

L'intérêt à agir ou la nécessaire appréciation des conséquences du référé précontractuel sur la situation concurrentielle des autres candidats

Dans un arrêt du 1^{er} juin dernier, le Conseil d'État a précisé, dans le cadre du référé précontractuel, que même si l'offre d'un concurrent évincé est irrégulière, cela ne fait pas obstacle à ce qu'il puisse se prévaloir, pour contester l'attribution du contrat, de l'irrégularité de l'offre de la société attributaire. Cependant, ce concurrent évincé peut-il agir si son offre a été jugée irrégulière par une décision juridictionnelle devenue définitive annulant la décision d'attribution du contrat ?

Par un arrêt du 1^{er} juin 2023, le Conseil d'État apporte une logique précision à sa jurisprudence *Clean Building* de 2020, en statuant que même si le caractère irrégulier de l'offre du requérant lui permet d'agir contre la décision retenant un concurrent à l'offre également irrégulière, cela ne l'autorise pas à prétendre à l'attribution du contrat. Plus que jamais, cette position – cohérente – du juge administratif invite les candidats évincés à analyser globalement la pertinence d'une action en référé précontractuel, et à inclure des considérations concurrentielles dans l'analyse du ratio bénéfice/risque.

Pour comprendre que la portée de cette décision est la confirmation du caractère particulier du référé précontractuel, il est utile de se remémorer sa genèse, caractérisée par une libéralisation de l'intérêt à agir au contentieux, mais la restriction de l'intérêt à conclure le contrat.

De l'ouverture de l'intérêt à agir, à la limitation de l'intérêt à conclure le contrat

Alors qu'initialement le juge refusait de reconnaître un intérêt à agir aux auteurs d'une offre irrégulière, de récentes décisions leur ont progressivement ouvert ce droit, jusqu'à ce que la décision commentée précise que ces candidats demeurent privés du droit de conclure le contrat en cause, en particulier lorsque c'est une décision de justice qui caractérise leur offre d'irrégulière.

Auteur

Maxime Seno
Avocat associé – Veil Jourde
Spécialiste en droit public

Références

CE 1^{er} juin 2023, req. n° 468930, *Rec. CE tables*

L'ouverture progressive de l'intérêt à agir contre une décision d'attribution à un soumissionnaire ayant formulé une offre irrégulière, par l'auteur d'une offre également irrégulière

Aux origines de la décision commentée se trouve la décision de la Cour de justice de l'Union européenne *Fastweb*⁽¹⁾, dont le paragraphe 33 dispose clairement que l'irrégularité de son offre : « ne peut pas conduire à écarter le recours d'un soumissionnaire dans l'hypothèse où la régularité de l'offre de chacun des opérateurs est mise en cause dans le cadre de la même procédure et pour des motifs de nature identique. En effet, dans une telle situation, chacun des concurrents peut faire valoir un intérêt légitime équivalent à l'exclusion de l'offre des autres, pouvant aboutir au constat de l'impossibilité, pour le pouvoir adjudicateur, de procéder à la sélection d'une offre régulière ». Le Conseil d'État devait transposer cela dans sa jurisprudence par son arrêt *Clean Building*⁽²⁾, en affirmant clairement que l'irrégularité de sa propre offre ne prive aucunement, de ce seul constat, le requérant d'un intérêt à agir contre une décision retenant un concurrent, ayant lui-même proposé une offre irrégulière.

Cette position est après tout logique : si l'on peut accepter qu'un candidat ne puisse se voir lésé dès lors qu'il formule une offre irrégulière, comment cependant accepter que cela puisse conduire à implicitement valider le choix d'une offre irrégulière, dont le premier ne pourrait contester le choix ? (nous verrons plus bas que le juge français a mis un certain temps à réaliser ce cheminement intellectuel).

