

MARCHÉS PUBLICS

La pratique des référés précontractuels

L'ESSENTIEL

■ Revirement de jurisprudence

Après un spectaculaire revirement de jurisprudence, il appartient désormais au juge du référé précontractuel de rechercher si le requérant qui le saisit se prévaut de manquements véritablement susceptibles de l'avoir lésé ou risquent de le léser, fut-ce de façon indirecte, en avantageant une entreprise concurrente.

■ Sécurité juridique

Cette évolution jurisprudentielle répond aux préoccupations des acheteurs publics, qui ont, à juste titre, souhaité davantage de sécurité juridique dans le cadre de la passation de leurs contrats publics.

UNE ANALYSE DE

Mathilde Janicot, avocat, SCP Peignot-Garreau
Marie-Hélène Pachen-Lefèvre, avocat, SCP Seban & Associés

Une petite révolution juridique est intervenue dans le monde des spécialistes des contrats publics depuis l'arrêt de Section, « Syndicat mixte intercommunal de réalisation et de gestion pour l'élimination des ordures ménagères du secteur est de la Sarthe » (Smirgeomes), rendu le 3 octobre par le Conseil d'Etat. Cet arrêt pose de nouvelles conditions de recevabilité du référé précontractuel de l'article L.551-1 du Code de justice administrative: il appartient désormais au juge du référé précontractuel de rechercher si le requérant qui le saisit se prévaut de manquements aux règles de publicité et de mise en concurrence qui, eu égard à leur portée et au stade de la procédure auquel ils se rapportent, sont susceptibles de l'avoir lésé ou risquent de le léser, fut-ce de façon indirecte, en avantageant une entreprise concurrente. L'encadrement de ces conditions de recevabilité (I), qui apparaît à plusieurs titres justifié (II), emporte des conséquences importantes tant pour les sociétés requérantes que pour les pouvoirs adjudicateurs soucieux,

pour ces derniers, d'une plus grande sécurité juridique dans leurs procédures de passation des contrats publics (III).

I. Encadrement des conditions de recevabilité

Interprétation antérieure: le contrôle objectif de la légalité

L'article L.551-1 du Code de justice administrative (CJA) dispose que: « les personnes habilitées sont celles qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence ». Cette disposition, qui ne fait que reproduire celles des directives Recours (1), prévoit que la recevabilité d'un référé précontractuel est soumise à deux conditions cumulatives tenant à ce que: d'une part, l'entreprise ait intérêt à conclure le marché en cause; d'autre part, à ce que l'entreprise soit susceptible d'être lésée par un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence.

Certains auteurs autorisés avaient initiale-

À NOTER

La jurisprudence antérieure du Conseil d'Etat aboutissait à faire du référé précontractuel un contentieux « objectif » dans lequel le juge n'avait pas à rechercher si la violation alléguée était susceptible d'avoir lésé le requérant qui l'invoque.

ment considéré que les dispositions de l'article L.551-1 du Code de justice administrative devaient être interprétées comme incitant « le juge, contrairement aux règles générales relatives à la recevabilité des requêtes, à

tenir compte des moyens invoqués pour apprécier l'intérêt à agir » (2).

Ce n'est toutefois pas l'interprétation que le Conseil d'Etat a retenue.

Il a en effet interprété très largement la seconde condition de recevabilité du référé

RÉFÉRENCES

- CE 3 octobre 2008, « Smirgeomes », req. n° 305420, « La Gazette » du 20 octobre 2008, p. 59.
- Code de justice administrative, article L.551-1.

précontractuel. Il a ainsi jugé qu'une entreprise candidate à l'attribution d'un marché public pouvait invoquer devant le juge du référé précontractuel tout manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence, sans avoir à justifier que ce manquement lui a effectivement causé le moindre préjudice (3).

