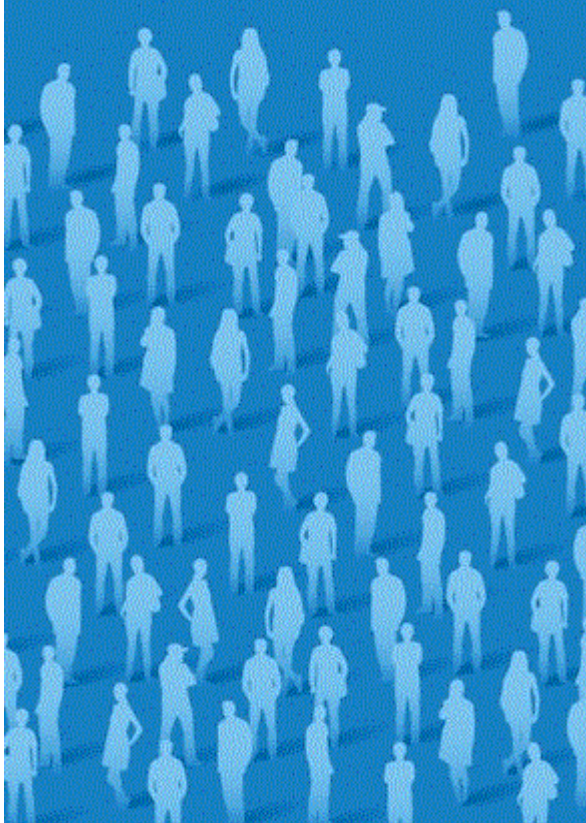




Association Pour l'Achat dans les Services Publics

www.apasp.com



Bienvenue à la WEB CONFERENCE

de l'APASP

Les contentieux de la passation des marchés publics

Animation

Jean Marc PEYRICAL

*Président de l'APASP,
Avocat et Maître de conférences*

**25 JUIN 2018
de 15 h 00 à 16 h 00**





Association Pour l'Achat dans les Services Publics

www.apasp.com

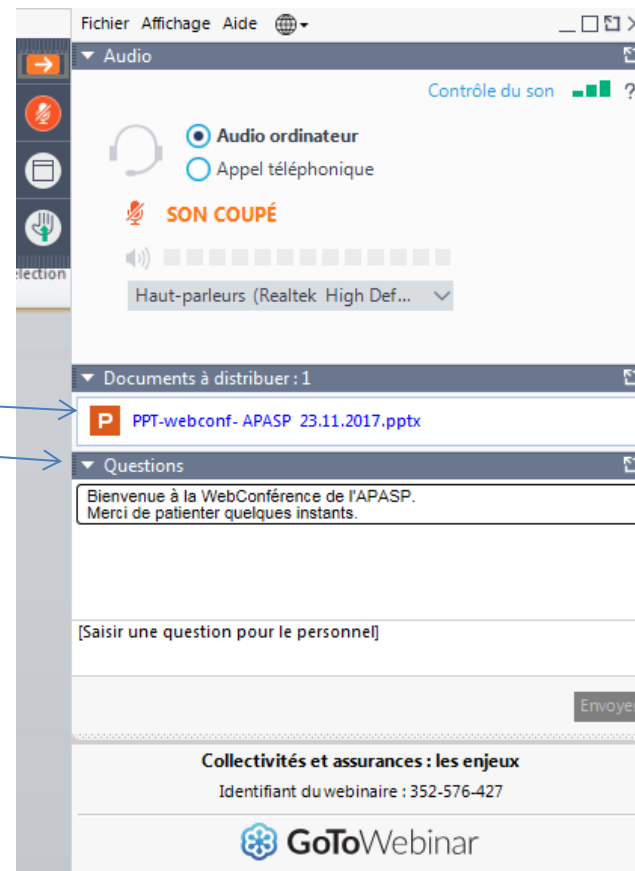
POSEZ VOS QUESTIONS DÈS À PRÉSENT

Et nous y répondrons à la fin de la conférence

Comment poser une question ?

