

La lettre du Cabinet

Octobre 2009

SELARL GIL-CROS Avocats, Norme ISO 9001, 7 Rue Levat, 34000 – Montpellier

Tél. : 04.67.12.83.83 - Fax : 04.67.12.83.84

Site Internet : www.avocats-gil.com, e.mail : giljuris@wanadoo.fr

EDITORIAL

Chers toutes et tous,

Cette lettre est consacrée à la procédure de référé en matière de marchés publics. Tant l'arrêt du Conseil d'Etat en date du 3 octobre 2008 que l'ordonnance du 7 mai 2009 méritent un commentaire.

Notre cabinet a d'ailleurs obtenu en août 2009 une intéressante ordonnance du tribunal administratif de Paris concernant la notion d'offre « anormalement basse », laquelle est commentée dans le contenu de notre lettre.

A bientôt et bonne lecture.

Maître Chantal GIL-FOURRIER
Spécialiste Droit Public et Droit
Commercial.

• Le rejet d'une offre anormalement basse :

Dans le cadre de la procédure de passation des marchés publics, l'administration est en droit de rejeter une offre si elle l'estime « anormalement basse » (article 55 du code des marchés publics). Toutefois, cette possibilité est enfermée dans des limites, ce que le juge des référés précontractuel contrôle de manière effective en cas de contentieux.

Une offre ne peut être jugée « anormalement basse » par l'administration que sur la base de critères objectifs. Ainsi, seules les offres manifestement intenables ou fantaisistes pouvant être écartées *prime facie* (CJCE, 27 nov. 2001, *Lombardini et Mantovani*, aff. C-285/99 et aff. C-286/99, Rec. CJCE 2001, I, p. 9233).

Par principe, la procédure de rejet d'une offre anormalement basse a été instituée pour écarter les entreprises en difficulté ; une sous-évaluation financière recelant des risques d'inexécution du marché ou d'exécution non conforme aux obligations contractuelles (CAA Paris, 17 oct. 1989, *Territoire Nouvelle-Calédonie*, Rec. CE 1989, tables, p. 777 ; Dr. adm. 1998, hors série, comm. 200).

Concrètement, il y a offre « anormalement basse » lorsque le faible niveau des prix proposés par rapport au marché actuel, s'il n'est pas accompagné de document justificatif, peut être assimilé à une vente à perte (TA Lille, 7 sept. 1993, *SA Construction Jean Bernard c/ Région Nord-Pas-de-Calais*, Rec. CE 1993, p. 518 ; Dr. adm. 1998, hors-série, comm. 201).

Dans le cadre d'une affaire opposant l'un de nos clients à « Pôle emploi », l'offre de notre client avait été rejetée par Pôle emploi car jugée « anormalement basse ». Nous avons donc saisi M. le Président du tribunal administratif de Paris, juge des référés précontractuel, afin qu'il exerce son contrôle sur les motifs du rejet de l'offre de notre client.

Le juge a étudié les prix proposés par notre client, puis il les a comparé avec les prix proposés par les entreprises qui ont été attributaires du marché. En constatant que notre client proposait des prix raisonnables et que les attributaires du marché avaient proposé des prix comparables, le juge des référés a suspendu la procédure de passation du marché.

Selon le juge des référés du tribunal administratif de Paris, l'offre de notre client ne pouvait manifestement pas être considérée comme anormalement basse (*cf.* ordonnance du 17 août 2009 du juge des référés, tribunal administratif de Paris, req. n° 0912571/3-5 et 0912574/3-5).

La procédure a dû être reprise et les offres réétudiées. Dans ce cadre, Pôle emploi est entré en contact avec notre client, puis lui a attribué le marché.

- **Les nouveautés concernant le référé précontractuel :**

La procédure de référé précontractuel est une procédure spécifique dans le contentieux administratif, prévue aux articles L. 551-1 et suivants du code de justice administrative. Elle permet au candidat évincé de la procédure de passation d'un marché public d'obtenir la suspension puis l'annulation de cette procédure si atteinte a été portée aux règles de concurrence et de mise en publicité.

Auparavant, les auteurs d'un référé précontractuel pouvaient invoquer utilement tout manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence pour obtenir la suspension de la procédure, quand bien même les irrégularités alléguées ne leur avaient pas porté préjudice (CE, 16 oct. 2000, *Sté Stereau*, req. n° 213958, Rec. CE 2000, tables p. 1103).

