

## Panorama des recours de la commande publique

Les différents recours existants devant le juge administratif en matière de commande publique	
Le contentieux de l'annulation	les recours de pleine juridiction
<b>Devant la juridiction administrative</b>	
<a href="#">Recours pour excès de pouvoir</a> contre les actes détachables ou les clauses réglementaires	<a href="#">Recours des concurrents évincés</a> en contestation de la validité du contrat
<a href="#">Déféré préfectoral</a>	<a href="#">Recours des parties au contrat</a> en déclaration de nullité du contrat
	<a href="#">Action en réparation par suite de l'éviction irrégulière</a> de la procédure de passation d'un contrat public
	<a href="#">Action en responsabilité pour manquement d'une des parties à ses obligations contractuelles</a>
<b>Devant un juge unique</b>	
	<a href="#">Référé précontractuel</a>
	<a href="#">Référé contractuel</a>

*Les différents recours exercés devant la juridiction administrative selon une procédure traditionnelle et dans les délais habituels peuvent être assortis d'un référé :*

- [Référé-suspension](#)
- [Référé conservatoire](#)
- [Référé provision](#)

*Ce point se terminera par un exposé des nouveaux recours spécifiques.*

- [Le référé précontractuel](#)
- [Le référé contractuel](#)
- [Le recours en contestation de la validité du contrat des concurrents évincés](#)

## Tableau récapitulatif des seuils pour les EPLE au 01 mai 2010

Le Conseil d'Etat annule les dispositions du décret du 19 décembre 2008 relevant de 4.000 à 20.000 euros le seuil en deçà duquel un marché public peut être passé sans publicité ni concurrence préalable. Cette annulation prendra effet à compter du 1er mai 2010. En conséquence, à compter de cette date, le seuil minimal en deçà duquel les personnes publiques pourront déroger, si elles le souhaitent, aux obligations de publicité et de mise en concurrence sera de nouveau fixé à 4.000 €.

Voir l'arrêt du Conseil d'Etat n°[329100](#) du 10 février 2010

### Fournitures, services

Montant de l'achat	Seuil de publicité HT	Seuil de procédure HT
< 4 000 € HT	Aucune obligation	Aucune obligation
De 4 000 € HT A 90 000 € HT	Publicité adaptée	Mise en concurrence adaptée
De 90 000 € HT A 193 000 € HT (125 000 € HT ETAT)	BOAMP JAL Presse spécialisée Profil acheteur	Mise en concurrence adaptée
> 193 000 € HT (125 000 € HT ETAT)	JOUE BOAMP Presse spécialisée Profil acheteur	Appel d'offres ou Autres procédures formalisées

### Travaux

Montant des travaux	Seuil de publicité HT	Seuil de procédure HT
< 4 000 € HT	Aucune obligation	Aucune obligation
De 4 000 € HT A 90 000 € HT	Publicité adaptée	Mise en concurrence adaptée
De 90 000 € HT A 4 845 000 € HT	BOAMP JAL Presse spécialisée Profil acheteur	Mise en concurrence adaptée
> 4 845 000 € HT	JOUE BOAMP Presse spécialisée Profil acheteur	Appel d'offres ou Autres procédures formalisées

## *Retour sur les modifications apportées au code des marchés publics par le décret n° 2009-1456 du 27 novembre 2009*

**Le code des marchés publics a été une nouvelle fois modifié ; la modification intervient cette fois ci au niveau de la procédure de passation des contrats ; le [décret n° 2009-1456 du 27 novembre 2009](#) relatif aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique, publié JORF n°0276 du 28 novembre 2009, page 20566, texte n° 23 apporte, d'une part, les précisions complémentaires nécessaires à la mise en œuvre de l'ordonnance en fixant les délais d'introduction du nouveau recours ainsi que celui dans lequel le juge devra rendre sa décision, d'autre part modifie le code des marchés publics en créant de nouvelles obligations pour l'acheteur public.**

La transposition en droit français d'un nouveau recours, le référé contractuel, imposait la modification du code des marchés publics : **les modalités d'achèvement de la procédure de passation des contrats de la commande publique, que doivent respecter les acheteurs, sont précisées** afin de favoriser une meilleure information des candidats non retenus à ce stade de la procédure et de donner une plus grande efficacité aux recours sans pour autant nuire à la stabilité juridique une fois le contrat conclu. Le [décret n° 2009-1456 du 27 novembre 2009](#) modifie quatre articles du code des marchés publics : les articles 40, 80, 83 et 85.

	Code des marchés publics
Communication systématique d'informations aux candidats et délai de suspension	<a href="#">Article 80-I</a> 1° et 2°
Information sur demande des candidats	<a href="#">Article 83</a>
Publication de l'intention de conclure un contrat à publicité non obligatoire	<a href="#">Article 40-I</a>
Délai de suspension après publication d'un avis d'intention	<a href="#">Article 80-I 3°</a>
Avis d'attribution hors obligation communautaire	<a href="#">Article 85-1</a>

### **CREATION D'UN AVIS D'INTENTION DE CONCLURE UN MARCHÉ AU JOURNAL OFFICIEL DE L'UNION EUROPEENNE (JOUE)**

L'[article 40](#) du code des marchés publics a été complété d'un [article 40-I](#) qui crée un **avis d'intention de conclure un marché**. Avant la conclusion du contrat, l'acheteur public rend son intention de signer publique. Le but est de pouvoir permettre à une éventuelle personne, ayant intérêt à agir, de pouvoir engager un recours en référé précontractuel. L'[article 40-I](#) dispose : « Pour rendre applicables les dispositions du premier alinéa de [l'article L. 551-15](#) du code de justice administrative, le pouvoir adjudicateur publie au Journal officiel de l'Union européenne un avis, conforme au modèle fixé par le règlement (CE) n° 1564 / 2005 susmentionné, relatif à son intention de conclure un marché ou un accord-cadre dispensé d'obligations de publicité par l'effet des dispositions du présent code ou passé en application de l'article 28».

Cet avis est **obligatoire pour les procédures soumises aux directives européennes**, c'est-à-dire lorsqu'elle dépasse les seuils communautaires, non obligatoires pour les marchés non soumis aux directives européennes.

Le non respect de cette disposition n'entache pas la procédure de passation du marché d'irrégularité ; elle prive simplement l'acheteur de la faculté de fermer la voie du référé contractuel à d'éventuels requérants pendant les 6 mois qui suivent la conclusion du contrat.

Le règlement de la Commission n° 1150/2009 du 10 novembre 2009 publié au JOUE du 28 novembre 2008 modifie le règlement (CE) n° 1564/2005, du 7 septembre 2005 et vient de créer le modèle « **avis en cas de transparence ex ante volontaire** ». [Pour consulter le règlement et le formulaire « Avis en cas de transparence ex ante volontaire »](#), prévu à l'article 40-1 du code des marchés publics.

### **MODIFICATION DES ARTICLES 80 ET 83 DU CODE DES MARCHES PUBLICS**

[L'article 80-I](#) est modifié et intègre désormais les délais nécessaires pour les accords-cadres. Ce délai, dit délai de standstill, est le délai pendant lequel les parties ne doivent pas conclure le marché pour donner la possibilité aux candidats évincés d'introduire un recours en référé précontractuel. La procédure est suspendue pendant ce délai. Sa durée était de 10 jours. Cette durée est modifiée pour être mise en conformité avec la directive « recours ».

Maintenant, un délai **d'au moins 16 jours** devra être respecté **entre la date d'envoi de la notification de l'attribution marché issu de l'accord-cadre et la date de conclusion de ce marché.**

Ce délai pourra être réduit à au moins 11 jours en cas de transmission électronique de la notification à l'ensemble des candidats intéressés.

La notification précise aux candidats dont la candidature a été rejetée les motifs de ce rejet.

La notification précise aux candidats dont l'offre a été rejetée les motifs de ce rejet. Elle doit comporter également :

- La décision de rejet de l'offre et des motifs de ces rejets
- le nom de l'attributaire ou des attributaires
- les motifs qui ont conduit au choix de leur offre
- L'indication de la durée du délai de suspension que le pouvoir adjudicateur s'impose, eu égard notamment au mode de transmission retenu.

**Concernant les marchés adaptés (article 28), le délai de standstill n'est pas obligatoire. Il pourra toutefois observer un délai minimum défini par rapport aux caractéristiques du marché. Il tiendra compte :**

- ✓ de l'**objet du marché**, par exemple s'il existe un seul prestataire
- ✓ de son **montant**,
- ✓ du **degré de concurrence existant** (marché non concurrentiel).

L'[article 83](#) est également modifié : il prévoit désormais que l'acheteur communique à tout candidat écarté qui n'a pas été destinataire de la notification prévue à [l'article 80-I](#) 1° les motifs du rejet de sa candidature ou de son offre **dans les 15 jours de la réception d'une demande écrite**.

L'[article 83](#) précise également que, si le candidat a vu son offre écartée alors qu'elle n'était, aux termes de l'article 35, ni inappropriée, ni irrégulière, ni inacceptable, le pouvoir adjudicateur est également tenu de communiquer les caractéristiques et les avantages relatifs de l'offre retenue, ainsi que le nom du ou des attributaires du marché ou de l'accord-cadre.

#### **MODIFICATION DE L'ARTICLE 85 RELATIF AUX AVIS D'ATTRIBUTION**

Enfin, [l'article 85](#) du code des marchés publics a été complété d'un [article 85-1](#) pour rendre applicables les dispositions du premier alinéa de l'article [R. 551-7](#) du code de justice administrative relatives à l'avis d'intention de conclure et aux délais y afférents. Il dispose désormais que le pouvoir adjudicateur publie au JOUE un avis, conforme au modèle fixé par le règlement communautaire 1564/2005 déjà mentionné, informant de la conclusion d'un marché ou d'un accord-cadre, lorsque la passation de celui-ci est dispensé d'obligation de publicité, dans les conditions prévues par le Code ou passé en application de [l'article 28](#).

**Cet avis est l'avis d'attribution** ; mais il a ici pour objet de **prévenir les tiers de l'intention de l'acheteur de conclure** le marché ou l'accord-cadre, lorsque celui-ci n'a pas été soumis à une publicité préalable.

Là encore, le non respect de cette disposition n'entache pas la procédure de passation du marché d'irrégularité ; elle prive simplement l'acheteur de la faculté de fermer la voie du référé contractuel à d'éventuels requérants pendant les 6 mois qui suivent la conclusion du contrat.

**Cet article concerne tous les marchés passés selon une procédure adaptée (article 28) ; l'acheteur public, en publiant un tel avis, a la possibilité de réduire et même, sous certaines conditions, de fermer le recours en référé contractuel.**

*Pour compléter, lire également*

La note de la DAF A3 10-011 du 19 janvier 2010 sur les [Modifications du code des marchés publics](#)

# Panorama des recours en matière de commande publique devant le juge administratif

*Respecter les grands principes de la commande publique, maîtriser les procédures du code des marchés publics, tel est le minimum de connaissances exigé de tout acheteur public, donc de tout gestionnaire d'établissement public local d'enseignement, s'il ne veut pas courir le risque de se voir sanctionner au contentieux par le juge administratif. Mais s'il veut assurer la meilleure sécurité juridique possible lors de la passation des contrats relevant de la commande publique et se prémunir du risque contentieux, une connaissance des recours contentieux existants en la matière s'avère indispensable.*

Le contentieux en matière de commande publique a connu, ces derniers mois, une remarquable évolution ; cette évolution a été à la fois voulue par le juge administratif et imposée à ce dernier par le droit communautaire des marchés publics.

