

Gilles Pellissier*

LES CONTENTIEUX DE LA PASSATION DES CONTRATS DE LA COMMANDE PUBLIQUE

UDK / UDC: 351.712.028
35.073.53 (44) (094.5)
DOI: 10.31141/zrpfjs.2025.62.156.323
Izlaganje sa znanstvenog skupa / Conference paper
Priljeno / Received: 28.1.2025.

1. INTRODUCTION

Cette dernière partie de nos échanges est exclusivement consacrée aux contrats de la commande publique, qui recouvrent en droit européen comme en droit français les deux grandes catégories de contrats que sont les marchés publics et les concessions.

La spécificité des contrats de la commande publique tient d'abord à leur objet : ce sont des contrats par lesquels des personnes publiques ou assimilées (par les directives européennes) obtiennent de leurs cocontractants des prestations (de travaux, services ou fournitures) dont elles ont besoin, en contrepartie d'un prix versé (les marchés publics) ou d'un droit d'exploiter le service ou l'ouvrage (les concessions).

Elle tient ensuite à ce que la conclusion de ces contrats est soumise à des règles de transparence et de mise en concurrence qui imposent à la personne publique (acheteur ou autorité concédante) de sélectionner son cocontractant au terme de procédures réglementées destinées à garantir la transparence et l'égalité d'accès à la commande publique (publicité ; traitement égal des candidats). A l'exception des petits marchés et de certains contrats particuliers, le choix du cocontractant de la personne publique est donc contraint par des règles procédurales visant à objectiver et rationaliser son choix afin que celui-ci se porte sur l'offre économiquement la plus avantageuse. Il s'agit donc à la fois de permettre aux opérateurs économiques d'accéder dans des conditions d'égalité à la commande publique qui est l'une des principales sources d'activité économique dans l'UE, de permettre aux personnes publiques d'obtenir la meilleure offre aux meilleures conditions et de lutter contre la corruption, mal endémique des opérations où l'acheteur paie avec l'argent des autres...

Ces principes figurent en tête (art L3) du code français de la commande publique : « Les acheteurs et les autorités concédantes respectent le principe d'égalité de

* Conseiller d'Etat.

traitement des candidats à l'attribution d'un contrat de la commande publique. Ils mettent en œuvre les principes de liberté d'accès et de transparence des procédures, dans les conditions définies dans le présent code. / Ces principes permettent d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics. » Ils ont même une valeur constitutionnelle.

Mais ils ont surtout une source européenne, dans le TFUE, la jurisprudence de la CJUE et les directives qui leur donnent une traduction procédurale (actuellement, les directives 2014-23 et 24 du 26 février 2014 relatives aux concessions et aux marchés publics).

Ces règles concernent surtout la formation du contrat, même si les dernières directives comportent certaines règles relatives à l'exécution, qu'exposera mon collègue T. Pez. Les acheteurs publics Français et Croates comme ceux des 25 autres Etats membres de l'UE y sont également soumis. Le droit français de la passation de la commande publique, codifié dans le code de la commande publique, est pour l'essentiel la transposition de ces directives et l'extension des règles qu'elles posent en-deçà des seuils qu'elles fixent pour délimiter leur champ d'application.

Comme vous le savez, le droit européen ne pose pas seulement ces règles procédurales. Il a aussi prévu des règles de contrôle de leur respect, avec la directive recours du 21 décembre 1989¹, aujourd'hui remplacée par la directive 2007/66/CE du Parlement et du Conseil du 11 déc 2007.

Ce cadre juridique commun aux 27 Etats membres permet d'intéressantes réflexions comparées sur les modalités de son application dans chaque Etat.

Je présenterai dans un premier temps les recours contentieux qui, en droit français, sont spécifiquement destinés à contrôler le respect de ces règles de passation (I). Dans un second temps, j'exposerai une règle de procédure essentielle à l'équilibre de ce recours et les interrogations dont elle fait l'objet au regard de la jurisprudence de la CJUE (II).

¹ La directive 89/665/CEE du Conseil du 21 décembre 1989 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux (4) ainsi que la directive 92/13/CEE du Conseil du 25 février 1992 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des règles communautaires sur les procédures de passation des marchés des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications (5) concernent les procédures de recours applicables aux marchés passés respectivement par les pouvoirs adjudicateurs visés à l'article 1er, paragraphe 9, de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services (6) et les entités adjudicatrices visées à l'article 2 de la directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux (7). Les directives 89/665/CEE et 92/13/CEE visent à garantir l'application effective des directives 2004/18/CE et 2004/17/CE.

