

FICHE

Les recours contentieux liés à la passation des contrats de la commande publique

Les procédures de passation des contrats de la commande publique peuvent être contestées devant le juge administratif. Ce juge veille au respect des principes constitutionnels de la commande publique, en particulier à l'égalité d'accès à celle-ci et à la transparence des procédures.

Plusieurs recours peuvent être intentés par les tiers intéressés : chacun est soumis à un régime spécifique. Ils peuvent être formés avant ou après la conclusion du contrat, devant le juge de l'urgence ou le juge du contrat. Ce risque doit être pris en compte par les acheteurs publics, dont l'action est soumise au contrôle du juge, tout au long de la passation du contrat et après sa signature.

Le juge est doté de pouvoirs importants et diversifiés : il peut arrêter une procédure de passation à tous les stades, annuler un contrat en en modulant l'effet dans le temps, et depuis 2009, infliger à l'acheteur négligent une amende financière. Rappelons, par ailleurs, que méconnaître les dispositions législatives ou réglementaires relatives à la publicité et à la mise en concurrence peut constituer un délit pénalement sanctionné¹.

1. Les procédures d'urgence

1.1. Le référé précontractuel, jusqu'à la signature du contrat

Le référé précontractuel a été créé par la directive 89/665/CEE du 21 décembre 1989², et introduit dans notre droit par la loi n° 92-10 du 4 janvier 1992. Il est régi par les [articles L. 551-1 à L. 551-12](#), et [R. 551-1 à R. 551-6 du code de justice administrative](#), pour les contrats de droit public³.

Ce recours a pour but de prévenir la passation d'un contrat qui méconnaîtrait les règles de publicité et de mise en concurrence applicables. Il permet aux candidats constatant un manquement à ces règles d'obtenir du juge du référé qu'il prononce les mesures nécessaires pour y remédier, avant la signature du contrat.

¹ L'[Art. 432-14 du code pénal](#) punit le délit de favoritisme de deux ans d'emprisonnement et de 200 000 euros d'amende.

² Directives « recours » [89/665/CEE du 21 décembre 1989](#) (pour les marchés des secteurs classiques) et [92/13/CEE du 25 février 1992](#) (pour les marchés des secteurs dits spéciaux ou exclus, c'est-à-dire ceux des secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications), modifiées par la [directive 2007/66/CE du 11 décembre 2007](#).

³ Pour les contrats de droit privé, par les [Art. 2 à 10 de l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009](#) et les [Art. 1441-1 et 1441-2 du code de procédure civile](#).

1.1.1. Le champ d'application du référé précontractuel

1.1.1.1. Quels sont les contrats susceptibles de faire l'objet d'un référé précontractuel ?

Le juge du référé précontractuel est saisi 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* »⁴. Il n'est cependant pas lié par la qualification donnée par les parties à un contrat ; il lui appartient donc d'examiner les caractéristiques du contrat envisagé pour déterminer s'il entre dans le champ de son contrôle ou non⁵.

Entrent ainsi dans le champ du référé précontractuel :

- les marchés publics, au sens de l'[article L. 1111-1](#) du code de la commande publique, passés par des personnes morales de droit public⁶ et incluant les marchés classiques et les marchés de partenariat ;
- les contrats de concessions, au sens de l'[article L. 1121-1](#) du code de la commande publique, passés par des personnes morales de droit public⁷ et incluant l'ensemble des concessions de services, publics ou non, et les concessions de travaux⁸.

Les actes unilatéraux ne peuvent pas, quant à eux, faire l'objet d'un référé précontractuel et ce même si une procédure de mise en concurrence préalable a été mise en œuvre volontairement pour procéder à la délégation unilatérale d'un service public⁹.

1.1.1.2. Qui peut saisir le juge du référé précontractuel ?

Les personnes habilitées à engager un référé précontractuel sont « *celles qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par le manquement* »¹⁰ aux obligations de publicité et de mise en concurrence.

Peuvent ainsi saisir le juge du référé précontractuel :

- les candidats évincés, à tout stade de la procédure de passation ;
- les candidats potentiels, que la violation des obligations de publicité et de mise en concurrence a dissuadés de soumissionner¹¹. La spécialité d'une société, c'est-à-dire l'adéquation entre ses activités et l'objet des

⁴ 1^{er} al. de l'[Art. L. 551-1](#) du code de justice administrative.

⁵ [CE, 21 juin 2000, SARL Plage « Chez Joseph et autres », n° 212100, 212101.](#)

⁶ Conformément à l'[Art. L. 6](#) du code des contrats la commande publique seuls sont des contrats administratifs les contrats de la commande publique au nombre desquels figurent les marchés passés par des personnes morales de droit public.

⁷ De la même façon, conformément à l'[Art L. 6](#) du code des contrats de la commande publique, seuls sont qualifiés de contrats administratifs, les contrats de concession passés par des personnes morales de droit public.

⁸ [CE, 18 septembre 2017, Ville de Paris, n° 410336 :](#)

⁹ [CE, 6 mars 2017, Société Dépannage Remorquage Manrique, n° 404873](#) et [CE, 6 mars 2017, Marengo, n° 404910](#). L'arrêté ayant pour objet de sélectionner de façon unilatérale des entreprises chargées de l'exécution du service public de dépannage et le remorquage sur le réseau des autoroutes non concédée ne peut ainsi faire l'objet d'un référé précontractuel et ce, même si le préfet a choisi, sans y être tenu, d'organiser une mise en concurrence préalable à la délégation de service public.

