

Le contrôle du juge des référés précontractuels sur la procédure d'attribution des contrats de DSP

- La procédure de référé précontractuel applicable aux délégations de service public repose, en grande partie, sur l'article L. 551-1 du code de justice administrative. En ce qui concerne les marchés publics, l'arrêt Smirgeomes avait introduit la notion d'intérêt à agir au sein du référé précontractuel.
- Un arrêt du Conseil d'État du 15 décembre 2008 fait application des nouvelles règles issues de la jurisprudence Smirgeomes aux délégations de service public. Par ailleurs, il apporte des précisions quant à l'indication de la durée du contrat dans les pièces de la procédure de mise en concurrence.

Auteur

Gilles Le Chatelier, conseiller d'État, directeur général des services de la région Rhône-Alpes

Références

- CE 15 décembre 2008, Communauté intercommunale des villes solidaires, n° 312350
- CE 3 octobre 2008, Smirgeomes, n° 305420

Mots clés

Délégation de service public • Référé précontractuel • Durée du contrat • Mise en concurrence • Publicité • Intérêt à agir • Avis d'appel public à la concurrence •

Une partie importante de la jurisprudence relative aux conditions d'attribution des délégations de service public provient de la procédure de référé précontractuel figurant aujourd'hui à l'article L. 551-1 du code de justice administrative (CJA). La rapidité de cette procédure, sa relative ouverture s'agissant des personnes susceptibles de saisir le juge et son efficacité, dès lors que l'intervention de la décision juridictionnelle précède nécessairement la conclusion du contrat, expliquent en grande partie le succès de la procédure. Toutefois, une conception particulièrement large du champ des moyens pouvant être invoqués devant le juge avait conduit à des interrogations sur la conception même de cette procédure. Le Conseil d'État a alors infléchi sa jurisprudence sur cette question, par une décision de section du 3 octobre 2008, Smirgeomes⁽¹⁾. La décision commentée ici fait application des nouvelles règles issues de cette jurisprudence aux délégations de service public (I). De plus, cet arrêt apporte une pièce complémentaire à la question de l'indication de la durée du contrat dans la procédure de mise en concurrence précédant l'attribution des contrats de délégation de service public (II).

I. L'application de la jurisprudence Smirgeomes à un contentieux d'attribution d'une DSP

A) Rappel des faits

La Communauté intercommunale des villes solidaires (CIVS), située sur l'île de La Réunion, a décidé de lancer une procédure pour l'attribution de la délégation de service public relative à

(1) CE 3 octobre 2008, Syndicat mixte intercommunal de réalisation et de gestion pour l'élimination des ordures ménagères du secteur Est de la Sarthe (Smirgeomes), req. n° 305420, concl. B. Da Costa: RFDA, 2008, p.1128 et s.; E. Geffray et S.-J. Liéber, AJDA, 2008, p.2161 et s.

Extrait

CE 15 décembre 2008, Communauté intercommunale des villes solidaires, n° 312350

« [II] résulte de ces dispositions que le choix de la collectivité publique est encadré quant à la fixation de la durée d'une délégation de service public ; [il] n'appartient cependant au juge des référés précontractuels, saisi sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, de sanctionner les seuls manquements qui, eu égard à leur portée et au stade de la procédure auquel ils se rapportent, sont susceptibles d'avoir lésé les entreprises requérantes ou risquent de les léser, fût-ce de façon indirecte en avantageant une entreprise concurrente. »

l'exploitation du centre funéraire sud de la communauté. Le contrat portait sur un ensemble global de prestations puisqu'il s'agissait, pour le délégataire, d'assurer l'accueil et l'information des proches, de prendre en charge la gestion administrative, technique et financière du site, d'entretenir et de surveiller les installations, de facturer et de recouvrer les redevances, droits et taxes pour le compte de la CIVS ainsi que de procéder à un certain nombre d'investissements en matériels.

