

L'UNIVERSITE DE VALENCIENNES ET DU HAINAUTCAMBRESIS

Faculté de Droit, d'Économie et de Gestion – FDEG

Le formalisme des procédures de passation des marchés publics :

Quelle considération lui apporter ?

Mémoire pour l'obtention du Master 2 Droit public des affaires – parcours contrats publics

Présenté et soutenu publiquement le

Par Thibault DELCROIX

Directeur de mémoire :

Madame Marie-Christine Rouault, Professeur des universités, agrégés des Facultés de droit, Université de Valenciennes et du Hainaut-Cambrésis – Faculté de Droit d'Économie et de Gestion.

Maître de stage :

Monsieur Denis Roquier, Premier conseiller du corps des magistrats de chambre régionale des comptes, Chambre régionale des comptes Nord - Pas-de-Calais, Picardie.

La faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans le présent rapport. Ces opinions devront être considérées comme propres à leur auteur.

SOMMAIRE :

SOMMAIRE :	4
Liste des principales abréviations :	5
INTRODUCTION :	6
Section 1 : Les origines du formalisme :	7
Section 2 : L'émergence du contractualisme administratif :	10
Section 3 : La commande publique :	12
TITRE 1ER : LE FORMALISME DES PROCÉDURES DE PASSATION	18
CHAPITRE 1 : LE CHOIX DE LA PROCÉDURE :	19
CHAPITRE 2 : UNE RÉFORME AYANT DES IMPACTS NON NÉGLIGEABLES :	33
TITRE 2 : LES CONSÉQUENCES D'UNE VIOLATION DU FORMALISME DES PROCÉDURES :	44
CHAPITRE 1 : LE CONTRÔLE EXERCÉ SUR LES MARCHÉS :	45
CHAPITRE 2 : LA SANCTION DES IRRÉGULARITÉS :	57
CONCLUSION GÉNÉRALE :	65
BIBLIOGRAPHIE :	66
Ouvrages :	66
Articles, études, chroniques et notes :	68
Références normatives :	71
Rapports	72
TABLEAU DE JURISPRUDENCE :	73
Cour de justice de l'union européenne :	73
Conseil d'État :	73
Cours Administrative d'Appel :	79
Tribunal Administratif :	80
Conseil Constitutionnel :	80
Cour de Cassation :	80
Chambre régionale des comptes :	80
TABLE DES MATIÈRES :	81

LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS :

Aff. : Affaire

AJDA : Actualité juridique Droit Administratif

AJCT : Actualité juridique des collectivités territoriales

BJCP : Bulletin des Jurisprudence de Contrats Publics

CAA : Cour Administrative d'Appel

CE : Conseil d'État

CGCT : Code Général des Collectivités Territoriales

CJA : Code de Justice Administrative

CJCE : Cour de Justice des Communautés Européennes

CJUE : Cour de Justice de l'Union Européenne

CMP 2006 : Ancien code des marchés publics

Coll. : Collection

CRC : Chambre régionale des comptes

Et a. : Et autre

JCP adm. : JurisClasseur périodique - Édition Administrations et Collectivité territoriales

P. : Page

RDP : Revue de Droit Public

RFDA : Revue Française de Droit Administratif (Dalloz)

TA : Tribunal Administratif

TFUE : Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne

INTRODUCTION :

Le formalisme peut être défini comme « *le principe juridique en vertu duquel une formalité est exigée par la loi pour la validité d'un acte* »¹. Ce dit principe a pu obtenir dans le langage courant un certain aspect péjoratif, lui attachant un aspect « d'attachement excessif » aux règles de formalités². Cependant il s'agit d'une vision somme-toute réductrice de ce qu'est le formalisme. En effet, même s'il est vrai que le formalisme conduit à s'attacher parfois davantage à la forme qu'au fond et qu'il peut conduire juridiquement à des conséquences importantes puisque la nullité est souvent la sanction prévue en cas de défaut de conformité aux règles de formalisme, celui-ci n'est pas gratuit. Sa présence plus ou moins importante en fonction des domaines du droit est souvent conditionnée par une logique de protection des justiciables, de sécurité juridique. Le juriste allemand Rudolf von Jhering, entre autre, voyait en lui un principe essentiel³.

Partant, Gabriel Ardant a pu distinguer deux types de formalisme⁴, d'un côté ce qu'il a appelé le « formalisme naturel » qui consiste principalement en une reprise des bonnes pratiques permettant la protection contre l'arbitraire, et de l'autre le « formalisme artificiel » qui émerge lorsque l'on perd de vue le but d'origine du formalisme et que l'on cède aux sirènes de l'excès de formalisme dans un souci de sécurité juridique démesuré. Jean-François Lachaume reprendra par la suite cette dichotomie en séparant le « bon formalisme », du « mauvais formalisme »⁵ dans une étude visant à poser un état des lieux en la matière dans les relations entre administré et administration, pour conclure que le point critique d'excès de formalisme n'avait pas encore été atteint mais qu'il fallait rester vigilant.

Ainsi, il ne s'agit pas d'un principe nouveau. Au contraire, le formalisme dispose de racines anciennes et a déjà pu faire ses preuves par le passé (section 1). Il n'a cependant pas été érigé en régime de droit commun lorsque l'administration a commencé à évoluer, en passant d'une logique d'unilatéralisme à une plus plus contractualiste dans ses rapports avec les administrés (Section 2). Cependant il est clair qu'il a su s'ancrer dans le paysage juridique de la commande

1 DEBARD Thierry et GUINCHARD Serge, *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 24eme édition.

2 *Dictionnaire de l'Académie française*, 9eme édition, Version informatisée.

3 VON JHERING Rudolf, *Esprit du droit romain, vol III*. Trad. De Meulenaere. p.164. « Ennemi jurée de l'arbitraire, la forme est la sœur jumelle de la liberté ».

4 ARDANT Gabriel, *La double origine du formalisme*, La Revue Administrative, 1952, N°29, p. 499-502

5 LACHAUME Jean-François, *Le formalisme*, AJDA 1995, p.133.

publique (Section 3).

Section 1 : Les origines du formalisme :

On peut faire remonter le formalisme au droit romain, dans lequel il a fleuri et a été mis sur un piédestal (Paragraphe 1). Mais par la suite, malgré l'émergence de la théorie consensualiste, il a su conserver une certaine place dans le droit des contrats français (Paragraphe 2).

§1 Le droit romain :

Si on ne devait distinguer dans le droit romain qu'une seule caractéristique, il s'agirait vraisemblablement de son attachement au formalisme⁶. En effet, qu'on soit en matière de procédure judiciaire ou en matière de formation de contrat⁷, la forme a un poids primordial.

Cette importance aux formalités est commune aux sociétés « archaïques » et cela est sans doute dû au fait que la théorie consensualiste repose sur le fait que l'on puisse dégager le consentement des parties, que l'on puisse comprendre leur intention. Il est plus aisé de se contenter de vérifier la conformité à des formalités plutôt que de s'essayer à une analyse de la volonté des parties. Dans les sociétés anciennes, on fait ainsi peu confiance aux simples paroles. Le formalisme est alors utilisé pour clairement indiquer l'intention des parties, s'assurant ainsi une protection certaine.

Le droit romain a été longtemps marqué par un aspect religieux, ce qui a entraîné la conservation de certains rituels lorsqu'il a commencé à être « laïcisé ». Ainsi, le procès romain va se séparer en deux étapes : premièrement la phase « In jure », puis la phase « In judicio ». Durant la première étape, l'affaire est mise en état d'être jugée, devant un citoyen élu. Pour ce faire, il faut respecter scrupuleusement « l'actio legis », c'est à dire les règles de formes encadrant la procédure. L'erreur la plus minime entraîne la perte du droit au procès. Ce n'est que si la forme est respectée et rentre dans des cas autorisés que le juge pourra statuer sur l'affaire durant la deuxième phase.

De même, en matière de droit des contrats, même si les contrats étaient à la base oraux, le

6 Gaius déclarait ainsi que l'obligation « est contractée par la remise d'une chose, par des paroles, par l'écrit ou par le consentement. ». Le consentement n'intervenant que plus tard dans l'histoire du droit romain et de manière limitée.

7 DUCOS Michèle, *Rome et le droit*, Le Livre de Poche, 1996, Coll. « Inédit Histoire », p.106-107

respect de la forme était primordial. En effet, il fallait respecter scrupuleusement la symétrie des questions et des réponses pour qu'une obligation soit formée⁸. Le droit des contrats n'était pas très développé à l'origine, puisque cela était vu comme une intrusion de la cité dans les affaires privées. Mais progressivement les formes de contrats se sont multipliées, en étant toujours encadrées par des exigences de formes poussées. Ces exigences vont permettre de marquer clairement la distinction entre la phase de négociation et la conclusion du contrat. Il s'agira aussi d'un moyen de mettre en garde les parties contre un engagement irréfléchi, les obligations pouvant être très lourdes. En outre les formalités porteront aussi justement sur la nature de ces obligations. Les formalités nécessaires à certains contrats peuvent de nos jours sembler absurdes. Ainsi les premiers engagements devant les dieux, et notamment la déesse « Fides »⁹ obligeaient à prêter serment avec la main droite et devant témoin pour pouvoir apporter la preuve de cet engagement. De même, le contrat dit de « stipulatio » était obligatoirement oral et, même si son formalisme était allégé comparé à d'autres types de contrat, il était donc impossible pour un muet de procéder à la passation de ce type de contrat.

Le consensualisme ne se frayera un chemin dans le droit romain que tardivement¹⁰, notamment suite à des contacts prolongés avec l'éthique grecque. Ce qui a impliqué une révision de la philosophie des contrats.

La vision romaine des contrats et le formalisme qui les imprégnait a eu un impact sur l'évolution de la théorie des contrats civilistes français.

§2 Le droit civil :

Le consensualisme est primordial dans le droit des contrats privés français. En effet, il s'agit de la raison sous-jacente justifiant les obligations auxquelles s'obligent les parties à un contrat. Toute la théorie des contrats et des obligations repose sur un échange de volonté librement consenti, chacun étant sensé devoir ensuite assumer les obligations induites par son acceptation de la passation du contrat¹¹. Cette idée est assez moderne, puisque pour, en aboutir là, il a fallu tout d'abord pouvoir accorder une force à la parole donnée en tant qu'elle même,

8 GAUDEMET Jean et CHEVREAU Emmanuelle, *Droit privé romain*, Montchrestien, 3ème édition, 2009, Coll. « Domat droit privé », P. 264 et s.

9 Déesse de la bonne foi et de l'honneur.

10 Aux environs de la période classique.

11 ROCHFELD Judith, *Les grandes notions du droit privé*, Puf, 2013, Coll. « Thémis droit », p.418-419.

en dehors de toute référence à des obligations de formes. Pour cela la doctrine canoniste¹² s'est d'abord appuyée sur Dieu en tant que garant universel, puis sur l'État et ses moyens de contrainte¹³. Ainsi le consentement est un des piliers de la formation du droit des contrats, même s'il n'est pas le seul puisqu'il faut tout de même que le contrat ait une cause licite, un objet certain et que les parties disposent de la capacité de contracter¹⁴. Ce n'est que si ces éléments sont réunis que la loi du contrat s'impose alors aux parties, qui ne pourront alors le révoquer que d'un commun accord ou bien en ayant recours au juge dans les cas prévus par la loi¹⁵.

Cependant, le formalisme n'a pas disparu du droit des contrats français. En effet, celui-ci reste héritier du droit romain et en a repris certains éléments¹⁶. C'est pourquoi, même s'ils sont marginaux par rapport à l'ensemble des contrats, nous disposons des contrats formels. Un contrat est dit solennel lorsque, en plus de l'échange de volonté qui doit toujours être présente à la formation du contrat, on exige pour sa validité que le contrat respecte une certaine procédure, un certain rite. De par l'avènement du consensualisme, le nombre de ces contrats a tendance à diminuer, mais il en reste encore et ne sont pas à ignorer. Le formalisme de ces contrats ne repose pas simplement sur une condition de publicité, mais sur une condition à part entière dont dépend l'existence du contrat¹⁷. De même il existe les contrats réels dont les obligations ne commenceront à courir qu'à partir du moment où la remise matérielle de la chose a été effectuée¹⁸. Il s'agit bien d'une condition du contrat et non pas d'une obligation naissant de celui-ci, même si cette vision tend à s'amenuiser. La jurisprudence a ainsi pu considérer que le prêt immobilier à la consommation n'était finalement pas un contrat réel mais était en vérité un contrat consensuel synallagmatique par exemple¹⁹.

Même si l'utilisation du contrat n'a pas été le réflexe premier de l'administration, celle-ci, au même titre que les particuliers, a pu avoir recours au procédé contractuel dans ses relations

12 TERRÉ François, SIMLER Philippe et LEQUETTE Yves, *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, 11^{ème} édition, 2013.

13 SUPIOT Alain, *Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du droit*, Seuil, 1^{ère} édition, 2005, coll. « La couleur des idées », p. 142 et s.

14 Article 1108 du code civil

15 Article 1134 du code civil

16 ROBAYE René, *Le droit romain, Tome II : Obligations – Contrats – Responsabilité contractuelle*, Bruylant, 2002, Coll. « Pédasup », p. 59 et s.

17 FABRE-MAGNAN Muriel, *Droit des obligations I – Contrat et engagement unilatéral*, Puf, 3^{ème} édition, Coll. « Thémis droit », p. 220.

18 *Droit des obligations I – Contrat et engagement unilatéral* – précité.

19 Cass, Civ. 1^{ère}, 27 Mai 1998, n°96-17312.

avec ses administrés.

Section 2 : L'émergence du contractualisme administratif :

Le contractualisme n'a pas été le mode d'action originel de l'administration mais a finalement émergé sans toute fois remplacer l'unilatéralisme (§1). Un principe de liberté contractuelle des personnes publiques a ainsi été reconnu par la suite (§2).

§1 Le passage au contractualisme :

L'un des principaux pouvoirs de l'administration est son pouvoir de prendre des décisions unilatérales, celles-ci créant des droits et des obligations qui vont s'imposer sans le consentement des destinataires. Le consentement n'est pour ainsi dire absolument pas requis. Au mieux il permet de s'assurer de l'efficacité de l'acte unilatéral²⁰.

Contrairement à ce que pouvait affirmer Léon Duguit au début du XXème siècle²¹, le contractualisme comme mode d'action de l'administration a connu un développement très important dans nos sociétés modernes et ce principalement à partir des années 1950-1960²². Ces sociétés, au lieu de justement accepter progressivement l'unilatéralité dans ses relations avec les administrations, n'acceptent plus l'autorité pour elle même²³. La puissance publique a perdu de son prestige²⁴. Les conflits entre administrations et administrés n'ont pas disparu, ils sont même davantage présents et l'administration a dû s'y adapter.

D'où le recours aux contrats, qui permettent des relations plus souples, moins tendues avec les administrés. Le domaine contractuel s'est particulièrement étendu dans certains secteurs, les principaux étant l'administration économique et l'administration territoriale.

Les contrats administratifs n'ignorent pas le consensualisme. Au contraire, ils en sont résolument emprunts. Le conseil d'État a pu déclarer que le contrat administratif était le

20 La nomination d'un fonctionnaire ne requiert pas son consentement, mais sans celui-ci, l'acte n'aura concrètement pas d'effet.

21 « diminution constante du rôle du contrat dans les sociétés modernes et notamment dans les rapports entre gouvernants et gouvernés » en raison de l'acceptation progressive des « manifestations unilatérales de la volonté gouvernante... parce qu'on a une notion chaque jour plus nette de la société sociale » DUGUIT Léon, *l'État, le droit objectif et la loi positive*, 1901, Réédition Dalloz 2003, p.381

22 YOLKA Philippe, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 2013, Coll. « systèmes », p. 14.

23 *Droit des contrats administratifs*, 8ème édition, Laurent Richer, LGDJ Lextenso éditions, 2012, p. 52. §60

24 DURAND Patrice, *l'(im)puissance publique, les pannes de la coordination*, LexisNexis, 2012, Coll. « Colloques et débats », p.3.

résultat de la rencontre de plusieurs volontés et qu'il reposait justement sur la volonté de se lier à des obligations réciproques²⁵. De même, l'arrêt Époux Bertin du conseil d'Etat²⁶, même si on en dégage surtout une réitération de l'exécution du service public comme critère du contrat administratif, a consacré la possibilité pour un contrat administratif d'être passé sous une forme entièrement verbale sans considération de formalisme.

Même si le recours au contrat peut être encadré ou limité²⁷, une certaine liberté contractuelle leur a été reconnue.

§2 La liberté contractuelle des personnes publiques :

Les personnes publiques se sont vues reconnaître une liberté contractuelle. Cependant cela ne s'est pas fait sans difficulté, des étapes successives ont eu lieu, des décisions et des revirements ont été pris. En effet, là où le conseil d'État a établi assez tôt la reconnaissance de cette liberté²⁸, le conseil constitutionnel n'a pas eu un avis aussi tranché. Il a d'abord refusé de lui reconnaître une valeur constitutionnelle²⁹, tout en admettant qu'elle était invocable dans le cadre d'atteinte à d'autres libertés garanties³⁰. Ce n'est qu'en 2000 qu'il dégage de l'article 4 de la DDHC un principe de liberté contractuelle³¹ mais sans l'étendre aux personnes publiques. Pour que ce principe leur soit étendu il faudra attendre 2006³².

La conséquence de la reconnaissance de cette liberté c'est notamment le fait que seul le législateur est en droit de lui porter atteinte, et que donc les lois y dérogeant devront être interprétées strictement³³.

Ainsi certains régimes de contrat seront plus libres que d'autres. Par exemple, la vente des biens immobiliers des collectivités territoriales est plutôt libre³⁴. Il s'agit d'un régime dont le

25 CE, 20 Mars 1996, *Commune de Saint-Céré*, n°150038.

26 CE, 20 Avril 1956, *Époux Bertin*, n°98637, Rec. 167.

27 Par exemple l'interdiction de transférer à un tiers le pouvoir de décision unilatérale (CE, 30 Septembre 1983, *Fédération départementale des associations agréées de pêche de l'Ain*, n°31875 et a.) ; l'interdiction de prendre un engagement sur une décision à venir (CE, 23 Janvier 1981, *Siméon*, n°20366.) ou encore l'interdiction de substituer le contrat à l'acte unilatéral (CE, 20 Janvier 1978, *Syndicat national de l'enseignement technique agricole public*, n°99613.)

28 CE, 2 février 1983, *Union des transports publics urbains et régionaux*, n°34027.

29 CC, 4 juin 1984, Décision n° 84-137 L ; CC, 3 août 1994, n° 94-348 DC.

30 CC, 20 mars 1997, n°97-388 DC ; CC, 10 juin 1998, n° 98-401 DC.

31 CC, 19 décembre 2000, *financement de la sécurité sociale*, n°2000-437 DC.

32 CC 30 novembre 2006, *loi relative au secteur de l'énergie*, n°2006-543 DC.

33 CE, 28 janvier 1998, *Société Borg Warner*, n°138650.

34 YOLKA Philippe, *JurisClasseur Propriétés publiques, Fasc. 88 : Ventes d'immeubles des collectivités territoriales*, LexisNexis, version mise à jour le 1er Septembre 2013, paragraphe 84 et s.

choix de la procédure est souple, il n'y a pas de mise en concurrence préalable obligatoire déterminant le co-contractant de la collectivité. La collectivité n'est même pas obligée de choisir de contracter avec la personne qui lui ferait l'offre la plus importante³⁵. Cette liberté provient d'un retrait justement d'obligations concernant les procédures de vente³⁶, accordant davantage de liberté aux collectivités.

De même en droit des assurances la liberté contractuelle a une place importante³⁷, notamment en matière de modification du contrat. En effet, même si les marchés publics d'assurance est soumis à la législation concernant les marchés publics, ils sont également soumis au code des assurances. Des conflits peuvent alors naître puisque notamment le code des marchés publics encadre la modification du contrat davantage que ne le fait le code des assurances, qui lui l'encourage via un formalisme extrêmement léger³⁸.

Cela souligne que la commande publique est un sujet à part dans la nébuleuse du droit des contrats. Ils sont soumis à des exigences plus importantes que la plupart des autres contrats.

Section 3 : La commande publique :

Les contrats de la commande publique ont acquis une place importante, que ce soit leur poids économique ou théorique (Paragraphe 1). Ils ont été assujettis à un formalisme important pour des raisons tenant à la protection des intérêts qu'ils représentent (Paragraphe 2). Mais ce formalisme a pu faire l'objet de critiques qui ont influencé et influencent encore son évolution (Paragraphe 3).

§1 Définition de la commande publique et sa place dans l'économie :

La commande publique représente l'ensemble des contrats passés par les personnes publiques pour répondre à leurs besoins. En France, elle représente près de 400 milliards d'euros de dépense par an, soit 20% de notre produit intérieur brut³⁹. C'est donc un domaine qui de par son importance économique ne pouvait pas être ignoré par le droit.

35 CE, 27 janv. 2010, *Commune Mazayes-Basses*, n°313247.

36 Loi n° 94-112 du 9 février 1994 portant diverses dispositions en matière d'urbanisme et de construction, Article 16.

37 MÉNARD Juliette, *La passation de marchés publics d'assurance*, AJCT 2012 p. 120.

38 Article L. 112-3 du code des assurances.

39 BOURQUIN Martial, *Rapport d'information fait au nom de la mission commune d'information sur la commande publique*, Enregistré à la Présidence du Sénat le 14 octobre 2015, Annexe VI.

