

# Bilan jurisprudentiel

# Un an de contentieux des marchés publics

D'importantes avancées jurisprudentielles, menées au cours de l'année qui vient de s'écouler, méritent l'attention des acheteurs publics. Si elles ne peuvent pas être toutes rappelées ici, il nous est apparu utile de sélectionner vingt-et-un arrêts et avis du Conseil d'Etat, les plus significatifs, rendus depuis septembre 2011 relatifs à la passation, à l'exécution et, enfin, aux procédures contentieuses en matière de marchés publics.

## LES AUTEURS

**THOMAS ROUYERAN,**  
avocat, cabinet  
Seban et associés

**NATHALIE RICCI,**  
avocat, cabinet  
Seban et associés

## 1. Passation des marchés publics

### ● Obligation d'allotissement

Le Conseil d'Etat a précisé, relativement à l'obligation d'allotissement prévue par l'article 10 du Code des marchés publics (CMP), que cette obligation ne s'imposait pas aux pouvoirs adjudicateurs soumis au respect de l'ordonnance n°2005-649 du 6 juin 2005. Ainsi, tous les marchés passés par les personnes publiques ou privées non soumises au Code des marchés publics échappent à cette obligation. CE 23 déc. 2011, EPA Euroméditerranée, req. n°351505.

### ● Capacité des candidats et entreprises nouvelles

Le principe de libre accès à la commande publique implique que toute entreprise, même nouvellement créée, doit pouvoir se porter candidate à l'attribution d'un marché et ce, afin de susciter une mise en concurrence effective. Le Conseil d'Etat a, en ce sens, rappelé que si les acheteurs publics peuvent exiger la détention, par les candidats à l'attribution d'un marché, de documents comptables et financiers de nature à attester de leurs capacités financières, ils doivent néanmoins, « lorsque cette exigence a pour effet de restreindre l'accès au marché à des entreprises de création récente » qui sont, de fait, dans l'impossibilité objective de produire les documents et renseignements exigés par le règlement de la consultation, leur permettre de justifier de leurs capacités financières et de leurs références professionnelles par tout autre moyen.

CE 9 mai 2012, Cne Saint-Benoît, req. n°356455.

### ● Contenu des offres

La notion d'offre irrégulière, définie par l'article 35 du Code des marchés publics, comme étant rappelons-le « une offre qui, tout en apportant une réponse au besoin du pouvoir ad-

judicateur, est incomplète ou ne respecte pas les exigences formulées dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation » a fait l'objet d'une jurisprudence abondante ces douze derniers mois. Ainsi, le Conseil d'Etat a confirmé qu'est irrégulière une offre dont l'acte d'engagement ne mentionne pas une information essentielle sur laquelle l'entreprise devait s'engager, à savoir, en l'espèce, les délais d'exécution. La Haute Assemblée a rappelé, toutefois, et c'est là une précision particulièrement importante pour les acheteurs publics, que le pouvoir adjudicateur pouvait, sans méconnaître le principe d'égalité de traitement des candidats, accepter à la négociation une telle offre irrégulière. Cette solution tend à confirmer la grande liberté laissée aux pouvoirs adjudicateurs dans le cadre notamment d'une procédure adaptée.

CE 30 nov. 2011, Min. défense et anciens combattants, req. n°353121.

Le Conseil d'Etat a également apporté un tempérament « pratique » au principe d'intangibilité des offres, en admettant qu'une simple erreur matérielle, c'est-à-dire une erreur qui est d'une nature telle que nul – notamment le pouvoir adjudicateur – n'aurait pu s'en prévaloir de bonne foi si l'offre avait été retenue, puisse être rectifiée par l'entreprise candidate à l'attribution d'un marché.

CE 21 sept. 2011, Dpt Hauts-de-Seine, req. n°349149.

A contrario, la Haute Assemblée sanctionne une modification qui n'est pas constitutive d'une simple erreur matérielle. En l'espèce, la modification d'un coût journalier en un coût horaire qui s'avère plus élevé que le coût horaire initialement présenté.

CE 16 janv. 2012, Dpt Essonne, req. n°353629.

### ● Offre anormalement basse

En pratique, il est délicat d'apprécier une offre anormalement basse, c'est-à-dire une offre qui ne correspond pas à la réalité économique du marché (lire pp. 44-46). Et c'est à cet exercice que s'est livré le Conseil d'Etat en considérant que

ne constituait pas une offre anormalement basse, l'offre d'un candidat qui n'intégrait pas la couverture intégrale du coût de reprise des contrats de travail, prévue aux articles L.1224-1 et suivants du Code du travail, compte tenu des possibilités de redéploiement ou d'imputation partielle de ce coût.

CE 1<sup>er</sup> mars 2012, Dpt Corse-du-Sud, req. n°354159.