A droite de votre écran, la
fenêtre pour :

- télécharger les documents
- poser vos questions



Les contentieux de la passation des marchés publics



Association Pour l'Achat dans les Services Publics

www.apasp.com

SOMMAIRE

- 1. Actualités des référés précontractuels et contractuels**
- 2. Recours en contestation de validité du contrat et recours indemnitaires**
- 3. Consécration d'un nouveau recours : le recours en demande de résiliation**



Le référé précontractuel (art. L. 551-1 CJA) :

Recours d'urgence permettant d'obtenir, **avant la signature du marché**, l'annulation de la procédure de mise en concurrence et de toute décision s'y rapportant (décision d'attribution, d'élimination d'une offre ou d'une candidature, etc.), pour un motif tiré d'un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence

➤ **Conditions de délai** : le référé précontractuel peut être exercé tant que le marché n'est pas signé

✓ l'exercice du référé n'est enfermé dans **aucun délai raisonnable** à compter du moment où le candidat évincé a connaissance du manquement dont il se plaint (CE, 12 juillet 2017, *Société Études Créations et Informatique*, req. n°410832)

➔ **Conséquence pratique en matière de procédure restreinte** : *un candidat éliminé au stade de la présélection des candidatures est autorisé à exercer un référé précontractuel tant que le marché n'est pas signé – et même plusieurs semaines voire mois après la notification du rejet de sa candidature -*

✓ l'exercice du référé **suspend la signature du contrat** à compter de la saisine du juge et jusqu'à la notification de l'ordonnance au pouvoir adjudicateur (article L. 551-5 du CJA).

Le référé précontractuel (art. L. 551-1 CJA) :

➤ **Personnes ayant un intérêt à agir et à se plaindre de manquements** : l'intérêt à agir en référé précontractuel est subordonné à 2 conditions cumulatives :

- ✓ le requérant doit avoir un intérêt à conclure le contrat : candidat évincé (au stade de sa candidature ou de son offre) ; candidat ayant été empêché ou dissuadé de soumissionner (du fait, par exemple, d'une publicité insuffisante ou d'une absence irrégulière d'allotissement)

- ✓ le requérant doit être susceptible d'avoir été lésé par le ou les manquements dont il se plaint (CE, 3 octobre 2008, *SMIRGEOMES*, n°305420).

- **Conséquence pratique** : le candidat ayant remis une candidature ou une offre irrégulière ne peut pas se plaindre en référé précontractuel, sauf s'il s'agit pour lui de contester le motif de cette non conformité

- Le pouvoir adjudicateur peut soulever pour la première fois, au contentieux, l'irrégularité de l'offre du requérant – même si celle-ci a été analysée et notée -

Le référé précontractuel (art. L. 551-1 CJA) :

➤ **Moyens invocables** : tout manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence (susceptible d'avoir lésé le requérant)

✓ **Exemples :**

- défaut d'allotissement du marché ;
- imprécision des critères d'attribution du marché ;
- irrégularité de la méthode de notation des critères (ex. : CE, 24 mai 2017, Min. de la Déf., req. n°405787 : illégalité de la méthode conduisant automatiquement à attribuer la note de 20/20 à l'offre la moins-disante et celle de 0/20 à la plus élevée, dès lors que le critère prix est lui-même fortement pondéré (60%) ;
- défaut de précision des besoins ou des modalités d'exécution des prestations
- manquement à l'obligation d'impartialité/conflit d'intérêts (ex : TA Paris, 4 mai 2017, *JC Decaux France*, req. n°1706139/9)

Les contentieux de la passation des marchés publics

Le référé précontractuel (art. L. 551-1 CJA) :

➤ **Moyens invocables** : tout manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence (susceptible d'avoir lésé le requérant)

✓ **Le juge des référés précontractuels n'est pas compétent pour contrôler les mérites respectifs des offres et donc la notation des offres opérée par l'acheteur.**

- le juge des référés précontractuels peut contrôler et sanctionner l'irrégularité de l'offre de l'attributaire (ex : CE, 18 septembre 2017, *Ville de Paris*, req. n°410336 : méconnaissance des prescriptions du règlement local de publicité de la ville), ou son caractère anormalement bas ;
- le juge des référés précontractuels peut contrôler et sanctionner la dénaturation des offres par le pouvoir adjudicateur (voire la neutralisation de certains critères)

Les contentieux de la passation des marchés publics

Le référé contractuel (art. L. 551-13 CJA) : recours d'urgence permettant d'obtenir, après la signature du marché, l'annulation du marché ou de certaines de ces clauses (voire une pénalité financière)

➤ **Délais pour agir**: le référé contractuel doit être formé dans les **31 jours à compter de la publication de l'avis** d'attribution ou, à défaut d'un tel avis, dans les **6 mois à compter du lendemain de la conclusion du contrat**

➤ **Conditions de recevabilité et d'ouverture** : le référé contractuel n'est pas la seconde chance du référé précontractuel → le référé contractuel a pour objet de pallier l'impossibilité, pour le requérant justifiant d'un intérêt à conclure le contrat, de n'avoir pas pu exercer un référé précontractuel

- le candidat qui a formé un référé précontractuel n'est plus recevable à former un référé contractuel (CE, 10 novembre 2010, *France Agrimer*, req. °340944)

