

MARCHÉS PUBLICS (Contentieux des)

par

Marc de MONSEMBERNARD
Avocat au barreau de Paris
KGA Avocats

TABLE DES MATIÈRES

Généralités, 1-4.

TIT. 1. – Marché public et compétence juridictionnelle, 5-48.

CHAP. 1. – Marché public et compétence de la juridiction administrative, 5-44.

SECT. 1. – Compétence de la juridiction administrative en matière de contentieux de la passation, 6-23.

ART. 1. – MARCHÉS PUBLICS PASSÉS EN APPLICATION DU CODE DES MARCHÉS PUBLICS, 11-19.

ART. 2. – MARCHÉS PUBLICS PASSÉS EN APPLICATION DE L'ORDONNANCE N°2005-649 DU 6 JUIN 2005, 20-23.

SECT. 2. – Répartition des compétences entre les deux ordres de juridiction en matière de contentieux de l'exécution des marchés publics, 24-44.

ART. 1. – DOMAINE DE LA COMPÉTENCE ADMINISTRATIVE EN MATIÈRE D'EXÉCUTION DES CONTRATS ADMINISTRATIFS, 25-30.

§ 1. – *Hypothèses où les parties à l'action contentieuse sont liées par un contrat de droit public : les litiges entre l'administration et le titulaire du marché, 25-26.*

§ 2. – *Hypothèses où les parties à l'action contentieuse ne sont pas liées par un contrat, 27-30.*

ART. 2. – DOMAINE DE LA COMPÉTENCE JUDICIAIRE EN MATIÈRE D'EXÉCUTION DES CONTRATS ADMINISTRATIFS, 31-44.

§ 1. – *Hypothèses où les parties à l'action contentieuse sont liées par un contrat de droit privé, 31-35.*

§ 2. – *Hypothèses où les parties à l'action contentieuse ne sont pas liées par contrat, 36-41.*

§ 3. – *Hypothèses en rapport avec l'exécution de travaux publics, 42-44.*

CHAP. 2. – Compétence au sein de la juridiction administrative : répartition des compétences au sein des tribunaux administratifs, 45-48.

TIT. 2. – Contentieux de la formation du marché, 49-431.

CHAP. 1. – Recours en excès de pouvoir, 51-166.

SECT. 1. – Principe : irrecevabilité du recours pour excès de pouvoir à l'encontre des marchés publics, 52-53.

SECT. 2. – Exception : recevabilité du recours pour excès de pouvoir à l'encontre des clauses réglementaires des marchés publics, 54-66.

ART. 1. – DÉFINITION DE LA CLAUSE RÉGLEMENTAIRE, 56-59.

ART. 2. – CONDITIONS DE RECEVABILITÉ, 60-61.

§ 1. – *Intérêt à agir, 60.*

§ 2. – *Délai de recours, 61.*

ART. 3. – MOYENS INVOCABLES, 62-63.

ART. 4. – EFFET DE L'ANNULATION DE LA CLAUSE RÉGLEMENTAIRE, 64-65.

ART. 5. – RÉFÉRÉ-SUSPENSION, 66.

SECT. 3. – Tempérament : recours pour excès de pouvoir à l'encontre des actes détachables du contrat, 67-166.

ART. 1. – CONDITIONS DE RECEVABILITÉ, 69-109.

§ 1. – *Conditions relatives à l'acte, 69-84.*

§ 2. – *Conditions relatives à la personne du requérant, 85-105.*

§ 3. – *Conditions relatives aux délais de recours, 106-109.*

ART. 2. – RÉFÉRÉ-SUSPENSION, 110-114.

ART. 3. – MOYENS DE LÉGALITÉ SUSCEPTIBLES D'ÊTRE INVOQUÉS, 115-125.

MARCHÉS PUBLICS (Contentieux des)

ART. 4. – EFFETS DE L'ANNULATION D'UN ACTE DÉTACHABLE DU CONTRAT, 126-166.

§ 1. – *Principes régissant l'office du juge de l'exécution*, 127-142.

§ 2. – *Mise en œuvre de la modulation des effets de l'annulation de l'acte détachable*, 143-166.

CHAP. 2. – Recours de plein contentieux à l'encontre du marché, 167-295.

SECT. 1. – Recours en contestation de la validité du contrat, 167-295.

ART. 1. – RECOURS FORMÉ PAR LES CONCURRENTS ÉVINCÉS, 167-198.

§ 1. – *Recours au fond*, 170-187.

§ 2. – *Référé-suspension*, 188-198.