C'est principalement l'union européenne qui va réglementer la commande publique à partir de la seconde moitié du XXème siècle, en effet l'un des buts de l'union européenne a toujours été l'achèvement d'un marché unique⁴⁰, aussi appelé marché intérieur. Or le secteur de la commande publique est un enjeu majeur dans la conception de ce marché unique, d'où son intervention. C'est ainsi le droit de l'union européenne, d'abord via les règles du traité et notamment l'interdiction des restrictions à la liberté de circulation⁴¹ qui va impacter la commande publique puisque ce principe va avoir pour conséquence notamment l'interdiction de conditions dans le marché pouvant constituer des mesures d'effet restrictive équivalent ou bien simplement des restrictions à la libre prestation service. De même en application de la jurisprudence *Cassis de Dijon*⁴², les pouvoirs adjudicateurs doivent, en l'absence d'harmonisation, admettre la reconnaissance mutuelle des produits et des services qui ont été légalement commercialisés dans un autre État de l'Union, dès lors qu'ils respectent les règles européennes de normalisation.

Mais le droit de l'union va aussi surtout impacter en profondeur la commande publique via son droit dérivé, par une succession de directive harmonisant le droit de la commande publique. Les directives ont ainsi procédé à une harmonisation des réglementations autour des principes de mise en concurrence, de transparence et d'élimination des entraves techniques. 4 paquets législatifs se sont succédé, le premier commençant le processus d'ouverture des marchés⁴³ en introduisant notamment le système de seuils et les premières procédures, le deuxième s'attaquant aux secteurs exclus et aux voies de recours⁴⁴, le troisième va commencer à se pencher sur l'exécution et non plus seulement la passation tout en rationalisant la réglementation⁴⁵. Enfin le dernier paquet a été adopté récemment⁴⁶ et unifie le droit de la commande publique en englobant tous les contrats de la commande publique et non plus seulement les marchés publics.

Ce régime harmonisé de la commande publique est emprunt d'un certain formalisme qui est

40 Article 3 TFUE

41 Articles 26 et 45 TFUE

42 CJCE, 20 février 1979, *Cassis de Dijon*, Aff. C-120/78.

43 La directive 71/305 du 26 juillet 1971 et La directive 77/62 du 21 décembre 1976.

44 La directive fourniture 88/295/CEE du Conseil du 22 mars 1988, la directive service 92/50/CEE du Conseil du 18 juin 1992 et la directive recours 89/665/CEE du Conseil du 21 décembre 1989

45 La directive 2004/18 secteurs classiques, directive 2004/17 secteur exclu du 31 mars 2004; La directive recours 2007/66 du 11 décembre 2007.

46 La directive 2014/23 sur l'attribution des contrats de concession, la directive 2014/24 sur la passation des marchés publics qui abroge la directive 2004/18, La directive 2014/25 sur la passation des marchés dans le domaine de l'eau, de l'énergie et des transports du 26 février 2014.

nécessaire au vu de l'ampleur de sa tâche.

§2 Les raisons du formalisme dans la commande publique :

Comme il a déjà été mentionné précédemment, le formalisme n'est pas gratuit, et sa présence au sein du régime des contrats de la commande publique ne déroge pas à ce constat. En effet, les enjeux sont de taille en la matière, et il est nécessaire de procéder à un équilibre délicat entre plusieurs intérêts en présence.

En effet on peut tout d'abord soulever que le régime plutôt stricte qui s'applique à la commande publique permet la protection des principes fondamentaux de la commande publique. Ceux-ci sont issus des traités et découlent notamment de l'interdiction des discriminations liés à la nationalité⁴⁷, ils ont été dégagés par la jurisprudence de la cour de justice⁴⁸, puis ont été consacrés en droit interne⁴⁹ et enfin ont été repris par les divers textes juridiques relatifs à la commande publique⁵⁰. Ces principes sont au nombre de trois, il s'agit de la liberté d'accès, l'égalité de traitement des candidats et la transparence des procédures. L'un des principaux intérêts du formalisme en matière de commande publique est justement de pouvoir s'assurer du respect de ces principes fondamentaux⁵¹. Ainsi, toutes les obligations en matière de publicité permettent de s'assurer de la transparence des procédures. L'appréciation objective des offres des candidats et les obligations relatives à la détermination de l'offre économiquement la plus avantageuse contribue au respect de l'égalité de traitement⁵².

Envisagé sous cet angle, le formalisme semble donc profiter principalement aux candidats qui sont les personnes protégées par ces principes fondamentaux. Cependant, l'encadrement des procédures n'est pas bénéfique uniquement aux candidats, mais aussi bel et bien aux acheteurs. En effet, il faut garder en tête la logique qui sous-tend le régime du marché public. Celui-ci repose sur l'idée libérale selon laquelle la mise en concurrence permettra de dégager

47 Article 18 TFUE

48 CJCE, 7 décembre 2000, *Telaustria*, Aff. C-324/98

49 CC, 26 Juin 2003, *loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit*, n°2003-473 DC ; CE, avis, 29 juillet 2002, *société MAJ Blanchisserie de Pantin*, n° 246921 ; CE, 23 déc. 2009, *Établissement public du musée et du domaine national de Versailles*, n° 328827.

50 Article 1 II du CMP 2006 ; Article 1 de l'Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics.

51 Autorité de la concurrence, avis du 15 février 2016 relatif à la demande d'avis de la commune de Saint-Germain-en-Laye en ce qui concerne la conformité du traitement des offres « non-conformes » en matière de commande publique au regard des règles de concurrence, n°16-A-05.

52 Article 62 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics

l'offre économiquement la plus avantageuse. L'acheteur est donc plus ou moins contraint dans son choix final concernant la personne avec qui il contractera, mais c'est dans le but de s'assurer qu'il contractera dans les meilleures conditions. Ainsi, lorsque les règles sont ignorées et que certains acheteurs prennent quelques libertés en matière de marché public, on constate logiquement des surcoûts⁵³.

Enfin, la présence d'un tel formalisme dans le régime des marchés publics permet de se prémunir contre les vices du consentement. En effet, les marchés publics restent des contrats, ils sont donc soumis au régime général et donc à l'interdiction des vices du consentement que sont l'erreur⁵⁴, le dol⁵⁵ et la violence⁵⁶. Le doyen Odent précise ainsi que « *si les articles du code civil sur les contrats ne sont pas directement applicables aux contrats administratifs [...] la jurisprudence du Conseil d'État s'en inspire au point de recopier les formules mêmes de ces articles* »⁵⁷. Or, de par les formalités imposées lors de la passation des marchés publics, les hypothèses dans lesquelles des vices de nature à pouvoir entacher le consentement d'une des parties sont marginales. On conçoit difficilement les manœuvres dolosives et la violence dans la passation des marchés publics, et l'information poussée nécessaire à la procédure de passation est de nature à protéger des risques d'erreurs.

Cependant, ce formalisme a pu faire l'objet de critique qui ont influencé et influencent encore son évolution.

§3 Critiques du formalisme :

Même si le formalisme est important, notamment à des fins de sécurité juridique, certains ont pu légitimement considéré que cette démarche avait été trop loin. En effet, suite à la transposition du troisième paquet législatif, le professeur Lucien Rapp avait ainsi pu cosigner une tribune dans laquelle il critiquait le regain de formalisme entamé par les juridictions administratives qui commençaient à dégager les mentions obligatoires à peine de nullité des avis d'appel public à la concurrence⁵⁸.

53 CRC Auvergne – Rhône Alpes Rapport d'observations définitives – Avril 2015 – Société d'économie mixte immobilière de Vichy : Constatation d'important surcoûts liés à une pratique conduisant à passer des marchés sans aucune publicité ni mise en concurrence préalable.

54 TA Limoges, 23 février 2006, *SCI le magnolia contre RTE*,

55 TA Paris, 21 Avril 1971 , *Ville de Paris*.

56 CE 4 Mai 1900, *Héritiers du sieur Gouy*.

57 ODENT Raymond, *Contentieux administratif Tome 1*, Dalloz, 2007, p. 17.

58 RAPP Lucien et BATTOUE Laurent, *Marchés publics : trop de formalisme tue la procédure*, 23 Juillet 2008, http://www.lesechos.fr/23/07/2008/LesEchos/20220-050-ECH_marches-publics---trop-de-formalisme-tue-la-

Le sénat lui même dans un rapport récent a fait le constat qu'au de là des obligations posées par la jurisprudence, c'étaient les acheteurs eux même qui « *s'enfermaient dans le formalisme* ». En effet la complexité du régime serait tellement complexes, et les risques tellement présents aux yeux des acheteurs, que les acheteurs s'autolimiteraient dans leurs capacités d'initiative en passant des marchés similaires à ceux qu'ils ont déjà passé afin d'éviter le plus possible de voir des marchés plus innovants se voir déclarer irrégulier. Le sénat conclut donc que « *ce formalisme est susceptible de nuire à la qualité et à l'adaptabilité de la commande publique car il ne permet guère de s'adapter aux évolutions du besoin des acheteurs.* »⁵⁹ Ceci n'est cependant pas une conception nouvelle, et c'est un défaut des systèmes mettant davantage l'accent sur le respect de la réglementation plutôt que sur la qualité des résultats, puisque celle-ci est présumée provenir du respect des règles de formalisme. L'acheteur va naturellement s'entourer d'un excès de précaution, en oubliant parfois la marge de manœuvre dont il disposait pourtant⁶⁰.

Ce type de considération a été entendu par le législateur européen, puisque la simplification a été érigée en objectif des nouvelles directives, notamment car en période de crise économique il est d'autant plus important de s'assurer de pouvoir dynamiser le secteur économique, et les marchés publics de par leur importance sont un levier sur lequel comptent les pouvoirs publics pour redresser la situation⁶¹.

Cependant, même si c'est l'objectif affiché, la question peut se poser de savoir si c'est vraiment le chemin qu'ont pris les directives et leurs transpositions en droit interne. Dans quelle mesure le formalisme est-il actuellement pris en compte lors de la passation des marchés publics ?

En effet, la volonté de simplification est louable mais est surtout un objectif répété régulièrement, en atteste la succession des lois dites « de simplification » dans de nombreux domaines qui en ont peut être l'objectif mais rarement la finalité. De même récemment la jurisprudence a pu au contraire exiger davantage de formalisme de certains contrats, comme les conventions d'occupation du domaine public qui dorénavant nécessitent obligatoirement

procedure.htm#O15fFLKBrwhi0YjM.99, consulté le 5 Juin 2016.

59 Rapport sénat précité

60 ARROWSMITH Sue, *Regulating public procurement*, Cluwer Law, 2000, p.76.

61 Considérant 2 de la directive 2014/24 précitée

un écrit⁶².

Il conviendra donc d'analyser les conditions de formalismes en tant que telles imposées lors de la phase de passation (Titre 1) avec notamment l'encadrement du choix des procédures (Chapitre 1) et les modifications apportées par la réforme (Chapitre 2), mais aussi les conséquences qu'un défaut de formalisme peut avoir sur le sort d'un marché (Titre 2), via les sanctions qu'on lui attribue (Chapitre 2) à la suite d'un contrôle (Chapitre 1).

62 CAA Marseille, 27 Octobre 2015, *M et Madame B*, n°14MA00279 ; CE, 19 juin 2015, *société immobilière du port de Boulogne*, n°369558.

TITRE 1ER : LE FORMALISME DES PROCÉDURES DE PASSATION

Le régime juridique établi vis à vis des marchés publics va surtout s'attacher à encadrer les procédures de passation. L'acheteur n'est pas entièrement libre concernant la procédure qu'il entend utiliser (Chapitre 1), mais le législateur européen a entendu les plaintes des acheteurs et les a pris en compte (Chapitre 2).

CHAPITRE 1 : LE CHOIX DE LA PROCÉDURE :

Les exigences de formalisme que devront respecter les pouvoirs adjudicateurs vont dépendre de la procédure à laquelle ils auront recours. Ils ne sont pas entièrement libres quant au choix de cette procédure, puisqu'un système de seuil est là pour poser une gradation dans les exigences de formalisme (Section 1) et détermine au final le type de procédure disponible (Section 2).

Section 1 : le système de seuil :

Tout le formalisme des procédures de passation des marchés publics repose sur un système de seuil (§1), sur une méthode de calcul permettant de déterminer s'ils ont été atteints (§2) et sur des conséquences déterminées en fonction de chaque seuil (§3).

§1 Le principe des seuils :

Très tôt, avant même l'avènement du droit européen, les pouvoirs publics ont eu conscience que le formalisme ne pouvait pas être absolu, qu'il ne pouvait pas être requis en toute circonstance. Ainsi des ordonnances prises en 1836 et 1837 ont consacré que la procédure d'adjudication prévue à l'époque n'était pas obligatoire lorsque cela concernait des marchés d'un faible montant ou bien dans des cas d'urgence⁶³. L'urgence et les montants faibles sont d'ailleurs deux considérations qui ont été reprises par la suite dans le régime moderne des marchés publics. L'un⁶⁴ comme l'autre⁶⁵ justifient le recours à une procédure de marchés publics négociés sans publicité ni mise en concurrence préalables.

Il a donc toujours fallu opérer un travail d'équilibriste dans la mise en balance entre les coûts de la transaction liés au formalisme et les avantages liés à la concurrence. En effet, de manière assez logique, plus les seuils imposants des formalités particulières sont élevés, plus les coûts de la procédure en elle-même diminuent, puisque justement davantage de marchés en sont alors dispensés. Cependant il faut aussi prendre en compte que cela n'est pas forcément aussi simple puisqu'on a ainsi pu constater que moins on encadrait de manière formelle les procédures, plus les acheteurs pouvaient prendre de risque et cela entraînait donc un surcoût

63 RICHER Laurent, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 8ème édition, 2012, p. 457.

64 Article 30 I -1 du Décret n° 2016-360 précité.

65 Article 30 I -8 du Décret n° 2016-360 précité.

non négligeable. Une étude menée pour le compte de la commission européenne en 2013 a ainsi pu estimer que le mauvais respect des procédures susciterait en Europe, pour une proportion de marchés comprise entre 22,3 % et 33,8 %, un surcoût moyen de 13 % (soit un surcoût global de 2,9 % à 4,4 %) ⁶⁶.

Les seuils au niveau européens ne sont pas le fruit d'une démarche chaotique, ils sont réévalués tout les 2 ans et ont en fait pour base non pas le droit européen mais l'accord plurilatéral sur les marchés publics de l'organisation mondiale du commerce ⁶⁷. En effet, cet accord auquel l'Union européenne est donc partie, va fixer des seuils en DTS ⁶⁸. Ces DTS seront ensuite traduits en Euro par les directives et ajustés tous les 2 ans pour suivre l'évolution du cours de l'euro. Ces seuils seront ensuite repris en droit interne, les directives laissant la possibilité de rendre plus contraignant, si les États le souhaitent, l'encadrement des régimes.

Ainsi, par exemple, en droit français le seuil au de là duquel les marchés de travaux devaient passer par une procédure formalisée a pendant un moment était fixé bien en dessous de celui proposé par les directives, puisque nous l'avions fixé aux alentours de 200 000 ⁶⁹ alors que les directives le prévoyaient plutôt à 5 150 000 euros. Ce n'est qu'avec le décret du 19 Décembre 2008 ⁷⁰ que la situation s'est alignée davantage sur le seuil des directives européennes, puisque même si cela apportait une sécurité juridique plus importante, le contrecoup en matière de formalité était non négligeable.

De même, un autre seuil a pu faire débat, c'est celui en dessous duquel la mise en concurrence et la publicité préalable n'étaient pas obligatoires. Il avait initialement été fixé à 4000 euros en 2004 ⁷¹, et le décret de 2008 a voulu rehausser ce seuil à 20 000 euros ⁷², cependant le Conseil d'État dans son arrêt Perez a estimé que ce seuil violait les principes de transparence, d'égalité de traitement et de liberté d'accès à la commande publique ⁷³. Il a donc été rehaussé

66 PWC et Ecorys, *Identifying and Reducing Corruption in Public Procurement in the EU*, 30 juin 2013

67 Accord sur les marchés publics révisé le 30 mars 2012 (GPA/113)

68 Pour Droit de Tirage Spécial, une valeur créée par le FMI reposant sur un panier de devise et facilitant les rapports monétaires internationaux.

69 Le seuil était de 210 000 au moment de l'adoption de l'ancien code des marchés publics de 2006 puis est passé à 206 000 euros avec le décret n° 2007-1850 du 26 décembre 2007.

70 Décret n° 2008-1356 du 19 décembre 2008 relatif au relèvement de certains seuils du code des marchés publics

71 Décret n° 2004-1298 du 26 novembre 2004 relatif à diverses dispositions concernant les marchés de l'Etat et des collectivités territoriales

72 Décret n° 2008-1356 précité

73 CE, 10 février 2010, *Perez*, n°329100.

mais à hauteur de 15 000 euros⁷⁴, et cette fois-ci le Conseil d'État saisi pour avis de la proposition a estimé qu'à partir du moment où le texte rappelait les obligations en matière de principe telles que la réponse déterminante au besoin, la bonne utilisation des deniers publics et la nécessité de ne pas contracter automatiquement avec les mêmes prestataires à chaque renouvellement, alors les principes fondamentaux ne feraient pas obstacle à cette modification. Ce seuil sera conservé à l'occasion de la loi de 2012 relative à la simplification du droit⁷⁵ et a finalement pu passer à 25 000 au 1er Octobre 2015⁷⁶. Cependant ce seuil fait encore une fois « débat » puisque la mission commune d'information sur la commande publique propose toujours de le faire passer non pas à 25 000 mais bien à 40 000 euros, le tout en mettant l'accent sur des procédures d'auto-contrôle⁷⁷. Le sénateur M. Éric Doligé, membre de la commission, considère ainsi que les parlementaires « s'auto-flagellent » depuis 10 ans en refusant de relever les seuils, ce qui pour lui contribuerait à la fluidification des marchés.

Mais l'existence de seuil n'a de sens que si l'acheteur dispose d'une manière de déterminer s'ils ont été atteints.

§2 La computation des seuils :

Pour calculer le montant du marché, il faut toujours avoir en tête que celui-ci doit se faire sur la base d'une évaluation préalable devant être à la fois sincère et raisonnable. Une estimation faussée aura des conséquences tant vis-à-vis de l'illégalité du marché⁷⁸, que du respect des règles de la dépense⁷⁹ ou encore de l'engagement de la responsabilité pénale de l'acheteur⁸⁰.

Aussi, la tentation des acheteurs peut être forte de tenter de se soustraire à l'application des procédures formalisées, en procédant à des détournements. Ainsi, certains acheteurs ont pu en arriver à calculer préalablement le montant du marché afin de faire correspondre à celui-ci la procédure qu'ils veulent en définitive utiliser. La réglementation ne peut pas vraiment éviter cela complètement, tout au mieux elle peut tenter de prévoir les détournements de procédure

74 Décret n°2011-1853 du 9 décembre 2011 modifiant certains seuils du code des marchés publics

75 Loi n° 2012-387 du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allégement des démarches administratives

76 Décret n° 2015-1163 du 17 septembre 2015 modifiant certains seuils relatifs aux marchés publics

77 Rapport du sénat 14 octobre 2015 fait au nom de la mission commune d'information sur la commande publique précité

78 CE, 26 septembre 1994, *Commune de Pont-à-Marq*, n°126987

79 CRC provence-alpe-côte d'azur, 29 mars 1994, *B.*, *Comptable du département des alpes-maritimes*

80 Cass. Crim, 13 décembre 2000, n°99-86876

possible. C'est pourquoi l'un des procédés les plus évidents a été pris en compte⁸¹, le « saucissonnage »⁸². Cette pratique consiste à scinder un marché en plusieurs marchés afin que ceux ci soient passés en dessous des seuils de procédure formalisée. Le juge a bien entendu pu annuler des marchés passés via cette pratique en violation des seuils⁸³.

L'estimation que l'on doit comparer aux seuils est calculée sur la base du montant total hors taxe des marchés publics envisagés⁸⁴. Ce terme de « total » va comprendre à la fois le coût des éventuelles options contenues dans le marché, de la reconduction prévue ou non du marché, des primes attribuables au cours de la procédure. Ce total doit être apprécié au moment de l'engagement de la procédure de marché public, point de départ qui sera caractérisé par l'envoi de l'avis d'appel public à la concurrence s'il est nécessaire⁸⁵. Cependant la passation d'avenant après la signature du contrat ne doit pas conduire à dépasser les seuils⁸⁶, puisque cela reviendrait à contourner les obligations de publicité et de mise en concurrence⁸⁷.

Même si le principe est le même, les modes de calcul seront différents en fonction que l'on se trouve en face d'un marché de travaux ou bien d'un marché de service. En effet comme déjà rappelé précédemment, il faut aussi éviter de scinder le marché. Chaque type de marché va donc avoir sa propre conception de ce qu'est « un marché ».

La base d'évaluation en matière de marché de travaux c'est « l'opération de travaux »⁸⁸. Celle-ci se définit comme « *la décision de mettre en œuvre, dans une période de temps et un périmètre limité, un ensemble de travaux caractérisé par son unité fonctionnelle, technique ou économique* ». Cette définition nous donne aussi la méthode que l'acheteur doit utiliser pour délimiter son marché : le Faisceau d'indices. En effet chaque acheteur va devoir vérifier les caractéristiques de ses projets et estimer si oui ou non ils sont en vérité l'objet d'une même opération. Au final les indices peuvent faire pencher la balance dans un sens comme dans l'autre, chacun peut indiquer une solution contradictoire et c'est à l'acheteur diligent de procéder à un choix éclairé. La jurisprudence a pu elle même dégager des indices permettant de déterminer s'il s'agit d'une opération unique ou non, comme par exemple le recours à un

81 Article 20 du décret n° 2016-360 précité

82 CE, 26 septembre 1994, *Préfet de l'Eure et Loir*, n°122759.

83 CAA Paris, 22 juin 2004, *Commune de Bussy-Saint-Georges*, n°00PA0261.

84 Article 20 du décret n° 2016-360 précité

85 Article 23 du décret n° 2016-360 précité

86 CE, 29 janvier 1982, *Martin*, n°19926.

87 Article 140 du décret n° 2016-360 précité

88 Article 21 I 1° décret n° 2016-360 précité

CCTP commun, à un maître d'œuvre commun ou encore à une technologie identique⁸⁹.

