droit

Le mémento du référé précontractuel

procédure, moyens et jurisprudence

Aldo Sevino

EYROLLES

Le mémento
du référé précontractuel

Dans la même collection

B. Fèvre & S. Fourage. – **Le mémento du conducteur de travaux.**
2e édition, 2002, 112 pages.

Fédération nationale des Travaux publics. –
Le mémento du béton.
Guide d'application pour l'exécution d'ouvrages
2005, 82 pages.

P. Grelier Wyckoff. – **Le mémento des marchés privés de travaux.**
Intervenants, passation et exécution
2e édition, 2006, 130 pages.

P. Grelier Wyckoff. – **Le mémento des marchés publics de travaux.**
Intervenants, passation et exécution
3e édition, 2007, 2e tirage, 230 pages.

Chez le même éditeur

P. Gérard. – **Pratique du droit de l'urbanisme.**
Urbanisme réglementaire, individuel et opérationnel
5e édition, 2007, 294 pages.

B. Quignard. – **Ascenseur et copropriété.**
3e édition, 2005, 400 pages.

B. De Polignac, J.-P. Monceau, X. De Cussac. –
L'expertise immobilière.
4e édition, 2007, 456 pages.

P. Grelier Wyckoff. – **Pratique du droit de la construction.**
Marchés publics et marchés privés
5e édition, 2007, 444 pages.

Aldo Sevino

Le mémento du référé précontractuel

Procédure, moyens et jurisprudence

EYROLLES

ÉDITIONS EYROLLES
61, bd Saint-Germain
75240 Paris Cedex 05
www.editions-eyrolles.com

Le code de la propriété intellectuelle du 1er juillet 1992 interdit en effet expressément la photocopie à usage collectif sans autorisation des ayants droit. Or, cette pratique s'est généralisée notamment dans les établissements d'enseignement, provoquant une baisse brutale des achats de livres, au point que la possibilité même pour les auteurs de créer des œuvres nouvelles et de les faire éditer correctement est aujourd'hui menacée.

En application de la loi du 11 mars 1957, il est interdit de reproduire intégralement ou partiellement le présent ouvrage, sur quelque support que ce soit, sans autorisation de l'Éditeur ou du Centre Français d'Exploitation du Droit de Copie, 20, rue des Grands-Augustins, 75006 Paris.

© Éditions Eyrolles, 2008, ISBN : 978-2-212-12260-2

À Lorraine et Florence pour leur aide précieuse.

TABLE DES MATIÈRES

Avant-propos 1

1. Les textes régissant la procédure de référé précontractuel 3

1.1. Code de justice administrative 5

1.1.1. Article L. 551-1 5
1.1.2. Article L. 551-2 6
1.1.3. Article R. 551-1 7
1.1.4. Article R. 551-2 7
1.1.5. Article R. 551-3 7
1.1.6. Article R. 551-4 8

1.2. Code des marchés publics 8

1.2.1. Article 80 8

1.3. Ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au CMP 9

1.3.1. Article 24 9
1.3.2. Article 33 10

2. La recevabilité 11

2.1. Contrats pouvant faire l'objet d'une procédure 13
2.1.1. Définition des contrats concernés 13
2.1.2. Extension à des contrats non expressément visés..... 17
2.1.3. Les contrats exclus 17
2.1.4. Requalification du contrat par le juge 18

2.2. Absence de signature du contrat 19
2.2.1. Irrecevabilité de toute demande dès lors que le contrat a été signé 19
2.2.2. Des conséquences draconiennes sur les frais irrépétibles 22
2.2.3. Incapacité du juge de se prononcer sur la régularité de la signature..... 23

2.3. Suite donnée à la procédure de passation du contrat 25

2.4. Intérêt à agir du demandeur..... 26
2.4.1. Première condition : avoir intérêt à conclure le contrat 27
2.4.2. Deuxième condition : être susceptible d'être lésé par le manquement contesté 30

3. La procédure de référé précontractuel 33

3.1. Délai pour agir 35
3.1.1. Absence de délai de procédure 35
3.1.2. Absence de signature d'un marché public pendant un délai de 10 jours 35
3.1.3. Un délai de procédure en parti insuffisamment garanti..... 36

3.2. Juge compétent..... 37
3.2.1. Juge unique..... 37
3.2.2. Absence de commissaire du gouvernement 38
3.2.3. Compétence territoriale 38

3.3. Principes de la procédure..... 40
3.3.1. Une procédure orale 40
3.3.2. Communication des moyens d'ordre public..... 41
3.3.3. Les atteintes au principe du contradictoire..... 41

3.4. Délai de jugement 44

4. Le contrôle exercé par le juge des référés précontractuels 45

4.1. Principes 47

4.2. Support de publicité et transparence 47

4.2.1. Organes de publication obligatoires 47

4.2.1.1. CMP 2006 – Pouvoirs adjudicateurs – Obligations de publicité 48

4.2.1.2. CMP 2006 – Pouvoirs adjudicateurs – Avis d'attribution 49

4.2.1.3. CMP 2006 – Entités adjudicatrices – Obligations de publicité 50

4.2.1.4. CMP 2006 – Entités adjudicatrices – Avis d'attribution 51

4.2.1.5. CMP 2006 – Pouvoirs adjudicateurs – Procédures 52

4.2.1.6. CMP 2006 – Entités adjudicatrices – Procédures 52

4.2.1.7. CMP 2006 : délais minimaux fixes pour les pouvoirs adjudicateurs 53

4.2.1.8. CMP 2006 : délais minimaux fixes pour les entités adjudicatrices 54

4.2.2. Notion de journaux d'annonces légales 55

4.2.3. Organe de publication et publicité adéquate 57

4.2.4. Vérification de la qualité des informations publiées 58

4.3. Mentions obligatoires AAPC 59

4.3.1. Rappel des obligations en matière d'information dans les marchés publics 59

4.3.2. Mentions obligatoires et non obligatoires devant figurer dans le formulaire JOUE 59

4.3.3. Mentions obligatoires et non obligatoires devant figurer dans le formulaire BOAMP 62

4.3.4. Synthèse des mentions devant figurer dans le CMP et dans la directive 2004/18 64

4.3.5. Rappel des obligations en matière d'information dans les délégations de service public 67

4.4. Exemples de mentions obligatoires AAPC 69

4.4.1. Accord sur les marchés publics 69

4.4.2. Modalités de financement 70

4.4.3. Montant prévisionnel du marché 73

4.4.4. Date prévisionnelle de début d'exécution du marché ou de sa notification 74

4.4.5. Délai minimum pendant lequel le soumissionnaire est tenu de maintenir son offre 74
4.4.6. Autres informations non indispensables à la régularité de la procédure 75

4.5. Mentions interdites dans l'AAPC et le règlement de consultation 75

4.5.1. Spécifications techniques 75
4.5.2. Références à un produit d'une marque déterminée 76

4.6. Respect des dates de remise des candidatures/offres 76

4.6.1. Délai de remise des candidatures ou des offres 76
4.6.2 Prorogation date validité des offres 78

4.7. Critères retenus pour les candidatures 78

4.7.1. Définitions des critères de choix 78
4.7.2. Pondération et hiérarchisation 79
4.7.3. Sous-critères 81
4.7.4. Quel niveau de pondération ? 82
4.7.5. Pertinence des critères au regard de l'objet du marché 83
4.7.6. Précisions ultérieures des critères 84

4.8. Définition des besoins et éléments devant figurer dans le cahier des charges 84

4.9. Contradiction dans les mentions 86

4.10. Modification des besoins de la personne publique 90

4.10.1. Avis rectificatif et modification du cahier des charges 90
4.10.2. Conséquences des modifications du cahier des charges : octroi d'un délai supplémentaire 90

4.11. Candidatures 91

4.11.1. Mention dans l'AAPC des niveaux de références requises 91
4.11.2. Éléments pouvant être demandés par le pouvoir adjudicateur 92
4.11.3. Titre professionnel en rapport avec l'objet du marché 95
4.11.4. Période de prise en compte des références par rapport à l'objet du marché 96
4.11.5. Moyens de preuve de la capacité professionnelle 97
4.11.6. Cas des entreprises récemment créées 98
4.11.7. Secret professionnel 99
4.11.8. Obligation du pouvoir adjudicateur de rejeter une candidature non conforme 100

4.12. Composition de la Commission d'appel d'offres 101

4.13. Recours aux formulaires DC4 et DC5..... 102

4.14. Respect des obligations fiscales et sociales des candidatures 102

4.15. Offres des candidats..... 103

4.15.1. Informations sur les conditions de remise des offres..... 103
4.15.2. Variantes 104
4.15.3. Modifications de l'offre suite à négociation 105

4.16. Droit à l'information des candidats évincés... 105

4.17. Respect des principes de transparence et d'égalité de traitement des candidats 106

4.17.1. Frais de reprographie 106
4.17.2. Obligation d'informer du recours à une procédure dérogatoire 107
4.17.3. Possibilité conditionnelle pour une entreprise ayant participé à la rédaction d'un cahier des charges de soumissionner au contrat subséquent..... 107
4.17.4. Obligation de négocier avec les candidats dans le cadre d'une délégation de service public..... 108

5. Le contrôle non exercé par le juge des référés précontractuels 109

5.1. Compétence du pouvoir adjudicateur 111

5.2. Choix du type de procédure 111

5.3. Décision d'allotir 113

5.4. Appréciation de la candidature et de l'offre .. 115

6. Les pouvoirs du juge 117

6.1. Principes 119

6.1.1. Des pouvoirs étendus 119
6.1.2. Des pouvoirs provisoires et des pouvoirs définitifs..... 120
6.1.3. Comparaison des pouvoirs du juge 120

6.2. Cinq pouvoirs majeurs 122
6.2.1. Pouvoir d'annulation 122
6.2.2. Pouvoir de suppression 123
6.2.3. Pouvoir de différer la signature du contrat 123
6.2.4. Pouvoir d'injonction 124
6.2.5. Pouvoir d'astreinte 125

7. Les recours 127

Annexe 1. Modèles d'actes 131
Exemple de demande de renseignements à la collectivité 131
Lettre d'envoi de la requête au tribunal administratif 132
Architecture d'une requête en référé précontractuel 133
Lettre d'information de la date d'audience 138

Annexe 2. Jurisprudences 139

Bibliographie 149

Index 151

Avant-propos

L'idée de cet ouvrage est née d'un besoin professionnel : la nécessité, en tant qu'avocat intervenant en droit de la commande publique (et notamment dans le secteur des marchés publics), de disposer d'un « outil » juridique adapté, complet et opérationnel permettant d'engager dans des délais très courts une action devant le juge des référés précontractuels. Cette procédure consiste à saisir un magistrat unique d'un recours dirigé contre des actes préparatoires à la passation de divers contrats passés par des pouvoirs adjudicateurs. Son caractère « précontractuel » impliquant que ledit recours soit nécessairement tranché avant la signature du contrat considéré.

Les requérants (entreprises de BTP, prestataires de services, etc.) sont en effet très souvent amenés à demander à leurs avocats d'engager une procédure en référé précontractuel et ce, dans les quelques jours précédant l'expiration du délai pendant lequel le pouvoir adjudicateur se voit en principe interdire de signer un marché public formalisé (voir l'article 80 du Code des marchés publics). Cet outil s'adresse donc à l'ensemble des professionnels de l'achat public.

Ce mémento n'est pas un ouvrage théorique sur la procédure de référé précontractuel, mais un manuel pratique, constitué d'une base étendue d'arrêts récents et de documents « types » permettant d'agir immédiatement dans le cadre d'une action fondée sur les articles L. 551-1 et L. 551-2 du Code de justice administrative. Un recours aussi systématique que possible aux citations des « considérants » significatifs du Conseil d'État a été retenu afin de permettre aux juristes d'entreprises ou de collectivités territoriales de disposer, pratiquement prêtes à l'emploi, des jurisprudences topiques.

Malgré la redondance de certaines jurisprudences (liée au fait que les ordonnances peuvent développer sur plusieurs arguments juridiques), le présent ouvrage a pour objectif de répondre le plus largement possible aux attentes des professionnels, et de simplifier leur recours à la procédure de référé précontractuel dont l'extrême rapidité reste le gage d'une efficacité juridictionnelle retrouvée.

CHAPITRE 1

LES TEXTES RÉGISSANT LA PROCÉDURE DE RÉFÉRÉ PRÉCONTRACTUEL

Les textes les plus importants régissant la procédure de référé précontractuel sont les suivants :

– le Code de justice administrative, articles L. 551-1 et L. 551-2 ainsi que les articles R. 551-1, R. 551-2, R. 551-3 et R. 551-4 ;
– le Code des marchés publics, article 80 ;
– 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, articles 24 et 33.

1.1. Code de justice administrative

1.1.1. Article L. 551-1

(Loi nº 2000-597 du 30 juin 2000, articles 1 et 13, *Journal officiel* du 1er juillet 2000 en vigueur le 1er janvier 2001 ; ordonnance nº 2004-559 du 17 juin 2004, article 27 1º, *Journal officiel* du 19 juin 2004 ; loi nº 2004-806 du 9 août 2004, article 153 II, *Journal officiel* du 11 août 2004 ; ordonnance nº 2005-649 du 6 juin 2005, article 39, *Journal officiel* du 7 juin 2005 en vigueur le 1er septembre 2005)

Le président du Tribunal administratif, ou le magistrat qu'il délègue, peut être saisi en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation des marchés publics, des marchés mentionnés au 2º de l'article 24 de l'ordonnance nº 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au Code des marchés publics, des contrats de partenariat, des contrats visés au premier alinéa de l'article L. 6148-5 du Code de la santé publique et des conventions de délégation de service public.

Les personnes habilitées à agir sont celles qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par ce manquement, ainsi que le représentant de l'État dans le département dans le cas où le contrat est conclu ou doit être conclu par une collectivité territoriale ou un établissement public local.

Le président du Tribunal administratif peut être saisi avant la conclusion du contrat. Il peut ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations et suspendre la passation du contrat ou l'exécution de toute décision qui s'y rapporte. Il peut également annuler ces décisions et supprimer les clauses ou prescriptions destinées à figurer dans le contrat et qui méconnaissent lesdites obligations. Dès qu'il est saisi, il peut enjoindre de différer la signature du contrat jusqu'au terme de la procédure et pour une durée maximum de 20 jours.

Sauf si la demande porte sur des marchés ou contrats passés par l'État, elle peut également être présentée par celui-ci lorsque la Commission des communautés européennes lui a notifié les raisons pour lesquelles elle estime qu'une violation claire et manifeste des obligations de publicité et de mise en concurrence d'origine communautaire ou résultant de l'Accord sur l'Espace économique européen, a été commise.

Le président du Tribunal administratif ou son délégué statue en premier et dernier ressort en la forme des référés.

1.1.2. Article L. 551-2

(Loi n° 2000-597 du 30 juin 2000, articles 1 et 13, *Journal officiel* du 1er juillet 2000 en vigueur le 1er janvier 2001 ; ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005, article 39, *Journal officiel* du 7 juin 2005 en vigueur le 1er septembre 2005)

Le président du Tribunal administratif, ou le magistrat qu'il délègue, peut être saisi en cas de manquement aux obligations de publicité ou de mise en concurrence auxquelles sont soumis 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. Le juge ne peut statuer, avant la conclusion du contrat, que dans les conditions définies ci-après.

Les personnes habilitées à agir sont celles qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par ce manquement.

Le président du Tribunal administratif, ou le magistrat qu'il délègue, peut ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations. Il détermine les délais dans lesquels l'auteur du manquement doit s'exécuter. Il peut aussi prononcer une astreinte provisoire courant à l'expiration des délais impartis. Il peut toutefois prendre en considération les conséquences probables de cette dernière mesure pour tous les intérêts susceptibles d'être atteints, notamment l'intérêt public, et décider de ne pas l'accorder lorsque ses conséquences négatives pourraient dépasser ses avantages. Dès qu'il est saisi, il peut enjoindre de différer la signature du contrat jusqu'au terme de la procédure et pour une durée maximum de 20 jours.

Le montant de l'astreinte provisoire est liquidé en tenant compte du comportement de celui à qui l'injonction a été adressée et des difficultés qu'il a rencontrées pour l'exécuter.

Sauf si la demande porte sur des marchés ou contrats passés par l'État, elle peut également être présentée par celui-ci lorsque la Commission des

communautés européennes lui a notifié les raisons pour lesquelles elle estime qu'une violation claire et manifeste des obligations mentionnées ci-dessus a été commise.

Le président du Tribunal administratif, ou le magistrat qu'il délègue, statue en premier et dernier ressort en la forme des référés.

Si, à la liquidation de l'astreinte provisoire, le manquement constaté n'a pas été corrigé, le juge peut prononcer une astreinte définitive. Dans ce cas, il statue en la forme des référés, appel pouvant être fait comme en matière de référé.

L'astreinte, qu'elle soit provisoire ou définitive, est indépendante des dommages intérêts. L'astreinte provisoire ou définitive est supprimée en tout ou partie s'il est établi que l'inexécution ou le retard dans l'exécution de l'injonction du juge provient, en tout ou partie, d'une cause étrangère.

1.1.3. Article R. 551-1

(Inséré par décret n° 2000-1115 du 22 novembre 2000, article 1, *Journal officiel* du 23 novembre 2000 en vigueur le 1er janvier 2001)

Le président du Tribunal administratif, ou le magistrat qu'il délègue, statue dans un délai de 20 jours sur les demandes qui lui sont présentées en vertu des articles L. 551-1 et L. 551-2.

L'injonction de différer la signature du contrat, si elle a été prononcée à titre conservatoire en application des dispositions du troisième alinéa de l'article L. 551-1 et du troisième alinéa de l'article L. 551-2, prend fin à la date à laquelle le président du Tribunal administratif, ou le magistrat qu'il délègue, se prononce sur la demande ou, au plus tard, à l'expiration de ce délai de 20 jours.

1.1.4. Article R. 551-2

(Inséré par décret n° 2000-1115 du 22 novembre 2000, article 1, *Journal officiel* du 23 novembre 2000 en vigueur le 1er janvier 2001)

Les mesures provisoires ordonnées en application du présent chapitre ne peuvent être contestées qu'à l'occasion du pourvoi en cassation dirigé contre la décision par laquelle il est finalement statué sur la demande.

1.1.5. Article R. 551-3

(Inséré par décret n° 2000-1115 du 22 novembre 2000, article 1, *Journal officiel* du 23 novembre 2000 en vigueur le 1er janvier 2001)

Dans le cas prévu au quatrième alinéa de l'article L. 551-1 et au cinquième alinéa de l'article L. 551-2, l'État est représenté par le ministre de tutelle lorsqu'il s'agit d'un contrat passé par un établissement public de l'État ayant un caractère autre qu'industriel et commercial ou par le préfet lorsqu'il s'agit d'un contrat passé par une collectivité territoriale ou un établissement public local ayant un caractère autre qu'industriel et commercial.

Lorsqu'il s'agit d'un contrat passé par une personne morale de droit privé pour le compte de l'État, d'une collectivité territoriale ou d'un établissement public ayant un caractère autre qu'industriel et commercial et relevant de l'État ou d'une collectivité territoriale, l'État est représenté, selon le cas, par le ministre ou le préfet intéressé.

1.1.6. Article R. 551-4

(Inséré par décret n° 2000-1115 du 22 novembre 2000, article 1, *Journal officiel* du 23 novembre 2000 en vigueur le 1er janvier 2001)

La décision du président du Tribunal administratif ou du magistrat qu'il délègue est susceptible de recours en cassation devant le Conseil d'État, dans la quinzaine de sa notification.

1.2. Code des marchés publics

1.2.1. Article 80

I. – 1° Pour les marchés et accords-cadres passés selon une des procédures formalisées, le pouvoir adjudicateur avise, dès qu'il a fait son choix sur les candidatures ou sur les offres, tous les autres candidats du rejet de leurs candidatures ou de leurs offres, en indiquant les motifs de ce rejet.

Un délai d'au moins 10 jours est respecté entre la date à laquelle la décision de rejet est notifiée aux candidats dont l'offre n'a pas été retenue et la date de signature du marché ou de l'accord-cadre.

En cas d'urgence ne permettant pas de respecter ce délai, celui-ci est réduit dans des proportions adaptées à la situation.

2° Ce délai n'est en revanche pas exigé :

a) Dans les situations d'urgence impérieuse justifiant la négociation sans publicité préalable avec un seul soumissionnaire ;

b) Dans le cas des appels d'offres, des marchés négociés ou des marchés passés sur le fondement d'un accord-cadre lorsque le marché est attribué au seul candidat ayant présenté une offre qui répond aux exigences indiquées dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation.

II. – Lorsque le pouvoir adjudicateur décide de ne pas attribuer le marché ou de recommencer la procédure, il informe, dans les plus brefs délais, les candidats des motifs de sa décision. Sur demande écrite des candidats, la réponse est écrite.

III. – Le pouvoir adjudicateur ne peut communiquer les renseignements dont la divulgation :

a) Serait contraire à la loi, en particulier violerait le secret industriel et commercial ;

b) Serait contraire à l'intérêt public ;

c) Pourrait nuire à une concurrence loyale entre les opérateurs économiques.

1.3. Ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au CMP

1.3.1. Article 24

En cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation des marchés mentionnés aux articles 22 et 35 :

1° Lorsque ces marchés constituent des contrats de droit privé, toute personne ayant intérêt à conclure le contrat et susceptible d'être lésée par ce manquement peut demander au juge de prendre, avant la conclusion du contrat, des mesures provisoires tendant à ce qu'il soit ordonné à la personne morale responsable du manquement de se conformer à ses obligations et, le cas échéant, à ce que soit suspendue la procédure de passation du contrat ou l'exécution de toute décision qui s'y rapporte. Elle peut également demander que soient annulées de telles décisions et que soient supprimées les clauses ou prescriptions destinées à figurer dans le contrat et qui méconnaissent lesdites obligations.

La demande peut également être présentée par le ministère public lorsque la Commission européenne a notifié à l'État les raisons pour lesquelles elle estime qu'une violation claire et manifeste des obligations mentionnées au premier alinéa a été commise.

La demande est portée devant le président de la juridiction de l'ordre judiciaire compétente ou son délégué, qui statue en premier et dernier ressort en la forme des référés.

2° Lorsque ces marchés sont des contrats administratifs, l'article L. 551-1 du Code de justice administrative est applicable.

1.3.2. Article 33

En cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation des marchés mentionnés à l'article 25 :

1° Lorsque ces marchés constituent des contrats de droit privé, toute personne ayant intérêt à conclure le contrat et susceptible d'être lésée par ce manquement peut demander au juge de prendre, avant la conclusion du contrat, des mesures tendant à ce qu'il soit ordonné à la personne morale responsable du manquement de se conformer à ses obligations. Le juge détermine les délais dans lesquels l'auteur du manquement doit s'exécuter. Il peut aussi prononcer une astreinte provisoire courant à compter de l'expiration des délais impartis. Il peut toutefois prendre en considération les conséquences probables de cette dernière mesure pour tous les intérêts susceptibles d'être atteints, notamment l'intérêt public, et décider de ne pas l'accorder lorsque ses conséquences négatives pourraient dépasser ses avantages.

La demande peut également être présentée par le ministère public lorsque la Commission européenne a notifié à l'État les raisons pour lesquelles elle estime qu'une violation claire et manifeste des obligations mentionnées au premier alinéa a été commise.

Le montant de l'astreinte provisoire est liquidé en tenant compte du comportement de celui à qui l'injonction a été adressée et des difficultés qu'il a rencontrées pour l'exécuter.

Le président de la juridiction de l'ordre judiciaire compétente ou son délégué statue en premier et dernier ressort en la forme des référés.

Si, à la liquidation de l'astreinte provisoire, le manquement constaté n'a pas été corrigé, le juge peut prononcer une astreinte définitive. Dans ce cas, il statue en la forme des référés, appel pouvant être fait comme en matière de référé.

L'astreinte, qu'elle soit provisoire ou définitive, est indépendante des dommages et intérêts. L'astreinte provisoire ou définitive est supprimée en tout ou partie s'il est établi que l'inexécution ou le retard dans l'exécution de l'injonction du juge provient, en tout ou partie, d'une cause étrangère.

2° Lorsque ces marchés sont des contrats administratifs, l'article L. 551-2 du Code de justice administrative est applicable.

CHAPITRE 2

LA RECEVABILITÉ

2.1. Contrats pouvant faire l'objet d'une procédure

Les contrats susceptibles de faire l'objet d'une procédure de référé précontractuel sont définis limitativement aux articles L. 551-1 et L. 551-2 du Code de justice administrative.

Le Code de justice administrative vise de manière limitative les contrats suivants :

– les marchés publics ;
– les marchés mentionnés au 2º de l'article 24 et de l'article 33 de l'ordonnance nº 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics ;
– les contrats de partenariat ;
– les contrats visés au premier alinéa de l'article L. 6148-5 du Code de la santé publique ;
– les conventions de délégation de service public.

2.1.1. Définition des contrats concernés

a) Les marchés publics sont les contrats conclus à titre onéreux entre les pouvoirs adjudicateurs définis à l'article 2 du Code des marchés publics et des opérateurs économiques publics ou privés, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services.

Sont donc concernés les marchés passés par l'État et des établissements publics administratifs et les collectivités territoriales et l'ensemble de leurs établissements publics (qu'ils soient administratifs ou industriels ou commerciaux) (Code des marchés publics, article 2).

Rappelons que les accords-cadres sont les contrats conclus entre l'un des pouvoirs adjudicateurs définis à l'article 2 du Code des marchés publics et des opérateurs économiques publics ou privés, ayant pour objet d'établir les termes régissant les marchés à passer au cours d'une période donnée, notamment en ce qui concerne les prix et, le cas échéant, les quantités envisagées (Code des marchés publics, article 1). Les accords-cadres qui ne sont donc pas au sens strict des marchés publics ne devraient donc pas entrer dans le champ d'application de la procédure de référé précontractuel. Mais cette question n'a pas encore été tranchée par le juge administratif. Nous tenons cependant une opinion contraire et pensons que les accords cadres devraient pouvoir faire l'objet de référé précontractuel dans la mesure où c'est dès le stade de la passation de l'accord cadre que le pouvoir adjudicateur doit

respecter les principes de publicité et de mise en concurrence passés par le Code des marchés publics. En revanche, tous les marchés publics entrent dans le champ d'application du dispositif et notamment les marchés passés en procédure négociée (CE, 19 septembre 2007, n° 296192, communauté d'agglomération de Saint-Étienne métropole).

b) Les marchés mentionnés au 2º des articles 24 et 33 de l'ordonnance nº 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au Code des marchés publics sont les contrats conclus à titre onéreux avec des opérateurs économiques publics ou privés par les pouvoirs adjudicateurs définis à l'article 3 ou les entités adjudicatrices définies à l'article 4 de l'ordonnance, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services (ordonnance nº 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au Code des marchés publics, article 33).

Sont donc concernés les organismes suivants. D'une part, en tant que pouvoirs adjudicateurs :

1° Les organismes de droit privé ou les organismes de droit public autres que ceux soumis au Code des marchés publics dotés de la personnalité juridique et qui ont été créés pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial, dont :

– soit l'activité est financée majoritairement par un pouvoir adjudicateur soumis au Code des marchés publics ou à la présente ordonnance ;
– soit la gestion est soumise à un contrôle par un pouvoir adjudicateur soumis au code des marchés publics ou à la présente ordonnance ;
– soit l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié sont désignés par un pouvoir adjudicateur soumis au code des marchés publics ou à la présente ordonnance ;

2° La Banque de France, l'Institut de France, l'Académie française, l'Académie des inscriptions et Belles-Lettres, l'Académie des sciences, l'Académie des Beaux-Arts et l'Académie des sciences morales et politiques ;

3° La Caisse des dépôts et consignations ;

4° Les organismes de droit privé dotés de la personnalité juridique constitués en vue de réaliser certaines activités en commun :

– soit par des pouvoirs adjudicateurs soumis au Code des marchés publics ;
– soit par des pouvoirs adjudicateurs soumis à la présente ordonnance ;
– soit par des pouvoirs adjudicateurs soumis au Code des marchés publics et des pouvoirs adjudicateurs soumis à la présente ordonnance.

5° Tous les établissements publics à caractère administratif ayant dans leur statut une mission de recherche, parmi lesquels les établissements publics à

caractère scientifique, culturel et professionnel, les établissements publics de coopération scientifique et les établissements publics à caractère scientifique et technologique, pour les achats de fournitures, de services et de travaux destinés à la conduite de leurs activités de recherche.

D'autre part, en tant qu'entités adjudicatrices :

1° Les pouvoirs adjudicateurs définis précédemment qui exercent une des activités d'opérateur de réseaux énumérées à l'article 26 de l'ordonnance du 6 juin 2005 ;

2° Les entreprises publiques qui exercent une des activités d'opérateur de réseaux énumérées à l'article 26 de la même ordonnance.

Est une entreprise publique au sens de la présente ordonnance tout organisme doté de la personnalité juridique qui exerce des activités de production ou de commercialisation de biens ou de services marchands et sur lequel un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs soumis au code des marchés publics ou à la présente ordonnance exercent, directement ou indirectement, une influence dominante en raison de la propriété, de la participation financière ou des règles qui la régissent.

L'influence des pouvoirs adjudicateurs est réputée dominante lorsque ceux-ci, directement ou indirectement, détiennent la majorité du capital, disposent de la majorité des droits de vote ou peuvent désigner plus de la moitié des membres de l'organe d'administration, de direction ou de surveillance ;

3° Les organismes de droit privé bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs ayant pour effet de leur réserver l'exercice d'une ou de plusieurs des activités énumérées à l'article 26 de l'ordonnance du 6 juin 2005 et d'affecter substantiellement la capacité des autres opérateurs économiques d'exercer ces activités.

Les droits accordés à l'issue d'une procédure permettant de garantir la prise en compte de critères objectifs, proportionnels et non discriminatoires ne sont pas considérés comme des droits spéciaux ou exclusifs pour l'application de ces dispositions.

c) Les contrats de partenariat sont des contrats administratifs par lesquels la personne publique confie à un tiers, pour une période déterminée en fonction de la durée d'amortissement des investissements ou des modalités de financement retenues, une mission globale relative au financement d'investissements immatériels, d'ouvrages ou d'équipements nécessaires au service public, à la construction ou transformation des ouvrages ou équipements, ainsi qu'à leur entretien, leur maintenance, leur exploitation ou leur gestion, et, le cas

échéant, à d'autres prestations de services concourant à l'exercice, par la personne publique, de la mission de service public dont elle est chargée.

Le cocontractant de la personne publique assure la maîtrise d'ouvrage des travaux à réaliser.

Il peut se voir confier tout ou partie de la conception des ouvrages.
La rémunération du cocontractant fait l'objet d'un paiement par la personne publique pendant toute la durée du contrat. Elle peut être liée à des objectifs de performance assignés au cocontractant (Code général des collectivités territoriales, article 1414-1).

d) Les contrats visés au premier alinéa de l'article L. 6148-5 du Code de la santé publique sont les baux emphytéotiques consentis au profit d'un établissement public de santé ou à une structure de coopération sanitaire dotée de la personnalité morale publique.

Ainsi, un bien immobilier appartenant à une collectivité territoriale peut faire l'objet d'un bail emphytéotique prévu à l'article L. 451-1 du Code rural, en vue de l'accomplissement, pour le compte de la collectivité territoriale, d'une mission de service public ou en vue de la réalisation d'une opération d'intérêt général relevant de sa compétence ou en vue de l'affectation à une association cultuelle d'un édifice du culte ouvert au public ou, jusqu'au 31 décembre 2007, liée aux besoins de la justice, de la police ou de la gendarmerie nationales ainsi que d'un établissement public de santé ou d'une structure de coopération sanitaire dotée de la personnalité morale publique ou, jusqu'au 31 décembre 2010, liée aux besoins d'un service départemental d'incendie et de secours. Ce bail emphytéotique est dénommé bail emphytéotique administratif.

Ce bail peut être conclu même si le bien sur lequel il porte (en raison notamment de son affectation résultant soit du bail ou d'une convention non détachable de ce bail, soit des conditions de la gestion du bien ou du contrôle par la personne publique de cette gestion) constitue une dépendance du domaine public, sous réserve que cette dépendance demeure hors du champ d'application de la contravention de voirie.

Un tel bail, lorsqu'il répond aux besoins d'un établissement public de santé ou d'une structure de coopération sanitaire dotée de la personnalité morale publique, est conclu dans le respect des dispositions des articles L. 6148-3, L. 6148-4 et L. 6148-5 du Code de la santé publique.

e) Enfin, la convention de délégation de service public est un contrat par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé, dont la rémunération est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du ser-

vice. Le délégataire peut être chargé de construire des ouvrages ou d'acquérir des biens nécessaires au service (Code général des collectivités territoriales, article L. 1411-1).

> **Délégation de service public**
>
> Tout « transfert » de gestion d'un service public ne constitue pas une délégation de service public au sens de la loi Sapin et de l'article L. 551-1 du Code de justice administrative.
>
> Le Conseil d'État a rappelé qu'il en était notamment ainsi de l'organisation par acte administratif unilatéral d'un service de transport de voyageurs. La Haute Juridiction a en effet confirmé que « […] l'exploitation d'un service de transport de voyageurs en Île-de-France est subordonnée à une autorisation délivrée par le syndicat des transports d'Île-de-France, […] que cette autorisation est une décision unilatérale qui prend la forme d'une inscription au plan régional de transport ; que la convention d'exploitation conclue ultérieurement par la commune avec l'exploitant autorisé à exploiter un service de transport public de voyageurs sur son territoire, pour définir les conditions d'exploitation de ce service, n'est pas détachable de la procédure unilatérale de désignation de cet exploitant par le syndicat des transports d'Île-de-France ; qu'elle ne peut par suite être regardée comme un marché, une délégation ou un contrat au sens des dispositions précitées de l'article L. 551-1 du Code de justice administrative » (CE, 13 juillet 2007, n° 299207, commune de Rosny-sous-Bois).

2.1.2. Extension à des contrats non expressément visés

La doctrine considère que les METP (Marché d'entreprise de travaux publics) « légalisés par des textes particuliers et destinés à répondre aux besoins de la police, de la gendarmerie et de la défense, du service pénitentiaire et d'autres missions de sécurité » doivent entrer dans le champ d'application du référé précontractuel « […] car, d'après les textes qui les instituent, ce sont des contrats passés "selon les procédures prévues par le Code des marchés publics" », Roland Vandermeeren.

2.1.3. Les contrats exclus

En revanche, les concessions domaniales n'entrent pas dans le champ d'application de l'article L. 551-1 du Code de justice administrative et ne peuvent dès lors pas être attaquées dans le cadre de la procédure dite de référé précontractuel (CE, 12 mars 1999, ville de Paris c/ société Stella Maillot-Orée du Bois, AJDA 1999, p.439).

Cette exclusion a été récemment confirmée par le Conseil d'État qui a admis que « si la société Unibail Management soutient aussi que le contrat projeté par le port autonome de Marseille porte sur des travaux entrant dans le champ d'application de l'article 9 précité de la loi du 3 janvier 1991 modifiée, ce contrat, ainsi qu'il a été dit, n'est qu'une concession domaniale ; qu'ainsi, il

n'est pas soumis aux dispositions de cet article ; que, dès lors en jugeant que la procédure de l'article L. 551-1 du Code de justice administrative n'était pas applicable, le juge du référé précontractuel du tribunal administratif de Marseille n'a pas méconnu les dispositions sus-rappelées de la loi du 3 janvier 1991 » (CE, 10 mars 2006, n° 284802, société Unibail Management).

La concession domaniale et son traité d'exploitation de plage

Les sous-traités d'exploitation de plage portant autorisation d'occupation du domaine public se présentent en principe comme une concession domaniale. Cependant, lorsqu'un tel sous-traité confie également au cocontractant de la collectivité l'exploitation proprement dite de la plage, il doit être requalifié de délégation de service public au sens de la loi du 29 janvier 1993 (CE, 21 juin 2000, n° 212100 et 212101, SARL Plage « Chez Joseph »).

Le décret n° 2006-608 du 26 mai 2006 (J.O. du 28 mai, p. 7981) est venu réglementer la passation des sous-traités d'exploitation sans pour autant les qualifier. Comme certains commentateurs ont pu le relever, « […] à aucun moment les conventions d'exploitation ne sont qualifiées de délégation de service public par le décret. Il est seulement fait référence pour leur passation à la procédure de délégation de service public. Ainsi, un simple renvoi à la procédure afférente ne saurait pour autant emporter la qualification de service public délégué. » (*Les enjeux de la nouvelle réglementation relative aux concessions de plage*, Guilhem Lafabrier, mémoire de Master 2). Dès lors, selon la qualification que retiendra au cas par cas la jurisprudence, de telles conventions entreront ou pas dans le champ d'application du référé précontractuel.

Le contrat de réalisation d'un réseau de télédistribution câblé, dès lors qu'il n'associe pas le cocontractant à l'exécution même du service public, ne constitue pas une délégation de service public et n'entre donc pas dans le champ d'application des articles L. 551-1 et L. 551-2 du Code de justice administrative (CAA Nancy, 14 novembre 2002, TDF Câble est c/ commune de Toulouse).

De même, « […] la procédure dont la commune de Fontainebleau a confié l'organisation à l'agence foncière et technique de la région parisienne avait pour objet non pas de conclure un marché entre la commune et les concepteurs membres de "l'équipe" sélectionnée mais seulement de déterminer "l'équipe" dont l'investisseur qui en faisait partie aurait vocation à conclure avec l'aménageur, ultérieurement retenu par la commune et substitué à celle-ci, un contrat portant sur la cession des terrains de l'îlot Forum ou des droits à construire ces terrains » ne peut pas faire l'objet d'un recours en référé précontractuel (CE, 29 mai 2000, n° 204239, SCP d'architectes Legleye).

2.1.4. Requalification du contrat par le juge

Il appartient au juge des référés précontractuels de qualifier le contrat qui lui est soumis pour déterminer d'une part s'il est matériellement compétent et

d'autre part, quelles étaient les obligations de publicité et de mise en concurrence qui s'imposaient audit contrat (CE, 20 octobre 2006, n° 289234, commune d'Andeville).