2. PRESENTATION GENERALE DES CONTENTIEUX DE LA PASSATION DE LA COMMANDE PUBLIQUE

L'article 1^{er} de la directive recours impose aux Etats membres de prendre « *les mesures nécessaires pour garantir que les décisions prises par les pouvoirs adjudicateurs peuvent faire l'objet de recours efficaces et, en particulier, aussi rapides que possible, dans les conditions énoncées aux articles 2 à 2 septies de la présente directive, au motif que ces décisions ont violé le droit communautaire en matière de marchés publics ou les règles nationales transposant ce droit.* »

Efficacité et rapidité : il s'agit d'assurer un contrôle indépendant de la régularité de la procédure de passation au plus près de celle-ci, afin que les éventuels manquements soient saisis et corrigés le plus tôt possible et en tous cas avant la conclusion du contrat.

Ces procédures ne sont pas nécessairement juridictionnelles, dès lors qu'elles se déroulent devant un organe indépendant. Le droit français a fait le choix de procédures juridictionnelles avec deux recours contentieux, un principal et un subsidiaire : le référé précontractuel et le référé contractuel.

La très grande majorité de ces recours ont lieu devant le juge administratif, car la plupart des contrats de la commande publique sont des contrats administratifs. Mais pas tous, de sorte que ces recours existent également, mais pour une part marginale, devant les juridictions judiciaires. Je m'en tiendrai au contentieux administratif, dont les règles sont codifiées dans le code de justice administrative.

2.1. Le référé précontractuel (art L. 551-1 à L. 551-12 cja)

C'est le recours principal, qui emprunte aux procédures d'urgence un certain nombre de traits procéduraux destinés à assurer sa rapidité (1) mais qui s'en distingue par l'office du juge, qui est celui d'un juge du fond (2).

Ce recours a d'abord été institué pour transposer la directive recours de 1989 avant d'être étendu à tous les contrats de la commande publique (marchés publics et concessions) mais seulement eux². En effet, il n'a pour objet que de faire respecter les règles de publicité et de mise en concurrence qui s'appliquent à ces contrats. Il n'est ainsi pas applicable aux conventions d'occupation du domaine public, alors même qu'elles sont aujourd'hui soumises à des règles de passation³.

² Cf. art L. 551-1 cja : « 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 par les pouvoirs adjudicateurs de contrats administratifs ayant pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures ou la prestation de services, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation, ou la délégation d'un service public ».

³ CE, 12 mars 1999, Ville de Paris c/ Sté Stella Maillot Orée du Bois, précité: conv d'occup du domaine public sans délég de SP

2.1.1. Un recours rapide (la procédure)

2.1.1.1. Concilier rapidité et contradictoire

La procédure est inspirée de celle applicables aux procédures d'urgence, qui visent à concilier rapidité et respect du principe du contradictoire.

- Elle se déroule devant un juge statuant seul, sans rapporteur public.
- La procédure est à la fois écrite et orale, c'est-à-dire que l'audience publique fait partie de l'instruction. De nouveaux moyens peuvent ainsi être présentés à l'audience. Le Conseil d'Etat a toutefois précisé, ce qui est un bon exemple de cet équilibre entre rapidité et contradictoire, que si les parties peuvent présenter en cours d'audience des observations orales à l'appui de leurs écrits, elles doivent, si elles entendent soulever des moyens nouveaux, les consigner dans un mémoire écrit. Le juge, qui ne saurait accueillir de tels moyens sans avoir mis le défendeur à même de prendre connaissance du mémoire qui les invoque, peut, compte tenu de ces nouveaux éléments, décider que la clôture de l'instruction n'interviendra pas à l'issue de l'audience mais la différer à une date dont il avise les parties par tous moyens. S'il décide de tenir une nouvelle audience, l'instruction est prolongée jusqu'à l'issue de cette dernière (CE, 19 avril 2013, Cne de Mandelieu la Napoule, n° 365617).
- Le juge statue en principe dans un délai de 20 jours. Ce délai n'est pas assorti de conséquences mais il est très généralement respecté.
- Décision rendue en premier et dernier ressort. Elle n'est susceptible que d'un pourvoi en cassation, dans un délai de 15 jours.