¹⁰ [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 \(SMIRGEOMES\), n° 305420](#) ; voir également [CE, 29 avril 2015, Syndicat de valorisation des déchets de la Guadeloupe, n° 386748](#), dans lequel le Conseil d'État précise que : « *toute personne est recevable à agir, sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, 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* ».

¹¹ [CE, 29 avril 2015, Syndicat de valorisation des déchets de la Guadeloupe, Sté Urbaser Environnement, n° 386748.](#)

prestations attendues, suffit à établir son intérêt à conclure un contrat, sans qu'elle ait à établir qu'elle a été empêchée d'être candidate¹².

Le préfet peut également intenter un tel recours, pour l'exercice du contrôle de légalité, si le contrat est conclu par une collectivité territoriale ou par un établissement public local.

Le représentant de l'État est, par ailleurs, tenu, sauf si la demande porte sur un contrat passé par l'Etat, de former un référé précontractuel lorsque la Commission européenne lui a notifié les raisons pour lesquelles elle estime qu'une violation grave des obligations de publicité et de mise en concurrence applicables a été commise au cours de la procédure de passation¹³.

L'entreprise déclarée attributaire d'un contrat n'est pas susceptible d'être lésée par des manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence applicables. Dépourvue d'intérêt à agir à l'encontre de la procédure de passation, elle ne peut exercer de référé précontractuel¹⁴.

1.1.1.3. Quels sont les délais de recours ?

Le juge du référé précontractuel peut être saisi jusqu'à la signature du contrat. Si le juge est saisi après la conclusion du contrat, la requête est irrecevable. Si la signature du contrat intervient en cours d'instance, le recours perd son objet : le juge constate qu'il n'y a plus lieu de statuer sur la requête, même si la validité de la signature est manifestement contestable¹⁵.

Aux termes d'une décision du 12 juillet 2017, [Société études créations et informatique](#)¹⁶, le Conseil d'Etat a précisé qu'il n'existait pas de « délai raisonnable » pour saisir le juge d'un référé précontractuel. Par conséquent, n'est pas tardive la requête introduite plus de trois mois après que l'entreprise ait eu connaissance du manquement aux règles de passation.

Le Conseil d'Etat relève en effet « qu'aucune disposition législative ou réglementaire n'implique que les personnes ayant intérêt à conclure le contrat et qui s'estiment susceptible d'être lésée par des manquements aux règles de publicité et de mise en concurrence soient tenues de saisir le juge du référé précontractuel dans un délai déterminé à compter du moment où elles ont connaissance de ces manquements et qu'une telle absence de délai ne conduit pas à ce que ces manquements puissent être contestés indéfiniment devant le juge du référé précontractuel dès lors que la signature du contrat met fin à la possibilité de saisir ce juge. » La haute juridiction relève en outre que « la possibilité ainsi offerte aux personnes intéressées de former un référé précontractuel à tout moment de la procédure, en permettant que ces manquements soient, le cas échéant, corrigés avant la conclusion du contrat, tend à prévenir l'introduction de recours remettant en cause le contrat lui-même après sa signature et alors qu'il est en cours d'exécution ».

Au regard de ces considérations, le Conseil d'Etat affirme ainsi que seule la signature du contrat clôt le délai de saisine du juge du référé précontractuel.

L'exercice du référé précontractuel suspend automatiquement la procédure de passation. Le contrat ne peut pas être signé à compter de la saisine du juge, et jusqu'à la notification à l'acheteur de la décision juridictionnelle¹⁷. L'obligation de suspendre la signature du contrat court à compter de la réception de la requête par le pouvoir adjudicateur, peu importe qu'il en ait pris connaissance¹⁸.

¹² CE, 8 août 2008, *Région Bourgogne*, n° 307143.

¹³ Art. L. 551-10 du code de justice administrative.

¹⁴ CE, 23 décembre 2011, *Département de la Guadeloupe*, n° 350231.

¹⁵ CE, 7 mars 2005, *Société Grandjouan-Saco*, n° 270778 ; CE, 17 octobre 2007, *Société Physical Network Software*, n° 300419.

¹⁶ CE, 12 juillet 2017, *Société Etudes Créations et Informatiques*, n° 410832.

¹⁷ Art. L.551-4 (pouvoir adjudicateur) et Art L.551-5 (entité adjudicatrice) du code de justice administrative.

¹⁸ CE, 14 février 2017, *Société des eaux de Marseille*, n° 403614 ; CE, 20 juin 2018, *Société Cercis*, n° 417686.

Si l'acheteur signe le contrat, sans respecter la suspension imposée par les articles [R. 2182-1](#) et [R. 2182-2](#) du code de la commande publique ou par [l'article L.551-4](#) ou [L.551-9 du code de justice administrative](#)¹⁹, le candidat évincé peut introduire un référé contractuel malgré l'exercice antérieur d'un référé précontractuel²⁰. Toutefois, ce référé contractuel n'est ouvert que si le requérant a respecté son obligation de notification à la personne publique, du dépôt de son référé précontractuel²¹, ou si le greffe du tribunal administratif a informé le pouvoir adjudicateur de l'existence d'un tel recours²².