Le Conseil d'État a relevé « […] qu'il résulte des dispositions de l'article L. 1411-1 du Code général des collectivités territoriales que pour qualifier un contrat de délégation de service public et en déduire les règles qui s'appliquent à sa passation, il appartient au juge, non seulement de déterminer l'objet du contrat envisagé, mais aussi d'apprécier si les modalités de rémunération du cocontractant sont substantiellement liées aux résultats d'exploitation de l'activité ; qu'ainsi en se bornant, pour analyser la convention passée par la commune d'Andeville comme une délégation de service public, à relever que celle-ci avait pour objet l'organisation et la gestion, d'une part, de la restauration scolaire destinée aux enfants de l'école primaire et, d'autre part, d'un centre de loisirs et d'un pôle jeunes pour les enfants et les jeunes de 3 à 17 ans, sans se prononcer sur le point, qui était débattu devant lui, de savoir si la rémunération du cocontractant était substantiellement liée aux résultats de l'exploitation de ces services ou assurée au moyen d'un prix payé par la commune, le juge des référés précontractuels n'a pas suffisamment motivé sa décision ». (CE, 20 octobre 2006, n° 289234, commune d'Andeville).

2.2. Absence de signature du contrat

Pour pouvoir valablement délibérer, le juge des référés précontractuels doit impérativement être saisi avant la conclusion du contrat (Code de justice administrative, article L. 551-1). Bien plus, il est indispensable que le contrat n'ait pas été signé entre la saisine du juge et le moment où ce dernier est amené à rendre sa décision.

Par signature, la jurisprudence entend la signature de l'acte d'engagement (TA Rennes, 30 août 1999, société GBL Composites).

2.2.1. Irrecevabilité de toute demande dès lors que le contrat a été signé

Dans le cas où la requête est déposée devant le juge du référé précontractuel après la conclusion du contrat contesté, le juge saisi rejette la demande comme irrecevable (CE, 22 mars 2000, n° 211861, commune de Sotteville-les-Rouens ; CE, 28 mai 2003, n° 251719, société PK7 Certinomis).

Lorsque la signature du contrat intervient en cours d'instruction, avant que le juge n'ait pu rendre son ordonnance, il doit prononcer un non-lieu à statuer

après avoir constaté que la demande est devenue sans objet (CE, 30 juin 1999, n° 203135, SA Groupe Partouche).

Parfois, les deux expressions sont employées indifféremment par le juge administratif. Ainsi, le Conseil d'État a considéré « que, […], dès le 24 décembre 2003, soit avant l'introduction de la demande de première instance, était intervenue la signature du marché relatif au lot litigieux ; qu'il suit de là que les conclusions de la requête de la commune de Dijon tendant à ce que le Conseil d'État annule l'ordonnance contestée du juge des référés précontractuels du tribunal administratif de Dijon doivent être regardées comme sans objet ; qu'il n'y a, dès lors, pas lieu de statuer sur la requête de la commune de Dijon » (CE, 2 juin 2004, n° 264325, commune de Dijon).

De même, le Conseil d'État a admis que « la personne responsable du marché a achevé la procédure d'attribution du lot litigieux ; que le contrat relatif à ce dernier a été conclu le 20 janvier 2004, soit antérieurement à l'introduction du pourvoi en cassation de la SARL Grammatico TP ; qu'il suit de là que les conclusions dudit pourvoi tendant à l'annulation de l'ordonnance attaquée du 6 janvier 2003 ne sont pas recevables » (CE, 2 juin 2004, n° 263761, SARL Grammatico).La situation est identique en cassation : si le contrat a été conclu avant le dépôt du pourvoi, celui-ci est irrecevable (CE, 10 novembre 2004, n° 264628, atelier d'architecture SAS) ; s'il a été conclu après le dépôt mais avant que le Conseil d'État n'ait pu statuer, le recours est dépourvu d'objet et la juridiction prononce un non-lieu à statuer (CE, 1er octobre 1999, n° 204166, Société d'exploitation du centre cardiologique du Nord ; CE 22 juin 2001, n° 229164, Société bourbonnaise de travaux publics de construction ; CE, 3 novembre 2004, n° 267587, société Egis Projets et société Cegelec SA ; CE, 22 juin 2005, n° 274901, société Arachnée Concerts).

Le Conseil d'État est souvent amené à rappeler les conséquences attachées à la signature d'un contrat litigieux. Il a ainsi considéré à plusieurs reprises que le fait que la signature du contrat soit postérieure à la saisine de la juridiction administrative rend le recours irrecevable ou sans objet.

Ainsi, il prend acte du fait que « postérieurement aux dates auxquelles (il) a été saisi de ces deux requêtes, le contrat a été signé et notifié par l'administration à la société Constructions industrielles de Méditerranée ; que les pouvoirs confiés au juge administratif en vertu de la procédure instituée par l'article L. 551-1 du Code de justice administrative ne peuvent plus être exercés après la conclusion du contrat ; que, par suite, les conclusions de la société Man Technologie AG dirigées tant contre l'ordonnance du 26 juillet 2002 que contre le jugement du 7 février 2003, sont devenues sans objet » (CE, 18 février 2004, n° 249578, société Man Technologie AG).

Le Conseil d'État a considéré que « postérieurement à l'introduction de ce pourvoi, l'Assistance publique-Hôpitaux de Paris a repris et achevé la procédure de passation du marché ; qu'elle a signé le marché le 10 mars 2005 et l'a notifié le même jour au groupement représenté par M. YX ; qu'il suit de là que les conclusions de la société Vasconi Associés Architectes et de la société Adrien Fainsilber et Associés tendant à l'annulation par le Conseil d'État de l'ordonnance du magistrat délégué par le président du tribunal administratif de Paris sont devenues sans objet » (CE, 13 juin 2005, n° 275468, société Vasconi Associés Architectes).

Le Conseil d'État a conclu que « le syndicat intercommunal d'alimentation en eau potable de Mugron a achevé la procédure de passation du contrat ; qu'il résulte de l'instruction que le contrat a été conclu le 7 novembre 2005 ; qu'il suit de là que les conclusions du syndicat mixte départemental d'équipement des communes des Landes tendant à ce que le Conseil d' État annule l'ordonnance précitée du magistrat délégué par le président du tribunal administratif de Pau sont devenues sans objet » (CE, 27 mars 2006, n° 286260, syndicat mixte départemental d'équipement des communes des Landes).

Le Conseil d'État a jugé qu'« il ressort des pièces du dossier que, postérieurement à l'introduction de ce pourvoi, la société Icade G3A a achevé la procédure de passation du contrat litigieux, qui a été signé le 16 janvier 2006 ; qu'il suit de là que les conclusions de la société Catalise tendant à ce que le Conseil d'État annule l'ordonnance contestée du juge du référé précontractuel du tribunal administratif d'Orléans sont devenues sans objet ; que, dès lors, il n'y a pas lieu d'y statuer » (CE, 10 janvier 2007, n° 289032, société Catalise).

Le Conseil d'État a admis « qu'il ressort des pièces produites devant le Conseil d'État que, postérieurement à l'introduction du pourvoi, le maire de la ville de Lyon a, le 1er juin 2005, signé la convention liant la ville à la société Transgestion SCOP ; que, dès lors, les conclusions du pourvoi de la société Arachnée Concerts tendant à l'annulation de l'ordonnance attaquée sont devenues sans objet ; que, par suite, il n'y a pas lieu d'y statuer » (CE, 22 juin 2005, n° 274901, société Arachnée Concerts).

Remarque

Le Conseil d'État a considéré que « le syndicat intercommunal d'alimentation en eau potable de Mugron a achevé la procédure de passation du contrat ; qu'il résulte de l'instruction que le contrat a été conclu le 7 novembre 2005 ; qu'il suit de là que les conclusions du syndicat mixte départemental d'équipement des communes des Landes tendant à ce que le Conseil d'État annule l'ordonnance précitée du magistrat délégué par le président du tribunal administratif de Pau sont devenues sans objet » (CE, 27 mars 2006, n° 286260, Syndicat mixte départemental d'équipement des communes des landes).

Le Conseil d'État a également considéré qu'« il ressort des pièces du dossier qu'après l'introduction de ce pourvoi, la commune de Pau a achevé la procédure de passation et a signé la convention de délégation de service public le 27 février 2006 avant de la transmettre au contrôle de légalité le lendemain ; qu'il suit de là que les conclusions de la société Pau Loisirs tendant à l'annulation et au sursis à exécution par le Conseil d'État de l'ordonnance du président du tribunal administratif de Pau sont devenues sans objet » (CE, 24 mai 2006, n° 290039, société Pau Loisirs).

Enfin, le Conseil d'État a considéré qu'« il ressort des pièces du dossier que, postérieurement à l'introduction de ce pourvoi, le centre hospitalier universitaire de Montpellier a achevé la procédure de passation du contrat litigieux, qui a été signé le 11 janvier 2006 ; qu'il suit de là que les conclusions de la société Dalkia France tendant à ce que le Conseil d'État annule l'ordonnance contestée du juge des référés précontractuels du tribunal administratif de Montpellier sont devenues sans objet ; que, dès lors, il n'y a pas lieu d'y statuer » (CE, 26 juillet 2006, n° 288522, société Dalkia France).

La demande présentée par le représentant de l'État chargé du contrôle de légalité des actes des collectivités territoriales doit également être introduite antérieurement à la signature du contrat par le pouvoir adjudicateur (CE, 11 mars 1998, n° 163682, préfet du Morbihan c/ syndicat intercommunal pour le développement économique du pays d'Auray (SIDEPA)).

Signature du contrat et groupement de commande

La question de la signature du marché ou du contrat s'est posée dans le cas où celui-ci avait été conclu par un groupement de commande constitué de plusieurs pouvoirs adjudicateurs.

Le Conseil d'État a, à cette occasion, posé le principe selon lequel « […] la constitution d'un groupement de commandes a pour objet d'organiser une procédure de passation d'un marché global avec un cocontractant unique permettant la conclusion par chaque membre du groupement de son propre marché ; que dès lors que les membres du groupement de commande s'engagent à conclure un contrat avec le candidat retenu à la fin de la procédure de sélection et que ce candidat a présenté son offre compte tenu de la commande globalisée, la procédure de passation des marchés dans le cadre d'un tel groupement doit être regardée comme indivisible et achevée dès la signature du premier marché conclu par l'un des membres du groupement » (CE, 13 juillet 2007, n° 299417, SIPPEREC).

2.2.2. Des conséquences draconiennes sur les frais irrépétibles

Les conséquences de cette jurisprudence constante conduisent évidemment le juge administratif à ne pas examiner les demandes du requérant visant à faire application de l'article L. 761-1 du Code de justice administrative (qui vise

principalement à faire prendre en charge par la « partie perdante », les frais d'avocat de la « partie gagnante »).

Le Conseil d'État a admis en effet « que l'acte d'engagement portant approbation de ce marché a été signé par la personne responsable le 24 juin 2004 ; qu'ainsi, le contrat a été signé avant l'enregistrement du pourvoi ; que les pouvoirs confiés au juge administratif en vertu de la procédure instituée par l'article L. 551-1 du Code de justice administrative ne peuvent plus être exercés après la conclusion du contrat ; que, par suite, les conclusions de la Société centrale de voirie et autres dirigées contre l'ordonnance du 18 juin 2004 sont irrecevables et ne peuvent qu'être rejetées, y compris leurs conclusions tendant à l'application des dispositions de l'article L. 761-1 du Code de justice administrative » (CE, 5 décembre 2005, n° 269714, Société centrale de voirie).

2.2.3. Incapacité du juge de se prononcer sur la régularité de la signature

La décision de signer le contrat vaut signature du contrat, de sorte que le juge des référés précontractuels ne peut pas être saisi d'une demande en annulation de la décision de signer ledit contrat (CE, 8 mars 1996, n° 156510, société CGC Entreprise).

Si le juge du référé précontractuel n'est pas compétent dès lors que le contrat a été signé, la question de la régularité de la signature aurait pu permettre au juge d'élargir ses pouvoirs en s'assurant que des contrats n'étaient pas signés irrégulièrement.

Malheureusement pour les opérateurs économiques, la position du Conseil d'État n'a pas été dans ce sens. La Haute Juridiction administrative a en effet considéré que le juge des référés précontractuels n'a pas le pouvoir d'apprécier la validité de la signature d'un marché public : « la ville de Nîmes a achevé la procédure de passation du contrat qui a été signé le 5 juillet 2005 ; qu'il n'appartient pas au juge des référés, saisi en application des dispositions précitées de l'article L. 551-1 du Code de justice administrative, de contrôler la validité d'une telle signature ; que si la société requérante soutient que d'une part, le marché comporterait des contradictions sur la date de sa signature et sur le montant des travaux et que d'autre part, les pages de l'acte d'engagement n'auraient pas été paraphées par les parties, ces circonstances, à les supposer établies, ne suffisent pas à faire regarder la signature du contrat comme inexistante » (CE, 27 mars 2006, n° 282035, SA Les compagnons paveurs).

En conséquence, le juge du référé précontractuel n'est pas compétent pour rechercher si le signataire du contrat justifie d'une qualité pour le signer (CE, 8 février 1999, n° 188100, société Campenon Bernard SGE).

Dans cette dernière affaire, la Haute Juridiction a en effet relevé que « […] si la société Campenon Bernard SGE soutient que ni le représentant de l'administration ni celui des entreprises cosignataires n'avaient qualité ni reçu délégation pour signer ce marché, il n'appartient pas au juge, statuant sur le fondement de l'article L. 22 précité, de contrôler la validité de la signature du contrat en cause […] » (CE, 8 février 1999, n° 188100, société Campenon Bernard SGE).

Le juge des référés précontractuels se refuse même de vérifier si la collectivité publique est effectivement compétente pour signer le contrat (CE, 30 juin 1999, n° 198993, Demathieu et Bard).

De même, le Conseil d'État considère que « si la société Saur France soutient que la délégation a été signée par une collectivité publique désormais incompétente en matière de traitement et d'épuration des eaux usées, il n'appartient pas au juge, statuant sur le fondement de l'article L. 551-1 du Code de justice administrative, de contrôler la compétence de la collectivité publique au regard de l'objet de la délégation dont la passation est engagée ; que, par suite, le moyen tiré de l'incompétence de la commune d'Auxerre est inopérant et ne peut qu'être écarté » (CE, 19 novembre 2004, n° 266975, commune d'Auxerre).

Le juge se réserve simplement le droit d'écarter une signature qui s'avèrerait inexistante. Ainsi, dans un cas d'espèce, le juge a pu considéré que « les conditions dans lesquelles le contrat litigieux a été signé n'ayant pu entacher ce dernier d'un vice de nature à le faire regarder comme un acte inexistant, insusceptible de créer des droits, à compter de l'accomplissement de la formalité de signature qui a donc constitué la "conclusion du contrat" […] » (TA Orléans, 5 juillet 2005, n° 05-204, société Coved c/ Sictom de Châteaudun).

Il est possible, toutefois, de s'interroger sur le fait de savoir si la jurisprudence du Conseil d'État ne serait pas contraire à la position adoptée par la Cour de justice européenne qui a pour sa part jugé que les dispositions de la directive recours doivent être interprétées en ce sens que « les États membres sont tenus, en ce qui concerne la décision de pouvoir adjudicateur précédant la conclusion du contrat […], de prévoir, dans tous les cas, une procédure de recours permettant au requérant d'obtenir l'annulation de cette décision lorsque les conditions afférentes sont réunies, indépendamment de la possibilité d'obtenir des dommages et intérêts lorsque le contrat est conclu » (CJCE, 28 octobre 1999, aff. C-81/98, Alcatel Austria).

Signature d'une convention provisoire

La signature d'une convention de délégation de service public provisoire d'une durée d'un an ayant pour seul objet d'assurer la continuité du service public ne peut pas être assimilée à la signature du contrat dont la passation a été suspendue par le juge des référés précontractuels. Celui-ci demeure donc compétent sans que puisse lui être opposée une quelconque irrecevabilité tirée de la signature du contrat dont la procédure est contestée (CE, 1er octobre 1999, n° 204166, Société d'exploitation du centre cardiologique du Nord).

2.3. Suite donnée à la procédure de passation du contrat

Le recours en référé précontractuel est également sans objet lorsqu'il n'a pas été donné suite à un marché et qu'un nouveau marché a été passé.

Le Conseil d'État a en effet admis qu' « après qu'il eut été décidé de ne pas donner suite, pour des motifs d'intérêt général, à l'appel d'offres litigieux, la communauté de communes du Jura dolois a lancé un nouvel appel d'offres ayant le même objet ; que, le marché ayant été attribué, à l'issue de cette nouvelle procédure, à la SA Entreprise Roger Martin, le président de la communauté de communes a, le 20 février 2003, soit postérieurement à l'introduction du pourvoi, signé le contrat liant la communauté à ladite société ; que, dès lors, les conclusions du pourvoi de la SA Entreprise Roger Martin tendant à l'annulation de l'ordonnance attaquée sont devenues sans objet ; que, par suite, il n'y a pas lieu d'y statuer » (CE, 28 avril 2004 n° 252731, SA Entreprise Roger Martin).

De même, le Conseil d'État a considéré « […] que le département des Pyrénées-Orientales a lancé un appel à candidatures pour la passation, selon la procédure du marché négocié après publicité préalable, d'un marché pour la desserte des lignes régulières de transport de voyageurs et de transports scolaires dans le département ; que, sur le fondement des dispositions précitées de l'article L. 551-1 du Code de justice administrative, la société d'exploitation des autocars Rossignol a demandé au juge du référé précontractuel du tribunal administratif de Montpellier d'annuler les procédures de passation des lots 2 et 5 de ce marché ; que, par une ordonnance du 10 mai 2005, le juge du référé précontractuel de ce tribunal a accueilli sa demande ; qu'il résulte de l'instruction que, le 14 juin 2005, le président du conseil général des Pyrénées-Orientales a informé les candidats que, pour un motif d'intérêt général, il déclarait la procédure, pour l'ensemble des lots, sans suite et relançait une nouvelle procédure de consultation ; que, dès lors, les conclusions de la société Transports Cerdans et autres tendant à ce que le

Conseil d'État annule l'ordonnance contestée du juge du référé précontractuel du tribunal administratif de Montpellier sont devenues sans objet ; qu'il n'y a pas lieu, dans les circonstances de l'espèce, de faire application des dispositions de l'article L. 761-1 du Code de justice administrative et de mettre à la charge ni des requérants ni de la société d'exploitation des autocars Rossignol les sommes qu'ils demandent au titre des frais exposés par eux et non compris dans les dépens » (CE, 30 novembre 2005, n° 280930, société Transports Cerdans).

Le raisonnement a été également été tenu s'agissant d'une décision de ne pas donner suite à une procédure de délégation de service public. « Considérant qu'il ne ressort d'aucune pièce du dossier que la délibération litigieuse en date du 25 octobre 2001 mettant fin […] à la procédure de délégation de service public de l'eau potable de la commune de Thouars entreprise le 14 juin 2001, pourrait en elle-même constituer une méconnaissance des règles de publicité et de mise en concurrence applicables aux procédures de cette nature ; que, dans ces conditions, et alors qu'il n'appartient pas au juge du référé précontractuel d'apprécier la légalité ni *a fortiori* l'opportunité de la délibération dont il s'agit, les conclusions sus analysées de la société Lyonnaise des eaux France présentées sur le fondement de l'article L. 55-1 du Code de justice administrative doivent, en tout état de cause, être rejetées » (TA Poitiers, 18 décembre 2001, société Lyonnaise des eaux France).

Cependant, la Cour de justice des communautés européennes (CJCE) a jugé pour sa part que la décision de retrait d'une procédure d'adjudication est susceptible d'être contrôlée par le juge des référés précontractuels. Une telle décision de retrait peut donc être annulée pour violation du droit communautaire et du droit national (CJCE, 18 juin 2002, aff. C-92/00, Hospital Ingenieure Krankenhaustechnick Planungs-Gesellschaft mbH (HI)).

La CJCE précise à cette occasion que la décision de retrait doit être contrôlée tant au regard de son caractère arbitraire que du moment où la décision a été prise.

2.4. Intérêt à agir du demandeur

Les personnes habilitées à saisir le juge des référés précontractuels des manquements constatés sont celles qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par ces manquements, ainsi que le représentant de l'État dans le département dans le cas où le contrat est conclu ou doit être conclu par une collectivité territoriale ou un établissement public local.

Pouvoir de saisine du préfet

Le préfet peut saisir le juge des référés précontractuels sur le fondement de l'article L. 551-1 du Code de justice administrative, mais non sur celui de l'article L. 551-2 du même Code. Par ailleurs, il a été jugé que le préfet qui n'aurait pas usé de son pouvoir de saisine sur le fondement de l'article L. 551-1 du Code de justice administrative a toujours la possibilité de déférer au tribunal administratif les contrats des collectivités qu'il estime contraires à la légalité (CE, 14 janvier 1998, conseil régional de la région Centre).

Ainsi, lorsque la saisine émane d'une personne autre que le représentant de l'État, deux conditions cumulatives doivent être réunies.

2.4.1. Première condition : avoir intérêt à conclure le contrat

La recevabilité du requérant à agir sur le fondement de l'article L. 551-1 ou L. 551-2 du Code de justice administrative est liée à sa participation à la procédure contestée ou au fait d'avoir été empêché de soumissionner.

Dès lors, un opérateur économique qui n'a pas présenté de candidature n'a pas en principe capacité à agir contre la décision d'attribution du marché (TA Toulouse, 27 septembre 1993, société Stentofon ; TA Lyon, 25 avril 1995, SCR c/ communauté de communes du pays d'Amplepluis et Thisy) sauf si, évidemment, il justifie avoir été empêché de le faire en raison même des manquements invoqués.

Le Conseil d'État a ainsi considéré que « la société La Coccinelle qui était, en tout état de cause, candidate à l'attribution du marché litigieux et dont, au surplus, il n'est pas contesté qu'elle réalise habituellement le type de travaux requis par ce marché est susceptible d'être lésée par tout manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise sa passation ; que, par suite, alors même que sa candidature a été écartée comme irrecevable par la commission d'appel d'offres au motif qu'elle n'aurait pas possédé toutes les qualifications exigées des candidats dans l'avis d'appel public à la concurrence, elle est au nombre des personnes habilitées à agir devant le juge des référés précontractuels en vertu des dispositions précitées de l'article L. 551-1 du Code de justice administrative ; que, dès lors, la fin de non-recevoir tirée par le département de la Seine-Saint-Denis du défaut d'intérêt donnant qualité pour agir à la société La Coccinelle doit être écartée » (CE, 25 janvier 2006, n° 278115, département de la Seine-Saint-Denis).

Une entreprise consultée peut contester la procédure devant le juge des référés, même si elle est la seule susceptible d'être attributaire en l'absence d'autres concurrents. Ainsi,le fait que l'opérateur économique ait seul été consulté dans le cadre d'une procédure de marché négocié sans publicité et

sans mise en concurrence ne lui interdit pas d'avoir intérêt à agir contre ladite procédure. En effet, « […] si elle se trouve être le seul attributaire possible du marché litigieux à l'issue de la procédure de passation négociée sans publicité ni mise en concurrence engagée auprès d'elle, la société Sita FD n'en demeure pas moins susceptible d'être lésée par une violation des règles de publicité et de mise en concurrence applicables et doit donc être regardée comme étant au nombre des personnes ayant intérêt à agir au sens de l'article L. 551-1 du Code de justice administrative » (CE, 19 septembre 2007, n° 296192, communauté d'agglomération de Saint-Etienne métropole).Une entreprise ayant soumissionné à certains lots d'un marché public est recevable à demander l'annulation de la totalité dudit marché, dès lors qu'elle a visé dans ses écritures la partie commune de la procédure de passation du marché alloti. Ainsi, le juge des référés considère « […] que la société FPRB avait contesté devant le juge des référés du tribunal administratif de Basse-Terre la partie commune de la procédure de passation du marché alloti ; que, par suite, nonobstant la circonstance que cette société ne s'était portée candidate que pour quatre des cinq lots du marché, la région Guadeloupe n'est pas fondée à soutenir que le juge des référés aurait commis une erreur de droit et dénaturé les pièces du dossier en admettant la recevabilité de sa demande tendant à l'annulation de l'ensemble de la procédure de passation de ce marché » (CE, 11 mai 2007, n° 298863, région Guadeloupe).

La question de l'intérêt à agir d'une entreprise cotraitante a été tranchée dans un sens favorable de la recevabilité de telles entreprises.

Les entreprises membres d'un groupement candidat à un contrat sont recevables à agir, même s'il ne s'agit pas du mandataire dudit groupement (CE, n° 234298, 19 octobre 2001, région de la Réunion ; CE, 29 juin 2005, n° 266631, chambre de commerce et d'industrie de Calais).

De même, et alors que la question n'appelait pas nécessairement une réponse favorable (en raison de l'absence de relation contractuelle directe entre un maître d'ouvrage public, même tenu au paiement direct, et un sous-traitant), le tribunal administratif de Paris a considéré que le sous-traitant d'une entreprise candidate est recevable à faire une demande en référé précontractuel.

Ainsi, « l'ACFCI fait valoir que la société Forsup Conseil qui ne s'est pas portée candidate soit seule, soit en groupement conjoint ou solidaire avec la société IBM, pour l'attribution du marché dont il s'agit lors de la procédure de passation dudit marché, n'a en conséquence pas vocation à conclure ce contrat ; que dès lors elle n'aurait pas intérêt à agir au sens des dispositions susvisées de l'article L. 551-1 du Code de justice administrative et ne pourrait en l'espèce saisir le juge des référés précontractuels ; considérant toutefois que d'une part, il n'est pas contesté que la société Forsup Conseil a exécuté et

exécute toujours des prestations pour le compte de l'ACFCI, en qualité de sous-traitante de la société IBM, titulaire unique du précédent marché, conclu le 28 octobre 2004 et venant à échéance le 31 décembre 2006, portant sur des prestations similaires à celles objet de la présente procédure d'appel d'offres ; que d'autre part pour cet appel d'offres, la société Forsup Conseil est présentée à nouveau par la société IBM, en qualité de sous-traitante chargée d'effectuer les mêmes prestations que précédemment ; qu'il en résulte que la société Forsup Conseil, alors même qu'elle n'a pas présenté sa candidature directement ou en groupement et n'a répondu qu'en tant que sous-traitante, a intérêt à ce que le contrat en cause soit conclu et est susceptible d'être lésée par un manquement aux obligations de mise en concurrence ; qu'elle a donc intérêt à agir en la présente affaire, contrairement à ce que soutient l'ACFCI dont la fin de non-recevoir doit être écartée ; que par suite, la requête présentée par la société Forsup Conseil est recevable » (TA Paris, 8 novembre 2006, n° 0615298, Forsup Conseil).

Ces dernières jurisprudences sont parfaitement conformes à la position de la Cour de justice des Communautés européennes qui a posé de son côté un principe général d'accès au juge des référés précontractuels en précisant que les États membres doivent assurer l'accès aux procédures de recours « […] à toute personne ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir un marché public et ayant été ou risquant d'être lésée par une violation alléguée » sans que la qualité formelle de soumissionnaire ou de candidat [ne soit] requise (CJCE, 11 janvier 2005, Stadt Halle, aff. C-26/03).

En revanche, les requérants qui ne sont manifestement pas en situation de signer le contrat contesté, ne peuvent être recevables à agir devant le juge des référés précontractuels. Il en a été jugé ainsi par exemple s'agissant du Conseil régional de l'ordre des architectes dont l'action avait été dirigée contre un marché de conception-réalisation (CE, 8 juillet 2005, n° 268610, communauté d'agglomération de Moulins ; voir également CE, 16 décembre 1996, n° 158234, conseil régional de l'ordre des architectes de la Martinique).

Il en est a fortiori ainsi d'une action engagée par une association de défense contre l'environnement (TA Nice, 16 novembre 1993, n° 933910, Association de défense des intérêts des habitants du quartier La Plana) ou d'un conseiller municipal (TA Rennes, 31 mars 1994, Becam).

L'entreprise attributaire du marché et le référé précontractuel

L'entreprise attributaire du marché peut intervenir à la procédure devant le juge des référés précontractuels (CE, Ass., 10 juin 1994, n° 141633, ville de Cabourg).

2.4.2. Deuxième condition : être susceptible d'être lésé par le manquement contesté

Malgré les réticences de certains tribunaux administratifs, le Conseil d'État a très largement admis l'intérêt à agir des opérateurs économiques en considérant que ces derniers sont habilités à agir dès lors qu'ils ont un intérêt à conclure le contrat et qu'ils sont susceptibles d'être lésés par les manquements invoqués, et non pas qu'ils aient effectivement été lésés par lesdits manquements (CE, 16 octobre 2000, n° 213958, société Stereau ; CE, 19 octobre 2001, n° 233173, société Alstom Transport SA ; CE, 28 mai 2003, n° 228429 et 248430, AP-HP).

Ainsi, « les personnes habilitées à agir sont celles qui ont intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par un manquement aux obligations de publicité ou de mise en concurrence ; […] pour l'appréciation de cette condition, le juge n'a pas à rechercher si le demandeur est ou non réellement lésé par l'irrégularité alléguée […], il suffit que ce dernier soit susceptible de l'être » (TA Clermont-Ferrand, 6 février 1998, n° 132, GEC Alstom Transport SA).

Adoptant une position des plus libérales en termes de recevabilité de l'action en référé précontractuel, le Conseil d'État a considéré « qu'une entreprise candidate à l'attribution d'un marché et, par suite, habilitée à agir devant le juge des référés précontractuels, peut invoquer devant ce juge tout manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation du marché en cause, même si un tel manquement n'a pas été commis à son détriment ; qu'ainsi, en se bornant, pour rejeter la demande de la société Radiometer, à relever que celle-ci n'établissait pas des manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence de nature à avoir porté atteinte à ses chances de conclure le marché en cause, le juge des référés précontractuels du tribunal administratif de Paris a commis une erreur de droit ; que, par suite, sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens de sa requête, la société Radiometer est fondée à demander, pour ce motif, l'annulation de l'ordonnance attaquée » (CE, 8 avril 2005, n° 270476, société Radiometer).

Le paradoxe de l'arrêt « Voix du Nord »

Il existe un paradoxe dans la position adoptée par la Haute Juridiction administrative entre la jurisprudence « libérale » qu'elle adopte s'agissant de la recevabilité des opérateurs économiques d'une part, et le contrôle exercé par le juge sur les formes et la nature de la publicité mise en œuvre par la collectivité tel qu'il résulte de la jurisprudence région Nord-Pas-de-Calais (voir infra), d'autre part.

En effet, s'agissant du contrôle exercé sur la qualité et la capacité à agir, la jurisprudence consolide une approche « objective » des manquements aux obliga-

> tions de publicité et de mise en concurrence. Ainsi, le professeur René Chapus expose à juste titre qu'« il ne s'agit pas de rechercher si la personne publique a été animée par la préoccupation d'éluder […] ses obligations […] mais de constater que, étant donné les modalités (de la mise en concurrence), l'organisation de la publicité et de la concurrence n'a pas été ce qu'elle aurait du être » (René Chapus, *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, Paris , 2006, §1658-2°, p. 1440).
>
> Or, s'agissant du contrôle exercé sur les moyens de publicité mis en œuvre, le Conseil d'État adopte une approche clairement « subjective » dans la mesure où il a été amené à sanctionner pour défaut de publicité suffisante un marché qui avait fait l'objet d'une publicité nationale au motif que celle-ci n'avait pas été décidée par la collectivité.
>
> Le Conseil d'État a donc sanctionné « la région Nord-Pas-de-Calais (qui) a choisi d'envoyer à la publication dans le journal régional *La Voix du Nord* un avis d'appel public à la concurrence le 7 janvier 2005 et de diffuser cet avis par la voie de son site Internet pendant 15 jours ; (alors) que, compte tenu de l'objet du marché, ces mesures ne permettaient pas d'assurer une publicité suffisante auprès des programmistes ayant vocation à y répondre de telle sorte que soient respectés les principes de libre accès à la commande et d'égalité de traitement des candidats ; la circonstance, qu'indépendamment de la volonté de la région Nord-Pas-de-Calais, l'avis d'appel public à la concurrence a été mis en ligne sur le site du journal le Moniteur des travaux publics et du bâtiment, est sans influence sur la régularité des mesures de publicité auxquelles elle a procédé » (CE, 7octobre 2005, n° 278732, région Nord-Pas-de-Calais).

Si l'approche du Conseil d'État est très libérale sur la question de la recevabilité de l'action d'une entreprise, la Haute Juridiction écarte cependant les moyens invoqués si ceux-ci ne sont pas de nature à rompre l'égalité de traitement des candidats. Ainsi, « l'ouverture » jurisprudentielle en termes de recevabilité de l'action est en partie limitée par une position plus « restrictive » du Conseil d'État s'agissant des moyens invoqués.

À titre d'exemple, le Conseil d'État considère « […] que si l'avis d'appel public à la concurrence publié par le syndicat ne mentionnait pas que le cocontractant pourrait être chargé de procéder à une étude, à la réalisation et au financement d'une chaîne de traitement des eaux de drainage du barrage et des eaux de lavage des filtres, cette information, eu égard à l'importance limitée de cette prestation, ne peut être regardée comme portant sur une caractéristique essentielle de la convention envisagée ; que l'absence de précision sur ce point dans l'avis d'appel public à la concurrence n'a dès lors pas constitué un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence ; que, par ailleurs, il n'est pas établi que la présence de cette option dans le règlement de la consultation aurait été de nature à dissuader certains candidats de présenter leur candidature et à porter ainsi atteinte au principe d'égalité entre les candidats » (CE, 28 juin 2006, n° 288459, syndicat intercommunal d'alimentation en eau de la moyenne vallée du Gier).

Saisine à la demande de la Commission européenne

Sauf si la demande porte sur des marchés ou contrats passés par l'État, elle peut également être présentée par celui-ci lorsque la Commission des Communautés européennes lui a notifié les raisons pour lesquelles elle estime qu'une violation claire et manifeste des obligations de publicité et de mise en concurrence d'origine communautaire ou résultant de l'Accord sur l'Espace économique européen a été commise.

Les maîtres d'ouvrage tentent parfois de faire valoir auprès des juges des référés précontractuels que les entreprises n'ont pas pris la peine de les saisir des difficultés qu'elles avaient rencontrées lors de la soumission, notamment lorsque les moyens soulevés par les demandeurs portent sur des contradictions entre les documents du marchés ou certains d'entre eux et l'avis ou le réglementation de la consultation.

L'idée étant en fait d'opposer à la faute du maître d'ouvrage, la propre faute des entrepreneurs. Mais, dans la logique d'ouverture du contentieux précontractuel, les juridictions administratives écartent une telle argumentation et acceptent de déclarer recevable les actions des entreprises qui n'auraient pas, durant le délai de réception des candidatures ou des offres, saisi le pouvoir adjudicateur pour tenter de régler amiablement les difficultés rencontrées. Dans une affaire récente, le tribunal administratif de Grenoble a ainsi pu juger, s'agissant de contradictions entre certaines pièces contractuelles, que « […] sans que le centre hospitalier de Montélimar puisse utilement invoquer la possibilité qu'avaient les membres du groupement évincés de demander des renseignements complémentaires au maître d'ouvrage dès lors que ces manquements ont pu conduire d'autres sociétés à ne pas se porter candidates et sans qu'il soit besoin de statuer sur les autres moyens de la société Eiffage Construction et ceux de la SCP Garbit et Blondeau, le centre hospitalier de Montélimar a manqué à ses obligations de publicité et de concurrence ; qu'il y a lieu en conséquence d'annuler la procédure de passation du marché de conception réalisation en litige » (tribunal administratif de Grenoble, 9 juillet 2007, n° 0703072, société Eiffage Construction c/ centre hospitalier de Montélimar).

CHAPITRE 3

LA PROCÉDURE DE RÉFÉRÉ PRÉCONTRACTUEL

3.1. Délai pour agir

3.1.1. Absence de délai de procédure

Le recours devant le juge des référés précontractuels n'est enserré dans aucun délai. Le délai de droit commun de deux mois à compter de la notification de la décision contestée ne s'applique donc pas.

Compte tenu des conséquences attachées à la signature des marchés publics à savoir l'irrecevabilité de l'action qui pourrait être engagée, la saisine de la juridiction doit être, en pratique, inférieure à 10 jours.

3.1.2. Absence de signature d'un marché public pendant un délai de 10 jours

Afin de permettre aux candidats de saisir efficacement le juge des référés précontractuels et de donner ainsi une effectivité à l'action en référé précontractuel, les textes régissant la passation des contrats imposent à la collectivité le respect d'un délai de carence avant de pouvoir signer les contrats projetés.

Ainsi, pour les marchés publics et accords-cadres passés selon une des procédures formalisées, le pouvoir adjudicateur avise, dès qu'il a fait son choix sur les candidatures ou sur les offres, tous les autres candidats du rejet de leurs candidatures ou de leurs offres, en indiquant les motifs de ce rejet.

Un délai d'au moins 10 jours doit être respecté entre la date à laquelle la décision de rejet est notifiée aux candidats dont l'offre n'a pas été retenue et la date de signature du marché ou de l'accord-cadre. Cette obligation ne s'impose donc pas dans le cas de marchés « non formalisés » passés sous la forme de MAPA (Marché à procédure adaptée).

En cas d'urgence ne permettant pas de respecter ce délai, celui-ci est réduit dans des proportions adaptées à la situation.

Ce délai n'est en revanche pas exigé :

– dans les situations d'urgence impérieuse justifiant la négociation sans publicité préalable avec un seul soumissionnaire ;
– dans le cas des appels d'offres, des marchés négociés ou des marchés passés sur le fondement d'un accord-cadre lorsque le marché est attribué au seul candidat ayant présenté une offre qui répond aux exigences indiquées dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation.

Lorsque le pouvoir adjudicateur décide de ne pas attribuer le marché ou de recommencer la procédure, il informe, dans les plus brefs délais, les

candidats des motifs de sa décision. Sur demande écrite expresse des candidats, la réponse est écrite.

Le pouvoir adjudicateur ne peut communiquer les renseignements dont la divulgation :

– serait contraire à la loi, en particulier violerait le secret industriel et commercial ;
– serait contraire à l'intérêt public ;
– pourrait nuire à une concurrence loyale entre les opérateurs économiques (Code des marchés publics, article 80).

3.1.3. *Un délai de procédure en parti insuffisamment garanti*

Malgré les nombreuses dérogations prévues par l'article 80 du Code des marchés publics, le délai de 10 jours de carence aurait pu constituer une garantie efficace contre le risque d'une « course à la signature du marché » par le pouvoir adjudicateur. Malheureusement, la jurisprudence du Conseil d'État ne va pas dans ce sens.

En effet, il a été jugé que le non-respect de ce délai de 10 jours pour signer le marché ne peut pas être sanctionné par le juge du référé précontractuel, devenu incompétent dès la signature du contrat (CE, 7 mars 2005, n° 270778, société Grandjouan-Saco).

Le juge de l'exécution saisi au fond a par ailleurs précisé que la seule signature du marché avant l'expiration du délai de 10 jours ne constituait pas un manquement susceptible à lui seul de justifier l'annulation du marché (TA Amiens, 6 juillet 2006, n° 0501508-2, société Accor Services France c/ région Picardie).