2.1.1.2. Les règles de recevabilité

- Requêteurs : «Toute personne est recevable à agir, sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative (CJA), lorsqu'elle a vocation, compte tenu de son domaine d'activité, à exécuter le contrat, y compris lorsqu'elle n'a pas présenté de candidature ou d'offre si elle en a été dissuadée par les manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence qu'elle invoque» (CE, 29 avril 2015, *Syndicat de valorisation des déchets de la Guadeloupe*, n° 386748).
- Recours formé avant la conclusion du contrat : il est irrecevable s'il est formé après. Si le contrat est signé après la saisine du juge, cette signature prive le recours de son objet et ouvre la voie au référé contractuel (cf. B).

Depuis 2009, afin de préserver la possibilité d'un tel recours, les parties ne peuvent signer le contrat avant l'écoulement d'un délai de 16 jours minimum (ou 11 en cas de transmission électronique) à compter de la notification de la décision d'attribuer le contrat. Lorsqu'un recours est formé, le contrat ne peut être signé tant que le juge n'a pas statué. En revanche, le pourvoi en cassation n'est pas suspensif.

2.1.2. Un recours efficace (l'office du juge)

2.1.2.1. La finalité du recours : le contrôle du respect par l'acheteur de ses obligations de publicité et de mise en concurrence.

Seuls peuvent être invoqués les manquements aux règles de publicité, d'égalité d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats, etc.

Sont inopérants les moyens tirés de la violation d'autres règles, telles que celles relatives aux procédures administratives de formation du contrat (transmission au représentant de l'Etat ; validité de la signature du contrat (CE, 8 février 1999, Sté Campenon Bernard SGE, BJDCP 1999, p. 361, concl. Bergeal), ou encore des conséquences éventuelles du contrat sur un autre contrat (CE, 9 juil 1999, SA Bouygues et autres, BJDCP 1999, p. 620, concl. Bergeal), etc.

2.1.3. L'invocabilité des moyens au regard de l'intérêt du requérant (voir II)

2.1.3.1. Pouvoirs et devoirs du juge

Le juge dispose de pouvoirs très étendus pour contraindre la personne publique à respecter ses obligations en matière de publicité et de mise en concurrence (art L. 551-1 cja). Il intervient au cours de la procédure de passation pour corriger les irrégularités afin qu'elle puisse se poursuivre régulièrement, sauf évidemment si le vice affecte la procédure dès son origine. Ainsi, il ne doit prescrire que ce qui est nécessaire pour remédier au manquement constaté. Si celui-ci consiste en une insuffisante information d'un candidat, il peut ordonner à l'acheteur de lui transmettre l'information. La mesure la plus grave est l'annulation de tout ou partie de la procédure, selon que le manquement l'entache entièrement ou complètement. Par exemple, si l'irrégularité consiste en une absence de publicité ou des erreurs dans le règlement de la consultation, l'annulation sera totale. En revanche, s'il entache l'évaluation des offres, la procédure ne sera annulée qu'au stade de l'évaluation des offres.

Le juge peut aussi décider de ne pas sanctionner un manquement « s'il estime, en considération de l'ensemble des intérêts susceptibles d'être lésés et notamment de l'intérêt public, que les conséquences négatives de ces mesures pourraient l'emporter sur leurs avantages » (Art L. 551-2 cja).

2.2. Le référé contractuel (art L. 551-13 à L. 551-23)

Ce recours a été institué par l'ordonnance du 7 mai 2009 pour transposer la directive « recours ». Il vise à en renforcer l'efficacité en ouvrant une voie de droit subsidiaire au cas où le référé précontractuel n'a pu être exercé utilement, c'est-à-dire avant la conclusion du contrat, du fait de l'acheteur. Ses effets sont puissants mais les conditions pour les obtenir sont tellement rigoureuses qu'il n'aboutit qu'exceptionnellement.

Le champ d'application matériel de ce recours est le même, à trois exceptions près (art L. 551-15) que le référé précontractuel. A la différence de ce dernier, il s'exerce alors que le contrat a été signé.