Rappel : les [articles R. 551-1](#) et [R. 551-2 du code de justice administrative](#) prévoient que l'auteur du recours doit notifier son recours à l'acheteur. Cette notification est réputée accomplie à la date de sa réception. La notification n'a ainsi pas à intervenir en même temps que le dépôt du recours à la juridiction et selon les mêmes modalités.

En conséquence, il est recommandé aux acheteurs, avant de procéder à la signature d'un contrat de la commande publique, de s'assurer auprès du service juridique en charge des contentieux qu'aucune requête en référé précontractuel n'a été notifiée *via* télérecours. A défaut et si un recours a été déposé, la voie du référé contractuel serait alors ouverte.

1.1.2. Le régime du référé précontractuel

Le requérant ne peut invoquer que des moyens tirés des manquements de l'acheteur à ses obligations de publicité et de mise en concurrence, lors de la passation du contrat. Il en est notamment ainsi de : la définition du contrat et des prestations attendues, toutes les obligations de publicité, l'information fournie aux candidats, le respect des documents de la consultation, notamment les motifs d'admission ou d'exclusion des candidats, l'analyse des offres au regard des critères annoncés, et les motifs de rejet²³.

Encore faut-il que ces manquements, « *eu égard à leur portée et au stade de la procédure auxquels ils se rapportent, aient été susceptibles d'avoir lésé ou risquent de léser l'entreprise, fût-ce de façon indirecte en avantageant une entreprise concurrente* »²⁴. Le requérant doit apporter des éléments d'explication en ce sens²⁵.

Une partie peut soulever oralement des moyens nouveaux au cours de l'audience à condition de les confirmer par écrit. Le juge du référé précontractuel ne saurait en effet, dans cette hypothèse, accueillir de tels moyens sans avoir mis à même l'autre partie d'y répondre, le cas échéant, en différant la clôture de l'instruction à une date ultérieure²⁶.

Le choix de l'offre d'une entreprise irrégulièrement retenue est susceptible d'avoir lésé tout autre candidat, sauf s'il résulte de l'instruction que la candidature de ce dernier devait elle-même être écartée ou que son offre ne pouvait qu'être éliminée comme inappropriée, irrégulière ou inacceptable²⁷. Un candidat ayant présenté une offre irrégulière n'est pas susceptible d'avoir été lésé par un quelconque manquement, à moins que l'irrégularité de l'offre résulte du manquement que le candidat entend dénoncer²⁸.

¹⁹ Du fait de l'exercice d'un référé précontractuel.

²⁰ [CE, 10 novembre 2010, France Agrimer, n° 340944](#).

²¹ [CE, 30 septembre 2011, Commune de Maizières-les-Metz, n° 350148](#).

²² [CE, 1er mars 2012, Office public de l'habitat \(OPAC\) du Rhône, n° 355560](#).

²³ À titre d'exemple, « *il n'appartient pas au juge du référé précontractuel, lorsqu'une personne morale de droit privé se porte candidate à l'attribution d'un contrat de commande publique, de vérifier que l'exécution de ce contrat entre dans le champ de son objet social ; (...) il en va toutefois différemment dans le cas où un texte législatif ou réglementaire a précisément défini son objet social et ses missions* » ([CE, 4 mai 2016, Communauté de communes du pays des Herbiers, n° 396590](#), ainsi que, plus généralement, pour les personnes publiques ([CE, 18 septembre 2015, Association de gestion du Conservatoire national des arts et métiers \(CNAM\) des Pays de la Loire, n° 390041](#)).

²⁴ [CE, Sect., 3 octobre 2008, n° 305420](#) préc.

²⁵ [CE, 4 février 2009, Communauté d'agglomération du bassin du Thau, n° 311949](#).

²⁶ [CE, 19 avril 2013, Commune de Mandelieu la Napoule, n° 365617](#).

²⁷ [CE, 11 avril 2012, Syndicat ODY 1218 Newline du Lloyd's de Londres, n° 354652](#).

²⁸ [CE, 27 octobre 2011, Département des Bouches-du-Rhône, n° 350935](#) ; [CE, 12 mars 2012, Société Clear Channel France c/ Commune de Villiers-sur-Marne, n° 353826](#).

Par une décision du 5 février 2018, [Métropole Nice Côte d'Azur](#)²⁹, le Conseil d'Etat a rappelé l'office du juge du référé précontractuel. En application des articles L. 551-1 et suivants du code de justice administrative, ce dernier n'est compétent que pour statuer sur la méconnaissance des règles de publicité et de mise en concurrence. Il ne lui appartient pas, en conséquence, « lorsqu'une personne morale de droit privé se porte candidate à l'attribution d'un contrat de la commande publique, de vérifier que l'exécution de ce contrat entre dans le champ de son objet social ».

Attention : Si un requérant ne peut utilement se prévaloir d'un tel manquement dans le cadre d'un référé précontractuel eu égard à l'office du juge amené à statuer sur ce recours, un tel moyen peut utilement être soulevé et, sous réserve de sa recevabilité, faire l'objet d'une appréciation par le juge, dans le cadre d'un recours *Tam-et-Garonne*.