Ainsi, le Conseil d'Etat a considéré qu'une entreprise dont la candidature avait été rejetée en raison de l'insuffisance de ses références,

À NOTER

Les manquements relatifs aux obligations de publicité et de mise en concurrence doivent avoir été susceptibles, eu égard à leur portée, de léser l'entreprise requérante.

justement appréciée par l'acheteur public, pouvait néanmoins se prévaloir devant le juge du référé précontractuel de manquements aux obligations de pu-

blicité et de mise en concurrence relatifs à la phase de candidature (4).

Dans le même sens, le Conseil d'Etat a jugé qu'une entreprise était fondée à demander l'annulation de l'ensemble d'une procédure de publicité et de mise en concurrence pour laquelle elle ne s'était portée candidate que pour trois des neuf lots du marché (5). Et même, l'attributaire d'un marché négocié s'est vu reconnaître un intérêt à saisir le juge du référé précontractuel (6).

Cette interprétation aboutissait à faire du référé précontractuel un contentieux « objectif » dans lequel le juge n'avait pas à rechercher si la violation alléguée était susceptible d'avoir léser le requérant qui l'invoque. Comme le précise dans les conclusions qu'il a rendues sur cet arrêt, le commissaire du gouvernement, Bertrand Dacosta (7), la conception de l'office du juge des référés précontractuels « repos[ait], en réalité, sur l'idée selon laquelle le référé précontractuel aurait pour fonction d'assurer le respect objectif de la légalité, du moins de l'ensemble des règles relatives à la mise en concurrence et à la publicité. Dans cette optique, l'entreprise requérante n'agit pas principalement dans son propre intérêt. Elle est, en quelque sorte, le porte-voix de toutes les personnes qui ont été, qui pourraient ou qui auraient pu être victimes d'un manquement quelconque, mais qui n'ont pas pu ou pas voulu saisir le juge ».

Or, c'est précisément sur ce point que le

Conseil d'Etat a décidé d'opérer un revirement aux termes de l'arrêt « Smirgeomes ». Il entre désormais dans l'office du juge du référé précontractuel de vérifier si les manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence dont se prévaut le requérant sont susceptibles de le léser, compte tenu de la portée de ces manquements et du moment auquel ils ont été commis.

Les nouvelles conditions de recevabilité : la prise en compte du préjudice du requérant

Désormais, les requérants ne peuvent invoquer devant le juge du référé précontractuel que des manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence qui sont susceptibles de les léser ou qui risquent de les léser de façon directe ou indirecte, eu égard à leur portée et au stade de la procédure auquel ils interviennent. A ce titre, le Conseil d'Etat a livré une méthode d'analyse des manquements susceptibles d'être invoqués par les requérants.

D'une part, les manquements invoqués par les sociétés requérantes peuvent être écartés par le juge du référé précontractuel s'ils sont invoqués à un stade de la procédure auquel ils ne sont plus susceptibles de leur porter préjudice. Devraient ainsi être écartés tous les vices entachant l'avis d'appel public à la concurrence ou les autres pièces de la consultation relatifs à la phase de sélection des candidatures, lorsque la candidature de l'entreprise requérante aura été sélectionnée, mais rejetée au stade de l'analyse des offres comme n'étant pas économiquement la plus avantageuse. Une société requérante dont la candidature a été retenue ne pourra dès lors plus invoquer l'imprécision de la rubrique relative à la nomenclature dite CPV, le caractère discriminatoire des justificatifs sollicités des entreprises lorsque cette discrimination

n'a pas favorisé une entreprise...

D'autre part, les manquements relatifs aux obligations de publicité et de mise en concurrence doivent avoir été susceptibles, eu égard à leur portée, de léser l'entreprise

requérante. Appliquant cette nouvelle condition, le juge du référé précontractuel du TA de Pau a notamment considéré que le défaut de publication d'un avis de publicité au « Journal officiel de l'Union européenne » n'est pas susceptible de léser l'entreprise requérante dès lors qu'elle a pu présenter une offre et qu'aucune entreprise concurrente n'a été spécifiquement avantagée par ce manquement (8).