En revanche en matière de service et de fourniture, ce qui va importer c'est le caractère homogène de la prestation⁹⁰, soit en fonction de ses caractéristiques propres, soit en fonction d'une unité fonctionnelle. Sachant que s'il s'agit de répondre à des besoins réguliers alors il faudra estimer le montant total pour l'année à venir soit en prenant en compte les montants de l'année précédente soit en estimant le montant pour l'année à venir⁹¹. La notion de caractéristique propre peut être nébuleuse pour l'acheteur, d'où une tendance possible à regrouper absolument les achats par peur de contrevenir à la réglementation, au risque de perdre en flexibilité. C'est pourquoi des nomenclatures ont émergé pour aider les acheteurs à se repérer, classant par catégorie chaque type de fourniture, mais elles sont nécessairement imparfaites et essayent juste de s'adapter aux évolutions et cas rencontrés. Une nomenclature officielle avait été publiée⁹², mais a été finalement abrogée quelques années plus tard⁹³, ce sont les acheteurs qui ont conçu des nomenclatures non-officielles par la suite⁹⁴. La notion d'unité fonctionnelle quant à elle s'entend comme « *comme l'ensemble des prestations nécessaires à la réalisation d'un besoin* »⁹⁵

Un problème peut toutefois survenir lorsqu'un marché mélange plusieurs objets de différentes natures, en effet un même marché peut contenir plusieurs prestations correspondant à la fois à la définition d'un marché de service ou d'un marché de travaux au titre de l'ordonnance sur les marchés publics⁹⁶. Cette même ordonnance dégage ainsi des marchés qualifiés de « Mixte ». L'ordonnance consacre le principe qui existait déjà dans le précédent code⁹⁷ et dans la jurisprudence⁹⁸ : s'il s'agit d'un marché portant à la fois sur des besoins de travaux et de services ou de fournitures, l'objet principal déterminera le régime à appliquer. En revanche s'il s'agit d'un marché mixte de services et de fournitures, c'est le montant le plus important entre les deux aspects qui déterminera la qualification.

89 CE, 13 février 1987, *Bonhenry*, n°47971.

90 Article 21 I 2° décret n° 2016-360 précité

91 Article 21 II du décret n° 2016-360 précité

92 Arrêté du 13 décembre 2001 définissant la nomenclature prévue aux II et III de l'article 27 du code des marchés publics.

93 Arrêté du 28 août 2006 portant diverses dispositions relatives aux textes d'application du code des marchés publics.

94 Par exemple la nomenclature Nadege, créée par Michel Crahès, chef du service de la commande publique au Service départemental d'incendie et de secours des Alpes-Maritimes

95 Rép. min. n° 24392 : JOAN Q, 30 mars 2004, p. 2574 (Q. 8 sept. 2003, M. Christian Vanneste)

96 Article 5 de l'ordonnance n° 2015-899 précitée.

97 Article 1 du CMP 2006

98 CJUE, 26 Mai 2011, *Commission contre Espagne*, Aff. C-306/08.

Une fois que le montant du marché a été régulièrement évalué, il faut le comparer aux seuils existants pour déterminer les formalités qui seront exigées de l'acheteur.

§3 L'impact des seuils :

Plus le montant est important, plus l'acheteur se doit de respecter de formalisme. On peut ainsi discerner 4 seuils : celui de 25 000, celui de 90 000, celui des procédures formalisées et le seuil de 100 millions.

En dessous du seuil de 25 000 euros, c'est là que la procédure est la plus souple. Comme vu précédemment, en France la fixation de ce seuil a pu poser quelques problèmes justement parce que ses conséquences sont importantes. Ainsi en dessous de 25 000 euros, l'écrit n'est même plus obligatoire pour passer le marché public⁹⁹. Ces marchés sont aussi compris dans les cas de recours des procédures de passation des marchés publics sans publicité ni mise en concurrence préalable¹⁰⁰. Cependant cela n'implique pas pour l'acheteur la possibilité de se dispenser de respecter les principes de la commande publique, puisque ceux-ci s'appliquent dès le premier euro¹⁰¹, d'où le rappel de consignes pratiques au sein même de l'article. La publicité devra tout de même être jugée adéquate, et il faut qu'elle émane de l'acheteur lui-même, il ne peut pas juste se contenter de compter sur la reprise de sa publicité par d'autres organismes indépendants et ce même si ce dernier est une revue spécialisée dans le domaine de l'objet du marché¹⁰².

Le seuil suivant impliquant des obligations particulières c'est celui de 90 000 euros. Au dessus de celui-ci, l'acheteur se voit dans l'obligation de publier son avis de marché soit dans le bulletin officiel des annonces légales, soit dans un journal spécial habilité à publier des annonces légales¹⁰³. En outre l'acheteur devra vérifier que les conditions que l'objet du marché et ses modalités n'entraînent pas la nécessité de publier celui-ci au journal officielle de l'union européenne de par l'attractivité que ce marché public pourrait avoir au niveau européen. Il s'agit d'une référence à l'intérêt transfrontalier certain, qui s'analyse au cas par cas via un faisceau d'indices¹⁰⁴. Cependant le nouveau décret ne fait pas que codifier des obligations

99 Article 15 du décret n° 2016-360 précité

100 Article 30 I 8° du décret n° 2016-360 précité

101 CJCE *Telaustria* précitée.

102 CE 7 octobre 2005, *Région Nord Pas de Calais*, n°278732.

103 Article 34 du décret n° 2016-360 précité

104 CJUE, 16 avril 2015, *Entreprise Focused Solutions*, Aff. C-278/14.

puisque justement il a supprimé une obligation qui était spécifique en droit français, c'est à dire l'obligation pour le pouvoir adjudicateur de publier sur son profil d'acheteur¹⁰⁵ ce qui devrait alléger l'ensemble des procédures.

Néanmoins, c'est vraiment à partir du seuil des procédures formalisées que l'on commence à encadrer les procédures. Ces seuils sont différents en fonction de la nature de l'acheteur et en fonction de l'objet du marché. En effet, le dernier décret actualisant les seuils¹⁰⁶ distingue les marchés de travaux et ceux de fourniture ou de services, et au sein de ces derniers procède à une nouvelle distinction en fonction de la personne passant le marché public. Ces seuils sont de :

- Pour les marchés de travaux, 5 225 000 euros quelque soit l'acheteur
- Pour les marchés de fourniture ou de service :
 - 135 000 euros pour l'État et ses établissements publics
 - 209 000 euros pour les collectivités et les établissements publics de santé
 - 418 000 euros pour un acheteur public qui exerce une activité d'opérateur de réseaux¹⁰⁷

Le dépassement de ce seuil entraîne la nécessité pour l'acheteur de respecter par principe une des procédures formalisées prévues par le décret¹⁰⁸, que sont l'appel d'offre¹⁰⁹, la procédure concurrentielle avec négociation¹¹⁰ et le dialogue compétitif¹¹¹. L'encadrement de ces procédures comportera notamment des exigences vis-à-vis des délais à respecter, que ce soit concernant le délai de réception des offres et des candidatures ou bien le délai de Standstill à respecter entre la notification de l'attributaire et la signature du marché¹¹², ou bien des exigences de publicité particulière en plus de celles exigées pour les seuils précédents, comme

105Article 40 du CMP 2006

106Décret n° 2015-1904 du 30 décembre 2015 modifiant les seuils applicables aux marchés publics et autres contrats de la commande publique

107Article 12 de l'ordonnance n° 2015-899 précitée

108Article 25 du décret n° 2016-360 précité

109Article 66 du décret n° 2016-360 précité

110Article 71 du décret n° 2016-360 précité

111Article 75 du décret n° 2016-360 précité

112Article 101 du décret n° 2016-360 précité

la publication d'un avis de marché au journal officiel de l'union européenne¹¹³ dont les modalités doivent respecter le règlement d'exécution établissant les formulaires standards en la matière¹¹⁴.

Enfin un dernier seuil a été introduit avec le nouveau régime, c'est celui obligeant l'acheteur à recourir à une évaluation préalable lorsque son marché dépasse le montant estimé de 100 millions d'euros¹¹⁵. L'évaluation préalable consiste pour l'acheteur en une comparaison des différents modes envisageables de réalisation du projet, via notamment une analyse des coûts complets et en prenant en compte tout élément permettant de l'aider à décider quel mode de réalisation du projet est le plus approprié¹¹⁶. Cette évaluation est obligatoire en matière de marché de partenariat, mais pour ces derniers l'évaluation sera aussi transmise pour avis à un comité d'expert. Elle n'est pas totalement neuve en ce qui concerne le partenariat¹¹⁷, et elle avait été critiquée et vue comme n'étant qu'un "dispositif d'évaluation dont la portée serait purement formelle"¹¹⁸. La cour des comptes jugeait l'évaluation comme orientée et reposant sur une analyse comparative biaisée¹¹⁹. L'avenir nous dira si de telles critiques peuvent toujours être portées à cette nouvelle évaluation préalable étendue aux marchés dans leur ensemble, si en vérité elle ne sert qu'à confirmer les projets tels qu'initialement prévus ou si elle pourra véritablement servir à aiguiller et possiblement bouleverser le mode contractuel initialement prévu.

C'est via ce système de seuil que la procédure que devra suivre le marché pourra être déterminé.

Section 2 : Les procédures disponibles :

Le marché peut être passé selon deux catégories de procédure. Soit la procédure a été prévue explicitement dans le régime de passation et est donc relativement bien encadrée (Paragraphe 2), soit les acheteurs auront la possibilité d'adapter leur procédure à la nature du marché

113Article 33 du décret n° 2016-360 précité

114Règlement d'exécution (UE) 2015/1986 de la commission du 11 novembre 2015 établissant les formulaires standard pour la publication d'avis dans le cadre de la passation de marchés publics et abrogeant le règlement d'exécution (UE) n°842/2011

115Article 24 du décret n° 2016-360 précité

116Article 40 de l'ordonnance n° 2015-899 précitée

117Ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat

118CASAS Didier, *conclusion sur CE Ass 29 Octobre 2004, Sueur et autres, n°269814*, RFDA 4 p.1103

119Cour des comptes, Rapport annuel 2015, *Les partenariats public-privé des collectivités territoriales : des risques à maîtriser*.

particulier qu'ils veulent passer du fait de son objet ou bien de son montant (Paragraphe 1).

§1 La procédure adaptée :

Lorsque le montant estimé du marché est inférieur aux seuils précédemment mentionnés¹²⁰, l'acheteur se retrouve dans une position lui octroyant une relative liberté concernant la procédure qu'il convient d'appliquer à la passation de son marché¹²¹. Cependant il ne s'agit pas du seul cas de recours à la procédure dite « adaptée » puisqu'il est aussi prévu que certains types de services engendrent la possibilité de recourir à la procédure adaptée, et ce quelque soit leur montant¹²². Néanmoins cette hypothèse de recours reste assez marginale de par la nature des services qui sont visés¹²³, comprenant notamment les services relatifs à la sécurité sociale ainsi que des services de nature religieuse. Il est enfin possible en cas de marché alloti dépassant les seuils d'utiliser une procédure adaptée pour la passation de certains lots d'un faible montant, puisque ceux-ci ne doivent pas au total représenter plus de 20% du montant global du marché et chacun d'eux ne peut excéder 80 000 euros, pour les marchés de services et de fournitures ou 1 million pour ceux de travaux¹²⁴.

Même si la procédure adaptée est particulièrement souple, il ne faut pas oublier qu'elle doit être « adaptée » justement. C'est à dire que les choix de l'acheteur en matière de déroulement de la procédure devront se justifier de par la nature et l'objet du marché notamment. Les conditions particulières entourant le marché détermineront le degré d'exigence dont l'acheteur devra faire preuve dans le respecter des principes fondamentaux de la commande publique. En effet ceux-ci s'appliquent dès le premier euros¹²⁵ et c'est une considération qui a été réaffirmée à de nombreuses reprises¹²⁶. L'article 1er du précédent code consacrant ces principes s'appliquait donc aux procédures adaptées¹²⁷ et le nouveau régime ne déroge pas à cette tendance¹²⁸.

La procédure adaptée devra respecter les exigences posées par le dépassement des seuils de

120Décret du 30 décembre 2015 précédemment cité.

121Article 27 du décret n° 2016-360 précité

122Article 28 du décret n° 2016-360 précité

123JORF n°0074 du 27 mars 2016 texte n° 66 Avis relatif aux contrats de la commande publique ayant pour objet des services sociaux et autres services spécifiques.

124Article 22 du décret n° 2016-360 précité

125CJCE *Teleaustria* précité

126CE avis *Société MAJ blanchisserie de Pantin* précité

127CE *Région Nord Pas de Calais* précité ; CE, 24 février 2010, *Enclave des Papes*, n°333569.

128Article 1 de l'ordonnance précitée

25 000 et 90 000 euros, pouvant donc imposer des modalités de publicité. Cependant par principe celle-ci est très souple, la limite étant toujours d'adapter les exigences à la nature du marché. Ainsi une simple publication de l'avis de marché sur un profil d'acheteur peut dans certaines circonstances être considéré comme une publicité suffisante¹²⁹. De même en matière de procédure adaptée, aucun délai n'est fixé dans le cadre de la réception des candidatures et des offres. C'est l'acheteur qui détermine cet aspect de la procédure, ce qui est un gage de souplesse assez considérable. En terme de limitation, il a été jugé qu'un délai de remise des offres de 16 jours était insuffisant pour un marché s'élevant à 60 000 euros HT et pour lequel la visite des lieux s'imposait¹³⁰

Malgré la souplesse consacrée des procédures adaptées, l'acheteur doit tout de même prévoir à l'avance les critères qu'il compte utiliser pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse¹³¹ et ce au nom du principe de transparence. Cependant la détermination des critères utilisables par l'acheteur est bien plus libre que dans le cadre des procédures formalisées puisque des critères comme l'expérience de l'attributaire peuvent être directement utilisés lorsque leur recours est rendu objectivement nécessaire par l'objet du marché et la nature des prestations à réaliser, et qu'il ne présente pas d'effet discriminatoire¹³². En revanche, malgré toute cette souplesse, le Conseil d'État a dû rappeler que l'obligation de pondérer les critères était applicable aux procédures adaptées¹³³.

La négociation est ouverte en matière de procédure adaptée, mais elle va nécessiter que l'acheteur l'ait prévu dès le départ¹³⁴. Cependant si l'acheteur a bien prévu cette négociation, il ne pourra pas sauter cette étape sauf s'il s'était aménagé « une possibilité de négocier » qui implique donc qu'elle n'était pas obligatoire¹³⁵. La négociation doit être menée avec tous les candidats ayant remis une offre, sauf si le règlement de la consultation prévoit que la négociation ne sera menée qu'avec un nombre limité de candidat¹³⁶, mais dans ce cas l'acheteur devra avoir prévu à la fois le nombre de candidat et les critères sur lesquels il compte se baser pour déterminer ceux pouvant accéder à la phase de négociation¹³⁷.

129CE, 4 juillet 2012, *Cabinet Froment-Meurice*, n°353305.

130TA Lille 16 Mars 2011, *société Fornells*, n°1101226

131CE, 30 janvier 2009, *ANPE*, n°290236

132CE, 2 Août 2011, *Parc naturel régional des Grandes Causses*, n°348254.

133CE, 26 septembre 2012, *GIE groupement des poursuites extérieures*, n°359389

134CAA nantes 7 Juin 2013, *Société phytorem SA*, n°11NT03240.

135CE, 18 septembre 2015, *Société AXCESS*, n°380821.

136CE, 30 novembre 2011, *Ministre de la défense et des anciens combattants*, n°353121.

137CE, 27 Avril 2011, *Président du Sénat*, n°344244.

La procédure adaptée ne dispose pas par principe d'une obligation de suspendre la signature du contrat pendant un certain délai après l'attribution du marché, aussi appelé l'obligation de respecter un délai de Standstill¹³⁸. Cependant il peut tout à fait s'en imposer un lui même et dans ce cas il sera obligé de le respecter¹³⁹.

Cette possibilité d'auto-régulation est compréhensible, la liberté accordé aux acheteurs est en vérité quelque chose qu'ils peuvent craindre. En effet, l'encadrement des procédures permet aussi une certaine sécurité, si elles les règles de passation sont bien respectées alors normalement les principes ne sont pas violés. La liberté de la procédure implique donc que les principes sont plus facilement atteints, chaque choix de l'acheteur vis-à-vis du déroulement de sa procédure pouvant potentiellement poser problème. Sachant que les atteintes à la liberté d'accès et à l'égalité des candidats dans les marchés publics sont pénalement répréhensible¹⁴⁰. Ce sont de telles considérations qui peuvent expliquer l'éventuel choix par l'acheteur de recourir à une procédure formalisée même lorsqu'il pouvait passer par une procédure adaptée¹⁴¹. Cependant dès que l'acheteur se réfère formellement à une telle procédure et ne fait pas que s'en inspirer, alors la procédure s'applique à lui dans son intégralité¹⁴². Cependant les obligations de publicité ne se référant pas aux procédures formalisées à proprement parlé mais au seuil de processus formalisés ne seront alors pas obligatoire.

Toutes les procédures ne sont en revanche pas aussi souples que la procédure adaptée, même si parmi les procédures formalisées certaines consacrent plus de liberté que d'autres.

§2 Les procédures formalisées :

Au de là des seuils, les acheteurs doivent avoir recours à une des procédures spécifiques prévues par le décret. L'un des buts de la réforme était de justement moderniser les procédures en assouplissant et en les simplifiant, la commission souhaitant développer une approche plus « souple et conviviale » de la procédure¹⁴³. De manière générale il est important de noter qu'en matière de procédure formalisée, tout en devant respecter les principes de la commande

138CE, 11 décembre 2013, *Société Antillaise de sécurité*, n° 372214.

139CE, 17 Décembre 2014, *Communauté de communes du canton de Varilhes*, n°385033.

140Article 432-14 du code pénal.

141Article 27 du décret n° 2016-360 précité

142CE, 15 octobre 1982, *Société d'affichage Giraudy*, n° 21609 ; CE, 21 septembre 1992, *Commune de Bagnols-sur-Cèze contre SARL Alpha Ambulances*, n° 111555; CE, 10 octobre 1994, *Ville de Toulouse*, n° 108691;

143Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur la passation des marchés publics, COM (2011) 896 final, 20 déc. 2011.

publique, tout ce qui n'est pas interdit est de facto autorisé¹⁴⁴.

Le décret prévoit ainsi 3 procédures formalisées et plusieurs « techniques particulières d'achat ». Certaines de ces dites techniques étaient auparavant considérées comme des procédures formalisées. Les procédures formalisées se sont ainsi recentrées sur l'appel d'offre, la procédure concurrentielle avec négociation et le dialogue compétitif. Pour les pouvoirs adjudicateurs, l'appel d'offre reste la procédure de principe puisque les deux autres nécessiteront le respect de conditions particulières¹⁴⁵. En revanche les entités adjudicatrices ne se verront pas limitées d'une telle façon, elles ont la possibilité de choisir librement la procédure à laquelle elles auront recours¹⁴⁶.

L'appel d'offre est défini comme la procédure par laquelle l'acheteur choisit l'offre économiquement la plus avantageuse, sans négociation, sur la base de critères objectifs préalablement portés à la connaissance des candidats¹⁴⁷. Le régime sera légèrement différent en fonction du type d'appel d'offre puisque l'acheteur peut décider soit de recourir à un appel d'offre ouvert dans le cadre duquel tous les opérateurs économiques se verront offrir la possibilité de soumissionner, soit de restreindre l'appel d'offre ce qui ne permettra qu'aux opérateurs préalablement autorisés par l'acheteur de soumissionner. La caractéristique principale de cette procédure est donc l'impossibilité de négocier pour l'acheteur.

La procédure concurrentielle avec négociation quant à elle est la procédure par laquelle un pouvoir adjudicateur négocie les conditions du marché public avec un ou plusieurs opérateurs économiques autorisés à participer aux négociations¹⁴⁸. Son pendant en matière d'entité adjudicatrice est la procédure négociée avec mise en concurrence préalable¹⁴⁹. Elles ne sont pas strictement identiques, cette dernière étant moins encadrée ce qui semble suivre la logique concernant le régime des entités adjudicatrices.

Le dialogue compétitif est la dernière procédure formalisée, et elle correspond à la procédure par laquelle l'acheteur va entamer un dialogue avec des candidats qu'elle aura sélectionné afin d'établir des solutions à ses besoins¹⁵⁰. Le dialogue compétitif est donc véritablement différent

144CE, 26 Juin 2015, *Assistance publique-Hopitaux de Paris*, n°389124.

145Article 25 II du décret n° 2016-360 précité

146Article 26 du décret n° 2016-360 précité

147Article 66 du décret n° 2016-360 précité

148Article 71 du décret n° 2016-360 précité

149Article 74 du décret n° 2016-360 précité

150Article 75 du décret n° 2016-360 précité

des procédures avec négociation précédente puisque dans le cadre du dialogue compétitif, un programme fonctionnel, ou en tout cas un projet partiellement défini doit avoir été établi, alors que dans les procédures précédentes les besoins étaient déjà déterminés. La première phase du dialogue compétitif permet à l'acheteur de finaliser son besoin via la discussion avec les opérateurs économiques. De plus, tous les éléments du contrat peuvent être touchés par le dialogue, ce qui n'est pas le cas des procédures concurrentielles avec négociation qui ne peuvent négocier ni les exigences minimales ni les offres finales. Avec la réforme, les modalités du dialogue compétitif ont été considérablement allégés par rapport à ce qui était prévu dans l'ancien code des marchés publics¹⁵¹.

