

Le sujet du mois :

La réforme des procédures de recours applicables aux contrats publics

Les procédures de recours applicables aux contrats publics viennent d'être réformées.

Cette réforme résulte de l'adoption d'une directive communautaire, dite « recours », n° 2007/66/CE du 11 décembre 2007 relative à l'amélioration de l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des marchés publics.

Cette directive a été transposée par une ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique, d'une part, et par un décret n° 2009-1465 du 27 novembre 2009, d'autre part.

L'objectif poursuivi par ces textes est d'accroître l'efficacité des recours, avant et après la signature des contrats, et lutter contre la passation de marchés de gré à gré illégaux. Aussi, la réforme porte sur le renforcement des obligations d'information des concurrents évincés, le réaménagement de la procédure de référé précontractuel et la création d'une nouvelle procédure de référé contractuel.

Au préalable, l'on relèvera que le champ d'application des nouveaux référés (précontractuel et contractuel) est relativement large dans la mesure où ils concernent les contrats dits de la commande publique. Il s'agit ainsi des « *contrats administratifs ayant pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures ou la prestation de services, ayant une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation, ou la délégation de service public* ». Concrètement, cette définition vise principalement les hypothèses suivantes : marchés publics, contrats de partenariat, BEA assortis de travaux répondant aux besoins de la personne publique, concessions de travaux, délégations de service public.

I- L'information des concurrents évincés

La réforme tend, dans un premier temps, à renforcer l'obligation d'information des concurrents évincés, spécifiquement en matière de marchés publics.

En premier lieu, le décret précité du 27 novembre 2009 a modifié le contenu de l'information adressée aux candidats évincés.

Jusqu'à présent, l'article 80 du code des marchés publics prévoyait que le pouvoir adjudicateur devait, dès qu'il avait fait son choix, informer les autres candidats du rejet de leurs candidatures ou de leurs offres, en indiquant les motifs de ce rejet.

L'article 80 modifié est désormais plus exigeant quant au contenu des informations portées à la connaissance des candidats. En effet, la lettre d'information doit à présent contenir les motifs du rejet, le nom de l'attributaire, les motifs qui ont conduit au choix de l'offre, et le délai de suspension pendant lequel le pouvoir adjudicateur s'abstient de signer le marché.

A cet égard, le décret précité a également réformé ce dernier délai, dit de « standstill ». Ce délai pendant lequel le pouvoir adjudicateur doit s'abstenir de signer le marché, qui était avant de 10 jours, passe désormais à 16 jours entre la date de notification du rejet et la conclusion du marché. Il peut cependant être réduit à 11 jours si la transmission de la notification se fait par voie électronique.

Enfin, l'article 83 du code des marchés publics est réécrit. Cet article dispose désormais que « *le pouvoir adjudicateur communique à tout candidat évincé qui n'a pas été destinataire de la notification prévue par l'article 80 du code des marchés publics, les motifs du rejet de sa candidature ou de son offre, dans les 15 jours de la réception d'une demande écrite à cette fin* ». En d'autres termes, cette disposition vise les cas où le pouvoir adjudicateur aurait omis de respecter les formalités d'information qui lui incombent conformément à l'article 80 du code des marchés publics.

II- Le référé précontractuel rénové

En soi, la nature et l'objet du référé précontractuel n'ont pas été modifiés.

En effet, l'objet de la procédure consiste pour un candidat évincé d'une procédure de passation d'un contrat de la commande publique, un marché public par exemple, de faire sanctionner des manquements à des obligations de publicité ou de mise en concurrence.

La recevabilité des moyens est cependant conditionnée par le fait que le requérant doit être lésé ou susceptible d'être lésé par le manquement qu'il invoque.

Enfin, la recevabilité du référé est conditionnée par le fait qu'il doit être introduit avant la signature du contrat.

Ces divers points demeurent inchangés par rapport aux dispositions antérieures du code de justice administrative.

En revanche, la procédure a évolué principalement sur les conditions de présentation du référé et les délais de jugement.

Aux termes des articles L. 551-4 et L. 551-9 du code de justice administrative, l'introduction d'un référé précontractuel entraîne automatiquement la suspension de la signature du contrat. Précédemment, le juge du référé saisi d'une requête aux fins de référé devait rendre une ordonnance pour enjoindre au pouvoir adjudicateur de différer la signature du contrat attaqué.

Cependant, pour que la personne publique sache qu'un recours a été introduit, et par conséquent que la signature du contrat est suspendue, le décret du 27 novembre 2009 prévoit que tout recours doit être notifié au pouvoir adjudicateur simultanément à son dépôt au greffe du Tribunal administratif. La notification et le dépôt du recours doivent suivre le même procédé de transmission. En pratique, le dépôt du recours et sa notification seront dans un premier temps télécopiés au greffe du Tribunal administratif, d'une part, et au pouvoir adjudicateur, d'autre part, et ces envois seront suite confirmés par voie postale.