Les personnes habilitées à agir sont les mêmes que pour le référé précontractuel. Toutefois, ne peut agir celui qui n'a pas fait usage du référé précontractuel dans le délai de standstill régulièrement notifié ni celui qui a formé un référé précontractuel qui a été rejeté, l'acheteur ayant respecté le caractère suspensif du référé et s'étant conformé à la décision juridictionnelle rendue. Il est donc ouvert lorsque l'acheteur, soumis à une obligation de standstill, ne l'a pas respectée ou n'a pas respecté le caractère suspensif du recours⁴, ainsi que lorsque l'acheteur, n'étant pas soumis à une obligation de notifier un délai de suspension (procédures adaptées), ne l'a pas fait spontanément (CE, 19 janvier 2011, Grand port maritime du Havre, n° 343435).

La procédure est la même que pour le référé précontractuel. Le délai de recours est de 31 jours.

Le contrat étant signé, il n'y a plus lieu pour le juge d'ordonner des mesures propres à corriger une procédure en cours ; il doit tirer les conséquences d'un manquement sur un contrat déjà signé. Il exerce donc un office différent du juge du référé précontractuel, plus classique : il n'est plus un juge correcteur mais un juge censeur, dont les pouvoirs dépendent du manquement constaté et des effets qu'il peut en tirer.

L'annulation du contrat est limitée aux manquements les plus graves : soit lorsqu'aucune mesure de publicité n'a été prise ou lorsqu'a été omise une publication au JOUE, soit lorsque le contrat a été signé avant l'expiration du délai de standstill si deux conditions sont en outre remplies : cette irrégularité a privé le demandeur de son droit d'exercer un référé précontractuel 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 » (Art L. 551-18 du cja) : conditions rarement réunies.

Si ces conditions ne sont pas réunies mais que le manquement est avéré, le juge doit prononcer une sanction pécuniaire.

Ce dispositif de contrôle juridictionnel de la régularité de la passation des contrats de la commande publique remplit pleinement le double objectif de rapidité et d'efficacité que visait la directive recours dont il est issu. Si l'on s'en tient à son aspect le plus original, qui est le référé précontractuel, il permet, dans de très brefs délais, qui ne retardent donc pas excessivement la passation de la commande

⁴ Ex de méconnaissance de l'obligation de suspension : CE, 15 oct 2016, Min int c. sté Tribord, n° 400791 (Greffé du tribunal administratif ayant mis à disposition du ministre le référé précontractuel déposé par la société requérante, en utilisant l'application informatique «Télérecours» à laquelle est inscrite son administration. Signature du contrat par le ministre quelques heures plus tard); CE, 14 fév 2017, sté des eaux de Marseille, n° 403614 (S'agissant d'un recours envoyé au service compétent du pouvoir adjudicateur par des moyens de communication permettant d'assurer la transmission d'un document en temps réel, la circonstance que la notification ait été faite en dehors des horaires d'ouverture de ce service est dépourvue d'incidence, le délai de suspension courant à compter non de la prise de connaissance effective du recours par le pouvoir adjudicateur, mais de la réception de la notification qui lui a été faite).

publique, de corriger d'éventuelles irrégularités et ainsi de sécuriser le contrat conclu.

S'il atteint ces objectifs, c'est aussi parce qu'il a trouvé un équilibre entre contrôle juridictionnel et sécurité juridique qui évite les recours abusifs des candidats évincés qui seraient tentés de poursuivre une lutte commerciale devant les tribunaux. Cet équilibre repose sur une règle procédurale centrale établissant un lien entre le manquement invoqué et ses effets sur la situation du requérant.

La reconnaissance de cette condition et les questions que posent son application sont une bonne illustration à la fois des objectifs de ce recours et du dialogue des juges européens.

3. LA CONDITION D'INVOCABILITE DES MANQUEMENTS EN FONCTION DE L'INTERET LESE

L'article 1^{er} pt 3 de la directive recours (2007/66/CE du Parlement et du Conseil du 11 déc 2007 prévoit que les procédures de recours doivent être accessibles « *au moins à toute personne ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir un marché déterminé et ayant été ou risquant d'être lésée par une violation alléguée.* »

Ce que le droit français a transposé en ces termes « *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...* » (Art L. 551-1 CJA pour le référé précontractuel ; L. 551-14 pour le référé contractuel).

Sauf pour le représentant de l'Etat dans le cadre du contrôle de légalité des contrats des collectivités locales, qui a toujours intérêt pour agir et peut soulever tout moyen, le texte pose une double condition : l'intérêt à conclure le contrat ; la potentialité d'être lésé par le manquement.

