

Définition du besoin par l'acheteur public et égale information des opérateurs

- Le Conseil d'État souligne qu'en matière de référé précontractuel, le principe du contradictoire s'applique ce qui signifie que l'ensemble des pièces et mémoires sur lesquels se fonde *in fine* le magistrat doivent être communiqués.
- En outre, est réaffirmé le principe selon lequel l'acheteur public se doit, en application de l'article 5 du code des marchés publics, de communiquer aux candidats une information sincère et intelligible.

Auteur

Hervé Letellier, avocat associé, SELARL Symchowicz-Weissberg

Référence

CE 12 mars 2012, Dynacité, req. n° 354355

Mots clés

Dossier de consultation • Information • Lésion • Référé précontractuel • Principe du contradictoire

POUR ALLER PLUS LOIN

Texte *avec* de l'italique...

Par deux ordonnances en date du 10 novembre 2011, le juge des référés du Tribunal administratif de Lyon a annulé la procédure de passation d'un marché public, lancée par l'office public de l'habitat du département de l'Ain, portant sur l'exploitation, la conduite, l'entretien et la maintenance des installations de chauffage, d'eau chaude sanitaire, de climatisation et de ventilation de bâtiments gérés par l'office ainsi que sur la recherche d'économies d'énergies à réaliser sur ces bâtiments. Pour justifier cette décision le magistrat a relevé que les consommations d'énergie pour les années antérieures diffusées aux candidats, présentées comme les consommations réelles constatées sur les bâtiments concernés, avaient été modifiées et surestimées par le pouvoir adjudicateur, conduisant à avantager le candidat sortant pour la plupart des prestations faisant l'objet du marché, détenteur des chiffres réels des consommations énergétiques.

Saisi d'un pourvoi introduit par le pouvoir adjudicateur et l'attributaire pressenti, le Conseil d'État, dans une décision du 12 mars 2012, reprend à son compte cette analyse au terme d'un raisonnement en trois temps excluant, d'abord, toute violation du principe du contradictoire (I), reconnaissant ensuite l'existence d'un défaut d'information sur une donnée substantielle de la mise en concurrence (II), le tout pour admettre, enfin, l'existence d'une lésion des candidats requérants (III).

L'occasion nous est ici donnée de revenir successivement sur ces trois aspects, de forme et de fond.

I. Référé précontractuel et respect du principe du contradictoire

En premier lieu, la Haute assemblée avait à se prononcer sur la critique formelle du pouvoir adjudicateur et de l'attributaire pressenti contestant la régularité des ordonnances rendues en raison d'une supposée violation du principe du contradictoire. En effet, le juge des référés se serait prononcé au regard de

Extrait

Titre de l'extrait

Texte de l'extrait...

documents qui n'auraient pas été communiqués aux défendeurs et qui, donc, ne pouvaient être pris en considération pour fonder les décisions litigieuses.

Il est vrai, sur ce point, que le moyen allégué, d'un point de vue juridique du moins, pouvait reposer sur de sérieux arguments. Si la nature même du référé précontractuel — et l'urgence sous-jacente — implique en effet certaines règles dérogatoires dans la conduite et le déroulement de la procédure contentieuse (par exemple quant aux modalités de clôture d'instruction), ce recours n'en reste pas moins soumis aux principes fondamentaux applicables à toute instance juridictionnelle, au premier rang desquels se trouve la contradiction, corolaire du principe constitutionnel des droits de la défense⁽¹⁾. Conformément aux dispositions de l'article L. 5 du code de justice administrative, l'instruction des référés (précontractuels ou non), quand bien même les exigences de la contradiction peuvent être « adaptées à l'urgence », doit donc être et demeurer contradictoire.

Il en résulte qu'une décision de justice ne peut être régulièrement rendue lorsqu'une partie à l'instance⁽²⁾ n'a pas été à même de prendre connaissance des mémoires et/ou documents produits par son adversaire si (et seulement si) ces éléments sont pris en considération par le juge pour se déterminer⁽³⁾. La procédure contradictoire ne suppose en effet pas nécessairement la transmission de l'intégralité des échanges (il arrive ainsi parfois que certaines notes en délibéré ne soient pas, par exemple, officiellement communiquées si elles n'apportent rien de nouveau au débat), mais la communication de l'ensemble des pièces et mémoires sur lesquels se fonde *in fine* le magistrat.