De même, le juge du référé précontractuel du tribunal administratif de Paris, bien que constatant que l'Assistance publique-Hôpitaux de Paris (APHP) n'a pas correctement renseigné la rubrique II.2.2 de l'avis de publicité relative aux options, en s'abstenant de mentionner dans ladite rubrique la possibilité de recours ultérieur à la procédure négociée pour la réalisation de prestations similaires, en déduit toutefois que la société requérante n'est pas susceptible d'avoir été lésée ni ne risque d'être lésée par ce manquement, dès lors que cette irrégularité ne l'a pas empêchée, ainsi que les autres candidats, de soumissionner à cette consultation (9).

Il est toutefois à craindre que les juridictions ne retiennent pas la même interprétation du préjudice occasionné par certaines irrégularités entachant les avis de publicité. A titre d'illustration, dans ses conclusions sur l'arrêt « Smirgeomes », le commissaire du gouvernement, Bertrand Dacosta, estimait que l'absence de mention, dans la rubrique relative aux procédures de recours, de la faculté d'exercer un référé précontractuel n'avait pas causé de préjudice à la société requérante.

A l'inverse, deux ordonnances récentes rendues postérieurement à l'arrêt « Smirgeo- >

À NOTER

« L'annulation de la procédure de passation d'un marché public ou d'une DSP résulte à néant une série d'actes pris sur plusieurs mois, parfois sur une année, fondés sur une irrégularité affectant l'avis de marché, c'est ab initio que la procédure est viciée. »

(1) Pour les secteurs classiques, directive n° 89/665/CEE du 21 décembre 1989 et directive 2007/66/CE du 11 décembre 2007.

(2) J.-H. Stahl et D. Chauvaux, « Chronique de jurisprudence administrative », AJDA 1995, p.888.

(3) CE 16 octobre 2000, « Sté Stereau », Rec. T. 1091; 19 octobre 2001, « Sté Alstom Transport SA », Rec. T.; 8 avril 2005, « Sté Radlometer », Rec. T. 964.

(4) CE 20 octobre 2006, « Syndicat des eaux de Charente-Maritime », Rec. T. 1077.

(5) CE 11 mai 2007, « Région Guadeloupe »,

req. n° 298864, « La Gazette » du 4 juin 2007, p.47.

(6) CE 19 septembre 2007, « Communauté d'agglomération de Saint-Etienne métropole », req. n° 296192, « La Gazette » du 8 octobre 2007, p.57.

(7) Que nous remercions vivement pour la transmission de ses conclusions.

(8) TA Pau 7 octobre 2008, « Spie communications », req. n° 08022028.

(9) TA Paris 10 octobre 2008, « Sté AIR P2 SAS », req. n° 0815013.

(10) TA Caen 22 octobre 2008, « Sté SNN », req. n° 0802270; TA Amiens 23 octobre 2008, « Sté Sita Dectra », req. n° 0802674.

mes» par le tribunal administratif d'Amiens et le tribunal administratif de Caen concluent au caractère préjudiciable, pour la société requérante, de ce même manquement (10).

II. Justifications du revirement

Considérations d'ordre juridique

L'encadrement des conditions de recevabilité du référé précontractuel s'explique tout d'abord par des considérations d'ordre juridique. Cette solution se fonde en effet sur une lecture littérale de l'article L.551-1 du Code de justice administrative, lequel pose bien deux conditions cumulatives pour saisir le

À NOTER

Selon la jurisprudence communautaire, les Etats membres ne sont pas tenus d'accepter que les procédures de recours soient ouvertes à toute entreprise souhaitant obtenir l'attribution d'un marché.

juge du référé précontractuel. Le requérant doit non seulement avoir intérêt à conclure le contrat, mais il doit encore être susceptible d'être lésé par le man-

quement invoqué aux règles de publicité et de mise en concurrence. Comme l'indique Bertrand Dacosta dans ses conclusions, «affirmer que doit être accueilli le recours de celui qui n'est pas susceptible d'être lésé par le manquement allégué, c'est purement et simplement neutraliser une condition prévue par le législateur». L'arrêt «Smirgeomes» redonne ainsi tout son effet utile à la seconde condition de recevabilité du référé précontractuel posée par l'article L.551-1 du Code de justice administrative.

