyen tiré de la méconnaissance par la Commune de ses obligations en matière d'information des candidats évincés était donc inopérant. Si l'article 1^{er} du code des marchés publics est pleinement applicable aux marchés passés selon la procédure adaptée, l'information donnée à la requérante était suffisante en l'espèce. L'autre manquement allégué était quant à lui bien réel, mais n'a néanmoins pas lésé la société requérante au sens de la jurisprudence *SMIRGEOMES*, dont le juge des référés a fait application.

¹ L'article énonce que : « *Les marchés publics et les accords-cadres soumis au présent code respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures. Ces principes permettent d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics. Ces obligations sont mises en œuvre conformément aux règles fixées par le présent code* ».

² Conseil d'Etat, 6 mars 2009, *Syndicat mixte Région Auray Belz Quiberon*, req. n° 321217.

³ Voir respectivement, pour l'article 83 et l'article 80, les deux jurisprudences suivantes : TA Toulouse, ord. 16 juillet 2009, *Association Garonne Animation*, req. n° 09-03201 ; TA Lyon, ord., 26 mars 2010, *Société Chenil Service*, références préc. (« *l'article 80 n'est pas applicable aux marchés passés, comme en l'espèce, selon une procédure adaptée* »).

II. – L'application de la jurisprudence *SMIRGEOMES* au référé contractuel

La jurisprudence *SMIRGEOMES* du Conseil d'Etat du 3 octobre 2008¹ a révolutionné le contentieux du référé précontractuel. Selon elle, « *il appartient (...) au juge des référés précontractuels de rechercher si l'entreprise qui le saisit se prévaut de manquements qui, eu égard à leur portée et au stade de la procédure auquel ils se rapportent, sont susceptibles de l'avoir lésée ou risquent de la léser, fût-ce de façon indirecte en avantageant une entreprise concurrente* ». Ainsi, le juge considère comme inopérants les moyens soulevés par une entreprise qui ne démontre pas en quoi les manquements allégués ont pu la léser, c'est-à-dire n'explicite pas avec précision l'impact des irrégularités sur ses chances d'emporter le marché².

Préconisée par la doctrine³, l'application de cette jurisprudence à la nouvelle procédure de référé contractuel semble découler de la lettre même de l'article L. 551-14 du code de justice administrative⁴, qui reprend les termes de l'article L. 551-10 dudit code relatif au référé précontractuel. Il apparaît, dès lors, que la jurisprudence *SMIRGEOMES* et ses suites s'appliquent au référé contractuel. L'ordonnance ici commentée confirme bien que les requérants devront justifier du même intérêt lésé que pour l'exercice du référé précontractuel.

C'est en examinant le moyen tiré de l'insuffisante précision de l'un des critères de sélection des offres, plus précisément du critère de la valeur technique, que le juge des référés l'a énoncé. La société OCII alléguait que, aux termes de l'arrêt *Communauté de communes de l'Enclave des Papes*⁵, les principes fondamentaux de la commande publique imposent au pouvoir adjudicateur d'énoncer les critères sur lesquels il entend fonder sa décision et de quelle façon lesdits critères vont jouer, alors qu'en l'espèce, selon elle, le critère de la valeur technique ne signifiait rien par lui-même et laissait une marge d'appréciation arbitraire au pouvoir adjudicateur. Il ressort des éléments du dossier que, s'agissant du critère de la valeur technique, pondéré à 35 % dans l'appréciation de la valeur des offres, le règlement de la consultation se bornait à préciser que ce critère serait apprécié par rapport au cahier des clauses techniques particulières du marché. Il en résultait une insuffisance de précision du critère, le cahier des clauses techniques particulières ne pouvant au demeurant « *être regardé comme contenant, ni même comme explicitant les critères d'évaluation des offres* ». Toutefois, si manquement il y a eu, il n'en demeure pas moins que, en vertu de la jurisprudence *SMIRGEOMES*, il incombe au juge « *de rechercher si l'entreprise qui le saisit se prévaut de manquements qui, eu égard à leur portée et au stade de la procédure auquel ils se rapportent, sont susceptibles de l'avoir lésée ou risquent de la léser, fût-ce de façon indirecte en avantageant une entreprise concurrente* ». Or, en l'espèce, la société requérante a déposé une offre comportant un mémoire technique de 19 pages, qui détaille les caractéristiques techniques du progiciel qu'elle proposait. De plus, elle a pu présenter les éléments essentiels de son offre aux membres de la commission *ad hoc* chargée

¹ CE, Sect., 3 octobre 2008, *SMIRGÉOMES*, *RFDA* 2008, p. 1128, ccl. B. DACOSTA, et p. 1139, note P. DELVOLVÉ ; *Droit administratif* novembre 2008, p. 47, note B. BONNET et A. LALANNE ; *Contrats et marchés publics* novembre 2008, p. 31, note J.-P. PIETRI ; *JCP A* 17 novembre 2008, p. 27, note F. LINDITCH ; *RLCT* janvier 2009, p. 37, étude N. LAFAY.

² Conseil d'Etat, 16 novembre 2009, *Région Réunion*, req. n° 307620.

³ G. CLAMOUR, « L'ordonnance du 7 mai 2009 relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique », *Contrats et marchés publics* 2009, comm. 177 ; S. BRACONNIER, P. DELELIS et A. PELLOUS, « Contentieux des contrats publics : quel référé choisir ? », *Contrats et marchés publics* août 2010, Pratique professionnelle 7.

⁴ Article L. 551-14 du CJA : « *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* ».

⁵ CE, 24 février 2010, *Communauté de communes de l'Enclave des Papes*, req. n° 333569, *Contrats et marchés publics* avril 2010, comm. 131, note W. ZIMMER ; *JCP A* 12 avril 2010, n° 15, 2132, note F. LINDITCH ; *Droit administratif* avril 2010, comm. 55.

de l'examen des offres. Dans la mesure où, à aucun stade de la procédure de passation, la société requérante n'a saisi le juge des référés précontractuels, ni même soulevé, à l'occasion de la présentation de son offre ou antérieurement, des objections ou demandé des éclaircissements touchant au caractère insuffisamment précis des éléments composant le critère de la valeur technique, la société OCII ne démontre pas, dans ces conditions, que le manquement en cause était susceptible de l'avoir lésée ou risquait de la léser. Du reste, il ressort du dossier que l'absence de lésion résultait également du fait que la société requérante avait obtenu la meilleure note sur le critère de la valeur technique (9 sur 10) et que c'est sur le critère du prix, pondéré à 65 %, que s'est faite la différence dans le choix de l'attributaire du marché.

Le second moyen invoqué par la société OCII à l'appui de ses allégations était, par conséquent, irrecevable.

¹ Article 83 du Code des marchés publics : « *Le pouvoir adjudicateur communique, dans un délai maximal de quinze jours à compter de la réception d'une demande écrite, à tout candidat écarté qui en fait la demande les motifs détaillés du rejet de sa candidature ou de son offre et, à tout candidat dont l'offre n'a pas été rejetée pour un motif autre que ceux mentionnés au III de l'article 53, les caractéristiques et les avantages relatifs de l'offre retenue ainsi que le nom du ou des attributaires du marché ou de l'accord-cadre.* »