
LE JUGE ADMINISTRATIF ET LA COMMANDE PUBLIQUE

Le contentieux de la commande publique devant le juge administratif a connu, depuis le milieu des années 2000, d'importantes évolutions. Elles ont visé à assurer une meilleure conciliation entre, d'une part, la protection du principe de légalité, qui régit l'action administrative et qui implique, en la

matière, notamment, le respect de la liberté d'accès à la commande publique, de l'égalité de traitement des candidats et de la transparence des

procédures, et d'autre part, l'objectif de stabilité des relations contractuelles.

Les voies de recours ouvertes aux parties et aux tiers ont été rénovées en profondeur par de nouveaux instruments textuels ou jurisprudentiels. Les modifications apportées aux procédures d'urgence, aux moyens invocables devant le juge et aux pouvoirs de celui-ci ont permis de réduire de façon particulièrement significative les délais de jugement dans un contentieux rendu parfois complexe par le nombre d'intervenants et l'enchevêtrement des procédures imbriquées.

Parallèlement à ces évolutions, les sources textuelles du droit de la commande publique ont profondément évolué avec l'édiction des ordonnances n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics et n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession ainsi que de leurs décrets d'application, dont les dispositions ont été regroupées au sein du code de la commande publique entré en vigueur le 1^{er} avril 2019.

Table des matières

Introduction.....	2
1- L'office du juge du contrat entre les parties a été significativement enrichi	3
2- Les voies de droit ouvertes aux tiers pour contester le contrat se sont élargies	6
3- Les procédures d'urgence permettent de prévenir et sanctionner sans délais les manquements aux règles de publicité et de mise en concurrence	8
3-1 Le référé précontractuel : un outil efficace pour prévenir la passation de contrats en méconnaissance des règles de publicité et de mise en concurrence	9
3-2 Le référé contractuel : une voie de recours permettant de sanctionner rapidement les atteintes les plus graves aux règles de publicité et de mise en concurrence	11

Introduction

Les contentieux de la commande publique devant le juge administratif sont l'expression d'une conciliation entre les principes de légalité, de sécurité juridique et d'effectivité des recours.

Les contrats de la commande publique présentent la particularité de n'être pas seulement la « loi des parties », c'est-à-dire de la personne publique qui a conclu le contrat et de son cocontractant, mais également des instruments permettant aux personnes publiques de disposer des moyens nécessaires à l'exécution des services publics ou ayant pour objet direct la gestion et la réalisation de ces services, et donc susceptibles d'intéresser des personnes qui ne sont pas parties à ces contrats.

C'est pourquoi le juge administratif a admis très tôt la nécessité d'ouvrir des voies de droit non seulement aux parties à ces contrats, afin de leur permettre d'en contester la validité, mais aussi à certains tiers, pour donner à ces derniers la possibilité de demander l'annulation des actes dits « détachables » des contrats tels que la décision de signer le contrat, ou encore des « clauses réglementaires » contenues par certains contrats administratifs.

Au cours des dernières décennies, tandis que la place accordée à l'instrument contractuel dans l'action administrative s'est accrue et que l'attention portée par les opérateurs économiques aux considérations de sécurité juridique s'est renforcée, il est apparu indispensable de rénover les mécanismes mis en place par la jurisprudence, s'agissant tant des pouvoirs du juge lorsqu'il est saisi par les parties au contrat que des voies de droit ouvertes aux tiers. En effet, l'intervention du juge pouvait paraître à la fois trop tardive et trop binaire – ne pouvant déboucher que sur une annulation ou sur

un rejet des prétentions des requérants – pour permettre de protéger efficacement le principe de légalité comme pour éviter de porter des atteintes pouvant paraître parfois excessives à la stabilité des relations contractuelles ou à l'intérêt général s'attachant, dans certaines hypothèses, à la poursuite de l'exécution du contrat.

Les évolutions récentes du contentieux contractuel ont eu pour objectif de remédier à ces inconvénients, grâce à un élargissement des instruments dont disposent les requérants et le juge.

1- L'office du juge du contrat entre les parties a été significativement enrichi

Le contentieux contractuel devant le juge des parties au contrat a connu des évolutions fondamentales.