Chaque procédure formalisée dispose de ses propres délais en matière de réception des candidatures et des offres, et globalement on peut remarquer que les délais minimaux ont été réduits par rapport au régime précédent. Sachant que ces délais minimaux sont en fait plutôt considérés comme des délais maximaux par les acheteurs qui ont rarement tendance à les étendre au-delà du minimum fixé par le formalisme des procédures. Ainsi là où en appel d'offre ouvert on prévoyait un délai de 52 jours pour la réception des offres¹⁵², le nouveau régime ramène ce délai à 35 jours. Toutes les évolutions ne sont cependant pas de la même amplitude.

Sans forcément lister toutes les techniques d'achat et procédures annexes prévues par le décret, une en particulier est particulièrement digne d'attention, il s'agit du marché de partenariat. Celui-ci est défini comme un contrat permettant au soumissionnaire de se voir confier une mission globale¹⁵³. Il s'agit de l'héritier de l'ancien contrat de partenariat public privé¹⁵⁴. Le régime du marché de partenariat l'a volontairement encadré plus strictement que ce qui était auparavant applicable aux partenariats publics privés car ceux-ci avaient fait l'objet de critiques importantes. Le formalisme de ces marchés est donc assez important. Ainsi une évaluation préalable est nécessaire à leur passation, même s'ils sont passés en dessous du seuil de 100 millions¹⁵⁵. Cependant contrairement aux autres marchés cette évaluation en matière de partenariat sera transmise pour avis à un organisme d'expert qui aura 6 semaines pour se prononcer, l'absence de réponse étant considérée comme un avis favorable tacite¹⁵⁶.

151 Article 67 du CMP 2006

152 Article 57 du CMP 2006

153 Article 67 de l'ordonnance n° 2015-899 précitée

154 Ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat.

155 Article 147 du décret n° 2016-360 précité

156 Article 153 du décret n° 2016-360 précité

L'évaluation préalable devra être accompagnée d'une étude de soutenabilité financière qui est sensée pouvoir apprécier les conséquences de la passation du contrat sur les finances publiques de l'acheteur¹⁵⁷. Cette étude n'aura pas un effet contraignant juridiquement, même si en pratique une étude considérant que la passation aurait des conséquences financières trop importantes pourrait avoir un effet sur la décision de l'acheteur. Les marchés de partenariat de l'état et de ses établissements publics sont soumis à un régime d'accord préalable, notamment du ministre chargé du budget¹⁵⁸. Enfin la signature des marchés de partenariat nécessite un nouvel accord¹⁵⁹. La procédure passe donc par des obligations successives faisant passer le contrat par plusieurs étapes de contrôle qui normalement devraient permettre une meilleure maîtrise de l'outil.

Les procédures formalisées en général vont se voir imposer des formalités particulières, les délais de réception des candidatures et des offres ont déjà été mentionnés¹⁶⁰, mais ce n'est clairement pas le seul type de formalité procédurale. Ainsi là où en procédure adaptée le délai de Standstill n'existait pas, il est obligatoire en procédure formalisée¹⁶¹, sa computation s'opère de date à date¹⁶². En matière de procédure formalisée, ou plutôt suite au dépassement des seuils, c'est la commission d'appel d'offre qui sélectionnera l'attributaire¹⁶³. Sa composition est encadrée par les textes¹⁶⁴.

Le régime de passation permet donc d'être relativement adapté à l'objet même du marché, et par corollaire le formalisme ne devrait pas être considéré comme excessif au vu de cette adaptation.

Au de là des procédures, la réforme de la commande publique a apporté davantage de souplesse concernant la passation en elle même.

157Article 148 du décret n° 2016-360 précité

158Article 155 décret n° 2016-360 précité

159Article 156 décret n° 2016-360 précité

160Article 43 décret n° 2016-360 précité

161Article 101 du décret n° 2016-360 précité

162CE, 2 août 2011, *Clean Garden*, n°347840.

163L1414-2 du CGCT

164L1411-5 du CGCT

CHAPITRE 2 : UNE RÉFORME AYANT DES IMPACTS NON NÉGLIGEABLES :

Le législateur européen, conscient des difficultés des acheteurs au quotidien, à fluidifier les étapes de sélection des candidatures et des offres (Section 1) et a apporté des modifications au régime de modification du contrat (Section 2).

Section 1 : Les modifications en matière de sélection des candidatures et des offres :

Les étapes de sélection des candidatures et des offres sont importantes (Paragraphe 1), elles ont été encadrées autant par la jurisprudence que par les textes (Paragraphe 2). Cependant dans un souci d'accentuation de la liberté d'accès et dans une logique de simplification des démarches, un allègement a été entrepris (Paragraphe 3) et la possibilité pour l'acheteur de régulariser les offres a été élargie (Paragraphe 4).

§1 Le principe de sélection des candidatures et des offres :

En matière de passation de marchés publics, le droit de l'union a très tôt imposé une distinction aux acheteurs entre l'étape dite de sélection des candidatures et celles de sélection des offres conduisant à l'attribution du marché. Ainsi dès la directive 71/305¹⁶⁵, on oblige les acheteurs à vérifier en premier lieu l'aptitude des entrepreneurs avant de pouvoir procéder à l'attribution du marché lui-même, ce qui implique une séparation entre les deux étapes¹⁶⁶.

La phase de sélection des candidatures, aussi appelée phase d'appréciation des candidatures, consiste à contrôler une série de justificatifs visant à la fois à apprécier la recevabilité de la candidature, c'est à dire principalement la vérification que le candidat n'est pas dans un des cas prévus d'interdiction de soumissionner, et à en vérifier ses capacités, sur la base de critères pré-établis par l'acheteur, en évaluant à la fois ses capacités techniques, professionnelles et financières. La logique du contrôle de la recevabilité des candidatures ne pose pas de problème, l'interdiction de soumissionner pouvant résulter d'une condamnation pénale, de la

¹⁶⁵Article 20 de la directive 71/305/CEE du Conseil, du 26 juillet 1971, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux

¹⁶⁶CJCE, 20 septembre 1988, *Gebroeders Beentjes BV contre État des Pays-Bas*, Aff. C-31/87.

situation personnelle de l'entreprise ou bien même d'une violation d'obligations fiscales ou sociales. La seconde peut être plus nébuleuse, il s'agit en vérité « de déterminer si l'entreprise a les reins suffisamment solides pour exécuter les prestations projetées. »¹⁶⁷.

La phase de sélection des offres quant à elle, qui conduira à l'attribution du marché via la détermination de l'offre économiquement la plus avantageuse, se fait via la comparaison entre des critères pré-établis et les offres des candidats dont la candidature a été jugée recevable. Lorsqu'un acheteur prévoit que la valeur d'une offre sera analysée au regard d'une caractéristique technique déterminée, il se trouve alors dans l'obligation d'exiger des justificatifs qui lui permettront de procéder à un examen de l'offre vis à vis de la dite caractéristique technique¹⁶⁸.

Avant même d'établir un classement entre les offres, celles-ci peuvent être écartées si elles sont jugées comme irrégulières, inacceptables ou bien inappropriées¹⁶⁹. Une offre est dite irrégulière lorsque, tout en apportant une réponse appropriée au besoin de l'acheteur, celle-ci est incomplète ou ne respecte pas les exigences fixées dans les documents de la consultation. Elle est en revanche inacceptable si les crédits budgétaires alloués au marché après évaluation du besoin à satisfaire ne permettent pas à l'acheteur de la financer¹⁷⁰. Enfin l'offre est inappropriée lorsqu'elle n'est pas en mesure de répondre au besoin de l'acheteur, ou en tout cas pas sans nécessiter des modifications substantielles qui sont interdites au nom de l'intangibilité des offres.

Que ce soit en matière de rejet des offres ou des candidatures, en procédure adaptée comme en procédure formalisée, l'acheteur sera dans l'obligation de notifier sa décision de rejet¹⁷¹. La différence entre les procédures portera sur le caractère spontané ou non de la notification des motifs de rejet, ceux-ci n'étant obligatoires que dans le cadre des procédures formalisées. Pour les procédures adaptées, les motifs ne seront communiqués que sur demande expresse du candidat dont la candidature a été écartée ou bien l'offre rejetée.

L'acheteur n'est pas entièrement libre lors de la fixation des documents et preuves que le

167CE 11 Avril 2014, *Ministre de la Défense contre société Legrand Bâtisseurs*, n°375245, conclusion Dacosta, BJCP n°96, p. 348 et suivant

168CE, 9 novembre 2015, *société Les Autocars Roger Ceccaldi*, n°392785.

169Article 59 du décret n° 2016-360 précité

170RIBOT Catherine, MARC Emmanuelle, IDOUX Pascale, *Dico Moniteur des marchés publics*, Le moniteur, 2008, p. 471.

171Article 99 décret n° 2016-360 précité

candidat devra présenter à l'appui de sa candidature.

§2 Les limitations du contrôle lors de la sélection :

Le contrôle sera doublement limité, d'abord via la limitation des types de document exigibles mais aussi par l'adéquation nécessaire de ceux-ci à la nature du marché.

Ainsi, l'acheteur n'est pas libre d'exiger n'importe quel document pour vérifier que le candidat remplit les exigences qu'il a fixé en matière de capacité. Ainsi, des arrêtés ont été pris régulièrement pour dresser une liste des renseignements et documents dont l'acheteur peut exiger la présentation. Le dernier en date a accompagné la publication du nouveau décret¹⁷². Le caractère limitatif de cette liste ne fait plus de doute aujourd'hui, seuls les documents présents sur celle-ci sont susceptibles d'être requis lors de la sélection des candidatures. Ce caractère limitatif se justifie par la nécessité de protéger la liberté d'accès et l'égalité de traitement des candidats au marché public. La jurisprudence ne manque pas en la matière, alors que les arrêtés semblent pourtant assez explicites, et ce même dans la formulation initiale de l'arrêté de 2001¹⁷³. Les arrêts se sont ainsi succédé pour confirmer que oui, la liste était bel et bien limitative¹⁷⁴.

L'acheteur sélectionnera ainsi les documents requis parmi ceux de cette liste, et il devra tacher de bien les préciser dans les documents de la consultation¹⁷⁵. Ce formalisme imposé à l'acheteur n'est en revanche pas opposable aux documents proposés de l'initiative même du candidats afin de rejeter sa candidature¹⁷⁶. Ce n'est pas la seule marge de manœuvre des candidats en matière de présentation de leur candidature. Ainsi leur a été reconnue, dans le cas où l'exigence d'un document en particulier aurait pour effet de restreindre l'accès au marché à des entreprises de création récente, la possibilité de justifier de leurs capacités financières et de leurs références professionnelles par tout autre moyen s'ils sont dans l'impossibilité objective de produire les documents et renseignements exigés par le règlement de la

172Arrêté du 29 mars 2016 fixant la liste des renseignements et des documents pouvant être demandés aux candidats aux marchés publics.

173Arrêté du 28 août 2001 pris en application de l'article 45, alinéa premier, du code des marchés publics et fixant la liste des renseignements et/ou documents pouvant être demandés aux candidats aux marchés publics.

174CE, 13 novembre 2002, *office public d'habitations à loyer modéré de la communauté urbaine du Mans*, n°245303 ; CE, 21 novembre 2007, *Département de l'Orne*, n°291411 ; CE, 26 Mars 2008, *communauté urbaine de Lyon*, n°303779 ; CE *Ministre de la défense contre société Legrand Bâisseurs* précité

175CE *Communauté urbaine de Lyon* précité

176CE, 8 Août 2008, *Ville de Marseille*, n°312370

consultation¹⁷⁷, et ce pour des raisons tenant encore une fois à la protection des principes fondamentaux de la commande publique.

Les principes fondamentaux de la commande publique constituent la seconde limitation de l'acheteur en matière de détermination des documents qu'il entend exiger du candidat, puisque parmi la liste établie il ne peut exiger que des documents qui ont été rendus objectivement rendus nécessaires par l'objet du marché et la nature des prestations à réaliser¹⁷⁸.

Les exigences en matière de sélection des candidatures ont cependant été diminuées par la réforme, afin de fluidifier les procédures.

§3 Un allègement accentué du formalisme des candidatures:

Les lourdeurs possiblement ressenties par les candidats, et notamment les entreprises de petite taille, au niveau du nombre de document pouvant être exigés à l'appui d'une candidature pour justifier de sa recevabilité et des capacités du candidat ont été vues comme étant de nature à faire obstacle à une participation plus importante aux marchés publics¹⁷⁹. D'où une volonté de faciliter la production de candidature aux marchés publics dans la réforme.

L'un des principaux moyen d'assouplissement de cette étape c'est la modification du « temps » de la procédure couplée à une accentuation du recours aux déclarations sur l'honneur¹⁸⁰. En effet, là où avant les pièces étaient demandées de chaque candidat, la réforme met l'accent sur un contrôle aval de la procédure. L'acheteur peut toujours décider de contrôler directement les pièces pour tout les candidats, mais la possibilité est maintenant ouverte de choisir de ne contrôler que les pièces de la candidature de l'attributaire du marché¹⁸¹. Cela devrait donc faciliter le travail de l'acheteur et accélérer le traitement des candidatures, tout rendant les procédures plus attractives pour les entrepreneurs puisque leurs obligations en matière de présentation de pièce ne seront à remplir que s'ils sont destinés à devenir attributaire. Bien entendu cela ne reste qu'une possibilité pour l'acheteur, qui peut tout à fait faire preuve de prosélytisme et continuer à contrôler les candidatures de manière générale.

177CE, 10 Mai 2006, *Société Bronzo*, n°281976 ; CE, 9 Mai 2012, *Commune de Saint Benoit*, n°356455.

178CE, 21 février 2014, *sociétés A et Les Lavandières*, n°373096.

179Considérant 84 de la directive 2014/24

180Article 48 du décret n° 2016-360 précité

181Article 55 du décret n° 2016-360 précité

De la même façon, la réforme consacre que la tâche de rassemblement des pièces justificatives peut en fait incomber à l'acheteur lorsque celles-ci sont disponibles via un système informatique d'un organisme officiel indiqué sur la candidature et auquel l'acheteur peut gratuitement accéder¹⁸². La possibilité est aussi ouverte pour les acheteurs de simplement se référer à des pièces déjà délivrées durant des procédures de passation antérieures du moment qu'elles sont encore valables¹⁸³.

Mais la création juridique la plus importante de la réforme est sans doute celle du Document Unique de Marché Européen, ou DUME. Ce document étend le principe de la déclaration sur l'honneur. Son utilisation n'est qu'une possibilité ouverte aux acheteurs¹⁸⁴. Il s'agit d'un modèle type de déclaration sur l'honneur pouvant servir de preuve et établi au niveau européen¹⁸⁵. Les soumissionnaires doivent simplement déclarer ne pas être dans une situation pouvant entraîner leur exclusion et déclarer remplir les conditions de sélection telles que les capacités financières, techniques et professionnelles. Ce dispositif est en concordance avec les autres modifications concernant les candidatures, le DUME étant réutilisable d'une procédure à l'autre.

L'étape de sélection des candidature n'est pas la seule touchée par la réforme, la sélection des offres est elle aussi impactée via la possibilité reconnue de régulariser les offres.

§4 La consécration de la régularisation des offres :

Pendant longtemps, le régime juridique imposé aux marchés publics interdisait la régularisation des offres, et la jurisprudence était aussi assez stricte en la matière. La logique justifiant cette interdiction se basait simplement sur l'intangibilité des offres, ce qui obligeait le pouvoir adjudicateur à éliminer toute offre irrégulière et ce même lorsque l'irrégularité était minimale et n'avait pas réellement de conséquence sur la procédure.

La régularisation des offres était ainsi impossible¹⁸⁶, sauf dans le cadre de l'étape de négociation lorsqu'une procédure adaptée en était pourvue¹⁸⁷. Même dans ce cas de figure, il ne

182Article 53 I du décret n° 2016-360 précité

183Article 53 II du décret n° 2016-360 précité

184Article 49 du décret n° 2016-360 précité

185Règlement d'exécution (UE) 2016/7 de la Commission du 5 janvier 2016 établissant le formulaire type pour le document unique de marché européen.

186CE, 25 Mars 2013, *Département de l'Hérault*, n°364824

187CE *Ministre de la défense et des anciens combattants* précité

s'agissait bien que des offres présentées lors de la négociation et non pas des offres finales. Le pouvoir adjudicateur avec cet arrêt s'est ainsi vu reconnaître la possibilité d'inviter un candidat à participer à cette phase, tout en régularisant son offre. Le raisonnement se basait sur le fait que l'ancien code prévoyait que la négociation était libre en marché adaptée, et qu'elle pouvait porter sur le prix¹⁸⁸. Le Conseil d'État en déduit alors que rien n'interdit à l'acheteur de poursuivre la procédure avec des candidats ayant soumis une offre irrégulière du moment qu'au final elle soit régularisée et que les principes fondamentaux de la commande publique ne soient pas violés.

Ce régime a été jugé trop strict, c'est pourquoi la directive va considérer que « Des irrégularités mineures ne devraient entraîner l'exclusion d'un opérateur économique que dans des circonstances exceptionnelles »¹⁸⁹. L'Autorité de la concurrence française va elle aussi promouvoir l'inclusion d'une possibilité de régularisation des offres en cours de procédure¹⁹⁰.

Ces considérations vont être prises en compte et c'est pourquoi va être introduite la possibilité élargie de régulariser les offres¹⁹¹. Le régime va distinguer deux types de procédure : les procédures d'appel d'offre ainsi que les procédures adaptées sans négociation, et les autres procédures. Dans les premières, même si l'acheteur peut régulariser les offres irrégulières, il est obligé de rejeter les offres inappropriées et inacceptables. Ce n'est pas le cas pour les autres procédures puisque les offres inacceptables sont alors régularisables. La limite reste tout de même la non atteinte aux principes fondamentaux dans la régularisation des offres, ainsi que l'impossibilité de toucher aux caractéristiques substantielles des offres. Il n'y a pour l'instant pas encore réellement de jurisprudence sur ce qu'est une caractéristique substantielles des offres dans ce contexte particulier mais on peut vraisemblablement calquer la jurisprudence sur les limitations de la mise au point au nom de l'intangibilité des offres¹⁹²

Mais ces étapes ne sont pas les seules impactées par la réforme, l'évolution du contrat ayant été aussi touchée par le décret.

188Article 28 CMP 2006

189Considérant 101 de la directive 2014/24

190Avis de l'autorité de la concurrence (15 février 2016) recommandations concernant les rectifications des offres en cours de procédure.

191Article 59 II, III et IV du décret n° 2016-360 précité

192CE, 16 janvier 2012, *Département de l'Essonne*, n°353629 ; CAA Nancy, 28 Novembre 2013, *centre hospitalier Ravenel*, n°13NC00746.

Section 2 : L'encadrement de l'évolution du contrat :

La protection de la libre concurrence et le formalisme l'entourant se trouve principalement au niveau de l'encadrement des procédures de passation. Cependant, tous les efforts de la réglementation seraient réduits à néant si les modifications que peuvent apporter les parties au contrat n'étaient pas elles aussi encadrées. Ainsi la mise au point est clairement définie (Paragraphe 1) mais surtout l'avenant a vu son régime quelque peu modifié (Paragraphe 2).

§1 La mise au point :

Par principe, on aurait tendance à penser que la mise au point n'est pas sensée pouvoir impacter le contrat plus que de raison. En effet, dans le langage courant la mise au point s'entend comme « *un éclaircissement, une précision visant à rectifier une erreur; à lever une ambiguïté, à dissiper un malentendu* »¹⁹³. Par conséquent, ses effets devraient être limités. Cependant, si une possibilité est offerte à une personne de contourner un régime strict, elle sera utilisée. C'est pourquoi la mise au point a été encadrée de manière à s'assurer qu'elle ne soit pas détournée.

La possibilité d'effectuer une mise au point sur l'offre de l'attributaire avant la signature du marché n'est pas une compétence nouvelle de l'acheteur¹⁹⁴, et il est normal qu'elle ait été reprise dans le nouveau décret¹⁹⁵. La mise au point est ainsi le procédé par lequel l'acheteur et l'attributaire vont confirmer des éventuelles erreurs ou anomalies évidentes dans l'offre de l'entreprise. Cela n'aboutit pas à une modification de l'offre mais bien à une meilleure compréhension de l'offre et éventuellement une meilleure définition des conditions de sa mise en œuvre. La mise au point pourra ainsi porter sur des domaines comme un délai d'exécution¹⁹⁶, l'adjonction d'une variante¹⁹⁷ ou encore une substitution des matériaux utilisés¹⁹⁸.

La mise au point est nécessairement le fruit d'un accord entre l'acheteur et l'attributaire¹⁹⁹,

193Dictionnaire de l'Académie française précité.

194Article 59 du CMP 2006

195Article 64 du décret n° 2016-360 précité

196CE, 10 Janvier 1986, *société des travaux du midi*, n°41778

197CE, 27 juillet 1984, *Société biro*, n°44919

198CE, 15 janvier 1986, *Société de l'habitat moderne*, n°37321.

