

# Revue

Lexbase Hebdo édition publique n°229 du 11 janvier 2012

[Contrats administratifs] Questions à...

## La prévention et la gestion des risques de recours dans les marchés publics — Questions à Marie Lhéritier, avocat au barreau de Paris

N° Lexbase: N9545BSC



par Yann Le Foll, Rédacteur en chef de Lexbase Hebdo — édition publique

La complexité du droit en général n'épargne pas le secteur des marchés publics, riche en recours et en contentieux de toutes sortes, qui évoluent eux-mêmes au fil de l'abondante jurisprudence délivrée par le juge administratif, laquelle s'est traduite, notamment, par une responsabilisation toujours plus poussée des personnes publiques et de leurs cocontractants. La réforme profonde de ce secteur à la faveur de l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009, relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique (N° Lexbase : L1548IE3), ne rend pas superflue un point pratique destiné à rappeler les différents types de recours relatifs à la passation des marchés publics et les droits des candidats évincés. A cette fin, Lexbase Hebdo — édition publique a interrogé Marie Lhéritier, avocate au barreau de Paris, spécialiste du droit des contrats publics.

**Lexbase : Quels sont les recours relatifs à la passation des marchés publics ?**

**Marie Lhéritier** : Deux types de recours s'offrent aux candidats évincés de procédures de passation de contrats publics : d'une part, des recours en référé précontractuel et contractuel, et, d'autre part, un recours au fond qui peut être associé, le cas échéant, à une procédure d'urgence.

1 — Les voies de recours en référé ouvertes aux candidats évincés

Les recours en référé relatifs à la passation des marchés publics ont connu de récentes modifications substantielles issues de l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009, relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique codifiée aux articles L. 551-1 (N° Lexbase : L1591IEN) et suivants du Code de justice administrative, qui ont permis d'améliorer, en partie au moins, l'efficacité des procédures de référé. Cette ordonnance a réformé le régime du référé précontractuel et a créé une nouvelle voie de recours, le référé contractuel.

### 1.1. Le référé précontractuel

Le référé précontractuel peut seulement être introduit avant la signature du contrat et permet d'obtenir, notamment, l'annulation de la procédure de passation, lorsque le candidat évincé rapporte la preuve qu'un ou plusieurs manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence ont été commis et ont été susceptibles de le léser (1). L'effectivité de ce recours implique que les pouvoirs adjudicateurs respectent un délai de suspension entre la date d'envoi des notifications informant les candidats du rejet de leur offre (2) et la date de signature du contrat, ce qu'ils ne faisaient pourtant pas toujours.

### 1.2. Le référé contractuel

En créant le référé contractuel, l'ordonnance du 7 mai 2009 a ouvert une voie de recours aux candidats évincés qui n'ont pas pu introduire de référé précontractuel, en raison du non-respect, par le pouvoir adjudicateur, de la suspension obligatoire (3). Si le référé contractuel a le mérite de constituer une voie de recours subsidiaire ouverte aux candidats évincés empêchés par le pouvoir adjudicateur de faire valoir leurs droits avant la signature du contrat, il se révèle, néanmoins, d'une efficacité très limitée, dès lors que les manquements susceptibles d'y être invoqués sont très restrictifs (4).

## 2 — Le recours en contestation de la validité du contrat associé à un référé suspension

Depuis un célèbre arrêt "Société Tropic Travaux Signalisation" du Conseil d'Etat du 16 juillet 2007 (5), les concurrents évincés disposent d'un nouveau recours au fond directement dirigé contre le contrat lui-même, et qui peut être engagé dès sa signature. En application de cette jurisprudence, les concurrents évincés peuvent saisir le juge de conclusions tendant à l'annulation du contrat et de conclusions indemnitaires. Ceux-ci peuvent soulever tous manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence, ainsi que tous moyens tirés de l'illégalité même du contrat. Ce recours peut être accompagné d'un recours en référé suspension dirigé contre le contrat qui, en pratique, a très rarement prospéré du fait de la difficulté d'établir l'urgence qui constitue l'une des deux conditions d'exercice de ce recours (6). En définitive, l'intérêt principal de cette voie de recours demeure de permettre au candidat qui réussit à rapporter la difficile preuve qu'il a été irrégulièrement évincé de la procédure et qu'il avait une chance sérieuse de l'emporter, de solliciter le remboursement du manque à gagner qu'il subit du fait de son exclusion irrégulière.