Et, même s'il faut bien reconnaître une tendance — certes de plus en plus résiduelle — de certaines juridictions à autoriser, en la matière, la transmission de pièces (comme les rapports d'analyse des offres) au seul tribunal — voire même à prendre l'initiative, alors que ces éléments ont pourtant été spontanément transmis dans le cadre du contradictoire, de ne pas communiquer l'intégralité des pièces au motif que celles-ci comprendraient, par exemple, des informations relevant du secret industriel et commercial — le Conseil d'État a réaffirmé clairement l'application de ce principe au référé précontractuel. Ainsi, a-t-il pu notamment juger, en opposition d'ailleurs avec la jurisprudence communautaire⁽⁴⁾ mais en accord avec la doctrine⁽⁵⁾, « que pour écarter le moyen tiré de ce que la demande de ces mémoires aurait introduit un critère subjectif dans le choix des candidats, le juge s'est fondé sur le contenu de ces documents, sans les communiquer à la Société Baudin Chateaufort,

et sans s'assurer qu'ils avaient été communiqués directement à cette société ; que par suite, à supposer même que ces documents aient été couverts par le secret industriel et commercial, et quand bien même ils lui auraient été communiqués après la lecture de l'ordonnance attaquée, la société est fondée à soutenir que cette ordonnance est intervenue en méconnaissance du caractère contradictoire de la procédure »⁽⁶⁾.

En l'espèce, le Juge de cassation a toutefois rejeté le moyen avancé comme manquant en fait.

En effet, si certaines factures de gaz produites par l'une des sociétés requérantes n'avaient *a priori* pas été communiquées aux défendeurs, cet élément a été sans influence sur l'issue du litige, et sur la position du juge, dès lors que celui-ci ne s'était pas fondé directement sur ces factures, mais sur les données synthétiques communiquées par la requérante sur la base desdites factures et dont les défendeurs ont pu prendre connaissance lors de l'audience de référé⁽⁷⁾. La solution allait du reste d'autant plus de soi que les données en question ont, en outre, été reprises dans les notes en délibéré produites postérieurement à l'audience, dont la communication à l'ensemble des parties par le juge des référés a eu pour effet de différer la clôture de l'instruction permettant aux défendeurs d'y répliquer utilement.

II. La nécessité d'une information sincère des candidats

En deuxième lieu, le Conseil d'État, sur le fond également, a confirmé l'analyse du juge de première instance en rappelant, conformément à sa jurisprudence constante, la nécessité pour tout acheteur public de communiquer aux candidats une information sincère et intelligible, tout particulièrement lorsqu'elle porte sur une donnée essentielle de la mise en concurrence. En effet, l'acheteur public devant, conformément aux dispositions de l'article 5 du code des marchés publics, s'assurer d'une définition suffisante, donc intelligible, de ses besoins, la Haute juridiction impose, traditionnellement, à peine d'illégalité, que le dossier de consultation transmis aux opérateurs économiques soit dénué de contradictions⁽⁸⁾, d'imprécisions⁽⁹⁾ ou d'ambiguïtés⁽¹⁰⁾, le tout quelle que soit d'ailleurs l'origine des insuffisances constatées. C'est ainsi, que le Conseil d'État a pu récemment juger :

« que le juge des référés, ayant ainsi souverainement estimé que les documents de la consultation étaient contradictoires et susceptibles d'induire en erreur les candidats, alors même que la contradiction résulterait d'une annexe non contraignante du règlement de la consultation, n'a pas commis d'erreur de droit en relevant l'existence d'un manquement du pouvoir adjudicateur à ses obligations de mise en concurrence »⁽¹¹⁾.

(1) CC 29 décembre 1989, Loi de Finances 1990, n° 89-268DC, Rec. p. 110, RFDA 1990, p. 143.

(2) Cf. en ce sens CE 30 septembre 2011, Département de Haute-Savoie, req. n° 350153, CP-ACCP, n° 116, décembre 2011, p. 61, note E. Morice : « Considérant, en deuxième lieu, que la seule circonstance que l'entreprise à laquelle avait été attribué le marché dont la procédure de passation était contestée n'a pas été appelée à l'instance engagée devant le juge des référés sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative n'affecte pas le respect du caractère contradictoire de la procédure à l'égard de l'autre partie en défense à l'instance et ne saurait, dès lors, être utilement invoquée par celle-ci ».

(3) Sur le principe général cf. CE 13 janvier 1988, Abina, req. n° 65856, Rec. p. 5 ; CE 13 juin 1994, Commune de Saint-Maurice-sur-Dargoire, req. n° 122308, JCP G 1994, IV, p. 268.