Dans un arrêt SMIRGEOMES en date du 3 octobre 2008, le Conseil d'Etat a réduit considérablement la possibilité, pour les candidats évincés, d'obtenir la suspension et l'annulation d'une procédure de passation d'un marché public.

En effet, le candidat évincé ne peut soulever devant le juge administratif que les illégalités de procédure qui lui ont fait grief. Tous les autres moyens de droit, même s'ils entraînent en principe la nullité de la procédure de passation du marché, sont irrecevables (CE Section, 3 octobre 2008, *SMIRGEOMES*, req. n° 305420).

Par exemple, si un candidat évincé soulève le non respect par l'administration du délai de présentation d'une offre, ce moyen d'illégalité ne sera accueilli par le juge administratif que si le candidat démontre, de manière précise et détaillée, que le non respect de ce délai par l'administration l'a empêché de présenter son offre dans de bonnes conditions.

Par conséquent, il ne suffit plus que l'administration ait violé une règle de la procédure pour que le juge suspende et annule ladite procédure. Il faut aussi démontrer que la violation de cette règle de procédure a causé au candidat un préjudice personnel et certain.

L'arrêt SMIRGEOMES du 3 octobre 2008 constitue une grande innovation apportée par le Conseil d'Etat dans le contentieux administratif. Concrètement, cette innovation permettra à l'administration d'éviter des annulations de procédure pour de simples violations de règles procédurales d'importance secondaire.

Cette évolution semblait importante tant il était aisé, pour les candidats évincés, de trouver la moindre faille juridique pour faire annuler une procédure de passation d'un marché.

- **Une innovation : la création d'un référé contractuel**

En sus de la procédure de référé « précontractuel », une ordonnance en date du 7 mai 2009 a créé une procédure de référé « contractuel ». Contrairement au référé précontractuel qui ne peut être enclenché qu'avant la signature du marché, le référé contractuel peut être enclenché après la signature du contrat, dans un délai de deux mois (ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 : Journal Officiel 8 Mai 2009).

Cette nouvelle procédure s'inspire des innovations apportées par l'arrêt *Tropic* du Conseil d'Etat (CE, ass., 16 juill. 2007, *Sté Tropic travaux de signalisation*, req. n° 391545). Elle permet à un candidat évincé de la procédure de passation d'un marché public d'obtenir du juge administratif l'annulation de cette procédure, même après la signature du contrat, s'il est établi qu'une atteinte a été portée aux règles de mise en concurrence ou de publicité.

Cette procédure est prévue aux articles L. 551-13 et suivants du code de justice administrative.

Le délai de deux mois court à compter de l'inscription de la décision de signer le contrat au registre des actes administratifs des collectivités.

Une grande attention doit être portée par les collectivités locales à ce point de droit : il faut désormais inscrire dans le registre des actes administratifs la décision de l'exécutif de signer le marché public.

Dans le cas contraire, les candidats évincés pourront enclencher le référé contractuel à n'importe quel moment (même des années plus tard), et non pas exclusivement dans le délai de deux mois.

- **SMIRGEOMES et la procédure des référés :**

Le Conseil d'Etat n'a pas encore répondu à la question de savoir si la jurisprudence SMIRGEOMES (évoquée plus haut), s'appliquera à la procédure de référé contractuel.

Cependant, on peut noter que les procédures de référé contractuel et précontractuel sont très proches : elles concernent les candidats évincés qui peuvent obtenir la suspension puis l'annulation de la procédure de passation d'un marché public en cas d'atteinte aux règles de publicité et de mise en concurrence.

Il est donc fort probable que la jurisprudence SMIRGEOMES, qui s'applique au référé précontractuel, s'applique aussi à l'avenir au référé contractuel.

C'est en tout cas le point de vue exprimé par Rémy Schwartz, Conseiller d'Etat et président de la 7^{ième} sous-section du Conseil d'Etat, lors d'une conférence publique donnée à l'Ordre des avocats de Montpellier.

Il résulte de tous ces éléments que dans le cadre des référés précontractuel et contractuel, les candidats évincés ne peuvent obtenir l'annulation de la procédure pour atteinte aux règles de mise en concurrence et de publicité, que s'ils démontrent que la violation de ces règles leur a causé un préjudice personnel et certain.

Concrètement, il y a des chances que cette nouvelle exigence imposée par le Conseil d'Etat ait pour effet de diminuer considérablement les possibilités d'annulation des procédures de passation des marchés publics.