1.1.2.1. Quel régime contentieux ?

Le juge du référé précontractuel ne peut pas statuer avant un délai minimum³⁰ :

- 16 jours en procédure formalisée, à compter de la date d'envoi de l'information aux candidats évincés. Ce délai est ramené à 11 jours lorsque la décision d'attribution du contrat a été communiquée par voie électronique ;
- 11 jours en procédure adaptée, à compter de la publication de l'avis d'intention de conclure le contrat (avis *ex ante* volontaire).

Le juge statue dans un délai maximum de 20 jours, à compter de sa saisine, mais le dépassement de ce délai n'entraîne pas son dessaisissement. En conséquence, la procédure d'instruction est rapide, et les délais de communication des mémoires sont raccourcis. L'audience est en principe publique et les parties peuvent présenter des observations orales, voire y invoquer de nouveaux moyens.

Il statue en premier et dernier ressort. Son ordonnance est susceptible d'un recours en cassation devant le Conseil d'Etat, dans les 15 jours de la notification de la décision³¹. Ce pourvoi n'a pas d'effet suspensif.

1.1.2.2. Quels sont les pouvoirs du juge du référé précontractuel ?

Les pouvoirs du juge du référé précontractuel sont ceux d'un juge du fond, pour assurer le respect des obligations de publicité et de mise en concurrence. Doté de prérogatives considérables, il peut ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations, suspendre et annuler l'exécution de toute décision qui se rapporte à la passation du contrat, supprimer les clauses ou prescriptions destinées à figurer dans le contrat. Pour les contrats passés par les entités adjudicatrices, le juge dispose de pouvoirs moins étendus : injonction, suspension, astreinte³².

Le juge dispose de pouvoirs d'injonction et de suspension : il peut ordonner de recommencer toute la procédure ou de la reprendre là où le manquement est apparu, exiger la réintégration d'un candidat évincé ou imposer la communication des motifs de rejet. Ces pouvoirs peuvent être utilisés par le juge, « *sauf 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* »³³. A la demande du pouvoir adjudicateur, le juge est tenu d'effectuer le bilan coûts / avantages des injonctions qu'il est susceptible de prononcer.

Le choix entre ces sanctions ou mesures se fait « *eu égard à la nature du vice entachant la procédure de passation des contrats litigieux* »³⁴. Un manquement concernant l'élaboration même des offres doit ainsi être sanctionné par l'annulation

²⁹ CE, 5 février 2018, [Métropole Nice Côte d'Azur](#), n° 414508.

³⁰ Art. R. 551-5 du code de justice administrative.

³¹ Art. R. 551-6 du code de justice administrative.

³² Art. L. 551-6 du code de justice administrative.

³³ I de l'Art. L. 551-2 et Art. L. 551-7 du code de justice administrative ; [CE, 12 mars 2012, Communauté d'agglomération du pays de Montbéliard](#), n° 354279.

³⁴ CE, 20 octobre 2006, [Commune d'Anderville](#), n° 289234.

de l'ensemble de la procédure de passation³⁵, alors qu'un manquement se rapportant à la seule phase de sélection des offres ne peut entraîner qu'une annulation de la procédure à compter de l'examen de ces offres³⁶.

1.2. Le référé contractuel, après la signature du contrat

Le référé contractuel a été créé par la directive n°2007/66/CE du 11 décembre 2007, et introduit en droit interne par l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009. Il est régi par les [articles L. 551-13 à L. 551-23](#), et [R. 551-7 à R. 551-10 du code de justice administrative](#), pour les contrats de droit public³⁷. Il permet de sanctionner les manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence, après la signature du contrat.

1.2.1. Le champ d'application du référé contractuel

1.2.1.1. Quels sont les contrats susceptibles de faire l'objet d'un référé contractuel ?

Le champ d'application matériel du référé contractuel est le même que celui du référé précontractuel (voir point 1.1.1.1). Pour pouvoir être formé, le contrat doit avoir été conclu.

1.2.1.2. Qui peut saisir le juge du référé contractuel ?

Les personnes habilitées à engager un référé contractuel sont les mêmes que celles admises à former un référé précontractuel, c'est-à-dire « *celles qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par des manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence* », et le préfet.

Un opérateur économique est recevable à former un référé contractuel lorsqu'il n'a pas été mis en mesure de former un référé précontractuel.

Ainsi, le requérant peut-il former un référé contractuel lorsqu'il a préalablement introduit un référé précontractuel mais que l'acheteur y a fait échec par la signature contestable du contrat. De même, le référé contractuel est recevable si l'acheteur n'a pas respecté la suspension automatique imposée par le dépôt d'un référé précontractuel, sauf si le requérant n'a pas notifié son recours³⁸ et que le greffe ne lui a pas communiqué la requête³⁹. Un opérateur économique peut également exercer un référé contractuel après un référé précontractuel lorsqu'il n'a pas été informé du rejet de son offre et de la signature du marché en raison d'un manquement de l'acheteur à ses obligations d'information⁴⁰.

