

CONTENTIEUX DES CONTRATS PUBLICS

L'essentiel

La directive recours n°2007/66/CE du 11 décembre 2007 relative à l'amélioration de l'efficacité des recours en matière de passation des marchés publics :

- a été transposée en droit français par l'ordonnance du 7 mai 2009,
- et complétée par un décret du 27 novembre 2009.

Ces textes ont optimisé le référé précontractuel et introduit **un nouveau référé contractuel**. Désormais, un même contrat pourra en fonction de l'intérêt à agir des différents requérants, faire l'objet d'un référé précontractuel, d'un référé contractuel, d'un recours en contestation de validité (recours « Tropic »). L'acte détachable d'un contrat pourra, quant à lui, faire l'objet d'un recours en excès de pouvoir (REP).

Le tableau ci-joint a été établi dans le cadre du Comité Juridique de la FNTF (*) par Maître Christophe LAPP : il récapitule les différentes procédures et leur mise en œuvre.

Les dispositions de l'ordonnance du 7 mai 2009 et du décret du 27 novembre 2009 ne sont applicables qu'aux consultations lancées à compter du 1^{er} décembre 2009.

* Le Comité Juridique de la FNTF est présidé par **Yves GAUDEMET**, Professeur à l'Université Paris II, ses membres sont **François-Régis BOULLOCHE**, Avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de Cassation, **Christophe LAPP**, Avocat à la Cour d'Appel de Paris, **Roland SANVITI**, Avocat à la Cour d'Appel de Paris, **Serge-Antoine TCHEKHOFF**, Avocat à la Cour d'Appel de Paris.

Contact : Sabine AYRAUD - Mail : ayrauds@fntp.fr – Tél. : 01.44.13.32.33

TEXTES DE REFERENCE :

- Directive 2007/66/CE du 11 décembre 2007 modifiant les directives 89/665/CEE et 92/13/CEE du Conseil en ce qui concerne l'amélioration de l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des marchés publics
- Ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique (JO du 8 mai 2009)
- Décret n° 2009-1456 du 27 novembre 2009 relatif aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique (JO du 28 novembre 2009)

	Référé précontractuel	Référé contractuel	Recours en contestation de validité	REP contre l'acte détachable du contrat (Recours en excès de pouvoir)
Fondements juridiques	<ul style="list-style-type: none"> • L. 551-1 à L. 551-4 du Code de justice administrative (CJA) contrats administratifs passés par les pouvoirs adjudicateurs • L. 551-5 à L. 551-9 CJA contrats administratifs passés par les entités adjudicatrices • Art. 2 à 4 de l'ordonnance de 2009 contrats de droit privé passés par les pouvoirs adjudicateurs • Art. 5 à 8 de l'ord. contrats de droit privé passés par les entités adjudicatrices 	<ul style="list-style-type: none"> • L. 551-13 à L. 551-23 CJA contrats administratifs passés par les pouvoirs adjudicateurs ou les entités adjudicatrices • Art. 11 à 21 de l'ord. contrats de droit privé passés par les pouvoirs adjudicateurs ou les entités adjudicatrices 	Fondement jurisprudentiel : Conseil d'Etat (CE) Ass 16 juillet 2007, Sté Tropic Signalisation, req. n° 291545	Fondement jurisprudentiel : CE 4 août 1905, Martin, Rec. CE 1905, p. 749
Contrats/actes concernés	<ul style="list-style-type: none"> • 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 ; • et les contrats de droit privé 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 <p>qu'ils soient passés par un pouvoir adjudicateur ou une entité adjudicatrice</p>	Mêmes contrats que pour le référé précontractuel	Tous les contrats administratifs, « y compris si le contrat contesté est relatif à des travaux publics »	<p>Principe : le REP est irrecevable contre le contrat lui-même</p> <p>Exceptions :</p> <ul style="list-style-type: none"> - contrat de recrutement d'agent non titulaire (CE. Sect. 30 octobre 1998, <i>Ville de Lisieux</i>), - clauses réglementaires divisibles (CE Ass, 10 juillet 1996, <i>M. Cayzeele</i>) - déféré préfectoral : il est recevable directement contre les contrats administratifs locaux, y compris les marchés publics. Or, ce recours est qualifié par la jurisprudence de recours pour excès de pouvoir (article L. 2131-6 et s. CGCT) (1) <p>Le REP est possible contre les actes administratifs unilatéraux faisant grief, détachables du contrat (ex : la décision de rejet d'une offre, la décision d'attribution du marché, la délibération autorisant l'exécutif à signer le contrat..)</p>

(1) A l'instar du référé précontractuel devant le juge des référés et du recours *Tropic* devant le juge du contrat, le déféré préfectoral permet au représentant de l'Etat d'obtenir, devant le juge de l'excès de pouvoir, que le contrat soit déclaré nul et de nul effet.