- Une jurisprudence remarquable et abondante du Conseil d'Etat est venue préciser les particularités sur différents recours :
  - o Le juge administratif a recadré le recours en référé précontractuel avec l'arrêt SMIRGEONNES, 3 octobre 2008, n°[305420](#) ;
  - o Il a apporté d'importantes précisions sur un recours traditionnel rarement usité, le recours en déclaration de nullité du contrat, avec l'arrêt Commune de Béziers, Conseil d'Etat, 28 décembre, [304802](#) ;
  - o Il a enfin créé un nouveau recours, le recours en contestation de la validité du contrat des concurrents évincés avec la décision du 16 juillet 2007 Société Tropic travaux signalisation, Conseil d'Etat, n° [291545](#).
- La transposition en droit français de la directive européenne recours2007/66/CE 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 du 11 décembre 2007, dite directive « Recours » par l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 accentue encore ce mouvement avec la création d'un nouveau recours, le référé contractuel. Ce recours est ouvert aux personnes ayant un intérêt à conclure le marché et qui sont susceptibles d'être lésé par le manquement invoqué.

On est très loin de la position traditionnelle du contentieux administratif en matière de contrat publics où le contrat était quasiment inattaquable pour les tiers. C'est à un véritable bouleversement auquel on assiste.

Pendant de longues années, les règles régissant le contentieux de la commande publique étaient relativement simples : le contentieux de la commande publique n'était pas, à de rares exceptions, ouvert aux tiers ; en effet selon une jurisprudence ancienne et constante, les personnes qui ne sont pas parties à un contrat administratif ne peuvent en demander l'annulation en justice : seules les parties peuvent, si elles estiment ce contrat invalide, demander au juge d'en constater la nullité. Le contrat administratif était donc pour les tiers un acte quasi incontestable et ce parce qu'il ne pouvait pas faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir et que le recours pour plein contentieux était réservé aux parties au contrat. C'était l'**application du principe d'irrecevabilité du recours en annulation des contrats**.

Par ailleurs, le référé précontractuel, introduit en droit français par la loi n° 92-10 du 4 janvier 1992 qui transposait les directives de 1989 et 1992, ne peut plus être exercé après la signature du contrat. Lorsque la signature du contrat intervenait avant que le juge ait statué, il y avait

nécessairement une décision de non-lieu, Conseil d'Etat, Sect., 3 novembre 1995, Société Stentofon Communications, n° [152650](#) (« Cette procédure ayant été achevée et le contrat conclu après l'enregistrement du pourvoi, les conclusions de celui-ci sont devenues sans objet ».)

Cette situation n'était guère satisfaisante pour les candidats évincés. La liberté de circulation des personnes et biens et des marchandises et l'absence de discrimination, reconnues par les traités européens, n'étaient pas respectées ; le **respect des obligations de publicité de la mise en concurrence des marchés publics n'était pas non plus assuré.**

Cette jurisprudence, qui visait avant tout à préserver la bonne marche de l'administration et des services publics, était prise au mépris du droit.

Le 1<sup>er</sup> décembre 2009 est entrée en vigueur l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 (voir les brefs de [juin 2009](#)) relative à la transposition en droit français de la directive européenne 2007/66/CE 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 du 11 décembre 2007, dite directive « Recours ». La transposition a été complétée par le [décret n° 2009-1456 du 27 novembre 2009](#) relatif aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique, publié JORF n°0276 du 28 novembre 2009, page 20566, texte n° 23. Ce texte apporte les précisions complémentaires nécessaires à la mise en œuvre de l'ordonnance.

La finalité des Directives « recours » est de faire respecter les directives « marchés » prises pour mettre en œuvre les dispositions des traités européens, c'est-à-dire assurer la liberté de circulation des personnes, des biens et des marchandises et l'absence de discrimination. Il faut donc garantir l'application de ces principes et sanctionner par le juge les manquements aux traités ainsi qu'au droit découlant de ces traités. Tel est l'objectif poursuivi par le législateur européen. Le recours en plein contentieux (action contre le contrat) n'est pas une arme juridique suffisamment efficace pour faire respecter la légalité du fait de la lenteur; les décisions sont beaucoup trop tardives ; elles interviennent une fois le marché exécuté. D'où l'idée d'intervenir avant la signature du marché devant le juge des référés avec la création du référé précontractuel.

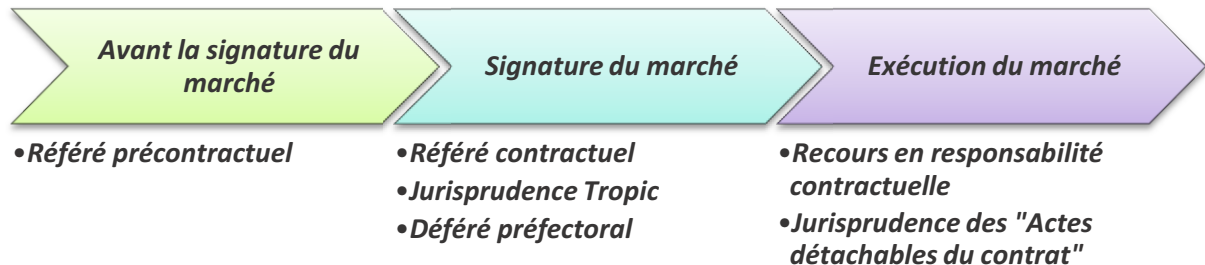
Les directives de 1989 et 1992, à l'origine en droit français de la création du référé précontractuel par la loi n° 92-10 du 4 janvier 1992 présentaient certaines insuffisances et n'assuraient pas un parfait **respect des obligations de publicité de la mise en concurrence des marchés publics.**

La directive européenne 2007/66/CE vise donc à remédier à ces insuffisances. Pour répondre à cet objectif, la directive fixe un délai minimal entre la décision d'attribution d'un marché et sa signature, afin de permettre effectivement l'introduction d'un recours, rénové, avant la signature du contrat. Elle impose également aux États membres de créer une voie de recours après la signature du contrat.

L'ordonnance n° **2009-515 du 7 mai 2009** modifie le code de justice administrative, en remplaçant les articles L. 551-1 et L. 551-2 du code de justice administrative, relatifs au référé en matière de passation de contrats et marchés, et en insérant, d'une part, les articles L. 551-1 à L. 551-12 relatifs au **référé précontractuel** et, d'autre part, les articles L. 551-13 à L. 551-23 régissant le **référé contractuel**. Ses dispositions sont applicables aux contrats pour lesquels une **consultation est engagée à partir du 1er décembre 2009**. On assiste ainsi, au nom de l'efficacité des procédures de recours, à l'immixtion du juge dans la passation des contrats de commande publique, non seulement dans la phase précontractuelle, mais aussi dans la phase immédiatement postérieure à la conclusion

du contrat. On voit ainsi émerger une «période suspecte» au cours de laquelle les pouvoirs publics ont fait le choix, pour préserver l'effet utile des obligations de publicité et de mise en concurrence qui leur sont imposées, de développer les procédures judiciaires d'urgence.

### Exercice dans le temps des recours de la commande publique



La directive « recours » a ainsi élargi l'arsenal des procédures contentieuses existantes. A côté des recours existants en droit français qui peuvent être utilisés en matière de commande publique, des recours spécifiques à la commande publique visant à garantir le respect des obligations de publicité et de mise en concurrence des marchés publics ont été créés. Les opérateurs économiques lésés disposent désormais d'une boîte à outils plus importante pour faire valoir ses droits de façon rapide et efficace. Ces différents recours coexistent ; ils ne se substituent pas les uns aux autres, mais sont complémentaires. Ils ont pour but de concilier l'efficacité des recours et la stabilité juridique à laquelle les parties au contrat ont droit ou qui est nécessaire lorsque la continuité du service public est en jeu.

Ces recours seront portés devant la juridiction administrative : certains le seront selon une procédure traditionnelle et des délais habituels ; la juridiction se réunira en formation ordinaire. Les autres seront exercés dans un délai très bref devant un juge unique, le magistrat siégeant seul, sans rapporteur public par la voie du référé. Les procédures de référé ont été largement étendues et réformées par la loi du 30 juin 2000 : le référé est la voie de recours au terme de laquelle le juge statue par des mesures présentant un caractère provisoire. Le juge des référés n'est pas saisi du principal et se prononce dans les meilleurs délais. Les recours portés devant la juridiction administrative selon une procédure traditionnelle et des délais habituels pourront être assortis de référé.

Tout au long de sa vie, un marché public peut donc faire l'objet d'un recours : avant la signature du marché, au moment et juste après la signature du marché, pendant et après l'exécution du marché.



Aussi est il nécessaire, avant d'examiner plus en détail [les nouveaux recours](#), de faire le point sur [les différents recours](#) existants devant le juge administratif en matière de commande publique.



## ***PRESENTATION DES DIFFERENTS RECOURS***

De nombreuses voies de recours sont en effet ouvertes aux requérants ayant un intérêt à agir ; parmi les différents recours contentieux possibles, deux recours sont fréquemment utilisés : le contentieux de l'annulation qui a pour but de faire annuler un acte irrégulier et le contentieux de pleine juridiction (ou plein contentieux) où le juge peut annuler, réformer un acte, condamner à des dommages et intérêts.

### **Tableau récapitulatif des recours de la commande publique**

<b>Les différents recours existants devant le juge administratif en matière de commande publique</b>	
<b>Le contentieux de l'annulation</b>	<b>les recours de pleine juridiction</b>
<b>Devant la juridiction administrative</b>	
<a href="#"><u>Recours pour excès de pouvoir</u></a> contre les actes détachables ou les clauses réglementaires	<a href="#"><u>Recours des concurrents évincés</u></a> en contestation de la validité du contrat
<a href="#"><u>Déféré préfectoral</u></a>	<a href="#"><u>Recours des parties au contrat</u></a> en déclaration de nullité du contrat
	<a href="#"><u>Action en réparation par suite de l'éviction irrégulière</u></a> de la procédure de passation d'un contrat public
	<a href="#"><u>Action en responsabilité pour manquement d'une des parties à ses obligations contractuelles</u></a>
<b>Devant un juge unique</b>	
	<a href="#"><u>Référé précontractuel</u></a>
	<a href="#"><u>Référé contractuel</u></a>

***Les différents recours exercés devant la juridiction administrative selon une procédure traditionnelle et dans les délais habituels peuvent être assortis d'un référé :***

Le demandeur doit alors déposer une requête écrite auprès du greffe du tribunal administratif ou la lui envoyer par lettre recommandée avec avis de réception, dans une enveloppe portant la mention "référé".

Plusieurs référés sont susceptibles être utilisés en matière de commande publique :

- **Le référé suspension** prévu à l'article [L 521-1](#) du code de justice administrative

Quand une décision administrative, même de rejet, fait l'objet d'une requête en annulation ou en réformation, le juge des référés, saisi d'une demande en ce sens, peut ordonner la suspension de l'exécution de cette décision, ou de certains de ses effets, **lorsque l'urgence le justifie** et qu'il est fait **état d'un moyen propre à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité de la décision.**

Lorsque la suspension est prononcée, il est statué sur la requête en annulation ou en réformation de la décision dans les meilleurs délais. La suspension prend fin au plus tard lorsqu'il est statué sur la requête en annulation ou en réformation de la décision.