Les contentieux de la passation des marchés publics

Le référé contractuel (art. L. 551-13 CJA) :

➤ **Irrégularités invocables** : compte tenu de sa finalité (*pallier l'impossibilité d'avoir pu exercer un référé précontractuel*), les irrégularités invocables en référé contractuel sont limitativement définies :

- Lorsqu'aucune mesure de publicité requise pour la passation du marché n'a été effectuée, ou en l'absence de publication au JOUE (alors qu'elle était requise) => CE, 24 mai 2017, Sté Régat des Iles, req. n°407213 : conclusion irrégulière d'un marché de gré à gré, au motif tiré d'une prétendue urgence impérieuse
- En cas de méconnaissance des modalités de remise en concurrence des marchés subséquents d'un accord-cadre ;
- En cas de non respect du délai de *stand still* ou de violation de la suspension automatique de la signature du marché (alors qu'un référé précontractuel a été exercé) ➡ **nécessité de démontrer, en plus, l'existence d'un manquement aux obligations de mise en concurrence de nature à avoir lésé le requérant**

Les contentieux de la passation des marchés publics

Quid des référés (précontractuels et contractuels) en matière de MAPA ?

- **En MAPA**, compte tenu des obligations (très limitées) pesant sur les acheteurs publics en matière de notification des rejets, il est facile de « neutraliser » le risque de référés (précontractuels et contractuels)
- **Rappel des obligations d'information** pesant légalement sur les acheteurs publics en MAPA (art. 99-I D. 25/03/2016) :
 - Dès qu'il décide d'éliminer une candidature ou une offre, il doit notifier cette décision de rejet au candidat concerné
 - Si le candidat en fait la demande écrite, il doit, sous 15 jours, lui communiquer (i.) les motifs du rejet de sa candidature ou de son offre, et (ii.) le nom de l'attributaire, ainsi que les caractéristiques et avantages de son offre
- ➔ **Littéralement, ces dispositions n'imposent aucun délai de *standstill* entre la notification du rejet et la signature du marché**

Quid des référés (précontractuels et contractuels) en matière de MAPA ?

- **Parallèlement, confirmation du refus du Conseil d'Etat de consacrer un délai de *standstill*** ➡ CE, 31 octobre 2017, *société MB Terrassements Bâtiments*, req. n° 410772 (v. déjà : CE, 29 juin 2012, *Sté Pro2C*) : ni les textes ni les principes généraux n'obligent au respect d'un délai raisonnable entre la notification des rejets et la signature du marché

=> **Conséquence pratique : neutralisation du risque de référés :**

- **En MAPA**, la signature du marché peut être concomitante à la notification des rejets ➡ fermeture de la voie du référé précontractuel
- Par ailleurs, en l'absence de délai de *standstill* obligatoire, le MAPA ne relève pas des cas d'ouverture du référé contractuel

Les contentieux de la passation des marchés publics



Recours au fond : recours en contestation de validité et indemnitaires

Recours en contestation de la validité du contrat (CE, 4, avril 2014, Département de Tarn et Garonne, req. n°358984) : Tous les tiers justifiant d'un intérêt lésé par un contrat administratif ont la possibilité de contester directement sa validité devant le juge du contrat.

➤ **Tiers lésés** : distinction à opérer entre deux catégories de requérants :

- **membres de l'organe délibérant du pouvoir adjudicateur** (élus de l'opposition, notamment) + Préfet
- **tout autre tiers**, pour autant qu'il est « **susceptible d'être lésé dans ses intérêts de façon suffisamment directe et certaine** » par la passation du contrat ou ses clauses ➡ appréciation de l'intérêt à agir au cas par cas, en fonction de la qualité du requérant et de l'impact du contrat sur ses intérêts (*candidat évincé, voire également association d'usagers, ordre professionnel, etc.*)

Les contentieux de la passation des marchés publics

Recours au fond : recours en contestation de validité et indemnitaires

Recours en contestation de la validité du contrat (CE, 4, avril 2014, Département de Tarn et Garonne, req. n°358984)

- **Délai de recours** : le délai doit être introduit **dans les deux mois** « à compter de l'accomplissement des mesures de publicité appropriées » :
 - **Le délai de 2 mois est un délai franc** (CAA Nancy, 17 octobre 2017, Sté Ateliers Bois, req. n°16NC0123)
 - **Absence de précision de la JP du CE** sur la notion de « mesures de publicité appropriées » (*s'agit-il nécessairement d'un avis, même pour les MAPA de faible montant ? Cet avis doit-il avoir le même support que celui de la publicité initiale ?etc.*)

