

LES RECOURS CONTENTIEUX LIES A LA PASSATION DES CONTRATS DE LA COMMANDE PUBLIQUE

Les procédures de passation des contrats de la commande publique peuvent être contestées devant le juge administratif. Ce juge veille au respect des principes constitutionnels de la commande publique, en particulier à l'égalité d'accès à celle-ci et à la transparence des procédures.

Plusieurs recours peuvent être intentés par les tiers intéressés : chacun est soumis à un régime spécifique. Ils peuvent être formés avant ou après la conclusion du contrat, devant le juge de l'urgence ou le juge du contrat. Ce risque doit être pris en compte par les acheteurs publics, dont l'action est soumise au contrôle du juge, tout au long de la passation du contrat et après sa signature.

Le juge est doté de pouvoirs importants et diversifiés : il peut arrêter une procédure de passation à tous les stades, annuler un contrat en en modulant l'effet dans le temps, et depuis 2009, infliger à l'acheteur négligent une amende financière. Rappelons, par ailleurs, que violer les dispositions législatives ou réglementaires relatives à la publicité et à la mise en concurrence constitue un délit pénalement sanctionné¹.

1. Les procédures d'urgence.

1.1. *Le référé précontractuel, jusqu'à la signature du contrat.*

Le référé précontractuel a été créé par la directive n° 89/665/CEE du 21 décembre 1989², et introduit dans notre droit par la loi n° 92-10 du 4 janvier 1992. Il est régi par les articles L. 551-1 à L. 551-12, et R. 551-1 à R. 551-6 du code de justice administrative, pour les contrats de droit public³.

Ce recours a pour but de prévenir la passation d'un contrat, qui méconnaîtrait les règles de publicité et de mise en concurrence applicables. Il permet aux candidats, qui constatent un manquement à ces règles, d'obtenir du juge du référé qu'il prononce les mesures nécessaires pour y remédier, avant la signature du contrat.

1.1.1. Le champ d'application du référé précontractuel.

1.1.1.1. *Quels sont les contrats susceptibles de faire l'objet d'un référé précontractuel ?*

Le juge du référé précontractuel est saisi de « *contrats administratifs ayant pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures ou la prestation de services, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation, ou la délégation d'un service public* »⁴.

¹ L'article 432-14 du code pénal punit le délit de favoritisme de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 € d'amende.

² Directives recours n° 89/665/CEE du 21 décembre 1989 (pour les marchés des secteurs classiques) et n° 92/13/CEE du 25 février 1992 (pour les marchés des secteurs dits spéciaux ou exclus, c'est-à-dire ceux des secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications), modifiées par la directive 2007/66/CE du 11 décembre 2007.

³ Pour les contrats de droit privé, par les articles 2 à 10 de l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 et les articles 1441-1 et 1441-2 du code de procédure civile.

⁴ Article L. 551-1, premier alinéa, du code de justice administrative.

Entrent donc dans le champ du référé précontractuel :

- les marchés, au sens du code des marchés publics et de l'ordonnance n°2005-649 du 6 juin 2005 ;
- les délégations de service public, régies par la loi n°93-122 du 29 janvier 1993 ;
- les contrats de partenariat, réglementés par l'ordonnance n°2004-559 du 17 juin 2004 ;
- les baux emphytéotiques hospitaliers, soumis aux dispositions du code de la santé publique ;
- les concessions de travaux publics, régies par l'ordonnance n°2009-864 du 15 juillet 2009 ;
- les concessions domaniales, soumises au code général de la propriété publique des personnes publiques, lorsqu'elles sont le support d'un des contrats administratifs entrant dans le champ du référé précontractuel⁵.

1.1.1.2. Qui peut saisir le juge du référé précontractuel ?

Les personnes habilitées à engager un référé précontractuel sont « celles qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par le manquement »⁶ aux obligations de publicité et de mise en concurrence. Le préfet peut également intenter un tel recours, pour l'exercice du contrôle de légalité, si le contrat est conclu par une collectivité territoriale ou par un établissement public local.

Peuvent ainsi saisir le juge du référé précontractuel :

- les candidats évincés, à tout stade de la procédure de passation ;
- les candidats potentiels, que la violation des obligations de publicité et de mise en concurrence a dissuadé de soumissionner. La spécialité d'une société, c'est-à-dire l'adéquation entre ses activités et l'objet des prestations attendues, suffit à établir son intérêt à conclure un contrat, sans qu'elle ait à établir qu'elle a été empêchée d'être candidate⁷.