Dans cette affaire, le juge a relevé qu'« il est constant que le marché a été notifié au titulaire retenu le 8 avril 2005, soit avant l'expiration du délai de 10 jours […] ; qu'il résulte de ce qui précède que la société requérante est fondée à soutenir que la décision de signer le marché en litige est illégale ; que, par suite, sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens allégués, cette décision doit être annulée ». Mais le juge a rappelé également que « […] l'annulation d'un acte détachable d'un contrat n'implique pas nécessairement la nullité dudit contrat ; qu'il appartient au juge de l'exécution, saisi de la demande d'un tiers d'enjoindre à une partie au contrat de saisir le juge compétent afin d'en constater la nullité, de prendre en compte la nature de l'acte détachable annulé ainsi que le vice dont il est entaché et de vérifier que la nullité du contrat ne portera pas, si elle est constatée, une atteinte excessive à l'intérêt général ; considérant, d'une part, que, eu égard à l'unique motif d'annulation de l'acte détachable du marché en cause que

constitue la décision de le signer, qui n'affecte pas la validité intrinsèque des clauses du contrat et, d'autre part, que la société requérante n'est pas privée de la possibilité de contester la légalité de la lettre […] lui indiquant le rejet de son offre dans le délai de recours contentieux de droit commun, il n'y a pas lieu d'enjoindre à la région Picardie de saisir le juge du contrat afin de faire constater sa nullité » (TA Amiens, 6 juillet 2006, n° 0501508-2, société Accor Services France c/ région Picardie).

3.2. Juge compétent

Compte tenu de la rareté de la procédure mise en œuvre devant le juge judiciaire (TGI Paris, 5 novembre 1998, Mederic prévoyance c/ Commission des marchés de la caisse nationale Organic, BJCP, 2000/11), il ne sera abordé dans le cadre du présent chapitre que le recours engagé sur le fondement de l'article L. 551-1 du Code de justice administrative et donc le seul référé administratif.

3.2.1. Juge unique

Le président du Tribunal administratif, ou le magistrat qu'il délègue, peut être saisi en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence (Code de justice administrative, article L. 551-1). Le juge compétent est donc un juge unique (statuant en la forme des référés).

La Haute Juridiction a été amenée à statuer sur la question de savoir si le magistrat statuant sur la requête en référé devait faire état d'une délégation du président de la juridiction. La Haute Juridiction a ainsi précisé à cette occasion « […] d'une part, que les mentions des décisions juridictionnelles font foi jusqu'à preuve contraire ; que l'ordonnance attaquée fait mention de la qualité de juge des référés du magistrat qui l'a rendue ; qu'une telle mention suffit, en l'absence de tout commencement de preuve contraire, à établir la qualité de ce magistrat pour statuer sur la demande de la Société varoise de construction routière, sans que son ordonnance ait à faire état de la délégation qu'il a reçue à cet effet du président du tribunal administratif » (CE, 29 juin 2005, n° 267992, commune de la Seyne-sur-Mer).

Le juge des référés précontractuels peut cependant renvoyer le jugement à une formation collégiale (CE, 19 mars 1997, n° 163293, SA Entreprise générale de terrassements et de travaux publics et autres).

Dans cette affaire, le Conseil d'État a en effet confirmé qu'« en confiant au président du Tribunal administratif ou au magistrat qu'il délègue, le pouvoir de prendre, en la forme des référés, différentes mesures en cas de manque-

ment aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation des marchés publics et des conventions de délégation de service public, le législateur a entendu, non instituer une juridiction nouvelle, distincte du tribunal administratif et dotée d'une compétence propre, mais seulement organiser, dans le cadre de ce tribunal, une procédure particulière dans laquelle, en raison de l'urgence et de la nature de la demande, le président du tribunal ou le magistrat qu'il délègue est autorisé à statuer aux lieux et place du tribunal ; (cette autorisation) ne fait donc pas obstacle à ce que le président ou le magistrat qu'il délègue renvoie au Tribunal administratif le jugement des demandes qui lui sont présentées » (CE, 19 mars 1997, n° 163293, SA Entreprise générale de terrassements et de travaux publics et autres).

3.2.2. Absence de commissaire du gouvernement

Dans le cadre d'une procédure à juge unique, l'intervention du commissaire du gouvernement n'est pas prévue. Le Conseil d'État a considéré « […] que les dispositions précitées de l'article L. 22 du code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel prévoient que le président du Tribunal administratif ou son délégué statue en premier et dernier ressort en la forme des référés ; que les décisions rendues en cette forme ne sont pas précédées de l'audition de conclusions prononcées par un commissaire du gouvernement ; qu'ainsi la société Stereau n'est pas fondée à soutenir que l'ordonnance attaquée, qui est suffisamment motivée, aurait été prise au terme d'une procédure irrégulière » (CE, 16 octobre 2000, n° 213958, société Stereau).

3.2.3. Compétence territoriale

La juridiction territorialement compétente est celle du lieu du siège de l'auteur de l'acte (Code de justice administrative, article R. 321-1). Les tribunaux territorialement compétents sont les suivants :

Ville	Adresse	Code Postal	Téléphone	Fax
Amiens	14, rue Lemerchier	80000	03 22 33 61 70	03 22 33 61 71
Bastia	Chemin Montepiano	20200	04 95 32 88 66	04 95 32 38 55
Besançon	30, rue Charles-Nodier	25000	03 81 82 60 00	03 81 82 60 01
Bordeaux	9, rue Tastet	33000	05 56 99 38 00	05 56 24 39 03
Caen	3, rue Arthur-le-Duc	14000	02 31 70 72 72	02 31 52 42 17
Chalons-en-Champagne	25, rue du Lycée	51000	03 26 66 86 87	03 26 21 01 87
Clermont-Ferrand	6, cours Sablon	63000	04 73 14 61 00	04 73 14 61 22
Dijon	22, rue Assas	21000	03 80 73 91 00	03 80 73 39 89
Grenoble	2, place Verdun	38000	04 76 42 90 00	04 76 42 22 69
Lille	143, rue Jacquemars Giélée	59800	03 20 63 13 00	03 20 63 13 47
Limoges	1, cours Vergniaud	87000	05 55 33 91 55	05 55 33 91 60
Lyon	148, rue Duguesclin	69003	04 78 14 10 10	04 78 14 10 65
Marseille	22, rue Breteuil - Cedex 06	13281	04 91 13 48 13	04 91 81 13 87
Montpellier	6, rue Pitot	34000	04 67 54 81 00	04 67 54 74 10
Nancy	5, place Carrière	54000	03 83 17 43 43	03 83 17 43 50
Nantes	6, allée Île Gloriette	44000	02 40 99 46 00	02 40 99 46 58
Nice	33, boulevard Franck-Pilatte	06300	04 92 04 13 13	04 93 55 78 31
Nîmes	16, avenue Feuchères	30000	04 66 27 37 00	04 66 36 27 86
Orléans	28, rue Bretonnerie	45000	02 38 77 59 00	02 38 53 85 16
Pau	50, cours Lyautey BP 43	64010	05 59 84 94 40	05 59 02 49 93
Poitiers	15, rue Blossac	86000	05 49 60 79 19	05 49 60 68 09
Rennes	3, contour Motte	35000	02 23 21 28 28	02 99 63 56 84
Rouen	80, boulevard Yser	76000	02 32 08 12 70	02 32 08 11 69
Strasbourg	31, avenue de la Paix	67000	03 88 21 23 23	03 88 36 44 66
Toulouse	68, rue Raymond IV	31000	05 62 73 57 57	05 62 73 57 40
ÎLE-DE-FRANCE				
Paris	7, rue Jouy	75004	01 44 59 44 00	01 44 59 46 46
Cergy-Pontoise	2, boulevard Hautil	95000	01 30 17 34 00	01 30 17 34 59
Melun	43, rue Général-de-Gaulle	77000	01 60 56 66 30	01 60 56 66 10
Versailles	56, avenue de Saint-Cloud	78000	01 39 20 54 00	01 39 20 54 22

Transmettre rapidement la requête

Compte tenu de la nécessité de saisir rapidement le juge des référés précontractuels, et afin d'éviter que le contrat ne soit signé avant que la juridiction ne puisse valablement délibérer, il apparaît en pratique indispensable de transmettre à la juridiction, la requête introductive par télécopie.

3.3. Principes de la procédure

3.3.1. Une procédure orale

La procédure est bien sûr contradictoire, même si « […] les exigences de la contradiction sont adaptées à celles de l'urgence » (Code de justice administrative, article L. 522-1). De tels aménagements n'étant pas jugés contraires aux dispositions de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme (CE, section, 28 février 2001, Casanovas, concl. de Mme Pascale Fombeur dans RFDA 2001.399 à 407).

En principe, la procédure doit donc être écrite (Code de justice administrative, article R. 522-4). Cependant, la procédure de référé précontractuel impose, au-delà du respect du principe du contradictoire « classique », une oralité effective des débats (Code de justice administrative, article L 522-1).

Le Conseil d'État impose en effet au juge des référés de permettre aux parties de présenter des observations orales (CE, Ass., 10 juin 1994, n° 141633, commune de Cabourg ; CE, 15 avril 1996, n° 159871, SARL Simone Ginibre Entreprise).

L'obligation faite au juge des référés précontractuels de respecter l'oralité du débat a été justifiée par le commissaire du gouvernement Lasvignes de trois manières :

– le juge dispose de pouvoirs importants, et notamment de trancher au fond certaines questions de droit ;
– ses décisions sont pour partie susceptibles d'entrer dans le champ d'application de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme ;
– il n'y a pas de degré supérieur de jugement qui permettrait d'assurer la plénitude du contradictoire.

Cette exigence est renforcée par le fait que la Haute Juridiction impose que l'ordonnance rendue par le juge des référés précontractuels mentionne expressément le fait qu'elle ait été rendue à l'issue d'une séance publique (CE, 13 décembre 1996, n° 169706, syndicat intercommunal pour la revalorisation des déchets du secteur de Cannes-Grasse).

Dans cette affaire, le Conseil d'État a souligné de manière assez sévère que la décision du juge « ne peut être regardée comme ayant été rendue à l'issue d'une séance publique si elle ne comporte pas la mention correspondante ; […] alors même qu'elle fait mention de la convocation et de l'audition des avocats des parties à l'audience […] » (CE, 13 décembre 1996, n° 169706, syndicat intercommunal pour la revalorisation des déchets du secteur de

Cannes-Grasse). Cette jurisprudence a été confirmée (CE, 10 février 1997, n° 169694, M. Moch).

En revanche, en application de l'article R. 222-1 du Code de justice administrative, le président de la juridiction saisie peut, sans audience, constater qu'il n'y a pas lieu à statuer sur une requête. Ce procédé s'applique également à la procédure de référé précontractuel (CE, 30 juin 1999, n° 203135, SA Groupe Partouche).

De même, si l'audience est nécessairement orale, la décision n'a pas à être obligatoirement lue en séance publique (CE, 15 juin 2001, n° 228856, syndicat intercommunal d'adduction d'eau potable de Saint-Martin-en-Ré).

3.3.2. Communication des moyens d'ordre public

En application de l'article R. 611-7 du Code de justice administrative, le juge doit communiquer aux parties, avant la séance, les moyens d'ordre public sur lesquels sa décision lui paraît susceptible d'être fondée.

Les principaux moyens d'ordre public pouvant être notifiés sont notamment ceux relatifs à :

– l'incompétence de la juridiction ;
– l'inexistence juridique d'un acte ;
– la contrariété d'une décision à l'autorité absolue de la chose jugée ;
– la rétroactivité d'un règlement.

Le Conseil d'État a rappelé que cette obligation d'informer préalablement les parties des moyens d'ordre public s'imposait également au juge des référés précontractuels (CE, 2 octobre 1996, n° 160361, SARL Entreprise générale d'électricité Noël Béranger).

Délai pour présenter les observations

Cette communication des moyens d'ordre public susceptibles d'être retenus par la juridiction n'est pas nécessairement accompagnée d'un délai laissé aux parties pour présenter leurs observations, celles-ci pouvant être exposées oralement lors de l'audience.

3.3.3. Les atteintes au principe du contradictoire

L'oralité de la procédure qui n'est pas l'usage dans le contentieux administratif, d'une part, et la brièveté des délais (notamment du délai de 10 jours) d'autre part, rendent parfois délicat le respect du principe du contradictoire.

Le juge des référés est amené à n'accorder qu'un délai très court aux parties pour présenter leur défense. Il a ainsi été jugé que le juge des référés précontractuels pouvait laisser un délai de 3 jours au pouvoir adjudicateur pour

déposer un mémoire en défense (CE, 15 juin 2001, n° 228856, syndicat intercommunal d'adduction d'eau potable de Saint-Martin-en-Ré).

Par ailleurs, les parties sont parfois amenées à découvrir, quelques jours ou quelques heures avant l'audience, les moyens soulevés par l'adversaire et les pièces sur lesquelles il entend fonder sa demande ou sa défense.

Confirmant malheureusement cette situation, la jurisprudence rappelle que le juge des référés précontractuels n'est pas tenu de communiquer au requérant le mémoire de la défense (CE, 8 mars 1996, n° 156510, société CGC Entreprise ; CE, 21 juin 1996, n° 171155, M. Collinet).

Le Conseil d'État a rappelé, par exemple, que « […] la région Guadeloupe (qui) ne conteste pas avoir pu prendre connaissance, lors de l'audience publique qui s'est tenue le 2 octobre 2006, du mémoire en réplique de la société FPRB, enregistré le 30 septembre 2006, qui ne lui avait pas été préalablement communiqué […] » alors même « […] qu'il ressort d'ailleurs de l'ordonnance attaquée que le moyen nouveau soulevé dans ce mémoire a fait l'objet d'observations orales de la part de la société FPRB au cours de cette audience […] ». Dans ces conditions, « […] le juge des référés du tribunal administratif de Basse-Terre a pu, sans méconnaître le caractère contradictoire de la procédure, se fonder, pour annuler la procédure de passation du marché, sur un moyen soulevé dans cette production » (CE, 11 mai 2007, n° 298863, région Guadeloupe).

De même, le Conseil d'État a considéré « […] que les décisions prises sur le fondement des dispositions de l'article L. 551-1 précité sont rendues à la suite d'une procédure particulière qui, tout en étant adaptée à la nature des demandes et à la nécessité d'assurer une décision rapide, doit garantir le caractère contradictoire de l'instruction ;

considérant qu'aux termes de l'article R. 522-8 du Code de justice administrative : "L'instruction est close à l'issue de l'audience, à moins que le juge des référés ne décide de différer la clôture de l'instruction à une date postérieure dont il avise les parties par tous moyens (.)" ;

considérant que, pour annuler la procédure en cause, le magistrat délégué a estimé qu'en raison de la part active qu'un ancien salarié de la société OTV avait pris aux travaux de la commission d'appel d'offres, alors même qu'il avait quitté cette société à la suite d'un désaccord avec son supérieur hiérarchique, la passation du marché n'avait pu se dérouler dans des conditions permettant d'assurer l'égalité entre les candidats ;

considérant, ainsi que l'admettent d'ailleurs le syndicat intercommunal d'assainissement et de protection de l'environnement de Toulon, La Valette, La Garde, Le Pradet et la société Degremont, que ce moyen qui avait été pré-

senté par la société OTV dans ses conclusions écrites devant le magistrat délégué, puis développé peu avant l'audience par la production d'une pièce nouvelle, a pu faire l'objet d'observations orales lors de l'audience publique qui s'est tenue le 2 avril 2001 et à laquelle les parties étaient représentées ; qu'il ressort, toutefois, des énonciations mêmes de l'ordonnance attaquée que le magistrat délégué s'est fondé de façon déterminante sur un protocole d'accord signé en 1991 entre la société OTV et son salarié d'alors ; qu'il ressort des pièces du dossier soumis au juge du référé précontractuel que ce protocole n'a été produit qu'après l'audience, en annexe d'une note en délibéré, et en l'absence de réouverture de l'instruction ; qu'il n'a, par suite, pas été soumis au débat contradictoire ; que, dans ces conditions, et nonobstant la circonstance que cette pièce a été produite devant le magistrat délégué par le défendeur, le SIAPE et la société Degremont sont fondés à soutenir que l'ordonnance attaquée n'a pas respecté le principe du contradictoire et à en demander, pour ce motif, l'annulation » (CE, 27 juillet 2001, n° 232820 et 232950, société Degremont).

La question du respect du contradictoire et de la transparence des procédures mises en œuvre par la collectivité pour la passation de ses contrats se pose également au niveau de la communication des motifs de rejet des candidatures ou des offres.

Ainsi, s'agissant des marchés publics, le pouvoir adjudicateur dispose d'un délai de 15 jours pour informer le candidat qui en fait la demande des motifs de rejet de son offre.

Par ce délai, le Code des marchés publics interdit en pratique au candidat intéressé de connaître, avant l'expiration du délai de carence de 10 jours, les moyens de fait ou de droit ayant conduit au rejet de sa proposition.

> ***Article 83 du Code des marchés publics***
>
> *Le pouvoir adjudicateur communique, dans un délai maximum de 15 jours à compter de la réception d'une demande écrite, à tout candidat écarté qui en fait la demande les motifs détaillés du rejet de sa candidature ou de son offre et à tout candidat dont l'offre n'a pas été rejetée pour un motif autre que ceux mentionnés au III de l'article 53, les caractéristiques et les avantages relatifs de l'offre retenue ainsi que le nom du ou des attributaires du marché ou de l'accord-cadre.*

La rigueur du texte est cependant en partie limitée dans ses effets par la jurisprudence du Conseil d'État qui considère que la communication des procès-verbaux des commissions d'appel d'offres, et plus généralement des demandes de motifs de rejet d'une offre, doit être assurée dans un délai raisonnable après une demande exprimée en ce sens par l'opérateur économique intéressé.

La Haute Juridiction considère ainsi que « cette communication a notamment pour objet de permettre à l'intéressé de contester le rejet qui lui est opposé ; qu'il en résulte qu'une méconnaissance de l'obligation de communication qui incombe à la personne responsable du marché constitue une atteinte aux obligations de mise en concurrence dont il appartient au juge administratif, saisi en application de l'article L. 551-1 du Code de justice administrative, de tirer les conséquences ; que, dès lors, en estimant, pour écarter le moyen tiré par la SARL Gallis de ce qu'elle n'avait pas reçu communication des motifs du rejet de son offre malgré la demande qu'elle avait faite en ce sens, que ces éléments, postérieurs à l'attribution du marché n'avaient pas trait aux obligations de la commune de Boulogne-sur-Mer en matière de publicité et de mise en concurrence, le juge des référés du tribunal administratif de Lille a commis une erreur de droit ; que, par suite, la SARL Gallis est fondée à demander, pour ce motif, l'annulation de l'ordonnance attaquée » (CE, 9 août 2006, n° 284577, société Hairis SA).

3.4. Délai de jugement

Le président du Tribunal administratif, ou le magistrat qu'il délègue, statue dans un délai de 20 jours sur les demandes qui lui sont présentées en application des articles L. 551-1 et L. 551-2 du Code de justice administrative (Code de justice administrative, article R. 551-1).

Il a cependant été jugé que ce délai n'était pas impératif (CE, 11 mars 1998, n° 163682, préfet du Morbihan c/ SIDEPA ; CE, 2 juillet 1999, SA Bouygues).

Afin de juger dans un délai aussi court, les tribunaux n'hésitent pas à transmettre les écritures des parties par télécopie, le Code de justice administrative imposant d'ailleurs en ce sens que la requête soit notifiée « dans les plus brefs délais » au défendeur (Code de justice administrative, article R. 522-4).

CHAPITRE 4

LE CONTRÔLE EXERCÉ PAR LE JUGE DES RÉFÉRÉS PRÉCONTRACTUELS

4.1. Principes

Le juge administratif saisi sur le fondement de l'article L. 551-1 ou de l'article L. 551-2 du Code de justice administrative doit s'assurer, préalablement à tout examen au fond, des conditions de recevabilité de l'action et notamment de l'absence de signature du contrat qui lui est soumis.

Le juge des référés précontractuels doit également qualifier le contrat pour déterminer, d'une part s'il est compétent (voir supra) et d'autre part, quelles sont les obligations de publicité et de mise en concurrence qui s'imposent au pouvoir adjudicateur.

Ainsi, le Conseil d'État a-t-il rappelé que « pour qualifier un contrat de délégation de service public et en déduire les règles qui s'appliquent à sa passation, il appartient au juge, non seulement de déterminer l'objet du contrat envisagé, mais aussi d'apprécier si les modalités de rémunération du cocontractant sont substantiellement liées aux résultats de l'exploitation de l'activité » (CE, 20 octobre 2006, n° 289234, commune d'Andeville).

Dès lors qu'il a pu déterminer les règles applicables au contrat dont la passation est disputée, le juge peut procéder à l'examen précis de la procédure suivie. Il examine la régularité de la procédure qui lui est soumise à la date à laquelle il statue (CE, 16 octobre 2000, n° 212054, Compagnie méditerranéenne d'exploitation des services d'eau).

Le juge peut soulever les moyens d'ordre public qu'il a pu identifier. Il doit alors informer les parties avant la séance de jugement des moyens qu'il entend soulever d'office (CE, 2 octobre 1996, n° 160361, SARL Entreprise générale d'électricité Noël Béranger).

4.2. Support de publicité et transparence

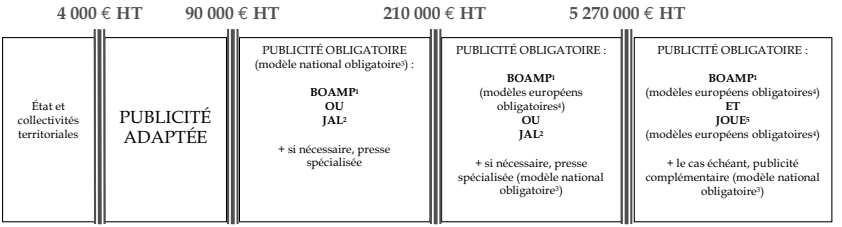
Le contrôle du juge administratif sur le support de publicité employé par le pouvoir adjudicateur est particulièrement important, car l'absence de publicité ou son insuffisance vicie la procédure (CE, Ass., 10 juin 1994, n° 141633, commune de Cabourg).

4.2.1. Organes de publication obligatoires

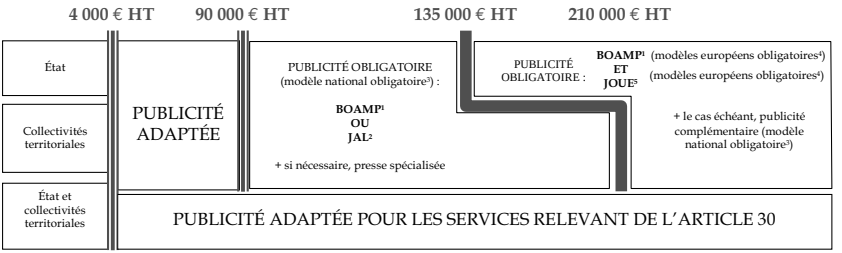
La publicité doit être faite dans les organes obligatoirement prévus par les textes en vigueur (TA Pau, 7 mars 1994, n° 94-0222, M. Schmeltz).

4.2.1.1. CMP 2006 – Pouvoirs adjudicateurs – Obligations de publicité

Accord-cadre et marché de travaux



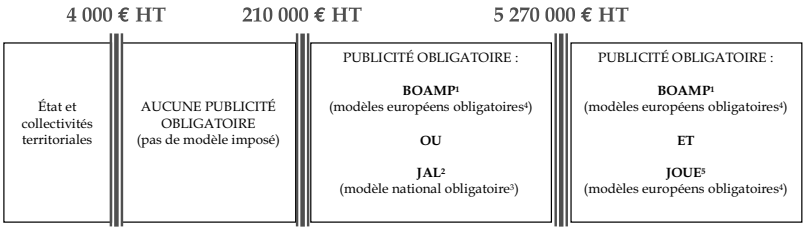
Accord-cadre et marché de fournitures et de services



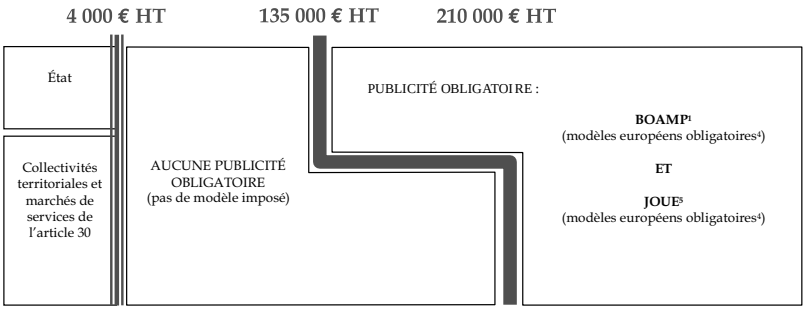
[1] Bulletin officiel des annonces des marchés publics
[2] Journal habilité à recevoir des annonces légales
[3] Annexé à l'arrêté du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie du 28 août 2006 pris en application du code des marchés publics et fixant les modèles d'avis pour la passation et l'attribution des marchés publics et des accords-cadres (NOR : ECOM0620015A)
[4] Annexés au règlement (CE) n°1564/2005 de la Commission du 7 septembre 2005 établissant les formulaires standard pour la publication d'avis dans le cadre des procédures de passation de marchés publics conformément aux directives 2004/17/CE et 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil
[5] Journal officiel de l'Union européenne

4.2.1.2. CMP 2006 – Pouvoirs adjudicateurs – Avis d'attribution

Accord-cadre et marché de travaux



Accord-cadre et marché de fournitures et de services

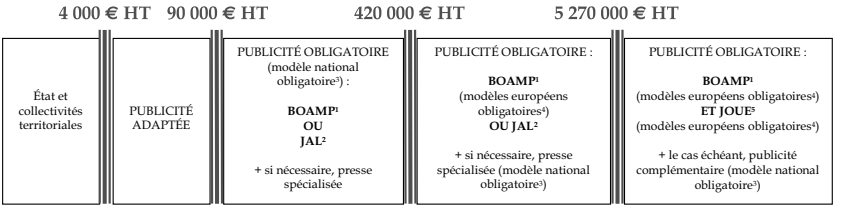


[1] Bulletin officiel des annonces des marchés publics
[2] Journal habilité à recevoir des annonces légales
[3] Annexé à l'arrêté du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie du 28 août 2006 pris en application du code des marchés publics et fixant les modèles d'avis pour la passation et l'attribution des marchés publics et des accords-cadres (NOR : ECOM0620015A)
[4] Annexés au règlement (CE) n°1564/2005 de la Commission du 7 septembre 2005 établissant les formulaires standard pour la publication d'avis dans le cadre des procédures de passation de marchés publics conformément aux directives 2004/17/CE et 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil
[5] Journal officiel de l'Union européenne

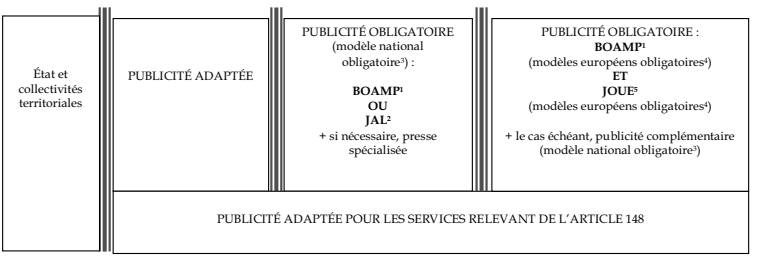
Légende : SEUIL
Modalités de publicité

4.2.1.3. CMP 2006 – Entités adjudicatrices – Obligations de publicité

Accord-cadre et marché de travaux



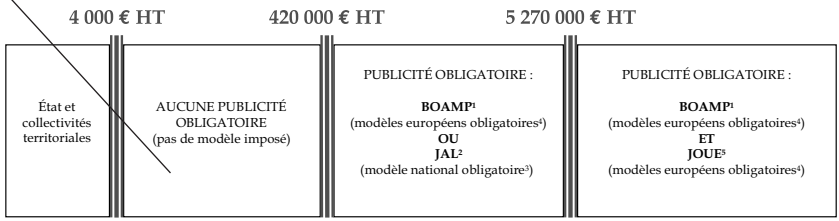
Accord-cadre et marché de fournitures et de services



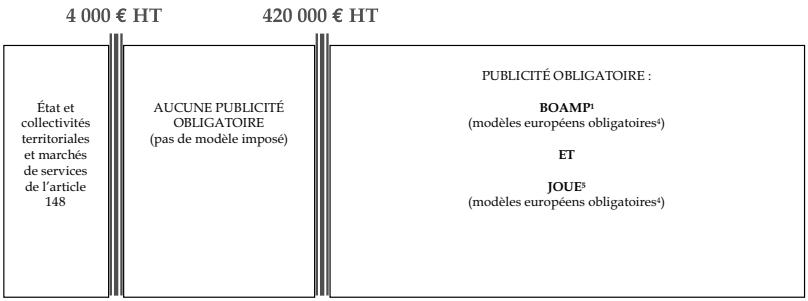
[1] Bulletin officiel des annonces des marchés publics
[2] Journal habilité à recevoir des annonces légales
[3] Annexé à l'arrêté du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie du 28 août 2006 pris en application du code des marchés publics et fixant les modèles d'avis pour la passation et l'attribution des marchés publics et des accords-cadres (NOR : ECOM0620015A)
[4] Annexés au règlement (CE) n°1564/2005 de la Commission du 7 septembre 2005 établissant les formulaires standard pour la publication d'avis dans le cadre des procédures de passation de marchés publics conformément aux directives 2004/17/CE et 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil
[5] Journal officiel de l'Union européenne

4.2.1.4. CMP 2006 – Entités adjudicatrices – Avis d'attribution

Accord-cadre et marché de travaux



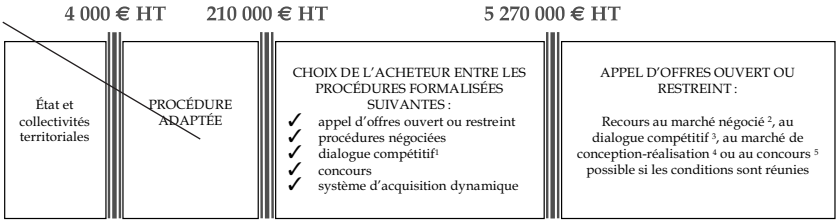
Accord-cadre et marché de fournitures et de services



[1] Bulletin officiel des annonces des marchés publics
[2] Journal habilité à recevoir des annonces légales
[3] Annexé à l'arrêté du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie du 28 août 2006 pris en application du code des marchés publics et fixant les modèles d'avis pour la passation et l'attribution des marchés publics et des accords-cadres (NOR : ECOM0620015A)
[4] Annexés au règlement (CE) n°1564/2005 de la Commission du 7 septembre 2005 établissant les formulaires standard pour la publication d'avis dans le cadre des procédures de passation de marchés publics conformément aux directives 2004/17/CE et 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil
[5] Journal officiel de l'Union européenne

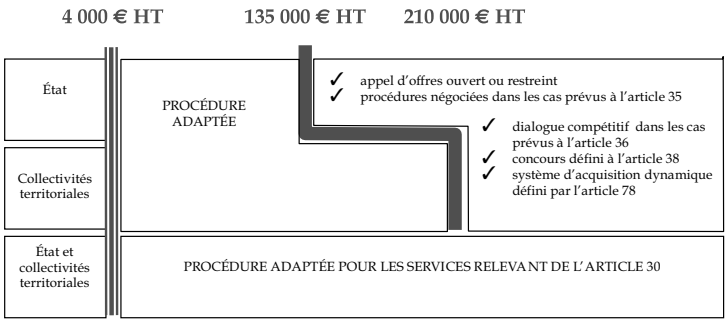
4.2.1.5. CMP 2006 – Pouvoirs adjudicateurs – Procédures

Accord-cadre et marché de travaux



Accord-cadre et marché de fournitures et de services

(ne tient pas compte des seuils spécifiques prévus aux 3° et 4° du II de l'article 26)

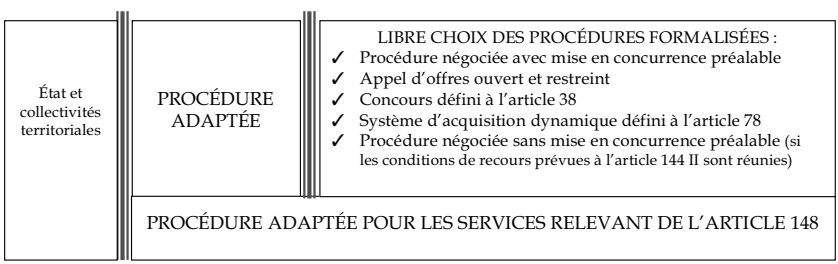


[1] Même si les conditions de recours au dialogue compétitif fixées à l'article 36 ne sont pas réunies.
[2] Cf. article 35
[3] Cf. article 36
[4] Cf. article 37
[5] Cf. article 38

Légende : SEUIL
Procédure

4.2.1.6. CMP 2006 – Entités adjudicatrices – Procédures

Accords-cadres et marchés de travaux, fournitures et services



Légende : SEUIL
Procédure

4.2.1.7. CMP 2006 : délais minimaux fixes pour les pouvoirs adjudicateurs

Procédures / Délais	Procédures ouvertes	Procédures restreintes		Procédures négociées avec publicité préalable	Dialogue compétitif	
	Candidatures et offres (article 57 II)	Candidatures (article 60 II)	Offres (article 62 II)	Candidatures (article 65 II)	Candidatures (article 67 II)	Offres finales (article 67 VII)
① Délais ordinaires	52 jours	37 jours	40 jours	37 jours	37 jours	15 jours
② Délais en cas d'envoi d'un avis de préinformation	22 jours	Pas de réduction possible	22 jours	Pas de réduction possible	Pas de réduction possible	
③ Délais spécifiques aux marchés de travaux inférieurs à **5 270 000 € HT**	22 jours réduit à 15 jours en cas d'urgence ne résultant pas du pouvoir adjudicateur	22 jours	22 jours	22 jours	Pas de délais spécifiques	
④ Délais en cas d'envoi de l'avis par voie électronique	Réduction de 7 jours aux délais prévus aux ❶, ❷ et ❸	Réduction de 7 jours aux délais prévus aux ❶ et ❸	Pas de réduction possible	Réduction de 7 jours aux délais prévus aux ❶ et ❸	Réduction de 7 jours au délai prévu au ❶	Pas de réduction possible
⑤ Délais en cas d'accès libre, direct et complet aux documents de la consultation par voie électronique	Réduction de 5 jours aux délais prévus aux ❶ et ❸	Pas de réduction possible	Réduction de 5 jours aux délais prévus aux ❶, ❷ et ❸	Pas de réduction possible	Pas de réduction possible	
⑥ Délais en cas d'urgence ne résultant pas du pouvoir adjudicateur	Pas de réduction générale liée à l'urgence	15 ou 10 jours si avis envoyé par moyen électronique	10 jours	15 ou 10 jours si avis envoyé par moyen électronique	Pas de réduction générale liée à l'urgence	
⑦ Cumul de délais possible	❹ et ❺ (sauf si le pouvoir adjudicateur a réduit le délai à 22 jours conformément au ❷)					

4.2.1.8. CMP 2006 : délais minimaux fixes pour les entités adjudicatrices

Procédures / Délais	Procédures ouvertes	Procédures restreintes		Procédures négociées avec publicité préalable	
	Candidatures et offres (article 160)	Candidatures (article 162)	Offres (article 163 II)	Candidatures (article 165)	Offres (article 166 II)
① Délais ordinaires	52 jours	22 jours	Fixé d'un commun accord ; à défaut : 10 jours minimum	22 jours	Fixé d'un commun accord ; à défaut : 10 jours minimum
② Délais en cas d'envoi d'un avis périodique indicatif	22 jours	–		–	
③ Délais spécifiques aux marchés de travaux inférieurs à **5 270 000 € HT**	22 jours réduit à 15 jours en cas d'urgence ne résultant pas du pouvoir adjudicateur	–		–	
④ Délais en cas d'envoi de l'avis par voie électronique	Réduction de 7 jours aux délais prévus aux ❶, ❷ et ❸	Réduction de 7 jours au délai prévu au ❶	–	Réduction de 7 jours au délai prévu au ❶	–
⑤ Délais en cas d'accès libre, direct et complet aux documents de la consultation par voie électronique	Réduction de 5 jours aux délais prévus aux ❶, ❸ et ❹	–		–	
⑥ Cumul de délais possible	❹ et ❺ (sauf si l'entité adjudicatrice a réduit le délai à 22 jours conformément au ❷)	–		–	

Le juge des référés précontractuels doit s'assurer du calcul des seuils pour vérifier que les organes de publication retenus par le pouvoir adjudicateur sont bien conformes à la réglementation en vigueur (TA Poitiers, 4 décembre 1992, n° 92342, Société matheronne de travaux publics et commune de Breuillet c/ SIVOM du pays royannais ; TA Rennes, 26 janvier 1993, n° 925488, société Le Douairon ; TA Rennes, 8 avril 1993, n° 93601, société Guillaume).

4.2.2. Notion de journaux d'annonces légales

La Haute Juridiction s'assure que la publicité a été publiée, quand cela est rendu nécessaire par un dispositif exprès, dans un journal d'annonces légales. Le Conseil d'État a été amené à rappeler que « le Bulletin officiel d'annonces des marchés publics, édité, en vertu de l'article 1er du décret du 4 avril 1957 susvisé, par la direction des journaux officiels, doit être regardé, par sa nature même, comme une publication habilitée à recevoir des annonces légales ; que, par suite, en estimant que la commune d'Auxerre avait méconnu les règles de publicité prescrites par l'article R. 1411-1 du code précité en ne publiant pas l'avis d'appel à la concurrence dans une publication habilitée à recevoir des annonces légales et que la procédure engagée par la commune pour la passation de la délégation de service public devait être annulée pour ce motif, le magistrat délégué par le président du tribunal administratif de Dijon a entaché son ordonnance d'une erreur de droit ; que la commune d'Auxerre est fondée à en demander pour ce motif l'annulation » (CE, 19 novembre 2004, n° 266975, commune d'Auxerre).

La jurisprudence a apporté une précision utile en indiquant que la notion de journal d'annonces légales au sens des obligations de publicité et de mise en concurrence n'était pas réductible à la liste établie par le préfet dans chaque département.