(4) CJCE 14 février 2008, Varec SA c/ Belgique, aff. C-450/06, pts 42, 37 et 39, RLCF mai 2008, n° 990, note Capitant autorisant le fait pour une juridiction de connaître de pièces sans qu'elles soient transmises à l'autre partie, dès lors qu'est en cause le secret industriel et commercial.

(5) Denys de Béchillon, « Principe du contradictoire et protection du secret des affaires », RFDA 2011, p. 1107 ; Marc Sénac de Monsembernard, Le secret des affaires à l'épreuve du référé précontractuel, achatpublic.info 9 février 2012.

(6) CE 10 juin 2009, Sté Baudin Chateaufort, req. n° 320037.

(7) Donc en cours d'instruction, celle-ci ne s'achevant, en principe, qu'à l'issue de l'audience.

(8) CE 15 avril 2005, Ville de Paris c/ Sté SITA Ile-de-France Paris, req. n° 273178, BJCP n° 2005/41, p. 289, concl. Boulouis, obs. RS

(9) CE 29 décembre 1997, Département de Paris, req. n° 159693, Rec. p. 503, Mon. TP 2 mai 1998, TO, p. 395, concl. Bergeal, RDI 1998, p. 242, obs. Llorens et Terneyre

(10) CE 19 octobre 2001, Région de La Réunion et Sté SETEC TP, req. n° 234298, Rec. p. 1047, Contrats et marchés publ. n° 228, note Soler-Couteaux, DA 2002, n° 9, p. 24, note Piveteau ; CE 22 mars 2000, époux X, req. n° 207804, Rec. p. 127, BJCP 2000/11, p. 252, concl. Savoie

(11) CE, 23 novembre 2011, Département des Bouches-du-Rhône, req. n° 350519.

Et, si les juridictions administratives adoptent parfois une solution plus nuancée en ne sanctionnant pas automatiquement toutes les éventuelles « carences » du cahier des charges, elles ne le font que dans l'hypothèse où il est avéré que les insuffisances constatées n'ont concrètement pas eu pour effet de nuire à la parfaite information des candidats et à la formulation de leurs offres⁽¹²⁾. Autrement dit, pour des raisons pragmatiques évidentes, l'existence d'une ambiguïté ou d'une insuffisance de rédaction prises isolément ne suffit pas à entraîner la censure d'une procédure, encore faut-il que, de ce fait, les candidats n'aient pu véritablement prendre connaissance des caractéristiques essentielles du marché et optimiser, comme ils l'entendaient, leurs offres, rompant ainsi les principes de transparence et d'égalité.

C'est cette mécanique intellectuelle que transpose le Conseil d'État dans l'affaire considérée par un raisonnement en deux temps. Il relève, d'abord, que les chiffres de consommations énergétiques communiqués aux candidats par le pouvoir adjudicateur — alors qu'ils étaient supposés révéler les consommations, non pas futures, mais passées — étaient en moyenne majorés d'environ 10 % par rapport aux consommations réelles constatées par les candidats exploitants sortants. Les données communiquées n'étaient donc pas objectivement sincères. Il constate, ensuite, que cet élément constituait une donnée essentielle de la mise en concurrence dès lors, d'une part, que c'est à partir de ces informations sur les consommations énergétiques réelles de bâtiments que les candidats pouvaient élaborer et chiffrer leurs offres et, d'autre part, que la performance énergétique des prestations proposées par les candidats était un paramètre pris en compte dans trois des quatre sous-critères d'évaluation de la valeur technique des offres. L'erreur relevée empêchait donc les candidats, ou du moins une partie d'entre eux, d'optimiser, du mieux possible, leurs propositions : situation d'autant plus préjudiciable que cet élément impactait la future notation.

Le Conseil d'État en déduit naturellement que le juge des référés n'a ni méconnu les dispositions de l'article 5 du code des marchés publics relatif à la détermination de leurs besoins par les pouvoirs adjudicateurs, ni commis une erreur de droit en relevant l'existence d'un manquement aux règles de publicité et de mise en concurrence.

III. La démonstration d'une lésion au profit des candidats entrants

En troisième lieu, restait à régler la question de l'existence (ou non) de la lésion des sociétés requérantes, la jurisprudence conditionnant désormais le caractère opérant du moyen à la démonstration d'un intérêt lésé, ne serait-ce que potentiel⁽¹³⁾.