1.1.1.3. Quels sont les délais de recours ?

Le juge du référé précontractuel peut être saisi jusqu'à la signature du contrat. Si le juge est saisi après la conclusion du contrat, la requête est irrecevable. Si la signature du contrat intervient en cours d'instance, le recours perd son objet : le juge constate qu'il n'y a pas lieu de statuer sur la requête.

L'exercice du référé précontractuel suspend automatiquement la procédure de passation. Le contrat ne peut pas être signé à compter de la saisine du juge, et jusqu'à la notification au pouvoir adjudicateur de la décision juridictionnelle. L'acheteur public, informé du dépôt d'un recours, doit respecter cette suspension.

Si l'acheteur public signe le contrat, sans respecter la suspension imposée par l'article 80-I-1° du code des marchés publics ou par l'exercice d'un référé précontractuel, le candidat évincé peut transformer son référé précontractuel en référé contractuel⁸. Toutefois, ce référé contractuel n'est recevable que si le requérant a respecté son obligation de notification, à la personne publique, de dépôt de son référé précontractuel⁹.

1.1.2. Le régime du référé précontractuel.

Le requérant ne peut invoquer que des moyens tirés des manquements de l'acheteur public à ses obligations de publicité et de mise en concurrence, lors de la passation du contrat. Sont notamment concernés : la définition du contrat et des prestations attendues, toutes les obligations de publicité, l'information fournie aux candidats, le respect des documents de la consultation, notamment l'analyse des offres au regard des critères annoncés, et les motifs de rejet.

⁵ CE, 11 décembre 2000, *Mme Agofroy*, req. n°202971 ; 29 juillet 2002, *Commune de Cavalaire-sur-Mer*, req. n°242153.

⁶ CE, Sect., 3 octobre 2008, *Syndicat mixte intercommunal de réalisation et de gestion pour l'élimination des ordures ménagères du secteur est de la Sarthe (SMIRGEOMES)*, req. n°305420.

⁷ CE, 8 août 2008, *Région Bourgogne*, req. n°307143.

⁸ CE, 10 novembre 2010, *France Agrimer*, req. n°340944.

⁹ CE, 30 septembre 2011, *Commune de Maizières-les-Metz*, req. n°350148.

Encore faut-il que ces manquements, « eu égard à leur portée et au stade de la procédure auxquels ils se rapportent, aient été susceptibles d'avoir lésé ou risquent de léser l'entreprise, fût-ce de façon indirecte en avantageant une entreprise concurrente »¹⁰. Il appartient au juge de vérifier que les manquements invoqués par le candidat évincé ont « affecté ses chances d'obtenir le contrat »¹¹. Le requérant doit apporter des éléments d'explication en ce sens¹².

1.1.2.1. Quel régime contentieux ?

Le juge du référé précontractuel ne peut pas statuer avant un délai minimum¹³ :

- 16 jours en procédure formalisée, à compter de la date d'envoi de l'information aux candidats évincés ;
- 11 jours en procédure adaptée, à compter de la publication de l'intention de conclure le contrat (avis ex ante volontaire).

Le juge statue dans un délai maximum de 20 jours, à compter de sa saisine, mais le dépassement de ce délai n'entraîne pas son dessaisissement. En conséquence, la procédure d'instruction est rapide, et les délais de communication des mémoires sont raccourcis. L'audience est en principe publique et les parties peuvent présenter des observations orales, voire y invoquer de nouveaux moyens.

Il statue en premier et dernier ressort. Son ordonnance est susceptible d'un recours en cassation devant le Conseil d'Etat, dans les 15 jours de la notification de la décision. Ce pourvoi n'a pas d'effet suspensif.

1.1.2.2. Quels sont les pouvoirs du juge du référé précontractuel ?

Les pouvoirs du juge du référé précontractuel sont ceux d'un juge du fond, pour assurer le respect des obligations de publicité et de mise en concurrence. Doté de prérogatives considérables, il peut ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations, suspendre et annuler l'exécution de toute décision qui se rapporte à la passation du contrat, supprimer les clauses ou prescriptions destinées à figurer dans le contrat. Pour les contrats passés par les entités adjudicatrices, le juge dispose de pouvoirs moins étendus : injonction, suspension, astreinte¹⁴.