Cette nouvelle interprétation de l'article L.551-1 du Code de justice administrative est en outre conforme à la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes.

La CJCE considère en effet que les deux dispositions figurant à l'article 1^{er}, 3 de la directive recours doivent être cumulées: les Etats membres ne sont pas tenus d'accepter que les procédures de recours soient ouvertes à toute entreprise souhaitant obtenir l'attribution d'un marché. Ils peuvent en outre exiger que la personne concernée ait été lésée ou risque d'être lésée par la violation qu'elle allègue (11).

L'avocat général, Madame Kokott, faisait observer, de manière éclairante qu'il «doit suf-

fire pour avoir accès à une procédure de recours que, outre une violation du droit par le pouvoir adjudicateur, la personne concernée fasse valoir de manière concluante qu'elle a un intérêt à obtenir le marché public en cause et l'éventualité de la survenance d'un dommage. L'éventualité d'un dommage doit être retenue lorsqu'il n'est manifestement pas exclu que, en l'absence de l'illégalité alléguée commise par le pouvoir adjudicateur, le requérant aurait obtenu l'attribution du marché» (12). L'arrêt «Smirgeomes» permet donc de retenir une interprétation de l'article L.551-1 du Code de justice administrative compatible avec celle du droit communautaire.

Considérations pratiques

Cette évolution jurisprudentielle répond également aux préoccupations des acheteurs publics, qui ont, à juste titre, souhaité davantage de sécurité juridique dans le cadre de la passation de leurs contrats publics.

Les conclusions du commissaire du gouvernement Dacosta montrent que le Conseil d'Etat a entendu répondre aux attentes des collectivités publiques. Il précise en effet:

«En réalité, il est aujourd'hui très difficile pour une collectivité d'avoir la certitude que la conclusion d'un marché ou d'une délégation de service public sera exempte de toute irrégularité. Et les irrégularités relevées par le juge risquent fort de conduire à l'annulation de l'ensemble de la procédure, alors même que chacun sera convaincu, y compris le magistrat, de leur absence totale d'incidence sur le choix effectué par la personne publique. [...]. Or, les conséquences pratiques de l'annulation d'une procédure de passation d'un marché public ou d'une délégation de service

À NOTER

Reste à savoir si l'absence de mention, dans la rubrique relative aux procédures de recours, de la faculté d'exercer un référé précontractuel est susceptible de causer un préjudice.

public ne sont pas anodines. Survenant généralement juste avant la signature du contrat, l'annulation réduit à néant une série d'actes pris sur plusieurs mois, parfois sur une année entière; lorsqu'elle est fondée sur une irrégularité affectant l'avis de marché, c'est ab initio que la procédure est viciée. Le besoin à satisfaire n'en a pas pour autant disparu. Lorsqu'il s'agit d'un marché de tra-

vaux pour la réfection d'un ouvrage public, le retard peut n'avoir d'autre incidence, si l'on peut dire, qu'un surcoût pour la collectivité. Mais lorsqu'est en cause le renouvellement d'un affermage ou d'une concession, le principe de continuité du service public peut placer l'autorité délégante – et la population concernée – dans une situation pour le moins inconfortable.»

En conséquence, l'arrêt «Smirgeomes» devrait permettre de limiter les contestations possibles des consultations lancées par les collectivités publiques. A cet égard encore, il marque une inflexion de la jurisprudence administrative, qui n'a pas toujours été aussi attentive au besoin de sécurité juridique des personnes publiques en matière de passation de contrats publics.