### **Lexbase : Pouvez-vous nous rappeler le cadre réglementaire des procédures de communication avec les candidats évincés ? Quelles sont les principales jurisprudences en la matière ?**

**Marie Lhéritier** : Les procédures de communication avec les candidats évincés sont distinctes selon que la procédure concernée constitue une procédure formalisée ou une procédure adaptée.

#### 1 — L'obligation d'informer les candidats évincés de procédures formalisées du rejet de leur offre

L'obligation d'informer les candidats du rejet de leur offre, issue de l'article 80 du Code des marchés publics (N° Lexbase : L0165IRK), ne s'impose qu'en matière de procédures formalisées. Ne sont donc pas soumis à cette obligation :

- les marchés négociés sans mise en concurrence ;
- les marchés à procédure adaptée (MAPA) ;
- les marchés subséquents à un accord-cadre ou fondé sur un système d'acquisition dynamique.

Selon l'article 80 précité, le pouvoir adjudicateur doit notifier à tous les candidats évincés le rejet de leur candidature ou de leur offre, en leur indiquant les motifs de ce rejet. Certaines informations doivent impérativement figurer dans la notification :

- le nom de l'attributaire ;
- les motifs qui ont conduit au choix de l'offre de l'attributaire aux candidats ayant déposé une offre et à ceux n'ayant pas encore eu communication du rejet de leur candidature ;
- et la durée du délai de suspension (ou délai de *standstill*) que le pouvoir adjudicateur s'impose (16 jours ou 11 jours en cas de transmission par voie électronique) (7).

Depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 7 mai 2009, le non-respect de l'article 80 précité a pour conséquence

d'ouvrir au candidat évincé le référé contractuel et, le cas échéant, d'entraîner l'annulation du contrat dans le cadre du référé contractuel (8). A titre d'exemple, un candidat évincé qui n'a pas été informé du rejet de son offre en violation de l'article 80 du Code des marchés publics et qui, lors de l'introduction de sa requête référé précontractuel, s'est heurté à la signature du marché, est recevable à transformer sa requête initiale en référé contractuel par un simple mémoire en réplique (9). La même solution est retenue par le Conseil d'Etat lorsque le candidat évincé a été informé du rejet de son offre, mais pas du délai de suspension observé par le pouvoir adjudicateur (10). En revanche, cette solution est inapplicable si le candidat évincé néglige de notifier au pouvoir adjudicateur sa requête en référé précontractuel simultanément à son envoi au greffe du tribunal (11).

## 2 — L'absence de toute obligation d'informer les candidats évincés de procédures adaptées du rejet de leur offre

En matière de marché à procédure adaptée (MAPA), aucune obligation d'informer les candidats du rejet de leur offre ne pèse sur le pouvoir adjudicateur, comme le Conseil d'Etat l'a d'ailleurs rappelé dans son récent arrêt "Grand Port maritime du Havre" (12). Ainsi, en procédure adaptée, les pouvoirs adjudicateurs n'ont aucune obligation d'informer les candidats évincés ni aucune obligation de respecter un délai de *standstill*. Le Code de justice administrative permet, toutefois, au pouvoir adjudicateur, mais il s'agit là d'une simple faculté, de publier un avis d'intention de conclure pour informer les candidats de l'attribution du contrat et de sa signature dans le délai de *standstill* de 11 jours à compter de la publication de l'avis (13).

Lorsque le pouvoir adjudicateur procède à cette publication, les candidats évincés de procédures adaptées ont donc la possibilité d'introduire un référé précontractuel. Dans le cas contraire, ceux-ci ne disposent plus que de la possibilité d'introduire un référé contractuel pour critiquer leur éviction. Mais, dès lors que les moyens susceptibles d'être invoqués dans le cadre du référé contractuel sont extrêmement limités (14), il est permis de s'interroger sur l'effectivité des voies de recours en référé ouvertes aux candidats évincés de MAPA. Cette différence de contrôle juridictionnel existant entre les marchés à procédure formalisée et les marchés à procédure adaptée est pour le moins critiquable, surtout lorsque l'on sait que la majorité des marchés passés en France constituent des MAPA.

