

Yves-René Guillou

Avocats

Actualités des marchés publics – octobre 2009

UGAP OUEST
13 octobre 2009

Me Yves René GUILLOU

Cabinet Yves-René GUILLOU Avocats
Avocats

63 rue Pierre Charron – Paris 75008

Tél : 01 45 62 71 00

Fax : 01 45 62 71 01

e-mail : droitpubliceco@yrgavocats.com



Première partie:

**Les grandes modifications
du Code des marchés
publics**

I.1.1 Les Marchés inférieurs à 20 000 €

- Le seuil des petits achats de 4 000 à 20 000 euros HT.
- La France rejoint ainsi ses partenaires européens.
- La plupart des pays membres de l'Union, ainsi que la Commission européenne, ont adopté un tel seuil, lequel est, en moyenne, fixé à 20 000 euros.
- Jusqu'à cette limite, le pouvoir adjudicateur « *peut décider que le marché sera passé sans publicité ni mise en concurrence préalables* » (art. 28 du code, dernier alinéa).

I.1.2 Les Marchés inférieurs à 20 000 €

Projet de Circulaire d'application du CMP (juin 2009, non publiée)

- La détermination de la valeur estimée des besoins au regard des notions d'opération et de prestations homogènes doit faire l'objet d'une attention toute particulière (art. 27 du code).
- Les acheteurs publics ne doivent pas concevoir ce seuil de façon à pouvoir bénéficier artificiellement de la dispense des obligations de publicité et de mise en concurrence.
- La collectivité doit se comporter en gestionnaire avisé et responsable des deniers publics. Elle devra être à même de pouvoir justifier à tout moment les motifs de son choix et d'assurer la traçabilité des procédures qu'elle aura employées, selon la nature et le montant de la prestation achetée.

I.1.3 Les Marchés inférieurs à 20 000 €

Projet de Circulaire d'application du CMP (juin 2009, non publiée)

- L'efficacité de la commande publique et le bon usage des deniers publics invitent donc les acheteurs publics à s'informer sur la structure de l'offre existante sur le marché.
- Le pouvoir adjudicateur a une bonne connaissance du marché, il peut procéder à l'acte d'achat sans formalité préalable. A défaut, il peut solliciter des opérateurs économiques la production de devis ou procéder à une mesure de publicité minimale.
- Dans ce cas, le choix du support publicitaire au regard de son coût doit être en adéquation ou proportionné avec le coût de l'achat envisagé. La publication via internet sur le site dédié de la collectivité territoriale est un bon vecteur de publicité, en raison de son faible coût et de la diffusion large de l'information.

I.2.1 Organiser la négociation en MAPA

La négociation en MAPA

- **Selon l'article 28 CMP applicable aux MAPA:**

« le pouvoir adjudicateur peut négocier avec tous les candidats ayant présenté une offre »

- **Afin de respecter les principes fondamentaux de la commande publique et notamment celui de la transparence, il est prudent de faire figurer dans le règlement de consultation :**

- le recours à la négociation (Rép. Min. n° 07293/ JO Sénat, 7 mai 2009)
- Les modalités selon lesquelles cette négociation sera conduite

I.2.2 Organiser la négociation en MAPA

La négociation en MAPA

- Si le recours à la négociation n'est pas mentionné dans le règlement de consultation, un candidat évincé pourra contester l'absence d'une telle information, qui est l'une des caractéristiques principales de la procédure.
- Attente de jurisprudence sur ce point pour clarifier le droit
- La négociation peut porter sur bon nombre de questions: éléments techniques, financiers...
- La négociation devra être conduite de façon méthodique afin de garantir l'égalité de traitement des candidats, sur ce point la traçabilité des opérations menées durant la négociation est très importante.

I.2.3 Recours à la négociation

- Illégalité du recours à la procédure négociée lorsque l'appel d'offre n'a pas été organisé dans des conditions permettant sa réussite
 - La CAA de Bordeaux confirme une jurisprudence constante. En l'espèce le montant global du marché avait été clairement sous-estimé et le marché négocié attribué pour un montant bien supérieur à l'estimation réalisée par le Centre hospitalier.