199CAA Nancy, 26 janvier 2006, *Société Propreté environnement industriel contre Centre hospitalier de Haguenau*, n° 02NC00635.

ayant valeur contractuelle elle va lier les parties²⁰⁰. Elle ne pourra pas modifier les caractéristiques substantielles de l'offre, pour ne pas bouleverser les conditions dans lesquelles la mise en concurrence a eu lieu. Il ne s'agit pas d'une négociation avec l'attributaire, ni d'un moyen de régulariser la procédure.

Les effets de la mise au point sont donc limités, il ne s'agit pas d'un « avenant allégé » qui lui touche davantage le contrat, et est donc davantage encadré.

§2 L'avenant :

Comme il a déjà été abordé, les acheteurs disposent toujours d'une certaine liberté contractuelle²⁰¹, même au sein de la passation des marchés publics. Ainsi on a dû laisser la possibilité aux cocontractants à un marché public de modifier celui-ci, notamment en prenant en compte des notions telles que la mutabilité du service public dégagé au début du XXème siècle²⁰². Le conseil d'État a donc très tôt posé le principe selon lequel aucune loi ou aucun règlement ne s'opposaient à ce que les parties à un contrat modifient d'un commun accord les clauses d'un marché au cours de son exécution²⁰³.

Néanmoins, la consécration d'une liberté totale de conclusion des avenants n'est déceimment pas possible. En effet si on laisse aux parties la possibilité de modifier comme ils l'entendent le contrat, alors la procédure de passation n'a plus d'intérêt. Toute considération de publicité et de mise en concurrence pourrait être mise de côté puisqu'au final les parties pourraient transformer radicalement le contrat par rapport à celui qui était envisagé à l'origine. Le fait que l'avenant ait pu « bénéficier » d'une image assez négative auprès de certain ne permet pas l'autorisation de latitudes trop importantes en la matière, en effet ils ont ainsi pu être vus comme étant « *l'objet de suspicions de plus en plus nombreuses* » et traduisant pour beaucoup « *non seulement une mauvaise gestion du ou des marchés en cause, mais également des irrégularités susceptibles d'être qualifiées de délictuelles* »²⁰⁴. La nécessité de les encadrer en mettant en balance d'un côté la liberté contractuelle et de l'autre le respect des principes fondamentaux a ainsi été évidente, ce qui s'est fait notamment par une restriction des cas de recours aux avenants et via des considérations de formalité.

200CE, 30 novembre 1990, *Société Coignet Entreprise*, n°53636.

201CE *société borg Warner* précité

202CE, 10 janvier 1902, *Compagnie nouvelle du gaz de Deville-lès-Rouen*, n°94624.

203CE 22 novembre 1907, *Coste*.

204PEYRICAL Jean-Marc, *Les avenants aux contrats publics*, Le moniteur, 2005, p.9

Ainsi, la directive relative aux marchés publics pose l'avenant comme étant une dérogation à l'obligation de lancer une nouvelle procédure de marché²⁰⁵. Il faut que l'avenant et le marché initial soient liés, en cas de marché de travaux l'avenant ne doit pas porter sur une opération matériellement et juridiquement dissociable de l'objet initial du marché²⁰⁶. Ainsi, des travaux qui auraient été rendus nécessaires suite à des dommages causés par des tiers au marché constituera un nouveau marché²⁰⁷. Un avenant ne doit pas conduire à changer la nature globale du marché²⁰⁸. Il peut en revanche conduire à prolonger le marché, via plusieurs avenants successifs si nécessaire²⁰⁹.

Le nouveau décret envisage l'avenant dans 6 cas²¹⁰ :

- Lorsque les documents initiaux du marché le prévoient
- Lorsque les modifications sont rendues nécessaires et qu'un changement de titulaire poserait problème
- Lorsque des circonstances imprévisibles sont intervenues
- En cas de remplacement du titulaire
- Lorsque les modifications ne sont pas substantielles
- Lorsque la modification sont inférieurs à des seuils préétablis et n'impactent pas le montant du marché de plus de 10% pour les marchés de fournitures et de services et 15% pour ceux de travaux.

Il s'agit en vérité d'un changement de paradigme juridique, puisque là où avant²¹¹ l'avenant était défini par les limites qu'il ne devait pas dépasser, c'est à dire l'impossibilité pour l'avenant de bouleverser l'équilibre économique du contrat sauf en cas de sujétions techniques imprévues, il est dorénavant défini par les conditions à l'aune desquelles il est autorisé. On

205 Article 72 directive 2014/24/UE précitée

206 CE, 28 juillet 1995, *préfet de la région île-de-France, Préfet de Paris contre société de gérance Jeanne d'Arc*, n°143438

207 CE, 13 Mars 1998, *Département du Pas-de-Calais*, n°167764.

208 Article 65 de l'ordonnance précitée

209 CE, 13 juin 1997, *Commune d'Aulnay-sous-bois*, n°150681.

210 Article 139 du décret n° 2016-360 précité

211 Article 20 du CMP 2006

passé ainsi d'un principe de limitation à un régime d'autorisation²¹². Cet encadrement est inspiré de la jurisprudence de la cour de justice définissant ce qu'elle considérerait comme étant une modification substantielle²¹³.

Cet encadrement des cas de recours s'est accompagné d'un renforcement de la transparence au niveau de la passation des avenants, via l'obligation d'effectuer certaines formalités. Ainsi, dans le cadre des procédures formalisées, lorsque l'avenant a été passé en raison de circonstances imprévisibles ou en raison de la nécessité de prestation supplémentaire sans que le changement de titulaire soit envisageable, un avis de modification du marché public devra être publié au journal officiel de l'union européenne²¹⁴. De même, sans prendre en compte le fondement justifiant l'avenant, toute modification devra être publiée sur le profil d'acheteur²¹⁵.

Une autre formalité est nécessaire lors de la passation des avenants des marchés conclus par « les acheteurs territoriaux », c'est l'obligation de soumettre pour avis à la CAO tout projet d'avenant à un marché public qui aurait pour conséquence d'augmenter le montant global du marché initial d'au moins 5%²¹⁶. Cette obligation n'est pour ainsi dire pas nouvelle, cependant ce qui a changé c'est le domaine de compétence de la CAO. En effet, auparavant elle était compétente en fonction de l'utilisation d'une procédure formalisée ou non pour passer le marché. À présent on se réfère uniquement au seuil des procédures²¹⁷. Cela peut sembler anodin mais, même si ces cas ne sont pas la norme, certains marchés passés en dessous des seuils sont tout de même passés selon une procédure formalisée de par le choix de l'acheteur d'encadrer sa procédure. L'avenant à un tel marché ne serait donc pas dans l'obligation d'être soumis pour avis à la CAO. Néanmoins cela ne semble pas être particulièrement problématique si on prend en compte le fait que lors de la passation le marché a déjà été soumis à un formalisme plus important qu'il ne l'aurait dû être.

En revanche, un point important concernant la réforme est celui de l'apparente liberté quant à la forme de l'acte qui constitue un avenant. En effet, les textes ne font plus référence à une forme particulière concernant les modifications du marché. Ainsi, en dépit du principe du

212 LATRÈCHE Arnaud, *Modification des marchés publics : entre conditions restrictives et liberté relative*,

Contrats publics n°166 – Juin 2016, p. 64 à 70

213 CJCE, 19 juin 2008, *Pressetext Nachrichtenagentur*, Aff. C-454/06

214 Article 140 III du décret n° 2016-360 précité

215 Article 107 I 2° du décret n° 2016-360 précité

216 Article L1414-4 du CGCT

217 Article L1414-2 du CGCT

parallélisme des formes qui impliquerait que le contrat soit modifié par un acte contractuel, il semblerait que la modification du marché par un acte unilatéral soit possible. C'est en tout cas une analyse qui a pu être défendue par la direction des affaires juridiques des ministères financiers²¹⁸. Cela n'est pas anormal puisque le pouvoir de modification unilatérale fait partie des « règles générales applicables aux contrats administratifs »²¹⁹ et a été reconnu depuis maintenant assez longtemps²²⁰. En tout état de cause, cette liberté de formalisme devrait avoir un impact en cas de différent entre l'acheteur et l'attributaire, ne serait ce qu'au niveau des mandats de paiement puis qu'auparavant en cas de désaccord sur les prix définitifs, l'absence d'avenant conduisait au rejet des dits mandats par les comptables publics.

Ce nouveau régime a donc pris en compte certaines plaintes des acheteurs, mais si les violations du formalisme ne sont pas prises en compte lors du contentieux contractuel, alors les formalités ne sont que lettre morte.

218DAJ dans la fiche technique « les modalités de modifications des contrats en cours d'exécution »

219CE *Union des transports publics urbains et régionaux* précité

220CE *Compagnie nouvelle du gaz de Deville-lès-Rouen* précité.

TITRE 2 : LES CONSÉQUENCES D'UNE VIOLATION DU FORMALISME DES PROCÉDURES :

Pour que le formalisme ait véritablement un impact, il faut que les violations de celui-ci puissent être contrôlées (Chapitre 1) et que des conséquences appropriées soient tirées de ces violations (Chapitre2).

CHAPITRE 1 : LE CONTRÔLE EXERCÉ SUR LES MARCHÉS :

Les marchés sont contrôlés à la fois lors du contrôle de légalité (Section 1) mais aussi et surtout le contentieux contractuel est très présent devant le juge administratif (Section 2).

Section 1 : La place du contrôle de légalité :

Le contrôle de légalité est une étape obligatoire dans le processus d'adoption des marchés publics des collectivités territoriales (Paragraphe 1), il présente des conséquences qui peuvent être importantes (Paragraphe 2), mais s'est retrouvé au cœur de critiques récurrentes quant à son utilité (Paragraphe 3).

§1 Le principe du contrôle de légalité :

Avant les lois de décentralisation, le préfet exerçait un pouvoir de tutelle sur les décisions des collectivités locales. Il s'agissait d'un contrôle à priori qui portait à la fois sur l'opportunité et la légalité de l'acte. Cependant, face au principe de libre administration des collectivités territoriales, qui a été consacré dans la constitution²²¹ et confirmé par la jurisprudence du conseil constitutionnel²²², une évolution a dû être pensée. En effet la tutelle a semblé être trop restrictive par rapport à la libre administration voulue. C'est pourquoi lors de l'adoption de la loi du 2 Mars 1982²²³, aussi appelée l'acte I de la décentralisation, le choix fut fait de supprimer la tutelle des représentants de l'État sur les collectivités territoriales. D'où une suppression des mécanismes antérieurs, cependant des mécanismes étaient tout de même nécessaires au nom du respect des principes de légalité et au besoin de sauvegarder certains impératifs d'intérêts nationaux.

Ce nouveau mécanisme, le contrôle de légalité, se caractérise par 3 aspects le différenciant grandement du pouvoir de tutelle :

- Il repose sur une procédure strictement encadrée
- Il s'agit d'un contrôle à posteriori des actes et en ne portant que sur des aspects de

²²¹Article 72 de la constitution

²²²CC, 25 février 1982, n°82-137 DC « Loi relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions »

²²³Loi n° 82-213 du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions

légalité de des-dits actes.

- Le recours au juge est nécessaire en cas de contestation de la légalité d'un acte contrôlé.

Sont ainsi concernés par cette procédure, les communes²²⁴ et leurs établissements publics²²⁵, les départements²²⁶ et les régions²²⁷. En ce qui concerne les marchés publics de ces personnes publiques, ils sont soumis à une obligation de transmission au représentant de l'État²²⁸, et ce dans un délai de quinze jours à compter de la signature du marché²²⁹. Cette obligation de transmission vise autant les contrats signés par la collectivité elle-même que ceux signés par leurs mandataires, par exemple un maître d'ouvrage délégué²³⁰. De même sont visés non seulement les contrats au moment de leur passation mais aussi les modifications qui peuvent intervenir au cours de leur vie²³¹. Le contenu de la transmission a été fixé par décret²³² et comprend, notamment, une copie des pièces constitutives du marché et la délibération autorisant la signature du marché.

La commande publique, avec les libertés publiques et le droit de la fonction publique territoriale, fait partie des domaines dans lesquels le contrôle de légalité s'est focalisée, notamment suite à l'ordonnance portant simplification de l'exercice du contrôle de légalité qui a rajouté des exceptions au contrôle dans d'autres domaines²³³. Le but de cette simplification a été de recentrer les efforts sur des points jugés importants²³⁴, plutôt que de se disperser puisque de toute façon il n'était pas concrètement possible de procéder à un contrôle systématique des actes.

C'est aussi sans doute pourquoi, de prime abord, tous les marchés publics ne sont pas soumis à l'obligation de transmission au contrôle de légalité. En effet suite à la loi MURCEF²³⁵ et plus

224Article L2131-1 du CGCT

225Article L2131-12 du CGCT

226Article L3131-1 du CGCT

227Article L4141-1 du CGCT

228Articles L2131-2 4° pour les communes, L3131-2 4° pour les départements et L4141-2 3° pour les régions.

229Articles L1411-9, L2131-13 pour les communes, L3131-6 pour les départements et L4141-6 pour les régions.

230CE *préfet d'île-de-France contre société de Gérance Jeanne d'Arc* précité.

231Article R2131-6 du CGCT

232Article R2131-5 du CGCT

233Ordonnance n° 2009-1401 du 17 novembre 2009 portant simplification de l'exercice du contrôle de légalité

234LANDRIEU Bertrand, Supprimons le contrôle de légalité systématique, La Gazette des communes, 7 Avril 2003, p. 20

235LOI n°2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier

particulièrement de son article 11, les marchés publics ayant été passés sans formalité préalable de par leurs montants inférieurs aux seuils ont été soustraits à la transmission d'office. Par la suite, une simple référence à un seuil a été utilisée dans la rédaction²³⁶, ce seuil se calquant sur celui des procédures formalisées²³⁷. Il est donc depuis le 30 Décembre 2015 de 209 000 euros.

Cependant, cette logique de seuil peut être trompeuse. En effet, même si de par la rédaction du texte il semblerait que les marchés passés en dessous des seuils de procédures formalisées n'ont pas à être contrôlés par le représentant de l'État, il n'en est rien. En effet, outre le fait que celui-ci peut tout à fait de son initiative demander à contrôler des pièces d'un marché qui a été conclu en dessous des seuils²³⁸, un tel marché doit tout de même voir la délibération autorisant sa signature transmise au contrôle de légalité²³⁹. Or cette transmission ne peut être considérée comme complète que dans la mesure où la délibération est accompagnée des pièces annexes nécessaires pour mettre le préfet à même d'apprécier la portée et la légalité de l'acte²⁴⁰, ce qui implique s'agissant de la délibération autorisant la conclusion d'un contrat d'y joindre ce contrat²⁴¹.

Au final, le contrôle de légalité a tendance à relever les mêmes irrégularités dans toutes les préfectures, telles que des manquements aux règles de publicité, une méconnaissance des procédures ou encore des pièces manquantes²⁴². Mais pour que le contrôle de légalité soit efficace, encore faut-il que ce contrôle ait des conséquences suffisamment importantes pour réparer les irrégularités, ou tout du moins pour modifier les comportements afin d'éviter des irrégularités futures.

§2 Les effets du contrôle de légalité :

Le principal effet du contrôle de légalité c'est de donner le caractère exécutoire au marché. En

236Articles L2131-2, L3131-2 et L4141-2 du CGCT précités

237Article D2131-5-1 du CGCT

238Circulaire du 17 janvier 2006 - Ministère de l'Intérieur - Modernisation du contrôle de légalité

239Réponse ministérielle N°64592 Joan 8 Novembre 2005 p 10372

240SCHMIDT Philippe et THIERRY Laure, *Les marchés à procédure adaptée*, Berger Levrault, 3ème édition, 2011.

241CE, 13 Janvier 1988, *Mutuelle générale des personnels des collectivités locales et de leurs établissements*, n°68188

242Rapport du Gouvernement au Parlement sur le contrôle a posteriori exercé par le représentant de l'Etat sur les actes des collectivités territoriales, 22ème rapport, Années 2010 – 2011 – 2012.

effet, tant la législation spécifique à la commande publique²⁴³ que le régime du contrôle de légalité²⁴⁴ disposent que les marchés sont exécutoires de plein droit à compter de leur transmission au représentant de l'État. Le CE a jugé de manière logique qu'il n'était pas possible de prévoir une date d'entrée en vigueur antérieure à la transmission²⁴⁵. Toute exécution du contrat antérieurement à sa transmission au préfet est faite aux risques et périls du cocontractant, notamment d'un point de vue financier²⁴⁶. De même, le comptable public qui paierait une créance sur le fondement d'un contrat non transmis engagerait sa responsabilité devant le juge des comptes²⁴⁷.

Cependant le fait que la transmission conditionne le caractère exécutoire n'est qu'un choix du législateur, le conseil constitutionnel ayant refusé de le consacrer comme exigence constitutionnelle²⁴⁸.

Le principal intérêt du contrôle de légalité repose dans la faculté du préfet de déférer l'acte au tribunal administratif s'il estime lors de son contrôle que l'acte est entaché d'illégalité²⁴⁹. Ce déféré doit s'exercer dans un délai de 2 mois à compter de la transmission de l'acte au préfet. Cependant on considérera que le délai ne peut commencer à courir qu'à partir du moment où tout les documents manquants demandés par le préfet ont été effectivement transmis²⁵⁰. Le pouvoir de déféré au tribunal administratif n'est qu'une faculté du préfet, et non pas une obligation. Cette décision de refus de déféré est alors insusceptible de recours²⁵¹. Toutefois, l'engagement de la responsabilité de l'État est possible dans le cas où un préfet aurait omis de déférer un acte irrégulier²⁵², mais ce uniquement en cas de faute lourde du préfet. De plus depuis l'arrêt Tarn-et-Garonne²⁵³, un élu peut, en cas d'absence de déféré de la part du préfet, se substituer au préfet en passant par la voie du référé. Peu de déféré sont en vérité effectués comparativement à la masse des actes contrôlés, mais la simple menace du référé préfectoral peut suffire à conduire au retrait de l'acte par la collectivité²⁵⁴.

243 Article 103 du Décret n°2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics

244 Articles L2131-1 ; L3131-1 ; L4141-1 pour les régions précitées.

245 CE, 20 Janvier 1989, *Ville de Millau*, n°70686.

246 BRACONNIER Stéphane, *Précis du droit des marchés*, Le moniteur, 4ème édition, 2012.

247 CRC Corse, 24 septembre 1992, *comptable du syndicat intercommunal d'enlèvement des ordures ménagères de Lavatoggio*

248 CC, 12 février 2004, n°2004-490 DC, *loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie Française*.

249 Articles L2131-6, L3131-4 et L4141-4 du CGCT

250 CE, 13 janvier 1998, *Mutuelle générale des personnels des collectivités locales*, n°68166.

251 CE, 25 janvier 1991, *Brasseur*, n°80969.

252 CE, 6 octobre 2000, *Commune de Roquebrune Saint-Martin*, n°205959.

253 CE, 4 avril 2014, *Département Tarn-et-Garonne*, n°358994.

254 AUBY Jean-Bernard, AUBY Jean-François, NORGUELLOU Rozen, *Droit des collectivités*, Puf, 6ème

Lors du contrôle par le juge, celui-ci va disposer du pouvoir d'annuler le contrat²⁵⁵. Il s'agissait même pour ainsi dire de la conséquence logique de la contestation de l'illégalité du contrat par le juge dans le cadre de ce déféré, puisque c'était la seule hypothèse de contentieux dans laquelle le juge de la légalité pouvait annuler un contrat. Un pas de plus a été fait vers l'unification du contentieux contractuel via l'analyse du conseil d'État faisant de ce recours un contentieux de pleine juridiction²⁵⁶, et par conséquent les solutions sont plus nuancées. Le juge n'est ainsi pas obligée de prononcer la nullité du contrat et peut faire preuve de davantage de flexibilité dans la solution à donner.

Concernant les effets de la transmission elle-même, ou plutôt de son absence de transmission, la question s'est rapidement posée de savoir quelles étaient les conséquences d'une absence de transmission vis à vis de la légalité du contrat. La jurisprudence du Conseil d'État en la matière fut assez sévère puisque celui-ci a considéré que cette absence de transmission entraînait nécessairement l'illégalité du contrat, la transmission de la délibération autorisant la signature du contrat ne pouvant être transmise par la suite dans un but de régularisation²⁵⁷. Sous l'influence de la jurisprudence Beziers I²⁵⁸, une atténuation des conséquences du contrôle a été dégagée. Ainsi, un revirement a été effectué, le Conseil d'État considérant dès lors que ce défaut de transmission préalablement à la conclusion du contrat n'entraînait pas nécessairement la nullité du contrat du moment que la délibération a bien été prise avant la signature et que le préfet était en mesure d'exercer son contrôle²⁵⁹.

Néanmoins, le contrôle de légalité a été l'objet de critiques récurrentes.

§3 Le contrôle de légalité n'étant pas exempt de critique :

Dans l'absolu, le but du contrôle de légalité est noble. Cependant les moyens ne sont pas à la hauteur du but recherché. Le manque de moyen matériel mis à disposition du contrôle de légalité n'est pas un constat nouveau, dès 1993 le Conseil d'État pointait ce problème du doigt pour expliquer le manque d'efficacité du contrôle²⁶⁰.

édition, 2015, Coll. « Thémis droit », p. 354.

255CE, 2 novembre 1988, *OPHLM de Malakoff*, n°64954.

256CE, 23 décembre 2011, *Ministre de l'intérieur contre Siden*, n°348647.

257CE, avis, 10 juin 1996, *Préfet de la côte d'or*, n° 176873.

258CE, 28 déc. 2009, *Commune de Béziers*, n° 304802.

259CE, 9 Mai 2012, *Syndicat départemental des ordures ménagères de l'Aude*, n°355665.