III. Conséquences de l'arrêt

L'arrêt «Smirgeomes» devrait conduire les sociétés requérantes à repenser leur stratégie contentieuse (A) et le nombre d'annulations de procédures de publicité et de mise en concurrence initiées par les pouvoirs adjudicateurs devrait diminuer (B).

Conséquences pour les entreprises

Les entreprises requérantes devraient être amenées à changer de stratégie contentieuse à l'avenir, sans pour autant abandonner totalement le recours au référé précontractuel. De ce dernier point de vue, l'arrêt «Smirgeomes» ne devrait pas conduire à renoncer au référé précontractuel au profit du recours dit «Tropic Travaux». L'arrêt d'Assemblée «Société Tropic travaux signalisation Guadeloupe» du 16 juillet 2007 (13) a ouvert la possibilité à tout concurrent évincé de former un recours de pleine juridiction contre un contrat administratif ou certaines de ses clauses.

Saisi sur ce fondement, le juge administratif peut, après avoir pris en considération la nature de l'illégalité commise, soit prononcer la résiliation du contrat, soit modifier certaines de ses clauses, soit décider de la poursuite de son exécution, éventuellement sous réserve de mesures de régularisation par la collectivité cocontractante, soit accorder des indemnités en réparation des droits lésés, soit annuler totalement ou partiellement le contrat en cause.

Dans ses conclusions, Bertrand Dacosta estime que l'arrêt «Smirgeomes» ne prive pas

les sociétés requérantes d'un droit d'accès au juge, dès lors que ces dernières peuvent saisir le juge de plein contentieux dans le cadre du recours « Tropic Travaux ». Il relève en effet que « l'entreprise évincée qui n'a pas eu recours au référé précontractuel a désormais un accès direct au juge, sans être obligée d'emprunter la voie détournée d'une demande dirigée contre l'acte détachable ». Pour autant, l'encadrement du recours au référé précontractuel ne devrait pas conduire les sociétés requérantes à introduire des recours « Tropic Travaux » en lieu et place des référés

À NOTER

Avec cette nouvelle jurisprudence, les sociétés requérantes devraient persister à introduire des référés précontractuels, mais elles devront saisir le juge bien plus en amont de la procédure de publicité et de mise en concurrence.

précontractuels. L'objectif poursuivi par les entreprises consiste en effet à obtenir rapidement soit une annulation de la procédure de publicité et de mise en concurrence, soit une annulation

du contrat conclu, afin qu'une nouvelle chance leur soit offerte d'emporter le marché auquel elles soumissionnaient.

A cet égard, le recours « Tropic Travaux » ne répond pas aux attentes des entreprises. Les mesures de suspension, qui sont sollicitées par les entreprises requérantes accessoirement à une demande d'annulation du marché en application de la jurisprudence « Tropic Travaux », sont pour l'heure systématiquement rejetées par les juridictions administratives pour défaut d'urgence (14). De même, les délais d'instruction des recours en annulation demeurent longs pour les sociétés requérantes.

Les sociétés requérantes devraient donc persister à introduire des référés précontractuels, qui demeurent pour ces dernières l'arme contentieuse la plus efficace.

Elles devraient toutefois saisir le juge du référé précontractuel bien plus en amont de la procédure de publicité et de mise en concurrence. Il est en effet à craindre que les entreprises déposent des référés précontractuels dès le stade du dépôt des candidatures afin de pouvoir invoquer l'intégralité des manquements envisageables aux obligations de publicité et de mise en concurrence.

En revanche, la pratique la plus courante tendant à introduire des référés précontractuels

en toute fin de procédure de passation de contrats publics, à la demande des candidats mécontents du rejet de leur offre, devrait être largement dissuadée par l'effet de l'arrêt commenté.

Conséquences pour les pouvoirs adjudicateurs

L'arrêt « Smirgeomes » devrait avoir pour effet de réduire de manière conséquente les annulations contentieuses des procédures de publicité et de mise en concurrence lancées par les pouvoirs adjudicateurs.

D'une part, les pouvoirs adjudicateurs devraient obtenir plus facilement, pour les procédures en cours, le rejet des référés précontractuels.