Puis, la Cour de justice de l'Union européenne a dû statuer sur le cas particulier d'un soumissionnaire, dont l'offre avait été exclue d'une procédure par le pouvoir adjudicateur, se faisant refuser l'accès à un recours contre la décision d'attribution du marché public, au motif que la décision d'exclusion dudit soumissionnaire avait été confirmée par une décision ayant acquis l'autorité de la chose jugée avant que la juridiction saisie du recours contre la décision d'attribution du marché ne statue. Ceci conduisait donc le soumissionnaire à être considéré comme définitivement exclu de la procédure de passation⁽³⁾. C'est dans ce contexte qu'intervient la décision commentée.

La limitation, pour l'auteur d'une offre jugée irrégulière, du droit à prétendre à la conclusion du contrat

À ceci près que dans l'affaire commentée, la décision d'exclusion de la procédure ne provient pas de l'acheteur mais d'une décision de justice, le Conseil d'État a fait application de la jurisprudence communautaire précitée.

En effet, était en cause l'attribution par l'État, en septembre 2021, du contrat de concession d'exploitation de l'aéroport de Tahiti-Faa'a, au groupement formé par la société Egis Airport Opération et de la Caisse des dépôts et consignations. Ce groupement devait cependant se faire ensuite reprocher par un groupement concurrent, la remise d'une offre irrégulière. Le tribunal administratif de la Polynésie française, saisi d'un référé précontractuel en ce sens, a ainsi accueilli le recours formé contre cette décision par la chambre de commerce et d'industrie, des services et des métiers de Polynésie, dont l'offre a été classée en troisième position. Une fois passée la confirmation de cette ordonnance par le Conseil d'État, le contrat fut attribué au groupement de la société Vinci Airports, classé en deuxième position.

Ne s'avouant pas vaincu, le groupement requérant et victorieux dans la première partie de l'affaire (arrivé, pour mémoire en troisième position) décidait alors de saisir à nouveau le juge du référé précontractuel, pour obtenir l'annulation de l'ensemble de la procédure, contestant la sélection en seconde intention de l'offre du groupement Vinci Airports (arrivé, pour mémoire en deuxième position). Par une ordonnance du 18 octobre 2022, le tribunal administratif de la Polynésie française faisait droit à cette demande, contestée en cassation, et conduisant le Conseil d'État à régler la question de la recevabilité du référé précontractuel, introduit par un candidat dont l'offre a été définitivement jugée irrégulière. À l'aulne de la notion de personnes habilitées car ayant « un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par ce manquement », un tel candidat peut-il justement encore se prévaloir d'un « intérêt à conclure le contrat » ? Et ce qui est particulièrement intéressant dans cette affaire, est que le Conseil d'État ait décidé d'invoquer un motif d'ordre public, tiré de ce que le groupement requérant était dépourvu de qualité lui donnant intérêt à agir devant le juge des référés précontractuels, étant privé de l'intérêt de conclure le contrat.

La décision rendue au Palais Royal est on ne peut plus claire : « 3. Il résulte de ces dispositions que la circonstance que l'offre d'un concurrent évincé, auteur du référé précontractuel, soit irrégulière ne fait pas obstacle à ce qu'il puisse se prévaloir, pour contester l'attribution du contrat, de l'irrégularité de l'offre de la société attributaire. Toutefois, si l'offre de ce concurrent évincé a été jugée irrégulière par une décision juridictionnelle devenue définitive annulant la décision d'attribution du contrat, il ne peut être regardé comme ayant un intérêt à conclure le contrat et habilité à agir contre la nouvelle décision en portant attribution après reprise de la procédure. (...) 5. Il résulte de ce qui précède que, sans qu'il soit besoin de se prononcer sur les autres moyens du pourvoi, l'ordonnance en litige par laquelle le juge des référés du tribunal administratif de la Polynésie française a fait droit à la demande de la société Egis Airport Opération alors qu'elle était dépourvue de qualité lui donnant intérêt à agir doit être annulée ».

Cruelle mais compréhensible désillusion : le groupement peut se plaindre, en ayant remis une offre

(1) CJUE 4 juillet 2013, aff. C-100/12.

(2) CE 27 mai 2020, req. n° 435982.