## **Lexbase : Quels sont les éléments qui doivent être obligatoirement communiqués et ceux qui relèvent du secret commercial ?**

**Marie Lhéritier** : Avant la signature du contrat, les documents (15) relatifs au contrat ne sont pas communicables, dès lors qu'ils constituent de simples documents préparatoires (16). Ce principe a encore été récemment rappelé par la Commission d'accès aux documents administratifs (CADA) (17). Seuls les documents qui "*sont regardés comme ayant un caractère définitif dès leur achèvement*" (18) peuvent être communiqués avant la signature du contrat, c'est-à-dire "*l'appel à candidatures, les éléments apportant la preuve de la publication des annonces, le règlement de consultation, mais aussi et surtout les délibérations des collectivités décidant, par exemple du lancement de l'appel d'offres, ou de la signature du contrat*" (19).

Après la signature du contrat, les documents relatifs au contrat et à sa passation deviennent en principe communicables, sous réserve de ne pas porter atteinte au secret en matière industrielle et commerciale (20). Sont, ainsi, communicables les procès verbaux des commissions d'appel d'offres sous réserve de dissocier les informations relatives à la sélection des candidatures de celles relatives au choix des offres et d'occulter des références à des procédés protégés (21), les avenants (22), les offres globales de prix des entreprises non retenues (23), ou encore l'offre de prix détaillée de l'entreprise attributaire (24) pour les marchés qui ne sont pas répétitifs.

En revanche, ne sont pas communicables les informations liées aux moyens techniques et humains ou au patrimoine, par exemple, l'offre commerciale et technique du titulaire d'un marché de maîtrise d'œuvre (25), les coordonnées bancaires des entreprises (26), les mentions relatives à leur chiffre d'affaires, celles relatives au dimensionnement ou au choix des technologies (27), aux investissements matériels et au nombre de personnes employées (28), ou encore au plan de financement ou à l'actionnariat (29), les mentions relatives à leur savoir-faire ou leur technicité (30) ou l'offre de prix détaillée de l'entreprise attributaire pour les marchés répétitifs portant sur une même catégorie de biens ou services (31).

## **Lexbase : Enfin, quelles sont les situations de litige les plus courantes lors de l'exécution des marchés publics ?**

**Marie Lhéritier** : Les situations de litiges les plus courantes en matière d'exécution de marchés se rencontrent indéniablement dans l'exécution des marchés de travaux. Le contentieux le plus fourni et le plus intarissable concerne les règles procédurales de règlement des litiges prévues par l'article 50 du "CCAG travaux" dans sa version issue du décret n° 76-87 du 21 janvier 1976, approuvant le cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés publics de travaux (N° Lexbase : L4632GU4). Cet article impose des règles précises de réclamation préalable s'imposant aux entrepreneurs qui veulent contester les actes pris par le maître de l'ouvrage ou le

maître d'œuvre dans l'exécution du contrat. Tant sur le plan procédural qu'opérationnel, la mise en œuvre de cette réclamation préalable s'avère toujours délicate.

Ainsi, par exemple, selon que le litige trouve sa source dans un différend entre le titulaire et le maître d'œuvre ou entre le titulaire et le maître de l'ouvrage, la procédure de réclamation préalable à observer diffère. La jurisprudence très fournie en la matière est, en outre, difficile à systématiser car elle est souvent rendue dans des cas d'espèce précis. Les cocontractants font régulièrement une application erronée de ces dispositions, ce qui aboutit à l'irrecevabilité de leur demande indemnitaire.

