

# Actualités

## QUESTION PRIORAIRE DE CONSTITUTIONNALITÉ

1052

### Une QPC qui ne vise aucune disposition législative est irrecevable

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 27 sept. 2011, n° 11-13.488, QPC

Dans une décision du 27 septembre 2011, la Cour de cassation juge irrecevables 2

questions prioritaires de constitutionnalité. La première, parce qu'elle « ne vise aucune disposition législative et se borne à contester une règle jurisprudentielle sans préciser le texte législatif dont la portée serait, en application de cette règle, de nature à porter atteinte au principe constitutionnel de la personnalité des peines résultant des articles 8 et 9 de la Déclaration des droits de l'homme ». En effet, s'il a été décidé que « tout justiciable a le droit de contester la constitutionnalité de la portée effective qu'une interprétation jurisprudentielle constante confère à une disposition législative (...), il résulte tant des dispositions de

l'article 61-1 de la Constitution et de l'article 23-5 de l'ordonnance n° 58 1067 du 7 novembre 1958 modifiée que des décisions du Conseil constitutionnel, que la contestation doit concerner la portée que donne à une disposition législative précise l'interprétation qu'en fait la juridiction suprême de l'un ou l'autre ordre de juridiction ».

La seconde question s'analyse, selon la Haute juridiction, non pas en une QPC mais en une question préjudicielle, dans la mesure où il s'agirait d'interroger le Conseil constitutionnel sur le sens et la portée d'un principe constitutionnel qu'il a énoncé ou dégagé.

## Publiés

1053

JOURNAL OFFICIEL

22 AU 28 SEPTEMBRE

Gouvernement

D. 26 sept. 2011 relatif à la composition du Gouvernement

JO 27 sept., p. 16264

1054

ARRÊTS A DU CONSEIL D'ÉTAT

12 AU 18 SEPTEMBRE

Agriculture -  
Remembrement

Le principe de conciliation, posé par l'article 6 de la Charte de l'environnement, entre la protection et la mise en valeur de l'environnement, le développement économique et le progrès social, n'impose pas au législateur d'aménager la règle de l'équivalence en valeur de productivité réelle en prévoyant un traitement différencié des parcelles selon qu'elles sont exploitées de manière biologique ou conventionnelle

CE, 5<sup>e</sup> et 4<sup>e</sup> ss sect., 14 sept. 2011, n° 348394, Pierre : JurisData n° 2011-018664

# Note

## CONTRATS ET MARCHÉS PUBLICS

1055

### Le juge des référés précontractuels entre non-conformité dirimante et vétille de passage...

En matière de délégations de service public, les non-conformités de l'offre pressentie aux exigences de l'autorité délégante ne sauraient, par principe, emporter l'annulation de la procédure. Tenu d'en mesurer l'importance, le juge des référés précontractuels ne pourra sanctionner que les plus graves d'entre elles. En l'espèce, au contraire du juge des référés du tribunal administratif de Lille, le Conseil d'État jugera l'offre de la requérante conforme.

ALAIN VAMOUR, avocat au Barreau de Lille, cabinet Bignon-Lebray Avocats

ÉTIENNE COLSON, avocat au Barreau de Lille, cabinet Bignon-Lebray Avocats

CE, 5 janv. 2011, n° 342158, Sté Voyages Dupas Lebeda : JurisData n° 2011-000048

*Ndlr : Note parue initialement in JCP A 2011, 2303*

Le 10 mars 2009, le département du Nord avait lancé une procédure pour l'attribution d'une délégation de service public portant

sur l'exploitation du service de transport public routier non urbain.

L'un des lots mettait aux prises deux candidats : la société Véolia Transport Nord-Pas-de-Calais et le groupement représenté par la société Voyages Dupas Lebeda (ci après VIDL).

Au terme de la consultation, Véolia était désignée comme délégataire pressenti. Par ordonnance du 1er juin 2010, VDL obtenait du juge du référé précontractuel du tribunal administratif de Lille l'annulation de la procédure « à compter de l'examen des offres finales ». Ce faisant, le juge faisait droit au moyen de la requérante, tiré de la non-conformité de l'offre de Véolia aux documents de la consultation.