(3) CJUE 21 décembre 2016, Österreich Caverion und Gebäudebetreuung Technische Bietergemeinschaft, aff. C-355/15 ; CJUE 11 mai 2017, Archus et Gama, aff. C-131/16, § 57.

irrégulière, qu'un concurrent ait fait de même et soit pourtant retenu, mais il ne peut ensuite prétendre à l'attribution du contrat. tel est le caractère particulier du référé précontractuel.

La confirmation par le juge du caractère particulier du référé précontractuel

Si le référé précontractuel fait l'objet d'une jurisprudence aussi abondante de la part du Conseil d'État, et pointilliste de la part des juridictions du fond, cela est la preuve de l'intérêt pour cette procédure que voient – ou croient voir – des candidats évincés, se muant en requérants. Or, l'approche n'est pas aussi binaire qu'on peut le croire : l'intérêt d'un référé précontractuel ne s'analyse pas seulement à l'aune de la capacité à renverser juridiquement la décision prise par le pouvoir adjudicateur, et la décision commentée le montre parfaitement, il convient avant tout de s'interroger sur les effets concurrentiels du référé précontractuel, pour éviter d'en subir le front renversé, qu'éclaire une rétrospective de quinze années de jurisprudence.

L'évolution logique de la jurisprudence, avant et après *Clean Building*

Il est plutôt fréquent que les évolutions jurisprudentielles se caractérisent par des mouvements de balancier. L'affaire en cause ne fait pas exception, et le mouvement courant de 2008 à 2023, il n'est pas inintéressant de se replonger dans la situation du contentieux de la commande publique, telle qu'elle pouvait exister il y a de cela quinze années, à l'époque où l'arrêt *Société Stéreau*⁽⁴⁾ permettait au contentieux de la contestation de l'attribution des contrats de la commande publique d'être purement objectif (et les praticiens se souviennent certainement de la façon dont la société JCDecaux l'avait utilisée pour contester le premier contrat du Vélib). C'est justement pour éviter une objectivisation du contentieux de la passation, que la juridiction administrative a entrepris de rendre subjectif le référé contractuel, avec la célèbre décision *SMIRGEOMES*⁽⁵⁾ qui imposait pour la première fois au requérant de démontrer une lésion de ses intérêts par les moyens qu'il invoque. Certes, à l'époque existait déjà la règle communautaire imposant aux États membres de garantir une certaine effectivité aux recours précontractuels, mais la Haute juridiction, considérait que la restriction qu'il portait à l'opérance des moyens en référé précontractuel était parfaitement compatible avec les directives « recours »⁽⁶⁾, inter-

prétées par la CJUE dans ses arrêts *Hackermüller*⁽⁷⁾ et *Grossman Air Services*⁽⁸⁾.

C'est donc dans cette perspective que la très rigide jurisprudence *Lloyd's* a pu naître⁽⁹⁾, privant tout candidat évincé ayant remis une offre devant être écartée, de la possibilité de contester l'attribution du contrat, même à un candidat ayant potentiellement lui-même remis une offre inacceptable, irrégulière et/ou inappropriée : « il appartient (...) au juge des référés précontractuels de rechercher si l'entreprise qui le saisit se prévaut de manquements (...) susceptibles de l'avoir lésée ou risquent de la léser (...) ; que le choix de l'offre d'un candidat irrégulièrement retenu est susceptible d'avoir lésé le candidat qui invoque ce manquement, à moins qu'il ne résulte de l'instruction que sa candidature devait elle-même être écartée, ou que l'offre qu'il présentait ne pouvait qu'être éliminée comme inappropriée, irrégulière ou inacceptable ». C'est précisément ce qu'abandonne la jurisprudence *Clean Building*, qui replace l'église au milieu du village.

En effet, face au mouvement contraire opéré par le juge communautaire, en particulier avec l'arrêt *Fastweb*⁽¹⁰⁾, la position du juge administratif français ne pouvait continuer à durer, car elle privait le référé précontractuel de son intérêt majeur, et la décision commentée parachève l'édifice, en rendant très orthodoxe la jurisprudence française.

Pour autant, si l'intérêt du référé précontractuel est réaffirmé ici, celui-ci est-il absolu et indifférent à une analyse globale ?