	Référé précontractuel	Référé contractuel	Recours en contestation de validité	REP contre l'acte détachable du contrat
Qui	<p>L. 551-10 CJA (2)</p> <ul style="list-style-type: none"> Personnes qui ont un intérêt à conclure le contrat ou qui sont susceptibles d'être lésées par le manquement aux règles de publicité et de mise en concurrence (3) Représentant de l'Etat dans le cas où le contrat doit être conclu par une collectivité territoriale ou un établissement public local 	<p>L. 551-14 CJA</p> <ul style="list-style-type: none"> Personnes qui ont un intérêt à conclure le contrat ou qui sont susceptibles d'être lésées par le manquement aux règles de publicité et de mise en concurrence Représentant de l'Etat dans le cas où le contrat doit être conclu par une collectivité territoriale ou un établissement public local <p>Mais L. 551-14, alinéa 2 CJA</p>	<p>Tout concurrent évincé de la conclusion d'un contrat administratif</p>	<p>Les tiers comme les cocontractants.</p> <p>Ont intérêt à agir les personnes lésées par l'acte détachable :</p> <ul style="list-style-type: none"> entreprises susceptibles de devenir l'une des parties au contrat les groupements de défense les membres des organes délibérants et, les contribuables locaux
Conjonction du référé précontractuel et du référé contractuel (et palliatif du recours <i>Tropic</i>)	<p>- Un même opérateur ne peut, à propos d'un même contrat, exercer à la fois un référé précontractuel et un référé contractuel, si le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice a respecté son obligation de ne pas signer le contrat durant la procédure et respecte les termes de la décision rendue (L. 551-14, alinéa 2 CJA)</p> <p><i>A noter</i> : le Préfet n'est pas soumis à l'irrecevabilité opposée à celui qui a déjà opéré un référé précontractuel</p> <p>- Des requérants qui n'auraient pas exercé de référé précontractuel peuvent engager un référé contractuel contre un contrat signé, quand bien même ce contrat a fait l'objet d'un référé précontractuel, si ce dernier a été initié par d'autres requérants</p> <p>- L'opérateur économique qui a initié un référé précontractuel et qui estime que l'administration ne se conforme pas à la décision rendue conserve la possibilité d'exercer un référé contractuel</p> <p>- Cette exclusion ne concerne que le référé contractuel et n'empêche pas l'opérateur économique qui estime ne pas avoir obtenu gain de cause devant le juge précontractuel de saisir le juge du plein contentieux d'un recours <i>Tropic</i></p>			
Délai pour agir	<p>Avant la signature du contrat</p> <p>Désormais, suspension automatique de la signature dès l'introduction de l'instance</p>	<p>Une fois le contrat conclu</p> <p>R. 551-7 CJA</p> <p>La juridiction peut être saisie au plus tard le trente et unième jour suivant la publication d'un avis d'attribution du contrat ou, pour les marchés fondés sur un accord-cadre ou un système d'acquisition dynamique, suivant la notification de la conclusion du contrat</p>	<p>Dans un délai de deux mois à compter de l'accomplissement des mesures de publicité appropriées, 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</p>	<p>Délai de droit commun de deux mois à compter de la notification ou de la publication de la décision attaquée</p>

(2) Le référé peut également être présenté directement par l'Etat « lorsque la Commission européenne lui a notifié les raisons pour lesquelles elle estime qu'une violation grave des obligations de publicité et de mise en concurrence applicable a été commise » ; ce mécanisme ne s'applique qu'aux marchés qui ne sont pas passés par l'Etat

(3) SMIRGEOMES : l'entreprise qui saisit le juge des référés précontractuels doit se prévaloir de manquements qui eu égard à leur portée et au stade de la procédure auquel ils se rapportent sont susceptibles de l'avoir lésée ou risquent de la léser, fut-ce de façon indirecte en avantageant une entreprise concurrente.