CAA Bordeaux, 6 novembre 2008, Centre hospitalier Saint-Nicolas de Blaye, n°07BX01245

I.3. Dématérialisation

- Dématérialisation de la procédure
 - A partir du 1^{er} janvier 2010, les pouvoirs adjudicateurs devront:
 - Publier les avis d'appel public à la concurrence ainsi que les documents de la consultation, relatifs à des marchés de plus de 90 000 euros, sur leur profil d'acheteur, c'est-à-dire sur leur site dédié à la passation de leurs marchés publics ;
 - Être en mesure d'informer les candidats en leur livrant les dossiers de consultation des entreprises sur leur profil d'acheteur.
 - A partir du 1^{er} janvier 2012, le pouvoir adjudicateur ne pourra plus refuser la transmission électronique des documents exigés des candidats, pour les achats de fournitures, de services ou de travaux supérieurs à 90 000 € HT.

I.4. Capacité financière

- **Elimination d'un candidat au stade du jugement des offres pour défaut de capacité financière**
 - La Cour administrative d'appel de Versailles a apporté un tempérament à la règle selon laquelle un candidat ne peut être éliminé pour défaut de capacité financière qu'au stade de la sélection des candidatures. Il est possible, selon elle, de rejeter l'offre d'une entreprise placée en redressement judiciaire au motif que ses garanties financières sont insuffisantes, même après avoir retenu sa candidature

*CAA Versailles, 5 février 2009, Sté SEE Simeoni,
n°07VE02058*

1.5. « Black list »

- **Eviction d'un candidat en raison des difficultés survenues lors de l'exécution d'un marché antérieur**
 - L'autorité administrative ne peut se fonder sur cet unique motif pour justifier sa décision et doit procéder à une appréciation globale de la capacité du candidat. Lorsqu'elle invoque ce motif, l'autorité administrative doit préciser la nature des difficultés rencontrées et faire le lien avec **la capacité de l'entreprise**.
CAA Bordeaux, 10 février 2009, Sté Valérian, n°07BX02397

I.6. Accords-cadres

- Même si un marché à bons de commande peut être passé sans minimum ni maximum, il convient néanmoins de faire figurer, dans le cadre « quantité ou étendue globale » de la rubrique relative aux accords-cadres de l'avis de marché, à titre indicatif et prévisionnel, les quantités ou des éléments permettant d'apprécier l'étendue du marché

***CE, 24 octobre 2008, Communauté
d'agglomération de l'Artois, n° 313600***

I.7. Critères d'attribution

- Interdiction d'utiliser les garanties financières comme critère d'attribution du marché
 - Le pouvoir adjudicateur ne peut demander à deux candidats de lui fournir des éléments relatifs à leurs garanties financières pour départager leurs offres.

*CAA Bordeaux, 13 novembre 2008, Sté BTP Pouquet,
n°06BX02602*

I.8.1 Allègement des formalités relatives à la présentation des offres

Suppression de la double enveloppe:

- Le décret du 19 décembre 2008 a supprimé le principe de la double enveloppe.

1.8.2 Allègement des formalités relatives à la présentation des offres

Suppression de la double enveloppe:

- Un candidat ne pourra plus être évincé au motif qu'il a glissé dans une des enveloppes des documents devant figurer dans l'autre (CE 8 août 2008, *Ville de Marseille, Lebon* à paraître; *AJDA* 2008. 1569 ; CE 22 déc. 2008, *Communauté d'agglomération Salon-Etang de Berre-Durance*).

I.8.3 Allègement des formalités relatives à la présentation des offres

Délégations

Possibilité, pour l'assemblée délibérante des collectivités locales, de déléguer à l'exécutif la passation des marchés sans limite de montant (modification des articles L. 2122-22, L.3221-11-1 et L.4231-8-1 du CGCT par la loi Article L2122-22 par la loi n°2009-179 du 17 février 2009, article 10)

I.8.4 Allègement des formalités relatives à la présentation des offres

- **Ceci étant observé, les collectivités ont aujourd'hui le choix entre trois options :**

- — soit refuser la facilité accordée par la [loi du 17 février 2009](#), en ne modifiant pas le régime des délégations de pouvoir jusqu'ici accordées à l'exécutif local pendant la durée de son mandat.

