

info du jour

Trop de Smirgeomes tue le référé précontractuel ?



mercredi, 13 juin 2012 06:48

Like

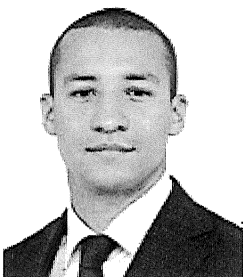
61 people like this. Be the first of your friends.



Saisi de moyens critiquant le recours à la procédure de conception-réalisation et aux conditions de déroulement de cette procédure, le juge du référé précontractuel a décidé de ne pas répondre, balayant les arguments sur la base d'une interprétation assez extensive de la jurisprudence Smirgeomes, s'inscrivant par là même dans la mouvance actuelle des TA.

Le recours à la procédure de conception-réalisation est très encadré par les textes, notamment par la loi MOP de 1985 ou par les dispositions du code des marchés publics. Le syndicat des énergies et de l'aménagement numérique de la Haute-Savoie (SYANE) a décidé de retenir cette procédure pour son marché d'infrastructure de collecte et de distribution du réseau d'initiative publique départementale très haut-débit de la Haute-Savoie. Estimant notamment que les conditions de recours et de mise en œuvre de cette procédure ne sont pas remplies, un candidat évincé a saisi le juge du référé précontractuel. Dans son ordonnance, le magistrat a considéré que ce moyen ne relève pas de l'office du juge de l'article L.551-1 du CJA : « en admettant même que les prestations demandées aux candidats par le règlement de consultation ne soient pas conformes aux exigences de l'article 69 du CMP, ne comportent aucun des éléments prévus par l'annexe II Ide l'arrêté du 21 décembre 1993, ni d'avant-projet au sens de la loi du 12 juillet 1985 ou que le projet en soit pas au nombre de ceux susceptibles de faire l'objet d'un marché de conception-réalisation, tel que le définit l'article 37 du même code, il n'en serait résulté [...] aucun manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence ». le juge poursuit en considérant « qu'il en va de même de la circonstance alléguée que les membres du jury auraient été désignés en violation des articles 69, 24 (I) et 22 du CMP dès lors qu'il n'apparaît pas que l'une ou l'autre de ces personnes auraient eu un lien avec l'une des entreprises en compétition ou ne seraient pas indépendants vis-à-vis du maître d'ouvrage ».

Le choix de la procédure n'est pas un manquement



« Le choix d'une procédure renvoie aux modalités de publicité et de mise en concurrence, puisqu'elle a nécessairement des conséquences sur la façon dont la procédure est conduite et notamment sur la possibilité d'auditionner les candidats. En estimant que le choix ne fait pas partie des manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence, le juge vide le référé précontractuel de sa substance, estime Maître Patrick Labayle-Pabet, avocat associé au cabinet Ravetto Associés. Cette solution est d'autant plus regrettable que, dans un domaine où la jurisprudence n'est pas des plus abondantes, elle constituait une occasion de préciser les conditions de recours à la conception-réalisation, qui est parfois tentante pour les acheteurs mais qui demeure encadrée ».

Son confrère parisien, Maître Sébastien Palmier, avocat associé au cabinet palmier et associés, estime que par cette ordonnance, le juge s'écarte des tendances jurisprudentielles dégagées par le Conseil d'Etat. « La haute juridiction a déjà eu l'occasion de rappeler que le moyen tiré de la composition irrégulière d'une commission d'appel d'offres, donc a fortiori d'un jury de concours, est opérant à l'appui d'un référé précontractuel quelle que soit la nature de l'irrégularité invoquée (1). Il s'agit donc bien d'un manquement aux règles de publicité et de mise en concurrence contrairement à ce que semble indiquer l'ordonnance analysée et ce manquement doit être sanctionné sans qu'il soit besoin de se placer sur le terrain de la jurisprudence SMIRGEOMES, rappelle l'avocat. En effet, le fait que l'organe chargé d'attribuer le marché est irrégulièrement composé est susceptible, par principe, de léser n'importe quel candidat. S'agissant de l'erreur du pouvoir adjudicateur dans le choix de la procédure applicable, poursuit Sébastien Palmier, la jurisprudence est plus subtile. Depuis l'arrêt « Commune d'Andeville » (2), le Conseil d'Etat reconnaît au Juge du référé précontractuel le pouvoir d'annuler la procédure lorsque celle-ci est moins contraignante en termes d'obligations de publicité et de mise en concurrence que celle qui aurait dû être mise en place. Cela étant, là aussi, le Conseil d'Etat a déjà eu l'occasion de sanctionner le recours injustifié à une procédure de conception réalisation (3). L'ordonnance est donc surprenante en ce qu'elle écarte sans les analyser ces manquements ». La société requérante soutenait également que la procédure de conception-réalisation est contraire à la directive 2004/18 et que seule la procédure de dialogue compétitif peut être appliquée. Là encore, le

magistrat botte en touche. Il juge « qu'à supposer même que la procédure de conception-réalisation prévue par l'article 37 du CMP soit en contradiction avec la directive 2004/18, la société EHTP ne précise pas en quoi cette circonstance a entraîné un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence qui aurait lésé ses intérêts ».

Une dérive dans l'interprétation de Smirgeomes

Selon maître Labayle-Pabet, cette ordonnance illustre une certaine tendance actuelle du juge du référé précontractuel à rechercher une porte de sortie via une interprétation assez extensive de Smirgeomes. « *Le magistrat analyse de moins en moins les moyens, il s'en tient à l'existence d'une lésion du candidat requérant. Mais le Conseil d'Etat n'exige pas que la lésion soit effective, il admet que le manquement soit seulement susceptible d'avoir lésé la société* », précise l'avocat.

Même son de cloche du côté de Maître Palmier. « *En quelques années, on est passé d'un extrême à un autre. Jusqu'en 2008, le référé précontractuel se caractérisait par un contrôle purement objectif avec ses dérives et ses excès: celles de sanctionner une procédure de publicité et de mise en concurrence pour n'importe quelle irrégularité et devenir par là même une arme commerciale redoutable au service des candidats évincés, argumente l'avocat. Depuis 2008, la tendance s'est inversée avec ses propres dérives : le contrôle est devenu éminemment subjectif et laisse une totale liberté au juge pour annuler ou pas la procédure quelque soit les irrégularités commises au détriment du respect de la réglementation ce qui installe progressivement un climat de suspicion et de perte de confiance des candidats évincés* », remarque-t-il. A la lecture de cette ordonnance, on finirait presque par se demander où est passé le droit à un recours effectif ?



Sébastien Palmier

TA Grenoble, 11 mai 2012, société EHTP, 1202210

(1) CE 27 juillet 2001, Sté Degrémont, req.n°232820

(2) CE 20 octobre 2006, commune d'Andeville, n°289234

(3) CE 8 juillet 2005, Commune d'agglomération de Moulins, req.n°268610

Emmanuelle Maupin © achatpublic.info