260 *Décentralisation et ordre juridique*, Rapport public du CE, 1993, Etudes et documents, n° 45, Doc. fr., 1994

Même si la commande publique fait partie des piliers, des domaines qui sont les plus contrôlés, le contrôle reste assez superficiel vis-à-vis du nombre des actes réellement contrôlés. L'image du contrôle administratif de légalité éradiquant tous les actes illégaux adoptés par les collectivités territoriales ne tient pas longtemps face aux réalités matérielles. C'est pourquoi, à défaut de pouvoir procéder à un contrôle exhaustive de ces actes, les représentants de l'État vont cibler, et ce y compris au sein même des domaines contrôlés de prédilection, certains contrats. La cour des comptes considère ainsi que « *la soustraction au contrôle de nombreux actes prioritaires et l'enchevêtrement de ces priorités ne permet de s'assurer ni d'un socle minimal d'actes contrôlés, homogène sur le territoire, ni du contrôle des actes à enjeux – notamment financiers – les plus importants.* »²⁶¹ Les usages dans chaque préfecture sont différents. Ainsi dans l'arrondissement de Lisieux, situé dans le département du Calvados, la cour des comptes relève qu'en 2014 les actes de cet arrondissement n'étaient pour la plupart pas reçus en préfecture, et que le contrôle de légalité en matière de commande publique n'était pas réellement effectif²⁶².

Un des risques portés par le contrôle de légalité c'est de s'imaginer que puisque le représentant de l'État, à l'issue de la transmission, n'a pas contesté la légalité du contrat, alors il est exempt de toute irrégularité. Cela n'est absolument pas le cas. Le rapport Mezard, bien qu'étant dur dans ses propos, a ainsi qualifié le contrôle de légalité de « *passoire à géométrie variable* »²⁶³. L'image est forte mais adéquate, les mailles du filet sont assez larges et les actes réellement contrôlés en profondeur ne le sont pas forcément en raison d'une logique particulièrement adaptée aux problèmes de la commande publique. Procéder à un échantillonnage peut permettre de déceler des problèmes généralisés de procédure, mais pas nécessairement impacter les problèmes particuliers spécifiques à certains marchés.

Le préfet n'est cependant pas le seul à pouvoir contrôler la légalité du contrat et saisir le juge, les parties elles mêmes ainsi que surtout les tiers ont aussi leur impact sur le contentieux contractuel.

261 *Le contrôle de légalité et le contrôle budgétaire : une place à trouver dans la nouvelle organisation de l'État*, rapport annuel 2016 de la cour des comptes. Février 2016

262 Rapport de la cour des comptes précité.

263 MÉZARD, *Prendre acte de la décentralisation : pour une rénovation indispensable des contrôles de l'État sur les collectivités*, Rapport du Sénat, n° 300, 2012

Section 2 : Le recours au juge :

Le contrôle de légalité n'est évidemment pas le seul moyen de contrôler un marché public et d'en contester sa validité. Les parties peuvent ainsi saisir le juge (Paragraphe 1). Les tiers ne sont pas totalement privés de recours puisque la jurisprudence leur avait aménagé un cas spécifique de recours pour excès de pouvoir (Paragraphe 2), qui a été extrêmement amenuisé avec l'avènement d'une nouvelle voie jurisprudentielle (Paragraphe 3). Différents référés ont en outre été introduits, l'un ayant un but préventif (Paragraphe 4) et l'autre un but curatif (Paragraphe 5), dans un souci de transposition de directives communautaires.

§1 Le recours des parties au contrat :

Ce recours se pose comme une évidence, les parties sont à même de contester devant le juge la validité du contrat qui les lie. C'est un recours qui est par son principe même un recours de plein contentieux²⁶⁴. Les parties peuvent soit contester la validité du contrat lui-même, soit des mesures relatives à son exécution. Le juge statuera alors à la fois sur la validité du contrat mais aussi sur les conséquences qu'il faudra tirer de sa reconnaissance de l'invalidité du contrat.

Les parties peuvent soit contester directement le contrat, par voie d'action, soit au moment d'un litige le contester par voie d'exception, c'est à dire qu'ils contesteront la validité du contrat afin de se sous-traire à leurs obligations contractuelles dans l'éventualité où le contrat serait effectivement reconnu comme invalide.

Ce recours est donc assez classique, mais pendant longtemps il n'a simplement pas été vraiment utilisé. On peut expliquer ce faible engouement pour ce recours, pourtant traditionnel, par son manque d'attractivité. Les parties n'ayant en général pas réellement intérêt à voir le contrat disparaître²⁶⁵.

Ce sont les tiers qui sont véritablement ceux qui auront intérêt, dans le sens commun du terme, à ce que le juge contrôle le contrat.

264CE, 7 Février 1936, Département de la creuse, n°43321.

265BOURDON Pierre, *le contrat administratif illégal*, thèse soutenue le 4 décembre 2012 université Panthéon-Sorbonne Paris 1, nouvelle bibliothèque de thèses Dalloz volume 131

§2 le recours pour excès de pouvoir des tiers :

Aux yeux du juge administratif, le recours pour excès de pouvoir et le contentieux contractuel n'allaient pas de pairs. Ainsi, ce recours était jugé irrecevable à l'égard des contrats²⁶⁶. Cela a pu s'expliquer par la crainte de voir la contestation en matière contractuelle exploser dans le cas où il serait ouvert aux tiers, mais une explication plus juridique justifiait cette jurisprudence. En effet, le contrat est un acte bilatéral, or le recours pour excès de pouvoir a été « conçu » dans une logique de contestation des actes unilatéraux de l'administration. En outre, le conseil d'état considérait que puisqu'il existait un juge du contrat, ce contentieux ne devait pas revenir au juge de l'excès de pouvoir. Au début du XX^m siècle, le Conseil d'Etat a reconnu la possibilité pour les tiers d'utiliser le recours pour excès de pouvoir mais uniquement à l'encontre des actes administratifs détachables du contrat, et non à l'encontre du contrat lui même²⁶⁷.

Il faudra attendre la fin du XX^m siècle pour que soit consacré le recours des tiers contre les clauses détachables du contrat²⁶⁸. En effet, sous cette nouvelle jurisprudence, une personne tiers à un contrat administratif, mais directement concernée par certaines clauses de celui-ci, se voit reconnu la possibilité de saisir le juge de l'excès de pouvoir des clauses réglementaires considérées comme illégales de ce contrat administratif. Il s'agissait bien d'un recours contre les clauses considérées comme « réglementaires », et uniquement celles ci²⁶⁹.

Ce fut donc pendant quelques années le seul recours possible des concurrents évincés, mais son efficacité n'était pas particulièrement étendue. Il a ainsi pu être qualifié « d'arme platonique », et jugée « d'une complexité telle qu'elle était de nature à dissuader bon nombre de sociétés, même fondées dans leurs droits, d'introduire une action »²⁷⁰. Ce recours sombre peu à peu dans l'oubli, voyant ses portes refermées suite à l'ouverture d'une nouvelle voie de recours jurisprudentielle.

266CE, 20 Décembre 1897, *Le buf*, n°87703.

267CE, 4 Août 1905, *Martin*, n°14220.

268CE, 10 juillet 1996, *Cayzeele*, n°138536.

269CE, 14 Mars 1997, *Compagnie d'aménagement des coteaux de Gascogne*, n°119055.

270AGNUS Olivier, *Plaidoyer pour une « Smirgeomisation des Tropics »*, AJDA 2013 p.1268

§3 Le recours Tarn et Garonne :

Par sa jurisprudence *Tropic*²⁷¹, le Conseil d'État a brisé un symbole. Jusqu'alors, le contentieux contractuel était l'affaire des parties, à l'exception des clauses réglementaires du contrat, mais cette jurisprudence élargi le périmètre de compétence du juge du contrat. En effet, le juge du contrat peut alors, dans le cadre d'un recours en plein contentieux, apprécier les prétentions de tout concurrent évincé visant à contester la validité de ce contrat ou de certaines clauses qui en sont divisibles. Cette demande pour être recevable doit être effectuée dans les 2 mois à compter de l'accomplissement des mesures de publicités nécessaires à l'adoption du contrat.

Pendant un temps, les deux voies de recours ont cohabité. En effet seuls les concurrents évincés se voyaient fermer la possibilité de former un recours pour excès de pouvoir à l'encontre des clauses réglementaires du marché. Cependant cette cohabitation fut de courte durée puisqu'en 2014 le conseil d'état étendra la jurisprudence *Tropic* à tous les tiers « dont les intérêts ont été lésés de manière suffisamment directe et certaine » par le contrat par le contrat²⁷².

Cette ouverture prétorienne du prétoire a fait du recours de plein contentieux en contestation de validité du contrat un instrument central du contentieux des contrats de la commande publique. Cependant le juge n'est pas le seul consacrant des voies de droit aux tiers, le législateur ayant lui aussi pu aménager des recours spécifiques aux tiers, et ce sous un angle du contrôle spécifique des méconnaissance des acheteurs en matière de règle de passation des contrats de la commande publique. Ces procédures de référé ont été autonomisées par rapport au droit général du contentieux des contrats administratifs²⁷³.

§4 Le référé pré-contractuel :

Le référé pré-contractuel est une procédure d'urgence qui a été introduite au début des années 90²⁷⁴ dans un souci de transposition de la directive européenne dite « recours »²⁷⁵. Ce référé a

271CE, 16 Juillet 2007, *Tropic travaux signalisation*, n°291545.

272CE Tarn et Garonne précitée

273BRACONNIER Stéphane, *L'autonomie contrastée du contentieux des contrats publics d'affaires*, RDP 2010, p. 327

274Loi n° 92-10 du 4 janvier 1992 relative aux recours en matière de passation de certains contrats et marchés de fournitures et de travaux

275Directive 89/665/CEE

un but résolument préventif puisqu'il va permettre de paralyser la passation d'un contrat qui n'a pas encore été conclu, sa conclusion entraînant alors l'irrecevabilité du référé²⁷⁶. Heureusement, la saisine du juge administratif a pour conséquence automatiquement la suspension de la signature du contrat jusqu'à la notification de la décision juridictionnelle²⁷⁷. La régularité de la procédure est appréciée telle qu'elle est au moment où le juge statue²⁷⁸.

Le référé pré-contractuel ne concernait à la base que les marchés publics, mais se sont greffés à ceux ci les délégations de service public²⁷⁹, puis les contrats de partenariat²⁸⁰, avant de passer à une approche matérielle du champ du référé et non plus une simple énumération des contrats concernés²⁸¹. Il concerne aujourd'hui tous « *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, la délégation d'un service public ou la sélection d'un actionnaire opérateur économique d'une société d'économie mixte à opération unique* »²⁸². Ce qui englobe donc tous les contrats de la commande publique.

Le référé pré-contractuel est ouvert surtout aux personnes qui ont intérêt à conclure le contrat et qui ont été lésées par le manquement qu'ils invoquent²⁸³, il s'agit donc d'un recours destiné aux tiers. Cette catégorie des personnes ayant intérêt à conclure le contrat est assez large, les principales personnes visées sont ainsi les concurrents évincés. Le rang obtenu lors du classement de l'offre n'est pas déterminant concernant la qualification de concurrent évincé²⁸⁴. Cette notion a été entendue largement par le conseil d'état, ainsi même si normalement un requérant n'ayant pas présenté une offre ne peut pas avoir été lésé²⁸⁵, il considère qu'un candidat évincé peut aussi être une personne qui n'a pas présenté sa candidature, n'aurait pas été admis à présenter une offre ou aurait présenté une offre inappropriée, irrégulière ou inacceptable, à partir du moment où il pourrait avoir eu intérêt à conclure le contrat. En effet si les manquements qu'il invoque l'ont empêché ou dissuadé de présenter sa candidature, il est

276CE, 3 novembre 1995, *CCI de Tarbes et des Hautes-Pyrénées*, n°157304.

277Articles L551-4 et L551-9 du CJA

278CE, 16 octobre 2000, *Compagnie méditerranéenne d'exploitation des services d'eau*, n°212054.

279Loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques

280ordonnance n°2004-559 du 17 Juin 2004

281ordonnance n°2009-515 du 7 Mai 2009

282Article L551-1 et L 551-5 du CJA

283Article L551-10 du CJA

284CE, 3 Octobre 2012, *Société déménagement Le Gars*, n°360952.

285CE, 1er Juin 2011, *Société Koné*, n°346405.

considéré comme ayant pu avoir un intérêt à conclure le contrat²⁸⁶. Cette intérêt à conclure le contrat peut être déduite de la spécialité même de l'entreprise sans que celle ci ait à démontrer un quelconque empêchement de présenter sa candidature²⁸⁷.

La restriction concernant le fait que le requérant doit avoir été lésé par le manquement invoqué va restreindre la possibilité de certains d'utiliser ce recours puisque par exemple un attributaire ne peut jamais être considéré comme ayant été lésé par le manquement²⁸⁸ puisqu'il a justement obtenu le marché. En ce qui concerne les tiers, si l'offre du requérant était nécessairement irrégulière, il ne peut pas avoir été lésé puisqu'il n'aurait de toute façon pas pu obtenir le marché²⁸⁹, à moins que l'irrégularité de son offre soit liée au manquement qu'il invoque²⁹⁰. Dans la même logique, si le manquement porte sur l'évaluation d'un critère au titre duquel le requérant a obtenu une note maximale, il ne peut pas prétendre que son intérêt ait été lésé²⁹¹.

Le référé pré-contractuel concerne donc les marchés qui n'ont pas encore été passés, mais un autre référé spécifique a été introduit en ce qui concerne les marchés qui ont été signés.

§5 Le référé contractuel :

Le référé contractuel a été introduit dans la logique du contentieux quelques années après le référé pré-contractuel²⁹² et toujours dans le but de satisfaire aux exigences communautaires²⁹³. Le but du référé contractuel est de permettre une nouvelle passation dans des conditions régulières lorsque des contrats ont été conclus en violation des règles de publicité et de mise en concurrence sans qu'un référé pré-contractuel ait pu intervenir pour les empêcher.

Il ne s'agit pas d'un « second round » contentieux, par rapport au référé pré-contractuel. Ce n'est pas une seconde chance pour le requérant de contester la validité du contrat. En effet, même si dans les deux cas les requérants visés sont les mêmes²⁹⁴, le régime prévoit

286CE, 29 Avril 2015, *Société Urbaser environnement*, n°386748.

287CE, 8 Août 2008, *Région Bourgogne*, n°307143

288CE, 23 décembre 2011, *Département de la Guadeloupe*, n°350231.

289CE, 15 février 2013, *SARL entreprise Lapied*, n°364203

290CE, 27 octobre 2011, *Département des Bouches-du-Rhône*, n°350935 ;CE, 12 Mars 2012, *Société Clear Channel France*, n°353826.

291CE, 26 septembre 2012, *Communauté d'agglomération Seine-Eure*, n°359706

292Ordonnance n°2009-515 du 7 Mai 2009

293Directive n°2007/66/ce du 11 décembre 2007

294Article L551-14 du CJA

explicitement que ceux ayant intenté un référé pré-contractuel ne sont pas admis au stade du référé contractuel, à moins que l'acheteur ait passé le contrat en dépit de l'intervention du référé. Cette intervention du référé pré-contractuel ne peut être prise en compte que si l'acheteur en a été effectivement notifié²⁹⁵, mais cette prise de connaissance s'entend au sens large puisque si le greffe du tribunal prévient l'acheteur alors on considère qu'il a bien été notifié²⁹⁶.

Ainsi les requérants du référé contractuel sont ceux qui n'ont pas pu tenter un référé pré-contractuel, soit parce que l'acheteur n'a pas respecté ses obligations de notification du rejet des offres et d'information des délais²⁹⁷, soit parce qu'il n'a pas informé le concurrent évincé du délai de suspension qu'il s'imposait lui-même entre la date d'envoi de la notification du rejet de l'offre et la conclusion du marché²⁹⁸.

On peut donc considérer qu'un contrôle des marchés existe et qu'il n'est pas disproportionné par rapport aux enjeux. En effet même si le contrôle « automatique » du contrôle de légalité laisse à désirer, les possibilités de saisine du juge sont vastes. Cependant, même si des voies de recours existent, encore faut-il qu'elles aient un impact au final sur la validité du contrat.

295CE, 30 septembre 2011, *Commune de Maizières-lès-metz*, n°350148.

296CE, 1er Mars 2012, *OPAC du Rhône*, n°355560.

297CE, 10 Novembre 2010, *Établissement public national des produits de la mer*, n°340944.

298CE 24 juin 2011, *OP de l'habitat interdépartemental de l'Essonne et du Val-d'Oise et des Yvelines et Société Seni*, n°346665.

CHAPITRE 2 : LA SANCTION DES IRRÉGULARITÉS :

La situation n'est pas aussi claire qu'on pourrait le penser de prime abord, une irrégularité n'entraînant pas forcément la nullité du marché (Section 1). De même le juge laisse la possibilité aux acheteurs de procéder à une régularisation de leurs manquements (Section 2).

Section 1 : Une nullité de principe vacillante :

Normalement, de par une simple logique d'appréciation de la validité d'un contrat, s'il est jugé illégal alors la nullité du contrat devrait être prononcée (Paragraphe 1). Cependant le juge a progressivement limité les vices pouvant véritablement impacté le sort du contrat (Paragraphe 2) et les conséquences que ceux ci auront (Paragraphe 3).

§1 Le principe de la nullité :

Pendant longtemps, la situation était assez simple. Si un contrat était entaché d'un vice affectant sa légalité, alors il devait être annulé. Ainsi les parties pouvaient invoquer tous les vices, quelque soit leurs gravités, pour obtenir la nullité absolue du contrat qui les liaient. Le juge posait donc sur un piédestal le principe de légalité, lui permettant de s'exprimer pleinement et d'affecter en profondeur le contentieux contractuel. Ça impliquait que les parties pouvaient soulever un vice dont elles étaient elles-mêmes à l'origine, leur permettant donc de se sous-traire à leurs obligations contractuelles puisque la nullité implique que le contrat doit être considéré comme n'ayant jamais été conclu, les rapports entre les parties étant alors éteints rétroactivement.

Cette nullité était le plus souvent d'ordre public, car elle est relative au respect des intérêts généraux que poursuivent les personnes publiques²⁹⁹. La nullité avait une place telle que lors d'un référé pré-contractuel, même si les parties ne demandaient qu'une simple suspension de la procédure de passation, le juge pouvait d'office prononcer la nullité³⁰⁰.

Cependant cette conception a évolué notamment suite à l'impact de la jurisprudence Beziers I³⁰¹. En effet la stabilité des relations contractuelles et les exigences de loyauté contractuelle

299CE, 11 Mai 2009, *Ville de Toulouse*, n°296919.

300CE, 20 Octobre 2006, *Commune d'Andeville*, n°289234.

301CE *Commune de Béziers* précité

entre les parties ont alors pris le pas sur le principe de légalité, puisque le champ des vices pouvant entraîner la nullité du contrat a été réduit. De la même façon en matière de référé pré-contractuel, c'est l'arrêt SMIRGEOMES qui a procédé à cette limitation. Le recours tropic n'était pendant quelques années pas concerné par de telles limitations, le juge considérant qu'aucun principe ne justifiait une application de la jurisprudence SMIRGEOMES au recours tropic³⁰². Ce n'est qu'avec la jurisprudence Tarn-et-Garonne que ce recours a été « Smirgeomisé » comme certains avaient pu le réclamer³⁰³. Cette alignement du régime contentieux n'a pas été acclamé par tous, le professeur Élise Langelier considérant qu'« *il est dur de se départir de la sensation d'inutile multiplication des barrières à franchir pour que la requête, puis les moyens soient recevables, que les vices soient considérés comme suffisamment importants pour retenir l'attention du juge et qu'une sanction soit prononcée* »³⁰⁴.

Cette restriction imposée au contentieux contractuel, et au principe de légalité en général, a sans doute pour but de diminuer le risque de contestation des contrats administratifs afin d'éviter un phénomène de « *renchérissement, voire de paralysie, de certains grands projets* »³⁰⁵. En somme, la limitation de l'impact des vices a un impact déterminant sur l'attractivité des recours.

§2 Les vices pouvant entraîner la nullité :

La jurisprudence SMIRGEOMES a constitué un revirement de jurisprudence important, en effet jusqu'alors une entreprise pouvait soulever tout manquement même s'il n'était pas commis à son détriment³⁰⁶ ni ne lui porte préjudice³⁰⁷. Il s'agissait d'un principe fondamental du contentieux administratif dans son ensemble, puisque de manière traditionnelle si les conclusions du requérant sont recevables alors le requérant peut soulever tout moyen pouvant soutenir ses conclusions³⁰⁸. Cette jurisprudence avait été réitérée peu de temps avant l'arrêt SMIRGEOMES³⁰⁹. Le Conseil d'État doit alors à partir de cette jurisprudence contrôler si

302CE, 11 avril 2012, *Société Gouelle*, n° 355446.

303AGNUS Olivier, *plaidoyer pour une « Smirgeomisation des Tropics »* précité

304LANGELIER Élise, *Particularisation, généralisation ... et particularisation du contentieux administratif : propos dubitatifs à la lumière de l'intérêt à agir*, JCP adm. 2015, 2345.

305STIRN Bernard et AGUILA Yann, *Droit public français et européen*, Dalloz, 2014, p.427

306CE, 19 octobre 2001, *Société Alstom transport*, n°233173.

307CE, 28 Mai 2003, *AP-HP*, n°248429

308CE, 22 juin 1963, *Sieur Albert*, n° 51115.

309CE, 8 février 2008, *Département de l'Essonne*, n°300275

l'entreprise qui le saisit se prévaut de manquements qui eu égard à leur portée et au stade la procédure auquel ils se rapportent sont susceptible de l'avoir lésée ou risquent de la léser, fut ce de façon indirecte en avantageant une entreprise concurrente. C'est au requérant qu'il advient de démontrer que ce manquement l'a bel et bien lésé³¹⁰.