Ainsi, le seuil de 206 000 euros HT pourrait être maintenu. Cette option aurait pour avantage de ne pas modifier les habitudes (voire le règlement interne des procédures élaboré par la collectivité). Le seuil retenu coïnciderait par ailleurs avec celui prévu pour la transmission des marchés au contrôle de légalité au sein des préfectures (*cf. infra*) ;

- — soit prendre une nouvelle délibération portant le seuil à un montant plus élevé pour toutes les catégories de marchés publics (par exemple 5 150 000 euros HT), ou encore modulant ce seuil en fonction de la catégorie de marché visée (par exemple : 206 000 euros HT pour les services et fournitures, 5 150 000 euros HT pour les travaux) ;
- — soit, enfin, ne pas prévoir de limites en termes de seuil et de catégories de marchés, et donner à l'exécutif une délégation illimitée en la matière.

I.8.5 Allègement des formalités relatives à la présentation des offres

- Lorsqu'il bénéficie d'une délégation générale, le maire reste lié par certaines contraintes:
 - L'article L. 2122-21-1 du CGCT pose une limite à l'action du maire. Celui-ci ne peut faire usage de la délégation qui lui est faite que lorsque les crédits sont inscrits au budget.
 - D'autre part, lorsqu'un avenant entraîne une augmentation du montant du marché supérieure à 5%, la CAO doit être saisie pour avis

I.8.6 Allègement des formalités relatives à la présentation des offres

Niveaux de capacités:

- En matière d'appel d'offres, la fixation de niveaux minima de capacité exigés des candidats est facultative (nouvel article 59 CMP) – décret n°2008-1334.

I.8.7 Allègement des formalités relatives à la présentation des offres

Marchés à bons de commande:

Dans les marchés à bons de commande et les accords-cadres, le pouvoir adjudicateur peut désormais :

- prévoir un minimum et un maximum en valeur ou en quantité ;
- prévoir un minimum, ou un maximum ;
- ne rien prévoir.

I.9. Avances

- Versement d'avances:
- En vue d'améliorer la trésorerie des entreprises, les acheteurs publics pourront accorder en 2009 des avances pour tout marché supérieur à EUR 20.000, même s'il est déjà en cours d'exécution. Il s'agit d'une mesure dérogatoire conjoncturelle, le principe restant le versement obligatoire d'une avance pour les marchés excédant EUR 50.000 et dont le délai d'exécution dépasse deux mois.
- La circulaire du 19 décembre précise que tous les marchés de l'Etat d'un montant compris entre EUR 20.000 et EUR 5 millions et **notifiés au 31 décembre 2009** donneront lieu au versement d'une avance systématique de 20 %.

I.9.1 Avances (suite)

- Il convient de ne pas confondre avance et acompte:
 - L'acompte rémunère un service fait
 - L'avance intervient avant tout commencement d'exécution du marché

I.10.1 Sujétions techniques imprévues (1)

- Meilleure prise en compte des aléas
 - En cas de sujétions techniques imprévues, les avenants peuvent être passés sans limitation de montant.
 - *Art. 20. CMP – « En cas de sujétions techniques imprévues ne résultant pas du fait des parties, un avenant ou une décision de poursuivre peut intervenir quel que soit le montant de la modification en résultant.*
 - *« Dans tous les autres cas, un avenant ou une décision de poursuivre ne peut bouleverser l'économie du marché, ni en changer l'objet. »*

I.10.2 Sujétion techniques imprévues (2)

Par *sujétions techniques imprévues*, on entend les sujétions exceptionnelles, imprévisibles et extérieures aux parties qui sont considérées par le juge comme impliquant l'utilisation de techniques plus onéreuses ou entraînant des travaux supplémentaires dans l'exécution d'un marché public de travaux publics. Elles sont liées en général à l'état du sous-sol ou aux aléas climatiques.

Elles sont reconnues par la doctrine en dehors des marchés publics de travaux (DSP par exemple).

I.11. Délais de paiement

- Accélération des délais de paiement
 - Réduction du délai de paiement
 - Le délai global de paiement (article 98 CMP) est réduit pour les marchés passés par les collectivités locales et les EP locaux.
 - Il est ramené:
 - de 45 à 40 jours à compter du 1er janvier 2009,
 - de 40 jours à 35 jours à compter du 1er janvier 2010
 - et de 35 jours à 30 jours à compter du 1er juillet 2010).

I.12. Publicité de la pondération des sous-critères

- La pondération des sous-critères doit faire l'objet d'une publicité dès lors que leur qu'ils ont, pour l'évaluation des offres, une importance qui leur confère la qualité de véritables critères.

