

## JURISPRUDENCE

### AVENANT

Dans un marché alloti, l'augmentation du prix global qui en résulte doit s'apprécier au regard de l'ensemble du marché et non simplement du lot objet de l'avenant. [Conseil d'État, 7ème et 2ème sous-sections réunies, 19/01/2011, n° 316783](#)

*« Considérant que pour apprécier les effets d'un avenant sur les marchés auxquels il se rapporte, il convient d'évaluer la hausse du prix global qui en résulte et non, s'il s'agit d'un marché unique, des conséquences qui en résulteraient lot par lot ; que, par suite, la cour administrative d'appel de Paris n'a pas commis d'erreur de droit d'une part, en n'évaluant pas les effets des avenants au regard du seul lot n° 1, dès lors, ainsi qu'il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond, qu'il consistait en un lot technique au sein d'un marché unique, et, d'autre part, en jugeant, sans dénaturation, que la hausse du prix de ce marché unique, qui résultait des avenants successifs, étant d'environ 13%, inférieure au seuil d'interdiction de 15% prévu par les dispositions du I de l'article 40 précité, n'avait pas méconnu ces dispositions ; »*

### **Le rappel du respect des grands principes de la commande publique, notamment de l'obligation de mise en concurrence dans les marchés publics**

Deux jurisprudences récentes viennent de procéder au rappel de ces principes : la première sur la mise à l'écart du contrat, *eu égard à l'exigence de loyauté des relations contractuelles*, la seconde dans les pouvoirs du juge dans le cadre d'un référé contractuel pour un MAPA.

### **Portée de l'absence de mise en concurrence**

Saisi d'un litige dans l'exécution d'un contrat qui avait été, en méconnaissance des textes régissant sa passation, conclu sans mise en concurrence préalable, le juge de plein contentieux doit apprécier si ce manquement, compte tenu des circonstances propres à cette passation, est d'une gravité telle qu'il nécessite que le contrat soit écarté : Conseil d'Etat, 19 janv. 2011, Syndicat mixte pour le traitement des résidus urbains, [n° 332330](#)

*« Considérant, en troisième lieu, que lorsque les parties soumettent au juge un litige relatif à l'exécution du contrat qui les lie, il incombe en principe à celui-ci, eu égard à l'exigence de loyauté des relations contractuelles, de faire application du contrat ; que, toutefois, dans le cas seulement où il constate une irrégularité invoquée par une partie ou relevée d'office par lui, tenant au caractère illicite du contrat ou à un vice d'une particulière gravité relatif notamment aux conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement, il doit écarter le contrat et ne peut régler le litige sur le terrain contractuel ; qu'ainsi, lorsque le juge est saisi d'un litige relatif à l'exécution d'un contrat, les parties à ce contrat ne peuvent invoquer un manquement aux règles de passation, ni le juge le relever d'office, aux fins d'écarter le contrat pour le règlement du litige ; que, par exception, il en va autrement lorsque, eu égard d'une part à la gravité de l'illégalité et d'autre part aux circonstances dans lesquelles elle a été commise, le litige ne peut être réglé sur le fondement de ce contrat ; qu'en vertu des dispositions de l'article L. 1411-1 du code général des collectivités territoriales, les délégations de service public des personnes morales de droit public relevant de ce code sont soumises par l'autorité délégante à une procédure de publicité permettant la présentation de plusieurs offres concurrentes ; que la méconnaissance de ces dispositions constitue un manquement aux règles de passation de ces contrats ;*

*Considérant, dès lors, qu'en jugeant que la convention signée le 5 novembre 1996, modifiée par un avenant signé le 26 mars 1997, par laquelle le SYNDICAT MIXTE POUR LE TRAITEMENT DES RESIDUS URBAINS a délégué à la société Auxiwaste Services l'exploitation de l'unité de traitement et de valorisation et le service public de tri des déchets ménagers était entachée de nullité au seul motif qu'elle avait été conclue sans la mise en concurrence préalable prévue à l'article L. 1411-1 du code général des collectivités territoriales, et qu'une telle circonstance faisait obstacle à ce que les stipulations du contrat soient invoquées dans le cadre du litige dont elle était saisie, sans vérifier, eu égard à l'exigence de loyauté des relations contractuelles, si ce vice était d'une gravité telle que le juge doit écarter le contrat et que le litige qui oppose les parties ne doit pas être tranché sur le terrain contractuel, la cour administrative d'appel de Lyon a commis une erreur de droit ; que, par suite, le SYNDICAT MIXTE POUR LE TRAITEMENT DES RESIDUS URBAINS est fondé à demander l'annulation de son arrêt en tant qu'il se prononce sur les conclusions dirigées contre la société Auxiwaste Services ; »*

### **Marché à procédure adaptée et référé contractuel**

Le juge du référé contractuel, saisi d'un marché à procédure adaptée, ne peut prononcer son annulation **qu'en cas d'absence de mesure de publicité** ou, le cas échéant, **de non-respect de l'ordonnance de référé précontractuel**.