Le 15 juin 2010, le président du département décidait logiquement de retenir la seule offre finale restante, à savoir celle de la société VDL. Mais, saisissant à son tour le juge du référé précontractuel, Véolia obtenait l'annulation de la procédure en raison, cette fois, de la non-conformité de l'offre du groupement.

Ce dernier se pourvut en cassation.

Rendue le 5 janvier 2011, la décision du Conseil d'Etat est riche de deux enseignements majeurs.

En premier lieu, elle met un terme aux contours incertains de sa jurisprudence sur la question du non-lieu à statuer en référé précontractuel.

### 1. Référé précontractuel et non-lieu à statuer : une jurisprudence favorable aux requérants

En l'espèce, la défenderesse concluait en ce sens, au motif que l'autorité délégante aurait renoncé à la procédure litigieuse,

d'abord en publiant un avis au BOAMP et au JOUE déclarant la procédure infructueuse, puis en relançant la procédure sur le lot en question.

Il y a peu encore, un tel moyen aurait prospéré.

Le Conseil d'Etat jugeait alors que le lancement d'une nouvelle procédure, après annulation de la précédente, privait d'objet le pourvoi.

Peu importait que la procédure fût menée à son terme par la signature du contrat (CE, 14 nov. 1997, n° 179083, Dpt Alpes-de-Haute-Provence : Rec. CE 1997, tables p. 1010. - CE, 1<sup>er</sup> avr. 1998, n° 185054, Cité urbaine de Lyon : Rec. CE 1997, tables p.

## LE CONSEIL D'ÉTAT - (...)

• Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis au juge des référés que, par un avis d'appel public à la concurrence du 10 mars 2009, le département du Nord a lancé une procédure en vue de l'attribution d'un contrat de délégation de service public portant sur l'exploitation du transport public routier non urbain de voyageurs ; que, par une délibération du 17 mai 2010, le conseil général du Nord a autorisé son président à signer la convention de délégation relative au périmètre géographique n° 3 avec la société Véolia Transport Nord-Pas-de-Calais ; que la société Voyages Dupas Lebeda ainsi que les sociétés Compagnie des chemins de fer du Cambresis, Autocars Finand Parmentier, Voyages A. Fouache et Autocars Finand, qui, réunies en un groupement d'entreprises représenté par la société Voyages Dupas Lebeda, avaient présenté une offre et été admises à négocier en vue de l'attribution du contrat de délégation de service public en cause, ont demandé au juge des référés du tribunal administratif de Lille, statuant en application de l'article L. 551-1 du Code de justice administrative, d'annuler la procédure de passation du contrat ; que, par une ordonnance du 1<sup>er</sup> juin 2010, le juge des référés a annulé la procédure à compter de l'examen des offres finales et a enjoint au département du Nord, s'il entendait poursuivre la passation du contrat envisagé, de reprendre la procédure au stade de cet examen ; qu'après avoir repris la procédure au stade de l'examen des offres finales, le département du Nord a déclaré l'offre de la société Véolia Transport Nord-Pas-de-Calais non conforme et désigné comme attributaire de la délégation de service public le groupement d'entreprises dont le mandataire est la société Voyages Dupas Lebeda ; que la société Voyages Dupas Lebeda et autres se pourvoient en cassation contre l'ordonnance du 19 juillet 2010 par laquelle le juge des référés du tribunal administratif de Lille, à la demande de la société Véolia Transport Nord-Pas-de-Calais, a annulé cette procédure et enjoint au département du Nord, s'il entendait poursuivre la passation du contrat envisagé, de reprendre la procédure, soit intégralement, soit à compter de la nouvelle date qu'il fixerait pour la remise de nouvelles offres par les candidats ;

*Sur les conclusions à fin de non-lieu présentées par la société Véolia Transport Nord-Pas-de-Calais :*

• Considérant que si, à la suite de l'annulation partielle de la procédure par l'ordonnance attaquée, le département du Nord a déclaré cette procédure infructueuse et que s'il est soutenu qu'il aurait lancé une nouvelle procédure en vue de la passation d'une délégation de service public portant sur les mêmes prestations, cette nouvelle procédure n'a pas à ce jour abouti à la signature d'une convention de délégation de service public ; que, dans ces conditions, les conclusions de la société Véolia Transport Nord-Pas-de-Calais tendant à ce que soit prononcé dans la présente instance un non-lieu à statuer doivent être rejetées ;