3.1. L'application évolutive de cette double condition en contentieux administratif français

En contentieux administratif français, cette double condition ne s'apprécie pas au même moment : la première (intérêt à conclure le contrat, dont j'ai déjà parlé) est une condition de recevabilité qui s'apprécie au regard des conclusions de la requête ; la seconde (susceptible d'être lésé par le manquement) est une condition d'invocabilité (ou d'opérance) des moyens/manquements et va se traduire par le non examen d'un moyen portant sur un manquement qui n'a pas lésé celui qui l'invoque.

Dans un premier temps, la jurisprudence n'a pas fait cette distinction, posant en principe que toute personne ayant intérêt à conclure le contrat est « susceptible d'être lésée par tout manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence » (CE, 16 octobre 2000, *Société Stereau*, Tables p. 1091), ce qui revenait à neutraliser la seconde condition, comme le montrent les motifs

d'une décision qui indiquent qu'une « entreprise candidate à l'obtention d'un marché peut invoquer devant le juge du référé précontractuel tout manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence, même s'il n'a pas été commis à son détriment » (CE, 19 octobre 2001, *Société Alsthom Transport SA*, aux Tables p. 1038 sur un autre point)⁵. Cela permettait à toute entreprise candidate ou potentiellement candidate, puisqu'il est admis que toute entreprise intervenant dans le secteur concerné est réputée avoir intérêt à conclure le contrat⁶, de faire valoir n'importe quel manquement (et les risques de commettre des irrégularités dans la passation d'un contrat de la commande publique sont à la mesure du formalisme des procédures). Un candidat classé deuxième pouvait ainsi, par exemple, faire annuler une procédure pour une rubrique mal remplie dans l'avis d'appel public à la concurrence, alors même que cela n'avait eu aucun effet sur son offre.

Cette jurisprudence procédait d'un esprit qui était davantage celui d'un contrôle objectif de la légalité de l'action administrative, tel qu'en excès de pouvoir, où la recevabilité s'apprécie au regard des conclusions de la requête et où tous les moyens peuvent être invoqués, alors que la fonction du référé précontractuel est d'assurer, comme on l'a vu, l'égalité d'accès et de traitement des candidats à l'obtention de la commande publique. Dans cette perspective plus subjective, un opérateur économique ne peut se plaindre que d'un manquement qui l'a personnellement touché.

C'est cette logique que le Conseil d'Etat va adopter en 2008.

1.2. L'effectivité de la double condition : la décision *Smirgeomes* (CE Sect, 3 oct 2008, n° 305420) : Le Conseil d'Etat a jugé par cette décision que l'entreprise requérante ne peut invoquer que les manquements qui, « eu égard à leur portée et au stade de la procédure auquel ils se rapportent, sont susceptibles de l'avoir lésée ou risquent de la léser, fût-ce de façon indirecte en avantageant une entreprise concurrente ».

La Cour de cassation a transposé cette jurisprudence (Cass. com., 23 oct. 2012 n° 11-23. Cass. com., 10 déc. 2013, n° 12-25.808).

- Les raisons de ce changement de position.

* Raisons pratiques : Le référé précontractuel était instrumentalisé à des fins de concurrence entre opérateurs économiques, voire pour monnayer un désistement, d'autant que le risque d'erreur de procédure est élevé et que ses modalités procédurales le rendent, comme nous l'avons vu, très efficace.

Le risque pour un pouvoir adjudicateur de commettre une irrégularité est en effet élevé, particulièrement en ce qui concerne les exigences de publicité : les mentions

⁵ Il a ainsi été jugé qu'une entreprise dont la candidature avait été écartée en raison de l'insuffisance de ses références était recevable à invoquer des manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence relatifs à la phase de sélection des offres, alors que de tels manquements non seulement n'avaient pas été commis à son détriment, mais avaient été, par construction, insusceptibles de lui causer le moindre préjudice (cf. CE, 20 octobre 2006, *Syndicat des eaux de Charente-Maritime*, aux Tables p. 1077).

⁶ CE, 8 août 2008, Région Bourgogne, aux T

qui doivent figurer, en vertu des textes européens et nationaux, dans les avis d'appel public à la concurrence étaient et sont encore nombreuses et souvent de nature à piéger un acheteur même vigilant. Passer une commande publique d'une certaine importance est, même pour les acheteurs les mieux conseillés, « une aventure hasardeuse »⁷.