Le Conseil d'État a tout d'abord redéfini l'office du juge saisi par les parties à un contrat administratif d'une contestation portant sur la validité de ce contrat. Une telle contestation peut être présentée soit dans le cadre d'un recours dirigé directement contre le contrat, soit dans le cadre d'un litige opposant les parties sur les conditions d'exécution du contrat (CE, 28 décembre 2009, *Commune de Béziers*, n° 304802, Rec. dit « Béziers I »).

En vertu de cette jurisprudence, le juge ne décide pas mécaniquement, en présence d'irrégularités, d'annuler le contrat (s'il est saisi d'un recours directement dirigé contre celui-ci) ou de l'écarter pour résoudre le litige d'exécution sur un terrain extracontractuel. Il dispose d'une plus large palette de solutions, en fonction des irrégularités en cause et doit tenir compte de l'exigence de loyauté des relations contractuelles, de l'objectif de stabilité des relations contractuelles et de l'intérêt général.

Ainsi, lorsque le juge est saisi par une partie au contrat d'un recours en contestation de validité de celui-ci, il vérifiera tout d'abord que la partie qui se prévaut d'une irrégularité est, compte tenu de l'exigence de loyauté des relations contractuelles, recevable à le faire – ce qui peut par exemple ne pas être le cas si la partie est l'auteur de l'irrégularité en cause. Si tel est le cas, le juge pourra ensuite, en fonction de la nature et de l'importance de l'irrégularité, décider que la poursuite de l'exécution du contrat est possible, éventuellement sous réserve de mesures de régularisation prises par la personne publique ou convenues entre les parties. Il peut également prononcer, le cas échéant avec un effet différé, après avoir vérifié que sa décision ne portera pas une atteinte excessive à l'intérêt général, la résiliation du contrat pour l'avenir. S'il peut enfin prononcer l'annulation rétroactive du contrat, ce ne peut être qu'en raison d'une irrégularité, invoquée par une partie ou relevée d'office par lui, tenant au caractère illicite du contenu même du contrat ou à un vice d'une particulière gravité relatif notamment aux conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement.

En outre, lorsqu'il est saisi d'un litige relatif à l'exécution du contrat, dans le cadre par exemple d'un recours indemnitaire introduit par une partie pour obtenir la réparation du préjudice que lui aurait causé la mauvaise exécution du contrat par l'autre partie, il appartient en principe au juge, eu égard à l'exigence de loyauté des relations contractuelles, de régler le litige sur le terrain contractuel, quand bien même le contrat serait entaché d'irrégularités dont une partie se prévaudrait pour se soustraire à ses obligations contractuelles. Par exception, il en va toutefois autrement lorsque, eu égard, d'une part, à la gravité de l'illégalité en cause et, d'autre part, aux circonstances dans lesquelles elle a été commise, le litige ne peut être réglé sur le fondement de ce contrat (CE, 12 janvier 2011, *Manoukian*, n° 338551, Rec.)

Par la décision dite *Béziers II* (CE, 21 mars 2011, Commune de Béziers, n°304806, Rec.), le Conseil d'État a également ouvert aux parties un recours de plein contentieux permettant de contester la validité d'une mesure de résiliation du contrat et tendant à la reprise des relations contractuelles. Dans la continuité de sa décision « Béziers I », il a dégagé les critères permettant d'apprécier le bien-fondé de la demande de reprise des relations contractuelles.

Ce recours doit être exercé dans un délai de deux mois à compter de la résiliation et peut être assorti d'une demande de suspension en référé afin que les relations contractuelles soient provisoirement reprises.

Cette voie de droit permet ainsi de déroger, pour les décisions de résiliation, à la règle selon laquelle le juge du contrat, lorsqu'il est saisi par une partie d'un litige relatif à une mesure d'exécution d'un contrat, ne peut pas remettre en cause cette mesure elle-même mais peut seulement rechercher si cette mesure est intervenue dans des conditions de nature à ouvrir droit à indemnité.

Pour déterminer s'il y a lieu de faire droit à la demande tendant à la reprise des relations contractuelles, le juge du contrat doit apprécier, eu égard à la gravité des vices constatés et, le cas échéant, à celle des manquements du requérant à ses obligations contractuelles, ainsi qu'aux motifs de la résiliation, si une telle reprise n'est pas de nature à porter une atteinte excessive à l'intérêt général et, eu égard à la nature du contrat en cause, aux droits du titulaire du nouveau contrat dont la conclusion aurait été rendue nécessaire par la résiliation litigieuse.