Le Conseil d'État a ainsi posé le principe selon lequel « si la publication par le préfet du département, en vertu des articles 1er et 2 de la loi du 4 janvier 1955 concernant les annonces judiciaires et légales, de la liste des journaux susceptibles de recevoir des annonces légales dans le département, ne fait pas obstacle à ce que d'autres publications se voient reconnaître, au niveau national, le caractère de publication habilitée à recevoir des annonces légales au sens des dispositions précitées du Code général des collectivités territoriales, il n'en est pas ainsi du Journal officiel de l'Union européenne, compte tenu notamment de l'objet de sa "série S", limité en principe à la publication des avis relatifs à la passation de certains contrats dont les montants dépassent des seuils déterminés au niveau de l'Union ; que, dès lors, en estimant que la commune de Clichy-la-Garenne avait satisfait à l'obligation qui lui incombait de procéder à une insertion dans une publication habilitée à recevoir des annonces légales par la seule publication de l'avis d'appel public à la concurrence dans le Journal officiel de l'Union européenne, le juge des référés précontractuels du tribunal administratif de Versailles a commis une erreur de droit ; que la société EGS est fondée à demander, pour ce motif, l'annulation de l'ordonnance attaquée » (CE, 8 juillet 2005, n° 277554, société EGS).

Loi n° 55-4 du 4 janvier 1955 relative aux annonces judiciaires et légales

Article 1

Dans chaque département, et sauf pour les annonces devant paraître au Journal officiel de la République française ou à ses annexes, les annonces exigées par les lois et décrets seront insérées, à peine de nullité de l'insertion, nonobstant les dispositions contraires de ces lois et décrets, dans l'un des journaux, au choix des parties, remplissant les conditions prévues à l'article 2.

Article 2

Tous les journaux d'information générale, judiciaire ou technique, inscrits à la commission paritaire des papiers de presse, et ne consacrant pas en conséquence à la publicité plus des deux tiers de leur surface et justifiant une vente effective par abonnements, dépositaires ou vendeurs, sont inscrits de droit sur la liste prévue ci-dessous sous les conditions suivantes :

1° Paraître depuis plus de six mois au moins une fois par semaine ;

2° Être publiés dans le département ou comporter pour le département une édition au moins hebdomadaire ;

3° Justifier d'une diffusion atteignant le minimum fixé par décret après avis de la commission prévue ci-dessous, en fonction de l'importance de la population du département ou de ses arrondissements.

La liste est préparée chaque année, au mois de décembre, en vue de l'année suivante, par une commission consultative présidée par le préfet et composée du président de la chambre départementale des notaires ou de son représentant et, s'ils existent en nombre suffisant, de trois directeurs de journaux, désignés par le préfet, dont au moins deux directeurs de journaux ou publications périodiques, susceptibles de recevoir les annonces légales.

Cette liste des journaux susceptibles de recevoir les annonces légales, soit dans tout le département, soit dans l'un ou plusieurs de ses arrondissements, est publiée par arrêté du préfet.

Les journaux et publications doivent s'engager, dans leur demande, à publier les annonces judiciaires et légales au tarif fixé en application de l'article 3.

Article 3

Le prix de la ligne d'annonces est fixé en même temps que la liste et pour la même période par arrêté du préfet, sur avis de la commission prévue à l'article 2, compte tenu de la situation économique et des salaires en vigueur dans les imprimeries de presse du département.

Les journaux intéressés peuvent demander en cours d'année au préfet de réunir la commission en vue de l'examen d'une modification du prix de la ligne dans le cas de variation importante des différents éléments du prix de revient. Sur avis de la commission, le préfet peut prévoir un tarif réduit pour certaines catégories d'annonces, notamment pour les annonces faites par un annonceur bénéficiant de l'aide juridictionnelle.

Le contrôle exercé par la Haute Juridiction en matière de journaux d'annonces légales est, toute chose égale par ailleurs, identique à celui porté sur les journaux

spécialisés. Le Conseil d'État a ainsi considéré « […], que les dispositions précitées de l'article R. 1411-1 du Code général des collectivités territoriales imposent à la personne publique qui entend passer une délégation de service public de procéder à l'insertion de l'avis d'appel public à la concurrence dans une publication spécialisée correspondant au secteur économique concerné ; que, lorsqu'il n'existe aucune publication spécialisée correspondant au secteur économique concerné par le service public faisant l'objet de la délégation envisagée, il lui appartient de rechercher quelle autre publication, plus générale, peut assurer une information suffisante des opérateurs économiques de ce secteur ; que la commune de Clichy-la-Garenne soutient qu'il n'existe pas de publication spécialisée correspondant au secteur de la gestion des marchés d'approvisionnement ; que, si la société EGS fait valoir que de nombreuses communes, y compris celle de Clichy-la-Garenne lors des précédentes procédures de passation de l'affermage de ses marchés, procèdent à une insertion de leurs avis dans *Le Moniteur des travaux publics et du bâtiment*, cette publication ne peut être regardée comme spécialisée dans le secteur économique de la délégation de service public concernée au sens des dispositions de l'article R. 1411-1 du Code général des collectivités territoriales ; qu'ainsi la commune de Clichy-la-Garenne a pu satisfaire à ses obligations de publicité en faisant paraître l'avis d'appel public à la concurrence dans le journal *Les Échos*, dont il ne résulte pas de l'instruction que, compte tenu de son objet et de sa diffusion, il serait impropre à assurer une information suffisante des opérateurs économiques susceptibles d'être intéressés par la délégation de service public en cause ; que, dans ces conditions, le moyen tiré par la société EGS de ce que l'avis d'appel public à la concurrence n'aurait pas été inséré dans une publication spécialisée correspondant au secteur économique concerné, doit être écarté » (CE, 8 juillet 2005, n° 277554, société EGS).

4.2.3. Organe de publication et publicité adéquate

Mais au-delà du seul respect des supports imposés à cet effet (journal d'annonces légales, BOAMP, etc.), les règles de publicité et de mise en concurrence applicables à toute commande publique doivent garantir la transparence de la procédure et la liberté d'accès des opérateurs économiques.

Dès lors, la publicité donnée à une consultation doit être suffisamment large et adéquate pour toucher effectivement l'ensemble des opérateurs potentiellement intéressés.

Ainsi, le Conseil d'État a considéré que « le marché en cause a pour objet la programmation de l'implantation d'une antenne du musée du Louvre à Lens, comprenant un bâtiment muséographique et des annexes, pour laquelle l'avis d'appel à la concurrence exigeait des candidats la présentation de références récentes en matière de conception et de programmation de grands musées ;

que pour passer ce marché, d'un montant prévisionnel de 35 000 euros, selon la procédure adaptée prévue par l'article 28 du Code des marchés publics, la région Nord-Pas-de-Calais a choisi d'envoyer à la publication dans le journal régional *La Voix du Nord* un avis d'appel public à la concurrence le 7 janvier 2005 et de diffuser cet avis par la voie de son site Internet pendant 15 jours ; que, compte tenu de l'objet du marché, ces mesures ne permettaient pas d'assurer une publicité suffisante auprès des programmistes ayant vocation à y répondre de telle sorte que soient respectés les principes de libre accès à la commande et d'égalité de traitement des candidats ; que la circonstance, qu'indépendamment de la volonté de la région Nord-Pas-de-Calais, l'avis d'appel public à la concurrence a été mis en ligne sur le site du journal *Le Moniteur des travaux publics et du bâtiment*, est sans influence sur la régularité des mesures de publicité auxquelles elle a procédé » (CE, 7 octobre 2005, n° 278732, région Nord-Pas-de-Calais).

La rigueur de cet arrêt n'échappera à personne. Le Conseil d'État ne tient en effet pas compte du fait qu'une publicité « suffisante » avait été assurée par la mise en ligne de l'annonce sur le site du journal *Le Moniteur*, au motif que cette publicité n'avait pas été initiée par la collectivité territoriale elle-même.

4.2.4. Vérification de la qualité des informations publiées

La Haute Juridiction vérifie scrupuleusement si la qualité des informations produites dans les publications est suffisante. Elle considère notamment que de simples renvois vers un cahier des charges est en principe insuffisant.

Ainsi, le Conseil d'État a admis que « l'Assistance publique-Hôpitaux de Paris était tenue, nonobstant l'absence de mesures nationales sur ce point, d'assurer une publicité de ses intentions compatible avec les objectifs de ces directives ; que l'avis d'appel public à la concurrence publié au Journal officiel de l'Union européenne le 21 avril 2004 se borne, en ce qui concerne les conditions de participation au marché litigieux, à renvoyer aux mentions du règlement de la consultation ; qu'un tel renvoi, alors notamment que le règlement de la consultation ne fait pas l'objet des mêmes mesures de publicité que l'avis d'appel public à la concurrence et n'a vocation à être remis qu'aux entreprises qui manifestent leur intérêt pour le marché en cause auprès du pouvoir adjudicateur, est incompatible avec les obligations de publicité incombant à ce dernier en vertu des objectifs poursuivis par la directive 93/36/CEE ; que les dispositions de l'article 42 du Code des marchés publics en vertu desquelles le règlement de la consultation est facultatif si les mentions qui doivent y être portées figurent dans l'avis d'appel public à la concurrence n'ont ni pour objet ni pour effet de dispenser l'acheteur public de porter dans ce dernier avis, lorsqu'elles figurent dans le règlement de la consultation, les mentions exigées par l'annexe IV de la directive 93/36/CEE, telle que modifiée par

l'annexe I de la directive 2001/78/CE ; que, dès lors, la société Radiometer est fondée à soutenir que l'Assistance publique-Hôpitaux de Paris a méconnu les obligations de publicité qui lui incombaient en vertu des objectifs poursuivis par ces directives » (CE, 8 avril 2005, n° 270476, société Radiometer).

4.3. Mentions obligatoires AAPC[1]

4.3.1. Rappel des obligations en matière d'information dans les marchés publics

En matière de marchés publics, en deçà de 90 000 euros HT, le pouvoir adjudicateur organise librement la publicité dans les conditions mentionnées à l'article 28 du Code des marchés publics.

Au-dessus de 90 000 euros HT, mais en deçà des seuils communautaires, le pouvoir adjudicateur est tenu d'adresser un avis d'appel public à la concurrence au BOAMP (Bulletin officiel des annonces des marchés publics) ou dans un journal d'annonces légales.

Au dessus des seuils communautaires, le pouvoir adjudicateur est tenu de publier un avis d'appel public à la concurrence au JOUE (Journal officiel de l'Union européenne) et au BOAMP.

Pour être parfaite, la publicité doit contenir l'ensemble des mentions obligatoires imposées par divers textes (TA Paris, 28 août 1995, n° 9511722, société RS Automatic Industrie).

4.3.2. Mentions obligatoires et non obligatoires devant figurer dans le formulaire JOUE

	Mentions obligatoires	Mentions non obligatoires
Marché couvert ou non par l'AMP	Oui	
I / Nom et adresse officiels du pouvoir adjudicateur : nom, adresse, numéro de téléphone et télécopieur, adresse électronique.	Oui	
Type de pouvoir adjudicateur		X
II/ Objet du marché		
Type de marché	Oui	
Indiquer s'il s'agit d'un accord-cadre	Oui, le cas échéant	

1. Avis d'appel public à la concurrence

	Mentions obligatoires	Mentions non obligatoires
Intitulé attribué au marché par le pouvoir adjudicateur		X
Description/objet du marché	Oui	
Lieu d'exécution	Oui	
Code NUTS		X
Nomenclature		X
Division en lots (utilisation de l'annexe B autant que nécessaire)	Oui	
Variantes	Oui, le cas échéant	
Quantité ou étendue globale du marché	Oui	
Options	Oui, le cas échéant	
Durée du marché ou délai d'exécution	Oui	
III/ Renseignements d'ordre juridique, économique, financier et technique		
Cautionnement et garanties exigés	Oui, le cas échéant	
Modalités essentielles de financement et de paiement et/ou références des dispositions applicables	Oui	
Forme juridique que revêtira le groupement	Oui, le cas échéant	
Conditions de participation : renseignements concernant la situation propre de l'entrepreneur/du fournisseur/du prestataire de services ; situation juridique – références requises ; capacité économique et financière – références requises ; capacité technique – références requises.	Oui	
Conditions propres aux marchés de service	Oui, le cas échéant	
IV/ Procédure		
Type de procédure	Oui	
Si procédure négociée, des candidats ont-ils été sélectionnés ?	Oui, le cas échéant	
Justification du choix de la procédure accélérée	Oui, le cas échéant	
Publications antérieures relatives au même marché	Oui	
Avis de préinformation relatif au même marché	Oui, le cas échéant	
Autres publications antérieures	Oui	

	MENTIONS OBLIGATOIRES	MENTIONS NON OBLIGATOIRES
Nombre d'entreprises que le pouvoir adjudicateur envisage d'inviter à présenter une offre	Oui, le cas échéant	
Critères d'attribution	Oui	
Numéro de référence attribué au dossier par le pouvoir adjudicateur		X
Documents contractuels et documents additionnels – conditions d'obtention	Oui	
Date limite de réception des offres ou des demandes de participation	Oui	
Envoi des invitations à présenter aux candidats sélectionnés si procédure restreinte ou négociée	Oui	
Langues	Oui	
Si procédure ouverte, délai pendant lequel le soumissionnaire doit maintenir son offre	Oui	
Modalités d'ouverture des offres : personnes autorisées à assister à l'ouverture des offres ; date, heure et lieu.	Oui	
S'il s'agit d'un avis obligatoire ou non. Indiquer, le cas échéant, si le marché a un caractère périodique et spécifier le calendrier prévisionnel des publications des prochains avis	Oui	
S'il s'inscrit dans le cadre d'un projet/programme financé par les fonds communautaires		X
Date d'envoi du présent avis	Oui	

Certains points figurant comme obligatoires dans la directive n'apparaissent pas clairement dans le formulaire JOUE :

- Point 2 : indiquer, le cas échéant, s'il s'agit d'un marché public réservé à des ateliers protégés ou dont l'exécution est réservée dans le cadre de programmes d'emplois protégés.
- Point 3 : indiquer, le cas échéant, s'il s'agit d'un système d'acquisition dynamique ; indiquer, le cas échéant, le recours à une enchère électronique (en cas de procédures ouvertes, restreintes ou négociées, dans le cas visé à l'article 30 §1 point a).
- Point 18 : pour les accords-cadres, nombre, le cas échéant, nombre maximum, envisagé d'opérateurs économiques qui en feront partie, durée de l'accord-cadre prévue en précisant, le cas échéant, les motifs justifiant une durée dépassant 4 ans.
- Point 19 : pour le dialogue compétitif et les procédures négociées avec publication d'un avis de marché, indiquer, le cas échéant, le recours à une procédure se déroulant en phases successives afin de réduire progressivement le nombre des solutions à discuter ou des offres à négocier.

– Point 20 : pour les procédures restreintes, le dialogue compétitif et les procédures négociées avec publication d'un avis de marché, lorsqu'il est fait recours à la faculté de réduire le nombre de candidats invités à présenter une offre, à dialoguer ou à négocier : nombre minimal, et, le cas échéant, maximum de candidats envisagé et critères objectifs à appliquer pour choisir ce nombre.

– Point 24 : nom et adresse de l'organe compétent pour les procédures de recours, et, le cas échéant, de médiation. Précisions concernant les délais d'introduction des recours ou, le cas échéant, nom, adresse, numéro de téléphone, numéro de télécopieur et adresse électronique du service auprès duquel ces renseignements peuvent être obtenus.

4.3.3. Mentions obligatoires et non obligatoires devant figurer dans le formulaire BOAMP

	Mention obligatoire	Mention non obligatoire
1 – Procédure couverte ou non par l'AMP (case à cocher)		X
2 – Avis périodique indicatif constituant une mise en concurrence (si secteur spécial)		X
3 – Système de qualification constituant une mise en concurrence (si secteur spécial)		X
4 – Identification du pouvoir adjudicateur/de l'entité adjudicatrice		X
5 – Mention des activités principales du pouvoir adjudicateur/de l'entité adjudicatrice		X
6 – Pouvoir adjudicateur agissant pour le compte d'autres pouvoirs adjudicateurs		X
7 – Identification de l'organisme qui passe le marché : nom et adresse officiels de l'organisme acheteur	Oui	
8 – Objet du marché : – type de marché ; – nomenclature CPV pour les marchés de seuil européen ; – description/objet.	Oui	 X X X
9 – Lieu d'exécution ou lieu de livraison		X
10 – Mention du type de contrat concerné		X
11 – Informations sur l'accord-cadre, le cas échéant		X
12 – Caractéristiques principales : – quantités, nature et étendue ; – options ; – calendrier en cas de marchés reconductibles ; – acceptation des variantes (appel d'offres ouvert ou restreint).		X

	Mention obligatoire	Mention non obligatoire
13 – Prestations divisées en lots : possibilité de présenter une offre pour un, plusieurs ou l'ensemble des lots		X
14 – Durée du marché ou délai d'exécution		X
15 – Conditions relatives au marché : – cautionnement et garantie exigés ; – financement et paiement ; – forme juridique que devra revêtir le groupement ; – autres conditions ; – langues pouvant être utilisées dans l'offre ou la candidature en complément du français.		X
16 – Conditions de participation : – situation juridique, références requises ; – capacité économique et financière ; – référence professionnelle et technique.		X
17 – Conditions de participation à un système de qualification		X
18 – Marché réservé à des ateliers protégés		X
19 – Nombre de candidats	Oui en cas de limitation du nombre de candidats. Procédure restreinte, négociée ou de dialogue compétitif	
20 – Critères d'attribution	Oui	
21 – Enchère électronique		X
22 – Type de procédure	Oui	
23 – Recours à une procédure en phases successives (procédure de dialogue compétitif ou procédure négociée)		X
24 – Délai d'urgence : justifications	Oui le cas échéant	
25 – Publications communautaires	Oui, si publication au JOUE	
26 – Conditions de délai : – date limite de réception des candidatures ; – date limite de réception des offres si elle n'est pas prévue dans le règlement de consultation.	Oui	
27 – Renseignements complémentaires		X
28 – Instance chargée des procédures de recours		X
29 – Date d'envoi du présent avis	Oui	

> **À noter**
>
> Tout en reconnaissant que l'Accord sur les marchés publics n'a pas d'effet direct, le juge administratif exige que les avis d'appel public à concurrence mentionnent, dès lors que le marché en cause est supérieur aux seuils communautaires, s'il est soumis ou non à cet Accord (CE, 14 mai 2003, n° 251336, communauté d'agglomération de Lens-Lievin ; CE, 10 mars 2004, n° 259680, communauté d'agglomération de Limoges Métropole ; CE, 10 mai 2006, n° 286644, syndicat intercommunal des services de l'agglomération valentinoise).

4.3.4. Synthèse des mentions devant figurer dans le CMP et dans la directive 2004/18

	MARCHÉ > AUX SEUILS COMMUNAUTAIRES	MARCHÉ < AUX SEUILS COMMUNAUTAIRES
Marché couvert ou non par l'AMP	Obligatoire	
I / Nom et adresse officiels du pouvoir adjudicateur : nom, adresse, numéro de téléphone et télécopieur, adresse électronique.	Obligatoire	Obligatoire
Type de pouvoir adjudicateur		
II/ Objet du marché		
Type de marché	Obligatoire	
S'il s'agit d'un accord cadre – mentions sur l'accord cadre	Obligatoire, le cas échéant	
Intitulé attribué au marché par le pouvoir adjudicateur		
Description/objet du marché	Obligatoire	Obligatoire
Lieu d'exécution	Obligatoire	
Code NUTS		
Nomenclature		
Division en lots (utilisation de l'annexe B autant que nécessaire)	Obligatoire	
Variantes	Obligatoire, le cas échéant	
Quantité ou étendue globale du marché	Obligatoire	
Options	Obligatoire, le cas échéant	
Durée du marché ou délai d'exécution	Obligatoire	
III/ Renseignements d'ordre juridique, économique, financier et technique		
Cautionnement et garanties exigés	Obligatoire, le cas échéant	
Modalités essentielles de financement et de paiement et/ou références des dispositions applicables	Obligatoire	

	MARCHÉ > AUX SEUILS COMMUNAUTAIRES	MARCHÉ < AUX SEUILS COMMUNAUTAIRES
Forme juridique que revêtira le groupement	Obligatoire, le cas échéant	
Conditions de participation : – renseignements concernant la situation propre de l'entrepreneur/du fournisseur/du prestataire de services ; – situation juridique – références requises ; – capacité économique et financière – références requises ; – capacité technique – références requises.	Obligatoire	
Marché réservé à des ateliers protégés	Obligatoire, le cas échéant	
Nombre de candidats	Obligatoire en cas de limitation du nombre de candidats. Procédure restreinte, négociée ou de dialogue compétitif	Obligatoire en cas de limitation du nombre de candidats. Procédure restreinte, négociée ou de dialogue compétitif
Conditions propres aux marchés de service	Obligatoire, le cas échéant	
Enchère électronique	Obligatoire, le cas échéant	
IV/ Procédure		
Type de procédure	Obligatoire	Obligatoire
Recours à une procédure en phases successives (procédure de dialogue compétitif ou procédure négociée)	Obligatoire, le cas échéant	
Si procédure négociée, des candidats ont-ils été sélectionnés ?	Obligatoire, le cas échéant	
Justification du choix de la procédure accélérée	Obligatoire, le cas échéant	
Délai d'urgence : justifications		Obligatoire, le cas échéant
Publications antérieures relatives au même marché	Obligatoire, le cas échéant	
Publications communautaires		Oui, si publication au JOUE
Avis de préinformation relatif au même marché	Obligatoire, le cas échéant	
Autres publications antérieures	Obligatoire	
Nombre d'entreprises que le pouvoir adjudicateur envisage d'inviter à présenter une offre	Obligatoire, le cas échéant	

	MARCHÉ > AUX SEUILS COMMUNAUTAIRES	MARCHÉ < AUX SEUILS COMMUNAUTAIRES
Critères d'attribution	Obligatoire	Obligatoire
Numéro de référence attribué au dossier par le pouvoir adjudicateur		
Documents contractuels et documents additionnels – conditions d'obtention	Obligatoire	
Conditions de délai : – date limite de réception des candidatures ; – date limite de réception des offres ou des demandes de participation.	Obligatoire	Obligatoire
Envoi des invitations à présenter aux candidats sélectionnés si procédure restreinte ou négociée	Obligatoire	
Langues	Obligatoire	
Si procédure ouverte, délai pendant lequel le soumissionnaire doit maintenir son offre	Obligatoire	
Modalités d'ouverture des offres : – personnes autorisées à assister à l'ouverture des offres ; – date, heure et lieu.	Obligatoire	
S'il s'agit d'un avis obligatoire ou non. Indiquer le cas échéant si le marché a un caractère périodique et spécifier le calendrier prévisionnel des publications des prochains avis.	Obligatoire	
S'il s'inscrit dans le cadre d'un projet/programme financé par les fonds communautaires		
Date d'envoi du présent avis	Obligatoire	Obligatoire

Remarque

Le Conseil d'État a été amené à rappeler les obligations des pouvoirs adjudicateurs dans le cas particulier de la carence de l'État français au regard de ses obligations de transposition des directives communautaires :

« Considérant qu'aux termes de l'article 36 de la directive 2004/18/CE du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, les avis de marché comportent les informations mentionnées à l'annexe VII A et, le cas échéant, tout autre renseignement jugé utile par le pouvoir adjudicateur selon le format des formulaires standard adoptés par la Commission (…) ; que l'annexe VII A de la directive ainsi que le règlement de la commission n° 1564/2005 du 7 septembre 2005 établissant les formulaires standard d'avis de marché font notamment figurer parmi les mentions que doivent comporter de tels avis l'indication des modalités essentielles de financement et de paiement du marché ou les références aux textes qui les réglementent ;

considérant que le V de l'article 40 du Code des marchés publics alors applicable, qui a notamment pour objet de transposer en droit interne le principe de

l'obligation de publicité résultant des dispositions des directives communautaires, dispose : pour les marchés de fournitures et de services d'un montant supérieur à 150 000 euros hors taxe pour l'État et 230 000 euros hors taxe pour les collectivités territoriales, et pour les marchés de travaux d'un montant supérieur à 5 900 000 euros hors taxe, la personne publique est tenue de publier un avis d'appel public à la concurrence dans le Bulletin officiel des annonces des marchés publics et au Journal officiel de l'Union européenne (…) ; qu'aux termes du VI du même article : les avis mentionnés aux III, IV et V sont établis conformément aux modèles fixés par arrêté du ministre chargé de l'Économie ; que demeurait en vigueur, à l'époque des faits litigieux, en ce qui concerne la publication des avis au Journal officiel de l'Union européenne, l'arrêté du ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie du 4 décembre 2002 fixant les modèles de formulaires pour la publication de tels avis, qui n'a pas été abrogé par l'arrêté du même ministre du 30 janvier 2004 pris en application des articles 40 et 80 du Code des marchés publics et fixant les modèles de formulaires pour la publication des avis relatifs à la passation et à l'attribution de marchés publics, lequel ne s'applique qu'aux publications effectuées dans des journaux nationaux ; que, toutefois, à la date à laquelle a été pris l'arrêté du 4 décembre 2002, aucune disposition du Code des marchés publics ni aucune autre disposition législative ou réglementaire ne donnait compétence au ministre aux fins d'édicter de telles mesures ; qu'ainsi, cet arrêté a été pris par une autorité incompétente ; que l'intervention des dispositions précitées du VI de l'article 40 du Code des marchés publics, dans sa rédaction issue du décret du 7 janvier 2004, n'a pu avoir pour effet de couvrir le vice dont est entaché cet arrêté, lequel demeure illégal ; que, s'agissant d'un marché de seuil communautaire, il appartenait à la région Guadeloupe, en l'absence de règles nationales légales applicables à la procédure de passation du marché litigieux permettant d'assurer une publicité de l'avis d'appel public à la concurrence dans des conditions compatibles avec les objectifs de la directive 2004/18/CE, d'assurer une publicité de ses intentions compatible avec les objectifs de cette directive, et notamment avec les prescriptions de son annexe ; que, par suite, le juge des référés a pu, sans entacher son ordonnance d'une erreur de droit ni d'une insuffisance de motivation, se fonder sur les dispositions de la directive 2004/18/CE, notamment son annexe VII A, et du règlement n°1564/2005 , pour estimer que tant l'avis paru dans le Journal officiel de l'Union européenne que celui publié au Bulletin officiel des annonces des marchés publics devaient comporter des indications quant aux modalités essentielles de financement du marché » (CE, 11 mai 2007, n° 298863, région Guadeloupe).

4.3.5. Rappel des obligations en matière d'information dans les délégations de service public

Il est expressément prévu que « les conventions de délégation de service public doivent être limitées dans leur durée. Celle-ci est déterminée par la collectivité en fonction des prestations demandées au délégataire. Lorsque les installations sont à la charge du délégataire, la convention de délégation tient compte, pour la détermination de sa durée, de la nature et du montant de l'investissement à réaliser et ne peut dans ce cas dépasser la durée normale

d'amortissement des installations mises en œuvre […] » (loi du 29 janvier 1993 dite loi Sapin, article 40).

La jurisprudence a confirmé que l'autorité délégante « […] est tenue de mettre en œuvre une procédure de publicité et de recueil des offres au cours de laquelle les candidats doivent avoir été informés des caractéristiques quantitatives et qualitatives des prestations attendues et notamment de la durée de la délégation […] » (TA Versailles, 6 janvier 2000, préfet de l'Essonne c/ commune de Vigneux-sur-Seine).

Le Conseil d'État a ainsi été amené à rappeler la portée de cette obligation et sanctionner dès lors des procédures de délégations de service public dans lesquelles la collectivité n'avait pas pris la peine de préciser la durée de la délégation (CE, 25 juillet 2001, n° 231319, syndicat des eaux de l'Iffernet).

Dans cette dernière jurisprudence, le Conseil d'État a cependant pris la peine de préciser que si la durée de la délégation de service public ne figurait pas dans l'avis d'appel à la concurrence, mais qu'elle était en revanche mentionnée dans le cahier des charges remis à l'ensemble des candidats, le manquement n'était pas constitué. Le cas d'espèce étant particulièrement important, il nous paraît indispensable de citer le considérant : « […] Considérant que, si l'avis d'appel public à la concurrence ne mentionnait pas la durée de la convention envisagée, cette information figurait dans le dossier de consultation remis à l'ensemble des candidats ayant répondu à l'avis ; que l'absence de précision sur ce point de l'avis, levée dès la première phase de la consultation, n'a pas, dans les circonstances de l'espèce, et compte tenu de la durée envisagée de 12 ans, habituelle pour ce type de délégation, entaché d'irrégularité la procédure de passation du contrat ; […] » (TA Versailles, 6 janvier 2000, préfet de l'Essonne c/ commune de Vigneux-sur-Seine).

Cette position de principe, parfaitement légitime tant au regard des obligations légales rappelées que du principe de transparence, pose cependant une difficulté pratique lorsque la collectivité met à la charge du délégataire des investissements importants (notamment dans le cas d'une concession). En effet, dans cette dernière hypothèse, la collectivité est soumise à deux obligations en partie contradictoires : celle d'abord de fixer de manière précise dans le projet de contrat la durée de la délégation, et celle, ensuite, de déterminer la durée de ladite convention en fonction des investissements réalisés par le délégataire, ces investissements n'étant bien sûr pas nécessairement connus avec précision par la collectivité préalablement au lancement de la procédure de délégation.

Cette question a été soumise au tribunal administratif de Paris qui a pu annuler la délégation qui lui était soumise au motif que dans le cas d'espèce, la

convention ne mettait pas à la charge de l'exploitant d'investissements, et que dès lors la durée de la convention pouvait parfaitement être déterminée. A contrario, si des investissements avaient été mis à la charge du délégataire, la solution aurait pu (du) être inverse. Le tribunal administratif de Paris a en effet relevé « […] que la fixation de la durée d'une convention de délégation de service public constitue une des caractéristiques essentielles dudit contrat, dont les candidats doivent être informés ; considérant qu'en l'espèce si, ainsi que le soutient Horeto Sorest'art, les avis d'appel public à la concurrence ne mentionnent pas la durée de la délégation de service public en cause, le musée Rodin fait valoir que la procédure n'est néanmoins pas irrégulière dès lors que cette durée est précisée à l'article 2 du cahier des charges remis aux candidats qui indique que la durée de la convention, liée à la nature et à la durée de l'investissement à réaliser par le concessionnaire, ne pourra dépasser la durée de l'investissement des installations mises en œuvre, le concessionnaire devant à cet effet communiquer au concédant la durée d'amortissement de ces installations ; considérant toutefois qu'il ressort du cahier des charges précité que le musée Rodin met à la disposition du délégataire les locaux, équipements et matériels d'exploitation de la cafétéria, l'attributaire s'engageant pour sa part à conserver ces locaux et équipements dans un parfait état d'entretien ; qu'en outre le musée se réserve la faculté d'effectuer des travaux qu'il jugera nécessaires, le concessionnaire ne pouvant établir d'autres installations fixes ni modifier celles existantes sans l'accord express du musée Rodin ; qu'ainsi, il résulte de ces dispositions que l'attributaire de la délégation n'aura pas à procéder à l'installation de la cafétéria, les équipements permettant l'exploitation de ladite cafétéria étant en effet déjà en place et dès lors, sauf à les entretenir, non à la charge du délégataire au sens de l'article 40 précité de la loi du 29 janvier 1993 […] que par suite la direction du musée ne pouvait subordonner la durée de la convention envisagée à la durée d'amortissement d'éventuels investissements effectués par le futur délégataire lesquels n'avaient pas nécessairement à être engagés » (TA Paris, 18 mai 2007, n° 0706449/3-5, société Horeto Sorest'art c/ musée Rodin).

4.4. Exemples de mentions obligatoires AAPC

4.4.1. Accord sur les marchés publics

Très critiquée par la doctrine, la position de la Haute Juridiction amène celle-ci à sanctionner les procédures d'attribution des contrats alors même que les mentions qui ne figurent pas dans les avis n'ont pas d'impact concret sur le bon déroulement de la procédure. Il en est ainsi notamment de la notion de

soumission de la procédure à l'Accord sur les marchés publics, dit accord AMP.

Le Conseil d'État a admis « qu'en l'absence de dispositions nationales précisant le contenu de l'avis d'appel public à la concurrence prévu par l'article précité, la communauté d'agglomération de Limoges Métropole était tenue d'assurer une publicité du marché compatible avec les objectifs de la directive 92/50 susvisée et notamment avec les prescriptions de son annexe III modifiée par la directive 2001/78 susvisée; qu'en vertu de cette annexe III, l'avis d'appel public à la concurrence doit comporter une mention précisant si le marché est couvert ou non par l'Accord sur les marchés publics (AMP) qui constitue une annexe à l'accord instituant l'Organisation mondiale du commerce ; qu'en vertu de l'annexe 4 de l'appendice I de l'Accord sur les marchés publics, les services de voirie et d'enlèvement des ordures : services d'assainissement et services analogues entrent dans son champ d'application ;

considérant que le juge des référés du tribunal administratif de Limoges a pu, sans commettre d'erreur de qualification, estimer que la fourniture et l'entretien des bacs de collecte d'ordures ménagères et de collecte sélective sont au nombre des services concernés par l'Accord sur les marchés publics et que, par voie de conséquence, la mention non, inscrite à tort dans la rubrique soumission à l'AMP de l'avis d'appel public à la concurrence par la communauté d'agglomération de Limoges Métropole et ainsi publié, était erronée ; que le juge a pu, par suite, légalement en déduire que la procédure de passation du marché litigieux était irrégulière » (CE, 10 mars 2004, n° 259680, communauté d'agglomération de Limoges Métropole).

4.4.2. Modalités de financement

Avec la même rigueur, la Haute Juridiction sanctionne l'absence de précision dans l'avis d'appel à la concurrence sur les modalités de financement (CE, 11 mai 2007, n° 298863, région Guadeloupe).

Le Conseil d'État a ainsi considéré « qu'il ressort des pièces du dossier que l'avis de marché en cause, qui, en mentionnant uniquement les règles relatives aux délais de règlement ne faisait référence qu'aux modalités essentielles de paiement, ne comportait aucune mention concernant les modalités de financement telles que définies précédemment ; que l'absence d'une telle mention a entaché la procédure d'un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence qui incombaient à l'Office public d'habitations à loyer modéré de la ville de Nantes (OPHLM Nantes-Habitat) » (CE, 30 juin 2004, n° 261472, OPHLM de la ville de Nantes).

Pour une illustration récente de cette confusion entre les modalités de paiement et les modalités de règlement, voir l'ordonnance de tribunal administratif de Grenoble : « Considérant que l'arrêté du 28 août 2006 pris pour l'application du Code des marchés publics et fixant les modèles d'avis pour la passation et l'attribution des marchés publics et des accords cadres prévoit dans son paragraphe 15 relatif aux conditions relatives au marché […] 2. Modalités essentielles de financement et de paiement et/ou références aux textes qui les réglementent […] ; considérant que l'obligation de mentionner les modalités essentielles de financement dans l'avis d'appel public à la concurrence doit être entendue comme imposant à la collectivité publique d'indiquer, même de manière succincte, la nature des ressources qu'elle entend mobiliser pour financer l'opération faisant l'objet du marché qui peuvent être ses ressources propres, des ressources extérieures publiques ou privées, ou des contributions des usagers ; considérant qu'en l'espèce dans le cadre prévu pour cette information dans l'avis d'appel public à la concurrence, la commune d'Allevard a indiqué pour les modalités de financement et paiement : "article 86 à 111 du Code des marchés publics, délai global de paiement de 45 jours" ; qu'ainsi dès lors que l'avis d'appel public à la concurrence mentionnait uniquement les règles relatives au paiement et ne comportait aucune mention portant sur les modalités de financement telles que définies ci-dessus, la société ETP est fondée à soutenir que la commune d'Allevard a méconnu ses obligations en matière de publicité et de mise en concurrence » (TA Grenoble, 14 mai 2007, n° 0702110, société ETP c/ commune d'Allevard-les-Bains).

Le Conseil d'État a confirmé également que « pour annuler la procédure de passation du marché litigieux, le juge des référés précontractuels du tribunal administratif d'Orléans s'est fondé sur l'absence d'indication, dans l'avis d'appel public à la concurrence, d'une part, des modalités de financement de ce marché, d'autre part, du montant prévisionnel de celui-ci, il résulte des termes mêmes de l'ordonnance attaquée que ce second motif revêt un caractère surabondant ; qu'ainsi, le moyen tiré de ce qu'un tel motif serait entaché d'erreur de droit est inopérant et ne peut, dès lors, qu'être écarté ; qu'il suit de là que le ministre de l'Équipement, des transports, de l'Aménagement du territoire, du Tourisme et de la Mer, qui ne présente aucun moyen à l'encontre du premier motif retenu par le juge des référés précontractuels, n'est pas fondé à demander l'annulation de l'ordonnance attaquée » (CE, 10 août 2005, n° 276558, ministre de l'Équipement, des Transports, de l'Aménagement du territoire, du Tourisme et de la Mer).

Le Conseil d'État a précisé la notion de « modalités de financement » en indiquant que le principe selon lequel « l'obligation de mentionner les modalités

essentielles de financement dans l'avis d'appel public à la concurrence doit être entendue comme imposant à la collectivité publique d'indiquer, même de manière succincte, la nature des ressources qu'elle entend mobiliser pour financer l'opération faisant l'objet du marché qui peuvent être ses ressources propres, des ressources extérieures publiques ou privées, ou des contributions des usagers ;

considérant qu'il ressort des pièces du dossier que les avis de marché en cause mentionnaient uniquement financement et paiement par la personne publique ; qu'une telle indication ne contient aucune information sur les modalités essentielles tant de financement que de paiement du marché ; que les avis de marché doivent ainsi être regardés comme ne comportant aucune mention concernant les modalités de financement et de paiement du marché ; que l'absence d'une telle mention a entaché la procédure d'un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence qui incombaient au syndicat mixte de collecte, de traitement et de valorisation des déchets du Vendômois » (CE, 6 janvier 2006, n° 281113, syndicat mixte de collecte, de traitement et de valorisation des déchets du Vendômois).