*Sur les conclusions de la société Voyages Dupas Lebeda et autres tendant à l'annulation de l'ordonnance attaquée :*

• Considérant que pour annuler la procédure de passation de la délégation de service public, le juge des référés du tribunal administratif de Lille a estimé que le département du Nord ne pouvait retenir l'offre du groupement représenté par la société Voyages Dupas Lebeda dès lors que celle-ci n'était pas conforme aux documents de la consultation en ce qu'elle ne comportait pas de lignes complémentaires alors que les dispositions de l'article II du règlement de la consultation et les stipulations de l'article 20 structure du réseau du projet de convention soumis à la consultation imposaient aux candidats de présenter une offre proposant des lignes fortes, des lignes de proximité et des lignes complémentaires hiérarchisées en fonction du niveau de service rendu aux usagers ; qu'il a également estimé que cette offre ne pouvait non plus être retenue dès lors qu'elle n'était pas conforme aux stipulations des articles 50.3 et 50.6 du projet de convention en ce que le plan de formation qui lui était annexé ne comportait pas de thématiques relatives à la sécurité et à l'accueil des personnes à mobilité réduite ;

• Considérant que lorsque le règlement de la consultation ou le cahier des charges impose la production de documents ou de renseignements à l'appui des offres, l'autorité habilitée à signer la convention de délégation de service public ne peut, après avis de la commission mentionnée à l'article L. 1411-5 du Code général des collectivités territoriales, engager de négociation avec un opérateur économique dont l'offre n'est pas accompagnée de tous ces documents ou renseignements que si cette insuffisance, d'une part, ne fait pas obstacle à ce que soit appréciée la conformité de l'offre aux exigences du cahier des charges et, d'autre part, n'est pas susceptible d'avoir une influence sur la comparaison entre les offres et le choix des candidats qui seront admis à participer à la négociation ; que, par suite, la société Voyages Dupas Lebeda et autres sont fondées à soutenir qu'en jugeant qu'en raison des insuffisances de leur offre au regard des exigences du dossier de consultation, le département du Nord ne pouvait régulièrement leur attribuer le contrat de délégation de service public envisagé, sans rechercher si les irrégularités reprochées à leur offre étaient telles qu'elles empêchaient d'apprécier sa conformité au cahier des charges ou d'effectuer utilement une comparaison avec les autres offres présentées, le juge des référés du tribunal administratif de Lille a commis une erreur de droit ; que l'ordonnance attaquée doit en conséquence, et sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens du pourvoi, être annulée ;

• Considérant que dans les circonstances de l'espèce, il y a lieu, en application de l'article L. 821-2 du Code de justice administrative, de régler l'affaire au titre de la procédure de référé engagée par la société Véolia Transport Nord-Pas-de-Calais ;

• Considérant, en premier lieu, que par l'ordonnance du 1er juin 2010, le juge des référés du tribunal administratif de Lille, après avoir jugé que

1991), ou qu'elle ne le fut pas (CE, 30 nov. 2005, n° 280930, *Sté Transports Cerdans et a.* - Contrats - Marchés publ. 2006, comm. 55, obs. F. Llorens. - CE, 15 déc. 2008, n° 308464, *OPAC des Alpes-Maritimes* ; Contrats - Marchés publ. 2009, comm. 62, obs. J.-P. Pietri).

Entre-temps, la position de la Haute assemblée avait pu sembler beaucoup moins nette. Par un arrêt *Syndicat intercommunal de la côte d'Amour et de la presqu'île guérandaise*, la Haute juridiction jugeait qu'à la suite de la suspension d'un contrat d'affermage par ordonnance du juge du référé précontractuel, « la signature d'une convention d'exploitation provisoire afin

d'assurer la continuité du service public » ne privait pas d'objet le pourvoi en cassation formé contre ladite ordonnance (CE, 21 juin 2000, n° 209319, *Synd. intercom<sup>4</sup> de la côte d'Amour et de la presqu'île guérandaise*). Or, dans cette espèce comme dans celles précitées, l'administration n'avait pas moins relancé une nouvelle consultation qui n'eut, cette fois, aucun effet sur le pourvoi : celui-ci était admis.