Le juge dispose de pouvoirs d'injonction et de suspension : il peut ordonner de recommencer toute la procédure ou de la reprendre là où le manquement est apparu, exiger la réintégration d'un candidat évincé ou imposer la communication des motifs de rejet. Ces pouvoirs peuvent être utilisés par le juge, « sauf s'il estime, en considération de l'ensemble des intérêts susceptibles d'être lésés et notamment de l'intérêt public, que les conséquences négatives de ces mesures pourraient l'emporter sur leurs avantages »¹⁵.

Le choix entre ces sanctions ou mesures se fait « eu égard à la nature du vice entachant la procédure de passation des contrats litigieux »¹⁶.

1.2. Le référé contractuel, après la signature du contrat.

Le référé contractuel a été créé par la directive n°2007/66/CE du 11 décembre 2007, et introduit en droit interne par l'ordonnance n°2005-515 du 7 mai 2009. Il est régi par les articles L. 551-13 à L. 551-23, et R. 551-7 à R. 551-10 du code de justice administrative, pour les contrats de droit public¹⁷. Il permet de sanctionner les manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence, après la signature du contrat.

¹⁰ CE, Sect., 3 octobre 2008, *SMIRGEOMES*, req. n°305420.

¹¹ CE, 30 novembre 2011, *Société DPM Protection*, req. n°350788.

¹² CE, 4 février 2009, *Communauté d'agglomération du bassin du Thau*, req. n°311949.

¹³ Article R. 551-5 du code de justice administrative.

¹⁴ Article L. 551-6 du code de justice administrative.

¹⁵ Article L. 551-2, premier alinéa, du code de justice administrative.

¹⁶ CE, 20 octobre 2006, *Commune d'Andeville*, req. n°289234.

¹⁷ Pour les contrats de droit privé, par les articles 11 à 20 de l'ordonnance n°2009-515 du 7 mai 2009 et l'article 1441-3 du code de procédure civile.

1.2.1. Le champ d'application du référé contractuel.

1.2.1.1. Quels sont les contrats susceptibles de faire l'objet d'un référé contractuel ?

Le champ d'application matériel du référé contractuel est celui du référé précontractuel.

1.2.1.2. Qui peut saisir le juge du référé contractuel ?

Les personnes habilitées à engager un référé contractuel sont les mêmes que celles admises au référé précontractuel, c'est-à-dire « *celles qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par des manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence* », et le préfet.

Si l'acheteur public a respecté la suspension de signature que lui impose l'existence d'un référé précontractuel, ou s'est conformé à la décision du juge du référé précontractuel, aucun référé contractuel ne peut être exercé¹⁸.

Ne peut exercer un référé contractuel celui qui, ayant exercé un référé précontractuel, a omis d'en avvertir la personne publique qui a signé le contrat¹⁹. Le référé contractuel reste toutefois ouvert aux candidats évincés qui n'ont pas été informés du rejet de leur offre, ou du délai de suspension de la signature du marché (délai de « standstill »)²⁰.

1.2.1.3. Quels sont les délais de recours ?

Le référé contractuel peut être exercé dans un délai de :

- 31 jours, à compter de la publication d'un avis d'attribution du contrat au *Journal Officiel de l'Union européenne* (JOUE) ou, pour les marchés fondés sur un accord-cadre ou un système d'acquisition dynamique, à compter de la notification de la conclusion du contrat ;
- 6 mois, à compter du lendemain du jour de la conclusion du contrat, si aucun avis d'attribution n'a été publié ou si aucune notification de la conclusion du contrat n'a été effectuée. L'acheteur a donc intérêt à publier un avis d'attribution, le plus rapidement possible après la notification du contrat.

Les contrats dont la passation n'est pas soumise aux procédures formalisées peuvent échapper au référé contractuel, si le pouvoir adjudicateur publie au JOUE son intention de conclure le contrat (avis ex ante volontaire) et observe un délai de 11 jours entre cette publication et la signature du contrat.

La même exclusion s'applique aux marchés passés sur le fondement d'un accord-cadre ou d'un système d'acquisition dynamique, si l'acheteur envoie aux titulaires la décision d'attribution du contrat et observe un délai de 16 jours (11 jours en cas d'envoi dématérialisé), entre cet envoi et la signature du marché.