De même, le Conseil d'État considère que « l'avis d'appel public à la concurrence en cause, qui, en mentionnant uniquement les règles relatives aux délais de règlement ou au versement d'avances, ne faisait référence qu'aux modalités essentielles de paiement, ne comportait ainsi aucune mention portant sur les modalités de financement telles que définies précédemment ; que, dès lors, en constatant l'absence d'une telle mention et en estimant que ce fait était de nature à justifier l'annulation de la procédure de passation du marché, le juge du référé précontractuel du tribunal administratif de Paris n'a pas entaché son ordonnance, qui est suffisamment motivée, d'une erreur de droit et n'a pas dénaturé les pièces du dossier» (CE, 2 juin 2004, n° 261060, ville de Paris) ou encore, « considérant que l'obligation de mentionner les modalités essentielles de financement dans l'avis d'appel public à la concurrence doit être entendue comme imposant à la collectivité publique d'indiquer, même de manière succincte, la nature des ressources qu'elle entend mobiliser pour financer l'opération faisant l'objet du marché qui peuvent être ses ressources propres, des ressources extérieures publiques ou privées, ou des contributions des usagers ;

considérant qu'en l'espèce dans le cadre prévu pour cette information dans l'avis d'appel public à la concurrence, la commune d'Allevard a indiqué pour les modalités de financement et paiement : "article 86 à 111 du Code des marchés publics, délai global de paiement de 45 jours" ; qu'ainsi dès lors que l'avis d'appel public à la concurrence mentionnait uniquement les règles relatives au paiement et ne comportait aucune mention portant sur les modalités

de financement telles que définies ci-dessus, la société ETP est fondée à soutenir que la commune d'Allevard a méconnu ses obligations en matière de publicité et de mise en concurrence » (TA Grenoble, 14 mai 2007, n° 0702110, société ETP c/ commune d'Allevard-les-Bains).

Le Conseil d'État a admis que « l'obligation de mentionner les modalités essentielles de financement dans l'avis d'appel public à la concurrence impose à la collectivité publique d'indiquer, même de manière succincte, la nature des ressources qu'elle entend mobiliser pour financer l'opération faisant l'objet du marché qui peuvent être ses ressources propres, des ressources extérieures publiques ou privées, ou des contributions des usagers ; qu'après avoir constaté que la collectivité départementale de Mayotte s'était bornée à indiquer dans les avis d'appel à concurrence : Financement public. Virement administratif, le juge du référé précontractuel a pu en déduire, sans commettre d'erreur de droit, que cette collectivité avait entaché la procédure de passation du marché litigieux d'un manquement aux obligations de publicité » (CE, 25 juin 2004, n° 261264, société Colas SA).

Enfin, le Conseil d'État a admis que « l'avis de marché publié par l'ANPE mentionnait Financement : budget de l'établissement – paiement direct ; qu'une telle indication impliquait un financement du marché par les ressources propres de l'établissement ; qu'ainsi en jugeant que cette mention ne permettait pas de préciser les modalités essentielles de financement du marché, le juge du référé précontractuel du tribunal administratif de Cergy-Pontoise a commis une erreur de droit ; que, par suite, l'ANPE est fondée à demander, pour ce motif auquel le juge n'a pas donné de caractère surabondant, l'annulation de l'ordonnance attaquée » (CE, 17 novembre 2006, n° 290712, ANPE).

4.4.3. Montant prévisionnel du marché

La question de la mention obligatoire du montant prévisionnel du marché a également été soumise au juge des référés précontractuels.

Il était en effet possible de soutenir que cette information participait de la transparence de la procédure en donnant aux candidats potentiellement intéressés un ordre de grandeur du « volume » du marché leur permettant de se décider, finalement, de répondre ou non à la consultation.

Le Conseil d'État en a jugé autrement en considérant « qu'aucune disposition du Code des marchés publics ni aucune autre règle ne met à la charge de la personne responsable du marché une obligation de publicité quant au montant prévisionnel du marché qu'elle entend attribuer, le juge des référés précontractuels du tribunal administratif de Lyon a commis une erreur de droit ;

que, par suite, sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens de sa requête, le département de la Loire est fondé à demander, pour ce motif, l'annulation de l'ordonnance attaquée » (CE, 1 juin 2005, n° 274053, département de la Loire).

De même, alors « qu'aucune disposition du Code des marchés publics ni d'un autre texte ne mettait à la charge de l'OPAC une obligation de publicité quant à la rémunération qui serait contractuellement allouée au maître d'œuvre retenu », l'insertion, dans l'avis d'appel à la concurrence, d'une clause qui prévoyait un pourcentage maximum de rémunération « […] n'est pas de nature à provoquer une discrimination entre les candidats intéressés », et par la même « […] de dissuader certain maîtres d'œuvre de soumissionner » (CE, 10 février 1997, n° 167569, OPAC du Puy-de-Dôme et du Massif central).

4.4.4. Date prévisionnelle de début d'exécution du marché ou de sa notification

Le Conseil d'État a confirmé l'ordonnance d'un juge des référés annulant une procédure de passation d'un marché public au motif que « […] les avis d'appel publics à la concurrence publiés […] au Journal officiel de l'Union européenne et au Bulletin officiel des annonces de marchés publics et le règlement de consultation préalable à la passation du marché ne comportaient aucune indication même prévisionnelle sur la date à laquelle serait notifié le marché » (CE, 19 septembre 2007, n° 298294, Service départemental d'incendie et de secours du Nord).

4.4.5. Délai minimum pendant lequel le soumissionnaire est tenu de maintenir son offre

Le règlement (CE) n° 1564/2005 du 7 septembre 2005 exige que les avis de marchés mentionnent, dans la rubrique IV.3.7, le délai minimum pendant lequel le soumissionnaire est tenu de maintenir son offre. Dès lors, le juge administratif sanctionne systématiquement les procédures dans lesquelles le pouvoir adjudicateur n'a pas pris soin de mentionner ce délai minimum.

Le Conseil d'État a ainsi considéré « […] qu'il résulte de ces prescriptions que, pour assurer une publicité de ses intentions compatibles avec les obligations lui incombant en vertu des objectifs poursuivis par la directive 2004/18/CE précisés par le règlement du 7 septembre 2005, il incombait au ministre de la Défense d'indiquer dans l'avis d'appel public à la concurrence le délai minimum pendant lequel le soumissionnaire est tenu de maintenir son offre ; que l'avis d'appel public à la concurrence publié au Journal officiel de

l'Union européenne ne comporte aucune mention relative à ce délai minimum ; que la mention portée sur ce point dans le règlement de la consultation n'a pu avoir pour effet de couvrir le vice dont est entaché l'avis d'appel public à la concurrence ; que, dès lors, la société Sides est fondée à demander, pour ce motif, l'annulation de la procédure de passation du contrat litigieux (Conseil d'État, n° 300097, 15 juin 2007) » (CE, 15 juin 2007, n° 300097, ministère de la Défense).

4.4.6. Autres informations non indispensables à la régularité de la procédure

Le juge des référés précontractuels a considéré que « le fait que le service départemental d'incendie et de secours n'ait pas défini le nombre et la fréquence des déplacements nécessaires à l'exécution des prestations de conseil juridique devant être exercées par l'attributaire du marché, n'est pas davantage de nature à avoir créé une rupture de l'égalité de traitement des candidats à l'attribution de ce marché de prestations de services, quand bien même les candidats ne relèvent pas nécessairement des mêmes barreaux » (TA Caen, n° 0600594, 29 mars 2006, Maîtres Michel Grave et Jocelyn Simon).

4.5. Mentions interdites dans l'AAPC et le règlement de consultation

4.5.1. Spécifications techniques

Le Conseil d'État a posé le principe selon lequel les spécifications techniques contenues dans les pièces du marché qui ont pour objet ou pour effet de restreindre la concurrence des fournisseurs de produits sont illégales, dès lors qu'elles ne sont pas justifiées par des nécessités propres.

Ainsi, « si de telles spécifications ont pour effet de réduire la variété des produits qui y répondent et par suite, de limiter la concurrence entre les fournisseurs possibles, elles doivent être justifiées par les nécessités propres au service public d'alimentation en eau potable ; qu'en relevant que les spécifications techniques […] ne sont pas indispensables pour respecter les normes en vigueur relatives à la qualité de l'eau potable, l'ordonnance attaquée n'a pas méconnu le droit de l'autorité compétente d'adopter des spécifications supérieures à ces normes et n'est par suite pas entachée d'erreur de droit sur ce point » (CE, section, 3 novembre 1995, n° 152484, district de l'agglomération nancéienne).

Il en est de même des définitions techniques arrêtées par le pouvoir adjudicateur qui auraient pour effet de favoriser le titulaire du marché qui fait l'objet d'un renouvellement (CE, 29 juillet 1998, n° 190452, commune de Léognan).

Le Conseil d'État a ainsi pu rappeler récemment « […] que des spécifications techniques supérieures à celles exigées par la réglementation applicable au secteur d'activité peuvent être édictées par le règlement de la consultation ou le cahier des charges ; que, toutefois, si de telles spécifications ont pour effet de limiter la concurrence entre les candidats potentiels, elles doivent être justifiées par les nécessités propres au service public faisant l'objet de la délégation ;

considérant qu'en relevant que les spécifications exigées par le cahier des charges de la convention, selon lesquelles les bâtiments doivent avoir été mis en service après le 1er janvier 1987, ne sont pas étrangères à l'objet de la délégation ou à ses conditions d'exécution, le juge des référés a ainsi vérifié si ces exigences étaient justifiées par les nécessités de la desserte maritime de la Corse et n'a pas commis d'erreur de droit ; que ce juge, qui a souverainement apprécié les nécessités de ce service public, n'a pas non plus entaché sa décision d'une contradiction de motifs en jugeant que cette stipulation du cahier des charges, dès lors qu'elle était justifiée par les nécessités du service, ne portait pas atteinte au principe d'égalité entre les candidats alors même qu'elle aurait comme effet d'avantager le délégataire sortant » (CE, 15 décembre 2006, n° 298618, société Corsica Ferries).

4.5.2. Références à un produit d'une marque déterminée

De même, le tribunal administratif de Strasbourg a confirmé que l'obligation faite à un candidat de recourir à un produit d'une marque déterminée constituait un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence pouvant être sanctionné par le juge des référés précontractuels (TA Strasbourg, 31 mai 2000, société Alcatel c/ Cus Habitat).

4.6. Respect des dates de remise des candidatures/offres

4.6.1. Délai de remise des candidatures ou des offres

La Haute Juridiction s'assure du respect par le pouvoir adjudicateur du délai minimal prévu par la réglementation en vigueur et notamment des délais prévus par le Code des marchés publics (CE, 18 décembre 2002, n° 241187, ville de Paris ; TA Grenoble, 17 mars 1993, n° 93589, société Polytec).

Le non-respect du délai prévu par les dispositions législatives et réglementaires est systématiquement sanctionné, même s'il est strictement imputable à l'organisme de publication.

Ainsi, le Conseil d'État a considéré qu' « il appartient notamment au pouvoir adjudicateur, lorsqu'il décide de recourir à la procédure de publicité et de mise en concurrence allégée qu'elles organisent, de rendre publique sans équivoque possible la date limite avant laquelle devront lui être adressées les demandes dites d'invitation à soumissionner par lesquelles les entrepreneurs ou fournisseurs ayant manifesté leur intérêt pour le ou les marchés mentionnés dans l'avis périodique indicatif confirment, le cas échéant, cet intérêt ; qu'il est constant, en l'espèce, que les mentions figurant dans l'avis indicatif publié le 7 mars 2003 au Journal officiel de l'Union européenne, selon lesquelles les dates limites de réception des demandes d'invitation à soumissionner s'échelonnaient, selon les marchés, du 1er septembre 2003 au 1er juillet 2004, étaient erronées ; qu'ainsi, en estimant que, alors même qu'elle serait imputable à l'Office des publications officielles des Communautés européennes, lequel aurait inexactement transcrit les informations communiquées par la Société nationale des chemins de fer français, cette erreur révélait un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation des marchés en cause, le juge des référés précontractuels du tribunal administratif de Paris, qui a mis à même, par ses motifs, le juge de cassation d'exercer son contrôle, n'a pas commis d'erreur de droit » (CE, 30 juin 2004, n° 263402, SNCF).

En principe, le délai imposé par certaines dispositions législatives ou réglementaires est limité à la seule remise des candidatures et des offres, et ne concerne donc pas la mise à disposition effective des dossiers de consultation auprès des opérateurs économiques.

En d'autres termes, le délai de retrait d'un dossier devrait pouvoir être librement fixé par le pouvoir adjudicateur, dès lors que le délai de remise des candidatures et des offres est respecté.

Mais le tribunal administratif de Melun est allé plus loin dans le contrôle du délai de remise des offres. Il a ainsi considéré qu' « en l'absence d'urgence ou de circonstances permettant de déroger à la règle, le délai de réception des offres ne peut être inférieur à 52 jours à compter de la date d'appel public à la concurrence ; que, dès lors que les candidats peuvent déposer leur offre jusqu'au dernier jour, ces dispositions impliquent nécessairement qu'ils disposent de 52 jours pour retirer un dossier […] » (TA Melun, 8 décembre 2005, n° 0506475, Palmier c/ commune de Bussy-Saint-Georges). Cette jurisprudence semble contestable.

Lorsque la date de validité des offres doit être prorogée, le juge des référés précontractuels s'assure que l'ensemble des candidats admis à présenter une offre aient donné leur accord (CE, 13 décembre 1996, n° 169706, syndicat intercommunal pour la revalorisation des déchets du secteur de Cannes-Grasse).

4.6.2 Prorogation date validité des offres

Par ailleurs, en cas de modification du cahier des charges, le pouvoir adjudicateur doit accorder aux entreprises un délai suffisant pour modifier/compléter leur offre.

Le Conseil d'État a ainsi précisé le point de départ de ce nouveau délai. Il a en effet posé la règle selon laquelle « une personne publique ne peut apporter de modifications au dossier de consultation remis aux candidats à un appel d'offres que dans des conditions garantissant l'égalité des candidats et leur permettant de disposer d'un délai suffisant, avant la date limite fixée pour la réception des offres, pour prendre connaissance de ces modifications et adapter leur offre en conséquence ; que, dès lors, et en l'absence de toute précision dans le règlement de consultation sur le mode de décompte du délai de 15 jours prévu à l'article 3-7, le juge des référés précontractuels a pu, sans commettre d'erreur de droit ni dénaturer les pièces du dossier, estimer que ce délai devait être décompté à partir de la date à laquelle les entreprises candidates ont reçu les modifications en cause et non à partir de la date à laquelle ces modifications ont été décidées ou envoyées par la personne publique » (CE, 9 février 2004, n° 259369, communauté urbaine de Nantes).

Le dépassement du délai de validité des offres n'est cependant pas sanctionné comme constituant un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence (TA Paris, 17 juillet 1995, n° 9509975, société GEC Alsthom Stein Industrie).

4.7. Critères retenus pour les candidatures

4.7.1. Définitions des critères de choix

Le principe de transparence des procédures impose que les critères qui seront retenus pour le jugement des candidatures et des offres soient préalablement définis y compris dans des procédures de MAPA.

Il a cependant été jugé que le renvoi aux critères définis par le Code des marchés publics était suffisant si le pouvoir adjudicateur avait effectivement retenu ces seuls critères pour l'analyse des offres (TA Lille, 7 novembre 1993, n° 92-100, SA Construction Jean Bernard c/ région Nord-Pas-de-Calais).

4.7.2. Pondération et hiérarchisation

Le droit communautaire impose, par souci de transparence, aux pouvoirs adjudicateurs de pondérer les critères de sélection des offres des candidats. À défaut, les pouvoirs adjudicateurs peuvent se limiter à hiérarchiser lesdits critères.

La simple hiérarchisation étant moins protectrice pour les candidats (ne serait-ce qu'au regard du principe de transparence des procédures), la question de savoir sous quelles conditions le pouvoir adjudicateur pouvait ne pas s'en tenir à l'obligation de pondération a été posée au juge des référés précontractuels.

Or, si les dispositions des directives communautaires sont claires s'agissant des possibilités pour les pouvoirs adjudicateurs de hiérarchiser les critères et non les pondérer, celles retenues par le Code des marchés public peuvent prêter à confusion.

Le Conseil d'État a été amené à préciser que « c'est seulement si la pondération des critères d'attribution est impossible que la personne publique qui s'apprête à passer un marché peut se borner à procéder à leur hiérarchisation ; qu'ainsi, en déduisant de ce que la commune de la Seyne-sur-Mer ne justifiait pas d'une telle impossibilité qu'elle n'avait pu légalement se borner, dans les documents de la consultation, à hiérarchiser les critères d'attribution du marché litigieux, le juge des référés précontractuels du tribunal administratif de Nice n'a pas commis d'erreur de droit » (CE, 29 juin 2005, n° 267992, commune de la Seyne-sur-Mer).

Il a confirmé à plusieurs reprises cette jurisprudence en soulignant que « les critères de choix des offres sont définis dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans le règlement de la consultation. Ces critères sont pondérés ou à défaut hiérarchisés ; qu'il résulte de ces dispositions que les critères doivent être pondérés, sauf si la personne publique qui s'apprête à passer un marché peut justifier que cette pondération n'est pas possible ; que c'est seulement en ce cas que cette personne peut se borner à procéder à leur hiérarchisation ; qu'ainsi, en déduisant de ce que la communauté d'agglomération Marseille-Provence-Métropole ne justifiait pas d'une telle impossibilité, qu'elle n'avait pu légalement se borner, dans les documents de la consultation, à hiérarchiser les critères d'attribution du marché litigieux, le juge des référés précontractuels du tribunal administratif de Marseille n'a pas commis d'erreur de droit » (CE, 7 octobre 2005, n° 276867, communauté urbaine Marseille-Provence-Métropole).

Le Conseil d'État a réaffirmé cette jurisprudence en considérant que « c'est seulement en ce cas que cette personne peut se borner à procéder à leur

hiérarchisation ; que la commune de Bourges ne justifie pas d'une telle impossibilité ; que, par suite, elle ne pouvait, légalement se borner, dans les documents de la consultation, à hiérarchiser les critères d'attribution du marché » (CE, 4 novembre 2005, n° 280406, commune de Bourges).

Le Conseil d'État a considéré dans un marché passé pour les besoins de la Défense que « si le juge du référé précontractuel a jugé qu'en se prévalant de la spécificité de l'objet du marché, de la procédure de marché négociée suivie ainsi que de la nature des critères de sélection retenus, le ministre ne justifiait pas de l'impossibilité de recourir à la pondération des critères d'attribution du marché en litige, il n'a pas entendu écarter toute possibilité de hiérarchisation des critères de sélection des offres mais s'est borné à constater qu'en l'espèce, la personne responsable du marché n'établissait pas que la pondération de ces critères n'était pas possible ; qu'il n'a dès lors ni commis d'erreur de droit ni dénaturé les faits de l'espèce » (CE, 5 avril 2006, n° 288441, ministre de la Défense).

Le Conseil d'État a rappelé que « les critères doivent être pondérés, sauf si la personne publique qui s'apprête à passer un marché peut justifier que cette pondération n'est pas possible ; que la commune de Boulogne-sur-Mer ne justifie pas d'une telle impossibilité ; que, par suite, elle ne pouvait légalement se borner, dans l'avis d'appel public à la concurrence et dans les documents de la consultation remis aux candidats, à hiérarchiser les critères d'attribution des différents lots du marché en les présentant par ordre de priorité décroissante ; qu'elle ne pouvait non plus faire usage de critères pondérés lors de l'examen des offres sans l'avoir annoncé dans l'avis d'appel public ou dans le règlement de la consultation » (CE, 9 août 2006, n° 284577, SARL Gallis, société Hairis SAS).

Le juge des référés précontractuels a considéré que « pour classer l'offre de la société Sodexho en première position, la Commission d'appel d'offres a motivé son choix par la circonstance, "que nonobstant le critère du prix, certes important, il convenait tout autant de s'attacher à l'analyse du critère de la qualité des propositions ainsi qu'aux conditions qui sont de nature à permettre d'atteindre des objectifs qualitatifs : l'appréciation des moyens en personnels propres" et la constatation que "la dimension qualitative affichée était équivalente pour Sodexho et Avenance et inférieure pour Scolarest" et que "les garanties apportées en matière de personnel étaient nettement supérieures dans l'offre Sodexho par rapport aux offres d'Avenance et Scolarest" ; que la relation ainsi effectuée des travaux et de la démarche intellectuelle suivie par la commission d'appel d'offres pour opérer son choix ne procède pas, à l'évidence, d'une logique d'analyse fondée sur une appréciation hiérarchisée de critères classés par ordre d'importance décroissante, dès lors que le

critère du prix, pourtant prioritaire selon le règlement de consultation, se trouve en quelque sorte neutralisé et mis entre parenthèses au profit des critères n° 2 et 3 jugés tout aussi importants et que le classement des offres ne découle, en fait, que d'une comparaison entre la valeur technique et les moyens humains ; que, ce faisant, la Commission d'appel d'offres a violé l'article 53-II du Code des marchés publics et les règles que la ville de Lyon s'était fixées à elle-même dans le règlement de consultation des entreprises ; que le comportement ci-dessus relevé de la Commission d'appel d'offres constitue une méconnaissance des obligations de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation des marchés publics et du principe d'égal accès des entreprises à la commande publique qui s'imposait à la ville de Lyon et qu'il appartient au juge du référé précontractuel de sanctionner ; qu'il y a lieu, en conséquence, d'annuler la décision du 12 juin 2002 par laquelle la ville de Lyon a rejeté l'offre de la société Avenance Enseignement, de suspendre la procédure du marché en cours en tant que la Commission d'appel d'offres a placé en numéro 1 l'offre de la société Sodexho, d'annuler l'avis émis par la Commission d'appel d'offres le 28 mai 2002, et d'enjoindre à la ville de Lyon de reprendre la procédure au stade de l'examen des offres par la Commission d'appel d'offres, selon les règles qu'elle a élaborées dans le règlement de consultation des entreprises » (TA Lyon, 11 juillet 2002, n° 0202689 et 0202690, société Avenance Enseignement).

4.7.3. Sous-critères

Si la pondération des critères de sélection des offres est clairement posée par les textes, il n'en est pas de même s'agissant des sous critères qui peuvent être retenus par le pouvoir adjudicateur. La réponse à la question de la pondération des sous-critères est donc venue de la jurisprudence.

Le Conseil d'État a considéré que « lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, le marché est à lot unique constitué de prestations identifiables, il appartient aux candidats souhaitant se présenter sous forme de groupement conjoint de déterminer, pour chaque membre du groupement, les prestations qu'il entend prendre en charge ; qu'ainsi, les dispositions précitées du règlement de la consultation, qui ne sont pas contraires à l'article 51 du Code des marchés publics, et qui permettaient d'identifier clairement des prestations distinctes ou des groupes distincts de prestations, ne faisaient pas obstacle à la présentation des candidatures sous forme de groupement conjoint » (…)

« Considérant que l'un des sous-critères de jugement des offres, au plan de la valeur technique, portait sur "le nombre de modèles proposés par type de sanitaires" alors que les documents de la consultation ne prévoyaient qu'un seul acte d'engagement et un formulaire de décomposition du prix global et

forfaitaire à renseigner de trois pages avec pour chacune des prestations relatives à “la mise en disposition”, à “l’entretien” et aux “consommables”, deux lignes correspondant aux deux types de sanitaires, objet du marché ;

considérant que le sous-critère ainsi prévu dans le règlement de consultation, suppose la présentation de plusieurs modèles par type de sanitaire, alors que les variantes sont interdites et que le marché porte sur deux types de sanitaires spécifiques ; que ce sous-critère n’a pas été clairement explicité, dans ledit règlement, quant à ses conséquences sur la formulation des offres et prête à incertitude sur leur présentation ;

considérant qu’ainsi, en prévoyant un tel sous-critère, la ville de Nice a manqué à ses obligations de publicité et de mise en concurrence ; qu’il y a lieu, par suite, d’annuler la procédure contestée » (TA Nice, ordonnance du juge des référés, 10 avril 2007, n° 0701593, société MDO France Mobilier).

4.7.4. Quel niveau de pondération ?

Certains pouvoirs adjudicateurs se dont interrogés sur le fait de savoir si plusieurs critères pouvaient être pondérés de la même manière ou si, au contraire, la pondération implique une hiérarchisation et donc un « poids » relatif nécessairement différent.

À propos de la passation d’un contrat de partenariat portant sur une usine de traitement d’ordures ménagères, le juge des référés précontractuels du tribunal administratif de Nice a apporté une réponse à cette question en considérant que « l’avis d’appel public à la concurrence mentionnait les critères de jugement des offres, comprenant en outre les critères obligatoires des critères additionnels en rapport avec l’objet du contrat ; que ces critères ont fait l’objet d’une pondération qui dans certains cas s’est révélée commune à plusieurs critères ; que compte tenu des caractéristiques de la procédure d’un contrat de partenariat, laquelle fait participer les entreprises à la définition des moyens à mettre en œuvre pour la réalisation du projet de la collectivité publique, il n’apparaît pas que la combinaison au sein d’une seule et même pondération de plusieurs critères ait pu être déterminante dans le choix des entreprises de se porter ou non candidates et ait pu conduire certaines d’entre elles à renoncer à participer à la sélection ; qu’il ne ressort pas davantage des pièces du dossier que l’absence de définition dans l’avis de publicité des objectifs de performance à prendre en compte lors de l’appréciation des offres aurait faussé le jeu de la concurrence ; que ces objectifs de performance ont en fait été fixés dans le cadre du programme fonctionnel sur la base duquel les candidats ont été amenés à remettre leur solution organisationnelle et technique ; que le moyen tiré de ce que les performances

n'auraient jamais été définies manque en fait. » (TA Nice, 30 août 2006, n° 0604198, société Novergie).

Le juge administratif a donc admis que plusieurs critères puissent se voir attribuer une pondération identique.

4.7.5. Pertinence des critères au regard de l'objet du marché

Les critères retenus par le pouvoir adjudicateur doivent impérativement être cohérents avec l'objet du marché.

Le juge des référés précontractuels a ainsi annulé une procédure de passation d'un marché public « en relevant un manquement aux obligations de mise en concurrence par le choix du seul critère du prix afin d'apprécier l'offre économiquement la plus avantageuse, eu égard au degré de complexité que présentent les travaux (de réalisation d'un itinéraire alternatif à une route départementale sur la commune de Morestel) » (CE, 6 avril 2007, n° 298584, département de l'Isère).

La question s'est posée notamment de savoir dans quels cas et à quelles conditions le recours au critère esthétique était susceptible d'être conforme à l'objet du marché.

Le Conseil d'État a ainsi considéré que « la commune de Toulouse a retenu trois critères d'attribution du marché portant sur les qualités esthétiques, la qualité de l'entretien (maintenance et nettoyage) et les qualités techniques du mobilier ; qu'elle a pondéré ces critères à hauteur respectivement de 50 %, 30 % et 20 % ; que la commune de Toulouse, qui était libre de choisir les critères d'attribution du marché dès lors qu'ils lui permettaient de déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse, pouvait, eu égard à l'objet du marché, retenir le critère esthétique ; que toutefois, en donnant à ce critère une place prépondérante sans fournir, ni dans les documents contractuels, ni dans sa réponse du 9 décembre 2004 à la demande de renseignements de la société Jean-Claude Decaux, aucune indication sur ses attentes en la matière, la commune de Toulouse, à laquelle l'appréciation du critère esthétique a ainsi conféré en l'espèce une liberté de choix discrétionnaire, n'a pas, par suite, organisé un examen des offres garantissant l'égalité de traitement des candidats et la transparence de la procédure ; que la commune a donc manqué aux obligations de mise en concurrence qui lui incombait » (CE, 28 avril 2006, n° 280197, commune de Toulouse).

Le Conseil d'État considère « que la société MDO France Mobilier ne peut utilement soutenir que le choix d'un critère fondé sur la qualité esthétique du mobilier urbain serait incompatible avec les dispositions de l'article 53 du Code des marchés publics, dès lors que le caractère esthétique et fonctionnel

figure expressément parmi les critères qu'il est possible de retenir parmi une pluralité de critères liés à l'objet du marché ; que la société MDO France Mobilier ne peut donc alléguer que le critère fondé sur le caractère esthétique du mobilier urbain du réseau de transports urbains de l'agglomération de Saint-Brieuc à fournir serait en lui-même étranger à l'objet du marché » (TA Rennes, ordonnance du 30 mars 2007, n° 0700882, société MDO France Mobilier).

4.7.6. Précisions ultérieures des critères

Le Conseil d'État a admis que « dès lors que l'autorité délégante choisit de faire connaître ses critères de sélection des offres dans l'avis d'appel public à la concurrence, elle ne peut ensuite les modifier sans porter atteinte au principe de la transparence des procédures et d'égal accès des candidats aux délégations de service public ; qu'il lui est en revanche possible de préciser le sens et la portée de ces critères de sélection au cours de la consultation, dès lors que ces précisions n'ont ni pour objet ni pour effet de créer des discriminations injustifiées entre les entreprises candidates ; considérant qu'en indiquant que les critères d'attribution énoncés dans le règlement de la consultation au nombre de 7 par ordre de priorité décroissante n'étaient pas identiques à ceux, au nombre de 2 et non hiérarchisés, énoncés dans l'avis d'appel public à la concurrence publié au Journal officiel de l'Union européenne, le juge des référés du tribunal administratif de Marseille n'a pas dénaturé les pièces du dossier ; qu'en annulant la procédure de passation engagée au motif que la communauté d'agglomération Salon-Étang-de-Berre-Durance avait manqué à ses obligations de publicité et de mise en concurrence en indiquant des critères de sélection des offres différents dans l'avis d'appel public à la concurrence et le règlement de consultation, le juge des référés n'a pas commis d'erreur de droit, ni entaché son ordonnance d'une insuffisance de motivation » (CE, 20 octobre 2006, n° 287198, communauté d'agglomération Salon-Étang-de-Berre-Durance).

4.8. Définition des besoins et éléments devant figurer dans le cahier des charges

Il appartient au pouvoir adjudicateur de déterminer précisément ses besoins et de les définir dans un cahier des charges remis aux opérateurs économiques.

La Haute Juridiction a ainsi pu sanctionner un marché dont la rédaction présentait une ambiguïté s'agissant du nombre de tranches d'un marché devant

être conclu. Dans cette affaire, le Conseil d'État a constaté « […] que le règlement de la consultation après avoir indiqué que le marché porte sur la construction d'un bâtiment de 126 lits de soins de suite et de longue durée outre des bureaux, lieux de vie et plateau technique de rééducation prévoit en outre dans son article 6.2 une tranche conditionnelle de 10 lits de médecine physique de réadaptation et de 4 places d'hospitalisation de jour ; qu'il est indiqué dans ce même règlement que « le montant de la tranche conditionnelle devra figurer dans l'acte d'engagement. Les pièces constitutives des prestations de conception incluses dans l'offre comprendront cette tranche conditionnelle » ; que le cahier des clauses administratives particulières, après avoir rappelé au chapitre 1.1 que la conception et la réalisation de 10 lits de médecine physique et de 4 places d'hospitalisation de jour constituaient la tranche conditionnelle, énoncé au chapitre 1.4 fractionnement : "le marché sera réalisé en une seule tranche" ;

considérant qu'il résulte de ce qui précède que le centre hospitalier de Montélimar n'a pas défini les modalités de détermination et les modalités d'exécution des prestations de la tranche conditionnelle en méconnaissance des dispositions de l'article 72 du Code des marchés publics précité ; qu'au surplus, le centre hospitalier ne pouvait sans contradiction indiquer que le marché était divisé entre une tranche ferme et une tranche conditionnelle tout en précisant que le marché ne sera réalisé qu'en une seule tranche, dès lors que la tranche conditionnelle doit être regardée, à ce stade de la procédure, comme nécessairement retardée et optionnelle par rapport à la tranche ferme ; qu'ainsi, et sans que le centre hospitalier de Montélimar puisse utilement invoquer la possibilité qu'avaient les membres du groupement évincés de demander des renseignements complémentaires au maître d'ouvrage dès lors que ces manquements ont pu conduire d'autres sociétés à ne pas se porter candidates et sans qu'il soit besoin de statuer sur les autres moyens de la société Eiffage Construction et ceux de la SCP Garbit et Blondeau, le centre hospitalier de Montélimar a manqué à ses obligations de publicité et de concurrence ; qu'il y a lieu en conséquence d'annuler la procédure de passation du marché de conception réalisation en litige » (tribunal administratif de Grenoble, 9 juillet 2007, n° 0703072, société Eiffage Construction c/ centre hospitalier de Montélimar).

De même, le Conseil d'État a pu considérer « […] que si l'avis d'appel public à la concurrence publié par le syndicat ne mentionnait pas que le cocontractant pourrait être chargé de procéder à une étude, à la réalisation et au financement d'une chaîne de traitement des eaux de drainage du barrage et des eaux de lavage des filtres, cette information, eu égard à l'importance limitée de cette prestation, ne peut être regardée comme portant sur une caractéristique

essentielle de la convention envisagée ; que l'absence de précision sur ce point dans l'avis d'appel public à la concurrence n'a dès lors pas constitué un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence ; que, par ailleurs, il n'est pas établi que la présence de cette option dans le règlement de la consultation aurait été de nature à dissuader certains candidats de présenter leur candidature et à porter ainsi atteinte au principe d'égalité entre les candidats » (CE, 28 juin 2006, n° 288459, syndicat intercommunal d'alimentation en eau de la moyenne vallée du Gier).

4.9. Contradiction dans les mentions

La Haute Juridiction s'assure que les candidats ont effectivement été informés de l'objet et de la nature du contrat projeté. Le juge administratif n'hésite pas, dès lors, à annuler les procédures d'attribution qui, en raison de contradictions ou d'imprécisions, ont été susceptibles de porter atteinte à la transparence de la procédure et plus généralement aux obligations de publicité et de mise en concurrence (CE, 22 mars 2000, n° 207804, Lasaulce).

Ainsi, le Conseil d'État a pu sanctionner un marché dont la rédaction présentait une ambiguïté s'agissant du nombre de tranches d'un marché. Dans cette affaire, la Haute Juridiction a relevé « […] que le règlement de la consultation après avoir indiqué que le marché porte sur la construction d'un bâtiment de 126 lits de soins de suite et de longue durée outre des bureaux, lieux de vie et plateau technique de rééducation prévoit en outre dans son article 6.2 une tranche conditionnelle de 10 lits de médecine physique de réadaptation et de 4 places d'hospitalisation de jour ; qu'il est indiqué dans ce même règlement que "le montant de la tranche conditionnelle devra figurer dans l'acte d'engagement. Les pièces constitutives des prestations de conception incluses dans l'offre comprendront cette tranche conditionnelle" ; que le cahier des clauses administratives particulières, après avoir rappelé au chapitre 1.1 que la conception et la réalisation de 10 lits de médecine physique et de 4 places d'hospitalisation de jour constituaient la tranche conditionnelle, énoncé au chapitre 1.4 fractionnement : "le marché sera réalisé en une seule tranche" ;

considérant qu'il résulte de ce qui précède que le centre hospitalier de Montélimar n'a pas défini les modalités de détermination et les modalités d'exécution des prestations de la tranche conditionnelle en méconnaissance des dispositions de l'article 72 du Code des marchés publics précité ; qu'au surplus, le centre hospitalier ne pouvait sans contradiction indiquer que le marché était divisé entre une tranche ferme et une tranche conditionnelle tout en précisant que le marché ne sera réalisé qu'en une seule tranche, dès lors que la tranche conditionnelle doit être regardée, à ce stade de la procédure,

comme nécessairement retardée et optionnelle par rapport à la tranche ferme ; qu'ainsi, et sans que le centre hospitalier de Montélimar puisse utilement invoquer la possibilité qu'avaient les membres du groupement évincés de demander des renseignements complémentaires au maître d'ouvrage dès lors que ces manquements ont pu conduire d'autres sociétés à ne pas se porter candidates et sans qu'il soit besoin de statuer sur les autres moyens de la société Eiffage Construction et ceux de la SCP Garbit et Blondeau, le centre hospitalier de Montélimar a manqué à ses obligations de publicité et de concurrence ; qu'il y a lieu en conséquence d'annuler la procédure de passation du marché de conception réalisation en litige » (tribunal administratif de Grenoble, 9 juillet 2007, n° 0703072, société Eiffage Construction et SCP Garbit & Blondeau c/ centre hospitalier de Montélimar).

De même, le Conseil d'État a considéré qu'en vertu de l'article 40 du Code des marchés publics, pour les fournitures et les services d'un montant supérieur à 230 000 euros HT, « la personne publique est tenue de publier un avis d'appel public à la concurrence au Bulletin officiel des annonces des marchés publics et au Journal officiel de l'Union européenne, ces avis devant être établis conformément à des modèles fixés par arrêté du ministre chargé de l'Économie ; qu'il ressort des pièces du dossier soumis au juge des référés précontractuels que, en vue de la passation du marché objet du litige, la ville de Paris a, en application de ces dispositions, publié au Journal officiel de l'Union européenne, le 6 avril 2004, un avis d'appel public à la concurrence qui indiquait : Durée du marché ou délai d'exécution : à compter du 5 août 2004 – jusqu'au 21 octobre 2005, alors que le règlement de consultation du marché à son point 3-4 ainsi que l'acte d'engagement précisaient que la durée du marché était comprise entre sa date de notification et le 21 octobre 2005, la date du 5 août 2004 devenant, dans le règlement, celle, prévisionnelle, de notification du marché ; considérant que c'est sans dénaturer les pièces du dossier que le magistrat délégué par le président du tribunal administratif de Paris a pu estimer que les informations ainsi données aux candidats sur les dates d'exécution du marché étaient contradictoires, dès lors notamment que la ville de Paris n'avait pas précisé dans l'avis d'appel public à la concurrence publié au Journal officiel de l'Union européenne, comme elle en avait la possibilité, que la date de début d'exécution revêtait un caractère seulement prévisionnel ; qu'en jugeant que cette contradiction, qui ne permettait aux candidats de connaître avec une précision suffisante ni la date de début, ni la durée d'exécution du marché – la seule mention, dans l'avis d'appel public à la concurrence, selon laquelle le marché de collecte relatif à l'arrondissement en cause était déjà attribué mais en attente de résolution devant le tribunal, sans indication, au surplus, de la date d'échéance d'un tel marché, n'étant pas de nature à les éclairer –, était constitutive d'un manquement aux obligations

de publicité et de mise en concurrence incombant à la ville de Paris, le magistrat délégué n'a pas commis d'erreur de droit » (CE, 15 avril 2005, n° 273178, ville de Paris).

Le Conseil d'État a considéré que « si l'avis d'appel public à la concurrence paru au Bulletin officiel des annonces des marchés publics exigeait des entreprises, à titre de justificatifs de leurs références pour des prestations similaires, un document de présentation des entreprises et tout renseignement permettant d'évaluer leurs capacités professionnelles, techniques et financières, ces mentions n'étaient portées ni dans les deux autres avis publiés dans les journaux d'annonces légales, ni dans le règlement de la consultation et que la chambre de commerce et d'industrie de Calais avait ainsi méconnu les obligations de publicité instituée par les dispositions précitées de l'article 42 ; considérant, toutefois, que l'article 3 du règlement de consultation exigeait de la part des entreprises la production de ce document et de ces pièces ; que, par suite, la chambre de commerce et d'industrie de Calais est fondée à soutenir que le premier juge ne pouvait, sans dénaturer les pièces du dossier qui lui était soumis, relever que le règlement de la consultation ne respectait pas les exigences de l'article 42 du Code des marchés publics […] » (CE, 29 juin 2005, n° 266631, chambre de commerce et d'industrie de Calais).