Depuis 2009, la jurisprudence paraît figée. Désormais, semble-t-il, c'est seulement dans l'hypothèse où la nouvelle procédure a débouché sur la conclusion d'un contrat que le non-lieu doit être prononcé (CE, 4 févr. 2009, n° 311344, *Cne de Toulon* ; Ju-

risData n° 2009 074879 ; JCP A 2009, act. 184. - CE, 15 mars 2009, n° 318006, *Fonds national de promotion et de communication de l'artisanat* ; JurisData n° 2009 075337 ; Contrats - Marchés publ. 2009, comm. 174, obs. F. Llorens).

Éminemment favorable aux intérêts des requérants (surtout en matière de délégation de service public dont la longue procédure devrait permettre au juge de statuer avant qu'elle ne fût achevée), cette solution est, spécialement, celle du Conseil d'État, qui juge : « cette nouvelle procédure n'a pas à ce jour abouti à la signature d'une convention de délégation de service public ; que dans ces conditions, les conclusions de la société

l'offre de la société Véolia Transport Nord-Pas-de-Calais était irrégulière et ne pouvait être retenue par le département du Nord, a annulé la procédure de passation du contrat de délégation de service public au seul stade de l'examen des offres finales et enjoint au département, s'il entendait poursuivre la passation du contrat, de reprendre la procédure à ce stade ; que s'il a choisi de reprendre la procédure, le département du Nord, qui a réexaminé les offres finales présentées par la société Véolia Transport Nord-Pas-de-Calais et la société Voyages Dupas Lebeda et autres, n'était pas tenu d'inviter celles-ci à présenter de nouvelles offres finales ; que, par suite, la société Véolia Transport Nord-Pas-de-Calais n'est pas fondée à soutenir que le département du Nord, en procédant à ce réexamen sans l'inviter, ainsi que la société Voyages Dupas Lebeda et autres, à présenter une nouvelle offre finale, a méconnu l'autorité attachée à l'ordonnance du juge des référés et a manqué à ses obligations de mise en concurrence ;

- Considérant, en deuxième lieu, qu'il ne ressort d'aucune des pièces du dossier, et notamment pas des rapports d'analyse des offres des 17 mai et 5 juillet 2010, que, pour attribuer le contrat à la société Voyages Dupas Lebeda et autres, le département du Nord se serait fondé sur des critères étrangers au règlement de la consultation et aurait ainsi manqué à ses obligations de mise en concurrence ; que, par suite, le moyen invoqué manque en fait ;

- Considérant, en troisième lieu, qu'il ne ressort pas davantage des pièces du dossier que le département du Nord aurait communiqué à la société Voyages Dupas Lebeda et autres des éléments de l'offre présentée par la société Véolia Transport Nord-Pas-de-Calais ; que, par suite, celle-ci n'est pas fondée à soutenir que le département du Nord aurait manqué à son devoir de respecter la confidentialité des offres qui lui avaient été remises et méconnu le principe d'égalité de traitement des candidats ;

- Considérant, en quatrième lieu, que l'article 11 du règlement de la consultation et l'article 20 du projet de convention soumis à la consultation prévoient que chaque périmètre comprendra des lignes fortes reliant les pôles attractifs et caractérisés par un haut niveau de service (notamment fréquence élevée les jours ouvrables, offre le week-end, mise en accessibilité en priorité, matériel roulant de haute qualité et adapté au transport de personnes à mobilité réduite), des lignes de proximité ayant pour vocation de permettre aux résidents de communes dont la population est inférieure à 2 500 habitants d'effectuer un déplacement sur une demi-journée, une à plusieurs fois par semaine, hors dimanche et jour férié et des lignes complémentaires se caractérisant par des fréquences peu élevées ou par une desserte spécifique ; que l'article VI.1.1. du règlement de la consultation relatif aux critères techniques et organisationnels de jugement des offres indique que l'autorité délégante évaluera les offres au regard, notamment, de l'exploitation optimale des services (pertinence des propositions d'exploitation du service : horaires, arrêts, kilométrage en charge, le nombre et la ca-