Il leur appartiendra en effet de démontrer que les manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence invoqués, à supposer qu'ils soient établis, n'ont pas pu léser le requérant eu égard à leur portée ou au moment auquel ils sont survenus. Ce faisant, seuls les manquements les plus graves aux obligations de publicité et de mise en concurrence, tels que l'absence de publicité ou les erreurs affectant les caractéristiques essentielles du marché, l'insuffisance d'informations sur le contenu des candidatures et des offres à remettre par les candidats, ou encore le caractère inadapté des critères de jugement des offres par rapport à l'objet du marché, devraient conduire le juge du référé précontractuel à annuler les procédures de publicité et de mise en concurrence (15).

D'autre part, l'arrêt « Smirgeomes » devrait conduire le Conseil d'Etat à annuler pour erreur de droit toutes les ordonnances de référé précontractuel rendues par les juridictions de fond avant l'édition de cet arrêt. Par hypothèse, ces ordonnances n'auront pas examiné si les manquements invoqués par la société requérante sont susceptibles de léser ou risquent de léser. Le Conseil d'Etat a d'ailleurs déjà rendu un arrêt qui conclut à l'annulation d'une ordonnance de référé précontractuel et au rejet, au fond, des requêtes introduites par les sociétés requérantes (16).

En définitive, l'arrêt « Smirgeomes » devrait atteindre l'objectif qu'il poursuit : à savoir, restreindre l'accès au juge du référé précontractuel dans les seuls cas où le pouvoir adjudicateur a commis de graves manquements

aux obligations de publicité et de mise en concurrence.

Pour autant, cette nouvelle conception de l'office du juge du référé précontractuel ne doit pas conduire les pouvoirs adjudicateurs à faire preuve de moins de vigilance lors de la passation de leurs procédures de publicité et de mise en concurrence. Une ordonnance récente, rendue postérieurement à l'arrêt « Smirgeomes », annule en effet la procédure d'appel d'offres mise en œuvre par le Syndicat mixte de traitement et de valorisation des déchets ménagers pour la région Ouest du Calvados en raison des irrégularités qui entachaient les avis de publicité.

Ainsi, le juge du référé précontractuel du tribunal administratif de Caen a retenu pour annuler ladite procédure, d'une part, que

À NOTER

Les pouvoirs adjudicateurs devraient obtenir plus facilement, pour les procédures en cours, le rejet des référés précontractuels.

la rubrique relative aux procédures de recours n'avait pas été correctement renseignée, d'autre part, que le règlement de consulta-

tion ne précisait pas les exigences minimales que les variantes devaient respecter et, enfin, que l'avis d'appel public à la concurrence avait imposé, dès le stade de la candidature, une forme de groupements momentanés d'entreprises (17).

Cette ordonnance démontre que les services acheteurs des collectivités publiques doivent rester prudents dans l'organisation de leurs procédures de publicité et de mise en concurrence. ■

(11) CJCE 19 juin 2003 « Hacker Muller », Aff. C-249/01, point 18 ; 12 février 2004 « Grossman air service », Aff. C-230/02, point 23.

(12) Conclusions sur l'arrêt « Pressetext Nachrichtenagentur GmbH c/République d'Autriche » CJCE 19 juin 2008 Aff. C-454/06.

(13) Req. n°291545, « La Gazette » du 23 juillet 2007, p. 49.

(14) Par ex. TA Orléans Ord. réf. 28 mai 2008, « Sté compost Sud Essonne », req. n°0801240.

(15) TA Pau 7 octobre 2008 « Spie Communications », req. n°08022028, précité, TA Paris 30 octobre 2008 « Groupe d'Information et de soutien des Immigrés et a. », req. n°0816312.

(16) CE 24 octobre 2008, « Union des Groupements d'achats publics », req. n°314499.

(17) TA Caen 22 octobre 2008, « Sté SNN », req. n°0802270.