Intitulé du recours	Référé-suspension
Référence	Article <a href="#">L 521-1</a> du code de justice administrative
Objet du recours	Suspension de l'exécution d'une décision administrative même de rejet en rapport ou détachable de la passation ou de l'exécution du contrat
Requérant	➤ Toute personne ayant un intérêt à agir
Observations	Justifier l'urgence Faire état d'un moyen propre à créer un doute sérieux quant à la légalité de la décision
Ministère d'avocat	Dispense en première instance de ministère d'avocat (art <a href="#">R522-5</a> du CJA)

### Extrait de jurisprudence

Conseil d'Etat, 3 février 2010, n° [330237](#), Communauté de communes de l'Arc Mosellan

Dans cette affaire, il y a eu successivement un référé précontractuel sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, puis une demande d'annulation de ce marché ainsi que d'une demande de suspension sur le fondement des dispositions de l'article L. 521-1 du code de justice administrative. (Voir [aussi](#))

*« saisie de requêtes présentées sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative par les sociétés Valest et SAS Barisien, candidates à l'attribution du marché, le juge des référés du tribunal administratif de Strasbourg a, par une première ordonnance du 29 mai 2009, enjoint à la communauté de communes de différer la signature du marché pendant un délai de 20 jours ; que le juge des référés n'ayant pas statué au terme de ce délai, la COMMUNAUTE DE COMMUNES DE L'ARC MOSELLAN a conclu le marché le 19 juin 2009 avec la société Pizzorno ; que n'ayant pas eu connaissance de cette signature du marché, le juge des référés a annulé la procédure de passation par une ordonnance du 22 juin 2009 ; que les sociétés Valest et Barisien ont ultérieurement saisi le tribunal administratif de Strasbourg d'une demande d'annulation de ce marché ainsi que d'une demande de suspension sur le fondement des dispositions de l'article L. 521-1 du code de justice administrative ; que le juge des référés de ce tribunal administratif a fait droit à cette dernière demande, par une ordonnance du 10 juillet 2009, à l'encontre de laquelle la COMMUNAUTE DE COMMUNES DE L'ARC MOSELLAN se pourvoit en cassation ; »*

.....

*« Considérant qu'aux termes du premier alinéa de l'article L. 521-1 du code de justice administrative : Quand une décision administrative, même de rejet, fait l'objet d'une requête en annulation ou en réformation, le juge des référés, saisi d'une demande en ce sens, peut ordonner la suspension de l'exécution de cette décision, ou de certains de ses effets, lorsque l'urgence le justifie et qu'il est fait état d'un moyen propre à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité de la décision ; »*

- **Le référé conservatoire** qui permet au juge de prendre, en cas d'urgence, toutes les mesures utiles **sans suspendre l'exécution d'un acte** ; le juge peut utiliser son pouvoir d'injonction.

<b>Intitulé du recours</b>	<b>Référé-conservatoire ou référé « mesures utiles »</b>
<b>Référence</b>	Article <a href="#">L. 521-3</a> du Code de justice administrative
<b>Objet du recours</b>	Obtenir en urgence du juge des référés toute mesure utile d'une administration avant même que l'administration ait pris une décision
<b>Requérant</b>	➤ Toute personne ayant un intérêt à agir
<b>Observations</b>	Justifier l'urgence Montrer que la mesure demandée est nécessaire <b>La mesure demandée ne doit pas aller à l'encontre d'une décision administrative existante</b> (dans un tel cas, il faudrait demander la suspension de l'application de cette décision, par le moyen du référé- suspension).
<b>Ministère d'avocat</b>	L'assistance d'un avocat n'est pas obligatoire

#### Extrait de jurisprudence

Conseil d'État, 8 juillet 2009, n° [320143](#), Société EURELEC Aquitaine

Tenu de ne pas faire obstacle à l'exécution d'une décision administrative, le juge des référés de l'article L. 521-3 du code de justice administrative ne peut ordonner la suspension de l'exécution du contrat sur la demande du cocontractant de l'administration.

« Considérant, en second lieu, qu'aux termes de l'article L. 521-3 du code de justice administrative : En cas d'urgence et sur simple requête qui sera recevable même en l'absence de décision administrative préalable, le juge des référés peut ordonner toutes autres mesures utiles sans faire obstacle à l'exécution d'aucune décision administrative. ; que saisi sur le fondement de ces dispositions, le juge des référés du tribunal administratif de Poitiers n'a pas commis d'erreur de droit en jugeant que, tenu de ne pas faire obstacle à l'exécution d'une décision administrative, et notamment aux ordres de service pris en exécution du marché litigieux, il ne pouvait ordonner la suspension de l'exécution du lot électricité-courants forts attribué à la SOCIETE EURELEC AQUITAINE par le centre hospitalier de Rochefort-sur-Mer dans le cadre de la construction d'un nouvel hôpital ; qu'il n'a pas ce faisant méconnu les objectifs de la directive 2007/66 du 11 décembre 2007, laquelle ne porte que sur les recours contre les décisions prises par les pouvoirs adjudicateurs dans le cadre des procédures de passation des marchés publics ; »

- **Le référé provision** est une procédure d'urgence qui permet au juge d'ordonner le versement d'une somme d'argent à un créancier, en cas de litige pécuniaire, et dès lors que la créance n'est pas sérieusement contestable.

<b>Intitulé du recours</b>	<b>Référé-provision</b>
<b>Référence</b>	Article <a href="#">R. 541-1</a> du Code de justice administrative
<b>Objet du recours</b>	Obtenir une provision sur les sommes dues
<b>Requérant</b>	➤ Toute personne détenant une créance
<b>Observations</b>	L'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable
<b>Ministère d'avocat</b>	L'assistance d'un avocat est obligatoire en première instance

#### Extrait de jurisprudence

Cour administrative d'appel de Bordeaux, Commune de Tarsac, 18 février 2010, n° [09BX01528](#)

« Considérant qu'aux termes des dispositions de l'article R. 541-1 du code de justice administrative : Le juge des référés peut, même en l'absence d'une demande au fond, accorder une provision au créancier qui l'a saisi lorsque l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable. Il peut, même d'office, subordonner le versement de la provision à la constitution d'une garantie. ; »

## LE CONTENTIEUX DE L'ANNULATION

Deux types de recours existent principalement : le recours en excès de pouvoir et le déféré préfectoral

### *Le recours en excès de pouvoir*

Ce recours a pour objet de demander au juge l'annulation d'un acte administratif considéré comme illégal.

De façon traditionnelle, le juge administratif ne reconnaissait pas le droit aux tiers à un marché public d'introduire un recours pour demander l'annulation dudit marché. Cette jurisprudence visait à préserver la bonne marche de l'administration et des services publics. En conséquence, seules les parties au contrat (le pouvoir adjudicateur et l'attributaire du marché) pouvaient arguer de la nullité, totale ou partielle, du marché en cause.

### *Le recours pour excès de pouvoir contre les actes détachables ou les clauses réglementaires*

**Une exception** était toutefois admise par le juge administratif, en **permettant à un tiers d'intenter un recours, non pas contre le contrat lui-même, mais contre un « acte détachable » de celui-ci**, faisant grief à l'intéressé et lui donnant intérêt à agir (jurisprudence constante depuis l'arrêt de principe : Conseil d'Etat, 4 août 1905, Martin, [n° 14220](#)). « *Dans le cas où un conseiller général a été convoqué et a assisté à la séance, au cours de laquelle a été prise la délibération qu'il attaque devant le Conseil d'Etat, le délai du pourvoi court à compter du jour où cette délibération a été prise. En conséquence, le pourvoi n'est recevable que s'il a été formé moins de deux mois après le jour où cette délibération a été prise* ».

Intitulé du recours	Recours pour excès de pouvoir contre les actes détachables ou les clauses réglementaires
Référence	Conseil d'Etat, 4 août 1905, Martin, <a href="#">n° 14220</a>
Objet du recours	Annulation de l'acte détachable irrégulier
Requérant	<ul style="list-style-type: none"><li>➤ Elus</li><li>➤ Usagers, association d'usagers</li><li>➤ Contribuables</li></ul>
Observations	Avoir un intérêt à agir Délai de deux mois après le jour où cette délibération a été prise Un tiers ne peut pas contester directement le contrat
Ministère d'avocat	Dispense générale de ministère d'avocat en première instance

« L'acte détachable » est un **acte unilatéral**, ayant le caractère d'une décision faisant grief, pris en vue de la conclusion du marché ou détachable de son contenu. Il est alors susceptible de recours pour excès de pouvoir.

Il s'agit, par exemple, pour un EPLE de **la délibération d'un conseil d'administration autorisant le chef d'établissement à signer le marché avec une entreprise déterminée**. Faisant grief aux autres entreprises évincées, cette délibération, qui est un acte « détachable » du contrat proprement dit, peut donc être attaquée par lesdites entreprises par voie du recours pour excès de pouvoir.

Mais il n'en reste pas moins que l'annulation d'un acte détachable ne peut aboutir automatiquement à l'annulation d'un contrat : *"il appartient à l'administration, selon les circonstances propres à chaque affaire et sous le contrôle du juge, de déterminer les conséquences à tirer de l'annulation"* (CE - 24 mai 2001 - Avriller). (Voir [commentaire sur site du sénat](#)).

Si un tiers à un contrat administratif est recevable à former un recours en excès de pouvoir, dès lors qu'il justifie d'un intérêt lui donnant qualité pour agir, contre les clauses réglementaires de ce contrat ou contre le refus de la personne publique de le résilier, il ne peut en revanche former un tel recours contre le refus de la personne publique de saisir le juge du contrat d'une action en nullité, acte non détachable. Par conséquent, une requête tendant à l'annulation de ce refus est irrecevable. Conseil d'État, n° [293836](#), 17 décembre 2008, Association pour la protection de l'environnement du LUNELLOIS.

***Comment obtenir, avec un recours pour excès de pouvoir contre les actes détachables ou les clauses réglementaires la résiliation amiable du contrat ou, à défaut, la déclaration de sa nullité par la voie judiciaire ?***

Pour obtenir la résiliation amiable du contrat ou, à défaut, la déclaration de sa nullité par la voie judiciaire, il faudra assortir les conclusions à fin d'annulation de conclusions à fin d'injonction sur le fondement de l'article [L 911-1](#) du code de justice administrative, puis demande d'exécution d'un jugement définitif.

***Recours pour excès de pouvoir contre les actes détachables ou les clauses réglementaires***

1	Dépôt de conclusions à fin d'annulation
2	Dépôt de conclusions à fin d'annulation assorties de conclusions à fin d'injonction sur le fondement de l'article <a href="#">L 911-1</a> du CJA
3	Demande d'exécution d'un jugement définitif

Au terme de ce circuit contentieux sérieusement rallongé, le requérant peut obtenir la résiliation amiable du contrat ou, à défaut, la déclaration de sa nullité par la voie judiciaire.