Par ailleurs, la réforme a également modifié les délais de jugement. Certes, comme auparavant, le juge doit statuer dans un délai de 20 jours sur les demandes qui lui sont présentées. Toutefois, il ne peut statuer avant le 16^{ème} jour qui court à compter de l'envoi aux concurrents évincés de la décision d'attribution, ou avant 11 jours si la notification de la décision d'attribution aux concurrents évincés a été faite par voie électronique et pour les contrats non soumis à une obligation de publicité préalable.

Enfin, les pouvoirs du juge demeurent pour l'essentiel inchangés. Il peut :

- ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations ;
- suspendre l'exécution de toute décision qui se rapporte à la passation du contrat ;
- annuler les décisions qui se rapportent à la passation du contrat ;
- supprimer les clauses ou prescriptions destinées à figurer dans le contrat.

III- Le référé contractuel

Le référé contractuel est une nouvelle procédure qui est instituée par l'ordonnance du 7 mai 2009.

Sa nature est très proche du référé précontractuel, puisqu'il permet de sanctionner des manquements à des obligations de publicité et de mise en concurrence, et que par ailleurs les requérants possibles sont les personnes qui ont intérêt à conclure le contrat et qui sont lésées ou susceptibles d'être lésées par les manquements qu'elles invoquent.

En revanche, la différence entre ces deux procédures réside dans le fait que le référé contractuel ne peut être introduit que dès lors que le contrat a été signé. Son objet est en effet de garantir une voie d'urgence au candidat qui aurait été privé de la possibilité d'exercer un référé précontractuel.

Cependant, et afin de ne pas exposer durablement les contrats conclus à ce risque contentieux, le code de justice administrative a encadré son dépôt dans des délais.

Ces délais doivent être distingués selon que le contrat attaqué résulte d'une procédure adaptée, d'une procédure formalisée, ou encore s'il s'agit d'un marché subséquent à un accord-cadre.

Pour les marchés à procédure adaptée, l'on distingue trois hypothèses :

- le pouvoir adjudicateur a publié au Journal officiel de l'Union européenne (J.O.U.E.) un avis d'intention de conclure le contrat et a respecté un délai de 11 jours entre la date de publication de cet avis et la conclusion du contrat, dans ce cas le concurrent évincé ne peut introduire de référé contractuel ;
- le pouvoir adjudicateur a envoyé au J.O.U.E. un avis d'attribution : les concurrents évincés disposent d'un délai d'1 mois à compter de cette publication pour introduire, le cas échéant, un référé contractuel ;
- le pouvoir adjudicateur n'a effectué aucune des deux démarches ci-dessus exposées, les concurrents évincés disposent alors d'un délai de 6 mois à compter de la conclusion du contrat pour introduire, le cas échéant, un référé contractuel.

Pour les marchés formalisés, le délai de recours est d'un mois à compter de la publication d'un avis d'attribution au J.O.U.E.. A défaut, le requérant dispose d'un délai de six mois pour contester le contrat à compter de sa conclusion.

Enfin, pour les marchés subséquents à des accords-cadres, le référé contractuel est irrecevable si le pouvoir adjudicateur a envoyé aux concurrents la décision d'attribution du marché public et a respecté un délai de carence avant la signature dudit marché de 16 jours ou de 11 jours (si l'envoi de la décision d'attribution a été fait par voie électronique). Si le pouvoir adjudicateur a uniquement envoyé aux concurrents la décision d'attribution du marché subséquent, le délai de recours est alors d'un mois à compter de sa signature. Enfin, à défaut d'avoir effectué l'une ou l'autre de ces formalités, le délai de recours est alors de 6 mois à compter de la conclusion du marché subséquent.

Il ressort donc de ces nouvelles dispositions que les pouvoirs adjudicateurs ont un intérêt certain à respecter les modalités d'information des concurrents évincés, afin d'écartier dans les meilleurs délais le risque d'introduction d'un référé contractuel.

En ce qui concerne le délai de jugement, le juge statue dans un délai d'un mois à compter de sa saisine. Si le manquement est avéré, il peut prononcer la nullité du contrat. Cependant, si le prononcé de la nullité du contrat se heurte à une raison impérieuse d'intérêt général, le juge peut alors sanctionner le manquement soit par une résiliation du contrat, soit par la réduction de sa durée, soit par une pénalité financière imposée au pouvoir adjudicateur.

Les deux nouvelles procédures de référé (précontractuel et contractuel) sont entrées en vigueur depuis le 1^{er} décembre 2009, uniquement pour les contrats pour lesquels une consultation a été engagée à partir de cette date.

Par ailleurs, il convient de relever que les concurrents évincés disposent toujours, en sus de la procédure de référé contractuel, de la possibilité de contester la validité du contrat devant le juge du plein contentieux, en vertu de la jurisprudence du Conseil d'Etat Société Tropic Travaux Signalisation (16 juillet 2007, req. n° 291545), et ce dans le délai de deux mois suivant la publication de l'avis d'attribution qui porte à la connaissance des entreprises évincées la date de conclusion du contrat.

Mathieu HEINTZ