Dans l'hypothèse où il fait droit à la demande de reprise des relations contractuelles, le juge peut décider, si des conclusions sont formulées en ce

sens, que le requérant a droit à l'indemnisation du préjudice que lui a, le cas échéant, causé la résiliation, notamment du fait de la non-exécution du contrat entre la date de sa résiliation et la date fixée pour la reprise des relations contractuelles.

2- Les voies de droit ouvertes aux tiers pour contester le contrat se sont élargies

La jurisprudence du Conseil d'État a largement contribué à la modernisation de la procédure contentieuse contractuelle. Elle a progressivement ouvert aux tiers des voies de recours leur permettant de contester devant le juge du contrat la validité des clauses d'un contrat administratif.

Traditionnellement, seules les parties signataires du contrat pouvaient en contester directement la validité devant le juge du contrat. Les tiers au contrat ne pouvaient contester, pour leur part, que les actes administratifs dits « détachables » du contrat, c'est-à-dire les actes préalables à sa conclusion, qui l'ont préparée et rendue possible (CE, 4 août 1905, *Martin*, Rec.). L'annulation d'un acte « détachable » illégal ne débouchait qu'exceptionnellement sur l'annulation par ricochet du contrat lui-même.

Dans un premier temps, le Conseil d'État a permis à tout concurrent évincé de la conclusion d'un contrat administratif de former devant le juge administratif un recours de pleine juridiction contestant la validité de ce contrat ou de certaines de ses clauses (CE, 7 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, n° 291545, Rec.).

Par sa décision *Département de Tarn-et-Garonne* du 4 avril 2014, le Conseil d'État a décidé d'élargir le recours direct contre le contrat à tous les tiers susceptibles d'être lésés, dans leurs intérêts, par sa passation ou ses clauses.

Ces tiers peuvent à présent contester la validité du contrat ou de certaines de ses clauses, y compris en faisant valoir, devant le juge du contrat, l'illégalité des actes « détachables » du contrat. La voie du recours contre ces actes « détachables », devenue inutile, leur est désormais fermée.

Pour pouvoir saisir le juge du contrat, les tiers doivent justifier que leurs intérêts sont susceptibles d'être lésés de manière suffisamment directe et certaine. Ils ne peuvent se plaindre que des vices du contrat en rapport direct avec l'intérêt lésé dont ils se prévalent ou de ceux d'une gravité telle que le juge devrait les relever d'office. Le juge peut alors, selon les cas, décider que la poursuite de l'exécution du contrat est possible, inviter les parties à le régulariser, ou encore décider de résilier le contrat à compter d'une date fixée par lui. C'est seulement dans les cas où le contrat a un contenu illicite, ou s'il se trouve affecté d'un vice de consentement ou de tout autre vice d'une particulière gravité, que le juge, après avoir vérifié que sa décision ne porte pas une atteinte excessive à l'intérêt général, en prononce l'annulation totale.

Le même recours est ouvert aux élus des collectivités territoriales concernées par le contrat et au préfet de département chargé du contrôle de légalité. Toutefois, compte tenu des intérêts dont ils ont la charge, ces requérants peuvent invoquer tout vice entachant le contrat. En outre, dans le cadre du contrôle de légalité, le préfet peut continuer de demander l'annulation des actes « détachables » du contrat tant que celui-ci n'est pas signé.

Le Conseil d'Etat a également permis aux tiers, sous certaines conditions, de saisir directement le juge du contrat, et non plus le juge de l'excès de pouvoir, d'une décision refusant de mettre fin à l'exécution du contrat. Ce recours de pleine juridiction tendant à ce qu'il soit mis fin à l'exécution d'un contrat, a toutefois été précisément encadré. Les tiers ne peuvent se

prévaloir que de certaines irrégularités limitativement énumérées, et notamment pas celles tenant aux conditions et formes dans lesquelles la décision de refus a été prise (CE, 30 juin 2017, *Syndicat mixte de promotion de l'activité transmanche*, n° 398445, Rec.).