***Le recours pour excès de pouvoir contre les actes détachables peut être assorti d'un référé-suspension tendant à la suspension de l'exécution du contrat.***

***Recours pour excès de pouvoir contre les actes détachables ou les clauses réglementaires assorti d'un référé suspension***

1	Demande de suspension de l'exécution d'une décision administrative même de rejet en rapport ou détachable de la passation ou de l'exécution du contrat sur la base de l'article <a href="#">L 521-1</a> du code de justice administrative
2	Recours pour excès de pouvoir

Deux conditions sont alors nécessaires :

- **L'urgence**
- L'existence **d'un moyen propre à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité de la décision.**

**Extraits de jurisprudence**

Le juge administratif estime que la méconnaissance, même involontaire, de l'injonction de différer la signature d'un marché entraîne la suspension de ce dernier. Il a jugé que « *Le moyen tiré de ce que le marché a été signé en méconnaissance de l'injonction du juge des référés précontractuels de différer*

cette signature est, en l'état de l'instruction, de nature à faire naître un doute sérieux sur la légalité de ce marché ».

Le référé suspension devient inopérant dès que le contrat est signé. Le Conseil d'Etat a ainsi jugé que :

- ✓ Sont sans objet les conclusions dirigées contre la décision, matérialisée par la signature de l'acte d'engagement, de passer un marché qui est entièrement exécutée à la date à laquelle le juge des référés a été saisi. (CE, n°[248050](#), 27 novembre 2002, Région Centre)
- ✓ La suspension de l'exécution de la décision attribuant le contrat ne peut plus être ordonnée après sa signature (CE, n°[263257](#), 30 juin 2004, société Martoia)

### **Le référé préfectoral**

Un seul tiers au contrat est susceptible de demander l'annulation d'un contrat, **c'est le préfet**. Dans le cadre du contrôle administratif exercé par l'État sur l'activité juridique des communes, départements et régions, le référé préfectoral est l'acte par lequel le préfet défère au tribunal administratif les décisions de ces collectivités locales ou de leurs établissements publics qu'il considère comme illégales.

Intitulé du recours	Déféré préfectoral
Référence	Art. <a href="#">L. 2131-6</a> , L. 3132-1 et L. 4142-1 du code général des collectivités territoriales Article <a href="#">L421-14</a> modifié du code de l'éducation
Objet du recours	Annulation de tous les actes pris (actes détachables, contrat)
Requérant	Préfet ou, par délégation de ce dernier, par l'autorité académique
Observations	Délai de deux mois suivant leur transmission Tous les actes y compris les actes non soumis à l'obligation de transmission Acte considéré comme illégal quel que soit le motif
Ministère d'avocat	Dispense du ministère d'avocat (art <a href="#">R 431-7</a> du CJA)

**Le référé préfectoral peut être assorti d'un référé-suspension tendant à la suspension de l'exécution du contrat** Article [L 521-1](#) du code de justice administrative

Le représentant de l'Etat peut assortir son recours d'une demande de suspension. Il est fait droit à cette demande si l'un des moyens invoqués paraît, en l'état de l'instruction, propre à créer un doute sérieux quant à la légalité de l'acte attaqué. Il est statué dans un délai d'un mois.

### **Pour les établissements publics locaux d'enseignement**

Article [L421-14](#) modifié du code de l'éducation

***Sous réserve des dispositions particulières applicables au budget et aux décisions le modifiant, les actes de l'établissement relatifs à la passation des conventions, et notamment des marchés, et les actes relatifs au fonctionnement de l'établissement et qui n'ont pas trait au contenu ou à l'organisation de l'action éducatrice peuvent, dans les conditions prévues à l'article L. 2131-6 du code général des collectivités territoriales, être déférés au tribunal administratif par le représentant de l'Etat, ou, par délégation de ce dernier, par l'autorité académique.***

## LES RECOURS DE PLEINE JURIDICTION, DE PLEIN CONTENTIEUX

### *Les nouveaux recours*

#### *Devant un juge unique*

##### *Le référé précontractuel*

Introduit en droit français par la loi n° 92-10 du 4 janvier 1992 qui transposait les directives de 1989 et 1992, le référé précontractuel a connu une forte extension avant d'être recadré, le 3 octobre 2008, par le juge avec la jurisprudence CE, SMIRGEOMES n°305420. La transposition en droit français de la directive européenne 2007/66/CE a renforcé son efficacité.

Intitulé du recours	Référé précontractuel
Référence	Article <a href="#">L 551-1</a> du code de justice administrative
Objet du recours	Manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence
Requérant	Personnes ayant un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par le manquement invoqué Représentant de l'Etat dans le cas où le contrat doit être conclu par une collectivité territoriale ou un établissement public local
Observations	<a href="#">Voir l'analyse du recours</a>
Ministère d'avocat	En première instance, ce recours est dispensé du ministère d'avocat

##### *Le référé contractuel*

Ce recours vient d'être créé en droit interne avec la transposition en droit français de la directive européenne 2007/66/CE. La transposition en droit français de la directive européenne 2007/66/CE par l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009. Il n'existe pas encore de jurisprudence du Conseil d'Etat.

Intitulé du recours	Référé contractuel
Référence	Article <a href="#">L 551-14</a> du code de justice administrative
Objet du recours	Manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence
Requérant	Personnes ayant un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par le manquement invoqué Représentant de l'Etat dans le cas où le contrat doit être conclu par une collectivité territoriale ou un établissement public local
Observations	<a href="#">Voir l'analyse du recours</a>

#### *Devant la juridiction administrative*

##### *Le recours en contestation de la validité du contrat des concurrents évincés*

Le recours en contestation de la validité du contrat des concurrents évincés a été créé le 16 juillet 2007 avec la décision Société Tropic travaux signalisation, Conseil d'Etat, n° [291545](#).



Intitulé du recours	Recours en contestation de la validité du contrat des concurrents évincés
Référence	Construction prétorienne, jurisprudentielle : Conseil d'Etat, n° <a href="#">291545</a> , 16 juillet 2007, société Tropic travaux signalisation
Objet du recours	Annulation d'un contrat conclu, indemnisation
Requérant	Les concurrents évincés uniquement
Observations	<a href="#">Voir l'analyse du recours</a>
Ministère d'avocat	Obligation d'avocat

***Le recours en contestation de la validité du contrat des concurrents évincés peut être assorti d'un référé-suspension tendant à la suspension de l'exécution du contrat***

***recours en contestation de la validité du contrat des concurrents évincés assorti d'un référé-suspension tendant à la suspension de l'exécution du contrat***

1	Demande de suspension de l'exécution d'une décision administrative même de rejet en rapport ou détachable de la passation ou de l'exécution du contrat sur la base de l'article <a href="#">L 521-1</a> du code de justice administrative
2	recours en contestation de la validité du contrat des concurrents évincés

Le recours en contestation de la validité du contrat des concurrents évincés peut être assorti d'un référé suspension ; deux conditions sont alors nécessaires :

- **L'urgence**
- L'existence **d'un moyen propre à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité de la décision.**

### *Les recours traditionnels*

***Le recours des parties au contrat en déclaration de nullité du contrat***

Intitulé du recours	Recours des parties au contrat en déclaration de nullité du contrat
Référence	Recours de plein contentieux
Objet du recours	Recours en validité du contrat
Requérant	Les parties au contrat
Observations	La stabilité des relations contractuelles est privilégiée par le juge
Ministère d'avocat	Obligation d'avocat

Ce type de recours est rarement utilisé ; il doit s'analyser comme un litige né d'un contrat quand bien même il résulte des conclusions du requérant que le contrat est censé n'avoir jamais existé.

Un contrat peut être nul en raison :

- de son objet,
- de l'incompétence d'une partie à ce contrat (elle n'a pas qualité pour le signer)
- de la violation des règles de passation du contrat, notamment de la violation des règles de mise en concurrence.



### Extrait de jurisprudence

« Considérant qu'il résulte de ce qui a été dit ci-dessus que le marché d'architecture et d'ingénierie conclu entre l'Office public d'habitations à loyer modéré de la ville de Morez et le groupement de maîtrise d'œuvre représenté par M. JACQUIER le 23 août 1985, était entaché de nullité ; qu'il y a lieu de constater cette nullité ; qu'en raison de sa nullité, ledit marché n'a pu faire naître d'obligations à la charge des parties ; » Conseil d'Etat, 28 juillet 2000, n° [202792](#), Jacquier.

### A signaler :

Un arrêt récent du Conseil d'Etat, n° [304802](#), Commune de Béziers, revient sur cette jurisprudence et apporte des précisions sur l'exercice de ce recours. Voir sur cet arrêt les brefs de [février 2010](#).

Une partie à un contrat administratif peut saisir le juge du contrat d'un recours de plein contentieux pour en contester la validité.

- Le juge vérifie que les irrégularités dont se prévaut cette partie sont de celles qu'elle peut, **eu égard à l'exigence de loyauté des relations contractuelles**, invoquer devant lui.
- Si le juge constate une irrégularité, il doit en apprécier l'importance et les conséquences. Après avoir pris en considération la nature de l'illégalité commise et en tenant compte de l'objectif de stabilité des relations contractuelles, il peut soit décider que la poursuite de l'exécution du contrat est possible, éventuellement sous réserve de mesures de régularisation prises par la personne publique ou convenues entre les parties, soit prononcer, le cas échéant avec un effet différé, après avoir vérifié que sa décision ne portera pas une atteinte excessive à l'intérêt général, la résiliation du contrat ou, en raison seulement d'une irrégularité invoquée par une partie ou relevée d'office par lui, tenant au caractère illicite du contenu du contrat ou à un vice d'une particulière gravité relatif notamment aux conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement, son annulation.

***Lorsqu'une partie à un contrat administratif soumet au juge un litige relatif à l'exécution du contrat qui les lie, il incombe en principe à celui-ci, eu égard à l'exigence de loyauté des relations contractuelles, de faire application du contrat. Toutefois, dans le cas seulement où il constate une irrégularité invoquée par une partie ou relevée d'office par lui, tenant au caractère illicite du contenu du contrat ou à un vice d'une particulière gravité relatif notamment aux conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement, il doit écarter le contrat et ne peut régler le litige sur le terrain contractuel.***

### Extrait de jurisprudence

Cour administrative d'appel de Bordeaux, Commune de Tarsac, 18 février 2010, n° [09BX01528](#)

« qu'eu égard à l'exigence de loyauté des relations contractuelles, aucun des vices invoqués par la SOCIETE SAPA ne saurait être regardé comme d'une gravité telle que le juge des référés doive écarter ce contrat et que le litige qui oppose les parties ne doive pas être tranché sur le terrain contractuel ; qu'il s'ensuit que l'obligation dont se prévaut la commune de Tarsac n'est pas sérieusement contestable dans son principe ; que le montant de la provision accordée par le juge des référés du Tribunal administratif de Pau au titre des conséquences dommageables des manquements de la SOCIETE SAPA n'est pas contesté en appel ; »

## Action en réparation par suite de l'éviction irrégulière de la procédure de passation d'un contrat public

<b>Intitulé du recours</b>	Action en réparation par suite de l'éviction irrégulière de la procédure de passation d'un contrat public
<b>Référence</b>	Recours de plein contentieux
<b>Objet du recours</b>	Indemnisation du préjudice subi (manque à gagner)
<b>Requérant</b>	Concurrent irrégulièrement évincé d'une procédure de passation d'un marché public
<b>Observations</b>	Demande préalable indemnitaire au pouvoir adjudicateur par courrier avec accusé de réception Action en réparation pour faute simple  Délai de quatre ans à compter du 1er janvier suivant l'année à laquelle le préjudice a été subi (déchéance quadriennale)
<b>Ministère d'avocat</b>	Obligation d'avocat

*L'action en réparation par suite de l'éviction irrégulière de la procédure de passation d'un contrat public tend à l'indemnisation du préjudice né de ce que le requérant n'a pas, pour des motifs illégaux, été déclaré attributaire du contrat.*

Le concurrent irrégulièrement évincé d'une procédure de passation d'un marché public peut demander la réparation du préjudice qu'il estime avoir subi en s'appuyant sur la faute du cocontractant et sur la théorie de l'enrichissement sans cause. Il faut pour cela qu'il ait participé à la procédure litigieuse, c'est-à-dire avoir fait acte de candidature et/ou déposé une offre.