CAA Bordeaux, ord., 12 oct. 2007, Région Réunion c/ Préfet de la Réunion, n° 07BX01819



Deuxième partie:

Panorama de jurisprudences 2008-2009

*Éviter le risque contentieux en
connaissant le contentieux...*

CAA Bordeaux, 23 déc. 2008, *SARL Guichot*

- Le sous-traitant occulte n'a pas droit au paiement direct de ses travaux
- Mais il peut engager la responsabilité quasi-délictuelle du maître de l'ouvrage pour s'être abstenu de mettre en demeure l'entrepreneur principal de régulariser sa situation alors qu'il avait connaissance de son intervention
- En l'espèce, à compter de la date à laquelle la société sous-traitante figurait sur un compte-rendu de chantier, le maître de l'ouvrage ne pouvait plus ignorer sa présence
- Exonération partielle de la responsabilité du maître de l'ouvrage:
 - Responsabilité limitée à 1/3 du préjudice subi
 - Fautes du sous-traitant et de l'entrepreneur principal prises en compte



CE, 20 mai 2009, *Dépt du Var*,
n°318871

- L'acheteur public n'est jamais tenu d'inviter un candidat à régulariser son offre

TA Versailles, 12 février 2009, *Sté Stem propreté*

- Un marché peut être valablement conclu même si le délai de *stand still* n'a pas été respecté
- Dernière illustration du « circulez c'est signé »

CE, 29 décembre 2008, *OPHLM de Puteaux*, n°296930

Modulation des pénalités de retard

- Le juge administratif, saisi de conclusions en ce sens, peut augmenter ou modérer les pénalités de retard résultant d'un contrat, si ces pénalités atteignent un montant dérisoire ou excessif eu égard au montant du marché
- Le Conseil d'Etat revient ainsi sur sa jurisprudence antérieure

CAA Versailles, 7 octobre 2008, Sté Rabot Dutilleul TP, n°05VE00834

CE, 24 novembre 2006, Sté Group 4 Falck Sécurité



TA Lyon, 23 avril 2009, *Sté Immobat*

- Le mandat de vente immobilière contre versement d'un prix est un marché public de services relevant de l'article 30 CMP

CAA Douai, 19 février 2009, *Dépt. de l'Oise*

Requalification d'une subvention en marché public

Objet: création d'un site internet d'accès à certains logiciels pédagogiques pour des élèves de collèges

Application des critères *Région de la Réunion, CE 2008*

CE, *Cté urbaine de Dunkerque,* *Ville de Dunkerque, 15 déc. 2008*

- Application de Smirgeomes
(contentieux de la passation d'un MP de mobilier urbain)
- Critique: précisions insuffisantes sur les niveaux minimaux de capacités
- Défense: candidature admise
- MAIS: censure en raison du manque de précision pour les demandes de « prestations complémentaires ».

CE, Cté urbaine de Dunkerque, Ville de Dunkerque, 15 déc. 2008

- *« Que faute d'avoir précisément défini le type de prestation complémentaires envisagées, lesquelles doivent nécessairement être en rapport direct avec l'objet du marché, la Cté urbaine n'ont pas prévu des modalités d'examen des offres garantissant l'égalité de traitement des candidats et la transparence de la procédure ».*

CE, 24 oct. 2008, *UGAP*, n° 314499

Publicité des sous-critères

- La mention des sous-critères dans le seul règlement de consultation et non dans l'avis d'appel public à concurrence ne constitue pas un manquement aux obligations de publicité.

CE, *Ville de Marseille*, 22 déc. 2008

- L'entité adjudicatrice peut s'affranchir des éléments du RC qui en présentent pas d'utilité pour l'appréciation de l'offre

CE, *ANPE*, 30 janvier 2009

- Obligation d'informer les candidats des conditions de mise en œuvre des critères d'attribution du marché
- Question de la pondération des critères dans les MAPA



Troisième partie:

Nouvelle donne en matière de
contentieux des marchés
publics

-
- **1. Le recours en contestation de la validité du contrat : recours « Tropic »**
 - **2. Le référé précontractuel**
 - **3. Nouveau recours : Le référé contractuel issu de l'ordonnance du 7 mai 2009**

- 
-
- **1. Le recours en contestation de la validité du contrat : recours « Tropic »**

II.1.1. Le recours en contestation de la validité du contrat – Recours « Tropic »

L'arrêt Tropic a été rendu le 16 juillet 2007 afin de rendre le droit français compatible avec ce qui était la future directive « recours ».