Recours au fond : recours en contestation de validité et indemnitaires

Recours en contestation de la validité du contrat (CE, 4, avril 2014, Département de Tarn et Garonne, req. n°358984)

- **Moyens susceptibles d'être invoqués** : distinction à opérer selon la nature du requérant :
 - **Membres de l'organe délibérant du pouvoir adjudicateur** (élus de l'opposition, notamment) + Préfet : possibilité pour eux d'invoquer tout type d'irrégularité
 - **Les autres tiers** : « *vices en rapport direct avec l'intérêt lésé* » ou ceux « *d'une gravité telle que le juge devrait les relever d'office* » → même logique que celle de la jurisprudence SMIRGEOMES, avec un fort pouvoir d'appréciation laissé au juge
- **Modulation des pouvoirs du juge** : en fonction de la nature et de la gravité des irrégularités, le juge peut soit : décider de la poursuite du contrat ; inviter les parties à régulariser les choses ; prononcer la résiliation voire l'annulation du contrat ; octroyer une indemnité au requérant

Recours au fond : recours en contestation de validité et indemnitaires

Recours indemnitaire :

➤ **Tout candidat évincé** peut demander à être indemnisé du préjudice subi à raison de l'illégalité de la conclusion du contrat dont il a été évincé – une telle demande indemnitaire pouvant être accessoire à un recours en contestation de validité du contrat - (CE, Avis, 11 mai 2011, Sté Rébillon Schmit Prévot, req. n°347002) :

- **Si le requérant peut simplement démontrer** qu'il n'était pas dépourvu de toute chance d'obtenir le marché (car son offre était régulière) : droit à l'indemnisation des frais remise de son offre (difficile à prouver la réalité des frais engagés)
- **Si le requérant arrive à prouver** qu'il avait des chances sérieuses d'emporter le marché : droit à l'indemnisation du bénéfice manqué
- **Dans les deux cas**, l'irrégularité invoquée doit être la cause directe de l'éviction du candidat et donc de sa perte de chance (CE, 10 février 2017, Sté Bancel, req. n°393720)

Recours au fond : recours en contestation de validité et indemnitaires

Recours indemnitaire :

- **Impact du décret n°2016-1480 du 2 novembre 2016** *portant modification du CJA* sur les conditions d'exercice du recours indemnitaire :
 - Le recours doit dans tous les cas être précédé d'une réclamation indemnitaire préalable auprès de l'acheteur public, même pour les marchés publics de travaux
 - L'absence de décision explicite de rejet fera naître une décision implicite de rejet, de nature à faire courir le délai de recours de deux mois

Consécration d'un nouveau recours : le recours en demande de résiliation du contrat



Association pour l'Accès aux Procédures de Passation des Marchés Publics

www.apasp.com

Rappel de l'état du droit antérieur : un tiers à un contrat était en droit de demander, auprès du juge de l'excès de pouvoir, l'annulation du refus de l'administration de prononcer la résiliation du contrat - en tant, par exemple, que celui-ci était illégal – (CE, 24 avril 1964, Sté LIC)

- **Ce recours ne permettait pas d'obtenir directement la résiliation du contrat** (mais simplement l'annulation du refus, opposé par l'administration, de prononcer une telle mesure)
- **Risque de cette ancienne jurisprudence** : possibilité pour les tiers de contourner le délai de recours de deux mois ouvert contre tout contrat public (jurisprudence *Tarn et Garonne*).

Abandon de cette possibilité contentieuse, à laquelle est désormais substituée un nouveau recours direct (CE, 30 juin 2017, *SMPAT*) : les tiers peuvent directement demander au juge du contrat d'en prononcer la résiliation ➡ strictes conditions posées à ce nouveau recours (de nature à en réduire la portée pratique, et donc le risque pour les acheteurs publics)

Consécration d'un nouveau recours : le recours en demande de résiliation du contrat

Conditions posées au recours en résiliation :

- **Objet du recours** : Le recours ne peut avoir pour objet que d'obtenir la résiliation du contrat
→ les autres mesures d'exécution, et notamment les autres mesures coercitives (pénalités, mise en régie, etc.), ne sont pas concernées
- **Intérêt à agir** : deux types de requérants (comme dans le recours *Tarn et Garonne*) :
 - ✓ **Le Préfet et les membres de l'organe délibérant de la collectivité** : intérêt objectif à agir
 - ✓ **Tout autre tiers susceptible d'être lésé dans ses intérêts** de façon suffisamment directe et certaine par la poursuite de l'exécution du contrat :
 - la lésion ne s'apprécie pas au regard des conséquences de l'existence même du contrat (ou de ses conditions de passation), mais des conséquences liées à la poursuite de son exécution → démonstration de la lésion sera très difficile à apporter (impératif de sécurité juridique et de stabilité des relations contractuelles)
 - Ex : la seule qualité de « concurrent » ne suffit pas à conférer un tel intérêt
➡ le concurrent doit pouvoir démontrer que l'exécution du contrat modifie de façon défavorable et substantielle sa situation concurrentielle