Plus précisément, en procédure formalisée, cette voie est notamment ouverte lorsque la notification du rejet de la candidature ou de l'offre adressée par l'acheteur au candidat évincé n'est pas accompagnée de l'indication du délai de suspension applicable (délai de *standstill*)⁴¹, ou que le délai indiqué est inférieur au délai minimum de suspension et ce, alors même que le contrat aurait été finalement signé dans le respect de ce délai minimum⁴², ou encore lorsque l'acheteur n'a pas respecté le délai de suspension qui s'imposait à lui⁴³.

³⁵ CE, 23 novembre 2011, *Département des Bouches-du-Rhône*, n° 350519.

³⁶ CE, 30 septembre 2011, *Département de la Haute-Savoie c/ société GTS*, n° 350153 ; CE, 23 mars 2012, *Caisse des écoles de la commune de Six-Fours-les-Plages*, n° 355439.

³⁷ Pour les contrats de droit privé, par les [Art. 11 à 20 de l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009](#) et [l'Art. 1441-3 du code de procédure civile](#).

³⁸ CE, 30 septembre 2011, *Commune de Maizières-les-Metz*, n° 350148.

³⁹ CE, 1^{er} mars 2012, *OPAC du Rhône*, n° 355560.

⁴⁰ CE, 10 novembre 2010, *France AgriMer*, n° 340944.

⁴¹ CE, 24 juin 2011, *Office public de l'habitat interdépartemental de l'Essonne*, n° 346665 ; CE, 24 mai 2017, *Société Régale des Iles*, n° 407213.

⁴² CE, 17 juin 2015, *Société Proxiserve*, n° 388457.

⁴³ CE, 17 décembre 2014, *Communauté de communes du canton de Varilhès*, n° 385033.

Par une décision du 24 mai 2017, [Ville de Paris](#)⁴⁴, le Conseil d'Etat rappelle qu'en application de l'article L. 551-13 du code de justice administrative et de l'article 99 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics, désormais codifié aux articles R. 2181-1 à R. 2181-4 du code de la commande publique et s'agissant des marchés passés selon une procédure formalisée, « sont seuls recevables à saisir le juge d'un référé contractuel, outre le préfet, les candidats privés de la possibilité de présenter utilement un recours précontractuel, lorsque le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice n'a pas communiqué la décision d'attribution aux candidats non retenus ou n'a pas observé, avant de signer le contrat, un délai de onze jours après cette communication, ainsi que ceux qui ont engagé un référé précontractuel lorsque le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice n'a pas respecté l'obligation de suspendre la signature du contrat prévue aux articles L. 551-4 ou L. 551-9 du code de justice administrative ou ne s'est pas conformé à la décision juridictionnelle rendue sur ce référé ».

Dans le cas où un candidat introduit un référé précontractuel postérieurement à l'expiration du délai de *standstill* que l'acheteur s'était engagé à respecter entre la date d'envoi du courrier l'informant du rejet de son offre et la signature du contrat, la seule circonstance que la personne publique n'a pas respecté le délai qu'elle s'était imposé ne peut suffire à avoir empêché ce candidat d'introduire utilement son référé précontractuel et ce, même s'il n'avait pas été informé de la signature du marché. Dans ces conditions, le référé contractuel introduit par ce candidat est irrecevable.

En procédure adaptée, la voie du référé contractuel restera ouverte, si le candidat évincé n'a pas été informé dans son courrier de rejet de l'intention de la personne publique de conclure le contrat et que celle-ci n'a pas, par ailleurs, rendu publique son intention de le conclure et observé un délai de onze jours après cette publication⁴⁵.

Enfin, un même requérant peut présenter un référé contractuel après un référé précontractuel si l'acheteur ne s'est pas conformé à l'ordonnance de référé précontractuel⁴⁶.

Si l'acheteur a respecté la suspension de signature que lui impose l'existence d'un référé précontractuel, ou s'est conformé à la décision du juge du référé précontractuel, aucun référé contractuel ne peut être exercé⁴⁷.

De la même façon, la voie du référé contractuel est fermée dans l'hypothèse où un candidat évincé a formé un référé précontractuel sans en informer l'acheteur⁴⁸ et que ce dernier, pas davantage averti par le greffe du Tribunal⁴⁹, a signé, de bonne foi, le contrat avant que le juge n'ait pu se prononcer.

1.2.1.3. Quels sont les délais de recours ?

Le référé contractuel peut être exercé dans un délai de :

- 31 jours, à compter de la publication d'un avis d'attribution du contrat au *Journal Officiel de l'Union européenne* (JOUE) ou, pour les marchés fondés sur un accord-cadre ou un système d'acquisition dynamique, à compter de la notification de la conclusion du contrat⁵⁰ ;
- 6 mois, à compter du lendemain du jour de la conclusion du contrat, si aucun avis d'attribution n'a été publié ou si aucune notification de la conclusion du contrat n'a été effectuée. L'acheteur a donc intérêt à publier un avis d'attribution, le plus rapidement possible après la notification du contrat⁵¹.

Les contrats dont la passation n'est pas soumise aux procédures formalisées peuvent échapper au référé contractuel, si le pouvoir adjudicateur publie au JOUE son intention de conclure le contrat (avis *ex ante* volontaire) et observe un délai de 11 jours entre cette publication et la signature du contrat⁵².