Les conditions de recevabilité du recours « Tropic »

Être un candidat évincé

- Seuls les candidats évincés sont visés/ exclusion des autres tiers (élus, contribuables). En revanche, la notion de concurrent, plus large que celle de candidat, devra être précisée par la jurisprudence.
- Semblent pouvoir prétendre à la qualité de candidat évincé:
 - L'entreprise ayant présenté une offre
 - L'entreprise ayant remis un dossier de candidature

II.1.2. Le recours en contestation de la validité du contrat – Recours « Tropic »

Les conditions de recevabilité du recours « Tropic »

En revanche, ne peut prétendre à la qualité de concurrent évincé:

- L'entreprise qui a fait acte de candidature puis a renoncé en cours de procédure (TA Caen, ord., 15 mai 2008, Sté foncière d'investissement immobiliers et Sté Foncim, n°0801068)
 - *Il conviendra de préciser, en revanche, que si une entreprise est dissuadée par l'administration de présenter sa candidature, ou empêchée de participer du fait d'une publicité insuffisante, elle présente la qualité de concurrent évincé*

II.1.3. Le recours en contestation de la validité du contrat – Recours « Tropic »

Le délai :

- Le Conseil d'Etat a précisé, dans son arrêt « Tropic », que:
 - « *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* »

II.1.4. Le recours en contestation de la validité du contrat – Recours « Tropic »

Les conclusions recevables:

- L'annulation du contrat ou sa résiliation (TA Orléans, 15 mai 2009, Société Compost Sud Essonne, req. n°0801421, 0801669, 0801937: annulation d'un contrat en raison du non respect du délai de « *stand still* » de 10 jours);
- La modification de certaines clauses du contrat;
- La régularisation par la collectivité contractante;
- L'indemnisation des préjudices subis. Toutefois les conclusions indemnitaires ne seront recevables qu'à la condition de venir en appui de conclusions à fin d'annulation ou de résiliation (TA Nancy, ord., 21 avril 2008, Groupement d'entreprises Boulay TP et Sté Routière des l'est SAS, n°0800707). (Demande seule d'indemnités : action en responsabilité extra-contractuelle (TA Nîmes, 5 juin 2008, n°0701429))



- **2. Le référé précontractuel**

II.2.1. Champs d'application du référé précontractuel

Jusqu'au 1^{er} décembre 2009, la procédure de référé précontractuel est régie par les articles L. 551-1 et L. 551-2 du CJA

- L'article L. 551-1 concerne:
 - les marchés publics
 - les marchés mentionnés au 2° de l'article 24 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics
 - les conventions de délégation de service public
 - les contrats de partenariat,
 - les contrats visés au premier alinéa de l'article L. 6148-5 du code de la santé publique

- L'article L. 551-2 vise quant à lui:
 - les marchés mentionnés au 2° de l'article 33 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics

II.2.2 les modifications apportées par l'ordonnance du 7 mai 2009 au référé précontractuel

- **A compter du 1^{er} décembre 2009:**
 - L'ordonnance du 7 mai 2009 insère dans le CJA
 - Un nouvel article L. 551-1, qui vise désormais tous les contrats et délégations de service public passés par les pouvoirs adjudicateurs
 - Un article L. 551-5 qui vise quant à lui tous les contrats et délégations de service public passés par les entités adjudicatrices

II.2.2 les modifications apportées par l'ordonnance du 7 mai 2009 au référé précontractuel

- La saisine du juge emportera suspension automatique de la signature du contrat, ainsi que le prévoient désormais les articles L. 551-4 et L. 551-9 du CJA

- 
-
- **3. Nouveau recours : Le référé contractuel issu de l'ordonnance du 7 mai 2009**

-
- L'ordonnance du 7 mai 2009 crée, en complément du référé précontractuel, une procédure de référé contractuel, qui permettra de saisir le juge **après la signature du contrat.**

II.3.1 Pourquoi créer un nouveau recours?

- Les objectifs de la directive du 11 déc. 2007
 - Obligation pour les États-membres d'instaurer un délai minimal entre la notification de rejet de l'offre du candidat et la signature du marché avec l'attributaire*
 - Ce délai, *stand still*, permet aux soumissionnaires écartés de pouvoir engager une procédure de recours à un moment où les décisions irrégulières peuvent être corrigées
- Le nouveau recours adopté en France
 - Le nouveau recours permet aux entreprises évincées de saisir le juge des référés une fois le marché conclu.
 - L'entreprise évincée ayant été lésée par des manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence commis par le pouvoir adjudicateur

II.3.2 Quels sont les contrats soumis au référé contractuel ?