### ● Information des candidats

Le Conseil d'Etat précise que le pouvoir adjudicateur n'est pas tenu, conformément aux dispositions de l'alinéa 2 de l'article 83 du Code des marchés publics, de communiquer aux opérateurs économiques écartés au stade de la présentation des candidatures, l'indication des caractéristiques et des avantages relatifs de l'offre retenue, ainsi que le nom de l'attributaire du marché.

CE 11 avr. 2012, Min. Défense et anciens combattants, n°355564.

## 2. Exécution des marchés publics

### ● Poursuite des relations entre le maître d'ouvrage et les constructeurs après réception

Le Conseil d'Etat rappelle que la réception constitue l'acte par lequel le maître d'ouvrage déclare accepter l'ouvrage avec ou sans réserves, qui met ainsi fin aux rapports contractuels entre le maître d'ouvrage et les constructeurs en ce qui concerne la réalisation de l'ouvrage. Aussi, en l'absence de stipulations contraires dans les documents contractuels, lorsque la réception est prononcée avec réserves, ces rapports se poursuivent exclusivement au titre des travaux ou de la partie de l'ouvrage ayant fait l'objet de ces réserves.

CE 16 janv. 2012, Cne Château d'Oléron, req. n°352122.

### ● Conséquences de la nullité du contrat

Le titulaire d'un marché entaché de nullité peut prétendre, sur deux terrains distincts, à deux indemnisations cumulatives. D'une part, sur un terrain quasi-contractuel, il peut prétendre au remboursement des dépenses prévues au contrat et utiles au pouvoir adjudicateur. D'autre part, si la nullité du contrat résulte d'une faute du pouvoir adjudicateur, le titulaire peut également prétendre à la réparation du dommage imputable à cette faute, sous réserve du partage de responsabilité découlant d'éventuelles fautes de sa part. Ainsi, si le titulaire a lui-même commis une faute grave en concluant un marché dont, « compte-tenu de son expérience, il ne pouvait ignorer l'illégalité, et que cette faute constitue la cause directe de la perte du bénéfice attendu du contrat, il n'est pas fondé à demander l'indemnisation de ce préjudice ».

CE 18 nov. 2011, Communauté cnes Verdun, req. n°342642.

### ● Devoir de l'ordonnateur et du comptable

Le Conseil d'Etat a souhaité clarifier le rôle des comptables publics qui, en application du principe de la séparation des ordonnateurs et des comptables, doivent exercer un contrôle sur les actes d'ordonnancement et de mandatement de la

dépense engagée notamment dans le cadre d'un marché public. A ce titre, la Haute juridiction a précisé que le comptable public doit simplement vérifier si toutes les pièces requises par la nomenclature comptable lui ont bien été fournies et si ces pièces sont complètes, précises et cohérentes avec la nature et l'objet de la dépense ordonnancée. En aucun cas, ils ne doivent « se faire juge de leur légalité ». Il s'agit là d'un utile rappel du rôle de chacun en la matière.

CE 8 févr. 2012, Min. Budget, req. n°340698.

## 3. Règles contentieuses

### ● Cas d'ouverture du recours en contestation de la validité d'un marché

Dans un avis important, le Conseil d'Etat apporte d'utiles précisions sur les conditions de recevabilité d'un recours en contestation de la validité d'un marché (1). A cet égard, s'agissant de la notion de candidat évincé à l'attribution d'un marché, la Haute Assemblée indique que ce recours peut être introduit par toute personne qui aurait eu intérêt à conclure le contrat, même si elle n'a pas présenté une candidature, ni même été admise à présenter une offre ou si elle a présenté une offre irrégulière ou inacceptable. En outre, le Conseil d'Etat précise que le concurrent évincé peut invoquer toute irrégularité, sans avoir à démontrer qu'il a été lésé ou qu'il est susceptible de l'être au stade de la procédure auquel les manquements se rapportent, au contraire de l'appréciation retenue par le juge des référés précontractuels et contractuels à la suite de l'arrêt de section Smirgeommes du 3 octobre 2008 du même Conseil d'Etat.

(1) Recours dit « Tropic » exercé selon les modalités définies précédemment par le Conseil d'Etat dans son arrêt d'assemblée société Tropic travaux signalisation Guadeloupe du 16 juillet 2007, req. n°291545.

CE avis, 11 avr. 2012, Sté Gouelle, req. n°355446.

### ● Intérêt à agir en référé précontractuel

S'agissant précisément de la recevabilité d'une requête en référés précontractuels, le Conseil d'Etat précise que l'entreprise désignée comme attributaire d'un marché n'est pas susceptible d'avoir été lésée par un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquels est soumise la passation de ce contrat.

CE 23 déc. 2011, Dpt Guadeloupe, req. n°350231.