Le rapporteur public Dacosta a justifié cette limitation en matière des référés pré-contractuels par la considération que ce référé « *n'est pas un procès fait à un acte, comme l'est le recours pour excès de pouvoir. Son économie n'est pas celle de conclusions dirigées contre une décision administrative, au soutien desquelles tout moyen pourrait être utilement mobilisé* ». ³¹¹ Cependant cette limitation diminue l'efficacité des référés, et du contentieux contractuel dans son ensemble par la suite, puisque la preuve d'un intérêt effectivement lésé n'est pas forcément aisé pour les requérants³¹².

Ainsi à titre d'exemple ont été considérés comme n'ayant pas d'impact une clause prévoyant une date de prise d'effet antérieure tant à la signature qu'à la notification³¹³, ainsi que l'absence de rapport de présentation de la procédure³¹⁴. De même le fait que l'assemblée délibérante de la collectivité passant le contrat a autorisé la conclusion d'un marché sans avoir eu connaissance du montant ni de l'attributaire n'a pas été jugé comme particulièrement grave³¹⁵. En matière de référé contractuel, l'absence d'avis d'attribution du marché n'est pas suffisant pour obtenir l'annulation du marché³¹⁶. De manière générale, au sein du contentieux entre les parties, les vices concernant la passation ne permettent pas par principe l'annulation du contrat, et donc le règlement du litige sur le fondement extra-contractuel, à moins qu'ils soient considérés comme d'une gravité telle et dans des conditions telles que le juge ne peut qu'écartier le contrat³¹⁷.

En revanche, ont été considérées comme des violations pouvant léser les intérêts du requérant ou étant d'une gravité suffisamment importante la prise en compte par le pouvoir adjudicateur de renseignements erronés relatifs aux capacités professionnelles, techniques et financières

310CE, 4 février 2009, *Communauté d'agglomération du Bassin du Thau*, n°311949.

311DACOSTA Bertrand, *Limitation des moyens invocables dans le référé précontractuel*, RFDA 2008, p. 1128

312DELELIS Philippe, *les insuffisances des procédures de référé*, AJDA 2011, p 320

313CE, 22 Mai 2015, *SITURV*, n°383596

314CE SITURV précité

315CAA Nancy, 5 juillet 2010, *Société Sogreah Consultants*, n°09NC00896.

316CE, 23 Mai 2013, *Société Delta Process*, n°365954.

317CE, 12 janvier 2011, *M. Manoukian*, n° 338551.

d'un candidat, puisque cela s'est fait au détriment des candidatures des autres candidats³¹⁸. De manière générale, l'attribution d'un marché public à un candidat dont la candidature a été irrégulièrement retenue est susceptible de léser un requérant, sauf à considérer que son offre ou sa candidature étaient elles aussi irrégulières³¹⁹. En outre si une entreprise, de par sa création récente, ne peut apporter les justificatifs généralement demandés au reste des candidats, le fait que celle-ci ne justifie pas de sa capacité financière à assurer le marché est un manquement susceptible de léser l'intérêt des requérants³²⁰.

En matière de référé contractuel, le code définit lui même les manquements en mesure d'être pris en compte³²¹. Il s'agit de l'absence de mesures de publicité requises pour sa passation n'a été prise, de l'omission d'une publication au JOUE si cela était nécessaire, de la méconnaissance des modalités de remise en concurrence prévues pour la passation des contrats fondés sur un accord-cadre ou un système d'acquisition dynamique, du non respect du délai de standstill et enfin la signature du contrat alors qu'un référé pré-contractuel avait été introduit. En ce qui concerne les MAPA, les cas sont donc plus limités puisque le juge ne pourra sanctionner que l'absence des mesures de publicité requises pour sa passation et le non-respect des mesures prescrites par le juge dans le cadre d'un référé pré-contractuel³²².

En plus de cette limitation des moyens invocables par les parties, la nullité n'est plus nécessairement la solution privilégiée par le juge.

§3 Des solutions alternatives à la nullité :

Les pouvoirs du juge du référé pré-contractuel dépendent de la nature de l'entité qui a passé le marché. En ce qui concerne les pouvoirs adjudicateurs, le juge doit faire la balance entre les intérêts en jeu et le principe de légalité. Le juge peut ainsi annuler les décisions qui se rapportent à la passation du contrat, supprimer des clauses destinées à figurer dans le contrat et étant contraires aux obligations en matière de commande publique, ordonner à l'acheteur de se conformer à ces dites obligations, et suspendre l'exécution de toute décision qui se rapporte à la passation du contrat. La limite consistant dans la nécessité pour le juge de prendre en

318CE *Société Déménagements Le Gars* précité.

319CE, 11 Avril 2012, *Syndicat Ody 1218 Newline du Lloyd's de Londres*, n°354652.

320CAA Versailles, 11 juin 2015, *Office de coordination des transports pour la santé*, n°13VE02791.

321Article L551-18 du CJA

322CE, 19 Janvier 2011, *Grand port maritime du Havre*, n°343435.

compte les inconvénients posés par sa solution par rapport aux avantages apportés³²³.

En revanche vis à vis des entités adjudicatrices, le juge même s'il peut alors prononcer des astreintes, ne peut pas toucher aux clauses du contrat³²⁴. Il doit toujours procéder à la même balance que pour le contrôle des marchés des pouvoirs adjudicateurs³²⁵.

Le conseil d'Etat a posé le principe selon lequel la mise en œuvre des pouvoirs du juge du référé précontractuel doit être proportionnée au manquement constaté³²⁶. Le choix opéré par le juge vis à vis des sanctions se fait « eu égard à la nature du vice entachant la procédure de passation des contrats litigieux »³²⁷. Ainsi si un manquement a eu lieu au stade de la phase de sélection des offres, le juge ne pourra pas prononcer l'annulation intégrale de la procédure³²⁸.

En matière de référé contractuel, la solution de principe reste la nullité. Cependant, au nom d'un "raison impérieuse d'intérêt général", cette solution peut être substituée soit par le prononcé de la résiliation du contrat, soit par la réduction de sa durée, soit par une pénalité financière imposée à l'acheteur³²⁹. Même lorsque le juge prononce la nullité du contrat, il lui est possible de la différer dans le temps toujours au nom d'un motif d'intérêt général³³⁰.

L'absence de sanction de l'irrégularité peut aussi simplement être due à une régularisation du contrat et de la procédure en général.

Section 2 : La régularisation contractuelle :

Le principe de régularisation n'est pas étranger aux contrats administratifs (Paragraphe 1), mais il faut distinguer la régularisation du contrat (Paragraphe 2) du procédé de passation d'un contrat dit de « régularisation » (Paragraphe 3).

§1 Le principe de régularisation :

On entend par régularisation au sens commun le fait de rendre conforme à la loi ou à la règle

323Article L 551-2 du CJA

324Article L551-6 du CJA

325Article L551-7 du CJA

326CE, 12 Janvier 2011, *Département du Doubs*, n°343324.

327CE *Commune d'Andeville* précité.

328CE, 23 Mars 2012, *Caisse écoles commune de Six-fours-les-plages*, n°355439.

329L551-19 du CJA

330CE *Société Koné* précité.

en vigueur ce qui n'a pas été fait dans les conditions prévues³³¹. Les juridictions administratives ont ainsi pu considérer les validations administratives des contrats comme étant des mesures à même de régulariser un contrat irrégulier³³². On a pu se demander si ces validations étaient les seuls cas inclus dans le « principe de régularisation ».

Cependant la jurisprudence du Conseil d'État a eu une conception plus large de ce qu'est la régularisation. Le Conseil d'État en matière contractuelle va ainsi considérer que la régularisation englobe toutes les techniques permettant à l'administration d'éviter l'ineffectivité du contrat illégal, en l'espèce un contrat de recrutement d'un agent contractuel de droit public irrégulier³³³. À l'occasion de cette jurisprudence le Conseil d'État va poser le principe selon lequel l'administration est tenue de tenter une régularisation du dit contrat irrégulier, le licenciement ne devant être considéré qu'en dernier recours.

Si on part du principe que la régularisation englobe tous les prononcés évitant le prononcé de l'ineffectivité juridique du contrat, et ainsi d'en maintenir les effets juridiques, alors on vise particulièrement les mesures du juge ainsi que les actions des parties destinées à faire survivre le contrat illégal.

§2 La régularisation du contrat :

La régularisation en question peut soit venir d'une prescription du juge, soit d'une initiative des parties.

En effet à l'aune d'une jurisprudence administrative souhaitant à tout prix éviter l'annulation du contrat, il est logique que les mesures prescrites par le juge puissent tenir compte d'une éventuelle régularisation du contrat. Ainsi, en matière de contrat de subventionnement par exemple, qui ne sont toutefois pas des marchés publics et qui ne doivent pas être considérés comme telles de par leurs conditions de qualification opposées³³⁴, le juge considère que l'obligation de restitution des subventions attribués à l'occasion d'un contrat illégal n'est imposée que si l'administration ne procède pas à une régularisation de la situation par le prononcé d'une nouvelle délibération dans le délai imposé par le juge, dans un souci de

331 *Dictionnaire de l'Académie française* précité

332 CAA Lyon, 18 Mai 1989, *Société Royat Automobiles*, n°89LY00042.

333 CE, 31 Décembre 2008, *Cavallo*, n°283256.

334 Article 59 de la loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire

sécurité juridique³³⁵. De même en matière de bail à construction, le Conseil d'État considère que le contrat illégal peut encore être régularisé par les parties en le mettant en conformité avec le code général de la propriété des personnes publiques³³⁶. En matière de marché public plus spécifiquement, le juge a pu laisser un délai de 4 mois à l'acheteur pour prendre une nouvelle délibération lorsque la précédente autorisant la signature du marché avait été prise sans que l'assemblée délibérante n'ait été suffisamment informées sur le montant du marché³³⁷.

Mais l'acheteur peut être lui-même à l'origine de la régularisation s'il se rend compte que la procédure de marché qu'il a passée n'est pas régulière. Ainsi, l'acheteur est tout à fait en mesure de rectifier les motifs de rejet des offres des candidats évincés, que ce soit en les complétant voir même en les substituant à de nouveaux motifs³³⁸. Mais la situation la plus commune est sans doute celle dans laquelle l'acheteur n'avait pas été autorisé à signer le marché par son assemblée délibérante. Il s'agit d'une illégalité assez importante mais le Conseil d'État a pu considérer qu'une délibération suivant la signature du marché et la prenant en compte suffisait à régulariser le marché³³⁹. En l'espèce le fait que le marché ait été exécuté normalement pendant plusieurs années a aussi pu jouer dans l'analyse du juge.

Le juge a aussi admis aux parties la possibilité de passer par l'outil contractuel pour réparer les éventuelles irrégularités de leur contrat.

§3 Le mécanisme contractuel de régularisation :

Dans le cas où le marché serait irrégulier, les parties peuvent avoir recours à un avenant de régularisation. Ce procédé n'est légal en matière de marché public qu'à la condition de ne pas enfreindre les règles de publicité et de mise en concurrence, ainsi l'acheteur ne peut pas simplement remédier à l'absence d'une procédure de passation avant le commencement de l'exécution des prestations par la conclusion d'une convention postérieure³⁴⁰. De même une procédure passée sans publicité ni mise en concurrence n'est pas régularisable par ce biais³⁴¹.

Dans ce type de cas, le délit d'octroi d'avantages injustifiés³⁴² serait vraisemblablement

335CE, 1er juillet 2016, *Commune d'Emerainville et syndicat d'agglomération nouvelle de Marne-la-Vallée-Val-Maubuée*, n° 363047 et 363134

336CE, 11 mai 2016, *Communauté urbaine Marseille-Provence-Métropole*, n°390118

337CE, 11 mai 2016, *M. Rouveyre*, n°383768 et 383769.

338CE, 24 juin 2011, *Commune de Rouen*, n°347840.

339CE, 8 Octobre 2014, *Entraigues sur-la-Sorgue*, n° 370588.

340CE, 4 février 1991, *Ville de Caen*, n°71956

341CE *OPHLM de Malakoff* précité.

342Article 432-14 du code pénal

caractérisé³⁴³.

De même, le juge a récemment reconnu la possibilité pour les parties de conclure un « accord autonome »³⁴⁴, c'est à dire la passation d'un accord visant à fixer préalablement les conséquences qu'aurait une annulation du contrat. Les limitations de ce procédé ont été calquées sur celles de la jurisprudence en matière de concession³⁴⁵, c'est à dire qu'il ne faut pas que ces modalités aient pour conséquence une disproportion manifeste entre l'indemnité fixée par l'accord et le montant du préjudice qui résulterait de l'annulation, et ce au nom de l'interdiction faite aux personnes publiques de consentir des libéralités.

Enfin, suite à une annulation, il est possible pour les parties de régler via un contrat de transaction le paiement des prestations effectuées et que ce contrat constitue l'indemnisation des parties suite à la nullité³⁴⁶. Cependant, cet outil ne peut pas être détourné pour faire renaître le contrat après l'annulation³⁴⁷. En effet les transactions doivent avoir un objet licite, ne peut pas constituer une libéralité ni méconnaître une règle d'ordre public. Or une convention de transaction ayant pour but de faire revivre le contrat a manifestement un objet illicite.

Le principe de légalité n'a donc pas véritablement le vent en poupe face à ce courant jurisprudentiel qui a tendance à lui privilégier la liberté contractuelle et la sécurité juridique. L'impact du formalisme en est alors considérablement réduit.

343Cass. Crim. 2 Avril 1998, *Biau*, n°97-84191.

344CE *M. Rouveyre* précité

345CE, 4 mai 2011, *Chambre de commerce et d'industrie de Nîmes, Uzès, Bagnols, Le Vigan*, n° 334280

346JORF n°0216 du 18 septembre 2009 page 15230 texte n° 27 Circulaire du 7 septembre 2009 relative au recours à la transaction pour la prévention et le règlement des litiges portant sur l'exécution des contrats de la commande publique.

347CAA Versailles, 26 Novembre 2015, n°14VE02778 et 14VE02781

CONCLUSION GÉNÉRALE :

Ainsi, contrairement à ce qu'on aurait pu penser de prime abord, le régime peut effectivement être considéré comme plus souple. Le régime a prévu des aménagements permettant aux acheteurs une plus grande marge de manœuvre. On peut en venir à se demander si les critiques qui persistent ne seraient pas nées en réalité d'une sorte de psychose, certains acheteurs voyant toujours dans la réglementation un excès de formalisme venant brider leur liberté.

Le terme de psychose est fort, mais face au recul des exigences de formalité ainsi que sa prise en compte atténuée par la jurisprudence, il semble difficile de pouvoir parler encore aujourd'hui d'excès de formalisme. La tendance pourrait aussi continuer à progresser, notamment vis à vis de la jurisprudence qui évolue constamment.

Au final, la question peut se poser de savoir si le rétrécissement progressif du formalisme et de sa prise en compte ne va pas, ironiquement, en passe d'être réduit à peau de chagrin, au détriment de son but originel.

BIBLIOGRAPHIE :

Ouvrages :

AGUILA Yann et STIRN Bernard, *Droit public français et européen*, Dalloz, 2014

ARROWSMITH Sue, *Regulating public procurement*, Cluwer Law, 2000

AUBY Jean-Bernard, AUBY Jean-François, NORGUELLOU Rozen, *Droit des collectivités*, Puf, 6ème édition, 2015, Coll. « Thémis droit », p. 354.

BONICHOT Jean-Claude, CASSIA Paul, POUJADE Bernard, *Les grands arrêts du contentieux administratifs*, Dalloz, 5ème édition, 2016

BOURDON Pierre, *le contrat administratif illégal*, thèse soutenue le 4 décembre 2012 université Panthéon-Sorbonne Paris 1, nouvelle bibliothèque de thèses Dalloz volume 131

BRACONNIER Stéphane, *Précis du droit des marchés*, Le moniteur, 4ème édition, 2012

BRACONNIER Stéphane, DEFFIGIER Clotilde, LACHAUME Jean-François et PAULIAT Hélène, *Droit administratif. Les grandes décisions de la jurisprudence*, Puf, 16ème édition, 2014, coll. « Thémis droit »

BRAIBANT Guy, Delvolé Pierre, GENEVOIS Bruno, LONG Marceau, WEIL Prosper, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, 20ème édition, 2015

CHEVREAU Emmanuelle et GAUDEMET Jean, *Droit privé romain*, Montchrestien, 3ème édition, 2009, Coll. « Domat droit privé »

COSSALTER Patrice, *La modification du marché public*, territorial édition, 2012, Coll. « L'essentiel sur »

COULIBALY Alban Alexandre, *L'essentiel des modalités de passation de la commande publique ou comment faire son marché*, édition publibook université, 2010

DE MONSEMBERNARD Marc, *Répertoire de contentieux administratif (Contentieux des Marchés publics*, Dalloz, Avril 2016)

DEBARD Thierry et GUINCHARD Serge, *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 24eme édition, 2016

DUCOS Michèle, *Rome et le droit*, Le Livre de Poche, 1996, Coll. « Inédit Histoire »

DUGUIT Léon, *l'État, le droit objectif et la loi positive*, 1901, Réédition Dalloz 2003

DURAND Patrice, *l'(im)puissance publique, les pannes de la coordination*, LexisNexis, 2012, Coll. « Colloques et débats »

FABRE-MAGNAN Muriel, *Droit des obligations I – Contrat et engagement unilatéral*, Puf, 3 ème édition, 2012, Coll. « Thémis droit»

GUETTIER Christophe, *Droit des contrats administratifs*, Puf, 3ème édition, 2011, Coll. « Thémis droit »

IDOUX Pascale, MARC Emmanuelle et RIBOT Catherine, *Dico Moniteur des marchés publics*, Le moniteur, 2008

LEQUETTE Yves, SIMLER Philippe et TERRÉ François, *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, 11ème édition, 2013

LEPRON Franck, *Un an de droit des marchés publics Bilan 2012*, Le moniteur, 2013

MORAND-DEVILLER Jacqueline, *Droit administratif*, LGDJ, édition 2015

ODENT Raymond, *Contentieux administratif Tome 1*, Dalloz, 2007

PEYRICAL Jean-Marc, *Les avenants aux contrats publics*, Le moniteur, 2005

PWC et Ecorys, *Identifying and Reducing Corruption in Public Procurement in the EU*, 30 juin 2013

ROBAYE René, *Le droit romain, Tome II : Obligations – Contrats – Responsabilité contractuelle*, Bruylant, 2002, Coll. « Pédasup »

ROCHFELD Judith, *Les grandes notions du droit privé*, Puf, 2013, Coll. « Thémis droit»

ROUAULT Marie-Christine, *Contentieux administratif*, Larcier, 1ere édition, 2015, Coll.

« Masters Droit »

SCHMIDT Philippe et THIERRY Laure, *Les marchés à procédure adaptée*, Berger Levrault, 3^{ème} édition, 2011

SUPIOT Alain, *Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du droit*, Seuil, 1^{ère} édition, 2005, coll. « La couleur des idées »

RICHER Laurent, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 8^{ème} édition, 2012

RICHER Laurent, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 9^{ème} édition, 2014

YOLKA Philippe, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 2013, Coll. « systèmes »

Articles, études, chroniques et notes :

AGNUS Olivier, *Plaidoyer pour une « Smirgeomisation des Tropics »*, AJDA 2013 p.1268

AGNUS Olivier, *Pour un grand soir du contentieux de la passation des contrats publics*, AJDA 2014 p.2044

ARDANT Gabriel, *La double origine du formalisme*, La Revue Administrative, 1952, N°29, p. 499-502

AUBIN Emmanuel, *JurisClasseur Collectivités territoriales, Fasc. 912 : contrôle administratif de légalité . - Objet et effets*, mis à jour le 12 Mars 2016

BAÏTA Yacine et BIGAS Xavier, *Les conventions d'occupation du domaine public à l'épreuve de l'écrit*, Contrats publics n°162, février 2016, p. 24.

BONNIEU Leslie, CHARREL Nicolas et GASPARD Thomas, *Dispositions relatives au déroulement des procédures formalisées*, Contrats publics n°165, Mai 2016, p. 33

BOSQUET Julien, *Directives marchés publics : quelles nouveautés concernant les pièces et documents demandés aux candidats ?*, Contrats publics n°152, Mars 2015, p. 59

BOTTEGHI Damien et LIÉBER Sophie-Justine, *Le contrat public aurait-il (enfin) trouvé son juge ?*, AJDA 2012 p.142

BRACONNIER Stéphane, *Retour sur le droit du contentieux des marchés publics*, RDI 2010 p.147

BRACONNIER Stéphane, *L'autonomie contrastée du contentieux des contrats publics d'affaires*, RDP 2010, p. 327

BRACONNIER Stéphane, *Contentieux des marchés publics : de « Béziers I » à « Béziers II », l'office du juge du contrat en mouvement...*, RDI 2011 p.270

BRACONNIER Stéphane, *Le nouveau visage du contentieux des contrats administratifs*, RDI 2014 p.344

BRANQUART Christelle, *Contrôle de légalité : un réel renouveau ? Analyse de la réforme menée par les pouvoirs publics depuis 2004*, AJDA 2011 p. 198

BRENET François, *JurisClasseur Contrats et Marchés publics, Fasc. 12 : formation du contrat administratif*, mis à jour le 10 Juin 2016

CLOIX Pierre-Manuel, *DUME et E-DUME standardisation et dématérialisation*, Contrats publics n°167, Juillet/Août 2016, p. 29

COHENDET Aurélie et SALAMAND Walter, *À la recherche d'un équilibre entre l'effectivité du référé en matière contractuelle et la protection des procédures de mise en concurrence*, Contrats publics n°163, Mars 2016, p.60

DABRETEAU Jacques et LE BAUBE Olivia, *Les listes de pièces et documents figurant dans le CMP sont-elles limitatives ?*, Contrats publics n°152, Mars 2015, p. 31

DACOSTA Bertrand, *Limitation des moyens invocables dans le référé précontractuel*, RFDA 2008, p. 1128

DELELIS Philippe, *les insuffisances des procédures de référé*, AJDA 2011, p 320

DEVILLERS Pascal, *Jurisprudence Smirgeomes : la capacité à signer l'acte d'engagement est régularisable*, Contrats et Marchés publics n° 4, Avril 2016, comm. 97

DIDRICHE Olivier, *L'exécution des marchés publics : part respective de l'ordre de service et*

des avenants, AJCT 2015 p.437

FRÉVOT Olivier, *JurisClasseur Administratif Fasc. 640 : conclusion du marché public*, mis à jour le 4 février 2010

JOURDAN Fleur, *Leçons de droit des marchés publics*, Ellipses, 2014.