Pour citer un premier exemple très récent, la cour administrative d'appel de Marseille (32) a rejeté les conclusions indemnitaires d'un titulaire au motif que le préjudice dont il demandait l'indemnisation était né dans ses rapports avec le maître d'œuvre, et non dans ses rapports avec le maître de l'ouvrage. Or, le titulaire avait transmis sa réclamation au maître de l'ouvrage. Pour cette seule raison, et alors même que le maître de l'ouvrage avait, par la suite, transmis cette réclamation au maître d'œuvre, la cour a considéré que les conclusions indemnitaires présentées par l'entrepreneur étaient frappées de forclusion (32).

De la même manière, les titulaires négligent régulièrement les étapes de la procédure de règlement des litiges décrite par l'article 50 du "CCAG travaux". Par exemple, en cas de différends opposant le titulaire au maître d'œuvre, ce dernier reçoit la réclamation de l'entreprise et la transmet au maître de l'ouvrage qui prend une décision expresse ou implicite sur la réclamation. En cas de refus implicite de la réclamation, l'entrepreneur doit adresser un mémoire complémentaire dans les trois mois de la naissance de la décision implicite sous peine de forclusion.

Encore très récemment, cette règle a été méconnue par un entrepreneur et ses conclusions indemnitaires ont donc été, également, frappées de forclusion (33). Ces difficultés se retrouvent, par ailleurs, dans le contentieux de la contestation du décompte général notifié par le maître de l'ouvrage à l'entrepreneur au terme du marché qui implique une réclamation préalable conforme aux termes de l'article 50 et que certaines entreprises négligent encore aujourd'hui de former (34).

(1) CE, S., 3 octobre 2008, n° 305 420, publié au recueil Lebon (N° Lexbase : A5971EAE).

(2) Voir *infra*, sur le contenu et la forme de l'information des candidats évincés selon le type de procédure d'achat public.

(3) CE 2° et 7° s-s-r., 30 septembre 2011, n° 350 148, publié au recueil Lebon (N° Lexbase : A1556HYB) ; CE 2° et 7° s-s-r., 10 novembre 2010, n° 340 944, mentionné dans les tables du recueil Lebon ([LXB=A8947GGH]) ; CE 2° et 7° s-s-r., 24 juin 2011, n° 346 665 et n° 346 746, mentionné aux tables du recueil Lebon (N° Lexbase : A3555HU9).

(4) Seuls sont susceptibles d'être invoqués les quelques manquements définis par les articles L. 551-18 (N° Lexbase : L1598IEW) à L. 551-20 du Code de justice administrative.

(5) CE, Ass., 16 juillet 2007, n° 291 545, publié au recueil Lebon (N° Lexbase : A4715DXW) ; CE 2° et 7° s-s-r., 11 mai 2011, n° 347 002, publié au recueil Lebon (N° Lexbase : A8775HQ3).

(6) CJA, art. L. 521-1 (N° Lexbase : L3057ALS) ; voir CE 2° et 7° s-s-r., 6 mars 2009, n° 324 064, publié au recueil Lebon (N° Lexbase : A5824ED3).

(7) C. marchés publ., art. 80.

(8) CJA, art. L. 551-20 (N° Lexbase : L1585IEG).

(9) CE 2° et 7° s-s-r., 10 novembre 2010, n° 340 944, mentionné dans les tables du recueil Lebon, préc..

(10) CE 2° et 7° s-s-r., 24 juin 2011, n° 346 665, mentionné aux tables du recueil Lebon (N° Lexbase : A3555HU9) ; voir, dans le même sens, CE 2° et 7° s-s-r., 30 novembre 2011, n° 350 788 et n° 350 792, publié au Recueil Lebon (N° Lexbase : A1061H3P).

(11) CE 2° et 7° s-s-r., 30 septembre 2011, n° 350 148, publié au recueil Lebon, préc..

(12) CE 2° et 7° s-s-r., 19 janvier 2011, n° 343 435, publié au recueil Lebon (N° Lexbase : A1573GQC).

(13) CJA, art. L. 551-15 ([LXB=L1560IEI]).

(14) Ainsi, un candidat évincé qui a été empêché d'introduire un référé précontractuel ne pourra obtenir l'annulation

du contrat de façon certaine que dans trois cas :

— lorsqu'aucune des mesures de publicité requises pour la passation du contrat n'a été prise, ou lorsque a été omise une publication au Journal officiel de l'Union européenne dans le cas où une telle publication était prescrite ;

— lorsqu'ont été méconnues les modalités de remise en concurrence prévues pour la passation des contrats fondés sur un accord-cadre ou un système d'acquisition dynamique.