ART. 2. – DÉFÉRÉ PRÉFECTORAL, 199-254.

§ 1. – *Définition et nature du déféré préfectoral*, 199-201.

§ 2. – *Conditions de recevabilité du déféré*, 202-245.

§ 3. – *Moyens de légalité susceptibles d'être invoqués*, 246-248.

§ 4. – *Jugement*, 249-250.

§ 5. – *Référé-suspension*, 251-254.

ART. 3. – RECOURS FORMÉ PAR LES PARTIES, 255-295.

§ 1. – *Conditions de recevabilité du recours*, 257-266.

§ 2. – *Référé-suspension*, 267-270.

§ 3. – *Moyens de légalité susceptibles d'être invoqués*, 271-273.

§ 4. – *Déroulement du procès, pouvoirs du juge*, 274-287.

§ 5. – *Effets du jugement*, 288-295.

CHAP. 3. – Référé spécifiques à la matière contractuelle : référé précontractuel et contractuel, 296-431.

SECT. 1. – Référé précontractuel, 302-408.

ART. 1. – CHAMP D'APPLICATION MATÉRIEL DU RÉFÉRÉ, 302-306.

§ 1. – *Référé précontractuel de l'article L. 551-1*, 302-303.

§ 2. – *Référé précontractuel de l'article L. 551-5*, 304-306.

ART. 2. – RECEVABILITÉ, 307-323.

§ 1. – *Auteur du recours*, 307-314.

§ 2. – *Moment du recours*, 315-321.

§ 3. – *Ministère d'avocat*, 322.

§ 4. – *Formalité non prescrite à peine d'irrecevabilité*, 323.

ART. 3. – EFFET DU RECOURS, 324.

ART. 4. – IRRÉGULARITÉS INVOCABLES, 325-364.

§ 1. – *Manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence*, 325-351.

§ 2. – *Manquements susceptibles de léser ou d'avoir léser le candidat*, 352-364.

ART. 5. – IRRÉGULARITÉS NON INVOCABLES, 365-370.

ART. 6. – INSTRUCTION, 371-379.

ART. 7. – POUVOIRS DU JUGE, 380-397.

§ 1. – *Référé précontractuel de l'article L. 551-1*, 383-391.

§ 2. – *Référé précontractuel de l'article L. 551-5*, 392-395.

§ 3. – *Dispositions communes*, 396-397.

ART. 8. – VOIES DE RECOURS, 398-408.

§ 1. – *Pourvoi en cassation*, 398-407.

§ 2. – *Tierce opposition*, 408.

SECT. 2. – Référé contractuel, 409-431.

ART. 1. – CHAMP D'APPLICATION, 409-410.

ART. 2. – RECEVABILITÉ, 411-419.

§ 1. – *Requérants*, 411-417.

§ 2. – *Délai*, 418.

§ 3. – *Conclusions*, 419.

ART. 3. – EFFET DU RECOURS : ABSENCE DE SUSPENSION AUTOMATIQUE, 420.

ART. 4. – MANQUEMENTS INVOCABLES, 421.

ART. 5. – POUVOIRS DU JUGE, 422-427.

ART. 6. – PROCÉDURE, 428-429.

ART. 7. – RECOURS, 430-431.

TIT. 3. – Contentieux de l'exécution du marché, 432-457.

CHAP. 1. – Recours pour excès de pouvoir, 433-442.

SECT. 1. – Conditions de recevabilité du recours, 433-436.

ART. 1. – IRRECEVABILITÉ DE L'ACTION EN CAS DE RECOURS DES COCONTRACTANTS, 433.

ART. 2. – CONDITIONS DE RECEVABILITÉ DE L'ACTION EN CAS DE RECOURS DES TIERS, 434-436.

SECT. 2. – Référé-suspension, 437.

SECT. 3. – Moyens invocables, 438-439.

SECT. 4. – Déroulement du procès, pouvoirs du juge, 440.

SECT. 5. – Effets des jugements, 441-442.

CHAP. 2. – Recours de plein contentieux, 443-457.

SECT. 1. – Conditions de recevabilité, 443-457.

ART. 1. – PRINCIPE D'IRRECEVABILITÉ DES RECOURS EN NULLITÉ CONTRE LES MESURES D'EXÉCUTION DES CONTRATS ADMINISTRATIFS, 443-445.

ART. 2. – ACTION EN REPRISE DES RELATIONS CONTRACTUELLES, 446-454.

§ 1. – *Recours au fond*, 446-451.