CE 19 janv. 2011, Grand port maritime du Havre, n° [343435](#)

Le Conseil d'État a, par un arrêt n° [343435](#), du 19 janvier 2011, apporté d'importantes précisions relatives au référé contractuel, notamment sur l'articulation référés précontractuel, référé contractuel dans le cadre d'un marché passé selon une procédure adaptée. Le référé contractuel, introduit par l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 en droit français (voir Panorama [des recours contentieux](#) en matière de la commande publique devant le juge administratif d'avril-mai 2010), permet de remédier aux lacunes de la procédure précontractuelle (signature du contrat) ; il autorise, après la signature du contrat, le juge administratif, dans certaines conditions, à prononcer la nullité du contrat ou des sanctions plus modérées si une raison impérieuse d'intérêt général s'oppose à cette annulation (résiliation, réduction de la durée du contrat, pénalités financières).

➔ **Les MAPA, contrairement aux procédures formalisées, ne sont pas soumis à l'obligation de l'article 28 du code des marchés publics.** Dans le cadre d'un marché formalisé, le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice est tenu de communiquer la décision d'attribution aux candidats non retenus et de suspendre la signature du contrat pendant seize jours à compter de cette communication (onze jours en cas de transmission électronique). Ce n'est pas obligatoire pour les marchés passés selon une procédure adaptée : le pouvoir adjudicateur est dispensé de notifier sa décision de rejet de la candidature ou de l'offre avant notification du marché et donc de respecter un délai de suspension de signature.

*« Considérant que, s'agissant des marchés passés selon une procédure adaptée, **qui ne sont pas soumis à l'obligation**, pour le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice, **de notifier aux opérateurs économiques ayant présenté une offre, avant la signature du contrat, la décision d'attribution**, l'annulation d'un tel contrat ne peut, en principe, résulter que du constat des manquements mentionnés aux deux premiers alinéas de l'article L. 551-18, c'est-à-dire de l'absence*

*des mesures de publicité requises pour sa passation ou de la méconnaissance des modalités de remise en concurrence prévues pour la passation des contrats fondés sur un accord-cadre ou un système d'acquisition dynamique ; »*

➔ **Les cas d'annulation par le juge sont strictement limités**

Le juge peut **annuler** le contrat, en privant le contrat de tout effet : pour certains manquements graves aux obligations de publicité et de mise en concurrence, les pouvoirs du juge sont encadrés : le juge doit prononcer l'annulation du contrat, notamment selon les termes de l'article L. 551-18 du code de justice administrative, sauf si le prononcé de la nullité du contrat se heurte à une raison impérieuse d'intérêt général :

- ✚ En cas d'un manquement aux obligations de publicité régies par lorsqu'aucune des mesures de publicité requises pour sa passation n'a été prise ou lorsqu'a été omise une publication au Journal officiel de l'Union européenne dans le cas où une telle publication était nécessaire.
- ✚ En cas de méconnaissance des modalités de remise en concurrence prévues pour la passation des contrats fondés sur un accord-cadre ou un système d'acquisition dynamique
- ✚ En cas de contrat signé
  - avant l'expiration du délai exigé après l'envoi de la décision d'attribution aux opérateurs économiques ayant présenté une candidature ou une offre
  - ou pendant la suspension prévue à l'article L. 551-4 ou à l'article L. 551-9 si, en outre, deux conditions sont remplies : la méconnaissance de ces obligations a privé le demandeur de son droit d'exercer le recours prévu par les articles L. 551-1 et L. 551-5, et les obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles sa passation est soumise ont été méconnues d'une manière affectant les chances de l'auteur du recours d'obtenir le contrat.

La liste des hypothèses dans lesquelles le juge des référés contractuels peut sanctionner un marché, énoncée à travers les articles L. 551-18 à L. 551-20 du CJA, est **d'interprétation stricte**, ce juge n'a aucune marge de manœuvre dans ce domaine. Le Conseil d'État, lui, a estimé que les éléments prévus aux articles L. 551-18 et L. 551-20 n'étaient pas présents : ce que le juge des référés a cherché à sanctionner n'était ni l'absence des mesures de publicité requises pour sa passation, ni la méconnaissance des modalités de remise en concurrence prévues pour la passation des contrats fondés sur un accord-cadre ou un système d'acquisition dynamique. En l'espère, seuls ces deux motifs auraient pu être invocables pour faire annuler le marché par le biais d'un référé contractuel. Le Conseil d'État a donc logiquement sanctionné l'ordonnance de référé.