	Référé précontractuel	Référé contractuel	Recours en contestation de validité	REP contre l'acte détachable du contrat
Délai pour agir	<p>A noter : cela n'exclut pas que l'administration signe le contrat en méconnaissance de l'obligation de suspension, ce qui provoquera un non-lieu à statuer mais dans ce cas le recours en contestation de validité et le référé contractuel pourront contrer cette manœuvre dolosive</p>	<p>En l'absence de la publication d'avis ou de la notification mentionnée à l'alinéa qui précède, la juridiction peut être saisie jusqu'à l'expiration d'un délai de six mois à compter du lendemain du jour de la conclusion du contrat.</p> <p>L'article L. 551-15 CJA (4), faisant intervenir des avis d'intention de conclure/d'intention d'attribution permet de limiter voire de fermer purement et simplement la voie de ce recours</p> <p>Trois hypothèses doivent être distinguées :</p> <ul style="list-style-type: none"> - L'autorité responsable de la personne publique délégante publie au BOAMP un avis d'intention de conclure et respecte un délai de 11 jours entre la date de cette publication et la date de conclusion de la convention → aucun référé contractuel n'est possible (article L. 551-15 CJA) ; - L'autorité responsable de la personne publique délégante n'a pas publié d'avis relatif à son intention de conclure ou elle l'a publié mais n'a pas respecté le délai de 11 jours. Dans ce cas elle publie au BOAMP un avis d'attribution de la DSP → le référé contractuel est ouvert dans un délai de 31 jours suivant la publication de cet avis d'attribution (article L. 551-15, al 1^{er} CJA) ; 	<p>A noter : à partir de la conclusion du contrat, et dès lors qu'il dispose du recours ci-dessus défini, le concurrent évincé n'est, en revanche, plus recevable à demander l'annulation Pour excès de pouvoir des actes préalables qui en sont détachables</p>	

(4) Le recours régi par la présente section ne peut être exercé ni à l'égard des contrats dont la passation n'est pas soumise à une obligation de publicité préalable lorsque le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice a, avant la conclusion du contrat, rendu publique son intention de le conclure et observé un délai de onze jours après cette publication, ni à l'égard des contrats soumis à publicité préalable auxquels ne s'applique pas l'obligation de communiquer la décision d'attribution aux candidats non retenus lorsque le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice a accompli la même formalité.

La même exclusion s'applique aux contrats fondés sur un accord-cadre ou un système d'acquisition dynamique lorsque le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice a envoyé aux titulaires la décision d'attribution du contrat et observé un délai de seize jours entre cet envoi et la conclusion du contrat, délai réduit à onze jours si la décision a été communiquée à tous les titulaires par voie électronique.

	Référé précontractuel	Référé contractuel	Recours en contestation de validité	REP contre l'acte détachable du contrat
Délai pour agir		- L'autorité responsable de la personne publique délégante n'a procédé à aucune publication → le référé contractuel est ouvert pendant un délai de 6 mois à compter du lendemain de la conclusion de la convention (article L. 551-15, al 2 CJA)		
Procédure	<p>R. 551-1 et R. 551-2 CJA obligation de notification du recours au pouvoir adjudicateur/à l'entité adjudicatrice, en même temps que le dépôt du recours.</p> <p>R. 551-5 CJA délai pour statuer Le juge est enfermé dans un double délai : Le président du Tribunal Administratif (TA) ou le magistrat qu'il délègue statue dans un délai de 20 jours.</p> <p>Mais le juge ne peut statuer avant la fin du délai de suspension de la conclusion du contrat, soit le 16^{ème} jour à compter de la date d'envoi de la décision d'attribution du contrat aux opérateurs économiques ayant présenté une candidature ou une offre.</p> <p>Ce délai est ramené au 11^{ème} jour lorsque le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice justifie que la décision d'attribution du contrat a été communiquée par voie électronique à l'ensemble des opérateurs économiques intéressés</p> <p>Dans le cas de marchés dont la passation n'a pas donné lieu à une publicité au JOUE et lorsque le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice a décidé, pour écarter la survenue d'un référé contractuel, de publier un avis exposant l'intention de conclure le contrat, le juge ne peut statuer sur une</p>	<p>R. 551-8 CJA délai pour statuer Le président du TA ou le magistrat qu'il délègue statue dans un délai d'un mois</p>	<p>La requête contestant la validité d'un contrat peut être accompagnée d'une demande tendant, sur le fondement des dispositions de l'article L. 521-1 du Code de justice administrative, à la suspension de son exécution</p>	<p>Le REP pour être accompagné d'un référé-suspension (mais la difficulté tient à ce que la signature du contrat fait obstacle à ce que soit ordonnée la suspension de l'acte qui l'a autorisée)</p>