— lorsque sont remplies trois conditions cumulatives, cela étant peu le cas, en pratique, pour la troisième d'entre elles :

a) l'acheteur doit avoir violé le délai de *standstill* ou de suspension de signature ;

b) la méconnaissance de ces obligations doit avoir privé le demandeur de son droit d'exercer le référé précontractuel ;

c) et les obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles la passation du contrat est soumise doivent avoir été méconnues d'une manière affectant les chances de l'auteur du recours d'obtenir le contrat (CJA, art. L. 551-18).

Enfin, le candidat évincé pourra éventuellement, sauf si une condition impérieuse d'intérêt général s'y oppose et justifie une sanction moindre (CJA, art. L. 551-1), obtenir l'annulation du contrat en cas de violation du délai de *standstill* ou de la suspension de signature (CJA, art. L. 551-20 [N° Lexbase : L1585IEG](#)).

(15) CADA, conseil, 8 novembre 2007, n° 20074335 ; CADA, conseil, 5 juillet 2007, n° 20072665.

(16) Loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 ([N° Lexbase : L6533AG3](#)) ; CADA, avis, 14 octobre 1999, n° 19993499.

(17) CADA, avis, 26 février 2009, n° 20090624 ; voir, dans le même sens, CADA, conseil, 17 février 2011, n° 20110425.

(18) Rapport CADA 2008, p. 30.

(19) CADA, 31 août 2006, avis n° 20063298, et 5 juillet 2007, avis n° 20072665, .

(20) Article 6 de la loi du 17 juillet 1978 précitée : "[...] *ne sont communicables qu'à l'intéressé les documents administratifs : — dont la communication porterait atteinte à la protection de la vie privée, au secret médical et au secret en matière commerciale et industrielle [...]*".

(21) CADA, avis, 17 septembre 1992, Sulter ; CE 2° et 7° s-s-r., 20 octobre 2006, n° 278 601, mentionné au tables du recueil Lebon ([N° Lexbase : A9534DRK](#)).

(22) CADA, avis, 27 juin 1982, Dermaux.

(23) CADA, avis, 8 juin 2006.

(24) CADA, avis, 8 juin 2006, précité ; QE n° 13 896 de M. Jean Louis Masson, JO Sénat du 17 juin 2010, p. 1515, réponse publ. 23 septembre 2010, p. 2503, 13ème législature ([N° Lexbase : L6563IRI](#)).

(25) CADA, avis, 28 janvier 2010, n° 20 100 487.

(26) Par exemple, CADA, conseil, 11 juillet 2006, n° 20062914.

(27) CADA, avis, 3 avril 2008, n° 20081426.

(28) CADA, conseil, 6 décembre 2007, n° 20074761.

(29) CADA, avis, 8 mars 2007, n° 20070967.

(30) CADA, conseil, 11 juillet 2006, n° 20062848 ; CADA, avis, 15 janvier 2009 n° 20090080 ; CADA, conseil, 23 octobre 2008, n° 20084066 ; CADA, avis, 8 novembre 2007, n° 20072630, et pour une délégation de service public, voir, CADA, avis, 3 avril 2008, n° 20081426.

(31) CADA, conseil, 2 avril 2009, n° 20090984.

---

(32) CAA Marseille, 6ème ch., 7 novembre 2011, n°09MA00 170 (N° Lexbase : A0259H3Y) ; voir, dans le même sens, CE 2° et 7° s-s-r., 27 septembre 2006, n° 269 181, mentionné aux tables du recueil Lebon (N° Lexbase : A3340DR7).

(33) CAA Marseille, 6ème ch., 11 juillet 2011, n° 09MA02 789, inédit au recueil Lebon (N° Lexbase : A6820HYA).

(34) CE 2° et 7° s-s-r., 27 octobre 2010, n° 320 036, mentionné aux tables du recueil Lebon (N° Lexbase : A1104GDA).