Le Conseil d'État a admis que « l'avis d'appel public à la concurrence relatif au marché de prestations de service pour la collecte en porte-à-porte et l'évacuation des déchets ménagers et assimilés de l'agglomération valentinoise publié le 12 mai 2005 au Bulletin officiel des annonces des marchés publics ne comportait pas l'indication selon laquelle ce marché était couvert par l'accord international sur les marchés publics alors que cette information figurait dans l'avis d'appel public à la concurrence publié pour le même marché le 14 mai 2005 au Journal officiel de l'Union européenne ; que, par suite, le syndicat intercommunal des services de l'agglomération valentinoise a méconnu les dispositions précitées du V de l'article 40 du Code des marchés publics ; qu'ainsi la société Nicollin est fondée à demander l'annulation de la procédure de passation du marché de prestations de service pour la collecte en porte-à-porte et l'évacuation des déchets ménagers et assimilés de l'agglomération valentinoise » (CE, 10 mai 2006, n° 286644, syndicat intercommunal des services de l'agglomération valentinoise).

On rappellera que pendant une courte période (du 7 août au 1er décembre 2006), suite à des difficultés techniques, la « passerelle » qui existait entre le BOAMP et le JOUE avait été suspendue. Du fait de cette interruption, les pouvoirs adjudicateurs se sont trouvés dans l'obligation de devoir saisir les mêmes informations dans les deux revues, avec le risque de commettre des erreurs de saisies (pour une illustration de cette conséquence, voir par exem-

ple TA Paris, 18 mai 2007, n° 0706449/3-5, Société Horeto Sorest'art c/ musée Rodin).

Le juge des référés précontractuels a considéré que « les deux versions mentionnent une simple faculté de négociation qui, en tout état de cause, n'a pas eu lieu, alors que le type de procédure figurant au point IV- 1.1 de l'avis de marché publié au Journal officiel de l'Union européenne précise qu'il s'agit d'une procédure négociée ; que, toutefois, il y a lieu de relever, à titre principal, que si l'avis de marché publié au Bulletin officiel des annonces des marchés publics précise que le marché est un marché « multi-attributaire à bons de commande sans minimum et sans maximum comportant des prestations identiques conformément aux dispositions de l'article 71 III du Code des marchés publics » et que « la région retiendra au minimum 3 attributaires et au maximum 5 », la disparition de cette information dans la seconde version du règlement de consultation, alors qu'elle ne figure pas en clair au point IV-3.3 de l'avis de marché publié au Journal officiel de l'Union européenne constitue une violation des obligations de transparence, de publicité et de mise en concurrence qui s'imposent aux collectivités publiques lors de la passation de leurs marchés » (TA Lyon, 2 mars 2006, n° 06000838 et n° 0600842, Association lyonnaise de promotion et d'éducation sociale).

Les opérateurs économiques ne sont pas tenus d'informer le pouvoir adjudicateur des contradictions décelées.

Les maîtres d'ouvrage développent parfois devant les juges des référés précontractuels l'argument selon lequel les entreprises ne les ont pas saisis des difficultés qu'elles avaient rencontrées à l'occasion de la soumission.

Cependant, les juridictions administratives écartent une telle argumentation et acceptent de déclarer recevables les actions des entreprises. Ainsi, dans une affaire récente, le juge des référés précontractuels a considéré, s'agissant de contradictions entre certaines pièces contractuelles, que « […] sans que le centre hospitalier de Montélimar puisse utilement invoquer la possibilité qu'avaient les membres du groupement évincés de demander des renseignements complémentaires au maître d'ouvrage dès lors que ces manquements ont pu conduire d'autres sociétés à ne pas se porter candidates et sans qu'il soit besoin de statuer sur les autres moyens de la société Eiffage Construction et ceux de la SCP Garbit et Blondeau, le centre hospitalier de Montélimar a manqué à ses obligations de publicité et de concurrence ; qu'il y a lieu en conséquence d'annuler la procédure de passation du marché de conception réalisation en litige » (tribunal administratif de Grenoble, 9 juillet 2007, n° 0703072, société Eiffage Construction c/ centre hospitalier de Montélimar).

4.10. Modification des besoins de la personne publique

4.10.1. Avis rectificatif et modification du cahier des charges

Le Conseil d'État a considéré que « la personne responsable du marché ne peut élaborer ou modifier le cahier des charges en combinant des éléments proposés par différents candidats sans le communiquer à l'ensemble des candidats afin de leur permettre de modifier le cas échéant leur offre ; […] l'irrégularité de la modification du programme fonctionnel détaillé fait obstacle à la poursuite de la procédure d'appel d'offres sur performances pour la passation du marché ; que la commune de Castellar peut seulement, si elle juge opportun de réaliser son nouveau programme, procéder à une nouvelle consultation sur le fondement des dispositions du Code des marchés publics dans sa rédaction issue du décret du 7 janvier 2004 ; que, par suite, les conclusions de la société Heaven Climber tendant à ce que la procédure de passation soit suspendue et à ce qu'il soit ordonné à la commune de reprendre la procédure au stade de l'examen des offres ne peuvent qu'être rejetées » (CE, 4 avril 2005, n° 265784, commune de Castellar).

4.10.2. Conséquences des modifications du cahier des charges : octroi d'un délai supplémentaire

Le Conseil d'État a posé la règle selon laquelle une modification du cahier des charges impliquait nécessairement que les candidats bénéficient d'un délai supplémentaire leur permettant de modifier ou compléter leur offre.

Ainsi, lorsque « l'avis d'appel public à la concurrence publié au Bulletin officiel des annonces des marchés publics du 8 septembre 2004 mentionnait que le lot n° 2 portait sur divers arrondissements de la ville au nombre desquels ne se trouvait pas le 19e, et indiquait comme date limite de dépôt des offres le 27 octobre 2004 ; que, par un avis rectificatif publié le 21 septembre 2004, il a été indiqué que ce lot portait également sur le 19e arrondissement ; que, nonobstant la circonstance que cet avis aurait eu pour objet de rectifier une erreur matérielle affectant l'avis initial et que les avis publiés le 3 septembre 2004 au Journal officiel de l'Union européenne et dans *Le Moniteur des travaux publics* comprennent le 19e arrondissement dans le lot n° 2, cette modification substantielle de l'objet initial du marché tel qu'indiqué dans l'avis publié au BOAMP impliquait de reporter la date limite de dépôt des offres pour respecter le délai fixé par les dispositions précitées de l'article 57-II ; que, par suite, la société Coved est fondée à demander l'annulation de la procédure de passation du marché (lot n° 2) ayant pour objet la mise à disposi-

tion d'engins avec chauffeur pour le nettoiement des chaussées » (CE, 16 novembre 2005, n° 278646, ville de Paris).

Le délai laissé aux candidats doit être suffisant (TA Lyon, 13 octobre 1999, n° 9903907-9903990, société OTV).

De même, le Conseil d'État a admis « qu'une personne publique ne peut apporter de modifications au dossier de consultation remis aux candidats à un appel d'offres que dans des conditions garantissant l'égalité des candidats et leur permettant de disposer d'un délai suffisant, avant la date limite fixée pour la réception des offres, pour prendre connaissance de ces modifications et adapter leur offre en conséquence ; que, dès lors, et en l'absence de toute précision dans le règlement de consultation sur le mode de décompte du délai de 15 jours prévu à l'article 3-7, le juge des référés précontractuels a pu, sans commettre d'erreur de droit ni dénaturer les pièces du dossier, estimer que ce délai devait être décompté à partir de la date à laquelle les entreprises candidates ont reçu les modifications en cause et non à partir de la date à laquelle ces modifications ont été décidées ou envoyées par la personne publique » (CE, 9 février 2004, n° 259369, communauté urbaine de Nantes).

4.11. Candidatures

4.11.1. Mention dans l'AAPC des niveaux de références requises

Le Conseil d'État a considéré que « si l'avis d'appel public à la concurrence paru au Bulletin officiel des annonces des marchés publics exigeait des entreprises, à titre de justificatifs de leurs références pour des prestations similaires, un document de présentation des entreprises et tout renseignement permettant d'évaluer leurs capacités professionnelles, techniques et financières, ces mentions n'étaient portées ni dans les deux autres avis publiés dans les journaux d'annonces légales, ni dans le règlement de la consultation et que la chambre de commerce et d'industrie de Calais avait ainsi méconnu les obligations de publicité instituée par les dispositions précitées de l'article 42 ; considérant, toutefois, que l'article 3 du règlement de consultation exigeait de la part des entreprises la production de ce document et de ces pièces ; que, par suite, la chambre de commerce et d'industrie de Calais est fondée à soutenir que le premier juge ne pouvait, sans dénaturer les pièces du dossier qui lui était soumis, relever que le règlement de la consultation ne respectait pas les exigences de l'article 42 du code des marchés publics […] » (CE 29 juin 2005, n° 266631, chambre de commerce et d'industrie de Calais).

Le Conseil d'État a admis que « l'avis d'appel public à la concurrence et le règlement de la consultation indiquaient aux entreprises candidates que la

preuve de leur capacité professionnelle pouvait être apportée au moyen de – qualifications requises pour l'entreprise ressortant de l'identification professionnelle de la FNTP (Fédération nationale des travaux publics) ou qualifications équivalentes – références récentes de l'entreprise dans l'exécution de travaux similaires notamment dans les travaux de bétonnage à l'avancement ; qu'ainsi les candidats au marché litigieux se sont vus garantir la possibilité d'apporter la preuve de leur capacité professionnelle par tout moyen ; qu'en annulant la procédure de passation du contrat au motif, qui ne revêt pas un caractère surabondant, qu'en ne mentionnant pas dans l'avis d'appel public à la concurrence paru au Bulletin officiel des annonces des marchés publics et au Journal officiel de l'Union européenne que la preuve de la capacité professionnelle des candidats peut être apportée par tout moyen, le département de la Seine-Saint-Denis avait méconnu les obligations de publicité instituées par les dispositions de l'arrêté du 26 février 2004, le juge des référés précontractuels du tribunal administratif de Cergy-Pontoise a commis une erreur de droit ; que, par suite, le département de la Seine-Saint-Denis est fondé à demander, pour ce motif, l'annulation de l'ordonnance attaquée » (CE, 25 janvier 2006, n° 278115, département de la Seine-Saint-Denis).

Le juge administratif sanctionne la procédure d'attribution d'un contrat au terme de laquelle la candidature d'une entreprise ne possédant pas toutes les références requises par le règlement de consultation a été retenue par le pouvoir adjudicateur (CE, 10 février 1997, n° 169309, société Révillon).

4.11.2. Éléments pouvant être demandés par le pouvoir adjudicateur

À l'appui des candidatures et dans la mesure où il sont nécessaires à l'appréciation de la capacité des candidats, le pouvoir adjudicateur ne peut demander, en application de l'article 45 du Code des marchés publics ou de l'article 17 du décret du 30 décembre 2005 susvisé, que le ou les renseignements et le ou les documents suivants « […] présentation d'une liste des travaux exécutés au cours des cinq dernières années appuyée d'attestation de bonne exécution pour les travaux les plus importants […] ; qu'ainsi en ayant indiqué à l'article 4.2.1.1 "présentation d'une liste de travaux exécutés au cours des cinq dernières années" […] Il est souhaité que le candidat fournisse au moins deux attestations de bonne exécution de moins de trois ans pour des travaux de même nature et importance, la commune d'Allevard a imposé des règles plus contraignantes que ce qu'autorisait l'arrêté ministériel qui n'autorisait que des attestations des cinq dernières années et a ainsi méconnu ses obligations en matière de publicité et de concurrence » (TA Grenoble, 14 mai 2007, n° 0702110, société ETP c/ commune d'Allevard-les-Bains).

Article 45 du Code des marchés publics

I. – Le pouvoir adjudicateur ne peut exiger des candidats que des renseignements ou documents permettant d'évaluer leur expérience, leurs capacités professionnelles, techniques et financières ainsi que des documents relatifs aux pouvoirs des personnes habilitées à les engager. En ce qui concerne les marchés passés pour les besoins de la défense, le pouvoir adjudicateur peut également exiger des renseignements relatifs à leur nationalité et, si l'objet ou les conditions du marché le justifient, à leur habilitation préalable, ou leur demande d'habilitation préalable, en application du décret n° 98-608 du 17 juillet 1998 relatif à la protection des secrets de la défense nationale.

La liste de ces renseignements et documents est fixée par arrêté du ministre chargé de l'économie.

Il ne peut être exigé des candidats que des niveaux minimaux de capacités liés et proportionnés à l'objet du marché. Les documents, renseignements et les niveaux minimaux de capacité demandés sont précisés dans l'avis d'appel public à la concurrence ou, en l'absence d'un tel avis, dans les documents de la consultation.
Une même personne ne peut représenter plus d'un candidat pour un même marché.

II. – Le pouvoir adjudicateur peut demander aux opérateurs économiques qu'ils produisent des certificats de qualité. Ces certificats, délivrés par des organismes indépendants, sont fondés sur les normes européennes.
Pour les marchés qui le justifient, le pouvoir adjudicateur peut exiger la production de certificats, établis par des organismes indépendants, et attestant leur capacité à exécuter le marché.

Pour les marchés de travaux et de services dont l'exécution implique la mise en oeuvre de mesures de gestion environnementale, ces certificats sont fondés sur le système communautaire de management environnemental et d'audit (EMAS) ou sur les normes européennes ou internationales de gestion environnementale.
Dans les cas prévus aux trois alinéas précédents, le pouvoir adjudicateur accepte tout moyen de preuve équivalent ainsi que les certificats équivalents d'organismes établis dans d'autres Etats membres.

III. – Pour justifier de ses capacités professionnelles, techniques et financières, le candidat, même s'il s'agit d'un groupement, peut demander que soient également prises en compte les capacités professionnelles, techniques et financières d'autres opérateurs économiques, quelle que soit la nature juridique des liens existant entre ces opérateurs et lui. Dans ce cas, il justifie des capacités de ce ou ces opérateurs économiques et apporte la preuve qu'il en disposera pour l'exécution du marché.

Si le candidat est objectivement dans l'impossibilité de produire, pour justifier de sa capacité financière, l'un des renseignements ou documents prévus par l'arrêté mentionné au I et demandés par le pouvoir adjudicateur, il peut prouver sa capacité par tout autre document considéré comme équivalent par le pouvoir adjudicateur.

IV. – Peuvent également être demandés, le cas échéant, des renseignements sur le respect de l'obligation d'emploi mentionnée à l'article L. 323-1 du code du travail.

V. – Si les documents fournis par un candidat en application du présent article ne sont pas rédigés en langue française, le pouvoir adjudicateur peut exiger que ces documents soient accompagnés d'une traduction en français certifiée conforme à l'original par un traducteur assermenté.

Article 17 En vigueur
Créé par Décret n°2005-1742 du 30 décembre 2005
(JORF 31 décembre 2005).

TITRE III : PASSATION DES MARCHÉS.

Chapitre II : Règles générales de passation applicables aux procédures de marchés formalisées.

Section 4 : Présentation des candidatures.

I. – Le pouvoir adjudicateur ne peut exiger des candidats que des renseignements permettant d'évaluer leur expérience, leurs capacités professionnelles, techniques et financières ainsi que des documents relatifs aux pouvoirs des personnes habilitées à les engager et, en ce qui concerne les marchés passés pour les besoins de la défense, à sa nationalité et, si l'objet ou les conditions d'exécution du marché le justifient, à son habilitation préalable, ou sa demande d'habilitation préalable, en application du décret n° 98-608 du 17 juillet 1998 susvisé.

La liste de ces renseignements et documents est fixée par arrêté du ministre chargé de l'économie.

Il ne peut être exigé des candidats que des niveaux minimaux de capacité liés et proportionnés à l'objet du marché. Les renseignements et les niveaux minimaux de capacité demandés doivent avoir été précisés dans l'avis d'appel à concurrence.

Le pouvoir adjudicateur peut exiger des opérateurs économiques qu'ils produisent des certificats de qualité. Ces certificats, délivrés par des organismes indépendants, sont fondés sur les normes européennes.

Pour les marchés de travaux ou de services qui le justifient, le pouvoir adjudicateur peut exiger la production de certificats, établis par des organismes indépendants, et attestant leur capacité à appliquer des mesures de gestion environnementale pour l'exécution des marchés. Ces certificats sont fondés sur le système communautaire de management environnemental et d'audit (EMAS) ou sur les normes européennes ou internationales de gestion environnementale.

Dans les cas prévus aux deux alinéas précédents, le pouvoir adjudicateur accepte les certificats équivalents d'organismes établis dans d'autres États membres et d'autres preuves équivalentes.

Pour justifier de ses capacités professionnelles, techniques et financières, le candidat, même s'il s'agit d'un groupement, peut demander que soient également prises en compte les capacités professionnelles, techniques et financières d'autres opérateurs économiques quelle que soit la nature juridique des liens existant entre ces opérateurs et lui. Dans ce cas, il doit justifier des capacités de ce ou ces opérateurs économiques et du fait qu'il en disposera pour l'exécution du marché.

Si le candidat est objectivement dans l'impossibilité de produire, pour justifier de sa capacité financière, l'un des renseignements ou documents prévus par

> l'arrêté mentionné au deuxième alinéa et demandés par le pouvoir adjudicateur, il peut prouver sa capacité par tout autre document considéré comme équivalent par le pouvoir adjudicateur.
>
> II. – Le candidat produit également à l'appui de sa candidature :
>
> 1° La copie du ou des jugements prononcés, s'il est en redressement judiciaire ;
>
> 2° Une déclaration sur l'honneur, dûment datée et signée, pour justifier qu'il n'entre dans aucun des cas mentionnés à l'article 8 de l'ordonnance susvisée.

4.11.3. Titre professionnel en rapport avec l'objet du marché

Le Conseil d'État a admis que « s'il est toujours loisible à l'administration d'exiger la détention, par les candidats à l'attribution d'un marché public, d'un niveau de qualification minimal, il appartient au juge administratif, saisi en application des dispositions précitées de l'article L. 551-1 du Code de justice administrative, de s'assurer que cette exigence, lorsqu'elle a pour effet de limiter la concurrence en restreignant le nombre des fournisseurs possibles, est objectivement rendue nécessaire par l'objet du marché et la nature des prestations à réaliser ; que le juge des référés précontractuels du tribunal administratif de Limoges, qui a souverainement estimé que le souci de qualité et d'efficacité invoqué par l'administration ne suffisait pas à justifier l'exigence de détention du titre de géomètre-expert pour l'exécution de travaux ne rentrant pas, ainsi qu'il l'avait précédemment constaté, dans le champ défini par les dispositions précitées du 1° de l'article 1er de la loi du 7 mai 1946, n'a, dès lors, commis aucune erreur de droit en en déduisant que l'administration avait méconnu ses obligations de mise en concurrence en faisant figurer dans le règlement de la consultation une telle exigence » (CE, 30 juin 2004, n° 261919, ministre de l'Équipement, des Transports, du Logement, du Tourisme et de la Mer).

Le Conseil d'État a admis que « l'avis d'appel public à la concurrence indiquait que les candidats devaient justifier d'un chiffre d'affaires au moins égal au montant maximum du marché ; que les candidats devaient ainsi disposer d'un chiffre d'affaires annuel au moins égal à 32 240 000 euros alors que le montant maximum de chacun des trois lots, qui portaient sur des prestations à exécuter pendant quatre ans, était respectivement de 8 240 000 euros, de 18 600 000 euros et de 5 400 000 euros ; qu'ainsi, dans les circonstances de l'espèce, en imposant un tel niveau de capacité financière aux candidats au marché, alors qu'elle n'a fourni aucun élément établissant qu'un chiffre d'affaires égal au montant total des trois lots était rendu nécessaire par l'objet du marché et la nature des prestations à réaliser, l'ANPE a méconnu les obligations de mise en concurrence auxquelles était soumise la passation du marché en litige » (CE, 17 novembre 2006, n° 290712, ANPE).

4.11.4. Période de prise en compte des références par rapport à l'objet du marché

Le droit des marchés publics opère une distinction, au demeurant peu justifiée, entre la période des références prises en compte pour les marchés de travaux (5 ans) et pour les marchés de fournitures ou de services (3 ans).

S'il ne peut pas prendre en compte de références couvertes par une période plus importante, la question se posait de savoir si un pouvoir adjudicateur était en droit de retenir les références des opérateurs économiques sur une période plus courte (par exemple 3 ans seulement pour des marchés de travaux).

Après quelques hésitations jurisprudentielles, le Conseil d'État a répondu favorablement à cette question.

Le Conseil d'État a considéré que « compte tenu de l'objet du marché qu'elle envisageait de passer, la commune de Bourges a pu prévoir dans l'avis d'appel public à la concurrence que les entreprises candidates devaient produire des références datant de moins de trois ans pour faire valoir leurs capacités professionnelles sans méconnaître ni les limites prévues par les dispositions précitées de l'arrêté du 26 février 2004, ni les obligations de publicité et de mise en concurrence qui s'imposaient à elle ; qu'ainsi en annulant la procédure de passation du marché litigieux pour le motif, qui ne revêt pas un caractère surabondant, que l'exigence de références d'une antériorité inférieure à trois années avait constitué un manquement par la commune de Bourges à ses obligations de mise en concurrence, le juge des référés du tribunal administratif d'Orléans a commis une erreur de droit ; que, par suite, et sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens de sa requête, la commune de Bourges est fondée à demander, pour ce motif, l'annulation de l'ordonnance attaquée » (CE, 4 novembre 2005, n° 280406, commune de Bourges).

Le Conseil d'État a admis que « la société Établissements Tachau, eu égard aux justificatifs qu'elle avait produits à l'appui de sa candidature, faisait état de moyens et de références correspondant précisément à des chantiers similaires et que, par suite, la Commission d'appel d'offres avait, en écartant cette candidature, méconnu les obligations de publicité et de mise en concurrence qui lui incombaient » (CE, 3 mars 2004, n° 258602, commune de Châteaudun).

4.11.5. Moyens de preuve de la capacité professionnelle

Le pouvoir adjudicateur doit permettre aux candidats d'apporter la preuve de leur capacité par tous moyens. Cependant, cette possibilité n'a pas à être expressément mentionnée dans l'avis d'appel public à la concurrence.

Ainsi, le Conseil d'État a admis que « l'avis d'appel public à la concurrence et le règlement de la consultation indiquaient aux entreprises candidates que la preuve de leur capacité professionnelle pouvait être apportée au moyen de – qualifications requises pour l'entreprise ressortant de l'identification professionnelle de la FNTP ( ) ou qualifications équivalentes / – références récentes de l'entreprise dans l'exécution de travaux similaires notamment dans les travaux de bétonnage à l'avancement ; qu'ainsi les candidats au marché litigieux se sont vus garantir la possibilité d'apporter la preuve de leur capacité professionnelle par tout moyen ; qu'en annulant la procédure de passation du contrat au motif, qui ne revêt pas un caractère surabondant, qu'en ne mentionnant pas dans l'avis d'appel public à la concurrence paru au Bulletin officiel des annonces des marchés publics et au Journal officiel de l'Union européenne que la preuve de la capacité professionnelle des candidats peut être apportée par tout moyen, le département de la Seine-Saint-Denis avait méconnu les obligations de publicité instituées par les dispositions de l'arrêté du 26 février 2004, le juge des référés précontractuels du tribunal administratif de Cergy-Pontoise a commis une erreur de droit ; que, par suite, le département de la Seine-Saint-Denis est fondé à demander, pour ce motif, l'annulation de l'ordonnance attaquée » (CE, 25 janvier 2006, n° 278115, département de la Seine-Saint-Denis).

Le Conseil d'État a admis « qu'en se fondant ainsi sur les seuls manquements allégués de la société La communication hospitalière dans l'exécution d'une précédente délégation de service public pour estimer que cette entreprise ne justifiait pas des références en milieu hospitalier exigées par les avis d'appel à candidatures, sans rechercher si d'autres éléments du dossier de candidature de cette société permettaient à celle-ci de justifier de telles références, le juge des référés précontractuels du tribunal administratif de Paris a entaché son ordonnance d'une erreur de droit ; que, par suite, l'Assistance publique-Hôpitaux de Paris et la société La communication hospitalière sont fondées à en demander l'annulation » (CE, 6 octobre 2004, n° 263083, société La communication hospitalière).

La Haute Juridiction a rappelé que le pouvoir adjudicateur ne peut pas exiger des candidats plus d'informations que ce qui est prévu au Code des marchés publics (CE, 13 novembre 2002, n° 245303, OPHLM de la communauté urbaine du Mans).

Pour une application récente et très particulière, voir l'ordonnance du tribunal administratif de Grenoble : « Considérant qu'aux termes de l'article 4.4.1 du règlement de la consultation : "[…] seules les candidatures conformes seront jugées en fonction des critères de jugement suivants : – capacité de la société à assurer les prestations en fonction des effectifs décrits et de l'assise technique et financière ; – qualité des références pour des travaux similaires à l'objet du marché et/qualification produites […]" ; qu'ainsi en ayant, en méconnaissance des dispositions de l'article 52.I précité, pris en compte la qualité des références pour des travaux similaires pour apprécier la conformité des candidatures, la commune d'Allevard a également porté atteinte à ses obligations en matière de concurrence » (TA Grenoble, 14 mai 2007, n° 0702110, société ETP c/ commune d'Allevard-les-Bains).

4.11.6. Cas des entreprises récemment créées

Le Conseil d'État a considéré que « si le juge du référé précontractuel a tenu compte du chiffre d'affaires de la SABTP et de son absence de référence professionnelle propre pour apprécier le caractère suffisant des garanties qu'elle présentait, il n'a jugé, contrairement à ce que soutiennent les requérantes, ni que la création récente de la SABTP lui interdisait de justifier des garanties prévues par les dispositions précitées de l'article 52 du Code des marchés publics, ni que la SABTP n'avait pas fourni les pièces exigées par l'article 45 du Code des marchés publics pour justifier de sa capacité professionnelle et financière » (CE, 28 avril 2006, n° 286443, société Abraham Bâtiment Travaux Publics).

Le Conseil d'État a admis « que la communauté urbaine n'a pas prévu, ainsi qu'il lui était loisible de le faire, que les entreprises candidates pouvaient justifier de leurs capacités financières et professionnelles par d'autres moyens ; qu'il n'est pas contesté que le dossier présenté par la société Queyras Environnement à l'appui de sa candidature n'était pas accompagné des documents relatifs au chiffre d'affaires réalisé au cours des précédents exercices et aux références concernant des prestations similaires exécutées antérieurement ; que la circonstance que cette société immatriculée au registre du commerce le 1er décembre 2004 était dans l'impossibilité, à raison de sa création récente, de produire ces renseignements et pouvait se prévaloir des capacités professionnelles de ses responsables était sans incidence sur l'obligation qui incombait à la commission d'appel d'offres de la communauté urbaine de faire application du règlement de la consultation ; que, dès lors, en retenant la candidature de cette entreprise, la commission d'appel d'offres et la communauté urbaine Marseille-Provence-Métropole ont méconnu le règlement de la

consultation et les obligations de mise en concurrence auxquelles était soumise la passation du marché » (CE, 10 mai 2006, n° 281976, société Bronzo).

4.11.7. Secret professionnel

Le secret professionnel, auquel sont astreintes parfois certaines professions, peut poser certaines difficultés d'accès aux marchés publics. Il en est ainsi, par exemple, des avocats qui souhaitent soumissionner à des marchés publics d'assistance juridique.

Le Conseil d'État a considéré que « le principe du secret des relations entre l'avocat et son client ne fait pas obstacle à ce qu'un avocat, candidat à un marché de prestations de conseil juridique, présente des références professionnelles comportant l'occultation des éléments nominatifs ou confidentiels et que l'interdiction absolue de produire de telles références posée par l'avis de mise en concurrence portait atteinte à l'égalité d'accès à la commande publique, le juge des référés précontractuels, qui n'était pas tenu de répondre à tous les arguments en défense de la communauté urbaine de Lyon, a suffisamment motivé son ordonnance, […] cette dernière doit uniquement s'abstenir d'imposer des prescriptions qui conduiraient les candidats à méconnaître les règles légales ou déontologiques s'appliquant à leur profession ; que la production de références professionnelles par des avocats candidats à un marché public ne porte pas atteinte au secret régissant leurs relations avec leurs clients dès lors que les renseignements qu'ils apportent ne comportent pas de mention nominative et ne permettent pas non plus d'identifier les personnes qui ont demandé les consultations au travers d'indications sur les circonstances dans lesquelles les conseils ont été donnés ; […] en jugeant que le principe du secret des relations entre l'avocat et son client ne faisait pas obstacle à la production par un avocat, candidat à un marché de prestations de conseil juridique, de références professionnelles dès lors que celles-ci ne comportaient aucune mention relative à l'identité du client et aux circonstances de la mission menée pour lui, le juge des référés précontractuels n'a pas commis d'erreur de droit ; que, d'autre part, après avoir souverainement constaté, sans dénaturer les pièces qui lui étaient soumises, que l'interdiction qui était ainsi faite aux candidats de produire toute référence professionnelle n'était pas justifiée par l'objet du marché, le juge des référés précontractuels a pu en déduire, sans commettre d'erreur de droit, que la combinaison de cette interdiction avec les deux critères de sélection mentionnés dans l'avis de mise en concurrence était de nature à créer une inégalité entre les candidats en faveur de ceux ayant réalisé des publications» (CE, 7 mars 2005, n° 274286, communauté urbaine de Lyon).

Depuis, le règlement intérieur des Barreaux a été modifié pour permettre aux avocats de mentionner, avec leur accord, le nom de leurs clients lorsqu'ils répondent à des appels d'offres. L'article 2.2 du Règlement intérieur national de la profession d'avocat dispose ainsi que « dans les procédures d'appels d'offres publics ou privés et d'attribution de marchés publics, l'avocat peut faire mention des références nominatives d'un ou plusieurs de ses clients avec leur accord exprès et préalable. ».

4.11.8. Obligation du pouvoir adjudicateur de rejeter une candidature non conforme

Le juge administratif annule la procédure d'attribution d'un contrat au terme de laquelle la candidature d'une entreprise ne possédant pas toutes les références requises par le règlement de consultation a été retenue par le pouvoir adjudicateur (CE, 10 février 1997, n° 169309, société Révillon).

Il en est de même d'une procédure au cours de laquelle des entreprises membres d'un groupement avaient modifié la composition de celui-ci alors qu'une telle possibilité avait été expressément exclue par le règlement de la consultation (TA Caen, 21 décembre 1998, société Stéreau).

De même, « en écartant l'offre du groupement requérant qui était titulaire de cette qualification (qualification FNTP 5402) et en retenant l'offre du groupement de deux entreprises dont aucune n'est titulaire de la qualification exigée, la commission a violé le principe d'égalité entre les candidats à un appel d'offres » (TA Besançon, 14 avril 1994, n° 940331, groupement d'entreprises Bigoni-SMBTP-Livera).

Manquements formels

Cependant, certains juges des référés précontractuels dénient au pouvoir adjudicateur le droit d'écarter la candidature d'une entreprise pour des manquements purement formels (TA Clermont-Ferrand, 20 septembre 1996, n° 961097, SA Lohr Industrie c/ syndicat mixte de transports en commun de l'agglomération clermontoise ; TA Lyon, 6 janvier 1997, n° 96-05279, SNF Floergr).

Le Conseil d'État a lui-même sanctionné le rejet de candidatures sur ce fondement au motif que la collectivité avait eu la possibilité d'obtenir la régularisation des manquements. Ainsi, la production d'un document non certifié conforme à l'original ne justifie pas le rejet de la candidature de l'entreprise (CE, 6 novembre 1998, n° 194960, Assistance publique-Hôpitaux de Marseille).

4.12. Composition de la Commission d'appel d'offres

Le Conseil d'État a considéré que l'irrégularité de la composition de la Commission d'appel d'offres constitue un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence susceptible d'être sanctionné par le juge des référés précontractuels saisi à cet effet (CE, 21 juin 2000, n° 209319, syndicat intercommunal de la Côte d'Amour et de la presqu'île guérandaise).

À noter

La position du Conseil d'État est d'autant plus intéressante que certains tribunaux de première instance avaient tranché en sens inverse (TA Versailles, 28 juillet 1994, n° 94-3284, société SOCRRAM et Pronergies ; TA Paris, 20 novembre 1995, n° 95-16042/3, société Europelec ; TA Clermont-Ferrand, 16 juillet 1999, 9900880, société Stereau c/ district de l'agglomération vichyssoise ; cependant, pour des jurisprudences contraires, voir TA Lyon, 31 août 1994, n° 94-03107, société Piani c/ district de Villefranche et TA Lyon, 15 novembre 1994, n° 94-3982, préfet du Rhône c/ commune de Genas).

Cette jurisprudence relative aux délégations de service public a été confirmée s'agissant des marchés publics. À cette occasion, le Conseil d'État a précisé que si la composition de la CAO peut avoir un effet sur la mise en concurrence, encore faut-il s'en assurer *in concreto*.

Ainsi, il a pu être jugé que « la composition de la commission d'appel d'offres n'a pas constitué en l'espèce un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence » (CE, 27 juillet 2001, n° 232820 et 232950, société Degremont, syndicat intercommunal assainissement et protection de l'environnement de Toulon, La Valette, La Garde, Le Pradet, DA, 2001, n° 229). Il s'agissait dans cette affaire de la participation à la CAO d'un élu, antérieurement salarié de l'une des entreprises candidates et qui avait quitté celle-ci plus de dix ans auparavant.

La Haute Juridiction sanctionne la participation de personnes non membres des commissions d'appel d'offres auxdites commissions. Le Conseil d'État a ainsi pu relever dans une affaire relative à une délégation de service public « […] que le cabinet d'études Merlin a pu régulièrement présenter le rapport d'analyse des offres qu'il avait été chargé d'élaborer lors de la réunion de la commission, prévue par l'article L. 1411-5 du Code général des collectivités territoriales, au cours de laquelle la conformité des offres au cahier des charges a été examinée ; que ce cabinet n'ayant pas participé à la réunion de la commission au cours de laquelle a été rendu l'avis sur le choix du candidat, le moyen tiré de l'irrégularité de la composition de cette commission doit, par suite, être écarté » (CE, 28 juin 2006, n° 288459, syndicat intercommunal d'alimentation en eau de la moyenne vallée du Gier).

En revanche, le juge des référés précontractuels n'est pas compétent pour vérifier si le président d'un comité syndical est habilité à dresser la liste des entreprises admises à présenter une offre (CE, 21 juin 2000, n° 209319, syndicat intercommunal de la Côte d'Amour et de la presqu'île guérandaise).

4.13. Recours aux formulaires DC4 et DC5

Le Conseil d'État a considéré que « le formulaire DC4 intitulé lettre de candidature et habilitation du mandataire par ses co-traitants et le formulaire DC5 intitulé déclaration du candidat reprennent, sans y ajouter, les renseignements qui peuvent être exigés des candidats en application des dispositions précitées de l'article 45 du Code des marchés publics et de l'arrêté du 26 février 2004 et se bornent à déterminer les modalités de présentation de ces renseignements ; que ces formulaires sont aisément accessibles, sans frais particuliers, sur le site internet du ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie ; que, dans ces conditions, l'acheteur public ne méconnaît pas le principe d'égal accès à la commande publique en exigeant des candidats, dès lors que les caractéristiques du marché le justifient, qu'ils utilisent, à peine d'irrecevabilité, ces formulaires pour présenter leur offre ; qu'ainsi le juge des référés du tribunal administratif de Grenoble a commis une erreur de droit en estimant que le syndicat intercommunal des services de l'agglomération valentinoise avait porté atteinte aux règles de publicité et de mise en concurrence en imposant aux candidats de recourir pour la présentation de leur candidature aux formulaires DC4 et DC5 » (CE, 10 mai 2006, n° 286644, syndicat intercommunal des services de l'agglomération valentinoise).

4.14. Respect des obligations fiscales et sociales des candidatures

Les pouvoirs adjudicateurs doivent impérativement s'assurer auprès des candidats qu'ils justifient de leur situation au regard des obligations fiscales et sociales sous peine de manquer à leurs obligations de publicité et de mise en concurrence.

C'est ainsi que le Conseil d'État a jugé que la non-production de la déclaration sur l'honneur d'un candidat attestant que celui-ci est effectivement à jour de ses obligations fiscales et sociales constitue un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence susceptible d'être sanctionné par

le juge du référé précontractuel (CE, 13 novembre 2002, n° 245303, OPHLM de la communauté urbaine du Mans).

> **Remarque**
>
> *Certains juges des référés précontractuels avaient adopté une position inverse (TA Paris, 26 avril 1995, n° 9505310, société Ronéo).*

4.15. Offres des candidats

Le juge des référés précontractuels n'est pas compétent pour se prononcer sur l'appréciation portée par le pouvoir adjudicateur sur les offres présentées par les candidats (CE, 29 juillet 1998, n° 194412 et 194418, syndicat mixte des transports en commun de l'agglomération clermontoise).

4.15.1. Informations sur les conditions de remise des offres

Le Conseil d'État a relevé que « le syndicat n'avait pas indiqué d'emblée dans les documents initiaux de la consultation les modalités selon lesquelles les tarifs d'honoraires devraient être indiqués ; que le juge des référés du tribunal administratif de Paris a commis une erreur de droit en jugeant que la seule absence de ces indications dans le dossier initial de la consultation suffisait à établir la méconnaissance des obligations de publicité imposées par l'article 30 du Code des marchés publics, sans rechercher si cette omission avait pu être compensée par des compléments d'information ultérieurement apportés à ce dossier en cours de consultation […]

Considérant que l'avis publié au Bulletin officiel des annonces des marchés publics indiquait d'une part les principales caractéristiques du marché et précisait d'autre part aux candidats éventuels le nom et les coordonnées de la personne responsable du marché, de sorte que ceux-ci étaient à même de demander la communication des documents de la consultation dans lesquels figuraient des précisions sur le marché et les modalités du dépôt des offres ; que le syndicat des transports d'Île-de-France n'était pas tenu d'indiquer dans les documents de la consultation si les montants des honoraires devaient être exprimés en tarifs horaires, journaliers ou forfaitaires quand bien même les honoraires constituaient-ils le deuxième critère de sélection des offres, dans la mesure où l'absence de cette précision n'était susceptible ni de nuire à l'égalité entre les candidats, ni d'empêcher la comparabilité des offres ; que le syndicat des transports d'Île-de-France n'a pas manqué à ses obligations de publicité et de mise en concurrence en indiquant par courrier électronique, en réponse à la question d'un candidat, que les honoraires devaient correspondre à des tarifs horaires, dès lors que ce courrier a été diffusé à l'ensemble des

personnes qui avaient demandé un dossier pour déposer leur candidature » (CE, 22 janvier 2007, n° 294290, syndicat des transports d'Île-de-France).