⁴⁴ CE, 24 mai 2017, [Ville de Paris](#), n° 407047.

⁴⁵ CE, 29 juin 2012, [Société Chaumel](#), n° 358353 ; CE 23 janvier 2017, [Société Dextemps BTP](#), n° 401400

⁴⁶ Art. L. 551-14 du code de justice administrative.

⁴⁷ Art. L. 551-14 du code de justice administrative.

⁴⁸ CE, 30 septembre 2011, préc.

⁴⁹ CE, 1^{er} mars 2012, préc.

⁵⁰ 1^{er} al de l'Art. R. 551-7 du code de justice administrative.

⁵¹ 2^{ème} al de l'Art. R. 551-7 du code de justice administrative.

La même exclusion s'applique aux marchés passés sur le fondement d'un accord-cadre ou d'un système d'acquisition dynamique, si l'acheteur envoie aux titulaires la décision d'attribution du contrat et observe un délai de 16 jours (11 jours en cas d'envoi dématérialisé), entre cet envoi et la signature du marché⁵³.

1.2.2. Le régime du référé contractuel.

Le référé contractuel est destiné à sanctionner les irrégularités les plus graves : les moyens invocables sont moins nombreux que pour le référé précontractuel. « *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* »⁵⁴. Il appartient au juge de vérifier que les manquements invoqués par le candidat évincé ont « *affecté ses chances d'obtenir le contrat* »⁵⁵.

Seuls peuvent être invoqués :

- l'absence totale de publicité,
- l'absence de publication au JOUE si celle-ci est obligatoire,
- la violation du délai de *standstill*,
- la violation de la suspension de la signature du contrat liée à la saisine du référé précontractuel
- la méconnaissance des modalités de remise en concurrence pour les contrats fondés sur un accord-cadre ou un système d'acquisition dynamique.

Par une décision du 20 juin 2018, [Société Cercis](#)⁵⁶, le Conseil d'Etat a eu l'occasion de fournir :

- un exemple de manquement qui, à le supposer établi, n'affecte pas les chances du soumissionnaire écarté d'obtenir le marché : l'insuffisance de motivation de la notification du rejet de son offre.- un exemple de manquement qui, s'il est établi, affecte les chances du soumissionnaire écarté d'obtenir le marché : l'attribution d'un marché à une offre anormalement basse.

1.2.2.1. Le régime contentieux

Le régime contentieux du référé contractuel est quasi identique à celui du référé précontractuel, à l'exception du délai d'un mois, à compter de sa saisine, imparti au juge du référé contractuel pour statuer.

1.2.2.2. Les pouvoirs du juge

Le juge du référé contractuel dispose de pouvoirs importants qui figurent aux articles [L. 551-17](#) à [L. 551-20](#) du code de justice administrative.

Il peut tout d'abord suspendre l'exécution du contrat, pour la durée de l'instance, sauf s'il estime, en considération de l'ensemble des intérêts susceptibles d'être lésés dont notamment l'intérêt public, que les conséquences négatives de cette suspension pourraient l'emporter sur ses avantages⁵⁷.

Par ailleurs, le juge peut prononcer l'annulation du contrat, sa résiliation, la réduction de sa durée et une pénalité financière, par exemple en cas de violation du délai de *standstill*⁵⁸. Toutes ces sanctions sont applicables aux marchés passés selon une procédure adaptée.

⁵² 1^{er} al de l'[Art. L. 551-15](#) du code de justice administrative.

⁵³ 2^{ème} al de l'[Art. L. 551-15](#) du code de justice administrative.

⁵⁴ [CE, 19 janvier 2011, Grand port maritime du Harre, n° 343435.](#)

⁵⁵ [CE, 30 novembre 2011, Société DPM Protection, n° 350788.](#)

⁵⁶ [Conseil d'Etat, 20 juin 2018, Société Cercis, n° 417686.](#)

⁵⁷ [Art. L. 551-17](#) du code de justice administrative.

L'exercice de ces pouvoirs est strictement encadré : l'annulation est la sanction obligatoire dans les cas fixés par la loi⁵⁹. Si l'annulation « *se heurte à une raison impérieuse d'intérêt général* »⁶⁰, le juge retrouve sa liberté de choix entre les trois autres sanctions précitées possibles.

En dehors de ces cas d'annulation obligatoire sauf en présence d'une raison impérieuse d'intérêt général, le juge a le choix parmi les sanctions prévues par le code de justice administrative : il les adapte à la gravité des violations aux obligations de publicité et de mise en concurrence commises et au contexte du contrat⁶¹.

2. Les autres recours liés à la passation des contrats de la commande publique

2.1. Le recours de pleine juridiction en contestation de la validité du contrat

La jurisprudence « [Tarn-et-Garonne](#) »⁶² ouvre aux tiers, sans considération de leur qualité, une voie de droit spécifique leur permettant de contester la validité du contrat ou certaines de ses clauses devant un juge de plein contentieux aux pouvoirs étendus.

Ce nouveau recours de pleine juridiction en contestation de la validité du contrat se substitue au recours dit « *Tropic* » ouvert aux concurrents évincés⁶³ et au recours dirigé par les tiers contre les actes détachables préalables à la conclusion de celui-ci⁶⁴. En raison de l'impératif de sécurité juridique tenant à ce qu'il ne soit pas porté une atteinte excessive aux relations contractuelles en cours, il ne peut être formé qu'à l'encontre des contrats signés à compter du 4 avril 2014, date de lecture de la décision du Conseil d'Etat.