LACHAUME Jean-François, *Le formalisme*, AJDA 1995, p.133

LANDRIEU Bertrand, *Supprimons le contrôle de légalité systématique*, La Gazette des communes, 7 Avril 2003, p. 20

LANGELIER Élise, *Particularisation, généralisation ... et particularisation du contentieux administratif : propos dubitatifs à la lumière de l'intérêt à agir*, JCP adm. 2015, p. 2345

LATRÈCHE Arnaud, *Modification des marchés publics : entre conditions restrictives et liberté relative*, Contrats publics n°166, Juin 2016, p. 64

LAYRISSE Astrid et PACHEN-LEFÈVRE Marie-Hélène, *La publicité préalable dans le nouveau décret « marchés publics »*, Contrats publics n°165, Mai 2016, p.45

LE FOYER DE COSTIL Louis et PEROIS Emmanuel, *La régularisation des offres au prisme de la réforme de la commande publique*, Contrats et marchés publics, Août/Septembre 2016, p.59

LLORENS François, *Le nouveau rôle des commissions d'appel d'offres*, Contrats et marchés publics, Août/Septembre 2016, p. 1

MÉNARD Juliette, *La passation de marchés publics d'assurance*, AJCT 2012 p. 120

MOREAU David, *JurisClasseur Contrats et Marchés publics, Fasc. 30-1 : référé précontractuel administratif*, mis à jour le 16 Mars 2016

MOREAU David, *JurisClasseur Contrats et Marchés publics, Fasc. 30-2 : référé contractuel administratif*, mis à jour le 16 Mars 2016

PASTOR Jean-Marc, *Péril sur le contrôle de légalité*, AJDA 2013 p.1998

PASTOR Jean-Marc, *L'acheteur doit exiger les justificatifs d'une caractéristique technique de l'offre*, AJDA 2015 p.2173

PASTOR Jean-Marc, *La Cour des comptes sévère sur le contrôle de légalité*, AJDA 2016 p.228

PASTOR Jean-Marc, *Un nouveau droit des marchés publics prêt à l'emploi*, AJDA 2016 p.630

POUPEAU Diane, *Marchés publics : tout ce qui n'est pas expressément interdit est autorisé*, AJDA 2015 p.1294

POUPEAU Diane, *Directives Marchés publics : un décret transpose des mesures «urgentes»*, AJDA 2014 p.1853

POUPEAU Diane, *Quand l'absence d'autorisation de signer un contrat peut ne pas vicier le consentement*, AJDA 2014 p.1976

POUPEAU Diane, *Relèvement du seuil de dispense de procédure au 1er octobre*, AJDA 2015 p.1718

SAÏDI Nadia, *Mieux appréhender le DUME*, Contrats publics n°167, Juillet/Août 2016, p. 33

SESTIER Jean-François, *Les modalités de conclusion des marchés de partenariat*, Contrats publics n°165, Mai 2016, p. 30

SEYFRITZ Mathieu, *JurisClasseur Contrats et Marchés publics, Fasc. 31-1 : recours au fond en contestation de validité du contrat administratif ouvert aux concurrents évincés . - Recours "Département de Tarn-et-Garonne"*, mis à jour le 16 Mars 2016.

YOLKA Philippe, *JurisClasseur Propriétés publiques, Fasc. 88 : Ventes d'immeubles des collectivités territoriales*, LexisNexis, version mise à jour le 1er Septembre 2013

Références normatives :

Directive 2014/24 sur la passation des marchés publics du 26 février 2014

Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics

Règlement d'exécution 2015/1986 de la commission du 11 novembre 2015 établissant les formulaires standard pour la publication d'avis dans le cadre de la passation de marchés publics

Décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics

Arrêté du 29 mars 2016 fixant la liste des renseignements et des documents pouvant être demandés aux candidats aux marchés publics

Rapports :

Décentralisation et ordre juridique, Rapport public du CE, 1993, Etudes et documents, n° 45, Doc. fr., 1994

Rapport du Gouvernement au Parlement sur le contrôle a posteriori exercé par le représentant de l'Etat sur les actes des collectivités territoriales, 22ème rapport, Années 2010 – 2011 – 2012

MÉZARD, *Prendre acte de la décentralisation : pour une rénovation indispensable des contrôles de l'État sur les collectivités*, Rapport du Sénat, n° 300, 2012

Les partenariats public-privé des collectivités territoriales : des risques à maîtriser, Rapport annuel 2015 de la cour des comptes. Février 2015

BOURQUIN Martial, *Rapport d'information fait au nom de la mission commune d'information sur la commande publique*, 14 octobre 2015

Le contrôle de légalité et le contrôle budgétaire : une place à trouver dans la nouvelle organisation de l'État, Rapport annuel 2016 de la cour des comptes. Février 2016

TABLEAU DE JURISPRUDENCE :

Cour de justice de l'union européenne :

- CJCE, 20 février 1979, *Cassis de Dijon*, Aff. C-120/78
- CJCE, 20 septembre 1988, *Gebroeders Beentjes BV contre État des Pays-Bas*, Aff. C-31/87
- CJCE, 7 décembre 2000, *Telaustria*, aff. C-324/98
- CJCE, 19 juin 2008, *Pressetext Nachrichtenagentur*, Aff. C-454/06
- CJUE, 26 Mai 2011, *Commission contre Espagne*, Aff. C-306/08.
- CJUE, 16 avril 2015, *Entreprise Focused Solutions*, Aff. C-278/14

Conseil d'État :

- CE, 20 Décembre 1897, *Le buf*, n°87703
- CE, 10 janvier 1902, *Compagnie nouvelle du gaz de Deville-lès-Rouen*, n°94624
- CE, 4 Août 1905, *Martin*, n°14220
- CE 22 novembre 1907, *Coste*
- CE, 7 Février 1936, *Département de la creuse*, n°43321
- CE, 20 Avril 1956, *Epoux Bertin*, n°98637
- CE, 22 juin 1963, *Sieur Albert*, n° 51115
- CE, 20 Janvier 1978, *Syndicat national de l'enseignement technique agricole public*, n°99613
- CE, 23 Janvier 1981, *Siméon*, n°20366

- CE, 29 janvier 1982, *Martin*, n°19926
- CE, 15 octobre 1982, *Société d'affichage Giraudy*, n° 21609
- CE, 2 février 1983, *Union des transports publics urbains et régionaux*, n°34027
- CE, 30 Septembre 1983, *Fédération départementale des associations agréées de pêche de l'Ain*, n°31875 et a.
- CE, 27 juillet 1984, *Société biro*, n°44919
- CE, 10 Janvier 1986, *Société des travaux du midi*, n°41778
- CE, 15 janvier 1986, *Société de l'habitat moderne*, n°37321
- CE, 13 février 1987, *Bonhenry*, n°47971
- CE, 13 Janvier 1988, *Mutuelle générale des personnels des collectivités locales et de leurs établissements*, n°68188
- CE, 2 novembre 1988, *OPHLM de Malakoff*, n°64954
- CE, 20 Janvier 1989, *Ville de Millau*, n°70686
- CE, 30 novembre 1990, *Société Coignet Entreprise*, n°53636
- CE, 25 janvier 1991, *Brasseur*, n°80969
- CE, 4 février 1991, *Ville de Caen*, n°71956
- CE, 21 septembre 1992, *Commune de Bagnols-sur-Cèze contre SARL Alpha Ambulances*, n° 111555
- CE, 26 septembre 1994, *Préfet de l'Eure et Loir*, n°122759
- CE, 26 septembre 1994, *Commune de Pont-à-Marq*, n°126987
- CE, 10 octobre 1994, *Ville de Toulouse* , n° 108691

- CE, 28 juillet 1995, *Préfet de la région île-de-France, Préfet de Paris contre société de gérance Jeanne d'Arc*, n°143438
- CE, 3 novembre 1995, *CCI de Tarbes et des Hautes-Pyrénées*, n°157304
- CE, 20 Mars 1996, *Commune de Saint-Céré*, n°150038
- CE, avis, 10 juin 1996, *Préfet de la côte d'or*, n° 176873
- CE, 14 Mars 1997, *Compagnie d'aménagement des coteaux de Gascogne*, n°119055
- CE, 10 juillet 1996, *Cayzeele*, n°138536
- CE, 13 juin 1997, *Commune d'Aulnay-sous-bois*, n°150681
- CE, 13 janvier 1998, *Mutuelle générale des personnels des collectivités locales*, n°68166
- CE, 28 janvier 1998, *Société Borg Warner*, n°138650
- CE, 13 Mars 1998, *Département du Pas-de-Calais*, n°167764
- CE, 6 octobre 2000, *Commune de Roquebrune Saint-Martin*, n°205959
- CE, 16 octobre 2000, *Compagnie méditerranéenne d'exploitation des services d'eau*, n°212054
- CE, 19 octobre 2001, *Société Alstom transport*, n°233173
- CE, avis, 29 juillet 2002, *Société MAJ Blanchisserie de Pantin*, n° 246921
- CE 13 novembre 2002, *Office public d'habitations à loyer modéré de la communauté urbaine du Mans*, n°245303
- CE, 28 Mai 2003, *AP-HP*, n°248429
- CE, 29 Octobre 2004, *Sueur et autres*, n°269814

- CE 7 octobre 2005, *Région Nord Pas de Calais*, n°278732
- CE, 10 Mai 2006, *Société Bronzo*, n°281976
- CE, 16 Juillet 2007, *Tropic travaux signalisation*, n°291545
- CE, 20 Octobre 2006, *Commune d'Andeville*, n°289234
- CE, 21 novembre 2007, *Département de l'Orne*, n°291411
- CE, 8 février 2008, *Département de l'Essonne*, n°300275
- CE, 26 Mars 2008, *Communauté urbaine de Lyon*, n°303779
- CE, 8 Août 2008, *Région Bourgogne*, n°307143
- CE, 8 Août 2008, *Ville de Marseille*, n°312370
- CE, 31 Décembre 2008, *Cavallo*, n°283256
- CE, 30 janvier 2009, *ANPE*, n°290236
- CE, 4 février 2009, *Communauté d'agglomération du Bassin du Thau*, n°311949
- CE, 11 Mai 2009, *Ville de Toulouse*, n°296919
- CE, 28 déc. 2009, *Commune de Béziers*, n° 304802
- CE, 23 déc. 2009, *Établissement public du musée et du domaine national de Versailles*, n° 328827
- CE, 27 janv. 2010, *Commune Mazayes-Basses*, n°313247
- CE, 10 février 2010, *Perez*, n°329100
- CE, 24 février 2010, *Enclave des Papes*, n°333569
- CE, 10 Novembre 2010, *Établissement public national des produits de la mer*,

n°340944

- CE, 12 janvier 2011, *M. Manoukian*, n° 338551
- CE, 12 Janvier 2011, *Département du Doubs*, n°343324
- CE, 19 Janvier 2011, *Grand port maritime du Havre*, n°343435
- CE, 27 Avril 2011, *Président du Sénat*, n°344244
- CE, 4 mai 2011, *Chambre de commerce et d'industrie de Nîmes, Uzès, Bagnols, Le Vigan*, n° 334280
- CE, 1er juin 2011, *Société Koné*, n°346405
- CE 24 juin 2011, *OP de l'habitat interdépartemental de l'Essonne et du Val-d'Oise et des Yvelines et Société Seni*, n°346665
- CE, 24 juin 2011, *Commune de Rouen*, n°347840
- CE, 2 août 2011, *Clean Garden*, n°347840
- CE, 2 Août 2011, *Parc naturel régional des Grandes Causses*, n°348254
- CE, 30 septembre 2011, *Commune de Maizières-lès-metz*, n°350148
- CE, 27 octobre 2011, *Département des Bouches-du-Rhône*, n°350935
- CE, 30 novembre 2011, *Ministre de la défense et des anciens combattants*, n°353121
- CE, 23 décembre 2011, *Ministre de l'intérieur contre Siden*, n°348647
- CE, 23 décembre 2011, *Département de la Guadeloupe*, n°350231
- CE, 16 janvier 2012, *Département de l'Essonne*, n°353629
- CE, 1er Mars 2012, *OPAC du Rhône*, n°355560
- CE, 12 Mars 2012, *Société Clear Channel France*, n°353826

- CE, 23 Mars 2012, *Caisse écoles commune de Six-fours-les-plages*, n°355439
- CE, 11 avril 2012, *Société Gouelle*, n° 355446
- CE, 11 Avril 2012, *Syndicat Ody 1218 Newline du Lloyd's de Londres*, n°354652
- CE, 9 Mai 2012, *Commune de Saint Benoit*, n°356455
- CE, 9 Mai 2012, *Syndicat départemental des ordures ménagères de l'Aude*, n°355665
- CE, 4 juillet 2012, *Cabinet Froment-Meurice*, n°353305
- CE, 26 septembre 2012, *GIE groupement des poursuites extérieures*, n°359389
- CE, 26 septembre 2012, *Communauté d'agglomération Seine-Eure*, n°359706
- CE, 3 octobre 2012, *Société déménagement Le Gars*, n°360952
- CE, 15 février 2013, *SARL entreprise Lapied*, n°364203
- CE, 25 Mars 2013, *Département de l'Hérault*, n°364824
- CE, 23 Mai 2013, *Société Delta Process*, n°365954
- CE, 11 décembre 2013, *Société Antillaise de sécurité*, n° 372214
- CE, 21 février 2014, *Sociétés A et Les Lavandières*, n°373096
- CE, 4 avril 2014, *Département Tarn-et-Garonne*, n°358994
- CE 11 Avril 2014, *Ministre de la Défense contre société Legrand Batisseurs*, n°375245
- CE, 8 Octobre 2014, *Entraigues sur-la-Sorgue*, n° 370588
- CE, 17 Décembre 2014, *Communauté de communes du canton de Varilhes*, n°385033
- CE, 29 avril 2015, *Société Urbaser environnement*, n°386748
- CE, 22 Mai 2015, *SITURV*, n°383596

- CE, 19 juin 2015, *Société immobilière du port de Boulogne*, n°369558
- CE, 26 Juin 2015, *Assistance publique-Hopitaux de Paris*, n°389124.
- CE, 18 septembre 2015, *Société AXCESS*, n°380821
- CE, 9 novembre 2015, *Société Les Autocars Roger Ceccaldi*, n°392785
- CE, 11 mai 2016, *M. Rouveyre*, n°383768 et 383769
- CE, 11 mai 2016, *Communauté urbaine Marseille-Provence-Métropole*, n°390118
- CE, 1er juillet 2016, *Commune d'Emerainville et syndicat d'agglomération nouvelle de Marne-la-Vallée-Val-Maubuée*, n° 363047 et 363134

Cours Administrative d'Appel :

- CAA Lyon, 18 Mai 1989, *Société Royat Automobiles*, n°89LY00042
- CAA paris, 22 juin 2004, *Commune de Bussy-Saint-Georges*, n°00PA0261
- CAA Nancy, 26 janvier 2006, *Société Propreté environnement industriel contre Centre hospitalier de Haguenau*, n°02NC00635
- CAA Nancy, 5 juillet 2010, *Société Sogreah Consultants*, n°09NC00896
- CAA Nantes 7 Juin 2013, *Société phytorem SA*, n°11NT03240
- CAA Nancy, 28 Novembre 2013, *Centre hospitalier Ravenel*, n°13NC00746
- CAA Versailles, 11 juin 2015, *Office de coordination des transports pour la santé*, n°13VE02791
- CAA Marseille, 27 Octobre 2015, *M et Madame B*, n°14MA00279
- CAA Versailles, 26 Novembre 2015, n°14VE02778 et 14VE02781

Tribunal Administratif :

- TA Paris, 21 Avril 1971, Ville de Paris
- TA Limoges, 23 février 2006, *SCI le magnolia contre RTE*, n°0301110
- TA Lille 16 Mars 2011, *Société Fornells*, n°1101226

Conseil Constitutionnel :

- CC, 25 février 1982, n°82-137 DC, *loi relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions*
- CC, 4 juin 1984, n° 84-137 L
- CC, 3 août 1994, n°94-348 DC
- CC, 20 mars 1997, n°97-388 DC
- CC, 10 juin 1998, n°98-401 DC
- CC, 19 décembre 2000, n°2000-437 DC, *loi relative au financement de la sécurité sociale*
- CC, 26 Juin 2003, n°2003-473 DC, *loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit*
- CC, 12 février 2004, n°2004-490 DC, *loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie Française*
- CC 30 novembre 2006, n°2006-543 DC, *loi relative au secteur de l'énergie*

Cour de Cassation :

- Cass. Crim. 2 Avril 1998, *Biau*, n°97-84191.
- Cass, Civ. 1ère, 27 Mai 1998, n°96-17312.
- Cass. Crim, 13 décembre 2000, n°99-86876

Chambre régionale des comptes :

- CRC de Corse 24 septembre 1992, *Comptable du syndicat intercommunal d'enlèvement des ordures ménagères de Lavatoggio*
- CRC Provence-Alpe-Côte d'azur, 29 mars 1994, *B.*, *Comptable du département des alpes-maritimes*
- CRC Auvergne – Rhône Alpes Rapport d'observations définitives – Avril 2015 – *Société d'économie mixte immobilière de Vichy*

TABLE DES MATIÈRES :

SOMMAIRE :	4
Liste des principales abréviations :	5
INTRODUCTION :	6
Section 1 : Les origines du formalisme :	7
§1 Le droit romain :	7
§2 Le droit civil :	8
Section 2 : L'émergence du contractualisme administratif :	10
§1 Le passage au contractualisme :	10
§2 La liberté contractuelle des personnes publiques :	11
Section 3 : La commande publique :	12
§1 Définition de la commande publique et sa place dans l'économie :	12
§2 Les raisons du formalisme dans la commande publique :	14
§3 Critiques du formalisme :	15
TITRE 1ER : LE FORMALISME DES PROCÉDURES DE PASSATION	18
CHAPITRE 1 : LE CHOIX DE LA PROCÉDURE :	19
Section 1 : le système de seuil :	19
§1 Le principe des seuils :	19
§2 La computation des seuils :	21
§3 L'impact des seuils :	24
Section 2 : Les procédures disponibles :	26
§1 La procédure adaptée :	27
§2 Les procédures formalisées :	29
CHAPITRE 2 : UNE RÉFORME AYANT DES IMPACTS NON NÉGLIGEABLES :	33
Section 1 : Les modifications en matière de sélection des candidatures et des offres :	33
§1 Le principe de sélection des candidatures et des offres :	33
§2 Les limitations du contrôle lors de la sélection :	35
§3 Un allègement accentué du formalisme des candidatures:	36
§4 La consécration de la régularisation des offres :	37
Section 2 : L'encadrement de l'évolution du contrat :	39
§1 La mise au point :	39
§2 L'avenant :	40
TITRE 2 : LES CONSÉQUENCES D'UNE VIOLATION DU FORMALISME DES PROCÉDURES :	44
CHAPITRE 1 : LE CONTRÔLE EXERCÉ SUR LES MARCHÉS :	45
Section 1 : La place du contrôle de légalité :	45
§1 Le principe du contrôle de légalité :	45
§2 Les effets du contrôle de légalité :	47
§3 Le contrôle de légalité n'étant pas exempt de critique :	49
Section 2 : Le recours au juge :	51
§1 Le recours des parties au contrat :	51
§2 le recours pour excès de pouvoir des tiers :	52
§3 Le recours Tarn et Garonne :	53
§4 Le référé pré-contractuel :	53
§5 Le référé contractuel :	55
CHAPITRE 2 : LA SANCTION DES IRRÉGULARITÉS :	57
Section 1 : Une nullité de principe vacillante :	57

§1 Le principe de la nullité :.....	57
§2 Les vices pouvant entraîner la nullité :.....	58
§3 Des solutions alternatives à la nullité :.....	60
Section 2 : La régularisation contractuelle :.....	61
§1 Le principe de régularisation :.....	61
§2 La régularisation du contrat :.....	62
§3 Le mécanisme contractuel de régularisation :.....	63
CONCLUSION GÉNÉRALE :.....	65
BIBLIOGRAPHIE :.....	66
Ouvrages :.....	66
Articles, études, chroniques et notes :.....	68
Références normatives :.....	71
Rapports.....	72
TABLEAU DE JURISPRUDENCE :.....	73
Cour de justice de l'union européenne :.....	73
Conseil d'État :.....	73
Cours Administrative d'Appel :.....	79
Tribunal Administratif :.....	80
Conseil Constitutionnel :.....	80
Cour de Cassation :.....	80
Chambre régionale des comptes :.....	80
TABLE DES MATIÈRES :.....	81