- Les contrats soumis au référé contractuel sont les mêmes que ceux soumis au référé précontractuel
- **Les articles L. 551-1 et L.551-5 du CJA mentionnent les contrats susceptibles de tels recours:**
 - Les contrats administratifs ayant pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures ou de prestations de service ou une combinaison de ces différents objets
 - Les contrats dans lesquels le cocontractant de l'administration est rémunéré soit par un prix, soit par un droit d'exploitation, ou les deux combinés.
- **Les contrats visés sont:**
 - Les marchés publics
 - Les contrats de partenariat
 - Les conventions de délégations de service public,
 - ainsi que tous les contrats susceptibles d'y être assimilés (concessions d'aménagement, montage complexe..)

II.3.3 A partir de quel moment et dans quels délais peut-on intenter ce nouveau recours?

- Le moment à partir duquel on peut intenter ce nouveau recours ?
 - Selon les termes de l'article L. 551-13 CJA, le juge des référés est compétent une fois le contrat « conclu »
 - C'est à partir de la signature du contrat que le nouveau référé contractuel peut être intenté
 - La seule délibération de l'assemblée délibérante de la collectivité, qui autorise le maire à signer le contrat ne tient pas lieu de conclusion du marché, seule la signature apposée sur le contrat compte
- Les délais sont de, sous réserve d'un décret à intervenir prochainement:
 - Un mois si un avis d'attribution au JOUE a été publié
 - Six mois si cet avis n'a été publié

II.3.4 Qui peut intenter ce nouveau recours ?

- Le référé contractuel est ouvert aux mêmes personnes que celles ayant qualité pour intenter un recours sous la forme de référé précontractuel
- Les personnes pouvant intenter ces recours sont:
 - Celles ayant un intérêt à conclure le contrat
 - Une entreprise qui n'a pas soumissionné alors que rien ne s'y opposait sera regardée comme n'ayant pas intérêt à la conclusion du contrat
 - En revanche, toute entreprise qui soumissionne à un contrat aura en général intérêt à la conclusion du contrat
 - et susceptibles d'être lésées par des manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence
- Attention: N'est pas autorisée à exercer un référé contractuel la personne qui :
 - aurait exercé un référé précontractuel
 - Et dans l'hypothèse où le pouvoir adjudicateur se serait conformé à la décision rendue par le juge et s'il a respecté l'obligation de ne pas signer le contrat

II.3.5 L'introduction du recours suspend-elle l'exécution du marché litigieux?

- **Selon les termes de l'art. L.551-17:**
 - *« Le magistrat peut suspendre l'exécution du contrat, pour la durée de l'instance, sauf s'il estime, en considération de l'ensemble des intérêts susceptibles d'être lésés [...] que les conséquences négatives de cette mesure pourraient l'emporter sur ses avantages. »*
- **Le juge n'a pas l'obligation de suspendre l'exécution du contrat.**
- **Il est probable, que la suspension de l'exécution du marché litigieux devra être demandée au juge, ce dernier ne la prononçant pas d'office.**

II.3.6 Peut-on tenter successivement un référé précontractuel et un référé contractuel?

- **Principe** (article L.551-14 CJA) : Le référé contractuel n'est pas ouvert au demandeur ayant fait usage de référé précontractuel.
 - L'entreprise ne pourra pas former un référé contractuel si:
 - 1^{er} hypothèse : l'entreprise a introduit un référé précontractuel qui est en cours d'instance et qui empêche la signature du contrat
 - 2nd hypothèse : l'entreprise a déjà introduit un référé précontractuel dont l'ordonnance rendue par le juge est favorable à l'acheteur, celui-ci pourra donc signer le contrat

II.3.6 Peut-on tenter successivement un référé précontractuel et un référé contractuel? (2)

- A compter du 1^{er} déc. 2009: Suspension automatique de la procédure de passation jusqu'à la décision du juge suite à l'introduction d'un référé précontractuel

- **Les exceptions:**

L'entreprise peut former un référé contractuel dans les cas où :

- Soit elle n'a introduit aucun référé précontractuel
- Soit l'ordonnance de référé précontractuel est favorable à l'entreprise mais le pouvoir adjudicateur ne s'est pas conformé à la décision rendue par le juge

II.3.7 Peut-on intenter un référé contractuel si la personne publique n'a pas respecté les modalités d'information des candidats?