pacité des véhicules...) et de la qualité du service au travers des engagements en matière d'accueil de la clientèle, de ponctualité, de confort, de niveau d'équipement, d'accessibilité et de propreté des véhicules ; qu'ainsi, ni les dispositions du règlement de la consultation ni les stipulations du projet de convention n'interdisaient aux candidats de présenter une offre ne comportant pas de lignes complémentaires dès lors que l'absence de telles lignes était avantageusement compensée par un plus grand nombre de lignes fortes et de lignes de proximité assurant une meilleure qualité de service et répondant mieux aux exigences de la collectivité délégante telles qu'elles étaient formalisées dans les dispositions précitées de l'article VI.1.1. du règlement de la consultation relatives aux critères techniques et organisationnels de jugement des offres ; que, par suite, la société Véolia Transport Nord-Pas-de-Calais n'est pas fondée à soutenir que l'offre de la société Voyages Dupas Lebeda et autres n'est pas conforme aux dispositions du règlement de la consultation et aux stipulations du projet de convention en ce qu'elle ne comporte pas de lignes complémentaires ;

- Considérant, en cinquième lieu, que, contrairement à ce que soutient la société Véolia Transport Nord-Pas-de-Calais, les stipulations des articles 50.3 et 50.6 du projet de convention relatifs à la formation des conducteurs et autres personnels n'imposaient nullement aux candidats de prévoir des formations en matière d'accueil des personnes à mobilité réduite ; que, si ces stipulations leur imposaient en revanche de prévoir des formations en matière de sécurité des personnes, il résulte de l'instruction que le plan de formation annexé à l'offre de la société Voyages Dupas Lebeda et autres proposait de telles formations ; qu'en tout état de cause, l'absence de ces thématiques dans le plan de formation proposé par le groupement ne saurait suffire à elle seule à entacher son offre de non-conformité ; que, par suite, la société Véolia Transport Nord-Pas-de-Calais n'est pas fondée à soutenir que l'offre de la société Voyages Dupas Lebeda et autres n'est pas conforme aux dispositions du règlement de la consultation et aux stipulations du projet de convention en ce qu'elle ne prévoit pas de formations en matière de sécurité des personnes et d'accueil des personnes à mobilité réduite ;

- Considérant, en dernier lieu, que, contrairement à ce que soutient la société Véolia Transport Nord-Pas-de-Calais, l'offre de la société Voyages Dupas et autres prévoit que les communes de Déheries et Beaurain seront desservies par des services de renforts scolaires ; que, par suite, le moyen tiré de ce que cette offre ne serait pas conforme aux documents de la consultation dès lors qu'elle ne respecterait pas l'obligation de desserte de l'ensemble des communes du périmètre n° 3 manque en fait ; (...)

M. Martin, prés., MM. Honorat, Schwartz, prés. ss. sect., Mme Laurent, MM. Rousselle, Prieur, Bardou, Stahl, cons., M. Boulouis, rapp. pub., M. Dieu, me req. rapp., SCP Delaporte, Briard, Trichet, SCP Monod, Colin, SCP Célèce, Blanpain, Soltner, av.

Véolia Transport Nord-Pas-de-Calais tendant à ce que soit prononcé dans la présente instance un non-lieu à statuer doivent être rejetées ».

Statuant sur le pourvoi, la Haute assemblée examine alors les moyens de la société VDL. L'ordonnance attaquée avait retenu deux motifs d'irrégularité de l'offre de cette société : d'une part, celle-ci ne comportait aucune proposition de lignes complémentaires, d'autre part, le plan de formation des conducteurs était incomplet.

La demanderesse critiquait ces motifs, en soutenant principalement que l'irrégularité de l'offre initiale de Véolia faisait obstacle à ce qu'elle pût se prévaloir d'un intérêt lésé. À titre subsidiaire, la société Voyages Dupas Lebeda invoquait l'erreur de droit, tirée de ce que le juge ne se serait pas interrogé sur le caractère substantiel des irrégularités, à les supposer établies.