Le préjudice réparable est défini par le juge administratif :

- Il est nul si le requérant n'avait aucune chance de l'emporter le contrat,
- Il est égal aux coûts d'élaboration de l'offre si le requérant avait une chance de l'emporter (Conseil d'Etat, 3 juillet 1968, Lavigne, n°[69497](#) : « un entrepreneur avait été évincé d'un appel d'offres restreint et demandait réparation du préjudice subi. « En écartant les offres du requérant au profit de celles d'un entrepreneur dont le projet ne correspondait pas en ce qui concerne la hauteur, aux normes fixées par le devis descriptif, l'administration a commis une illégalité de nature à engager sa responsabilité, le requérant ayant droit à la compensation des frais qu'il a engagés pour participer à l'appel d'offres, à l'exclusion de toute indemnité représentant le bénéfice qu'il aurait réalisé si ses offres avaient été retenues ».
- Il est égal au manque à gagner si le requérant avait des chances sérieuses d'avoir le marché (Conseil d'Etat, 13 mai 1970, n°[74601](#), Commune de Ranspach.

### Extrait de jurisprudence

Le Conseil d'Etat, CE 8 février 2010, n°[314075](#), Commune de La Rochelle, a jugé que l'indemnisation du manque à gagner d'une entreprise irrégulièrement évincée d'un marché public doit être déterminé en fonction du bénéfice net que lui aurait procuré le marché si elle l'avait obtenu.

« Considérant que, dans ces conditions, la société Goppion a droit à l'indemnisation de l'intégralité du manque à gagner en résultant pour elle, incluant nécessairement, en l'absence de stipulation contraire du contrat, les frais de présentation de l'offre intégrés dans ses charges, mais excluant le remboursement des frais généraux de l'entreprise qui seraient affectés à ce marché ; que ce manque à gagner doit être déterminé non en fonction du taux de marge brute constaté dans son activité mais en fonction du bénéfice net que lui aurait procuré le marché si elle l'avait obtenu ; »

L'augmentation du chiffre d'affaire de l'entreprise au cours de la période postérieure à l'éviction illégale qui l'a frappée est sans incidence sur l'indemnisation de l'entreprise (Conseil d'Etat 27 janvier 2006, Commune d'Amiens, n°[259374](#)).

***Cette action en réparation par suite de l'éviction irrégulière de la procédure de passation d'un contrat public peut-être assorti d'un référé-provision.***

***Action en responsabilité pour manquement d'une des parties à ses obligations contractuelles***

<b>Intitulé du recours</b>	Action en réparation par suite de l'éviction irrégulière de la procédure de passation d'un contrat public
<b>Référence</b>	Recours de plein contentieux
<b>Objet du recours</b>	Manquement d'une des parties au contrat à ses obligations contractuelles Indemnisation du préjudice subi (manque à gagner)
<b>Requérant</b>	Les parties au contrat
<b>Observations</b>	Les litiges nés à l'occasion du déroulement de la procédure de passation d'un marché public relèvent, comme ceux relatifs à l'exécution d'un tel marché, de la compétence des juridictions administratives, que ces litiges présentent ou non un caractère contractuel.
<b>Ministère d'avocat</b>	Obligation d'avocat

***Les recours en responsabilité post contractuelle peuvent également être exercés notamment en matière de travaux publics ou de contrats relatifs au domaine public. ces recours sont dispensés du ministère d'avocat (article [R431-3](#) du code de justice administrative).***

***PS : La dispense d'un avocat en première instance indiquée dans l'exposé ci-dessus ne signifie nullement que le requérant doit se passer du ministère d'un avocat. La présence de ce dernier n'est pas obligatoire. Il peut être cependant utile de se faire conseiller par un avocat spécialisé en droit administratif.***

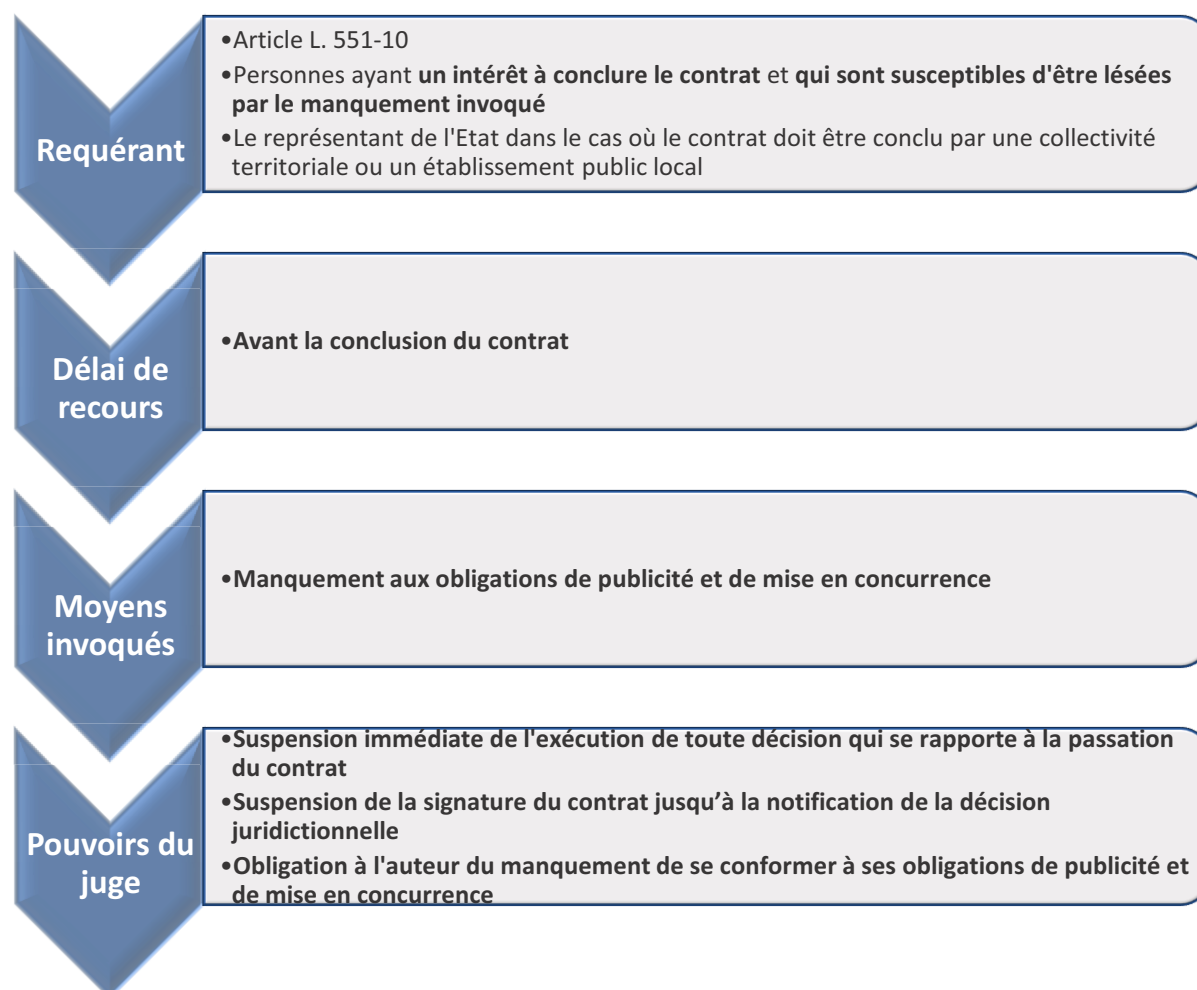
## LES NOUVEAUX RECOURS

### LE REFERE PRECONTRACTUEL

Le référé précontractuel a été introduit par la loi du 4 janvier 1992 qui a transposé les directives Recours (directives 891665/CEE pour les marchés publics classiques et 92/13/CEE pour les marchés publics spéciaux) pour prévenir les infractions aux règles de publicité et de mise en concurrence des marchés relevant du droit communautaire devant un juge unique statuant en premier et dernier ressort, en la forme des référés (soit devant le président du tribunal administratif, soit devant le président du tribunal de grande instance ou du tribunal de commerce). La procédure du référé précontractuel devant le juge administratif est régie par les articles [L. 551-1](#) à [L. 551-12](#) et [R. 551-1](#) à [R. 551-6](#) du code de justice administrative. **Il intervient avant la conclusion du contrat.**

L'exercice du référé précontractuel a connu récemment une évolution jurisprudentielle essentielle avec la jurisprudence du Conseil d'Etat SMIRGEOMES du 3 octobre 2008 : il appartient désormais au juge des référés précontractuels de rechercher si l'entreprise qui le saisit se prévaut de **manquements qui, eu égard au stade de la procédure auquel ils se rapportent, sont susceptibles de l'avoir lésée (ou risquent de la léser) en avantageant une entreprise concurrente fût-ce de façon indirecte** (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, n°305420). Cette jurisprudence est depuis fréquemment rappelée.

L'[ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009](#) et le [décret n° 2009-1456 du 27 novembre 2009](#) parachèvent cette évolution.



Désormais, depuis [l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009](#) :

Référé précontractuel		
Délais de suspension de la signature du marché et délais de saisine du juge	Délais concernant le juge	
16 jours à compter de l'envoi de la décision d'attribution du marché aux candidats évincés	Délai dans lequel le juge doit statuer	Délais dans lesquels le juge ne peut pas statuer
11 jours si la décision d'attribution est dématérialisée	20 jours à compter de sa saisine	16 jours ou 11 jours à compter de l'envoi de la lettre de rejet

- **L'introduction du recours est suspensive jusqu'à ce que le juge ait notifié sa décision au pouvoir adjudicateur.** Le juge ne peut plus statuer **avant le 16ème jour** à compter de la date d'envoi de la décision d'attribution du contrat aux entreprises qui ont présenté une candidature ou une offre ; **l'effet suspensif du recours précontractuel empêche la signature du contrat jusqu'à la notification de la décision juridictionnelle.**

Ce délai est ramené à 11 jours dans certaines conditions, lorsque l'acheteur justifie que la décision d'attribution du contrat a été communiquée par voie électronique à l'ensemble des opérateurs économiques intéressés ou lorsque la passation du contrat est soumise à un avis d'intention de conclure, le juge ne peut statuer avant le 11ème jour à compter de la publication de l'intention de conclure le contrat.

- L'auteur du recours est également tenu de **notifier son recours directement au pouvoir adjudicateur.** Cette notification doit être faite en même temps que le dépôt du recours au tribunal et selon les mêmes modalités. Elle sera réputée accomplie à la date de sa réception par le pouvoir adjudicateur (article [R. 551-1](#) du Code de justice administrative (CJA).

