

- D'autre part, et plus généralement, il demeure une incertitude quant au degré d'exigence qu'aura le juge des conditions d'admission de la preuve d'une atteinte potentielle aux intérêts du requérant.

Comme on l'a dit, cette preuve repose sur le caractère concevable ou vraisemblable de l'atteinte potentielle invoquée par le requérant. Si le juge devait se montrer trop exigeant dans le degré de vraisemblance de l'atteinte ainsi invoquée, cela confinerait à une approche *in concreto*, qui s'écarterait à notre avis de l'arrêt Smirgeomes et réduirait sensiblement l'accès au référé précontractuel (voir une illustration ci-contre).

CP-ACCP : Cette décision va-t-elle dans le sens de la directive Recours dont la transposition devrait être effective au printemps 2009 ?

Thierry Dal Farra et Franck Lepron : Comme l'a relevé le commissaire du gouvernement B. Dacosta, la directive Recours du 21 décembre 1989 modifiée, n'a jamais imposé la conception objective du référé précontractuel qu'a consacrée la jurisprudence administrative au fil du temps. Son article 1^{er} se borne à prévoir l'obligation pour les États membres d'instituer une procédure de recours efficace pour toute personne « ayant ou ayant eu intérêt à obtenir un marché public [...] et ayant été ou risquant d'être lésée par une violation alléguée ». Dans sa formulation, l'arrêt Smirgeomes nous paraît donc compatible avec l'objectif exprimé par l'article 1^{er} de la directive recours précitée, objectif qui demeure en vigueur même après l'adoption de la nouvelle directive du 11 décembre 2007. Reste à voir l'application concrète que les tribunaux administratifs feront de cette jurisprudence. ■

Exemple

Imaginons un avis de marché dont la rubrique relative aux codes CPV n'aurait pas été renseignée ou l'aurait été de manière incomplète. Une entreprise n'ayant pas soumissionné pourra certainement soutenir, avec raison, que cette omission ou imprécision au niveau des codes CPV – dont l'intérêt est précisément de permettre l'identification des avis de marché – l'a empêchée de prendre connaissance à temps de l'avis de marché.

Certes, la seule preuve qu'elle peut avancer réside précisément dans son absence de soumission dont rien ne garantit qu'elle puisse effectivement s'expliquer par l'imprécision des codes CPV. Il reste que, conformément à la notion d'atteinte potentielle consacrée par l'arrêt Smirgeomes et eu égard à la nature du manquement invoqué, le juge devra, à notre avis, s'en tenir à l'indéniable vraisemblance du raisonnement et considérer que ledit manquement est susceptible d'avoir lésé l'entreprise requérante.

La question devient plus délicate s'agissant de l'entreprise qui a soumissionné. On pourrait être tenté de considérer que cette soumission suffit à couvrir l'irrégularité, dont la requérante se plaint : si l'entreprise a remis une offre, c'est bien que l'absence ou l'imprécision des codes CPV ne l'en a pas empêchée. C'est le raisonnement que semble avoir tenu le Conseil d'État dans son arrêt du 5 novembre 2008, Communauté d'agglomération de la région nazairienne et de l'estuaire (req. n°310484) et, avant lui, le tribunal administratif de Pau, dans une ordonnance du 7 octobre 2008, Société SPIE Communications (req. n°0802028).

Pour autant, il n'est pas inconcevable de soutenir qu'en raison de cette irrégularité, l'entreprise a tardivement identifié l'avis de marché et n'a ainsi pas été en mesure, faute de temps suffisant, d'élaborer une offre réellement compétitive. L'argument fait sens : il n'est manifestement pas exclu que l'entreprise ait pu réellement être lésée par ce manquement aux obligations de publicité. Sauf à considérer que cette lésion, sans être purement théorique, est peu vraisemblable et que, dans un tel cas, l'allégation doit être étayée par la production de documents et d'éléments tangibles, démontrant que l'entreprise candidate a effectivement été perturbée dans la préparation de son offre. Mais on s'éloigne alors du régime de preuve théorique consacré par l'arrêt Smirgeomes, interprété à la lumière des conclusions du commissaire du gouvernement B. Dacosta, pour tendre à un régime de preuve *in concreto* dans lequel la démonstration de l'atteinte aux intérêts du requérant sera rendue très difficile – en particulier dans l'hypothèse où ce dernier aura soumissionné. Le risque serait ainsi que de nombreuses irrégularités formelles se trouvent couvertes par le seul fait que le requérant ait soumissionné, et qu'elles ne puissent, par conséquent, jamais être sanctionnées. La sécurité juridique des procédures de passation des contrats publics serait certes préservée, mais au détriment de la légalité.