Or, contrairement aux manquements aux obligations de mise en concurrence (recevabilité des candidatures et des offres ; critères de sélection ; etc.), dont le juge peut apprécier la portée sur la régularité de la procédure, le manquement à une obligation formelle, souvent beaucoup moins importante, entraîne en principe l'annulation de la procédure et qui doit être reprise en intégralité.

Les conséquences pratiques de l'annulation d'une procédure de passation d'un marché public ou d'une délégation de service public ne sont pas anodines, en termes de coût de l'opération comme du retard pris à conclure le contrat, une procédure prenant toujours plusieurs mois voire, pour les plus importantes, notamment les concessions, plus d'une année.

Comme le faisait observer le rapporteur public de la décision *Smirgeomes* : « Quand on met en regard les motifs de certaines annulations et les conséquences de celles-ci, on peut donc légitimement s'interroger sur la pertinence du dispositif. »

* Raisons juridiques. Mais ces raisons pratiques ne sont pas les seules. Le référé précontractuel n'était plus la seule voie pour contrôler la légalité de la passation des contrats administratifs.

Quelques mois avant la décision *Smirgeomes*, le Conseil d'Etat avait opéré le premier mouvement de l'importante reconstruction du contentieux contractuel que nous a exposée hier la présidente Maugué, en ouvrant aux candidats évincés de la conclusion d'un contrat administratif la possibilité de former un recours de pleine juridiction contre le contrat ou l'une de ses clauses (Ass, 16 juillet 2007, *sté Tropic Travaux Signalisation*), recours qui allait sept plus tard être ouvert à tous les tiers. L'année précédente avait également été celle de la publication de la directive du 11 décembre 2007 qui institue le référé contractuel, qui permet sous certaines conditions aux candidats évincés d'obtenir la nullité du contrat en cas de manquements particulièrement graves et sous réserve que des raisons impérieuses d'intérêt général ne s'y opposent pas.

Ces nouveaux recours contentieux et les équilibres particuliers qu'ils établissent entre la légalité et la sécurité juridique permettaient de recentrer le référé précontractuel sur sa véritable fonction, qui est de mettre fin en urgence aux manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence subis par ceux qui s'en plaignent.

Et donc de revenir à la lettre du texte, qui était aussi la position de la CJCE (cf. 19 juin 2003, Werner Hackermüller, aff. C-249/01).

- Application

⁷ G. Eckert, « Réflexions sur l'évolution du droit des contrats publics », RFDA 2006, p. 238.

Ainsi, une entreprise qui n'a pas été candidate ne pourra invoquer de manquement qu'à la condition de démontrer que les mesures de publicité du marché l'ont privé de la possibilité d'être candidate, soit qu'elles étaient insuffisantes, soit que les erreurs qu'elles comportaient l'ont dissuadé de se porter candidate.

Une entreprise dont la candidature n'était pas recevable ne pourra invoquer des manquements postérieurs, sauf si elle démontre qu'elle a été irrégulièrement exclue et qu'elle avait ainsi vocation à participer à la phase de la procédure entachée d'irrégularité.

Enfin, une entreprise dont la candidature a été retenue et qui a présenté une offre ne sera plus recevable à invoquer des manquements relatifs à la phase de la procédure antérieure à la sélection de son offre, qui par définition ne l'ont pas empêchée de présenter son offre (CE, 5 novembre 2008, *Cne de Saint-Nazaire*, req. n° 310484).

Un candidat qui a obtenu un bonus non prévu ne pourra invoquer le fait qu'il n'était pas prévu (CE, 8 juillet 2009, *Min de la justice*, n° 318817).

Cette nouvelle approche a notamment permis de neutraliser des irrégularités formelles qui constituaient autant de pièges administratifs pour les pouvoirs adjudicateurs sans porter sur des éléments d'information utiles pour les candidats et qui n'étaient donc jamais susceptibles de les léser : absence de mention de la date d'envoi de l'avis d'appel public à la concurrence à l'office des publications officielles de l'Union européenne, imprécision dans la qualification du marché au regard de la nomenclature communautaire ou erreur dans les codes CPV (CE, 5 nov. 2008, *Cne Saint-Nazaire et autres*, n° 310484).

Si le juge du référé précontractuel doit désormais expressément identifier un lien entre le manquement et la situation du candidat qui l'invoque, il n'est pas nécessaire que la lésion soit certaine – il suffit que le candidat soit « susceptible » d'être lésé par ce manquement (CE, 29 avr. 2011, *Garde des Sceaux*, n° 344617). Il ne s'agit donc pas de rechercher si le manquement lui a effectivement fait perdre une chance d'obtenir le marché (condition qui existe pour le référé contractuel).