§ 2. – *Référé-suspension*, 452-454.

ART. 3. – MOYENS INVOCABLES, 455-456.

ART. 4. – EFFETS DU JUGEMENT, 457.

TIT. 4. – Modes alternatifs de règlement des litiges, 458-578.

CHAP. 1. – Recours ou réclamation préalables, 461-487.

SECT. 1. – Principes généraux, 461-465.

SECT. 2. – Procédures prévues par les CCAG, 466-487.

- ART. 1. – PROCÉDURE PRÉVUE PAR LE CCAG TRAVAUX, 467-474.
- ART. 2. – PROCÉDURE PRÉVUE PAR LES CCAG FCS, MI, PI ET TIC, 475-477.
- ART. 3. – EFFETS DU RECOURS, 478-487.
- § 1. – *Liaison du contentieux*, 478.
- § 2. – *Recevabilité de la requête*, 479-484.
- § 3. – *Délais du recours*, 485-487.
- CHAP. 2. – Conciliation, 488-502.**
- SECT. 1. – Conciliation informelle, 488-493.**
- SECT. 2. – Conciliation institutionnalisée : les Comités consultatifs de règlement amiable (CCRA), 494-502.**
- CHAP. 3. – Transaction, 503-564.**
- SECT. 1. – Nature de la transaction, 503-507.**
- ART. 1. – DÉFINITION, 503-504.
- ART. 2. – TRANSACTION ET CONTRAT ADMINISTRATIF, 505-507.
- SECT. 2. – Conditions de régularité de la transaction, 508-544.**
- ART. 1. – CAPACITÉ À TRANSIGER, 509-511.
- ART. 2. – COMPÉTENCE DES SIGNATAIRES, 512-514.
- ART. 3. – FORME DE LA TRANSACTION, 515-516.
- ART. 4. – CONDITIONS DE FOND DE LA TRANSACTION, 517-527.
- § 1. – *Licéité de la cause*, 517.
- § 2. – *Licéité de l'objet*, 518-521.
- § 3. – *Absence de libéralité consentie par la personne publique*, 522-527.
- ART. 5. – CONSÉQUENCES D'UNE IRRÉGULARITÉ DE LA TRANSACTION, 528-530.
- ART. 6. – EFFETS DE LA TRANSACTION, 531-537.
- § 1. – *Effets entre les parties*, 531-532.
- § 2. – *Effets sur les litiges en cours ou à naître*, 533-536.
- § 3. – *Effet relatif de la transaction*, 537.
- ART. 7. – EXÉCUTION DE LA TRANSACTION, 538-544.
- § 1. – *Impossibilité de recourir aux voies d'exécution administrative*, 539.
- § 2. – *Voies de recours*, 540-544.
- SECT. 3. – Homologation de la transaction, 545-564.**
- ART. 1. – HOMOLOGATION D'UN ACCORD METTANT FIN AU LITIGE DONT LE JUGE EST SAISI, 545-546.
- ART. 2. – HOMOLOGATION D'UNE TRANSACTION EN DEHORS DE TOUT LITIGE CONTENTIEUX, 547-564.
- § 1. – *Cas dans lesquels peut être formée, en dehors de tout litige contentieux, une demande d'homologation d'une transaction*, 550-552.
- § 2. – *Conditions de saisine du juge : le caractère exécutoire de la transaction*, 553-555.
- § 3. – *Procédure juridictionnelle*, 556-559.
- § 4. – *Contrôle du juge sur le contenu de la transaction*, 560.
- § 5. – *Jugement statuant sur la demande d'homologation*, 561-563.
- § 6. – *Voie de recours contre la décision statuant sur la demande d'homologation*, 564.
- CHAP. 4. – Arbitrage, 565-578.**
- SECT. 1. – Recours à l'arbitrage en matière de marchés, 566-570.**
- ART. 1. – PRINCIPE : PROHIBITION DU RECOURS À L'ARBITRAGE, 566-568.
- ART. 2. – DÉROGATIONS, 569-570.
- SECT. 2. – Procédure arbitrale, 571-577.**
- SECT. 3. – Exécution de la sentence arbitrale, 578.**