*« Considérant, d'autre part, qu'en ce qui concerne l'ensemble des contrats mentionnés aux articles L. 551-1 et L. 551-5, les manquements susceptibles d'être utilement invoqués dans le cadre du référé contractuel sont, comme les sanctions auxquelles ils peuvent donner lieu, limitativement définis aux articles L. 551-18 à L. 551-20 du même code ; **qu'ainsi, le juge des référés ne peut prononcer la nullité mentionnée à l'article L. 551-18 - c'est-à-dire annuler le contrat - ou, le cas échéant, prendre les autres mesures prévues aux articles L. 551-19 et L. 551-20, que dans les conditions prévues à ces articles ; »***

➔ **Le juge des référés ne peut pas confondre et se servir les modalités obligatoires conditionnant l'achèvement des procédures formalisées pour les appliquer aux MAPA pour lesquels ces modalités d'achèvement sont facultatives.**

« Considérant que, s'agissant des marchés passés selon une procédure adaptée, qui ne sont pas soumis à l'obligation, pour le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice, de notifier aux opérateurs économiques ayant présenté une offre, avant la signature du contrat, la décision d'attribution, l'annulation d'un tel contrat ne peut, en principe, résulter que du constat des manquements mentionnés aux deux premiers alinéas de l'article L. 551-18, c'est-à-dire de l'absence des mesures de publicité requises pour sa passation ou de la méconnaissance des modalités de remise en concurrence prévues pour la passation des contrats fondés sur un accord-cadre ou un système d'acquisition dynamique ;

Considérant que le juge du référé contractuel doit également annuler un marché à procédure adaptée, sur le fondement des dispositions du troisième alinéa de l'article L. 551-18 du code de justice administrative, ou prendre l'une des autres mesures mentionnées à l'article L. 551-20 dans l'hypothèse où, alors qu'un recours en référé précontractuel a été formé, le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice n'a pas respecté la suspension de signature du contrat prévue aux articles L. 551-4 ou L. 551-9 ou ne s'est pas conformé à la décision juridictionnelle rendue sur ce référé ;

Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis au juge du référé contractuel que le GRAND PORT MARITIME DU HAVRE a lancé une procédure adaptée en vue de l'attribution d'un marché portant sur la réfection et l'entretien de la porte d'une écluse ; qu'à l'issue de cette procédure, il a, après avoir écarté l'offre de la société Philippe Lassarat, attribué le marché à la société Travaux Industriels Maritimes et Terrestres (Timt) ; que le contrat a été signé le 30 juin 2010 ; que, par l'ordonnance attaquée, le juge des référés du tribunal administratif de Rouen, statuant en application de l'article L. 551-13 du code de justice administrative, a, à la demande de la société Philippe Lassarat, prononcé la nullité du marché ;

Considérant que, pour ce faire, après avoir relevé, d'une part, qu'en n'ayant pas rendu publique son intention de conclure le marché et observé un délai de onze jours après cette publication, le GRAND PORT MARITIME DU HAVRE n'avait pas permis à la société Philippe Lassarat d'engager un référé précontractuel et, d'autre part, qu'en retenant une offre non conforme au règlement de la consultation, il avait commis un manquement à ses obligations de mise en concurrence ayant affecté les chances de la société Philippe Lassarat d'obtenir le contrat, le juge des référés en a déduit que les conditions posées par les dispositions du troisième alinéa de l'article L. 551-18 du code de justice administrative étaient remplies ; **qu'en statuant ainsi, alors qu'il résulte de ce qui a été dit plus haut que l'annulation d'un marché à procédure adaptée ne peut être prononcée sur le fondement de ces dispositions et dans ces conditions que si le pouvoir adjudicateur n'a pas respecté la suspension de signature du contrat prévue aux articles L. 551-4 ou L. 551-9 du code de justice administrative ou n'a pas respecté la décision juridictionnelle rendue sur le référé précontractuel, le juge des référés du tribunal administratif de Rouen a commis une erreur de droit** ; que par suite, et sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens du pourvoi, l'ordonnance du juge des référés du tribunal administratif de Rouen du 6 septembre 2010 doit être annulée ; »

[Sommaire](#)

[Informations](#)

[Achat public](#)

[Le point sur ....](#)