	Référé précontractuel	Référé contractuel	Recours en contestation de validité	REP contre l'acte détachable du contrat
	demande avant le 11 ^{ème} jour à compter de la publication de l'intention de conclure le contrat (tant que le délai de suspension n'est pas achevé)			
Moyens invocables	<p>L. 551-10 CJA</p> <p>Limités aux manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence</p>	<p>L. 551-14 CJA</p> <p>Limités aux manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence</p> <p>L. 551-16 CJA</p> <p>A l'exception des demandes reconventionnelles en dommages et intérêts fondées exclusivement sur la demande initiale, aucune demande tendant à l'octroi de dommages et intérêts ne peut être présentée à l'occasion du recours</p>	<p>Les moyens invocables sont plus nombreux, dès lors qu'il s'agit d'un recours de pleine juridiction contestant la validité du contrat ou de certaines de ses clauses, qui en sont divisibles</p> <p>Ce recours peut être assorti, le cas échéant, de demandes indemnitaires</p>	<p>Moyens de légalité (légalité externe et interne : incompétence, vice de forme et vice de procédure, violation directe de la loi, erreur quant aux motifs, détournement de pouvoir)</p> <p>Le moyen d'annulation invoqué peut être tiré non seulement de l'acte détachable lui-même mais également du marché ou d'autres actes unilatéraux</p>
Pouvoirs du juge	<p>Pouvoirs très étendus, à l'exception du pouvoir d'indemnisation L. 551-2 et L. 551-6 CJA</p> <p>Pouvoir d'injonction : peut ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations</p> <p>Pouvoir de suspension de la passation du contrat ou de toute autre décision qui s'y rapporte</p>	<p>Pouvoirs limités et conditionnés (pas de pouvoir d'indemnisation)</p> <p>Peut prendre des mesures provisoires et des mesures définitives ; s'agissant des mesures définitives, le Code et l'ordonnance prévoient une gradation de mesures que peut adopter le juge comme une mesure de principe, la nullité du contrat, assortie de mesures alternatives ou complémentaires</p>	<p>Pouvoirs étendus et simplement encadrés</p> <p>« il appartient au juge, lorsqu'il constate l'existence de vices entachant la validité du contrat, d'en apprécier les conséquences ;</p> <p>il lui revient, après avoir pris en considération la nature de l'illégalité éventuellement commise,</p> <ul style="list-style-type: none"> - soit de prononcer la résiliation du contrat ou de modifier certaines de ses clauses - soit de décider de la poursuite de son exécution, éventuellement sous réserve de mesures de régularisation par la collectivité contractante, 	<p>Le juge peut seulement annuler l'acte détachable et non le contrat</p> <p>Si l'annulation de l'acte détachable est par elle-même sans incidence sur la validité du contrat, elle peut cependant, par le truchement du juge de l'exécution, aboutir à la saisine du juge du contrat pour qu'il en tire les conséquences (cf CE 10 décembre 2003, <i>Institut de recherche pour le développement</i>, req. n° 248950).</p>