L'exercice du référé contractuel n'est pas possible dans les 3 hypothèses suivantes (art. L.551-15 du CJA)

- **1^{er} hypothèse:** les marchés dont la passation n'est pas soumise à une obligation de publicité préalable. Conditions rendant impossible le recours contractuel:
 - la personne publique doit publier un avis d'intention de conclure le contrat
 - Puis elle doit observer un délai de 11 jours à compter de la publication avant de le signer
- **2^{ème} hypothèse :** les marchés soumis à une publicité préalable pour lesquels l'obligation de communiquer la décision d'attribution aux candidats non retenus en s'applique pas
 - Marchés passés à l'issue d'une procédure adaptée (MAPA), car ils ne sont pas soumis à l'obligation, de communiquer la décision d'attribution
- **3^e hypothèse :** les marchés fondés sur un accord-cadre ou un système d'acquisition dynamique
 - Conditions rendant impossible le recours contractuel:
 - la décision d'attribution du marché doit être envoyée à l'attributaire
 - Un délai de 16 jours doit avoir été respecté entre cet envoi et la conclusion du contrat

II.3.10 Peut-on demander des Dommages-intérêts?

- L'article L.551-16 dispose qu'aucune demande en référé contractuel ne peut tendre à l'octroi de dommages-intérêts

II.3.11 Quels seront les pouvoirs du juge ?

- Le référé contractuel a pour objet la sanction d'atteintes aux obligations de transparence et de mise en concurrence incombant à la personne publique.
- **Le juge prononcera la nullité du contrat si**
 - Aucune mesure de publicité requise pour la passation du marché n'a été prise, ou bien si la publication au JOUE a été omise.
 - Si la suspension ou les délais de *stand still* n'ont pas été respectés
- **A cela s'ajoutent deux conditions :**
 - Il faut que la méconnaissance de ses obligations par la personne publique ait « privé » l'entreprise du recours précontractuel. Autrement dit, il faut que l'entreprise ait été privée de la possibilité d'effectuer tout recours.
 - Il faut ensuite que l'irrégularité ait été telle qu'elle ait affecté les chances du requérant d'obtenir le marché

II.3.11 Quels seront les pouvoirs du juge ? (suite)

- Le juge a également des pouvoirs de modulation du contrat
 - Il peut ordonner la résiliation du contrat, réduire sa durée, ou infliger des pénalités financières.
 - Cela n'est possible que dans le cas où le prononcé de la nullité se heurterait « à une raison impérieuse d'intérêt général »
 - Il revient à la jurisprudence de définir la notion de « raison impérieuse d'intérêt général »
 - La pénalité financière pourra atteindre 20 % du montant H.T. du marché
 - Attention : Cette pénalité ne sera pas versée au demandeur mais au Trésor public !

II.3.12 La décision est-elle susceptible d'appel ?

- Non, l'ordonnance de référé contractuel est rendue en premier et dernier ressort, comme en référé précontractuel.
- Ainsi, l'ordonnance est uniquement susceptible d'un recours en cassation devant le Conseil d'Etat.

II.3.13 Que va devenir la jurisprudence « Tropic » ?

- **Précisions sur le référé contractuel**
 - le recours contractuel est un recours de pleine juridiction rendu « en la forme de référé », il s'agit bien d'une décision au fond.
 - Ainsi, le tribunal statue à juge unique, sans conclusions du rapporteur public, et le caractère contradictoire de la procédure peut être adapté à l'urgence.

II.3.13 Que va devenir la jurisprudence « Tropic » ? (2)

- **La coexistence du recours Tropic et du référé contractuel**
 - En pratique, si le juge des référés a prononcé la nullité du marché et qu'aucun recours en cassation n'est formé, le tribunal administratif saisi par un concurrent évincé au titre de la jurisprudence Tropic, devra tenir compte de la nullité du contrat prononcée par le juge des référés et éventuellement en tirer les conséquences financières.
 - Différence importante avec le recours Tropic : Le recours Tropic permet de formuler des demandes indemnitaires, ce que ne permet pas le référé contractuel.



Merci!

Cabinet Yves-René GUILLOU Avocats

Avocats

63 rue Pierre Charron – Paris 75008

Tél : 01 45 62 71 00

Fax : 01 45 62 71 01

e-mail : droitpubliceco@yrgavocats.com