Référé précontractuel	Code de justice administrative
Notification du référé au pouvoir adjudicateur	Article <a href="#">R 551-1</a>
Représentation de l'Etat en cas d'engagement du recours par ce dernier	Article <a href="#">R 551-3</a>
Information des parties en cas de mesures prononcées d'office	Article <a href="#">R 551-4</a>
Délai au plus tard et délai au plus tôt dans lequel le juge statue	Article <a href="#">R 551-5</a>
Recours en cassation	Article <a href="#">R 551-6</a>

Les pouvoirs du juge du référé précontractuel sont beaucoup plus étendus : il pourra donc **ordonner, suspendre, annuler**. Il dispose désormais d'un pouvoir d'appréciation dans la mise en œuvre de ces pouvoirs, au regard des résultats d'un **bilan coûts-avantages** mettant en balance l'intérêt du demandeur, d'une part, et « *l'ensemble des intérêts susceptibles d'être lésés et notamment de l'intérêt public* », d'autre part, de manière à ce que les conséquences négatives des mesures qu'il est susceptible de prescrire ne l'emportent pas sur leurs avantages.

**Le juge peut ordonner** : Aux termes de l'article [L. 551-2](#) du code de justice administrative, « *Le juge peut ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations et suspendre l'exécution de toute décision qui se rapporte à la passation 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 ces mesures pourraient l'emporter sur leurs avantages. Il peut, en outre, annuler les décisions qui se rapportent à la passation du contrat et supprimer les clauses ou prescriptions destinées à figurer dans le contrat et qui méconnaissent lesdites obligations* ».

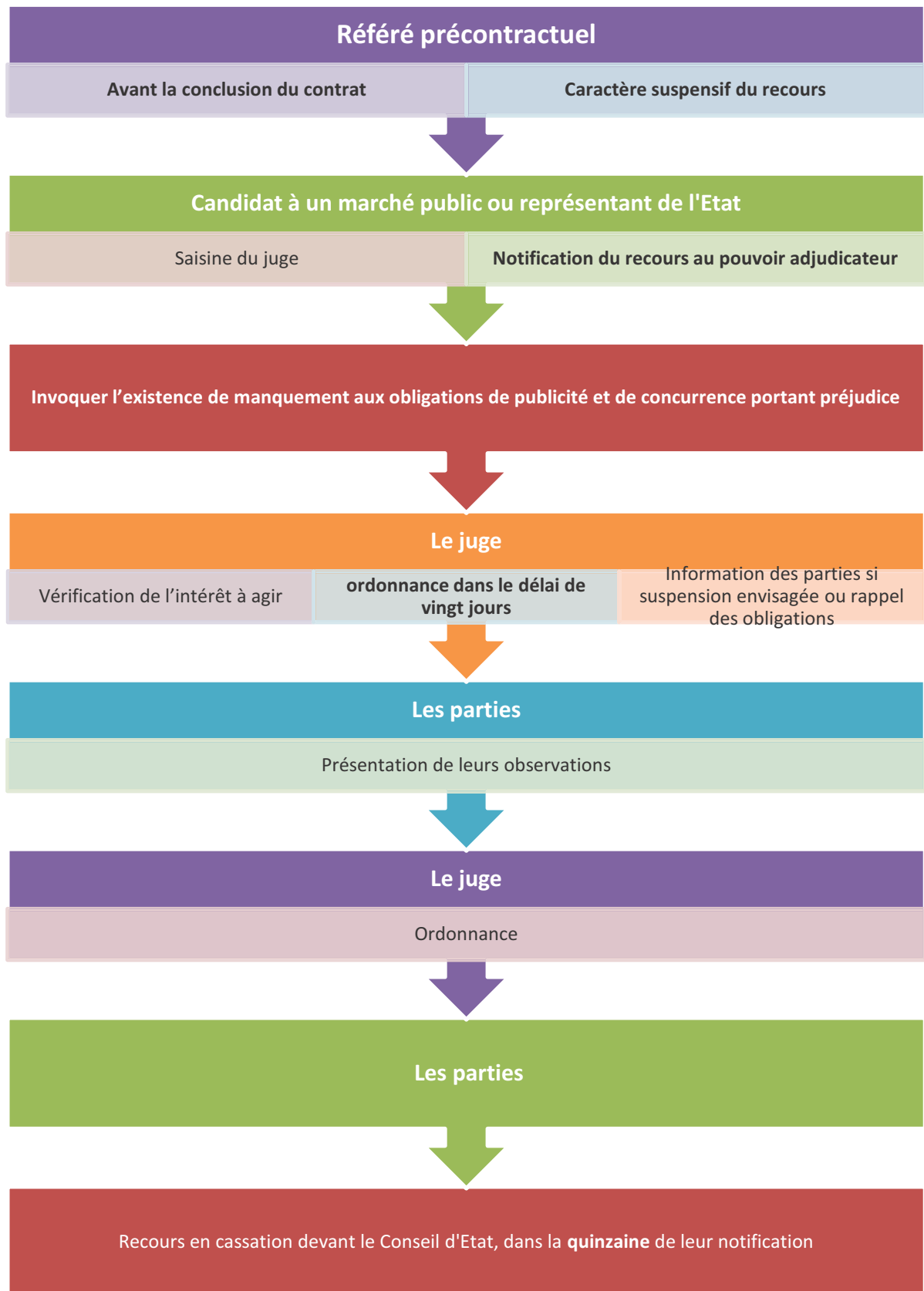
**Le juge peut suspendre** : La décision de suspension porte sur « *l'exécution de toute décision qui se rapporte à la passation du contrat* ». La saisine du tribunal administratif a pour effet, selon les termes de l'article [L. 551-4](#) du code de justice administrative, d'empêcher la signature du contrat jusqu'à la notification à la collectivité publique de la décision juridictionnelle.

**Le juge peut annuler** : Le pouvoir d'annulation dont dispose le juge porte sur « *les décisions qui ont pu déjà être prises bien que le contrat n'ait pas été signé et qui se rapportent à la passation du contrat* » et « *les clauses ou prescriptions destinées à figurer dans le contrat et qui méconnaissent lesdites [obligations de publicité et de mise en concurrence]* ».

**Les pouvoirs du juge du référé précontractuel demeurent toutefois encadrés** : Le Conseil d'Etat a rappelé récemment les règles relatives à la procédure de jugement en référé précontractuel. Dans un arrêt récent du 3 février 2010, Conseil d'Etat n° [330237](#), communauté de communes de l'Arc Mosellan, le juge a statué après l'expiration du délai de suspension de 20 jours qu'il avait lui-même fixé ; le Conseil d'Etat considère qu'une fois le délai expiré, le pouvoir adjudicateur peut légalement signer le contrat.

« *Considérant au surplus que si l'article L. 551-1 du code de justice administrative prévoit que le juge du référé précontractuel peut, dès qu'il est saisi, enjoindre de différer la signature du contrat jusqu'au terme de la procédure et pour une durée maximum de vingt jours, le pouvoir adjudicateur peut légalement signer le contrat après l'expiration du délai fixé par le juge ;* »

## Déroulement d'un référé précontractuel



## Exemples de différents manquements pouvant être invoqués lors d'un référé précontractuel

- ✓ Les manquements aux règles de publicité ;
- ✓ Les prescriptions discriminatoires dans les cahiers des charges ;
- ✓ La rupture d'égalité entre les candidats en cours de procédure ;
- ✓ La contestation des critères de sélection des candidatures ou des offres ;
- ✓ La contestation de motifs de rejet des candidatures ou des offres.

Le juge vérifie systématiquement le caractère opérant ou non des moyens soulevés au regard de la condition pesant sur les requérants de démontrer que les manquements dont ils se prévalent les aient bien lésés ou aient été susceptibles de le faire, notamment en les empêchant de présenter utilement une offre (CE, 6 mars 2009, n° [315138](#), Commune Savigny-sur-Orge).

Le recours est recevable si le requérant démontre qu'il a été lésé par le(s) manquement(s) même de façon indirecte en avantageant une entreprise concurrente (CE, 10 juin 2009, n° [320037](#), Sté Baudin Châteauneuf).

Voir l'arrêt du Conseil d'État, n° [327948](#), Communauté d'agglomération Toulon Provence Méditerranée, 4 novembre 2009 :

### *Sur l'obligation d'allotir*

*« Considérant, en premier lieu, que la société SNEF soutient que le marché aurait dû être alloti en vertu des dispositions de l'article 10 du code des marchés publics et que les prestations faisant l'objet du marché étaient imprécises ; que, toutefois, il résulte de l'instruction que la société requérante, dont la candidature a été admise et qui a présenté une offre correspondant à l'objet du marché, n'a pas même soutenu devant le juge des référés avoir été lésée ou avoir été susceptible de l'être par les irrégularités ainsi invoquées ; que, compte tenu de l'office du juge du référé précontractuel, tel qu'il a été défini ci-dessus, elle ne peut, dès lors, utilement se prévaloir de tels manquements à l'appui de sa requête ; »*

### *Sur une erreur dans l'avis d'appel public à la concurrence*

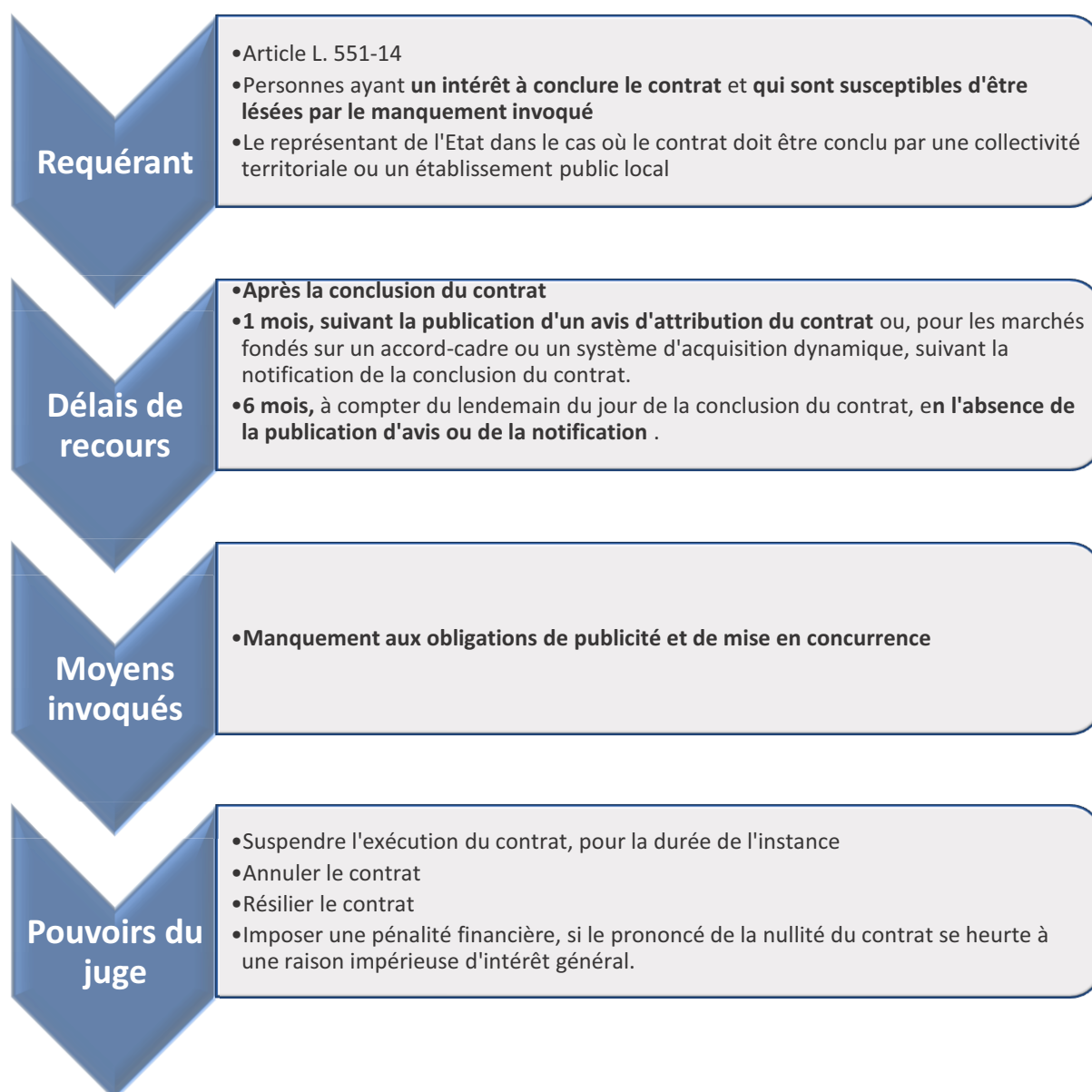
*« Considérant, en deuxième lieu, que si la société SNEF soutient que la rubrique recours de l'avis d'appel public à la concurrence a été incorrectement renseignée, le pouvoir adjudicateur ayant mentionné tribunal administratif de Nice au lieu de tribunal administratif de Toulon et que les indications relatives aux voies de recours sont entachées d'erreur, il n'est pas établi ni même allégué que la société SNEF, qui a pu utilement saisir le juge du référé précontractuel du tribunal administratif compétent, aurait été lésée ou susceptible d'avoir été lésée par le manquement invoqué ; »*