Se prévalant sans doute des décisions excluant la lésion dès lors, d'une part, que les candidats, déposant utilement leurs offres, ont tous disposé des mêmes informations⁽¹⁴⁾ ou n'ont pas estimé utile de poser des questions pour éclairer l'ambiguïté des exigences posées par l'acheteur public⁽¹⁵⁾ et, d'autre part, qu'étaient en cause des données non décisives pour la formulation de l'offre⁽¹⁶⁾, les requérants devant le Conseil d'État soutenaient que toute lésion devait être écartée aux motifs que, si erreur il y avait, celle-ci impactait finalement l'ensemble des candidats et ne lésait pas plus l'un que l'autre.

Sans rentrer dans le détail de savoir si, à la supposer avérée cette donnée aurait pu être décisive, la Haute assemblée écarte opportunément l'argument en relevant que, conformément à la lecture faite par le juge de première instance, la société attributaire était l'exploitant sortant de la quasi-totalité des sites objets du marché, au nombre de plusieurs centaines, alors que ses concurrents n'exploitaient pas ou peu de sites. Ce faisant, les deux concurrents évincés disposaient d'informations inexacts sur les consommations énergétiques réelles sur lesquelles reposait l'élaboration de leurs offres, là où l'attributaire pressenti disposait lui, par son expérience accumulée lors de l'exécution du contrat arrivant à expiration, de données affinées lui permettant, nécessairement, d'optimiser davantage son offre.

Se greffait donc, en quelque sorte, au caractère erroné de l'information, une rupture d'égalité préjudiciable aux candidats évincés, donc génératrice d'une lésion. Cette position peut du reste être mise en perspective avec celle retenue par le Conseil d'État dans l'hypothèse, inverse, où le caractère erroné des renseignements fournis (afférents à l'ampleur de la reprise du personnel) pouvait conduire à une sous-estimation des propositions des candidats entrants au détriment donc du candidat sortant⁽¹⁷⁾. On le voit, la décision commentée a, au final, le mérite, non pas tant de dégager des solutions nouvelles, mais de rappeler, pour l'essentiel, quelques principes de base du référé précontractuel s'inscrivant dans la droite ligne de décisions antérieures de la Haute assemblée. ■

(14) CE 3 juin 2009, *Groupeement d'intérêt public – Carte du professionnel de santé*, req. n° 319103 ; cf. également TA Caen, 1^{er} octobre 2009, *Soc. Keolis*, req. n° 0902078 ; TA Paris 29 octobre 2009, *Stés Veolia Environnement et Veolia Industries, c/ Ministère de la Justice*, req. n° 0916257/3-5. TA Nantes 27 juin 2011, *Sté TC COM*, req. n° 1105464 relevant notamment qu'il « résulte de l'instruction que toutes les entreprises candidates ont reçu les mêmes informations tant sur les différences caractéristiques du marché que sur le contenu précis sus-rappelé des éléments d'appréciations des offres à formuler ».

(15) TA Nice 14 mars 2007, *Soc MDO France Mobilier*, req. n° 0700940 ; TA Versailles 17 juin 2011, *Sté SFR*, req. n° 1102905 ; concl. N. Boulouis sur CE 24 juin 2011, *Communauté d'agglomération Rennes Métropole*, req. n° 346529, *BJCP* 2011/79, p. 414.

(16) CE 11 août 2009, *Département des Alpes-Maritimes*, req. n° 320088 ; CE 10 juillet 2009, *Département de l'Asine*, req. n° 324156.

(17) CE 19 janvier 2011, *Sté TEP Technique d'environnement et propriété, Ville de Paris*, req. nos 340773, 340780, CP-ACCP n° 109, avril 2011, p. 66.

(12) CE 22 mars 2000, *Lasaulce*, req. n° 207804, *Rec. p. 127* ; TA Nantes 17 octobre 2005, *Société Ecosys* ; TA Limoges ord., 4 avril 2005, *Sté Coved c/ SICTOM de Saint Yriex-Nexon*, req. n° 05003711. Il en est de même lorsque « les erreurs et contradictions relevées (...) n'ont pu avoir, de fait, pour effet d'écartier du marché une seule des entreprises qu'il était susceptible d'intéresser » (TA Paris ord., 8 décembre 2005, *Sté MCTS*, req. n° 0518719/3-5).

(13) CE 3 octobre 2008, *SMIRGEOMES*, req. n° 305420, CP-ACCP, n° 83, décembre 2008, p. 29 ; CE 5 novembre 2008, *Communauté d'agglomération de la région nazairienne et de l'estuaire*, req. n° 310484 ; CE 3 juin 2009, *Groupeement d'intérêt public – Carte du professionnel de santé*, req. n° 319103 ; CE 11 avril 2012, *Syndicat Ody 1218 Newline du Lloyd's de Londres*, req. n° 354652.