Consécration d'un nouveau recours : le recours en demande de résiliation du contrat

Conditions posées au recours en résiliation :

- **Moyens invocables** : seuls trois catégories de moyens sont opérants ➡ le tiers doit pouvoir démontrer que la personne publique est tenue de mettre fin au contrat :
 - ✓ Soit du fait de dispositions législatives applicables aux contrats en cours ;
 - ✓ Soit parce que le contrat est entaché d'irrégularités qui sont de nature à faire obstacle à la poursuite de son exécution et que le juge devrait relever d'office (ex : objet illicite, vice de consentement, etc.) ;
 - ✓ Soit parce que la poursuite de l'exécution du contrat est manifestement contraire à l'intérêt général → possibilité de réclamer la résiliation du contrat aux torts du titulaire, en cas de manquements contractuels qui, par leur gravité, compromettent manifestement l'intérêt général.
- ➡ **les irrégularités commises lors de la passation du contrat ne sont pas, en principe, de nature à justifier une résiliation du contrat à la demande d'un tiers.**

Consécration d'un nouveau recours : le recours en demande de résiliation du contrat

Conditions posées au recours en résiliation :

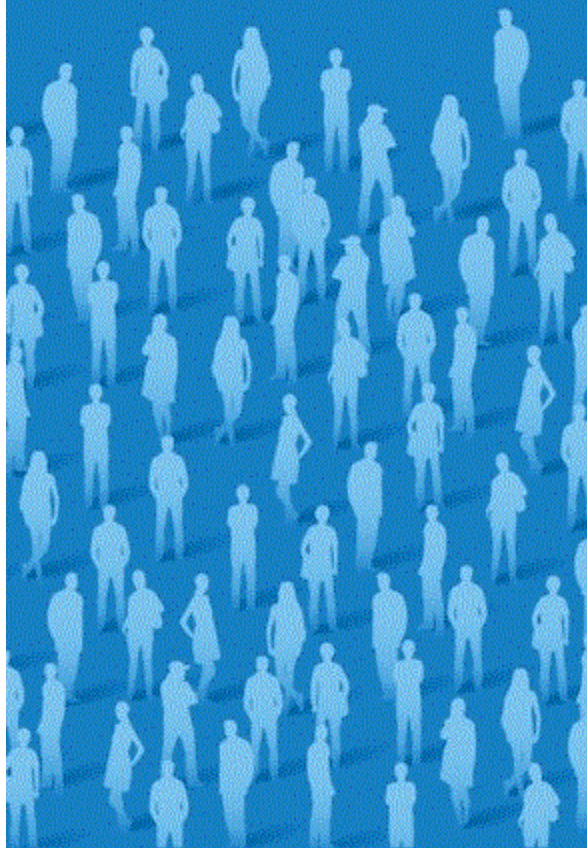
➤ Procédure et délai de recours :

- ✓ **Le tiers doit d'abord former une demande préalable de résiliation** auprès de l'administration → ce n'est qu'en cas de refus (exprès ou tacite) opposé à cette demande qu'il peut saisir le juge du contrat
- ✓ **Le recours contentieux doit être formé dans le délai de droit commun** (de deux mois) à compter de ce refus



Association Pour l'Achat dans les Services Publics

www.apasp.com



2 prochaines SESSIONS D'ETUDES

En partenariat avec EGFBTP

LES EVOLUTIONS DE LA LOI MOP

Panorama des différents montages contractuels en 2018

octobre 2018
PARIS

En partenariat avec le Journal LES ECHOS

ACTUALITE DE LA COMMANDE PUBLIQUE ET DES AUTRES CONTRATS

Jeudi 5 et vendredi 6 décembre 2018

Auditorium Journal LES ECHOS -10, boulevard de Grenelle 75015 PARIS

**Programmes et bulletins d'inscription prochainement à
votre disposition sur www.apasp.com**



Encore quelques questions... ?

L'APASP propose à ses adhérents une assistance technique marchés publics, une revue de presse, des Web formations suivies d'une journée pratique, des colloques, des séminaires, un outil de gestion « CEPHEE » pour les groupements de commandes...



Pour en savoir plus sur nos adhésions, rendez-vous sur
www.apasp.com ou contactez nous au **01 42 80 93 93**