## LE REFERE CONTRACTUEL

L'[ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009](#) introduit en droit français ce nouveau recours, le référé contractuel. Il succède dans le temps au référé pré contractuel sans se substituer à ce dernier. Il complète le recours en référé précontractuel en permettant la saisine du juge **une fois le contrat signé** ; il permet également de sanctionner certains manquements qui interviennent après ce dernier. Il offre ainsi la possibilité aux requérants d'obtenir rapidement le prononcé d'une sanction pour des manquements graves aux obligations de publicité et de mise en concurrence.

La procédure du référé contractuel devant le juge administratif est régie par les articles [L. 551-13](#) à [L. 551-23](#) et [R. 551-7](#) à [R. 551-10](#) du code de justice administrative.



**Attention : Si le marché n'est pas signé à la date d'introduction du recours, le référé contractuel sera déclaré irrecevable.**

**Ce recours n'est toutefois pas ouvert au demandeur qui a fait usage du recours en référé précontractuel :**

- Dès lors que le caractère suspensif du recours en référé précontractuel a bien été respecté par l'acheteur public : le contrat n'a pas été signé pendant la saisine régulière du tribunal et ce jusqu'à la notification de la décision juridictionnelle.
- Dès lors que l'acheteur public s'est conformé à la décision rendue sur ce recours

Référé contractuel	
Délais de saisine du juge après signature du marché	Délai dans lequel le juge doit statuer
<b>- 31 jours pour les marchés publics à procédures adaptées (MAPA) et formalisées</b> après la publication d'un avis d'attribution au journal officiel de l'Union européenne (JOUE)	<b>1 mois</b>
<b>- 6 mois à compter du lendemain du jour de la conclusion du marché pour les marchés publics à procédures adaptées (MAPA) et formalisées en l'absence de la publication d'un avis d'attribution au journal officiel de l'Union européenne (JOUE)</b>	
FERMETURE DU REFERE CONTRACTUEL	
Envoi au JOUE d'un avis d'intention de conclure le marché conforme au modèle fixé par le règlement (CE) + respect du délai de 11 jours de suspension Cette procédure facultative permettant la fermeture du référé contractuel est ouverte aux MAPA conformément aux dispositions du nouvel article 40 I.	

*Pour limiter ou non ce risque contentieux, l'établissement public local d'enseignement peut se positionner ; il aura donc le choix entre :*

- **Ne rien faire** : le délai de recours de 6 mois à compter de la conclusion du contrat
- **Publier seulement un avis d'intention de conclure un marché** (avis ex ante) non obligatoire au journal officiel de l'Union européenne : le délai de recours est réduit à 31 jours après la publication d'un avis d'attribution au journal officiel de l'Union européenne (JOUE)
- **Publier un avis d'intention de conclure un marché** (avis ex ante) non obligatoire au journal officiel de l'Union européenne **et respecter un délai d'au moins onze jours** entre la date de publication de cet avis et la date de conclusions du marché : le recours est alors fermé.

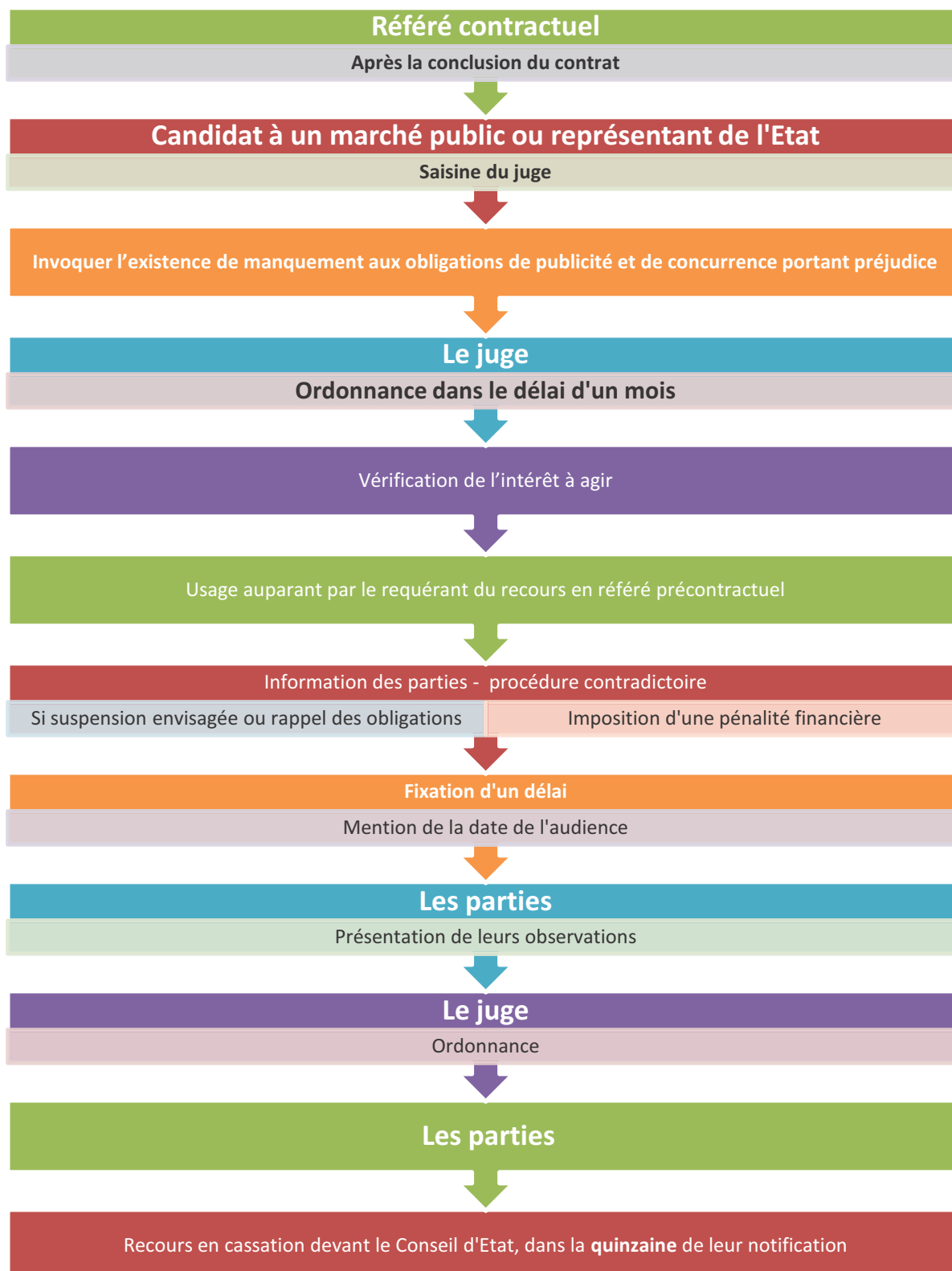
Référé contractuel	Code de justice administrative
Délai de saisine	Article <a href="#">R 551-7</a>
Information des parties en cas de mesures prononcées d'office	Article <a href="#">R 551-8</a>
Délai au plus tard dans lequel le juge statue	Article <a href="#">R 551-9</a>
Recours en cassation	Article <a href="#">R 551-10</a>

**Attention : Si le marché n'est pas signé à la date d'introduction du recours, le référé contractuel sera déclaré irrecevable.**

Les pouvoirs du juge du référé contractuel sont **importants** et **étendus** :