## 2. Offre non conforme et intérêt lésé : une décision qui sème le doute

Sur l'absence d'intérêt lésé de Véolia, l'argument avancé était le suivant : l'offre de cette dernière avait été jugée non conforme en vertu d'une première ordonnance de référé datée du 1er juin 2010.

En l'absence de pourvoi de cette société, cette ordonnance était revêtue de l'autorité de la chose jugée.

Selon la demanderesse, définitivement jugée non conforme, l'offre de Véolia ne permettait donc plus à cette société d'être attributaire de la délégation de service public, dans le cadre du réexamen des mêmes offres par l'autorité organisatrice de transport, ordonné par cette première ordonnance.

Le rapporteur public en la cause, M. Boulouis (que l'on remerciera vivement d'avoir bien voulu nous communiquer ses conclusions), regardait ce moyen comme « imparable ».

Partant, il concluait à l'annulation de l'ordonnance en ces termes : « L'autorité de la chose jugée s'attachant au motif d'irrégularité de l'offre qui en est indissociable, vous ne pourrez que constater l'impossibilité pour la société Véolia de présenter utilement le moindre moyen faute de pouvoir se prévaloir de la moindre lésion réelle ou potentielle, dès lors qu'elle n'avait plus vocation à partici-

per à une procédure qui n'a pas été annulée en totalité, mais au stade de l'examen des offres finales et que le département du Nord n'avait pas sollicité des candidats encore en lice une nouvelle offre à la suite de cette annulation ».

Bien que s'inspirant du récent arrêt *Département de la Drôme* aux termes duquel le Conseil d'État voit dans le rejet par le pouvoir adjudicateur d'une offre, en raison de sa non-conformité au règlement de consultation, l'absence de tout intérêt lésé (CE, 5 août 2009, n° 320039, *Dépt Drôme* : *JurisData* n° 2009-009193), cette analyse ne retient pas la formation de jugement.

Préférant, sans doute, faire œuvre didactique et, plus sûrement encore, vider le fond du litige pour ne laisser aucun doute aux parties à cet égard, le Conseil d'État examine le second moyen de la demanderesse relatif au caractère non substantiel de l'irrégularité de son offre, à la supposer établie.

Il fait alors application d'un arrêt qui, bien que lu près de deux ans avant la décision *Smirgomes*, en constitue le prodrome évident, s'agissant, du moins, des délégations de service public.

## 3. La conformité des offres sous le contrôle - souple - du juge du référé précontractuel

Premier temps de son raisonnement : la Haute assemblée considère qu'en se bornant au constat de l'irrégularité de l'offre de la société VDL et autres, « sans rechercher si les irrégularités reprochées à leur offre étaient telles qu'elles empêchaient d'apprécier sa conformité au cahier des charges ou d'effectuer utilement une comparaison avec les autres offres présentées, le juge des référés du tribunal administratif de Lille a commis une erreur de droit ». Ce faisant, les juges du Palais Royal reprennent, au mot près, la motivation de l'arrêt *Corsica Ferries* de 2006 (CE, 15 déc. 2006, n° 298618 : *JurisData* n° 2006-071183).

Pour l'heure, à notre connaissance, le Conseil d'État limite cette analyse aux délégations de service public, en excluant les marchés publics.

Comme l'écrit M. Boulouis, en l'espèce : « L'existence d'une négociation qui n'est pas le droit commun des marchés explique cette différence. Elle doit conduire le juge saisi de contestations sur la régularité d'une offre et qui ne peut se borner au constat de l'irrégularité de l'offre à s'interroger

sur l'importance et l'incidence de la non-conformité ».

On a peine à suivre le raisonnement du rapporteur public.

En quoi, et pourquoi la négociation serait-elle la source unique d'un tel comportement du juge ?

Sous peine d'une rupture d'égalité de traitement des candidats, on ne sait pas, en effet, que la négociation autorise l'autorité déléguée à inviter l'un d'eux à rendre son offre conforme. Dès lors, si l'administration peut négocier avec ce candidat, la benignité de l'irrégularité de son offre en est le seul motif. Les vertus, réelles ou supposées, de la négociation y demeurent, selon nous, parfaitement étrangères.