1.2.2. Le régime du référé contractuel.

Le référé contractuel est destiné à sanctionner les irrégularités les plus graves : les moyens invocables sont moins nombreux que pour le référé précontractuel. « *Les manquements susceptibles d'être utilement invoqués dans le cadre du référé contractuel sont, comme les sanctions auxquelles ils peuvent donner lieu, limitativement définis aux articles L. 551-18 à L. 551-20 du même code* »²¹.

Seuls peuvent être invoqués : l'absence totale de publicité, l'absence de publication au JOUE si celle-ci est obligatoire, la violation du délai de « standstill », la violation de la suspension de la signature du contrat liée à la saisine du référé précontractuel, et la méconnaissance des modalités de remise en concurrence pour les contrats fondés sur un accord-cadre ou un système d'acquisition dynamique.

¹⁸ Article L. 551-14 du code de justice administrative.

¹⁹ CE, 30 septembre 2011, *Commune de Maizières-les-Metz*, req. n°350148.

²⁰ CE, 24 juin 2011, *Office public de l'habitat interdépartemental de l'Essonne*, req. n°346665.

²¹ CE, 19 janvier 2011, *Société du Grand port maritime du Havre*, req. n°343435.

1.2.2.1. Le régime contentieux.

Le régime contentieux du référé contractuel est quasi identique à celui du référé précontractuel, à l'exception du délai d'un mois, à compter de sa saisine, imparti au juge du référé contractuel pour statuer.

1.2.2.2. Les pouvoirs du juge.

Le juge du référé contractuel dispose de pouvoirs importants : l'annulation du contrat, sa résiliation, la réduction de sa durée et une pénalité financière, par exemple en cas de violation du délai de « standstill »²². Toutes ces sanctions sont applicables aux marchés passés selon une procédure adaptée.

L'exercice de ces pouvoirs est strictement encadré : l'annulation est la sanction obligatoire dans les cas fixés par la loi²³. Si l'annulation « se heurte à une raison impérieuse d'intérêt général »²⁴, le juge retrouve sa liberté de choix entre les trois autres sanctions possibles. En dehors de ces cas d'annulation obligatoire, le juge a le choix parmi les sanctions prévues par le code de justice administrative : il les adapte à la gravité des violations aux obligations de publicité et de mise en concurrence commises et au contexte du contrat.

2. Les autres recours liés à la passation du contrat.

2.1. Le recours Tropic Travaux.

Ce recours en contestation de validité contractuelle est une création jurisprudentielle (CE, Ass., 16 juillet 2007, « Société Tropic travaux signalisation Guadeloupe », req. n°291545), qui a précédé la création du référé contractuel par le législateur. Il ouvre une voie de droit spéciale pour les concurrents évincés, devant un juge de plein contentieux aux pouvoirs étendus.

2.1.1. Le champ d'application du recours Tropic Travaux.

2.1.1.1. *Quels sont les contrats susceptibles de faire l'objet d'un recours Tropic ?*

Le recours en contestation de validité contractuelle est ouvert contre tous les contrats administratifs.

2.1.1.2. *Qui peut saisir le juge du contrat ?*

« Tout concurrent évincé de la conclusion d'un contrat administratif » est recevable à former ce recours. Sont concernés tous les candidats qui ont effectivement participé à la procédure de passation, et les candidats potentiels qui justifient avoir été irrégulièrement empêchés d'y participer alors qu'ils en avaient clairement manifesté leur intention²⁵.

L'ouverture de cette voie de droit a pour conséquence de fermer aux candidats évincés la voie du recours pour excès de pouvoir, à partir de la conclusion du contrat.

2.1.1.3. *Quels sont les délais de recours ?*

Le recours doit être exercé dans un délai de 2 mois, « à compter de l'accomplissement des mesures de publicité appropriées ». Cette condition de publicité peut être remplie « notamment au moyen d'un avis mentionnant à la fois la conclusion du contrat et les modalités de sa consultation dans le respect des secrets protégés par la loi ».

Pour les marchés passés selon une procédure formalisée, la publication d'un avis d'attribution, au *Journal Officiel de l'Union européenne* (JOUE), suffit pour déclencher ce délai. Cet avis doit alors indiquer les modalités de la consultation du contrat, dans la rubrique « autres informations » de l'avis. En procédure adaptée, l'acheteur doit adapter sa publicité à l'objet et au montant du contrat.

²² CE, 30 novembre 2011, *Société DPM Protection*, req. n°350788.

²³ Article L. 551-18 du code de justice administrative.