Il n'appartient pas non plus au juge des référés de rechercher si le manquement invoqué a été susceptible de léser davantage le requérant que les autres candidats (CE, 1er juin 2011, *Cne Saint-Benoît*, n° 354649).

Cette nouvelle jurisprudence a fait chuter de moitié le nombre d'annulations de procédures par les TA : 50 % avant ; 25 % dans les années suivantes, taux qui est tombé, ces dernières années, autour de 15 % (pour un nombre de recours annuels entre 350 et 400 – 228 en 2022). Les pourvois en cassation sont bien moins nombreux (13 décisions rendues par le CE en 2022).

3.2. L'application de cette condition en cas d'irrégularité de la candidature ou de l'offre : un revirement de jurisprudence sous influence européenne

- La jurisprudence du CE a poussé cette logique de la causalité assez loin en jugeant qu'un candidat dont la candidature ou l'offre était irrecevable ou irrégulière, qui n'avait donc aucune chance d'obtenir le marché, ne pouvait être lésé par aucune irrégularité, y compris celle tenant à ce que le marché avait été attribué à une offre elle-même irrégulière (11 avril 2012, *Syndicat Ody 1218 Newline du Lloyd's de Londres et a.*, n° 354652, aux T), sauf bien entendu si le manquement est la cause du motif d'irrégularité de l'offre (12 mars 2012, *Sté Clear Channel France*, n° 353826, au rec).

C'était peut-être aller trop loin car la décision *Smirgeomes* reconnaît la lésion indirecte, lorsque le manquement est susceptible d'avantager une entreprise concurrente, ce qui est le cas lorsqu'il consiste à avoir attribué le contrat à une candidature ou à une offre irrégulière ou irrecevable⁸.

- Cette solution s'est rapidement trouvée en contradiction avec la jurisprudence de la CJUE qui a jugé en 2013, par un arrêt *Fastweb*, confirmé en 2016 en Grande Chambre, que l'action incidente de l'adjudicataire tendant à déclarer irrecevable le recours du candidat évincé, « ne peut pas conduire à écarter le recours d'un soumissionnaire dans l'hypothèse où la régularité de l'offre de chacun des opérateurs est mise en cause dans le cadre de la même procédure et pour des motifs de nature identique. Dans une telle situation, chacun des concurrents peut faire valoir un intérêt légitime équivalent à l'exclusion de l'offre des autres, pouvant aboutir au constat de l'impossibilité, pour le pouvoir adjudicateur, de procéder à la sélection d'une offre régulière», ouvrant ainsi la voie au lancement d'une nouvelle procédure (CJUE, 4 juillet 2013, *Fastweb*, n° C-100/12, § 33; CJUE Gde Ch, 5 avril 2016, *PFE*, aff. C-689/13, pt 28)¹⁰.

⁸ Il avait néanmoins apporté une nuance à cette jurisprudence en jugeant que « le pouvoir adjudicateur ne peut utilement se prévaloir, pour faire échec à un référé précontractuel, de ce que la candidature du requérant était irrecevable, faute de comporter l'ensemble des pièces requises et de ce que le requérant serait dès lors insusceptible d'être lésé par les manquements qu'il invoque, dès lors que ce pouvoir adjudicateur n'a ni rejeté la candidature, ni en application de l'article 52 du Code des marchés public, sollicité une régularisation (CE, 3 déc. 2014, Dpt Loire-Atlantique, n° 384180).

⁹ La Cour a ensuite précisé que l'impossibilité d'opposer au candidat évincé qui fait valoir que l'offre retenue est irrégulière l'irrégularité de sa propre offre s'applique quel que soit le nombre de candidats (PFE, § 24-30) et n'est pas subordonnée à la preuve, que le candidat évincé serait d'ailleurs bien en peine d'apporter, faute de connaître le contenu des autres offres, de l'irrégularité des offres moins bien classées, ni à celle, tout aussi difficile, de ce que le pouvoir adjudicateur sera effectivement amené à réitérer la procédure de passation de marché public, «l'existence d'une telle possibilité, précise la cour, doit être considérée comme étant suffisante à cet égard» (CJUE, 5 septembre 2019, Lombardi, aff. C-333/18).