Au surplus, pourquoi, quelle que soit la procédure menée (négociée ou non), le droit des marchés publics interdirait-il au pouvoir adjudicateur de retenir une offre dont l'irrégularité serait vénielle ? Et pour quelle raison, dans un appel d'offres, le juge des référés précontractuels ne pourrait-il adopter le comportement qui est le sien en délégation de service public ?

Au demeurant, n'est-ce pas cette voie que semble emprunter le Conseil d'État quand, s'agissant de procédures non négociées fondées sur le Code des marchés publics, il refuse de sanctionner le non-respect d'exigences qui ne sont pas utiles pour l'appréciation de l'offre, notamment l'absence de fourniture d'informations publiques (CE, 22 déc. 2008, n° 314244, *Ville de Marseille* : *JurisData* n° 2008-074713 ; JCP A 2009, 2038 ; *Contrats - Marchés publ.* 2009, comm. 81, obs. J.-P. Pietri) ou bien encore des irrégularités formelles ou minimales comme la présentation d'une attestation non certifiée conforme, qu'il appartenait au candidat d'établir lui-même (CE, 6 nov. 1998, n° 194960, *Assistance Publique - Hôpitaux de Marseille* : *JurisData* n° 1998-050990).

Selon toute vraisemblance, le temps ne semble donc pas si éloigné, où, sur cette question, le juge des référés précontractuels pourrait, en marchés comme en délégations de service public, adopter la même position. Second temps du raisonnement du Conseil d'État : à une lecture littérale des exigences des documents de la consultation, le juge fait prévaloir une interprétation téléologique de ceux-ci.

En l'espèce, le règlement de consultation et le projet de convention prévoient que les lignes constituant le réseau comprendraient des « lignes fortes » reliant les pôles attractifs

et caractérisés par un haut niveau de service (notamment fréquence élevée les jours ouvrables, offre le week-end, etc.), des « lignes de proximité » ayant pour vocation de permettre aux résidents de communes dont la population est inférieure à 2 500 habitants d'effectuer un déplacement sur une demi-journée, une à plusieurs fois par semaine, hors dimanche et jour férié et des « lignes complémentaires » se caractérisant par des fréquences peu élevées ou par une desserte spécifique.

L'article VI.1.1. du règlement de la consultation relatif aux critères techniques et organisationnels de jugement des offres indiquait, quant à lui, que l'autorité délégante évaluerait les offres au regard, notamment, de l'« exploitation optimale des services (pertinence des propositions d'exploitation du service : horaires, arrêts, kilométrage en charge, le nombre et la capacité des véhicules...) » et de la « qualité du service au travers des engagements en matière d'accueil de la clientèle, de ponctualité, de confort, de niveau d'équipement, d'accessibilité et de propreté des véhicules ».

L'offre du groupement ne comportait pas de ligne complémentaire.

Selon l'interprétation stricte qu'en donna le juge lillois, l'irrespect d'une telle exigence rendait cette offre irrégulière. Tout autre est le raisonnement du Conseil d'État. S'il ne nie pas l'absence de telles lignes dans l'offre du requérant, cette omission lui semble indifférente, « dès lors que l'absence de (ces) lignes était avantageusement compensée par un plus grand nombre de lignes fortes et de lignes de proximité assurant une meilleure qualité de service et répondant mieux aux exigences de la collectivité délégante telles qu'elles étaient formalisées dans les dispositions précitées de l'article VI.1.1. du règlement de la consultation relatives aux critères techniques et organisationnels de jugement des offres ».

Ainsi, de manière très claire, la Haute Assemblée donne-t-elle la prime aux critères de sélection des offres sur toute autre considération. Elle en déduit, non seulement la conformité de l'offre de la requérante auxdits critères, mais encore la supériorité de celle-ci sur celle de sa rivale.

Une telle analyse ne peut qu'être approuvée.