Plusieurs entreprises ont remis une offre pour obtenir le contrat et, parmi elles, un groupement constitué de la société mutuelle La mutualité de La Réunion et la société anonyme coopérative Les Pompes funèbres mutualistes. Par un courrier du 25 octobre 2007, elles ont été averties que leur offre n'était pas retenue et ont alors saisi le juge des référés précontractuels du tribunal administratif de Saint-Denis-de-La-Réunion. Par une ordonnance du 5 décembre 2007, le juge a ordonné à la CIVS de surseoir à toute signature du contrat de délégation, puis une nouvelle ordonnance du 18 décembre 2007 décidait d'annuler l'ensemble de la procédure. La CIVS s'est pourvue en cassation contre cette décision devant le Conseil d'État.

Pour annuler la procédure, le juge s'était fondé sur deux séries d'éléments tenant toutes deux à la durée de la convention, telle que figurant dans la mesure de publicité préalable. D'abord, il a estimé qu'en fixant dans l'avis d'appel à concurrence la durée de principe du contrat à quinze ans, tout en proposant aux sociétés candidates des options portant sur des durées de dix et vingt ans, sans préciser les circonstances qui étaient de nature à justifier une telle offre, ni les conditions dans lesquelles elle apprécierait les différentes offres au regard de la durée du contrat, la CIVS n'avait pas donné aux dites entreprises une information suffisante sur les critères d'appréciation des différentes offres qui lui seraient remises. Ensuite, le juge a relevé qu'en tout état de cause, la durée de la convention, qui pouvait aller jusqu'à vingt ans, apparaissait excessive au regard de la faiblesse des investissements réclamés au fermier. Ces motifs apparaissaient effectivement sérieux et la confirmation par le juge de cassation semblait aller de soi. Toutefois, une question de procédure préalable se posait compte tenu de l'intervention de la jurisprudence Smirgeomes du 3 octobre 2008.

B) Portée de la jurisprudence Smirgeomes

L'arrêt Smirgeomes a apporté une novation importante dans l'exercice par le juge des référés précontractuels de son office. Jusqu'alors en effet, le requérant pouvait invoquer tout moyen devant le juge des référés précontractuels, à la condition toutefois qu'un manquement aux obligations de publicité ou de mise en concurrence soit en cause. En particulier, le Conseil d'État avait jugé que le requérant pouvait invoquer un moyen d'irrégularité à l'encontre de la procédure menée, quand bien même le vice relevé n'avait pas affecté la situation particulière du requérant⁽²⁾.

Cette position, outre qu'elle retenait une conception proche d'un contentieux objectif – situation tout de même paradoxale

compte tenu à la fois de la matière traitée et des intérêts défendus par le requérant quand celui-ci est un tiers évincé – avait pour effet de provoquer la suspension ou l'annulation de la procédure, y compris dans des cas où l'irrégularité commise apparaissait vénielle. Par exemple, toute irrégularité affectant l'avis d'appel à concurrence en matière de marché public au regard du modèle posé par les textes communautaires amenait à l'annulation, sans que le juge ne se pose la question de l'effet réel de cette omission sur la mise en concurrence et la situation particulière du requérant. Ainsi, une erreur relative à l'application de l'accord sur les marchés publics de l'OMC entraînait de manière quasiment automatique l'annulation par le juge⁽³⁾. La même solution prévalait pour le fait d'avoir omis d'indiquer les conditions de financement du marché⁽⁴⁾. Dans le même sens, le juge des référés précontractuels avait été amené à annuler une procédure alors que, l'offre du requérant étant elle-même irrecevable, les manquements relevés n'avaient par construction pas pu lui porter préjudice⁽⁵⁾.

Compte tenu de la sévérité de cette solution, la Haute Assemblée semblait avoir été tentée dans un premier temps de limiter les effets de cette jurisprudence, en introduisant un mode de raisonnement reposant sur la notion de formalités substantielles⁽⁶⁾. Mais la difficulté d'une telle solution était alors de retenir une approche purement subjective de cette question – quelle formalité méritait d'être qualifiée de substantielle – renforçant ainsi l'insécurité juridique.