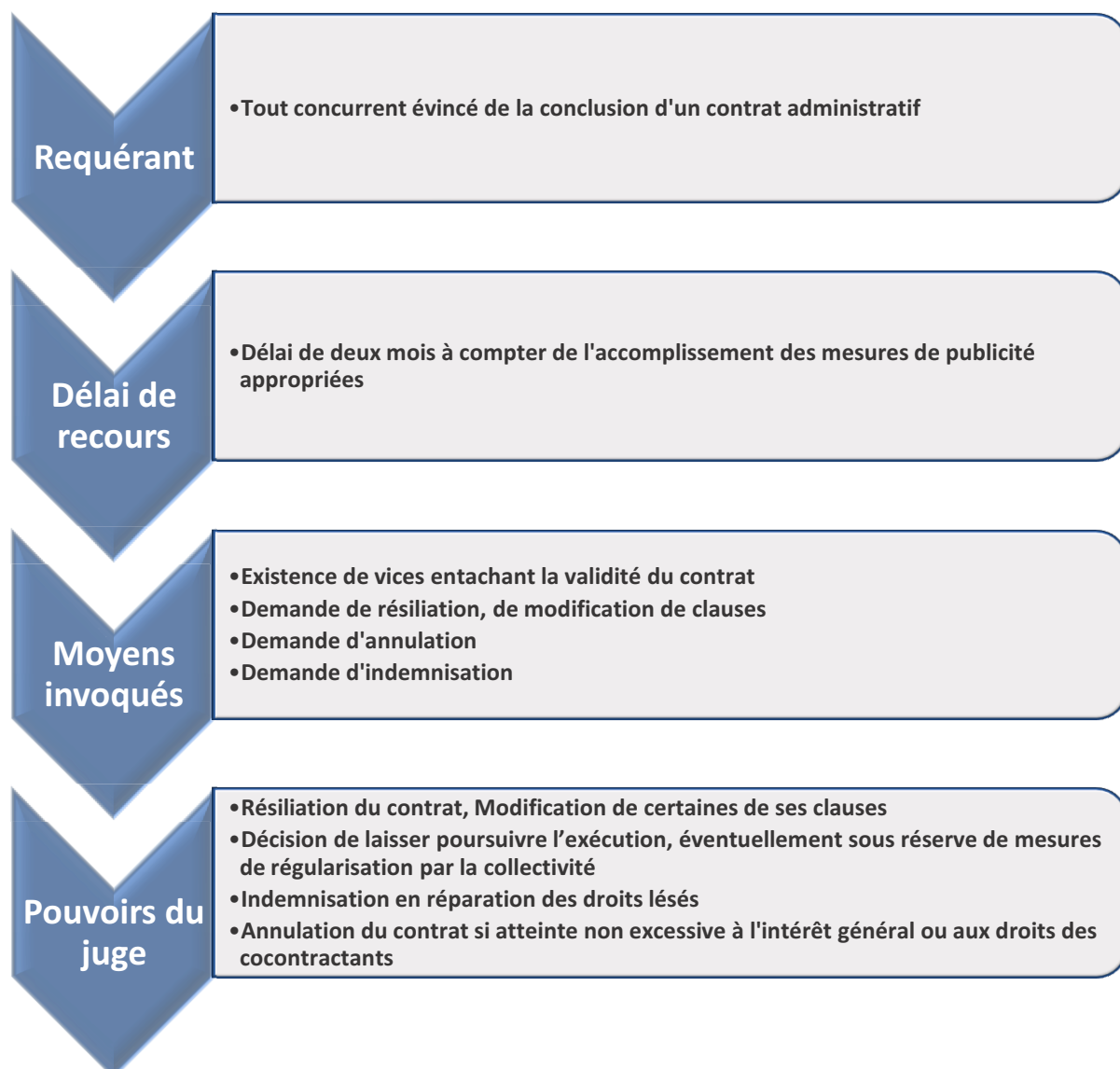
- Le juge a la possibilité de prendre une **mesure conservatoire** en décidant la **suspension du contrat pour la durée de l'instance**, que le requérant demande cette mesure ou non ; cette suspension du contrat n'est pas automatique, il s'agit d'une faculté laissée à l'appréciation du juge (alors que dans le référé précontractuel la suspension est obligatoire). Le juge devra se livrer à une appréciation globale au regard des résultats d'un **bilan coûts-avantages** mettant en balance l'intérêt du demandeur, d'une part, et « *l'ensemble des intérêts susceptibles d'être lésés et notamment de l'intérêt public* », d'autre part, de manière à ce que les conséquences négatives des mesures qu'il est susceptible de prescrire ne l'emportent pas sur leurs avantages.
  - Le juge dispose également de mesures curatives : il peut **annuler** le contrat, en privant le contrat de tout effet, **résilier** le contrat ou **réduire la durée du contrat**.  
Pour certains manquements graves aux obligations de publicité et de mise en concurrence, les pouvoirs du juge sont encadrés : le juge doit prononcer l'annulation du contrat, notamment selon les termes de l'article L. 551-18 du code de justice administrative, sauf si le prononcé de la nullité du contrat se heurte à une raison impérieuse d'intérêt général :
    - En cas d'un manquement aux obligations de publicité régies par lorsqu'aucune des mesures de publicité requises pour sa passation n'a été prise ou lorsqu'a été omise une publication au Journal officiel de l'Union européenne dans le cas où une telle publication était nécessaire.
    - En cas de méconnaissance des modalités de remise en concurrence prévues pour la passation des contrats fondés sur un accord-cadre ou un système d'acquisition dynamique
    - En cas de contrat signé
      - avant l'expiration du délai exigé après l'envoi de la décision d'attribution aux opérateurs économiques ayant présenté une candidature ou une offre
      - ou pendant la suspension prévue à l'article L. 551-4 ou à l'article L. 551-9 si, en outre, deux conditions sont remplies : la méconnaissance de ces obligations a privé le demandeur de son droit d'exercer le recours prévu par les articles L. 551-1 et L. 551-5, et les obligations de publicité et de 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.
- Pour d'autres manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence, le juge disposera d'une liberté d'appréciation : il pourra **annuler** le contrat, en privant le contrat de tout effet, **résilier** le contrat ou **réduire la durée du contrat** : l'article L. 551-20 du code de justice administrative prévoit : « Dans le cas où le contrat a été signé avant l'expiration du délai exigé après l'envoi de la décision d'attribution aux opérateurs économiques ayant présenté une candidature ou une offre ou pendant la suspension prévue à l'article L. 551-4 ou à l'article L. 551-9, le juge peut prononcer la nullité du contrat, le résilier, en réduire la durée ou imposer une pénalité financière.
- Le juge a enfin la possibilité d'infliger des mesures dissuasives, il peut **imposer une pénalité financière**. Le montant des pénalités financières tient compte de manière proportionnée de leur objet dissuasif, sans pouvoir excéder 20 % du montant hors taxes du contrat. Le montant de ces pénalités est versé au Trésor public.

## Déroulement d'un référé contractuel



## LE RECOURS EN CONTESTATION DE LA VALIDITE DU CONTRAT DES CONCURRENTS EVINCES

Par une décision du 16 juillet 2007, CE, 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, n° [291545](#), l'Assemblée du contentieux, la plus haute formation de jugement du Conseil d'État, a profondément modifié l'état de la jurisprudence existante en ouvrant aux concurrents évincés de la conclusion d'un contrat administratif un recours leur permettant de contester directement devant le juge administratif, **après sa signature**, la validité de ce contrat. Ce recours peut en outre être assorti d'une demande tendant à ce que le juge des référés ordonne, à titre conservatoire, la suspension de l'exécution du contrat.



Indépendamment des actions dont les parties au contrat disposent devant le juge du contrat, **tout concurrent évincé de la conclusion d'un contrat administratif** est recevable à former devant ce même juge un recours de pleine juridiction contestant la validité de ce contrat ou de certaines de ses clauses, qui en sont divisibles, assorti, le cas échéant, de demandes indemnitaires. Ce recours doit être exercé, y compris si le contrat contesté est relatif à des travaux publics, 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.**

Par ailleurs, une 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. Le référé conservatoire qui permet au juge de prendre, en cas d'urgence, toutes les mesures utiles sans suspendre l'exécution d'un acte ; le juge peut utiliser son pouvoir d'injonction. Un exemple récent est l'arrêt rendu par le Conseil d'Etat du 9 mars 2009, Société Biomérieux, n°[324064](#).

*Une collectivité publique a signé un marché malgré l'injonction du juge du référé administratif précontractuel, saisi en application de l'article L. 551-1 du code de justice administrative (CJA), d'en suspendre la signature ; l'entreprise évincée introduit, sur le fondement de l'article L. 521-1 du même code, un référé tendant à la suspension de l'exécution du marché, comme elle en a la faculté. La haute juridiction a considéré que **la condition d'urgence** posée par ces dernières dispositions **est présumée établie.***

Le juge dispose dans le cadre de ce recours de pouvoirs étendus :

- il peut **annuler** le contrat, en privant le contrat de tout effet, **résilier** le contrat ou **réduire la durée du contrat**.
- Il peut modifier certaines de ses clauses ou bien décider de la poursuite de son exécution, éventuellement sous réserve de mesures de régularisation par la collectivité contractante,
- Il peut accorder des indemnités en réparation des droits lésés.

*« Considérant que, ainsi saisi de telles conclusions par un concurrent évincé, il appartient au juge, lorsqu'il constate l'existence de vices entachant la validité du contrat, d'en apprécier les conséquences ; qu'il lui revient, après avoir pris en considération la nature de l'illégalité éventuellement commise, 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, soit d'accorder des indemnités 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 ; que, par ailleurs, une 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 ; »*

## Quelques éléments pour se prémunir du risque contentieux en EPLE

Le risque contentieux, en matière de marchés publics, existe. Il peut surgir tout au long de la vie du contrat et même après. Ce large et rapide tour d'horizon des différents recours existants en matière de contentieux administratifs est là pour le prouver ; le risque zéro n'existe pas, même pour les marchés à procédure adaptée. Mais il ne faut pas pour autant dramatiser. **Ce risque n'est pas inéluctable, il peut même être extrêmement réduit.**

Les recours ne seront que rarement exercés contre des petits marchés de faible montant passés avec des opérateurs économiques locaux.

Le risque peut être réduit si l'acheteur public **respecte les principes généraux de la commande publique**, principe de liberté d'accès à la commande, principe d'égalité de traitement des candidats, principe de transparence des procédures, principe de l'efficacité de la commande publique, principe de la bonne gestion des deniers publics (confer les brefs de [mars 2010](#)) ainsi que les règles posées par le code des marchés publics qui s'imposent à tout acheteur, **définition des besoins** (voir les brefs de [octobre 2009](#)), **évaluation des besoins** (voir les brefs de [novembre 2009](#)), **rédaction d'un règlement de consultation** pour tout marché supérieur à 4 000 € HT (nouveau seuil au 1<sup>er</sup> mai 2010 suite à l'annulation du seuil de 20 000 € HT par le Conseil d'Etat, arrêt Perez). Les récentes évolutions législatives et jurisprudentielles vont toutes dans le sens d'une transparence accrue.

Il est également possible de se prémunir du risque contentieux en pensant et en organisant de façon rationnelle le cadre de la commande publique dans son établissement : se donner un tel cadre amènera à répondre aux exigences du code ; ce sera un signe pour le juge, juge administratif ou juge des comptes, que l'acheteur public organise ses achats ; l'élaboration d'un règlement intérieur de la commande publique ou d'une chartre dans son établissement public local d'enseignement va dans ce sens (confer les brefs de [mars 2009](#)). Le législateur lui même pousse l'acheteur public à s'organiser en lui laissant la possibilité pour les marchés à procédure adaptée de limiter et même d'exclure le risque du référé contractuel : pour limiter ou non ce risque contentieux, l'établissement public local d'enseignement peut se positionner ; il aura donc le choix entre :

- **Ne rien faire** : le délai de recours de 6 mois à compter de la conclusion du contrat
- **Publier seulement un avis d'intention de conclure un marché** (avis ex ante) non obligatoire au journal officiel de l'Union européenne : le délai de recours est réduit à 31 jours après la publication d'un avis d'attribution au journal officiel de l'Union européenne (JOUE)
- **Publier un avis d'intention de conclure un marché** (avis ex ante) non obligatoire au journal officiel de l'Union européenne **et respecter un délai d'au moins onze jours** entre la date de publication de cet avis et la date de conclusions du marché : le recours est alors fermé.

**L'achèvement des procédures prend désormais un relief tout particulier** ; l'information des candidats se trouve renforcée ([Article 40-I](#), [Article 80-I](#) et [Article 83](#) du code des marchés publics). Si ces articles ne s'imposent pas pour les marchés à procédure adaptée, le principe de transparence, lui, par contre s'impose et demeure pour tout marché. La question de l'achèvement des procédures se pose désormais, pour ce type de marché, à tout acheteur public ; plusieurs modalités existent :

information par écrit des candidats évincés, délai de suspension de signature à respecter, publication d'un avis d'attribution. Ces dernières peuvent coexister et se combiner. L'acheteur devra se positionner

- ✓ en raison de **l'objet du marché**, par exemple s'il existe un seul prestataire
- ✓ en raison de son **montant**,
- ✓ en raison du **degré de concurrence existant** (marché non concurrentiel).

Les lignes directrices de l'achèvement des procédures pourront être décrites dans le règlement intérieur de la commande publique ou d'une chartre dans son établissement public local d'enseignement

**Mettre en place un contrôle interne destiné à maîtriser le risque contentieux** est enfin une autre piste offerte à l'acheteur public : à chaque étape du marché existe un risque spécifique. Une cartographie de ces risques peut être réalisée par catégorie et/ou par montant d'achats. En face de ce risque, un plan d'action peut être établi.