BIBLIOGRAPHIE

BERGEAL et LENICA, Le contentieux des marchés publics, 2^e éd., 2010, coll. Contrats publics spéciaux, Éd. Le Moniteur. – GUETTIER, Droit des contrats administratifs, 3^e éd., 2011, coll. Thémis, PUF. – GUÉZOU (dir.), Droits des marchés publics et contrats spéciaux, Éd. Le Moniteur. – LAFAIX, Essai sur le traitement des irrégularités dans les contrats de l'Administration, 2009, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz. – DE LAUBADÈRE, MODERNE et DELVOLVÉ, Traité des contrats administratifs, 2^e éd., 1983, LGDJ. – POUYAUD, La nullité des contrats administratifs, 1991, Bibliothèque du droit public, LGDJ. – RICHER, Droit des contrats administratifs, 8^e éd., 2012, LGDJ. – V. aussi Conseil d'État, Régler autrement les conflits : conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative, Doc. fr., 1993. – V. aussi Conseil d'État, Rapport public 2008, t. II, Le contrat, mode d'action publique et de production de normes, EDCE n° 59, Doc. fr. 2008.

BERGEAL, La transposition de la directive Recours apporte de la sécurité juridique aux acheteurs publics, AJDA 2009. 1012. – BRACONNIER, Arbitrage et contrats publics d'affaires. Vers la consécration d'un principe d'arbitrabilité, in Contrats publics,

Mélanges Guibal, 2006, Université Montpellier I. – BRACONNIER, L'autonomie contrastée du contentieux des contrats publics d'affaires, RD publ. 2010. 327. – BRACONNIER et NOGUELLOU, La transformation du contentieux contractuel, RDI 2010. 265. – CHABANOL, Le choix du contractant : pouvoir discrétionnaire ou lié, in Contrats publics, Mélanges Guibal, 2006, Université Montpellier I. – CHAVRIER, Réflexions sur la transaction administrative, RFDA 2000. 548. – DARCY, Variations sur l'acte détachable du contrat, in Contrats publics, Mélanges Guibal, 2006, Université Montpellier I. – DELELIS, Les insuffisances des procédures de référé, AJDA 2011. 320. – DUCAROUGE, Le juge administratif et les modes alternatifs de règlement des conflits : transaction, médiation, conciliation et arbitrage en droit public français, RFDA 1996. 86. – DUPUY, Rappel des principes de la conciliation, une nouvelle forme de règlement des conflits, RFDA 1999. 611. – FORNACCIARI, Contribution à la résolution de quelques paradoxes, EDCE 1988. 93. – GAUDEMET, Le précontentieux : le règlement non juridictionnel des conflits dans les marchés publics, AJDA 1994. 84, n° spécial. – GOURDOU et TERNEYRE, Pour une clarification du contentieux de la légalité en matière contractuelle, CJEG 1999. 249; Le référé précontractuel administratif au

MARCHÉS PUBLICS (Contentieux des)

lendemain de la réforme législative des procédures d'urgence, CJEG 2001. 135. – GUILLAUME-HOFNUNG, La médiation, AJDA 1997. 30. – IDOUX et UBAUD-BERGERON, Procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique – À propos de l'ordonnance du 7 mai 2009, JCP 2009. 201. – JARROSSON, Remarques sur la circulaire du 6 février 1995 relative au développement de la transaction en matière administrative, Rev. arb. 1995. 435. – JOUGUELET, La nouvelle directive «Recours»: des nouveautés surprenantes?, BJCP 2008. 2. – KENFACK, Vent de faveur sur la transaction?, AJDA 2004. 242. – KLOEPFER, Réflexions sur l'admission du recours pour excès de pouvoir en matière contractuelle, AJDA 2003. 585. – LAFAIX, La nouvelle directive «Recours» ou l'esquisse d'une exigence de sanction adaptée, Contrats Marchés publ. 2008. Étude 4; La systématisation inachevée du contentieux de la commande publique, Contrats Marchés publ. 2008. Étude 8. – LAGUMINA et E. PHILIPPE, Le référé précontractuel. Bilan et perspectives, AJDA 2000. 283. – LE GARS, Conciliation et médiation en matière administrative, AJDA 2000. 507. – LINDITCH, Recours Tropic. La condition tenant à l'urgence, obstacle insurmontable à l'obtention du référé-suspension, JCP A 2008. 2075; Transposition de la directive Recours, suite et fin? – Premier regard, sur le décret d'application du 27 novembre 2009, JCP A 2009. 2298. – LLORENS et SOLER-COUTEAUX, Le recours des candidats évincés contre les contrats: embarras du choix ou embarras tout