Le Conseil d'État a admis que « l'avis d'appel public à la concurrence envoyé au journal *La Voix du Nord* et mis en ligne sur le site Internet du Conseil régional prévoyait que les dossiers de candidature devaient être envoyés par courrier au service compétent ; que si un des candidats a, de sa propre initiative, envoyé son dossier par télécopie, il a régularisé son dossier par un envoi ultérieur par courrier, lequel est parvenu au service compétent du Conseil régional avant la date limite de présentation des offres ; que, dès lors, en relevant que la région Nord-Pas-de-Calais a admis les candidatures adressées par télécopie, pour en déduire que, ayant ainsi modifié au cours de la procédure de passation du marché les règles de recevabilité des offres prévues dans l'avis d'appel à candidature, elle a manqué à ses obligations de publicité et de mise en concurrence, le juge des référés a dénaturé les pièces du dossier qui lui était soumis; que, par suite, sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens de sa requête, la région Nord-Pas-de-Calais est fondée à demander, pour ce motif, l'annulation de l'ordonnance attaquée en tant qu'elle a accueilli la demande présentée par Mme X en son nom et en sa qualité de programmiste en architecture et en aménagement » (CE, 7 octobre 2005, n° 278732, région Nord-Pas-de-Calais).

4.15.2. Variantes

Dans un marché relatif à l'acquisition de kits pour tests ESB, le juge des référés précontractuels s'est déclaré compétent pour annuler une décision de la Commission d'appel d'offres d'un département rejetant l'offre d'un candidat et attribuant un marché pour le laboratoire départemental de l'Orne.

Le marché en cause portait sur l'acquisition de kits pour tests ESB par le laboratoire du département de l'Orne. L'offre de la société choisie incluait non seulement la fourniture de ces éléments mais également la prise en charge du prix du transport des prélèvements entre les abattoirs et le laboratoire départemental.

Le département soutenait qu'il s'agissait d'une variante et faisait valoir qu'il résulte de l'article 50 du CMP 2004 que des variantes peuvent être présentées à l'initiative des candidats, en l'absence de dispositions contraires figurant dans l'AAPC et faute d'y indiquer que les spécifications techniques des cahiers des charges revêtent le caractère d'exigences minimales.

Le juge a relevé qu'une telle prestation, qui ne relevait pas nécessairement de l'objet du marché, ne pouvait être regardée comme une variante. Par suite, la CAO ne pouvait comparer les coûts de revient des tests de dépistage ESB et

pour déterminer son choix, se fonder sur la circonstance que la société proposait dans l'une de ses offres la prise en charge des frais de transport des prélèvements entre les abattoirs et le laboratoire départemental de l'Orne (TA Caen, 21 décembre 2005, n° 0502494, société Abott France).

4.15.3. Modifications de l'offre suite à négociation

Le Conseil d'État a admis qu'« à l'issue des négociations engagées par le président du syndicat intercommunal d'alimentation en eau potable et d'assainissement de Castelnau-de-Médoc avec les quatre entreprises candidates sur le fondement des dispositions de l'article L. 1411-5 du Code général des collectivités territoriales, la Compagnie générale des eaux a présenté des offres dont le montant était très inférieur au montant de ses offres initiales ; qu'en jugeant que de telles offres devaient être regardées comme des offres nouvelles et non comme des aménagements des offres initiales et traduisaient de ce fait un manquement par le syndicat intercommunal d'alimentation en eau potable et d'assainissement de Castelnau-de-Médoc à ses obligations de publicité et de mise en concurrence, sans rechercher si la possibilité donnée par le syndicat au cours de la négociation de présenter de nouvelles offres avait méconnu le principe d'égalité entre les candidats, le juge des référés précontractuels du tribunal administratif de Bordeaux a commis une erreur de droit ; que, par suite, et sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens de ses requêtes, la Compagnie générale des eaux est fondée à demander, pour ce motif, l'annulation des ordonnances attaquées » (CE, 9 août 2006, n° 286107, Compagnie générale des eaux).

4.16. Droit à l'information des candidats évincés

La Haute Juridiction sanctionne comme un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence la non communication au candidat évincé qui a fait la demande des motifs du rejet de sa candidature ou de son offre (CE, 21 janvier 2004, n° 253509, société Aquitaine Démolition).

Le Conseil d'État a explicité sa jurisprudence en soulignant que « cette communication a notamment pour objet de permettre à l'intéressé de contester le rejet qui lui est opposé ; qu'il en résulte qu'une méconnaissance de l'obligation de communication qui incombe à la personne responsable du marché constitue une atteinte aux obligations de mise en concurrence dont il appartient au juge administratif, saisi en application de l'article L. 551-1 du Code de justice administrative, de tirer les conséquences ; que, dès lors, en estimant, pour écarter le moyen tiré par la SARL Gallis de ce qu'elle n'avait pas

reçu communication des motifs du rejet de son offre malgré la demande qu'elle avait faite en ce sens, que ces éléments, postérieurs à l'attribution du marché, n'avaient pas trait aux obligations de la commune de Boulogne-sur-Mer en matière de publicité et de mise en concurrence, le juge des référés du tribunal administratif de Lille a commis une erreur de droit ; que, par suite, la SARL Gallis est fondée à demander, pour ce motif, l'annulation de l'ordonnance attaquée» (CE, 9 août 2006, n° 284577, société Hairis SAS).

Pour garantir ce droit à communication, le juge des référés précontractuels n'hésite pas à enjoindre à la collectivité de produire les éléments relatifs aux motifs de rejet d'une offre et suspendre dans l'intervalle la signature du contrat (TA Strasbourg, 2 septembre 1996, n° 96-1818, Gerland Routes c/ préfet du Bas-Rhin et société Screg-Est).

En revanche, le juge des référés précontractuels ne peut pas être saisi d'une demande qui n'aurait pour objet que de se faire communiquer les motifs de rejet d'une offre (TA Paris, 8 novembre 1993, n° 9312932/6/RA, société Stigmatec Ingénierie).

Le Conseil d' État a pu souligner que « la personne responsable du marché communique, dans un délai de quinze jours à compter de la réception d'une demande écrite, à tout candidat écarté les motifs du rejet de sa candidature ou de son offre et, à tout candidat dont l'offre n'a pas été rejetée en application du I de l'article 53 les caractéristiques et les avantages relatifs à l'offre retenue ainsi que le montant du marché attribué et le nom de l'attributaire ; qu'il en résulte que, pour l'application de ces dernières dispositions, l'acheteur public ne peut communiquer des informations dont la divulgation porterait préjudice aux intérêts commerciaux légitimes des entreprises ou pourrait nuire au libre jeu de la concurrence entre elles » (CE, 20 octobre 2006, n° 278601, syndicat des eaux de Charente-Maritime).

4.17. Respect des principes de transparence et d'égalité de traitement des candidats

4.17.1. Frais de reprographie

Le Code des marchés publics autorise les pouvoirs adjudicateurs à solliciter des candidats la prise en charge des frais de reprographie des dossiers de consultation.

Cette possibilité de facturer les frais de reprographie étant de nature à limiter l'accès des PME aux marchés publics, le juge des référés précontratuels a donné à ce dispositif une lecture restrictive en interdisant au pouvoir adjudi-

cateur de mettre à la charge des candidats les frais d'envoi (dont le montant est pourtant relativement modeste au regard des frais de reprographie eux-mêmes). Ainsi, le juge des référés précontractuels a précisé « […] qu'en ayant indiqué dans l'avis d'appel public à la concurrence que "le dossier est remis gratuitement, il est envoyé à l'adresse des entreprises uniquement sur demande et contre remboursement" alors que l'article 41 du Code des marchés publics n'autorise que le paiement des frais de reprographie, la commune d'Allevard a également méconnu le principe de liberté d'accès aux marchés publics et d'égalité de traitement des candidats » (TA Grenoble, 14 mai 2007, n° 0702110, société ETP c/ commune d'Allevard-les-Bains).

4.17.2. Obligation d'informer du recours à une procédure dérogatoire

Le Conseil d'État a considéré que « la passation sans nouvelle mise en compétition d'un marché de réalisation à la suite de la signature d'au moins deux marchés de définition n'est qu'éventuelle et ne constitue nullement une obligation de la personne publique ; qu'en conséquence, si l'autorité administrative entend se réserver l'usage de cette possibilité, elle doit, afin d'assurer une publicité de ses intentions compatible avec les objectifs poursuivis par la directive 92/50/CE du 18 juin 1992, en donner l'indication dès le stade de l'avis d'appel public à la concurrence, et non se borner à le préciser ultérieurement dans le règlement de consultation ; que la simple mention, au point 2 de l'avis d'appel public à la concurrence publié au Journal officiel de l'Union européenne le 21 janvier 2003, selon laquelle le marché de définition serait soumis aux dispositions de l'article 73 du Code des marchés publics n'indique en rien les modalités de passation du marché de réalisation à venir ; que, dans ces conditions, l'Établissement français du sang n'a pas assuré une publicité de ses intentions l'autorisant, en vertu des deux derniers alinéas de l'article 73 du Code des marchés publics, à passer sans nouvelle mise en compétition, un marché de réalisation avec l'une ou l'autre des sociétés titulaires des marchés de définition ; qu'en raison de cette irrégularité, il y a lieu d'enjoindre à l'Établissement français du sang de ne pas signer ce marché sans nouvelle mise en concurrence assortie d'un degré de publicité adéquat lui permettant de recueillir les offres les plus avantageuses » (CE, 3 mars 2004, n° 258272, société Mak System).

4.17.3. Possibilité conditionnelle pour une entreprise ayant participé à la rédaction d'un cahier des charges de soumissionner au contrat subséquent

La candidature d'une entreprise à un appel d'offres sur performances pouvait-elle être écartée du seul fait qu'elle était titulaire d'un marché d'assis-

tance méthodologique à la conduite du même projet ? Le juge des référés précontractuels a répondu par la négative en soulignant que « cette circonstance […] n'établit pas à elle seule que la requérante ait, à l'occasion de cette mission, recueilli des informations susceptibles de l'avantager par rapport aux autres candidats à l'attribution du marché litigieux […] ; si la société Génicorp a, notamment, participé à l'élaboration du cahier des charges relatif au marché conclu […], il ne ressort pas des pièces du dossier que les renseignements tirés de cette participation aient placé l'intéressé dans une position de nature à porter atteinte à l'égalité de traitement entre les candidats à la présentation d'une offre pour la passation d'un marché ayant un objet distinct du précédent » (TA Paris, 22 janvier 1996, n° 51, société Génicorp c/ ministre de la Justice ; confirmé par CE, 29 juillet 1998, n° 177952, garde des Sceaux c/ société Génicorp).

4.17.4. Obligation de négocier avec les candidats dans le cadre d'une délégation de service public

S'agissant des délégations de service public, le principe est posé par l'article 38 de la loi du 29 janvier 1993 qui dispose que « les offres ainsi présentées sont librement négociées par l'autorité responsable de la personne publique délégante, qui, aux termes de ces négociations, choisit librement le délégataire ».

Le tribunal administratif de Paris a considéré que ces dispositions ne devaient s'entendre en ce sens que si l'autorité publique responsable peut mener librement les discussions avec les candidats ayant présenté une offre, l'ensemble des candidats devant effectivement être appelés à la négociation. Ainsi, « […] il est constant et non contesté que si durant la phase de la consultation, le musée Rodin a mené des discussions avec les autres candidats, il n'a toutefois engagé aucune négociation avec la société requérante ; que ce faisant, il a méconnu les dispositions susvisées du dernier alinéa de l'article 38 de la loi du 29 janvier 1993 et par suite ainsi que le soutient Horeto Sorest'art, le principe d'égalité de traitement entre les candidats qu'il lui incombait de respecter » (TA Paris, 18 mai 2007, n° 0706449/3-5, société Horeto Sorest'art c/ musée Rodin : cette ordonnance fait actuellement l'objet d'un recours en cassation devant le Conseil d'État).

Rappelons que s'agissant des marchés publics, cette obligation de négociation ne s'impose pas à la personne publique qui a mis en œuvre un marché négocié.

CHAPITRE 5

LE CONTRÔLE NON EXERCÉ PAR LE JUGE DES RÉFÉRÉS PRÉCONTRACTUELS

5.1. Compétence du pouvoir adjudicateur

Le juge administratif intervenant comme juge du référé précontractuel n'est pas compétent pour vérifier la compétence matérielle d'un établissement public pour passer le marché contesté.

Le Conseil d'État a pu ainsi rappeler « […] qu'il n'appartient pas au juge, statuant sur le fondement de l'article L.22 précité, de contrôler le respect, par un syndicat intercommunal à vocation multiple soumis aux dispositions de l'article L.1411-1 du Code général des collectivités territoriales, du principe de spécialité des établissements publics mais le seul respect des obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles cet établissement est soumis ; qu'ainsi, en se fondant sur la seule circonstance que la commission de délégation avait été amenée à porter une appréciation sur des offres dont le contenu répondait à une variante méconnaissant le principe de spécialité des établissements public, le juge des référés du tribunal administratif de Nantes a entaché son ordonnance d'une erreur de droit » (CE, 21 juin 2000, n° 209319, syndicat intercommunal de la Côte d'Amour et de la presqu'île guérandaise).

Cette jurisprudence rendue sur le fondement de l'ancien article L. 22 est bien évidemment transposable à l'actuel article L. 551-1 du Code de justice administrative.

5.2. Choix du type de procédure

Le juge des référés n'est en principe pas compétent pour censurer le choix d'une procédure plutôt qu'une autre (CE, 12 juin 2002, n° 243663, société Texto).

Le Conseil d'État a admis que « la passation d'un marché de conception-réalisation, qui modifie les conditions d'exercice de la fonction de maître d'œuvre, ne peut avoir lieu que dans des circonstances particulières ; que, pour justifier, en l'espèce, le recours à une telle procédure au regard des dispositions précitées du second alinéa de l'article 37 du Code des marchés publics, la communauté d'agglomération de Moulins, qui n'alléguait pas que l'atelier-relais en cause était au nombre des "ouvrages dont la finalité majeure est une production dont le processus conditionne la conception et la réalisation" et reconnaissait que ses dimensions ne pouvaient être regardées comme "exceptionnelles", invoquait, devant le juge des référés précontractuels du tribunal administratif de Clermont-Ferrand, les "contraintes particulières" résultant, en ce qui concerne la "recherche de forme architecturale", la

“détermination des matériaux et des structures” à utiliser et le choix des “procédés de construction” à mettre en œuvre, des caractéristiques d’un tel ouvrage ; qu’en estimant, dans ces conditions, qu’il ne résultait pas de l’instruction que “la réalisation de l’atelier-relais pour dirigeables projeté présente, eu égard à la destination de l’ouvrage, à ses dimensions, à sa structure et à la nature des matériaux mis en œuvre, des difficultés techniques particulières justifiant le recours à la procédure propre aux marchés de conception-réalisation”, pour en déduire que la communauté d’agglomération de Moulins avait méconnu ses obligations de publicité et de mise en concurrence, le juge des référés précontractuels du tribunal administratif de Clermont-Ferrand, qui n’avait pas à rechercher si le recours à une telle procédure était susceptible d’être justifié au regard des autres hypothèses visées par l’article 37 du Code des marchés publics, a suffisamment motivé sa décision et n’a pas commis d’erreur de droit » (CE, 8 juillet 2005, n° 268610, communauté d’agglomération de Moulins).

Ce principe doit cependant être nuancé avec l’arrêt du Conseil d’État « Commune d’Andeville » (CE, 20 octobre 2006, n° 289234). En effet, dans cette dernière affaire, le Conseil d’État a reconnu au juge du référé précontractuel le pouvoir d’annuler la procédure irrégulière lorsque celle-ci est moins contraignante que la procédure « de droit commun » (il s’agissait du recours à la procédure « simplifiée » de délégation de service public)..

Ainsi, si le pouvoir adjudicateur commet une erreur, dans le choix de la procédure qu’il envisage de mettre en œuvre, de nature à diminuer l’impact de la publicité et de la mise en concurrence, le juge des référés précontractuels pourra sanctionner le choix retenu (tel est le cas de la procédure simplifiée de DSP), alors qu’un tel pouvoir ne lui est pas reconnu si la procédure irrégulièrement retenue n’a aucune incidence en termes de « degré » de publicité et de mise en concurrence.

Dans le même sens, des juridictions de première instance ont examiné si le recours à une procédure d’appel d’offres sur performance (TA Marseille, 30 juillet 1997, n° 97-4566 et 97-4663, société Degremont), de marché de conception-réalisation (TA Strasbourg, 26 juin 1997, n° 971243-971446, Constructions industrielles de la Méditerranée et société Itisa c/ SIVOM de l’agglomération messine et autres) ou marché de définition (TA Toulouse, 30 avril 1998, n° 98/729, société GEC Alsthom) était ou non de nature à porter atteinte aux obligations de publicité et de mise en concurrence.

Le recours à une procédure négociée sans publicité ni mise en concurrence est évidemment sanctionné par le juge des référés si les conditions posées par la Code des marchés publics pour y recourir ne sont pas respectées (CE,

19 septembre 2007, n° 296192, communauté d'agglomération de Saint-Etienne métropole).

De même, le juge des référés précontractuels n'a pas à contrôler la durée du marché, la décision du pouvoir adjudicateur en la matière n'ayant pas en principe d'impact en termes de publicité et de mise en concurrence. La Haute Juridiction considère donc « […] que si les dispositions de l'alinéa 3 de l'article 71 du Code des marchés publics autorisent la personne publique à passer des marchés à bons de commande pour une durée qui excède quatre ans si elle justifie se trouver dans un cas exceptionnel, eu égard notamment à l'objet du marché, ces dispositions ne prévoient pas, en revanche, que la personne publique doive présenter une telle justification dans les documents de la consultation remis aux candidats ; que, par suite, en estimant que le département de Meurthe-et-Moselle a pu, en application de l'alinéa 3 de l'article 71 du Code des marchés publics, prévoir que les marchés correspondant à chacun des lots soumis à passation auront une durée supérieure à quatre ans, alors même que les documents de la consultation ne précisaient pas en quoi ces marchés pouvaient être regardés comme entrant dans les cas exceptionnels visés par l'alinéa 3 de l'article 71 du Code des marchés publics, le juge des référés du tribunal administratif de Nancy n'a pas commis d'erreur de droit et n'a pas entaché son ordonnance d'une insuffisance de motivation » (CE, 10 mai 2006, n° 288435, société Schiocchet).

5.3. Décision d'allotir

Le Code des marchés publics de 2006 impose, par principe, aux pouvoirs adjudicateurs d'allotir les marchés projetés. Ce principe connaît des dérogations qui doivent bien évidemment être interprétées restrictivement. Compte tenu de l'obligation de principe, la question de l'allotissement des contrats, et notamment des marchés publics, aurait pu être prise en compte par les juges des référés précontractuels au titre des obligations de publicité et de mise en concurrence. Mais une telle solution ne semble pas avoir été admise à ce jour par les juridictions saisies de ce moyen (TA Paris, 6 octobre 1998, n° 98-17111, société Neturba ; TA Nancy, 12 août 1993, n° 93750, société Norit France ; TA Nantes, 4 février 1997, n° 964135, SA Biwater c/ district de l'agglomération angevine ; TA Clermont-Ferrand, 16 juillet 1999, n° 9900880, société Stéreau c/ district de l'agglomération vichyssoise).

Ainsi le juge des référés précontractuels a-t-il jugé que « s'il est exact que l'appel d'offres est relatif à deux types de prestations différentes […], il ne résulte pas de l'instruction que le seul fait de ne pas dissocier ces prestations ait pour objet ou pour effet une méconnaissance des obligations de mise en

concurrence, dès lors surtout que le CCAP autorise le recours à la sous-traitance » (TA Nancy, 12 août 1993, n° 93750, société Norit France).

Nous pensons qu'il reste possible de s'interroger, s'agissant des marchés publics, du maintien de cette jurisprudence en raison de l'article 10 du Nouveau Code des marchés publics qui dispose désormais que « afin de susciter la plus large concurrence, et sauf si l'objet du marché ne permet pas l'identification de prestations distinctes, le pouvoir adjudicateur passe le marché en lots séparés dans les conditions prévues par le III de l'article 27. À cette fin, il choisit librement le nombre de lots, en tenant notamment compte des caractéristiques techniques des prestations demandées, de la structure du secteur économique en cause et, le cas échéant, des règles applicables à certaines professions. Les candidatures et les offres sont examinées lot par lot. Les candidats ne peuvent présenter des offres variables selon le nombre de lots susceptibles d'être obtenus. Si plusieurs lots sont attribués à un même titulaire, il est toutefois possible de ne signer avec ce titulaire qu'un seul marché regroupant tous ces lots.

Le pouvoir adjudicateur peut toutefois passer un marché global, avec ou sans identification de prestations distinctes, s'il estime que la dévolution en lots séparés est de nature, dans le cas particulier, à restreindre la concurrence, ou qu'elle risque de rendre techniquement difficile ou financièrement coûteuse l'exécution des prestations ou encore qu'il n'est pas en mesure d'assurer par lui-même les missions d'organisation, de pilotage et de coordination.

Si le pouvoir adjudicateur recourt à des lots séparés pour une opération ayant à la fois pour objet la construction et l'exploitation ou la maintenance d'un ouvrage, les prestations de construction et d'exploitation ou de maintenance ne peuvent être regroupées dans un même lot. S'il recourt à un marché global, celui-ci fait obligatoirement apparaître, de manière séparée, les prix respectifs de la construction et de l'exploitation ou de la maintenance. La rémunération des prestations d'exploitation ou de maintenance ne peut en aucun cas contribuer au paiement de la construction » (Code des marchés publics, article 10).

Le tribunal administratif de Grenoble a implicitement admis le moyen tiré du défaut d'allotissement tout en l'écartant pour des raisons d'espèce. Il a ainsi considéré « que compte tenu d'une part de la nature des travaux en cause qui ne nécessitent que la mise en place du balisage et la réparation de la chaussée, prestations qui, s'agissant de travaux de faible ampleur, sont en général assurées par la même entreprise et d'autre part de la nécessité de pouvoir obtenir de la société retenue la capacité d'intervenir rapidement en cas de risque s'agissant de routes situées en zone de montagne, la division en lot de ces tâches aurait été de nature à rendre techniquement plus difficile la réalisation

de ces travaux d'entretien nécessitant notamment l'intervention d'un coordonnateur ; qu'ainsi ne choisissant pas de passer ce marché en lots séparés le département de la Savoie n'a pas, dans les circonstances de l'espèce, manqué à ses obligations de publicité et de mise en concurrence » (TA Grenoble, 2 mars 2007, n° 0701010, société Boch et Frères).

Si le marché est effectivement divisé en lots, l'avis d'appel public à la concurrence doit impérativement le préciser (TA Bordeaux, 29 décembre 2001).

5.4. Appréciation de la candidature et de l'offre

Si le juge des référés précontractuels peut contrôler le bien-fondé des motifs retenus par le pouvoir adjudicateur afin d'écarter la candidature ou l'offre d'une entreprise (TA Nantes, 12 juillet 1993, n° 93-1811, SNC GTB Bouyer-Duchemin), il n'est en revanche pas compétent pour apprécier la valeur des candidatures présentées ou des offres remises (CE, 29 juillet 1998, n° 194412 et 194418, syndicat mixte des transports de l'agglomération clermontoise ; CE, 25 juillet 2001, n° 231319, syndicat des eaux de l'Iffernet ; CE, 19 novembre 2004, n° 266975, commune d'Auxerre c/ société Saur France), sauf erreur manifeste d'appréciation (TA Melun, 16 janvier 2007, préfet de Seine-et-Marne c/ commune de Bussy-Saint-Georges).

De même, le juge des référés précontractuels ne s'estime pas compétent pour vérifier si le président d'un comité syndical est habilité à dresser la liste des entreprises admises à présenter une offre (CE, 21 juin 2000, n° 209319, syndicat intercommunal de la Côte d'Amour et de la presqu'île guérandaise).

CHAPITRE 6

LES POUVOIRS DU JUGE

6.1. Principes

6.1.1. Des pouvoirs étendus

Si les pouvoirs du juge du référé précontractuel sont relativement étendus, il n'est pas tenu de les mettre en œuvre, le texte des articles L. 551-1 et L. 551-2 lui laissant clairement la possibilité (et non l'obligation) d'user de ceux-ci.

Il peut ainsi ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations et suspendre la passation du contrat ou l'exécution de toute décision qui s'y rapporte. Il peut également annuler ces décisions et supprimer les clauses ou prescriptions destinées à figurer dans le contrat qui méconnaissent lesdites obligations. Dès lors qu'il est saisi, il peut enjoindre de différer la signature du contrat jusqu'au terme de la procédure et pour une durée maximum de 20 jours (Code de justice administrative, article L. 551-1).

Le président du Tribunal administratif, ou le magistrat qu'il délègue, peut ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations. Il détermine les délais dans lesquels l'auteur du manquement doit s'exécuter. Il peut aussi prononcer une astreinte provisoire courant à l'expiration des délais impartis. Il peut toutefois prendre en considération les conséquences probables de cette dernière mesure pour tous les intérêts susceptibles d'être atteints, notamment l'intérêt public, et décider de ne pas l'accorder lorsque ses conséquences négatives pourraient dépasser ses avantages. Dès qu'il est saisi, il peut enjoindre de différer la signature du contrat jusqu'au terme de la procédure et pour une durée maximum de 20 jours.

Le montant de l'astreinte provisoire est liquidé en tenant compte du comportement de celui à qui l'injonction a été adressée et des difficultés qu'il a rencontrées pour l'exécuter (Code de justice administrative, article L. 551-2).

Si, à la liquidation de l'astreinte provisoire, le manquement constaté n'a pas été corrigé, le juge peut prononcer une astreinte définitive. Dans ce cas, il statue en la forme des référés, appel pouvant être fait comme en matière de référé.

L'astreinte, qu'elle soit provisoire ou définitive, est indépendante des dommages et intérêts. L'astreinte provisoire ou définitive est supprimée en tout ou partie s'il est établi que l'inexécution ou le retard dans l'exécution de l'injonction du juge provient, en tout ou partie, d'une cause étrangère (Code de justice administrative, article L. 551-2).

6.1.2. Des pouvoirs provisoires et des pouvoirs définitifs

Il convient de distinguer les pouvoirs provisoires du juge du référé précontractuel, des pouvoirs définitifs.

S'agissant des pouvoirs provisoires, le juge peut :

– donner injonction à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations ;
– suspendre la passation du contrat ;
– suspendre l'exécution des décisions qui se rapportent au contrat ;

S'agissant des pouvoirs définitifs, le juge peut :

– annuler les décisions se rapportant à la passation du contrat ;
– suspendre les clauses destinées à figurer au contrat litigieux.

6.1.3. Comparaison des pouvoirs du juge

Les pouvoirs du juge sont comparés dans le tableau ci-dessous selon qu'il est saisi sur le fondement de l'article L. 551-1 ou L. 551-2 du Code de justice administrative.

ARTICLE L. 551-1	ARTICLE L. 551-2
Le président du Tribunal administratif, ou le magistrat qu'il délègue, peut être saisi en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation des marchés publics, des 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, des contrats de partenariat, des contrats visés au premier alinéa de l'article L. 6148-5 du Code de la santé publique et des conventions de délégation de service public.	Le président du Tribunal administratif, ou le magistrat qu'il délègue, peut être saisi en cas de manquement aux obligations de publicité ou de mise en concurrence auxquelles sont soumis 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. Le juge ne peut statuer, avant la conclusion du contrat, que dans les conditions définies ci-après.
Les personnes habilitées à agir sont celles qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par ce manquement, ainsi que **le représentant de l'État dans le département dans le cas où le contrat est conclu ou doit être conclu par une collectivité territoriale ou un établissement public local.**	Les personnes habilitées à agir sont celles qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par ce manquement.

.../...

…/…	
Sauf si la demande porte sur des marchés ou contrats passés par l'État, elle peut également être présentée par celui-ci lorsque la Commission des communautés européennes lui a notifié les raisons pour lesquelles elle estime qu'une violation claire et manifeste des obligations de publicité et de mise en concurrence d'origine communautaire ou résultant de l'Accord sur l'Espace économique européen, a été commise.	Sauf si la demande porte sur des marchés ou contrats passés par l'État, elle peut également être présentée par celui-ci lorsque la Commission des communautés européennes lui a notifié les raisons pour lesquelles elle estime qu'une violation claire et manifeste des obligations mentionnées ci-dessus a été commise.
Le président du Tribunal administratif peut être saisi avant la conclusion du contrat.	
Le président du Tribunal administratif ou son délégué statue en premier et dernier ressort en la forme des référés.	Le président du Tribunal administratif, ou le magistrat qu'il délègue, statue en premier et dernier ressort en la forme des référés.
Le président du Tribunal administratif ou le magistrat qu'il délègue, peut ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations et **suspendre la passation du contrat ou l'exécution de toute décision qui s'y rapporte. Il peut également annuler ces décisions et supprimer les clauses ou prescriptions destinées à figurer dans le contrat et qui méconnaissent lesdites obligations.**	Le président du Tribunal administratif, ou le magistrat qu'il délègue, peut ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations. **Il détermine les délais dans lesquels l'auteur du manquement doit s'exécuter. Il peut aussi prononcer une astreinte provisoire courant à l'expiration des délais impartis. Il peut toutefois prendre en considération les conséquences probables de cette dernière mesure pour tous les intérêts susceptibles d'être atteints, notamment l'intérêt public, et décider de ne pas l'accorder lorsque ses conséquences négatives pourraient dépasser ses avantages.**
Dès qu'il est saisi, il peut enjoindre de différer la signature du contrat jusqu'au terme de la procédure et pour une durée maximum de 20 jours.	Dès qu'il est saisi, il peut enjoindre de différer la signature du contrat jusqu'au terme de la procédure et pour une durée maximum de 20 jours.
	Le montant de l'astreinte provisoire est liquidé en tenant compte du comportement de celui à qui l'injonction a été adressée et des difficultés qu'il a rencontrées pour l'exécuter.
	…/…

	Si, à la liquidation de l'astreinte provisoire, le manquement constaté n'a pas été corrigé, le juge peut prononcer une astreinte définitive. Dans ce cas, il statue en la forme des référés, appel pouvant être fait comme en matière de référé. **L'astreinte, qu'elle soit provisoire ou définitive, est indépendante des dommages et intérêts. L'astreinte provisoire ou définitive est supprimée en tout ou partie s'il est établi que l'inexécution ou le retard dans l'exécution de l'injonction du juge provient, en tout ou partie, d'une cause étrangère.**

6.2. Cinq pouvoirs majeurs

6.2.1. Pouvoir d'annulation

Le juge des référés précontractuels peut annuler les décisions administratives se rapportant à une procédure de passation (TA Lyon, 11 juillet 2002, n° 0202689 et 0202690, société Avenance Enseignement ; CE, 13 novembre 2002, n° 245303, OPHLM de la communauté urbaine du Mans) ou l'ensemble de la procédure (TA Pau, 7 mars 1994, n° 94-0222, M. Schmeltz c/ CCI Tarbes).

La possibilité pour le juge d'annuler l'intégralité de la procédure de passation d'un contrat a été confirmée par le Conseil d'État (CE, 3 novembre 1995, n° 152484, district de l'agglomération nancéienne).

Le juge des référés précontractuels peut annuler la procédure de passation d'une délégation de service public, et ce même si le juge n'a pas été saisi de conclusions en ce sens (CE, 20 octobre 2006, n° 289234, commune d'Andeville).

Dans cet arrêt, le Conseil d'État a considéré que « dès lors qu'il est régulièrement saisi […] », le juge des référés précontractuels dispose « […] de l'intégralité des pouvoirs qui lui sont ainsi conférés pour mettre fin, s'il en constate l'existence, aux manquements de l'administration à ses obligations de publicité et de mise en concurrence ».

Ainsi, le juge des référés précontractuels peut statuer *ultra petita*.

Parmi les pouvoirs qui lui sont reconnus, le juge des référés précontractuels peut ordonner de recommencer la totalité de la procédure contestée (CE, 21 juin 2000, n° 212100 et 212101, SARL Plage « Chez Joseph »). Il peut donc annuler la totalité d'une procédure irrégulière (CE, 22 mars 2000, n° 207804, Lasaulce ; CE, 15 décembre 2006, n° 298618, société Corsica Ferries ; CE, 6 avril 2007, n° 298584, département de l'Isère).

Il peut également annuler la décision d'écarter une entreprise et exiger en conséquence de l'administration qu'elle réintègre le candidat irrégulièrement écarté (CE, 25 juillet 2001, n° 229666, commune de Gravelines).

6.2.2. Pouvoir de suppression

La possibilité pour le juge des référés précontractuels de supprimer les clauses ou prescriptions ayant vocation à figurer dans le contrat est relativement peu utilisée.

Il a cependant été jugé que le juge des référés précontractuels peut exiger de l'administration la suppression d'un critère discriminatoire (CE, 25 juillet 2001, n° 229666, commune de Gravelines).

À noter

Le commissaire du gouvernement Bergeal a confirmé que « […] le juge des référés précontractuels est compétent pour supprimer les clauses d'un contrat, quel que soit leur nombre, leur nature et leur contenu » (conclusions sur CE, 24 octobre 2001, n° 236293, collectivité territoriale de Corse, office des transports de Corse).

6.2.3. Pouvoir de différer la signature du contrat

Le juge des référés saisi sur le fondement de l'article L. 551-1 ou L. 551-2 du Code de justice administrative peut ordonner la suspension immédiate de la signature du contrat, afin de lui permettre de statuer efficacement. Cependant, il ne dispose pas d'un tel pouvoir s'il est saisi sur le fondement des articles 24 ou 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, c'est-à-dire lorsque le juge saisi est le juge judiciaire.

L'injonction de différer la signature du contrat, si elle a été prononcée à titre conservatoire en application des dispositions du troisième alinéa de l'article L. 551-1 et du troisième alinéa de l'article L. 551-2, prend fin à la date à laquelle le président du Tribunal administratif, ou le magistrat qu'il délègue, se prononce sur la demande ou, au plus tard, à l'expiration d'un délai de 20 jours (Code de justice administrative, article R. 551- 1).

Délai de suspension

Le délai de 20 jours de différé de signature est identique au délai dans lequel le juge des référés précontractuels est appelé à rendre son ordonnance. Cependant, il existe entre ces deux délais une différence très importante : si le délai de jugement n'est pas impératif, c'est-à-dire que le juge peut rendre sa décision au-delà de ce délai, il n'en est pas de même du délai de suspension de la signature qui est un délai maximum. Concrètement, il pourrait arriver qu'un juge des référés précontractuels ne rende pas son ordonnance dans le délai de 20 jours, permettant ainsi au pouvoir adjudicateur de signer le marché.

Le juge administratif s'est reconnu compétent pour suspendre la signature du contrat attaqué, même en l'absence de demande expresse du requérant en ce sens (TA Nancy, 12 août 1993, n° 93750, SARL Norit France ; TA Grenoble, 11 janvier 1994, n° 933521, société routière Chambard).

6.2.4. Pouvoir d'injonction

Le juge des référés précontractuels peut ordonner au pouvoir adjudicateur de se conformer à ses obligations (publier un avis, recommencer la procédure, etc.).

Il peut ainsi ordonner audit pouvoir adjudicateur de procéder à une nouvelle procédure d'appel d'offres (CE, 6 novembre 1998, n° 194960, AP-Hôpitaux de Marseille).

Il peut également ordonner à l'Administration de reprendre la procédure à un stade qu'il détermine en fonction de la nature et de l'importance des manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence constatés (TA Lyon, 11 juillet 2002, n° 0202689 et 0202690, société Avenance Enseignement).

Le juge des référés précontractuels peut ordonner au pouvoir adjudicateur d'annuler certaines décisions se rapportant à la passation d'un contrat (CE, 19 mars 1997, n° 17140, société Bull).

L'injonction peut imposer au pouvoir adjudicateur de procéder à une nouvelle délibération sur les candidatures déposées par les entreprises (TA Strasbourg, 26 juin 1997, n° 971243 et 971446, Constructions industrielles de la Méditerranée, société Itisa c/ SIVOM de l'agglomération messine et autres) ou contraindre la collectivité à accepter de faire figurer dans la liste des candidats retenus, l'entreprise demanderesse à l'action en référé précontractuel (TA Grenoble, 11 janvier 1994, n° 933521, société routière Chambard).

Il peut arriver que ces injonctions aboutissent à la détermination très précise des mesures à prendre par le pouvoir adjudicateur (TA Caen, 21 décembre 1998, société Stéreau).

Le juge des référés précontractuels peut enfin enjoindre à la collectivité de produire les éléments relatifs aux motifs de rejet d'une offre (TA Strasbourg, 2 septembre 1996, n° 96-1818, Gerland Routes c/ préfet du Bas-Rhin et société Screg-Est).

6.2.5. Pouvoir d'astreinte

Le juge des référés précontractuels est compétent pour prononcer des astreintes (TA Versailles, 23 octobre 1997, société Plastic Omnium c/ SICTOM région Isle-Adam).

CHAPITRE 7

LES RECOURS

Le président du Tribunal administratif ou son délégué statue en premier et dernier ressort en la forme des référés. Il n'est donc pas possible de faire appel de l'ordonnance rendue.

La décision du président du Tribunal administratif ou du magistrat qu'il délègue est cependant susceptible de recours en cassation devant le Conseil d'État, dans la quinzaine de jours suivant sa notification (Code de justice administrative, article R. 551-4).

Cette procédure est introduite selon les règles de droit commun du recours en cassation devant le Conseil d'État (CE, 28 février 2001, n° 228125, ville de Marseille).

De même, les mesures provisoires ordonnées par le juge administratif ne peuvent être contestées qu'à l'occasion du pourvoi en cassation dirigé contre la décision par laquelle il est finalement statué sur la demande (Code de justice administrative, article R. 551-2).

Lorsque le juge du référé précontractuel a statué sur une demande alors qu'il n'aurait pas du le faire car la signature du contrat était déjà intervenue (voir supra), le Conseil d'État considère que le pourvoi est devenu sans objet (CE, 28 décembre 2001, n° 223047, Lacombe ; CE, 29 mars 2004, n° 258114, communauté de communes du Centre littoral ; CE, 2 juin 2004, n° 264325, commune de Dijon).

Seules les parties à la procédure devant le juge des référés précontractuels sont recevables à engager un recours en cassation.