3- Les procédures d'urgence permettent de prévenir et sanctionner sans délais les manquements aux règles de publicité et de mise en concurrence

Depuis 1992, le référé précontractuel permet aux candidats évincés d'une procédure de passation de saisir le juge administratif, avant même que le contrat soit signé, à un stade où les éventuelles violations aux règles de publicité et de mise en concurrence peuvent encore être empêchées ou corrigées. Il s'agit de donner ainsi sa pleine effectivité à l'intervention du juge en favorisant la prévention, en amont, des manquements aux règles de passation des contrats de la commande publique, avant que la relation contractuelle soit installée et que le contrat ne commence à être exécuté.

Cette première procédure d'urgence spécifique a été complétée en 2009, conformément au droit de l'Union européenne, par une seconde, le référé contractuel, qui permet de sanctionner les mêmes manquements dans le cas où le contrat a finalement été signé.

Ces procédures permettent ainsi aux opérateurs, afin de garantir le respect de la liberté d'accès à la commande publique, de l'égalité de traitement des candidats et de la transparence des procédures, de saisir le juge administratif à des stades où, s'agissant du référé précontractuel, les violations peuvent encore être empêchées ou corrigées avant la signature du contrat, et où, s'agissant du référé contractuel, le contrat vient seulement d'être signé et n'a pas encore été exécuté ou a seulement reçu un

commencement d'exécution. Il s'agit de donner ainsi sa pleine effectivité à l'intervention du juge, doté de pouvoirs étendus, à un moment où les relations contractuelles ne sont pas encore nouées ou ne le sont que depuis très peu de temps, en permettant de purger en amont de l'exécution du contrat le débat contentieux relatif aux conditions de passation du contrat.

Ce souci de célérité se manifeste par l'encadrement de ces procédures dans des délais resserrés devant le tribunal administratif, s'agissant tant de la saisine du juge que des délais dans lesquels celui-ci doit rendre sa décision. Le recours à un juge unique statuant en premier et dernier ressort, dont l'ordonnance est seulement susceptible d'un pourvoi en cassation devant le Conseil d'État, contribue à la rapidité de la procédure.

3-1 Le référé précontractuel : un outil efficace pour prévenir la passation de contrats en méconnaissance des règles de publicité et de mise en concurrence

La voie du référé précontractuel (article L. 551-1 du code de justice administrative) est ouverte aux personnes qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par les manquements invoqués, ainsi qu'au préfet, qui a en charge le contrôle de légalité, lorsque le contrat doit être conclu par une collectivité territoriale ou un établissement public local.

Le juge du référé précontractuel ne peut être saisi qu'« en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence ». Pour permettre aux candidats évincés d'exercer le recours en temps utile, les collectivités ont l'obligation d'informer les candidats que leur offre n'a pas été retenue puis d'observer un délai de 11 jours avant de procéder à la signature du contrat.

Le juge du référé précontractuel doit en effet être saisi avant la conclusion du contrat. Il statue en principe dans un délai maximum de vingt jours à compter de sa saisine.

Le juge du référé précontractuel dispose de pouvoirs très étendus. Ainsi, il peut ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations et il peut suspendre la passation du contrat et l'exécution de toute décision s'y rapportant, sauf s'il estime, compte tenu de l'ensemble des intérêts en présence et notamment de l'intérêt public, que les conséquences négatives de ces mesures pourraient l'emporter sur leurs avantages. Il peut, en outre, annuler les décisions qui se rapportent à la passation du contrat et supprimer les clauses ou prescriptions destinées à figurer dans le contrat qui méconnaissent ces obligations.

La passation du contrat est automatiquement suspendue le temps de l'instance. Si le pouvoir adjudicateur méconnaît cette règle et signe le contrat, alors qu'il avait été informé du dépôt d'un recours, le requérant pourra alors former contre le contrat un autre référé dit « contractuel ».

Le juge des référés précontractuels doit rechercher si la personne qui le saisit se prévaut de manquements qui, eu égard à leur portée et au stade de la procédure auquel ils se rapportent, sont susceptibles de l'avoir lésée ou risquent de la léser, fût-ce de façon indirecte, en avantageant une entreprise concurrente (CE, 3 octobre 2008, *Syndicat mixte intercommunal de réalisation et de gestion pour l'élimination des ordures ménagères du secteur Est de la Sarthe*, « SMIRGEOMES », n° 305420, Rec.).