¹⁰ Ce n'est que dans le cas très particulier où la décision d'éviction du requérant était devenue définitive, car confirmée par une décision ayant acquis l'autorité de la chose jugée avant que la juridiction saisie du recours ne statue, que le soumissionnaire peut être regardé comme étant dépourvu d'intérêt pour agir (CJUE, 21 décembre 2016, Caverion, aff. C-355/15, dont la portée très circonscrite a été soulignée par la décision du 11 mai 2017, Archus et Gama, aff. C-131/16, § 57 ; CJUE, 9 février 2023, Vz c. Ca, aff. C-53/22). Le CE a fait application de cette jurisprudence : CE, 1er juin 2023, société Vinci Airports, n° 468930.

- La prise en compte de la jurisprudence européenne par le CE

Par une décision *Société Clean Building* du 27 mai 2020 (n° 435982) le CE a abandonné sa jurisprudence *Syndicat Ody 1218 Newline du Lloyd's de Londres* et juge désormais que «la circonstance que l'offre du concurrent évincé, auteur du référé contractuel, soit irrégulière ne fait pas obstacle à ce qu'il puisse se prévaloir de l'irrégularité de l'offre de la société attributaire du contrat en litige».

Tel est le paysage contentieux tant européen que français dans lequel surgit un arrêt de la CJUE du 24 mars 2021, *NAMA* (C-771/19), dont la portée est pour nous source d'interrogations.

3.3. La question de la portée de l'arrêt *NAMA*

On lit dans cet arrêt *NAMA* que le soumissionnaire évincé peut invoquer « tous les moyens tirés de la violation du droit de l'Union en matière de marchés publics ou des règles nationales transposant ce droit, y compris des moyens qui ne présentent pas de lien avec les irrégularités en raison desquelles son offre a été exclue ».

Cette affirmation va-t-elle plus loin que la jurisprudence *Fastweb* ?

Celle-ci ne concernait que la régularité de l'offre retenue et semblait juger que l'irrégularité de l'offre du candidat évincé ne pouvait faire obstacle à ce qu'il se prévale de l'irrégularité de l'offre retenue.

C'est ainsi que le CE l'a lue et en a fait application dans sa décision précitée *sté Clean Building*, en limitant les possibilités de contestation pour le candidat évincé en raison de l'irrégularité de sa candidature ou de son offre aux irrégularités de l'offre retenue. Si les causes des irrégularités peuvent être différentes, ce n'est que lorsque l'irrégularité de l'offre retenue est invoquée par le requérant que l'irrégularité de sa propre offre ne peut lui être opposée. En revanche, l'irrégularité de son offre devrait continuer à le priver de la possibilité d'invoquer tout autre motif d'irrégularité de la procédure que le fait d'avoir retenu une offre irrégulière.

La question que nous pose l'arrêt *NAMA* est donc celle de savoir si elle revient à abandonner la condition d'invocabilité des manquements tenant à ce qu'ils aient lésé le requérant, ce qui reviendrait en droit français à revenir à la jurisprudence antérieure à la décision *Smirgeomes*. Ne demeurerait qu'une seule condition de recevabilité, tenant à « l'intérêt à conclure le contrat ».

Une telle solution nous semble à la fois contestable au regard du droit de l'Union et très inopportune.

Contestable car elle neutralise une condition qui figure dans le texte de la directive et car une conception aussi extensive ne correspond pas à l'état antérieur de la jurisprudence de la Cour. Un arrêt de chambre sans conclusions d'avocat général ne saurait infléchir une ligne jurisprudentielle constante.

Très inopportune car, je l'ai dit, la conception initiale de la jurisprudence française a révélé un usage abusif et détourné du référé précontractuel.

A ce stade, les juridictions administratives françaises, et notamment le Conseil d'Etat, n'ont pas eu à trancher la question.

Nous l'avons récemment évoquée dans un colloque avec le Conseil d'Etat grec qui avait posé à la CJUE la question préjudicielle à l'origine de la jurisprudence *NAMA*. Selon lui, l'arrêt de la Cour n'infléchit pas la ligne jurisprudentielle issue de l'arrêt *Fastweb*, dont elle fait simplement application dans le cadre très particulier de la procédure grecque, qui comporte une première phase d'examen de la régularité des candidatures et des offres. Dans ce cadre, toute exclusion est fondée sur une irrégularité, de sorte que la formulation générale de l'arrêt ne concerne en fait que les irrégularités.

Ce qui est de nature, pour le moment, à nous rassurer...