L'ACHETEUR

CP-ACCP : En quoi la décision du Conseil d'État du 3 octobre dernier va-t-elle modifier la pratique du référé précontractuel, d'après vous ?

Mathieu Heintz : Pour les acheteurs publics, cet arrêt du Conseil d'État aura, je l'espère, des effets très positifs sur une baisse des risques d'annulation des procédures. Jusqu'à présent, la jurisprudence retenait un contrôle objectif du contenu de l'avis d'appel public à la concurrence (AAPC). En d'autres termes, et pour caricaturer, le juge était amené à relire le contenu de l'AAPC et à vérifier si telle ou telle rubrique était remplie, voire si les cases étaient correctement cochées. Si elles ne l'étaient pas, la procédure de passation était alors annulée pour ce seul motif. En effet, il suffisait aux requérants, les soumissionnaires évincés, de lister dans leur requête les rubriques non remplies pour obtenir cette sanction. En outre,

ils pouvaient également lors de l'audience même, compléter la liste des rubriques incomplètes, au titre de moyens nouveaux, pour obtenir cette annulation. L'on constatait d'ailleurs une économie des moyens dans les ordonnances rendues en référé précontractuel, le juge ne sanctionnant parfois qu'un seul manquement, alors qu'une dizaine d'autres étaient allégués. L'on peut donc dire, sans conteste, que la procédure de référé précontractuel était très favorable aux entreprises. À présent, les requérants devront faire un effort de rédaction supplémentaire pour démontrer en quoi ils sont susceptibles d'avoir été lésés ou risquent d'être lésés par les irrégularités qu'ils invoquent. Ils ne pourront donc plus se contenter d'invoquer simplement l'absence de telle mention dans la publicité du marché. Il leur faudra expliquer également pourquoi cette absence est susceptible de les léser. Pour les pouvoirs adjudicateurs, la défense sera certainement plus aisée. Autant il était parfois difficile de justifier, dans un mémoire en défense, l'absence d'une information dans l'avis de marché, en revanche à présent cette justification pourra être plus facilement apportée. Un véritable débat va donc s'ouvrir devant le juge sur l'intérêt ou l'effet utile des mentions de la publicité des marchés, qui n'existait pas jusqu'à présent ou très peu.

Auteur

Mathieu Heintz
Chef du service juridique au conseil général de l'Isère.

CP-ACCP : Une telle évolution augmente la sécurité des procédures de passation des marchés, pensez-vous qu'elle risque d'ôter au référé précontractuel toute utilité ?

Mathieu Heintz : Je ne suis pas certain que cette évolution ôte au référé précontractuel toute utilité. En droit, la procédure de référé reste tout de même un outil efficace pour les entreprises d'obtenir l'annulation d'une procédure de passation avant la conclusion du marché. Je rappelle en effet que la procédure issue de l'arrêt *Tropic*, c'est-à-dire le recours direct contre le contrat, même si elle peut être assortie d'une demande de suspension, à défaut d'une telle mesure n'entraînera son annulation, bien souvent, qu'après l'exécution du marché. C'est donc un effet *a posteriori*, alors que le référé précontractuel produit des conséquences *a priori*, permettant de voir relancer la procédure et de remettre les soumissionnaires sur un pied d'égalité. Par ailleurs, le contexte économique et financier actuel, avec une baisse des parts de marchés des entreprises, voire une baisse de l'engagement de nouveaux projets publics, aura pour effet que les candidats seront peut-être plus enclins à contester un contrat pour lequel ils seraient évincés, que dans un contexte de saturation des commandes.

CP-ACCP : L'articulation entre le référé précontractuel revu par l'arrêt *Smirgeomes* et l'action du concurrent évincé issue de l'arrêt *Société Tropic travaux signalisation* vous semble-t-elle en pratique suffisamment protectrice des intérêts des entreprises ? Et de la légalité ?