	Référé précontractuel	Référé contractuel	Recours en contestation de validité	REP contre l'acte détachable du contrat
Pouvoirs du juge	<p>Pouvoir d'annulation des décisions qui se rapportent au contrat, et de suppression des clauses ou prescriptions destinées à figurer dans le contrat qui méconnaissent les obligations de publicité et de mise en concurrence</p> <p>Pour les contrats administratifs passés par les entités adjudicatrices, le juge peut en outre prononcer une astreinte provisoire courant à l'expiration des délais impartis</p> <p>Le juge a également la possibilité de mettre en balance les intérêts en présence : le juge peut « en considération de l'ensemble des intérêts susceptibles d'être lésés et notamment de l'intérêt public », écarter certaines mesures qu'il est susceptible de prendre « lorsque leurs conséquences négatives pourraient l'emporter sur leurs avantages »</p> <p>Art. L. 551-12 et R. 551-4 les mesures peuvent être prononcées d'office, sous réserve de respecter le principe du contradictoire (5) (que pour les contrats administratifs)</p>	<p>• Mesure conservatoire : L. 551-17 CJA peut suspendre, pour la durée de l'instance, l'exécution du contrat, 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 cette mesure pourraient l'emporter sur ses avantages</p> <p>• Mesures définitives : L. 551-18 à L. 551-20 CJA</p> <p>Mesure définitive de principe : la nullité L. 551-18 Ne peut être prononcée que dans trois hypothèses :</p> <ul style="list-style-type: none"> - méconnaissance des obligations de publicité requises pour la passation du contrat - méconnaissance des modalités de remise en concurrence pour la passation des contrats fondés sur un accord-cadre ou un système d'acquisition dynamique - signature du contrat avant l'expiration du délai de <i>standstill</i> exigé après l'envoi de la décision d'attribution aux opérateurs économiques ayant présenté une candidature ou une offre ou pendant la suspension afférente à l'introduction d'un référé précontractuel, et si, en outre, deux autres conditions sont remplies : 	<ul style="list-style-type: none"> - soit d'accorder des indemnisations en réparation des droits lésés, - soit enfin, après avoir vérifié si l'annulation du contrat ne porterait pas une atteinte excessive à l'intérêt général ou aux droits des cocontractants, d'annuler, totalement ou partiellement, le cas échéant avec un effet différé, le contrat » 	<p>Concrètement, lorsque l'annulation en excès de pouvoir « implique nécessairement », la nullité du contrat, le juge de l'exécution, afin de sauvegarder l'autorité de la chose jugée, peut enjoindre à l'administration de saisir le juge compétent afin d'en constater la nullité</p> <p>Pour cela, il convient « de prendre en compte la nature de l'acte annulé ainsi que le vice dont il est entaché et de vérifier que la nullité du contrat ne portera pas, si elle est constatée une atteinte excessive à l'intérêt général »</p>

(5) Le juge doit en informer préalablement les parties et les invite à présenter leurs observations

	Référé précontractuel	Référé contractuel	Recours en contestation de validité	REP contre l'acte détachable du contrat
Pouvoirs du juge		<p>✓ la méconnaissance de ces obligations a privé le demandeur de son droit d'exercer un référé précontractuel</p> <p>✓ et les obligations de publicité et mise en concurrence auxquelles sa passation est soumise ont été méconnues d'une manière affectant les chances de l'auteur du recours d'obtenir le contrat</p> <p>Possibilité de moduler sa décision en se contentant de sanctions de « substitution » (L. 551-19) :</p> <ul style="list-style-type: none"> - résiliation du contrat, - réduction de sa durée ou - pénalités financières (6) <p>Condition : que puisse être établi que le prononcé de la nullité du contrat se heurte à une raison impérieuse d'intérêt général, qui ne peut être constituée par la seule prise en compte d'un intérêt économique que si la nullité du contrat entraîne des conséquences disproportionnées et que l'intérêt économique atteint n'est pas directement lié au contrat, ou si le contrat porte sur une DSP (Délégation de Service Public)</p> <p>L. 551-20 CJA Si le contrat a été signé avant l'expiration du délai de <i>standstill</i> ou pendant la suspension afférente au référé précontractuel : le juge a pleine liberté pour moduler sa décision</p>		

(6) L. 551-22 le montant des pénalités financières tient compte de manière proportionnée de leur objectif dissuasif, sans pouvoir excéder 20 % du montant HT du contrat

	Référé précontractuel	Référé contractuel	Recours en contestation de validité	REP contre l'acte détachable du contrat
Pouvoirs du juge		L. 551-21 CJA Les mesures peuvent être prononcées d'office, sous réserve de respecter le principe du contradictoire		
Recours contre la décision rendue	R. 551-6 CJA Recours en cassation devant le CE dans les 15 jours de la notification (Cour de Cassation pour les contrats privés) Les mesures provisoires ne peuvent être contestées qu'à l'occasion du pourvoi en cassation dirigé contre ces décisions	R. 551-10 CJA Recours en cassation devant le CE dans les 15 jours de la notification (Cour de cassation pour les contrats privés) Les mesures provisoires ne peuvent être contestées qu'à l'occasion du pourvoi en cassation dirigé contre ces décisions	Appel possible	Appel possible