



Attribution des marchés publics : les recours d'urgence

Pierre LEJEUNE

Sous l'impulsion du Parlement européen, le législateur a complété la loi du 24 décembre 1993 sur les marchés publics par l'insertion d'un livre II bis, relatif «à la motivation, à l'information et aux voies de recours» propre au contentieux de l'attribution des marchés publics. Applicable aux marchés dont l'avis a été publié à partir du 25 février 2010, ce livre II bis comporte certaines innovations telles que la modification, en profondeur, des règles applicables au référé administratif devant le Conseil d'Etat ou encore la faculté, pour le juge judiciaire, de prononcer l'absence d'effets d'un marché conclu dans des circonstances critiquables. Mais ces avancées ne concernent pas tous les marchés ...

Souvent, le soumissionnaire irrégulièrement évincé d'un marché public cherche à obtenir l'attribution du marché qui vient de lui échapper et privilégie l'indemnisation sous forme «d'exécution en nature», plutôt que l'allocation ultérieure de dommages et intérêts. Le centre de gravité du contentieux de l'attribution des marchés publics a donc, en partie, évolué vers les procédures d'urgence qui, seules, permettent l'intervention du juge à un stade aussi précoce que possible, lorsque les illégalités commises peuvent encore être corrigées. Ces préoccupations coïncident avec le contenu des directives «recours», notamment la directive 2007/66/CE.

L'obligation de motivation et d'information

La procédure d'attribution d'un marché public est scandée par de multiples étapes : la décision de recourir à la procédure négociée avec ou sans publicité (ce mode d'attribution d'un marché déroge au droit commun de l'appel à la concurrence et reste exceptionnel), de sélectionner qualitativement les candidats, d'attribuer le marché ... ou d'y renoncer, etc. Ces décisions doivent être motivées en la forme.

Ces motifs doivent être, en principe, communiqués d'initiative - et non plus sur demande - par l'autorité adjudicatrice à tous les candidats ou soumissionnaires. Sans renoncer, pour des questions de preuve, à l'envoi recommandé, le législateur privilégie les modes de transmission rapide : télécopie - courrier électronique, ...

Le respect de cette obligation de motivation et d'information est de nature à permettre au soumissionnaire ou au candidat évincé de se déterminer sur l'opportunité d'introduire ou non un recours.

Le délai d'attente

Contrairement au droit commun, un marché public ne se noue pas par le seul échange de consentement, mais par l'accomplissement d'une formalité particulière : la notification, par l'autorité adjudicatrice, de sa décision attribuant le marché.

En vue d'éviter la conclusion du contrat qui, très souvent, rend illusoire toute possibilité d'exécution en nature pour le soumissionnaire irrégulièrement évincé, un délai d'attente dit « de standstill » doit être observé par l'autorité adjudicatrice, entre la décision attribuant le marché et la notification de cette décision. Ce délai est en principe de 15 jours calendrier. Pendant ce délai, le candidat, préalablement informé, peut introduire une procédure afin de solliciter la suspension de la décision attribuant le marché, ou encore l'adoption de mesures provisoires.

Cette procédure doit être introduite dans les quinze jours, soit devant le Conseil d'Etat, sous forme d'un référé d'extrême urgence, lorsque l'autorité adjudicatrice est une autorité administrative, soit devant le Président du Tribunal de 1^{ère} instance, par le biais d'un référé judiciaire, dans l'hypothèse contraire. Au rebours de la situation antérieure, les compétences du Conseil d'Etat et des Présidents de Tribunaux sont désormais exclusives.

Lorsqu'une procédure est introduite, le délai d'attente se prolonge jusqu'au prononcé de la décision à intervenir.

En référé administratif usuel, le Conseil d'Etat ne peut prononcer la suspension de l'exécution d'un acte que si des moyens sérieux sont invoqués devant lui et si le requérant peut justifier d'un risque de préjudice grave et difficilement réparable. Cette dernière condition, obstacle redoutable pour le plaideur, est désormais supprimée au contentieux de l'attribution d'un marché public, et remplacée par celle de la « balance des intérêts ». Cette modification est intervenue afin d'assouplir les conditions d'accueil du référé précontractuel.

Les effets d'une irrégularité sur le contrat lui-même

Tranchant une longue controverse, la loi dispose qu'un marché « *une fois conclu ne peut plus être suspendu ou déclaré dépourvu d'effets* ». Mais ce principe énoncé, deux exceptions sont aménagées :

- 1.- Afin d'assurer l'effectivité du recours précontractuel, la loi dispose que la suspension de la décision attribuant le marché emporte « *de plein droit, la suspension de l'exécution du marché éventuellement conclu ...* ».
- 2.- En outre, dans un délai de six mois, une procédure spécifique est désormais ouverte au justiciable devant le Président du Tribunal de 1^{ère} instance statuant comme en référé : la demande en déclaration d'absence d'effets. Une telle procédure vise à demander l'annulation rétroactive des obligations contractuelles ou l'annulation des obligations qui doivent encore être exécutées.

Pour être accueillie, une telle demande suppose la méconnaissance, par l'autorité adjudicatrice, des règles de publicité européenne ou encore la violation du délai de standstill ou de ses conséquences (obligation d'attendre l'issue de la procédure introduite), lorsque cette violation :

- « ... a privé un soumissionnaire de la possibilité d'engager ou de mener à son terme le recours en suspension ... » et :
- « s'accompagne d'une violation du droit communautaire en matière de marchés publics, de la loi ou de ses arrêtés d'exécution et si cette dernière violation a compromis les chances d'un soumissionnaire d'obtenir le marché ».

En cas de raisons impérieuses d'intérêt général des mesures de substitution peuvent, à défaut, être ordonnées : ces mesures de substitution permettent au juge d'abrèger la durée du marché ou d'imposer une pénalité financière à l'autorité adjudicatrice.

Les marchés concernés

Ces diverses mesures s'appliquent, en principe, aux marchés dont le montant atteint ou excède les seuils européens, soit en substance, pour les années 2010 et 2011 :

- pour les marchés de travaux, tous secteurs et tous pouvoirs adjudicateurs confondus : 4.850.000 € ;
- pour les marchés de fournitures et de services :
 - 125.000 € pour les ministères fédéraux en secteurs classiques ;
 - 193.000 € pour les autres pouvoirs adjudicateurs en secteurs classiques ;
 - 387.000 € pour les secteurs spéciaux (eau, énergie, transports, services postaux).

En vue de procurer un effet utile à la loi, celle-ci s'applique également aux marchés dont le montant a été sous-estimé lors de la publication et dont la valeur hors T.V.A. de l'offre retenue est au moins 20 % supérieure aux seuils européens.

Allant au delà des obligations que lui imposent les directives «recours», le législateur a, en outre, étendu le nouveau régime :

- à tous les marchés en ce qui concerne le devoir de motivation des décisions et d'information aux candidats;
- aux marchés de travaux atteignant la moitié des seuils européens soit, pour les années 2010 et 2011, 2.422.500 €, à propos du recours précontractuel et, semble-t-il, de la procédure en déclaration d'absence d'effets;
- enfin, la prolongation légale du délai de standstill en cas d'introduction d'un référé précontractuel, et la demande en déclaration d'absence d'effets ne sont pas obligatoires aux marchés ... pour lesquels l'autorité adjudicatrice se soumet volontairement à un délai d'attente.

La réforme va donc dans le sens d'une protection accrue des soumissionnaires, ... mais pas pour tous les marchés : l'avenir dira si le régime distinct ainsi créé est, ou non, conforme aux règles de non discrimination dont la Cour Constitutionnelle est gardienne.