Mathieu Heintz : Ces évolutions garantissent bien entendu les intérêts des entreprises ; elles ne sont pas dépourvues de voie de recours, bien au contraire. Cependant, pour ce qui concerne le référé précontractuel, l'on en revient en quelque sorte aux sources puisque, faut-il le rappeler, c'est l'article L. 551-1 du code de justice administrative, lui-même, qui prescrit que « les personnes habilitées à agir [en référé précontractuel] sont celles qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par ce manquement ». Autrement dit, l'exigence d'une démonstration des effets du manquement sur le concurrent évincé existait déjà potentiellement dans le texte. Simplement, et jusqu'à présent, cette condition était entendue largement : tout manquement à l'une des obligations de publicité était considéré comme susceptible de léser une personne ayant intérêt à conclure le contrat. Par ailleurs, l'on peut s'interroger sur le point de savoir comment le juge saisi d'un recours direct contre le contrat, statuera sur un moyen développé quant à un manquement dans le contenu de l'avis de publicité du marché. Retiendra-t-il une lecture objective qui pourrait résulter, pour les marchés de seules communautaires, de l'application du règlement (CE) n° 1564/2005 de la Commission du 7 septembre 2005 établissant les formulaires standard pour la publication d'avis de marchés, d'effet direct dans notre ordre national et qui s'impose donc à tous. Ou bien appliquera-t-il la même méthode que le juge du référé précontractuel impliquant que le requérant démontre qu'il est lésé, ou susceptible de l'être, par les manquements qu'il invoque.

CP-ACCP : Cette jurisprudence impacte-t-elle le contenu des avis de publicité ? Est-ce la fin du syndrome « AMP » ?

Mathieu Heintz : Il va de soi que cet arrêt est salubre pour les acheteurs publics, puisque l'on peut espérer une diminution des annulations de procédures de passation pour les seuls motifs liés au contenu de la publicité du marché. Pour autant, l'on ne peut pas affirmer que les procédures sont de ce fait complètement sécurisées. Des juges des référés ont déjà été amenés à appliquer la jurisprudence *Smirgeomes*, et il n'est pas impossible que des ordonnances divergentes soient rendues sur l'interprétation d'une même mention de l'avis d'appel public à la concurrence. D'autant que l'entreprise doit prouver qu'elle est directement lésée par le manquement qu'elle invoque, ce qui signifie que cette même faute pourrait dans une autre situation ne pas porter atteinte aux intérêts d'un soumissionnaire. En définitive, il me semble que la vraie réforme sur cette question serait de simplifier le contenu même des formulaires d'avis d'appel public à la concurrence. Ces formulaires sont trop complexes et trop longs à remplir. Un toilettage s'impose, à l'issue duquel seules les informations strictement utiles aux soumissionnaires demeureraient. À titre d'exemple, je m'interroge toujours sur la pertinence de la mention relative aux modalités de financement. Il est certes important pour les candidats de connaître dans quelle condition ils vont être payés. En revanche, peu leur importe de savoir que le pouvoir adjudicateur va souscrire un emprunt ou percevra des subventions, pour financer le marché en cause.

CP-ACCP : Quels sont désormais les pouvoirs d'appréciation du juge ?

Mathieu Heintz : Ce qui me semble intéressant avec l'arrêt *Smirgeomes*, c'est que le juge va peut-être ouvrir à nouveau la possibilité de renvoyer les candidats vers le règlement de la consultation pour obtenir plus d'informations. Depuis l'arrêt *Société Radiometer*⁽¹⁾, le renvoi au règlement de la consultation était presque systématiquement sanctionné. Avec cet arrêt, on peut se demander si le juge ne va pas devoir admettre que la publicité du marché contient les seules informations substantielles, le reste figurant dans le règlement de la consultation ? Cela doit être apprécié à la lumière d'une jurisprudence communautaire assez exigeante concernant la rédaction des avis, étant précisé qu'en droit communautaire, il n'existe pas à proprement parler de règlement en consultation.

CP-ACCP : Cette décision va-t-elle dans le sens de la directive Recours dont la transposition devrait être effective au printemps 2009 ?

Mathieu Heintz : À mon sens, cette décision n'est pas du tout en contradiction avec la directive recours du 2007/66. Au contraire, son article premier contient une disposition identique, puisqu'il prévoit que les États membres s'assurent que les procédures de recours sont accessibles « au moins à toute personne ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir un marché déterminé et ayant été ou risquant d'être lésée par une violation alléguée ». L'on retrouve donc le principe énoncé par le Conseil d'État, et écrit dans le code de justice administrative, qui implique que le requérant soit lésé par la violation alléguée. ■

(1) CE 8 avril 2005, req. n° 270476.