Soucieux dans le domaine de la commande publique d'assurer une meilleure sécurité juridique aux acteurs nombreux et de toutes natures ici concernés, le Conseil d'État devait retenir une solution plus radicale dans l'arrêt Smirgeomes. En effet, renversant sa jurisprudence antérieure, la Haute Assemblée devait désormais estimer « que 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 ; il appartient dès lors au juge des référés précontractuels de rechercher si l'entreprise qui le saisit se prévaut de manquement 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 ». Ici, la solution est claire : le juge doit vérifier d'office que les moyens invoqués par le requérant sont bien recevables à l'aune de cette nouvelle obligation.

C) Application de la jurisprudence Smirgeomes

Dans la présente espèce, le Conseil d'État devait nécessairement faire application de cette nouvelle règle. Dès lors, il devait censurer la solution retenue par le juge des référés précontractuels

(2) CE 16 octobre 2000, Sté Stéreau : Lebon T., p. 1091. Confirmé à de nombreuses reprises : CE 19 octobre 2001, Sté Alsthom Transport SA : Lebon, p. 1038 – CE 10 mars 2004, Cté d'agglom. de Limoges Métropole, n° 259680 – CE 8 avril 2005, Sté Radiometer : Lebon T., p. 966.

(3) CE 14 mai 2003, Cté d'agglom. de Lens-Liévin, n° 251336 – CE 10 mars 2004, Cté d'agglom. de Limoges Métropole – CE 10 mai 2006, Synd. intercommunal des services de l'agglomération valentinoise : Lebon, p. 242 (fait que cette indication figure dans l'avis publié au JOUE, non au BOAMP).

(4) CE 27 juillet 2001, Cie générale des eaux : Lebon, p. 406 – CE 2 juin 2004, Ville de Paris et Sté Polyurbaine : Lebon T., p. 622.

(5) CE 20 octobre 2006, Synd. des eaux de Charente Maritime : Lebon T., p. 1077.

(6) CE 8 février 2008, Cne de Toulouse – CE 8 février 2008, Dpt de l'Essonne : AJDA, 2008, p. 1106, note Richer et Crochemore.

du tribunal administratif de Saint-Denis-de-La-Réunion, faute pour ce dernier d'avoir vérifié que le moyen relatif à la durée excessive du contrat de délégation – telle qu'elle figurait dans la mesure de publicité préalable – était susceptible de léser le groupement requérant. En effet, sauf circonstances particulières, on voit mal en quoi une durée considérée comme excessive pourrait être de nature à léser les intérêts d'un concurrent évincé d'une procédure d'attribution d'une délégation de service public. On peut alors se demander si, à la lumière de la jurisprudence Smirgeomes, un tel moyen ne serait pas disqualifié chaque fois qu'il est invoqué par un tiers évincé⁽⁷⁾, ainsi qu'un certain nombre d'autres⁽⁸⁾. Ce faisant, le Conseil d'État étend sans surprise la solution retenue par l'arrêt Smirgeomes et dégagée à l'occasion d'un contentieux de marchés publics, à une hypothèse de contentieux fondé sur l'article L. 551-1 du CJA pour le contrôle de la procédure d'attribution d'une DSP⁽⁹⁾. Restait cependant la question « de fond » que posait le litige ici soumis au Conseil d'État.

II. L'indication préalable et précise de la durée du contrat de DSP dans la procédure de mise en concurrence

Le juge des référés précontractuels du tribunal administratif de Saint-Denis-de-La-Réunion avait également censuré la procédure en estimant que l'incertitude entourant la durée du contrat de DSP (quinze ans pouvant varier de dix à vingt ans, sans qu'il y ait aucune indication sur les critères d'évaluation par la collectivité publique des différentes offres) avait constitué un manquement aux obligations de mise en concurrence. Le Conseil d'État devait admettre la recevabilité du moyen en considérant que le groupement requérant, dès lors qu'il ne pouvait pas savoir à l'avance à quelle aune serait appréciée son offre, était dans ces conditions susceptible d'être lésé par un tel manquement. Puis, immédiatement, il devait valider le raisonnement du juge du fond en jugeant que l'absence de précision quant à la durée exacte de la délégation ne donnait pas aux entreprises candidates une information suffisante sur les critères d'appréciation des offres et était dès

lors constitutive d'un manquement aux obligations du CIVS en matière de publicité et de mise en concurrence.