En outre, la Haute juridiction a confirmé sa jurisprudence selon laquelle un candidat évincé d'un marché, dont la candidature est irrecevable ou l'offre irrégulière, ne peut, par principe, avoir été lésé par un manquement du pouvoir adjudicateur à ses obligations en matière de publicité ou de mise en concurrence.

CE 27 oct. 2011, Dpt Bouches-du-Rhône, req. n°350935 - 11 avr. 2012, Synd. Ody 1218 Newline du Lloyd's de Londres, req. n°354652 et n°354709.

La seule exception couvre l'hypothèse où le manquement invoqué n'est pas dépourvu de tout lien avec l'irrégularité de son offre.

CE 12 mars 2012 Sté Clear Channel France, req. n°353826.

(...)

# JURIDIQUE

## JURISPRUDENCE

(●●●) En application de cette jurisprudence, le Conseil d'Etat a ainsi jugé qu'une entreprise, dont la candidature avait été jugée irrégulière en raison de l'insuffisance de ses capacités financières, était susceptible d'avoir été lésée par la circonstance que le pouvoir adjudicateur ait méconnu ses obligations de publicité et de mise en concurrence lors de l'analyse des capacités financières d'un autre candidat, dès lors que la candidature du demandeur n'était pas « irrégulière pour un motif étranger à ce manquement ».

CE 9 mai 2012, Cne de Saint-Benoît, req. n°356455.

Le Conseil d'Etat confirme également que le candidat à l'attribution d'un marché public peut avoir été lésé ou risquer de l'être, de façon indirecte, par l'avantage que procure la diffusion d'informations erronées, par un pouvoir adjudicateur, à des candidats à l'attribution d'un marché, alors que l'un des candidats, exploitant sortant, avait connaissance des informations exactes.

CE 12 mars 2012, Dynacité, Sté Dalkia France, req. n°354355 et s.

### ● Recevabilité du référé contractuel

Une fois le contrat signé, le référé contractuel n'est recevable que dans deux hypothèses : lorsque le requérant a été empêché d'introduire utilement un référé précontractuel, ou lorsque le pouvoir adjudicateur a méconnu l'autorité de chose jugée de l'ordonnance du juge des référés précontractuels, saisi préalablement à la signature du contrat.

Ainsi, pour le Conseil d'Etat, lorsque le délai de suspension de la signature d'un marché - délai pendant l'intervalle duquel un candidat évincé peut introduire un référé précontractuel - n'a pas été porté à la connaissance de ce candidat, il faut considérer que ce délai n'a pas commencé à courir et que le référé contractuel demeure, par conséquent, ouvert.

CE 30 nov.2011, Sté DPM Protection, req. n°350788.

Si le contrat a été signé, pendant la période de « suspension juridictionnelle », c'est le principe de « bonne foi » qui permettra d'apprécier la recevabilité du recours. En ce sens,

lorsque le pouvoir adjudicateur signe le marché alors qu'il a été informé par le greffe de la juridiction compétente du dépôt d'une requête en référé précontractuel, le référé contractuel demeure recevable.

CE 1<sup>er</sup> mars 2012, OPAC Rhône, req. n°355560.

Alors que, si le pouvoir adjudicateur n'était informé ni par le requérant, conformément aux dispositions de l'article R.551-1 du Code de justice administrative, ni par le greffe de la juridiction compétente, du dépôt d'une requête en référé précontractuel, le référé contractuel est irrecevable. Le contrat signé de bonne foi échappe ainsi au référé contractuel.

CE 30 sept. 2011, Cne Maizières-lès-Metz, req. n°350148.

### ● Recours des parties au contrat

En application de la jurisprudence commune de Béziers 2 (21 mars 2011, n°304806), le cocontractant de l'administration est recevable, dans le délai de deux mois suivant la date à laquelle le cocontractant a été informé de la mesure de résiliation de son contrat, à saisir le juge du contrat d'un recours de plein contentieux, tendant à contester cette mesure de résiliation et conclure à la reprise des relations contractuelles. Ce délai de deux mois n'est pas interrompu par le recours gracieux qui pourrait être exercé par le cocontractant de l'administration à l'encontre de cette mesure de résiliation.

CE 30 mai 2012, SARL Promotion de la restauration touristique (Proresto), req. n°357151.

### ● Nature du contrôle du juge

Les pouvoirs adjudicateurs disposent d'un large pouvoir d'appréciation lors de la sélection des candidatures. C'est pourquoi le Conseil d'Etat, juge de l'excès de pouvoir, rappelle qu'il n'exerce qu'un contrôle restreint de l'erreur manifeste, sur l'appréciation portée par les pouvoirs adjudicateurs, sur les garanties et capacités financières des candidats ainsi que sur leurs références professionnelles.

CE 23 janv. 2012, Cne Six-Fours-les-Plages, req. n°346970.