

Marchés publics - Le référé précontractuel

22 avril 2009

La justice administrative est chargée de veiller au respect des obligations de publicité et de mise en concurrence par les collectivités publiques lorsqu'elles souhaitent conclure un marché D'origine communautaire, la procédure de référé précontractuel permet aux entreprises d'obtenir d'un juge unique, statuant en urgence, qu'il ordonne à une collectivité publique, qui s'apprête à conclure un marché public ou une délégation de service public, de respecter ses obligations de publicité et de mise en concurrence.

Origine et champ d'application du référé précontractuel

Introduit en droit français par les lois n°92-10 du 4 janvier 1992 et n°93-1416 du 29 décembre 1993, le référé précontractuel trouve notamment son origine dans la nécessité de transposer les directives dites « Recours », n°89/655 CEE du 21 décembre 1989 pour les marchés des secteurs traditionnels et n°92-13 du 25 février 1992 concernant les marchés des secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications. Les contrats pour lesquels une consultation sera engagée à partir du 1er décembre 2009 seront soumis au régime du référé précontractuel dans sa version issue de l'ordonnance n°2009-515 du 7 mai 2009 prise pour la transposition de la nouvelle directive « Recours », n°2007/66/CE du 11 décembre 2007.

La procédure du référé précontractuel devant le juge administratif est régie par les articles L. 551-1 à L. 551-12 et R. 551-1 à R. 551-4 du code de justice administrative. Le référé précontractuel le plus couramment utilisé concerne les marchés publics et les délégations de service public, quel qu'en soit le montant. D'autres contrats, tels que les contrats de partenariat, sont également inclus dans le champ d'application de la procédure.

Le juge des référés peut également être saisi pour les marchés passés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications par des établissements publics industriels et commerciaux de l'Etat et des grandes entreprises du secteur public. Il existe par ailleurs un recours précontractuel devant le juge judiciaire pour certains contrats de droit privé (voir les dispositions spécifiques aux contrats de droit privé de l'ordonnance n°2009-515).

La saisine du juge du référé précontractuel

Le référé précontractuel peut être exercé par toutes les sociétés candidates à l'obtention du contrat ainsi que par les entreprises qui ont été dissuadées de présenter leur candidature par la violation des obligations de publicité et de mise en concurrence. En revanche, une personne qui n'est pas susceptible de passer le contrat n'est pas recevable à saisir le juge du référé précontractuel (à propos de l'ordre professionnel des architectes, CE 16 décembre 1996, Conseil régional de l'ordre des architectes de la Martinique, n°158234). Le juge du référé précontractuel peut également être saisi par le préfet, lorsque le marché est conclu par une collectivité territoriale ou un établissement public local, et par l'Etat à la demande de la Commission européenne.

Le référé précontractuel ne peut être exercé que jusqu'à la signature du contrat (*CE, Sect., 3 novembre 1995, CCI de Tarbes et des Hautes-Pyrénées, n°157304*). Ainsi la requête est irrecevable si la conclusion du contrat intervient avant la saisine du juge ou sans objet si elle intervient en cours d'instance, soit devant le juge du fond (*CE, 15 avril 1996, SARL Simone Ginibre Entreprise, n°159871*), soit devant le juge de cassation (*CE, Sect., 3 novembre 1995, Sté Stentofon communications, n°152650*).

La procédure devant le juge du référé précontractuel

Dès qu'il est saisi, le juge du référé précontractuel a le pouvoir d'enjoindre aux parties de différer la signature du contrat jusqu'au terme de la procédure et pour une durée maximum de vingt jours. Ce pouvoir est systématiquement utilisé par le juge, ce qui limite le risque de non-lieu prononcé devant lui. Dans sa version issue de l'ordonnance n°2009-515 du 7 mai 2009, l'article L. 551-4 du code de justice administrative précise désormais que le contrat ne peut être signé à compter de la saisine du tribunal administratif et jusqu'à la notification à la collectivité publique de la décision juridictionnelle.

Le juge du référé précontractuel doit statuer en vingt jours. Dans la pratique, ce délai est parfois dépassé mais le juge ne s'en trouve pas pour autant dessaisi (*CE, Sect., 3 novembre 1995, District de l'agglomération nancéienne, n°152484*).

La procédure d'instruction est accélérée : par exemple, le juge n'est pas tenu de communiquer au requérant le mémoire en défense de son adversaire (*CE, 8 mars 1996, Sté CGC Entreprise, n°156510*). Le juge compétent est le président du tribunal administratif ou son délégué. Il peut renvoyer l'affaire à une formation collégiale, ce qui est rare en pratique. Comme tout juge des référés, le juge du référé précontractuel statue sans intervention du rapporteur public. Le juge doit toutefois se prononcer après une audience tenue en séance publique, sauf si la demande est rejetée pour non lieu ou irrecevabilité.

Le juge du référé précontractuel statue en premier et dernier ressort. Son ordonnance peut faire l'objet d'un recours en cassation devant le Conseil d'Etat dans les quinze jours suivant sa notification.