Le Conseil d'État a par exemple jugé qu'une société dont la candidature a été admise et qui a présenté une offre correspondant à l'objet du marché n'a pas été lésée par des irrégularités qui se rapportent à une phase

antérieure à la sélection des offres (CE, 5 novembre 2008, Commune de Saint-Nazaire et autres, n°s 310484 et autres, T.), ou encore que l'erreur commise par le pouvoir adjudicateur au titre d'un critère pour lequel l'entreprise requérante a obtenu la note maximale ne constitue pas un manquement susceptible de l'avoir lésé (CE, 26 septembre 2012, *Communauté d'agglomération Seine-Eure*, n° 359706, T.)

A l'inverse, le pouvoir adjudicateur ne peut utilement se prévaloir, pour faire échec à un référé précontractuel, de ce que la candidature du requérant était irrecevable faute de comporter l'ensemble des pièces requises, dès lors que ce pouvoir adjudicateur n'a ni rejeté la candidature, ni sollicité une régularisation (CE, 3 décembre 2014, *Département de la Loire-Atlantique et Eiffage construction Pays de la Loire*, n°s 384180 et autres, T.).

3-2 Le référé contractuel : une voie de recours permettant de sanctionner rapidement les atteintes les plus graves aux règles de publicité et de mise en concurrence

Une fois le contrat conclu, il n'est plus possible d'exercer le référé précontractuel. En revanche, la voie du référé contractuel (article L. 551-13 et suivants du code de justice administrative) est ouverte (CE, 19 janvier 2011, *Grand port maritime du Havre*, n° 343435, Rec.) :

- au préfet ;
- aux candidats qui n'ont pas engagé un référé précontractuel, lorsque la personne publique n'a pas communiqué la décision d'attribution aux candidats non retenus ou n'a pas observé, avant de signer le contrat, un délai de onze jours après cette communication (délai dit « de standstil ») ;

- aux candidats qui ont engagé un référé précontractuel, lorsque la personne publique n'a pas respecté l'obligation de suspendre la signature du contrat prévue aux articles L. 551-4 ou L. 551-9 du code de justice administrative.

Le juge du référé contractuel ne peut être saisi que dans un délai maximal de 31 jours suivant la publication au Journal officiel de l'Union européenne de l'avis d'attribution du contrat, ou suivant la notification de la conclusion du contrat pour les marchés fondés sur un accord-cadre ou un système d'acquisition dynamique, ou encore le cas échéant en l'absence d'un tel avis ou d'une telle notification, dans un délai de six mois à compter du lendemain du jour de la conclusion du contrat. Les manquements susceptibles d'être utilement invoqués dans le cadre du référé contractuel sont, comme les sanctions auxquelles ils peuvent donner lieu, limitativement définis aux articles L. 551-18 à L. 551-20 du code de justice administrative. Seules les atteintes les plus graves aux règles de publicité et de mise en concurrence peuvent être invoquées dans le cadre du référé contractuel : absence totale de publicité alors que des mesures de publicité étaient requises, omission de publication au Journal officiel de l'Union européenne dans le cas où une telle publication était obligatoire, signature du contrat avant l'expiration du délai « de *standstill* », ou en violation de la suspension de la signature du contrat qui s'impose en cas de saisine du juge du référé précontractuel, et enfin, méconnaissance des modalités de remise en concurrence prévues pour la passation des contrats fondés sur un accord-cadre ou un système d'acquisition dynamique.

Les pouvoirs du juge du référé contractuel sont importants, à la mesure de la gravité des manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence qu'il a pour mission de sanctionner. Ainsi, il peut annuler le contrat ou, lorsqu'une telle annulation se heurte à une raison impérieuse

d'intérêt général, sanctionner le manquement commis soit par la résiliation pour l'avenir seulement du contrat, soit par la réduction de sa durée, soit par une pénalité financière.

L'entrepreneur dont le contrat est annulé par le juge du référé contractuel peut prétendre, sur un terrain quasi-contractuel, au remboursement des dépenses qui ont été utiles à la collectivité envers laquelle il s'était engagé. Les fautes commises par le cocontractant ou par l'administration sont prises en compte par le juge (CE, 6 octobre 2017, *Société Cegelec Perpignan*, n° 395268, Rec.)