

Aldo Sevino

Le mémento du référé précontractuel

Procédure, moyens et jurisprudence

© Éditions Eyrolles, 2008,

ISBN 978-2-212-12260-2

EYROLLES



Cannes-Grasse). Cette jurisprudence a été confirmée (CE, 10 février 1997, n° 169694, M. Moch).

En revanche, en application de l'article R. 222-1 du Code de justice administrative, le président de la juridiction saisie peut, sans audience, constater qu'il n'y a pas lieu à statuer sur une requête. Ce procédé s'applique également à la procédure de référé précontractuel (CE, 30 juin 1999, n° 203135, SA Groupe Partouche).

De même, si l'audience est nécessairement orale, la décision n'a pas à être obligatoirement lue en séance publique (CE, 15 juin 2001, n° 228856, syndicat intercommunal d'adduction d'eau potable de Saint-Martin-en-Ré).

3.3.2. Communication des moyens d'ordre public

En application de l'article R. 611-7 du Code de justice administrative, le juge doit communiquer aux parties, avant la séance, les moyens d'ordre public sur lesquels sa décision lui paraît susceptible d'être fondée.

Les principaux moyens d'ordre public pouvant être notifiés sont notamment ceux relatifs à :

- l'incompétence de la juridiction ;
- l'inexistence juridique d'un acte ;
- la contrariété d'une décision à l'autorité absolue de la chose jugée ;
- la rétroactivité d'un règlement.

Le Conseil d'État a rappelé que cette obligation d'informer préalablement les parties des moyens d'ordre public s'imposait également au juge des référés précontractuels (CE, 2 octobre 1996, n° 160361, SARL Entreprise générale d'électricité Noël Béranger).

Délai pour présenter les observations

Cette communication des moyens d'ordre public susceptibles d'être retenus par la juridiction n'est pas nécessairement accompagnée d'un délai laissé aux parties pour présenter leurs observations, celles-ci pouvant être exposées oralement lors de l'audience.

3.3.3. Les atteintes au principe du contradictoire

L'oralité de la procédure qui n'est pas l'usage dans le contentieux administratif, d'une part, et la brièveté des délais (notamment du délai de 10 jours) d'autre part, rendent parfois délicat le respect du principe du contradictoire.

Le juge des référés est amené à n'accorder qu'un délai très court aux parties pour présenter leur défense. Il a ainsi été jugé que le juge des référés précontractuels pouvait laisser un délai de 3 jours au pouvoir adjudicateur pour

déposer un mémoire en défense (CE, 15 juin 2001, n° 228856, syndicat intercommunal d'adduction d'eau potable de Saint-Martin-en-Ré).

Par ailleurs, les parties sont parfois amenées à découvrir, quelques jours ou quelques heures avant l'audience, les moyens soulevés par l'adversaire et les pièces sur lesquelles il entend fonder sa demande ou sa défense.

Confirmant malheureusement cette situation, la jurisprudence rappelle que le juge des référés précontractuels n'est pas tenu de communiquer au requérant le mémoire de la défense (CE, 8 mars 1996, n° 156510, société CGC Entreprise ; CE, 21 juin 1996, n° 171155, M. Collinet).

Le Conseil d'État a rappelé, par exemple, que « [...] la région Guadeloupe (qui) ne conteste pas avoir pu prendre connaissance, lors de l'audience publique qui s'est tenue le 2 octobre 2006, du mémoire en réplique de la société FPRB, enregistré le 30 septembre 2006, qui ne lui avait pas été préalablement communiqué [...] » alors même « [...] qu'il ressort d'ailleurs de l'ordonnance attaquée que le moyen nouveau soulevé dans ce mémoire a fait l'objet d'observations orales de la part de la société FPRB au cours de cette audience [...] ». Dans ces conditions, « [...] le juge des référés du tribunal administratif de Basse-Terre a pu, sans méconnaître le caractère contradictoire de la procédure, se fonder, pour annuler la procédure de passation du marché, sur un moyen soulevé dans cette production » (CE, 11 mai 2007, n° 298863, région Guadeloupe).

De même, le Conseil d'État a considéré « [...] 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 ;

considérant qu'aux termes de l'article R. 522-8 du Code de justice administrative : "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 (.)" ;

considérant que, pour annuler la procédure en cause, le magistrat délégué a estimé qu'en raison de la part active qu'un ancien salarié de la société OTV avait pris aux travaux de la commission d'appel d'offres, alors même qu'il avait quitté cette société à la suite d'un désaccord avec son supérieur hiérarchique, la passation du marché n'avait pu se dérouler dans des conditions permettant d'assurer l'égalité entre les candidats ;

considérant, ainsi que l'admettent d'ailleurs le syndicat intercommunal d'assainissement et de protection de l'environnement de Toulon, La Valette, La Garde, Le Pradet et la société Degremont, que ce moyen qui avait été pré-

senté par la société OTV dans ses conclusions écrites devant le magistrat délégué, puis développé peu avant l'audience par la production d'une pièce nouvelle, a pu faire l'objet d'observations orales lors de l'audience publique qui s'est tenue le 2 avril 2001 et à laquelle les parties étaient représentées ; qu'il ressort, toutefois, des énonciations mêmes de l'ordonnance attaquée que le magistrat délégué s'est fondé de façon déterminante sur un protocole d'accord signé en 1991 entre la société OTV et son salarié d'alors ; qu'il ressort des pièces du dossier soumis au juge du référé précontractuel que ce protocole n'a été produit qu'après l'audience, en annexe d'une note en délibéré, et en l'absence de réouverture de l'instruction ; qu'il n'a, par suite, pas été soumis au débat contradictoire ; que, dans ces conditions, et nonobstant la circonstance que cette pièce a été produite devant le magistrat délégué par le défendeur, le SIAPE et la société Degremont sont fondés à soutenir que l'ordonnance attaquée n'a pas respecté le principe du contradictoire et à en demander, pour ce motif, l'annulation » (CE, 27 juillet 2001, n° 232820 et 232950, société Degremont).

La question du respect du contradictoire et de la transparence des procédures mises en œuvre par la collectivité pour la passation de ses contrats se pose également au niveau de la communication des motifs de rejet des candidatures ou des offres.

Ainsi, s'agissant des marchés publics, le pouvoir adjudicateur dispose d'un délai de 15 jours pour informer le candidat qui en fait la demande des motifs de rejet de son offre.

Par ce délai, le Code des marchés publics interdit en pratique au candidat intéressé de connaître, avant l'expiration du délai de carence de 10 jours, les moyens de fait ou de droit ayant conduit au rejet de sa proposition.

Article 83 du Code des marchés publics

Le pouvoir adjudicateur communique, dans un délai maximum de 15 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.

La rigueur du texte est cependant en partie limitée dans ses effets par la jurisprudence du Conseil d'État qui considère que la communication des procès-verbaux des commissions d'appel d'offres, et plus généralement des demandes de motifs de rejet d'une offre, doit être assurée dans un délai raisonnable après une demande exprimée en ce sens par l'opérateur économique intéressé.