Cette solution confirme la jurisprudence antérieure. Ainsi, le Conseil d'État avait déjà eu l'occasion de juger qu'était irrégulière la procédure d'attribution d'une DSP dans laquelle l'avis d'appel public à la concurrence ne comportait aucune mention de la durée du contrat et se contentait d'indiquer que celle-ci serait fonction des investissements à réaliser, sans pour autant préciser la nature de ces derniers qui, au demeurant, ne paraissaient pas s'imposer à la lecture du cahier des charges⁽¹⁰⁾. Rappelons également que le juge administratif admet exercer un contrôle restreint sur la durée du contrat de délégation de service public dont les dispositions de la loi Sapin du 29 janvier 1993 ont fait une condition de sa régularité⁽¹¹⁾. Plus généralement, la jurisprudence exclut à ce stade que les candidats à l'attribution d'un contrat de DSP puissent présenter une offre proposant une modification de la durée de la convention par rapport à la durée indicative figurant dans l'avis d'appel public à la concurrence⁽¹²⁾.

On se contentera ici de regretter une telle solution. Autant le fait de laisser les candidats dans le flou quant aux conditions et critères selon lesquels leur offre sera évaluée comme en l'espèce ne prête guère à contestation, autant le fait d'admettre qu'une partie de la mise en concurrence entre les candidats à l'attribution d'un contrat de délégation de service public porte sur la durée du contrat semble pouvoir être soutenu. La difficulté d'appliquer strictement les dispositions de la loi quand la DSP ne comporte pas la réalisation d'investissements est fréquemment soulignée : de plus, il semblerait ici possible d'admettre une telle licence dès lors que la collectivité délégante afficherait clairement et au préalable les critères selon lesquels elle devrait apprécier les différentes offres remises. Le Conseil d'État semble s'être d'ailleurs récemment engagé dans cette voie⁽¹³⁾ en admettant que la collectivité délégante puisse indiquer les durées potentielles de la délégation⁽¹⁴⁾ au regard desquelles s'exerce la concurrence « à condition que ces potentialités n'induisent pas une incertitude telle qu'elle puisse empêcher des entreprises de présenter utilement leur offre ». Espérons que cette première évolution sera suivie d'autres plus précises sur la possibilité d'une mise en concurrence par la durée proposée du contrat. ■

(7) Il n'en serait bien évidemment pas de même si le préfet invoquait le même moyen. Il est ici à rappeler que la solution de la jurisprudence Smirgeomes ne vaut que pour la société concurrente évincé et à l'évidence pas pour le représentant de l'État qui a un accès au prétoire ès qualités au titre des dispositions de l'article L. 551-1 du CJA.

(8) Tel est le cas par exemple sauf circonstances particulières de certains moyens de régularité de la procédure suivie par la collectivité publique pour attribuer la DSP (composition de la commission chargée d'examiner les offres, délibération préalable décidant du principe de la DSP, omission de consultation du CTP...).

(9) Le Conseil d'État avait déjà étendu la solution de l'arrêt Smirgeomes dans un litige de DSP dans sa décision du 24 octobre 2008, Syndicat intercommunal Eau et assainissement, n° 300034 : JCP A, 22 décembre 2008, note F. Linditch.

(10) CE 23 mai 2008, Musée Rodin, n° 306153 : JCP A, 28 juillet 2008, note F. Linditch, p. 26.

(11) TA Nancy 25 janvier 2000, Feidt, n° 981974 – CAA Bordeaux 29 mai 2000, Sté auxiliaire parcs : DA, 2000, comm. 207.

(12) CAA Paris 10 avril 2003, Sté Géraud et associés : RFDA, 2003, p. 820.

(13) CE 4 février 2009, Cté urbaine d'Arras, n° 312411 : à mentionner aux tables du Lebon.

(14) En l'espèce, le cahier des charges de la consultation prévoyait une durée comprise entre 20 et 25 ans pour un contrat de DSP portant sur la construction et l'exploitation d'un crématorium et d'un jardin cinéraire.