Le juge du référé précontractuel assure le respect des règles relatives aux obligations de publicité et de mise en concurrence

Il s'agit au premier chef de la législation propre aux marchés publics, aux délégations de services publics et aux contrats de partenariats. Mais le juge du référé précontractuel veille plus largement au respect de toute législation ou réglementation dont résulte des obligations de publicité et de mise en concurrence pour la passation des contrats relevant de sa compétence.

Ainsi, la méconnaissance des dispositions de l'ordonnance du 1er décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence par l'autorité responsable de la personne délégante peut constituer un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence (*CE, 2 juillet 1999, Sté anonyme Bouygues et autres, n°206749*). En revanche, il n'appartient pas au juge du référé précontractuel de contrôler le respect par un candidat de son objet social ou, s'il s'agit d'un établissement public, du principe de spécialité (*CE, 16 octobre 2000, Cie méditerranéenne d'exploitation des services d'eau, n°212054*).

Les manquements les plus souvent invoqués concernent l'absence ou le caractère insuffisant des mesures de publicité mises en œuvre. Le juge du référé précontractuel veille également à ce que le marché ou la délégation n'ait pas pour but d'exclure certains candidats par des spécifications techniques exagérément restrictives, non justifiées par les nécessités du service public ou l'objet du contrat (*CE, Sect., 3 novembre 1995, District de l'agglomération nancéienne, n°152484*). Il contrôle par ailleurs les motifs de l'exclusion d'un candidat de la procédure d'attribution d'un marché (*CE, 29 juillet 1998, Garde des Sceaux c/ Sté Génicorps, n°177952*).

Une entreprise ne peut toutefois invoquer un manquement aux obligations de publicité et de concurrence qui ne lui porte pas préjudice. En effet, il appartient au juge des référés précontractuels de rechercher si l'entreprise qui le saisit se prévaut de manquements qui, eu égard au stade de la procédure auquel ils se rapportent, sont susceptibles de l'avoir lésée (ou risquent de la léser) en avantageant une entreprise concurrente fût-ce de façon indirecte (*CE, Sect., 3 octobre 2008, Syndicat mixte intercommunal de réalisation et de gestion pour l'élimination des ordures ménagères du secteur Est de la Sarthe, n°305420*).

Le référé précontractuel donne au juge le pouvoir d'ordonner des mesures définitives

Alors que le référé est en principe une procédure qui permet de demander au juge des mesures provisoires, le référé précontractuel donne au juge le pouvoir d'ordonner des mesures définitives. Le juge du référé précontractuel s'est vu en effet conférer le pouvoir d'adresser des injonctions à l'administration, de suspendre la passation du contrat ou l'exécution de toute décision qui s'y rapporte, d'annuler ces décisions et de supprimer des clauses ou prescriptions destinées à figurer dans le contrat.

Dès lors qu'il est régulièrement saisi, il dispose - sans toutefois pouvoir faire obstacle à la faculté, pour l'auteur du manquement, de renoncer à passer le contrat - de l'intégralité des pouvoirs qui lui sont 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. Eu égard à la nature du vice entachant la procédure de passation d'un contrat, il peut même prononcer l'annulation de cette procédure alors que ne lui est demandée que la suspension de celle-ci (*CE, 20 octobre 2006, Commune d'Andeville, n°289234*).

Dans sa rédaction issue de l'ordonnance du n°2009-515 du 7 mai 2009, l'article L. 551-2 autorise le juge des référés à ne pas faire usage de ses pouvoirs s'il estime, au vu de l'ensemble des intérêts en présence, notamment de l'intérêt public, que les conséquences négatives de cet usage pourraient l'emporter sur les conséquences positives.

Des voies de recours complémentaires sont offertes au demandeur

L'existence du référé précontractuel n'interdit pas au demandeur d'exercer d'autres voies de recours, notamment de présenter un recours pour excès de pouvoir contre les actes détachables du contrat en l'assortissant d'une demande de référé suspension.

Si la signature du contrat met fin à la possibilité d'exercer un référé précontractuel, tout concurrent évincé de la conclusion d'un contrat administratif a désormais la possibilité de former devant le juge du contrat un recours de pleine juridiction contestant la validité de ce contrat ou de certaines de ses clauses, qui en sont divisibles, assorti, le cas échéant, de demandes indemnitaires. Ce recours peut être accompagné d'une demande tendant à ce que le juge des référés ordonne, à titre conservatoire, la suspension de l'exécution du contrat (*CE, Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic Travaux Signalisation, n°291545*).

L'ordonnance du n°2009-515 du 7 mai 2009 crée par ailleurs un « référé contractuel » (articles L. 551-13 à L. 551-23 du code de justice administrative) permettant d'obtenir du juge des référés qu'il prononce la nullité du contrat 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. Le juge pourra également prononcer une telle nullité lorsque le contrat aura été signé:

- avant l'expiration du délai imposé entre l'envoi de la décision d'attribution du marché aux entreprises ayant candidaté ou présenté une offre et la signature du marché ;
- ou alors que le juge des référés précontractuels était encore saisi ou n'avait pas encore notifié sa décision à la collectivité publique, à condition cependant que l'entreprise ait été effectivement privée de son droit d'exercer un recours précontractuel et que des manquements aux règles de publicité et de mise en concurrence aient compromis ses chances d'obtenir le contrat.