Pour les contrats signés avant cette date, les tiers insusceptibles de former antérieurement un recours « *Tropic* » peuvent introduire un recours pour excès de pouvoir contre les actes qui en sont détachables. Les recours exercés par les concurrents évincés et le préfet de département avant le 4 avril 2014 restent, quant à eux, soumis aux règles de procédure fixées par l'arrêt [société Tropic travaux signalisation](#) du 16 juillet 2007⁶⁵.

2.1.1. Le champ d'application du recours

2.1.1.1. Quels sont les actes susceptibles de faire l'objet d'un tel recours ?

Le recours en contestation de validité contractuelle est ouvert contre tous les contrats administratifs ou certaines de leurs clauses non réglementaires qui en sont divisibles.

Les actes détachables préalables à la conclusion du contrat administratif ne peuvent être contestés qu'à l'occasion de ce nouveau recours et ne peuvent plus faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir. Néanmoins, le préfet de département, seul, peut toujours, dans le cadre du contrôle de légalité, demander l'annulation de ces actes par voie de déferé pour excès de pouvoir tant que le contrat n'est pas signé. Sont regardés comme détachables du contrat administratif et antérieurs à sa formation les actes relatifs au choix du cocontractant, la délibération autorisant la conclusion du contrat ainsi que la décision de le signer.

2.1.1.2. Qui peut saisir le juge du contrat ?

⁵⁸ CE, 30 novembre 2011, n° 350788, préc.

⁵⁹ Art. L. 551-18 du code de justice administrative.

⁶⁰ Art. L. 551-19 et Art. L. 551-20 du code de justice administrative.

⁶¹ CE, 1^{er} mars 2012, n° 355560, précité.

⁶² CE Ass, 4 avril 2014, [Département de Tarn-et-Garonne](#), n° 358994.

⁶³ CE Ass., 16 juillet 2007, [Société Tropic travaux signalisation](#), n° 291545.

⁶⁴ CE, 4 août 1905, [Martin](#), n° 14220.

⁶⁵ CE, 5 février 2016, [SMTC Hérault Transports](#), n° 383149.

« *Tout tiers à un contrat administratif susceptible d'être lésé dans ses intérêts de façon suffisamment directe et certaine par sa passation ou ses clauses* » est recevable à former ce recours.

Ce recours est ainsi ouvert à tout concurrent évincé ou à tout autre tiers susceptible d'être lésé dans ses intérêts de façon directe et certaine par le contrat ou sa passation.

La qualité de concurrent évincé est reconnue à tout requérant qui aurait eu intérêt à conclure le contrat, alors même qu'il n'aurait pas présenté sa candidature, qu'il n'aurait pas été admis à présenter une offre ou qu'il aurait présenté une offre inappropriée, irrégulière ou inacceptable.

La seule qualité de société susceptible d'intervenir en qualité de sous-traitant d'un candidat évincé ne permet pas de justifier d'un intérêt lésé de façon suffisamment directe et certaine par la conclusion du contrat en cause⁶⁶. Cependant, si l'offre du candidat évincé repose sur la technologie du sous-traitant de sorte qu'aucun autre sous-traitant ne pourrait lui être substitué, ce sous-traitant justifie, dans ces conditions, d'un intérêt lésé de façon suffisamment directe et certaine par la passation du contrat le rendant recevable à en contester la validité⁶⁷.

D'autres tiers, notamment les contribuables locaux, peuvent avoir intérêt à agir contre le contrat à condition qu'ils établissent avoir été lésés de manière directe et certaine au regard de la qualité dont ils se prévalent⁶⁸. Cette appréciation s'effectue au vu des circonstances de chaque espèce. Dans le même sens, peuvent être recevables à agir les associations de défense d'intérêts collectifs si la lésion des intérêts qu'elles défendent résulte directement du contrat ainsi que les instances représentatives du personnel d'une entreprise non retenue si le rejet de la candidature est de nature à affecter les conditions d'emploi et de travail du personnel de l'entreprise⁶⁹.

Sont également recevables à exercer ce recours, les membres de l'organe délibérant de la collectivité territoriale ou du groupement de collectivités territoriales concernés par le contrat et le préfet de département dans le cadre du contrôle de légalité.

2.1.1.3. Quels sont les délais de recours?

Le recours doit être exercé, y compris pour les contrats relatifs à des travaux publics, dans un délai de deux mois « à compter de l'accomplissement des mesures de publicité appropriées ». Cette condition de publicité peut être remplie « notamment au moyen d'un avis mentionnant à la fois la conclusion du contrat et les modalités de sa consultation dans le respect des secrets protégés par la loi ».

Pour les marchés passés selon une procédure formalisée, la publication d'un avis d'attribution au JOUE, suffit pour déclencher ce délai. Cet avis doit alors indiquer les modalités de la consultation du contrat, dans la rubrique « autres informations » de l'avis. En procédure adaptée, l'acheteur doit adapter sa publicité à l'objet et au montant du contrat.