À l'heure où le juge du référé précontractuel semble faire de l'intérêt lésé une exigence très strictement interprétée, et ce, naturellement, afin de sécuriser au mieux les contrats publics, on comprendrait mal qu'il ne disposât d'aucun pouvoir d'appréciation des exigences de la consultation qui lui est soumise. En l'espèce, s'il est clair que le règlement de consultation prévoyait des lignes complémentaires, celles-ci ne pouvaient être impératives, dès lors que, sur toutes choses, le règlement de consultation imposait « une exploitation optimale des services ». Or, c'est précisément à une exploitation de ce type dont le Conseil d'État juge porteuse l'offre du requérant, puisqu'à la place de lignes complémentaires (dispensatrices d'une faible qualité de service), la société VDL y faisait figurer un plus grand nombre de lignes fortes et de proximité, caractérisées, selon le projet de convention, « par un haut niveau de service ».

À ce jour, un tel raisonnement semble circonscrit aux délégations de service public. À l'égard des marchés publics, la position du juge administratif du référé précontractuel paraît plus stricte. En la matière, en effet, selon le Conseil d'État, le fait de retenir l'offre d'un candidat, alors que celle-ci ne répond pas aux spécifications imposées par les documents contractuels, constitue un manquement aux obligations de mise en concurrence (CE, 25 juill. 2001, n° 229666, *Cne de Gravelines* : *JurisData* n° 2001-062795 ; *Rec. CE* 2001, p. 391 ; *Contrats - Marchés publ.* 2001, *comm.* 188, *note G. Eckert* - CE, 29 avr. 2002, n° 239024, *Sté Setec*). Comme nous l'indiquions plus haut, il semble peu douteux que la jurisprudence évolue, avant peu, vers plus de souplesse.

En ce qui concerne, enfin, la non-conformité de l'offre de la société VDL au regard des exigences de « plans de formation » dont la consultation exigeait la production, le Conseil d'État pousse plus loin le raisonnement qui est le sien à l'égard des « lignes » du réseau. La société Véolia invoquait l'absence de « formation de sécurité des personnes » dans l'offre de sa rivale. La Haute assemblée rejette le moyen au motif que « le plan de formation annexé à l'offre de la société VDL proposait de telles formations ». Mais alors qu'il suivait de là que le moyen manquait en fait, ce qui devait amener, en

principe, le Conseil d'État à n'ajouter mot, celui-ci poursuit : « qu'en tout état de cause, l'absence de ces thématiques dans le plan de formation proposé par le groupement ne saurait suffire à elle seule à entacher son offre de non-conformité ».

À ce stade, l'apport de l'arrêt étudié semble déterminant. Car, tandis qu'à l'issue de l'examen du moyen relatif aux « lignes », le juge rapproche différentes dispositions du règlement de consultation pour en faire prévaloir une seule, cette fois, c'est sans référence aux critères de sélection des offres, qu'il conclut à la conformité de l'offre, et ce, même dans l'occurrence où elle eût manqué de plan de formation en matière de sécurité des personnes. Autrement dit, comme il le fait dans le cadre d'un recours *Tropic* ou d'une requête en déclaration de nullité (depuis l'arrêt *Commune de Béziers*), le juge du référé précontractuel semble désormais disposé à soupeser toute non-conformité invoquée et à en induire ou non l'irrégularité de l'offre affectée.

Sans doute, doit-on y voir une évolution salutaire dans l'office de ce juge. Salutare mais prévisible, tant elle découle logiquement du bouleversement né de la jurisprudence *Smirgeomes*.

Salutare, mais peut-être pas sans risque. Car elle implique ceci : désormais, les candidats à une délégation de service public devront, eux aussi, mesurer l'importance de telle ou telle exigence dans le dossier de consultation. Ajuster son offre en fonction de ce que l'on pense être une exigence centrale ou mineure de l'autorité délégante, pourrait alors tenir de l'art divinatoire. Quant à interroger l'Administration sur ce point, la crainte de passer pour tracassier découragera sans doute plus d'un prétendant...

Symétriquement, le rôle de l'Administration ne sera guère plus simple. À elle, désormais, la charge de distinguer, dans chaque offre, la non-conformité dirimante de la « vétille de passage ». Sans compter, plus tard, celle de trouver les mots pour s'en expliquer...

**JurisClasseur** : Contrats et marchés publics, Fasc. 420, par Frédéric Marchand