Les effets à front renversé du référé précontractuel

C'est précisément à la question de l'intérêt global du référé précontractuel que la décision commentée a vocation à apporter sa contribution. En effet, les lecteurs attentifs de l'arrêt auront certainement relevé qu'il est plutôt cocasse que le groupement requérant, classé en troisième rang, ait contribué par ses deux actions contentieuses, à faire désigner le groupement classé en deuxième position (en demandait-il d'ailleurs autant, lui qui n'a manifestement pas contesté la décision l'évinçant ?). Dit autrement, alors que le groupement requérant envisageait de défendre sa position de marché, c'est celle d'un groupement concurrent qu'il aura contribué à renforcer par sa démarche contentieuse. De ce point de vue, l'arrêt commenté n'est absolument pas éloigné de la réalité quotidienne des requérants en référé précontractuel : ils sont, hélas, prompts à se créer une situation plus attentatoire à leurs intérêts qu'elle en serait défenderesse, au moyen de cet outil particulier qu'est le référé précontractuel dans le panorama des recours possibles.

(4) CE 16 octobre 2000, req. n° 213958.

(5) CE 3 octobre 2008, req. n° 305420.

(6) Directive 89/665/CEE du 21 décembre 1989 et 92/13/CEE du 25 février 1992 modifiées par la directive 2007/66/CE du 11 décembre 2007.

(7) CJCE, 19 juin 2003, aff. C-249/01.

(8) CJCE 12 février 2004, aff. C-230/02.

(9) CE 11 avril 2012, req. n° 354652.

(10) Cf. *supra*.

De même, c'est également lorsque le référé précontractuel est couronné de succès qu'il peut se manifester à front renversé, car en cas de victoire contentieuse, le requérant – qui demeure un prestataire dans la commande publique – aura infligé une défaite contentieuse au client qu'il souhaite conquérir⁽¹¹⁾. Or comment, dans ces conditions, espérer se faire attribuer un contrat par son adversaire contentieux ?

Cette particularité se retrouve dans l'approche asymétrique de la notion d'irrégularité, entre les recours en référé, et au fond (en contestation de la validité du contrat), puisque le juge accepte à présent, par exemple, que face à une offre irrégulièrement retenue, le candidat irrégulièrement évincé soit indemnisé⁽¹²⁾, sans toutefois que ceci puisse recouvrir le manque à gagner⁽¹³⁾, cela étant justifié – si l'on en croit le rapporteur public Gilles

(11) Mais pour l'honnêteté intellectuelle, l'auteur cite naturellement la décision *Fondation Clara*, rendue par le TA de Marseille le 11 février 2021, req. n° 2100555, sur le fondement justement posé par l'arrêt *Clean Building*, et ayant conduit le requérant à devenir attributaire de la procédure qu'il contestait.

(12) CAA Versailles 2 décembre 2021, req. n° 19VE02748.

(13) CAA Versailles 28 septembre 2017, req. n° 15VE01423.

Pellissier dans ses conclusions sur l'affaire *Région Réunion*⁽¹⁴⁾ – par une différence organique : « les champs d'intérêt du référé précontractuel et de la contestation de la validité du contrat ne se recouvrent pas exactement, que ce soit pour le candidat évincé ou pour le sous-traitant étroitement intégré à l'offre dont l'intérêt et les vices qu'il pourra utilement invoquer sont très proches de ceux qu'un candidat évincé pourra utilement faire valoir ».

L'évolution globale de la jurisprudence en la matière porte donc à croire que les équilibres créés par le juge seront durables, et que la spécificité du référé précontractuel a vocation à demeurer. Ceci explique qu'il apparaisse aux praticiens, et cet arrêt le confirme aisément, que la décision d'introduire un référé précontractuel ne puisse être utilement prise qu'après une analyse globale des enjeux économiques, et notamment concurrentiels, qu'il implique. C'est à ce prix que les futurs requérants éviteront d'améliorer les positions de marché de leurs concurrents, ou qu'ils pourront se conforter dans une logique contentieuse de risques compris et consentis.

(14) CE 14 octobre 2015, req. n° 391183.