En revanche, l'entreprise attributaire du contrat dont la procédure de passation aurait été suspendue ou annulée par le juge des référés précontractuels peut former tierce opposition contre l'ordonnance rendue (CE, 15 juin 2001, n° 228856 et 229824, syndicat intercommunal d'adduction d'eau potable de Saint-Martin-en-Ré ; CE, 29 avril 2002, n° 239024, société SETEC International).

Pour éviter la tierce opposition, le juge des référés précontractuels saisi d'une demande d'annulation d'une procédure de publicité et de mise en concurrence notifie le recours engagé aux entreprises attributaires, qui peuvent dès lors faire valoir à l'instance leurs moyens de défense.

Les parties peuvent soulever pour la première fois en cassation des moyens d'ordre public, même après l'expiration du délai de recours (CE, section, 3 novembre 1995, n° 157304, CCI de Tarbes et des Hautes-Pyrénées).

ANNEXE 1

MODÈLES D'ACTES[1]

Exemple de demande de renseignements à la collectivité

COLLECTIVITÉ
Monsieur le ___ (titre)
Adresse
Code postal
Ville

À ___, le ___ 2007

LRAR et télécopie n° _____
Vos références : (contrat) de ___
Objet : Demande de notification des motifs de rejet

Monsieur le ___ (titre),

Dans le cadre de la procédure de passation relative au contrat de _____, je fais suite à votre courrier en date du _____, par lequel vous m'avez indiqué que la proposition de la Société _____ n'avait pas été retenue.

Par la présente, et conformément aux dispositions de l'article 83 du Code des marchés publics, je sollicite la communication des motifs détaillés du rejet de cette proposition, le nom et les caractéristiques de l'offre de l'attributaire désigné par la Commission d'appel d'offres ainsi que tous les éléments permettant de désigner cette entreprise comme la mieux-disante.

En outre, et pour ma bonne information, je vous saurais gré de bien vouloir me communiquer le procès-verbal de réunion et l'avis de la Commission d'appel d'offres.

Je vous rappelle à cet égard que la Commission d'accès aux documents administratifs (CADA) considère que ces documents figurent au nombre des documents administratifs dont la communication ne peut pas être refusée aux administrés.

1. Les modèles d'acte suivants sont disponibles à l'adresse suivante : www.editions-eyrolles.com.

Vous remerciant par avance de bien vouloir accéder à cette requête, et souhaitant avoir l'opportunité de travailler avec la ___ (collectivité) dans le futur, je vous prie d'agréer, Monsieur le Président, l'expression de mes salutations distinguées.

Signature

Lettre d'envoi de la requête au tribunal administratif

TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE _____

Monsieur Le Président statuant
en la forme des référés

Adresse

Code postal Ville

URGENT

Par courrier et télécopie :

N° de télécopie

Nos références. : À ___, le _____ 2007

Société X c/Collectivité Y

Objet : Référé précontractuel

Monsieur le Président,

Je vous prie de bien vouloir trouver ci-joint, en quatre exemplaires, une requête en référé précontractuel déposée sur le fondement des articles L. 551-1 et L. 551-2 du Code de justice administrative, accompagnée des pièces annexées.

Compte tenu de l'urgence, vous voudrez bien ordonner la suspension immédiate de la signature du contrat relatif à ____, objet de la requête.

Vous remerciant par avance, je vous prie de croire, Monsieur le Président, en l'assurance de mes sentiments déférents.

Signature

P.J. : Requête en référé

Architecture d'une requête en référé précontractuel

À Monsieur le Président
du tribunal administratif de ___,
statuant en la forme des référés

Requête en référé précontractuel

Articles L. 551-1 et L. 551-2 du Code de justice administrative

POUR

La Société __(nom de la société), __(forme juridique) au capital de ___ euros, inscrite au RCS de ____ sous le numéro _____ dont le siège social est __(n°), __(adresse), __(code postal), __(Ville), représentée par Monsieur ___, __(titre),

Ayant pour avocat, Maître (nom et prénom avocat) du Cabinet __ (à compléter), Avocat au Barreau de ___, dont le Cabinet est situé__(n°), __(adresse), __(code postal), __(Ville),

CONTRE

La Collectivité __(nom de la collectivité), __(forme juridique) dont le siège est __(n°), __(adresse), __(code postal), __(Ville), représentée par Monsieur ___, __(titre)__.

I – RAPPEL DES FAITS ET DE LA PROCÉDURE

1. Au cours de l'année ___, la Collectivité a décidé (préciser l'objet du contrat).

2. C'est dans ce contexte que la Collectivité a lancé une consultation pour l'attribution d'un __(type de contrat) de ___(objet précis du contrat). À cet effet, un avis a été adressé à la publication ___, le __(date).

(Pièce n° 1)

Ce marché passé sous la procédure de ____, précisait ____

3. Les conditions de soumission à ce (contrat) devaient se dérouler selon les modalités suivantes :
– sélection des candidatures selon les critères prévus dans l'avis d'appel public à concurrence,
– puis soumission selon les modalités organisées par le règlement de la consultation adressé aux candidats sélectionnés.

4. La Société ___, spécialiste reconnu du secteur du ___, a soumissionné à cette procédure.

(Pièce n° 2)

5. Par un courrier RAR en date du ___, Monsieur ___(nom et titre) de la Collectivité a informé la Société ___ que sa candidature avait été retenue, lui adressait le dossier de consultation et invitait le requérant à remettre son offre au plus tard pour le ____.

(Pièce n° 3)

Par courrier RAR en date du ____, la Société ____ a remis sa meilleure proposition pour l'attribution du contrat concerné.

(Pièce n° 4)

7. Étaient joints à cette proposition le règlement de la consultation, l'acte d'engagement, le cahier des clauses administratives particulières, le cahier des clauses techniques particulières.

8. Cependant, dans le cadre de cette soumission, la Société _____ a constaté de nombreuses irrégularités ou contradictions entre les documents du marché et de la procédure qui caractérisent un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation des contrats.

II - DISCUSSION

Après avoir démontré sa qualité pour saisir le juge des référés précontractuels, la Société ___ exposera à la présente juridiction les nombreux manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence qui s'imposaient à la Collectivité.

2.1 – La Société _____ est recevable à agir dans le cadre du présent référé précontractuel

9. Les personnes habilitées à agir dans le cadre de la procédure dite de « *référé précontractuel* » prévue aux articles L. 551-1 et L. 551-2 du Code de justice administrative sont celles qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par les manquements invoqués.

À cet égard, le Conseil d'État a précisé que **toute entreprise candidate pouvait présenter une demande dans le cadre d'une procédure de référé précontractuel même si celle-ci n'était pas lésée directement par les irrégularités qu'elle entendait mettre en cause** dans son mémoire (voir en ce sens Conseil d'État, 16 octobre 2000, société Stéreau, n° 213958, *Jurisdata*, n° 2000-061188).

Le Conseil d'État a encore confirmé qu'un candidat à l'obtention du marché litigieux pouvait invoquer tout manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence, « *même s'il n'a pas été commis à son détriment* » (voir en ce sens, Conseil d'État, 10 mars 2004, communauté d'agglomération de Limoges Métropole c/ société Plastique Omnium systèmes urbains, requête n° 259680).

Dans cette dernière espèce, le Conseil d'État a annulé une procédure de mise en concurrence au motif que l'avis d'appel public à concurrence mentionnait à tort que le marché concerné n'était pas soumis à l'AMP. L'annulation a été prononcée alors même que le défaut de mention de l'AMP ne préjudiciait pas directement la société requérante qui avait bien eu connaissance de la procédure de passation.

La seule exigence posée par les articles L. 551-1 et L. 551-2 du Code de justice administrative est que le requérant ait effectivement participé à la procédure de passation ou a été volontairement empêché de participer à celle-ci (voir notamment tribunal administratif de Toulouse, 27 septembre 1993, société Stentofon, *Recueil Lebon*, p. 886).

En l'espèce, la Société ___ s'est bien portée candidate à l'attribution du (contrat) de ___ lancé par la Collectivité.

La Société ___ a par ailleurs été lésée par ____.

En conséquence, force est de constater que la Société ____ est recevable à saisir le juge des référés précontractuels pour obtenir l'annulation de la procédure de passation du (contrat) précité.

2.2 – Sur le non-respect des règles de publicité et de mise en concurrence

2.2.1 – EXEMPLE Sur l'irrégularité des critères d'attribution énoncés dans le règlement de la consultation

En droit

11. L'article 53 du Code des marchés publics dispose que :

« I. Pour attribuer le marché au candidat qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, le pouvoir adjudicateur se fonde :

Soit sur une pluralité de critères non discriminatoires et ***liés à l'objet du marché****, notamment la qualité, le prix, la valeur technique, le caractère esthétique et fonctionnel, les performances en matière de protection de l'environnement, les performances en matière d'insertion professionnelle des publics en difficulté, le coût*

global d'utilisation, la rentabilité, le caractère innovant, le service après-vente et l'assistance technique, la date de livraison, le délai de livraison ou d'exécution. D'autres critères peuvent être pris en compte s'ils sont justifiés par l'objet du marché ;

[…]

II. Pour les marchés passés selon une procédure formalisée et lorsque plusieurs critères sont prévus, ***le pouvoir adjudicateur précise leur pondération****.*

[…] »

Il ressort en premier lieu de ces dispositions qu'une priorité est donnée à la **pondération des critères**, étant précisé que pour recourir à la hiérarchisation, le pouvoir adjudicateur doit être à même de démontrer que la pondération n'est pas possible au regard de l'objet du marché. La jurisprudence est très claire sur cette question de la pondération : le Conseil d'État sanctionne systématiquement le recours à la hiérarchisation lorsque la collectivité ne peut justifier de l'impossibilité de pondérer les critères d'attribution (voir notamment en ce sens, Conseil d'État, 29 juin 2005, commune de la Seyne-sur-Mer, n° 267992 ; également Conseil d'État, 7 octobre 2005, communauté urbaine de Marseille-Provence-Métropole, n° 276867).

En tout état de cause, le pouvoir adjudicateur doit clairement faire apparaître si les critères d'attribution sont hiérarchisés ou pondérés.

En fait

12. Or en l'espèce, l'article **3.2 Critères d'attribution** du règlement de la consultation dispose précisément :

« Offre économiquement la plus avantageuse appréciée en fonction des critères énoncés ci-dessous ***(par ordre de priorité décroissante)*** *et ce pour chaque lot :*

Critère n°1 *: Valeur technique de l'offre (appréciée au travers du mémoire justificatif cf 5.1.2.b).*

Critère n°2 : *Prix proposé, et la précision des sous-détails des prix.*

Critère n°3 : *Modalités de respect du délai*

dispositions prises pour respecter les délais contractuels ;

dispositions mises en œuvre pour rattraper des éventuels retards de planning.

Ce poste devra décrire les dispositions prises avec les entreprises des marchés voiries, ouvrages et avec les maîtres d'œuvre et d'ouvrage pour mener à bien la pose du mobilier.

Ce document devra être accompagné d'une notice expliquant comment le titulaire du lot suit le chantier « voirie » et programme son intervention sur le site. Un planning d'intervention précisant le délai de construction et de pose doit être remis ; avec un planning pour une section du secteur 1 et une du secteur 2 et une place ; ce pour chaque lot.

Critère n°4 : *Pertinence du SOPAQ (schéma organisationnel du plan d'assurance qualité) conformément à la composition décrite en 5.1.2.a.*

Le SOPAQ devra préciser toutes les dispositions prises par l'entreprise pour l'organisation de la pose et la pose des mobiliers.

Ce document devra être accompagné du schéma de pose pour chaque lot de mobilier.

Pour l'analyse des offres, il sera tenu compte des coefficients de pondération suivants :

Mémoire justificatif => 20 %

Prix => 50 %

Délai => 20 %

Pertinence du SOPAQ => 10 % »

(Pièce n° 5)

Il est donc patent que les critères d'attribution définis par cette disposition du règlement de consultation ne satisfont pas à l'exigence posée par l'article 53.

13. Tout d'abord, et sans aucune logique, ces critères sont censés être énoncés **par ordre de priorité décroissante** (valeur technique de l'offre, prix, modalités de respect du délai, pertinence du SOPAQ), ce qui laisse supposer une hiérarchisation des critères.

Pourtant, les pourcentages attribués *in fine* à chaque critère induisent une pondération.

De surcroît, la pondération finalement organisée par l'article 3.2 du règlement de consultation précité ne respecte pas cette priorité décroissante (20 %, 50 %, 20 %, 10 %).

Il s'ensuit une réelle ambiguïté pour l'ensemble des soumissionnaires souhaitant présenter une offre cohérente et se voir attribuer le marché.

14. Enfin, s'agissant des critères mêmes de l'attribution du marché, la jurisprudence est particulièrement vigilante sur le choix des critères et impose que les critères retenus par le pouvoir adjudicateur aient un rapport avec l'objet du contrat ou avec ses conditions d'exécution (voir en ce sens Conseil d'État, 25 juillet 2001, commune de Gravelines, n° 229666).

Or en l'espèce, le critère lié au prix (finalement critère principal d'attribution, malgré la lettre de l'article 3.2) est rédigé de la façon suivante : « *Prix proposé, et* ***la précision des sous-détails des prix »*.**

La requérante ne peut que s'étonner d'un tel critère lequel est de manière patente sans rapport avec l'objet ou les conditions de réalisation du contrat.

Il apparaît ainsi que la Collectivité a retenu un critère sans rapport avec l'objet du contrat ou les conditions d'exécution de celui-ci.

En conséquence

Par voie de conséquence, votre juridiction ne pourra que constater que le règlement de consultation ne satisfait pas aux exigences formulées par l'article 53 du Code des marchés publics.

2.2.2 – EXEMPLE Sur l'ambiguïté relative à la forme du groupement admis à présenter une offre

a) En droit

En fait

En conséquence

***

Il ressort de l'ensemble de ces éléments que la procédure engagée par la Collectivité ne respecte pas les dispositions du Code des marchés publics.

2.3 – Sur l'article L. 761-1 du Code de justice administrative

21. Le comportement malveillant de la Collectivité, laquelle usant à diverses reprises de motifs fallacieux a tenté d'écarter la Société ___ de l'attribution du contrat de ___, a conduit la requérante à engager des frais qu'il serait particulièrement inéquitable de laisser à sa charge.

C'est la raison pour laquelle la Société ___ sollicite la condamnation de la Collectivité à lui payer la somme de 2 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du Code de justice administrative.

PAR CES MOTIFS,

La Société ___ demande à Monsieur le Président du tribunal administratif de ___, statuant en la forme des référés :

avant dire droit, d'enjoindre de différer la signature du contrat jusqu'au terme de la procédure ;

au fond, d'ordonner la suspension de la passation du contrat et toutes décisions y afférant ;

d'ordonner à la Collectivité de produire à l'audience le procès verbal de la Commission d'appel d'offres ;

d'ordonner à la Collectivité de se conformer à ses obligations de publicité et de mise en concurrence ;

d'enjoindre la Collectivité de reprendre la procédure au stade de la publicité préalable ;

d'annuler toutes décisions consécutives aux irrégularités qui entachent la procédure de publicité et de mise en concurrence, et notamment les décisions d'attribution du contrat et de rejet des offres éventuellement notifiées aux candidats ;

de condamner la Collectivité à lui verser la somme de ____ euros au titre de l'article L. 761-1 du Code de justice administrative.

À ___, le ____ 2007

Maître _____

BORDEREAU DE COMMUNICATION DE PIÈCES

N°	PIECES JOINTES
1	Avis d'appel public à concurrence pour l'attribution d'un contrat de ___ envoyé au __ le ___
2	Lettre RAR de candidature de la Société ___ en date du ___
3	Lettre de la Collectivité en date du ___ informant la Société ___ de la recevabilité de sa candidature et l'invitant à présenter une offre
4	Offre de la Société ___ en date du ___ adressée en RAR
5	Extrait du règlement de consultation

À ____, le _____ 2007

Maître _____

Lettre d'information de la date d'audience

SOCIÉTÉ _____
Monsieur Le Président
Adresse
Code postal Ville

Par courrier et télécopie :

N° de télécopie

Nos Références. : À ___, le _____ 2007

Société X c/Collectivité Y

Objet : Référé précontracuel

Date d'audience

Monsieur le Président,

Dans le cadre du contentieux opposant la Société ___ à la Collectivité, j'ai le plaisir de vous informer que le greffe du tribunal administratif de __ me confirme ce jour que votre dossier sera audiencé le ___ à __h.

L'audience se tiendra au siège du tribunal administratif de ___, salle ___.

Bien évidemment, je serai présent à cette audience pour défendre au mieux les intérêts de votre société.

Je ne manquerai pas de vous tenir informé de tout nouvel élément dans ce dossier.

Demeurant à votre entière disposition pour tout complément d'information, je vous prie de croire, Monsieur le Président, en l'assurance de mes sentiments très dévoués.

Signature

ANNEXE 2

JURISPRUDENCES

1992

TA Poitiers, 4 décembre 1992, n° 92342, Société matheronne de travaux publics et commune de Breuillet c/ SIVOM du pays royannais.

1993

TA Rennes, 26 janvier 1993, n° 925488, société Le Douairon.

TA Grenoble, 17 mars 1993, n° 93589, société Polytec.

TA Rennes, 8 avril 1993, n° 93601, société Guillaume.

TA Nantes, 12 juillet 1993, n° 93-1811, SNC GTB Bouyer-Duchemin.

TA Nancy, 12 août 1993, n° 93750, société Norit France.

TA Lille, 7 novembre 1993, n° 92-100, SA Construction Jean Bernard c/ région Nord-Pas-de-Calais.

TA Toulouse, 27 septembre 1993, société Stentofon.

TA Paris, 8 novembre 1993, n° 9312932/6/RA, société Stigmatec Ingénierie.

TA Nice, 16 novembre 1993, n° 933910, Association de défense des intérêts des habitants du quartier La Plana.

1994

TA Grenoble, 11 janvier 1994, n° 933521, société routière Chambard.

TA Pau, 7 mars 1994, n° 94-0222, M. Schmeltz c/ CCI Tarbes.

TA Rennes, 31 mars 1994, Becam.

TA Besançon, 14 avril 1994, n° 940331, groupement d'entreprises Bigoni-SMBTP-Livera.

CE, Ass., 10 juin 1994, n° 141633, commune de Cabourg.

TA Versailles, 28 juillet 1994, n° 94-3284, société SOCRRAM et Pronergies.

TA Lyon, 31 août 1994, n° 94-03107, société Piani c/ district de Villefranche.

TA Lyon, 15 novembre 1994, n° 94-3982, préfet du Rhône c/ commune de Genas.

1995

TA Lyon, 25 avril 1995, SCR c/ communauté de communes du pays d'Amplepluis et Thisy.

TA Paris, 26 avril 1995, n° 9505310, société Ronéo.

TA Paris, 17 juillet 1995, n° 9509975, société GEC Alsthom Stein Industrie.

TA Paris, 28 août 1995, n° 9511722, société RS Automatic Industrie.

CE, section, 3 novembre 1995, n° 152484, district de l'agglomération nancéienne.

CE, section, 3 novembre 1995, n° 157304, CCI de Tarbes et des Hautes-Pyrénées.

TA Paris, 20 novembre 1995, n° 95-16042/3, société Europelec.

1996

TA Paris, 22 janvier 1996, société Génicorp c/ ministre de la Justice.

CE, 8 mars 1996, n° 156510, société CGC Entreprise.

CE, 15 avril 1996, n° 159871, SARL Simone Ginibre Entreprise.

CE, 21 juin 1996, n° 171155, M. Collinet.

CE, 2 octobre 1996, n° 160361, SARL Entreprise générale d'électricité Noël Béranger.

TA Strasbourg, 2 septembre 1996, n° 96-1818, Gerland Routes c/ préfet du Bas-Rhin et société Screg-Est.

TA Clermont-Ferrand, 20 septembre 1996, n° 961097, SA Lohr Industrie c/ syndicat mixte de transports en commun de l'agglomération clermontoise.

CE, 13 décembre 1996, n° 169706, syndicat intercommunal pour la revalorisation des déchets du secteur de Cannes-Grasse.

CE, 16 décembre 1996, n° 158234, conseil régional de l'ordre des architectes de la Martinique.

1997

TA Lyon, 6 janvier 1997, n° 96-05279, SNF Floergr.

TA Nantes, 4 février 1997, n° 964135, SA Biwater c/ district de l'agglomération angevine.

CE, 10 février 1997, n° 169309, société Révillon.

CE, 10 février 1997, n° 169694, M. Moch.

CE, 10 février 1997, n° 167569, OPAC du Puy-de-Dôme et du Massif central.

CE, 19 mars 1997, n° 163293, SA Entreprise générale de terrassements et de travaux publics et autres.

CE, 19 mars 1997, n° 17140, société Bull.

TA Strasbourg, 26 juin 1997, n° 971243-971446, Constructions industrielles de la Méditerranée, société Itisa c/ SIVOM de l'agglomération messine et autres.

TA Marseille, 30 juillet 1997, n° 97-4566 et 97-4663, société Degremont.

TA Versailles, 23 octobre 1997, société Plastic Omnium c/ SICTOM région Isle-Adam

1998

CE, 14 janvier 1998, conseil régional de la région Centre.

TA Clermont-Ferrand, 6 février 1998, n°132, GEC Alstom Transport SA.

CE, 11 mars 1998, n° 163682, préfet du Morbihan c/ syndicat intercommunal pour le développement économique du pays d'Auray (SIDEPA).

CE, 28 avril 1998, n° 280197, commune de Toulouse.

CE, 29 juillet 1998, n° 190452, commune de Léognan.

CE, 29 juillet 1998, n° 177952, garde des Sceaux c/ société Génicorp.

CE, 29 juillet 1998, n° 194412 et 194418, syndicat mixte des transports en commun de l'agglomération clermontoise.

TA Paris, 6 octobre 1998, n° 98-17111, société Neturba.

TGI Paris, 5 novembre 1998, Mederic prévoyance c/ commission des marchés de la caisse nationale Organic, BJCP, 2000/11.

CE, 6 novembre 1998, n° 194960, AP-Hôpitaux de Marseille.

TA Caen, 21 décembre 1998, société Stéreau.

1999

CE, 8 février 1999, n° 188100, société Campenon Bernard SGE.

CE, 12 mars 1999, ville de Paris c/ société Stella Maillot-Orée du Bois.

CE, 30 juin 1999, n° 198993, Demathieu et Bard.

CE, 30 juin 1999, n° 203135, SA Groupe Partouche.

CE, 2 juillet 1999, SA Bouygues.

TA Clermont-Ferrand, 16 juillet 1999, n° 9900880, société Stéreau c/ district de l'agglomération vichyssoise.

TA Rennes, 30 août 1999, société GBL Composites.

CE, 1er octobre 1999, n° 204166, Société d'exploitation du centre cardiologique du Nord.

TA Lyon, 13 octobre 1999, n° 9903907-9903990, Société OTV.

CJCE, 28 octobre 1999, aff. C-81/98, Alcatel Austria.

2000

TA Versailles, 6 janvier 2000, préfet de l'Essonne c/ commune de Vigneux-sur-Seine.

CE, 22 mars 2000, n° 211861, commune de Sotteville-les-Rouens.

CE, 22 mars 2000, époux Lasaulce.

TA Strasbourg, 31 mai 2000, société Alcatel c/ Cus Habitat.

CE, 29 mai 2000, n° 204239, SCP d'architectes Legleye.

CE, 21 juin 2000, n° 212100 et 212101, SARL Plage « Chez Joseph ».

CE, 21 juin 2000, n° 209319, syndicat intercommunal de la Côte d'Amour et de la presqu'île guérandaise.

CE, 16 octobre 2000, n° 213958, société Stéreau.

CE, 16 octobre 2000, n° 212054, Compagnie méditerranéenne d'exploitation des services d'eau.

CAA Nancy, 14 novembre 2002, TDF Câble est c/ commune de Toulouse.

2001

CE, section, 28 février 2001, Casanovas, conclusions de Mme Pascale Fombeur dans RFDA 2001.399 à 407.

CE, 28 février 2001, n° 228125, ville de Marseille.

CE, 15 juin 2001, n° 228856 et 229824, syndicat intercommunal d'adduction d'eau potable de Saint-Martin-en-Ré.

CE, 22 juin 2001, n° 229164, Société bourbonnaise de travaux publics de construction.

CE, 25 juillet 2001, n° 229666, commune de Gravelines.

CE, 25 juillet 2001, n° 231319, syndicat des eaux de l'Iffernet.

CE, 27 juillet 2001, n° 232820 et 232950, société Degremont, syndicat intercommunal assainissement et protection de l'environnement de Toulon, La Valette, La Garde, Le Pradet.

CE, 19 octobre 2001, n° 233173, société Alstom Transport SA.

CE, 19 octobre 2001, n° 234298, région de la Réunion.

CE, 24 octobre 2001, n° 236293, collectivité territoriale de Corse, office des transports de Corse.

TA Poitiers, 18 décembre 2001, société Lyonnaise des eaux France.

CE, 28 décembre 2001, n° 223047, Lacombe.

TA Bordeaux, 29 décembre 2001.

2002

CE, 29 avril 2002, n° 239024, société Setec International.

CE, 12 juin 2002, n° 243663, société Texto.

CJCE, 18 juin 2002, aff. C-92/00, Hospital Ingenieure Krankenhaustechnick Planungs-Gesellschaft mbH (HI).

TA Lyon, 11 juillet 2002, n° 0202689 et 0202690, société Avenance Enseignement.

CE, 13 novembre 2002, n° 245303, OPHLM de la communauté urbaine du Mans.

CAA Nancy, 14 novembre 2002, TDF Câble est c/ commune de Toulouse.

CE, 18 décembre 2002, n° 241187, ville de Paris.

2003

CE, 14 mai 2003, n° 251336, communauté d'agglomération de Lens-Lievin.

CE, 28 mai 2003, n° 251719, société PK7 Certinomis.

CE, 28 mai 2003, n° 228429 et 248430, AP-HP.

CE, 22 juin 2001, n° 229164, Société bourbonnaise de travaux publics de construction.

2004

CE, 21 janvier 2004, n° 253509, société Aquitaine Démolition.

CE, 9 février 2004, n° 259369, communauté urbaine de Nantes.

CE, 18 février 2004, n° 249578, société Man Technologie AG.

CE, 3 mars 2004, n° 258272, société Mak System.

CE, 3 mars 2004, n° 258602, commune de Châteaudun.

CE, 10 mars 2004, n° 259680, communauté d'agglomération de Limoges Métropole.

CE, 29 mars 2004, n° 258114, communauté de communes du Centre littoral.

CE, 28 avril 2004, n° 252731, SA entreprise Roger Martin.

CE, 2 juin 2004, n° 264325, commune de Dijon.

CE, 2 juin 2004, n° 263761, SARL Grammatico.

CE, 2 juin 2004, n° 261060, ville de Paris.

CE, 22 juin 2004, n° 264325, commune de Dijon.

CE, 25 juin 2004, n° 261264, société Colas SA.

CE, 30 juin 2004, n° 261472, OPHLM de la ville de Nantes.

CE, 30 juin 2004, n° 263402, SNCF.

CE, 30 juin 2004, n° 261919, ministre de l'Équipement, des Transports, du Logement, du Tourisme et de la Mer.

CE, 6 octobre 2004, n° 263083, société La communication hospitalière.

CE, 3 novembre 2004, n° 267587, société Egis Projets et société Cegelec SA.

CE, 10 novembre 2004, n° 264628, atelier d'architecture SAS.

CE, 19 novembre 2004, n° 266975, commune d'Auxerre.

2005

CJCE, 11 janvier 2005, Stadt Halle, aff. C-26/03.

CE, 7 mars 2005, n° 274286, communauté urbaine de Lyon.

CE, 7 mars 2005, n° 270778, société Grandjouan-Saco.

CE, 4 avril 2005, n° 265784, commune de Castellar.

CE, 8 avril 2005, n° 270476, société Radiometer.

CE, 15 avril 2005, n° 273178, ville de Paris.

CE, 1 juin 2005, n° 274053, département de la Loire.

CE, 13 juin 2005, n° 275468, société Vasconi Associés Architectes.

CE, 22 juin 2005, n° 274901, société Arachnée Concerts.

CE, 29 juin 2005, n° 266631, chambre de commerce et d'industrie de Calais.

CE, 29 juin 2005, n° 267992, commune de la Seyne-sur-Mer.

TA Orléans, 5 juillet 2005, n° 05-204, société Coved c/ Sictom de Châteaudun.

CE, 8 juillet 2005, n° 268610, communauté d'agglomération de Moulins.

CE, 8 juillet 2005, n° 277554, société EGS.

CE, 10 août 2005, n° 276558, ministre de l'Équipement, des Transports, de l'Aménagement du territoire, du Tourisme et de la Mer.

CE, 7 octobre 2005, n° 276867, communauté urbaine Marseille-Provence-Métropole.

CE, 7 octobre 2005, n° 278732, région Nord-Pas-de-Calais.

CE, 6 octobre 2004, n° 263083, société La communication hospitalière.

CE, 4 novembre 2005, n° 280406, commune de Bourges.

CE, 16 novembre 2005, n° 278646, ville de Paris.

CE, 30 novembre 2005, n° 280930, société Transports Cerdans.

CE, 5 décembre 2005, n° 269714, Société centrale de voirie.

TA Melun, 8 décembre 2005, n° 0506475, Palmier c/ commune de Bussy-Saint-Georges.

TA Caen, 21 décembre 2005, n° 0502494, société Abott France.

2006

CE, 6 janvier 2006, n° 281113, syndicat mixte de collecte, de traitement et de valorisation des déchets du Vendômois.

CE, 25 janvier 2006, n° 278115, département de la Seine-Saint-Denis.

TA Lyon, 2 mars 2006, n° 0600801, n° 06000838 et n° 0600842, Association lyonnaise de promotion et d'éducation sociale et autres.

CE, 10 mars 2006, n° 284802, société Unibail Management.

CE, 27 mars 2006, n° 286260, syndicat mixte départemental d'équipement des communes des Landes.

CE, 27 mars 2006, n° 282035, SA Les compagnons paveurs.

TA Caen, 29 mars 2006, n° 0600594, Maîtres Michel Grave et Jocelyn Simon.

CE, 5 avril 2006, n° 288441, ministre de la Défense.

CE, 28 avril 2006, n° 286443, société Abraham Bâtiment Travaux Publics.

CE, 28 avril 2006, n° 280197, commune de Toulouse.

CE, 10 mai 2006, n° 281976, société Bronzo.

CE, 10 mai 2006, n° 286644, syndicat intercommunal des services de l'agglomération valentinoise.

CE, 10 mai 2006, n° 288435, société Schiocchet.

CE, 24 mai 2006, n° 290039, société Pau Loisirs.

CE, 28 juin 2006, n° 288459, syndicat intercommunal d'alimentation en eau de la moyenne vallée du Gier.

TA Amiens, 6 juillet 2006, n° 0501508-2, société Accor Services France c/ région Picardie.

CE, 26 juillet 2006, n° 288522, société Dalkia France.

CE, 9 août 2006, n° 286107, Compagnie générale des eaux.

CE, 9 août 2006, n° 284577, société Hairis SAS et SARL Gallis.

TA Nice, 30 août 2006, n° 0604198, société Novergie.

CE, 20 octobre 2006, n° 278601, syndicat des eaux de Charente-Maritime.

CE, 20 octobre 2006, n° 287198, communauté d'agglomération Salon–Étang de Berre-Durance.

CE, 20 octobre 2006, n° 289234, commune d'Andeville.

TA Paris, 8 novembre 2006, n° 0615298, Forsup Conseil.

CE, 17 novembre 2006, n° 290712, ANPE.

CE, 15 décembre 2006, n° 298618, société Corsica Ferries.

2007

CE, 10 janvier 2007, n° 289032, société Catalise.

TA Melun, 16 janvier 2007, préfet de Seine-et-Marne c/ commune de Bussy-Saint-Georges.

CE, 22 janvier 2007, n° 294290, syndicat des transports d'Île de France.

CE, 6 avril 2007, n° 298584, département de l'Isère.

TA Nice, 10 avril 2007, n° 0701593, société MDO France Immobilier.

TA Grenoble, 21 mars 2007, n° 0701010, société Boch frères.

TA Rennes, 29 mars 2007, n° 0700882, société MDO France Mobilier c/ communauté d'agglomération de Saint-Brieuc.

CE, 11 mai 2007, n° 298863, région Guadeloupe.

TA Grenoble, 14 mai 2007, n° 0702110, société ETP c/ commune d'Allevard-les-Bains.

CE, 15 juin 2007, n° 300097, ministère de la Défense.

TA Paris, 18 mai 2007, n° 0706449/3-5, société Horeto Sorest'art c/ musée Rodin.

TA Grenoble, 9 juillet 2007, n° 0703072, société Eiffage Construction c/ centre hospitalier de Montélimar.

CE, 13 juillet 2007, n° 299207, commune de Rosny-sous-Bois.

CE, 13 juillet 2007, n° 299417, SIPPEREC.

BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages généraux

AUBY Jean-Bernard, *Référé précontractuel*, Éditions du JurisClasseur (2003), fasc. 1096.

BERGEAL Catherine et LENICA Frédéric, *Le contentieux des marchés publics*, Imprimerie nationale.

BRECHON-MOULENES, *Droits des marchés public*, Le Moniteur, III, p. 650 et s., et 651 et s.

CHAPUS René, *Droit du contentieux administratif*, MONTCHRESTIEN, 2006

LEPAGE Corinne et HUGLO Christian, *Code de justice administrative*. Lexisnexis Litec, 2005

Articles

DIEU Frédéric, « L'irrésistible extension des pouvoirs du juge des référés précontractuels », *AJDA*, 16 avril 2007, p. 782 à 788.

LAGUMINA Sandra et PHILIPPE Édouard, « Le référé précontractuel : bilan et perspectives », *AJDA*, 2000, p. 285 et 286

LLORENS François, « Le nouveau juge administratif des référés, réflexions après la réforme opérée par la loi du 30 juin 2000 », *Annales de la faculté de droit de Strasbourg*, nouvelle série n° 5, PU de Strasbourg, 2002, p. 50.

PALMIER Sébastien, « Fini la course à la signature, Les nouvelles règles d'information des candidats évincés », *CP-ACCP*, mars 2004, n° 31, p. 89.

VANDERMEEREN Roland, « Le renforcement du référé précontractuel ». *Contrats Publics (dossier Recours des entreprises)*, mars 2006, n° 53, p. 22 à 29.

INDEX

A

accord sur les marchés publics 69
accords-cadres 13
acte d'engagement 19
AMP (voir accord sur les marchés publics)
appel d'offres sur performances 107
appréciation 103
apprécier la valeur des candidatures 115
avis d'appel à la concurrence
    mentions interdites 75
    mentions obligatoires 69
avis d'appel public à la concurrence (AAPC) 59
avis rectificatif 90

B

baux emphytéotiques 16
besoins 84

C

cahier des charges 58, 78, 84
cahier des charges
    mofication 90
candidature 27, 29, 31, 91, 115
candidatures
    critère retenus 78
cession des terrains 18
choix de procédure 111
code de justice administrative 5
code des marchés publics
    article 80 5
code des marchés publics,
    articles 24 et 33 5
commissaire du gouvernement 38
commission d'appel d'offres 101
communication des moyens
    d'ordre public 41
compétence territoriale 38
concessions domaniales 17
conditions de remise des offres 103
contradiction (dans les mentions) 86
contrats 13
contrats de partenariat 13, 15
contrats exclus 17
contrats visés au premier alinéa
    de l'article L. 6148-5 du Code
    de la santé publique 13, 16
convention de délégation de service
    public 16
conventions de délégation de service
    public 13
critère esthétique 83
critères 83

D

date prévisionnelle de début
    d'exécution 74
dates de remise des candidatures/offres
    76
décision d'allotir 113
délai 35, 74
délai de jugement 44

délai de retrait d'un dossier 77
délai de suspension 124
délai pour agir 35
délai supplémentaire 90
délais minimaux 54
délégation de service public 17, 67
directive n° 2004/18 64
droits à construire 18
durée de la délégation 68

E

entreprise attributaire 29
entreprises récemment créées 98

F

faute des entrepreneurs 32
formulaire BOAMP 62
formulaire JOUE 59, 61
formulaire
    DC4 102
    DC5 102
frais de reprographie 106
frais irrépétibles 22

G

groupement d'entreprises 28
groupement de commande 22

H

hiérarchisation des critères 79

I

inexistante 24
information 105
intérêt à agir 26
irrecevabilité 19

J

journal officiel de l'Union européenne 55
journaux d'annonces légales 55
juge compétent 37
juge unique 37

L

l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 5
les délégations de service public 67
lieu à statuer 41
lots 28, 114

M

marché à procédure adaptée 35
marché d'entreprise de travaux publics (MET) 17
marché négocié 27
marchés mentionnés au 2° de l'article 24 et de l'article 33 de l'ordonnance du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au CMP 13
marchés mentionnés au 2° des articles 24 et 33 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 14
marchés publics 13
marchés publics d'assistance juridique 99
marque
    référence à un produit 76
mentions obligatoires 59, 60
mise à disposition effective des dossiers 77
modalités de financement 70
modalités de paiement 71
modalités de règlement 71
montant prévisionnel du marché 73
moyens d'ordre public 47

N

nature du contrat 86

O

objet du marché 83, 86, 95
obligation de négocier 108
obligations fiscales et sociales 102
observations orales 40
offre 74, 86, 103, 115
ordonnance du 6 juin 2005 9
organes de publication 47

P

période 96
pondération 79
pouvoir adjudicateur 92
    compétence 111
pouvoir d'astreinte 125
pouvoir d'injonction 124
pouvoir de différer la signature
    du contrat 123
pouvoir
    d'annulation 122
    de suppression 123
pouvoirs
    comparaison (des) 120
    provisoires et définitifs 120
pouvoirs étendus 119
précisions ultérieures 84
prestations similaires 88
preuve de la capacité 97
principe du contradictoire 41
procédure dérogatoire 107
procédure orale 40
prorogation date validité des offres 78
publicité 57

Q

qualifier le contrat 47

R

recevabilité 11, 47
recours en cassation 129
références 88, 96
références requises 91
régularité de la procédure 75
rejet d'une candidature non conforme
    100
requalification du contrat par le juge 18
réseau de télédistribution câblé 18

S

saisine à la demande 32
séance publique 40
secret professionnel 99
siège de l'auteur de l'acte 38
signature 23, 24, 25
    convention provisoire 25
    régularité 23
    validité 23
signature du contrat 19
sous-critères 81
sous-traitant 28
sous-traités d'exploitation 18
spécialité des établissements 111
spécifications techniques 75
support de publicité 47

T

tierce opposition 129
tranches 86

U

ultra petita 122
urgence 35

V

variantes 104