court?, Contrats Marchés publ. 2007. Repère 8; Des limites du recours «Tropic travaux signalisation», Contrats Marchés publ. 2008. Repère 5; L'arrêt «Smirgeomes» et la restructuration du contentieux des contrats administratifs: la voie de la raison, Contrats Marchés publ. 2008. Repère 10; Quel avenir pour la jurisprudence Tropic après la transposition de la directive «Recours»? Contrats Marchés publ. 2009. Repère 6; Vers une harmonisation du contentieux administratif des contrats?, Contrats Marchés publ. 2010. Repère 6; Le contentieux des contrats publics en mouvement, Contrats Marchés publ. 2011. Repère 3; Un nouvel élan pour le recours Tropic? À propos de l'avis du Conseil d'État du 11 avril 2012, Contrats Marchés publ. 2012. Repère 5. – LOUIS et SOLER-COUTEAUX, Du bon usage de la transaction administrative dans les contrats publics, Contrats Marchés publ. 2000. Chron. 2. – LYON-CAEN, Sur la transaction en droit administratif, AJDA 1997. 48. – MÈNÉ-MÉNIS, Un contentieux en pleine évolution, AJDA 2011. 308. – MUNOZ, Pour une logique de la conciliation, AJDA 1997. 41. – PEZ, Transposition de la nouvelle directive «Recours»: du référé précontractuel au référé contractuel, Dr. adm. 2009. Comm. 92. – RICHER, Les modes alternatifs de règlement des litiges et le droit administratif: AJDA 1997. 3. – TERNEYRE, Les paradoxes du contentieux de l'annulation des contrats administratifs, EDCE 1987. 69. – WALINE, Contrats et recours pour excès de pouvoir, in Juger l'administration, administrer la justice, Mélanges Labetoulle, 2007, Dalloz.

Généralités

1. Le présent fascicule a pour objet le contentieux administratif des marchés publics, c'est-à-dire l'ensemble des règles, principes et procédures régissant les recours pouvant être exercés, devant les juridictions administratives, pour régler les litiges nés de la passation et de l'exécution des marchés publics. Il inclut l'examen des voies permettant d'éviter ce contentieux.

2. La définition de la notion de marché public appellerait, pour être exhaustive, plus que des éclaircissements, d'amples développements auxquels de nombreux travaux ont déjà été consacrés. Elle ne sera exposée que brièvement, pour les besoins de ce qui suivra. Il sera donc renvoyé, pour un examen plus approfondi, aux plus récentes des publications consacrées à ce sujet (not., NOGUELLOU, J.-Cl. Contrats Marchés publ. fasc. 40, «Champ d'application organique» et fasc. 41, «Champ d'application matériel»; C. marchés, Dalloz 2012. Comm. Ménéménis, annot. sous art. 3; C. marchés LexisNexis 2013. Comm. Llorens et Soler-Couteaux [dir.], annot. sous art. 1, 2 et 3).

3. L'étude du contentieux des marchés publics recouvre le traitement, juridictionnel et non juridictionnel, des différends se rapportant non seulement aux marchés eux-mêmes, mais aussi et uniquement à certaines de leurs clauses ainsi qu'aux actes administratifs unilatéraux qui interviennent dans leur passation et leur exécution. Elle traitera, non des règles de droit auxquelles doivent se conformer les marchés ainsi que les actes relatifs à leur passation et à leur exécution, que ce soit du point de vue de la compétence, de la forme, de la procédure ou du fond, mais uniquement des mécanismes permettant de sanctionner leur méconnaissance par l'acheteur public et son cocontractant.

4. L'étude du contentieux des marchés publics ne traitera pas, compte tenu de l'existence de fascicules spécifiques, des mécanismes d'indemnisation des parties au contrat (V. Rép. resp. puiss. publ., v^o Responsabilité contractuelle, Enrichissement sans cause et Responsabilité décennale).

TITRE 1^{er}

Marché public et compétence juridictionnelle

CHAPITRE 1^{er}

Marché public et compétence de la juridiction administrative

5. La délimitation de la compétence de la juridiction administrative en matière de contentieux des marchés publics conduit à distinguer le contentieux de la passation du marché de celui de son exécution. S'agissant du contentieux de la passation, il s'agit de distinguer les «marchés publics de droit public» des «marchés publics de droit privé», en fonction des critères traditionnels sur lesquels repose la définition des contrats

administratifs. S'agissant du contentieux de l'exécution, ce sera non seulement la nature du contrat qui sera prise en compte, mais également la nature de la relation juridique qui lie les parties au litige, qui peuvent se trouver l'une vis-à-vis de l'autre dans une relation contractuelle de droit public, une relation contractuelle de droit privé ou dans une relation non contractuelle.