²⁴ Articles L. 551-19 et L. 551-20 du code de justice administrative.

²⁵ CE, 9 novembre 2009, *Ministre de l'immigration c/ Association collectif respect*, req. n°328826.

2.1.2. Le régime du recours Tropic Travaux.

Tous les moyens susceptibles de remettre en cause la validité du contrat peuvent être invoqués devant le juge : manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence, exception d'illégalité d'actes détachables du contrat et vices affectant le contrat lui-même.

Le recours « Tropic Travaux » est un recours de pleine juridiction dirigé contre le contrat. Le juge dispose de pouvoirs étendus (résiliation, modification de clauses, annulation totale ou partielle, indemnisation, poursuite du contrat) qu'il module en fonction de la nature du vice entachant le marché. Il veille à la préservation de la sécurité juridique et de l'intérêt général, notamment au maintien de la continuité du service public²⁶.

En réparation de ses droits lésés, le requérant peut :

- soit présenter des conclusions indemnitaires devant le juge du contrat, « à titre accessoire ou complémentaire à ses conclusions à fin de résiliation ou d'annulation du contrat »²⁷.
- soit engager un recours de pleine juridiction distinct, tendant exclusivement à une indemnisation du préjudice subi à raison de l'illégalité de la conclusion du contrat dont il a été évincé.

La recevabilité de telles conclusions indemnitaires n'est pas soumise au délai de 2 mois applicable au recours « Tropic Travaux ». Elle est toutefois soumise, sauf en matière de travaux publics, à l'intervention d'une décision administrative préalable de nature à lier le contentieux, le cas échéant en cours d'instance. Elles doivent également être motivées et chiffrées, à peine d'irrecevabilité.

Dans le cadre d'un recours « Tropic Travaux », la requête peut être accompagnée d'une demande tendant à la suspension de l'exécution du contrat²⁸. Toutefois, pour que cette demande soit recevable, les conditions strictes du référé-suspension doivent toutes être réunies (urgence et doute sérieux)²⁹.

2.2. Le recours pour excès de pouvoir.

Le recours pour excès de pouvoir n'a pas pour objet la contestation du contrat lui-même. Il est dirigé contre les actes détachables antérieurs à la conclusion du contrat³⁰, notamment la décision de signer le contrat, les décisions d'écartier une offre ou d'attribuer le marché et la décision d'abandonner la procédure en la déclarant infructueuse ou sans suite.

Jusqu'à la création des référés précontractuel et contractuel et l'arrêt « Tropic Travaux » précité, ce recours a été le seul moyen par lequel les tiers pouvaient contester la validité d'un contrat de la commande publique.

Ce recours est ouvert aux tiers que la passation du marché litigieux est susceptible de léser, de manière suffisamment directe et certaine³¹. Toutefois, le concurrent évincé n'est pas recevable à agir en excès de pouvoir, car il dispose du recours « Tropic Travaux ». Son régime contentieux obéit aux règles classiques de recevabilité des recours pour excès de pouvoir.

Le juge ne dispose que de pouvoirs limités : il peut rejeter la requête ou annuler l'acte détachable. L'annulation n'implique pas nécessairement la nullité du contrat. Si le motif ayant conduit à l'annulation commande qu'il soit mis fin au contrat, le juge peut, s'il est saisi de conclusion en ce sens, enjoindre à la personne publique de prendre toutes les mesures nécessaires à la disparition du contrat³². Si la poursuite du contrat est possible, une telle décision peut être assortie de réserves, par exemple des mécanismes d'indemnisation ou des mesures de régularisation prises par l'administration ou convenues entre les parties.

²⁶ TA de Limoges, 1^{ère} chambre, 18 février 2010, *Société SOGEO*, req. n°0801252.

²⁷ CE, 11 mai 2011, *Société Rébillon Schmidt Prévot*, req. n°347002.

²⁸ CE, 6 mars 2009, *Société Biomérieux*, req. n°324064.

²⁹ Articles L. 521-1 et R. 522-1 du code de justice administrative.

³⁰ CE, 4 août 1905, *Martin*, req. n°14220, Rec. CE, p. 749 ; Ass., 5 mars 1999, *Président de l'Assemblée nationale*, req. n°163328.

³¹ CE, 11 mai 2011, *Société Lyonnaise des eaux France*, req. n°331153.

³² CE, Sect., 7 octobre 1994, *Epoux Lopez*, req. n°124244.