2.1.2. Le régime du recours

Tous les moyens susceptibles de remettre en cause la validité du contrat ne peuvent pas être invoqués devant le juge. En effet, le caractère opérant des moyens soulevés est subordonné à la circonstance que les manquements invoqués soient en rapport direct avec l'intérêt lésé ou soient d'une gravité telle que le juge devrait les relever d'office. Seuls le préfet de département ou les membres de l'organe délibérant des collectivités territoriales ou de leurs groupements peuvent invoquer tout vice du contrat.

Le recours peut être dirigé contre le contrat ou certaines de ses clauses. Le juge dispose de pouvoirs étendus qu'il module en fonction de la nature du vice entachant le contrat et des motifs tirés de la préservation de la sécurité juridique et de l'intérêt général, tels que la continuité du service public. Il peut :

- décider de la poursuite de l'exécution du contrat ;
- inviter les parties à prendre des mesures de régularisation dans un délai qu'il fixe ;

⁶⁶ CE, 14 octobre 2015, *Région Réunion c/ société Pexise*, n° 391183.

⁶⁷ CE, 14 octobre 2015, n° 391183, préc.

⁶⁸ Concl. Bertrand DACOSTA sous CE, Ass, 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

⁶⁹ CE, 3 mars 2006, *Société Oberthur*, n° 287960.

- en cas d'irrégularités qui ne peuvent être couvertes par une mesure de régularisation et ne permettent pas la poursuite de l'exécution du contrat, prononcer, le cas échéant avec un effet différé, et après avoir vérifié que sa décision ne portera pas une atteinte excessive à l'intérêt général, la résiliation du contrat ;
- si le contrat a un contenu illicite ou s'il se trouve affecté d'un vice de consentement ou de tout autre vice d'une particulière gravité que le juge doit relever d'office, prononcer, après avoir vérifié que sa décision ne portera pas une atteinte excessive à l'intérêt général, l'annulation totale ou partielle.

Saisi de conclusions en ce sens, le juge peut également condamner les parties à verser une indemnité à l'auteur du recours en réparation des droits lésés. A cet égard, le requérant peut :

- soit présenter des conclusions indemnitaires devant le juge du contrat, « à titre accessoire ou complémentaire à ses conclusions à fin de résiliation ou d'annulation du contrat ».
- soit engager un recours de pleine juridiction distinct, tendant exclusivement à une indemnisation du préjudice subi à raison de l'illégalité de la conclusion du contrat dont il a été évincé.

La recevabilité de telles conclusions indemnitaires n'est pas soumise au délai de deux mois applicable au recours. Elle est toutefois soumise, sauf en matière de travaux publics, à l'intervention d'une décision administrative préalable de nature à lier le contentieux, le cas échéant en cours d'instance⁷⁰. Ces conclusions doivent également être motivées et chiffrées, à peine d'irrecevabilité.

Dans le cadre de ce recours, la requête peut être accompagnée d'une demande tendant à la suspension de l'exécution du contrat. Pour que cette demande soit recevable, les conditions strictes du référé-suspension doivent être réunies (urgence et doute sérieux)⁷¹.

2.2. Le recours pour excès de pouvoir

Le recours pour excès de pouvoir n'a pas pour objet la contestation du contrat lui-même. Dorénavant, il ne peut plus être dirigé contre la délibération autorisant la signature du contrat, la décision de signer le contrat ou les décisions d'écartier une candidature, une offre ou d'attribuer le marché public⁷². Le préfet reste recevable à contester la légalité de ces actes devant le juge de l'excès de pouvoir mais uniquement jusqu'à la conclusion du contrat, date à laquelle les recours déjà engagés et non encore jugés perdront leur objet.

En revanche, la décision d'abandonner la procédure en la déclarant sans suite est toujours susceptible d'être contestée par la voie d'un recours pour excès de pouvoir⁷³.

De même, les clauses réglementaires du contrat ne peuvent être contestées que par la voie du recours pour excès de pouvoir⁷⁴, le recours en contestation de validité étant exclu⁷⁵.

Le régime contentieux obéit aux règles classiques de recevabilité des recours pour excès de pouvoir. Le délai de recours est notamment de deux mois à compter de la notification ou de la publication de la décision attaquée⁷⁶.

Le juge ne dispose que de pouvoirs limités : il peut rejeter la requête ou annuler l'acte. Le cas échéant, les requérants peuvent demander au juge d'enjoindre à l'administration de prendre une mesure d'exécution dans un sens déterminé⁷⁷ ou de prendre à nouveau une décision dans un délai déterminé⁷⁸.

⁷⁰ CE avis, 11 mai 2011, *Société Rébillon-Schmit Prévot*, préc.

⁷¹ Art. L. 521-1 et R. 522-1 du code de justice administrative.

⁷² CE Ass, 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, précité.

⁷³ Voir les fiches techniques « La déclaration d'infructuosité » et « La déclaration sans suite ».

⁷⁴ CE, Ass, 10 juillet 1996, *Cayzele*, n° 138536.

⁷⁵ CE Ass, 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, préc.

⁷⁶ Art. R. 421-1 du code de justice administrative.

⁷⁷ Art. L.911-1 du code de justice administrative.

⁷⁸ Art. L.911-2 du code de justice administrative.