



DIRECTION DES RELATIONS  
AVEC LES COLLECTIVITES LOCALES  
Bureau du contrôle de légalité et  
de l'urbanisme  
Affaire suivie par : Agnès GERARD  
Téléphone n° 03 29 69 87 75  
Fax n°03 29 69 87 49

PREFECTURE DES VOSGES  
EPINAL, le

22 FEV. 2010

**CIRCULAIRE N°39/2010**

**Le Préfet des Vosges**  
**à**  
**Monsieur le Président du Conseil Général**  
**Mesdames et Messieurs les Maires du Département**  
**Mesdames et Messieurs les Présidents des C.C.A.S**  
**Mesdames et Messieurs les Présidents des E.P.C.I.**  
**Monsieur le Président du S.D.I.S**  
**Monsieur le Directeur Général de l'O.P.H.A.E**  
**Monsieur le Directeur Général de l'O.P.H. des Vosges**

*En communication à :*

Messieurs les Sous-Préfets de Neufchâteau et de Saint-Dié-des-Vosges  
Monsieur le Président du Centre de Gestion de la Fonction Publique Territoriale  
Madame la Directrice Départementale des Finances publiques des Vosges  
Monsieur le Président de l'Association des Maires des Vosges  
Madame la Responsable de l'antenne Départementale des Vosges du Centre National de la  
Fonction Publique Territoriale  
Monsieur le Directeur Départemental des Territoires des Vosges  
Madame la Directrice Départementale des Affaires Sanitaires et Sociales

**OBJET :** Procédures de recours applicables depuis le 1<sup>er</sup> décembre 2009 aux  
contrats de commande publique et modifications de certains articles du  
code des marchés publics

**REFER :** Ordonnance n°2009-515 du 7 mai 2009 relative aux procédures de recours  
applicables aux contrats de la commande publique, en vigueur depuis le 1<sup>er</sup>  
décembre 2009 (JORF du 8 mai 2009)  
Décret n°2009-1456 du 27 novembre 2009 relatif aux procédures de  
recours applicables aux contrats de la commande publique  
(JORF du 28 novembre 2009)  
Code de justice administrative (C.J.A.) : articles L551-1 à L551-23 et  
R551-1 à 551-10  
Code des marchés publics (C.M.P.) : articles 40-1, 80, 83, 85-1, 142,  
151-1 et 172

L'ordonnance du 7 mai 2009 citée en référence a transposé en droit interne la  
directive 2007/66/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2007.

La grande nouveauté de ce texte est la création d'un « référé contractuel ».

La présente circulaire a notamment pour objet de vous apporter des précisions sur ce  
nouveau référé dont la mise en place a entraîné la modification et la création de  
nouveaux articles du code des marchés publics concernant l'achèvement de la  
procédure. Elle traitera également du référé précontractuel renouvelé.

Le contentieux de la commande publique a connu, ces deux dernières années, des évolutions lors de l'avènement du recours direct contre le contrat découlant de l'arrêt Société Tropic Travaux signalisation (C.E., 16 juillet 2007, requête n°291545) ou avec la subjectivisation du référé précontractuel induite par l'arrêt Smirgeomes (C.E., 3 octobre 2008, requête n°305420), le requérant doit en effet désormais démontrer que le manquement allégué lui a causé préjudice.

L'ordonnance citée en référence est le dernier épisode de cette réforme contentieuse. Ce texte introduit un nouveau recours, le référé contractuel, complément du référé précontractuel lui-même modifié.

Le décret n°2009-1456 du 27 novembre 2009 est venu compléter le dispositif de l'ordonnance en fixant les délais d'introduction du nouveau recours ainsi que celui dans lequel le juge devra rendre sa décision. Il a également modifié certains articles du code des marchés publics relatifs à l'achèvement de la procédure.

Par la présente circulaire, je vous présenterai les caractéristiques du référé contractuel applicable aux contrats administratifs définis à l'article L. 551-1 du code de justice administrative (C.J.A.) pour lesquels une consultation a été engagée à partir du 1<sup>er</sup> décembre 2009, ensuite, je vous informerai des modifications qui ont été apportées au référé précontractuel et aux articles du code des marchés publics relatifs à l'achèvement de la procédure.

Au préalable, il me paraît nécessaire de rappeler que dans le cadre d'un recours en la forme des référés, le président du tribunal administratif ou son délégué statue en premier et dernier ressort. Leurs décisions définitives ne peuvent donner lieu qu'à la formation d'un recours en cassation devant le Conseil d'Etat dans les 15 jours à compter de leur notification.

## **I – Le référé contractuel (articles L551-13 à L551-23 et R551-7 à R551-10 du code de justice administrative)**

### 1° Quel est l'objectif du nouveau référé contractuel ?

Ce nouveau référé permet au juge d'intervenir à la requête d'un tiers s'estimant lésé **une fois le contrat public signé**. La signature du contrat ne pourra donc plus faire obstacle à une possible sanction des atteintes aux obligations de transparence et de mise en concurrence.

### 2° Quel est son champ d'application ?

Le référé contractuel est ouvert à l'encontre de « *tous les contrats administratifs ayant pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures ou la prestation de services, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation ou la délégation d'un service public* » (cf. articles L551-1 et L551-5 du C.J.A.).

Sont donc concernés les marchés publics, les accords-cadres, les contrats de partenariat, les concessions de travaux ou de services, les concessions d'aménagement, les délégations de services publics...

### 3° Quels requérants peuvent agir ?

Les personnes habilitées à introduire un tel recours sont celles ayant un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par le manquement invoqué.

Le référé contractuel est également ouvert au représentant de l'Etat dans le cas où le contrat doit être conclu par une collectivité territoriale ou un établissement public local.

### 4° Quelles sont les causes permettant de recourir à ce référé ?

Le nouveau référé est ouvert afin de sanctionner les manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence, en cas de violation du délai de suspension, ou en cas de non-respect de la suspension de la signature du contrat liée à la saisine du juge du référé précontractuel.

Ce recours, s'il est le complément du référé précontractuel, n'en est pas moins un recours alternatif puisqu'il ne peut pas être utilisé par un requérant qui a déjà introduit un référé sauf si le pouvoir adjudicateur n'a pas respecté la suspension automatique de ce dernier ou ne s'est pas conformé à la décision du juge (cf. article L551-4 et L551-9 du C.J.A.).

### 5° Quel est le délai de recours (article R551-7 du C.J.A.) ?

Le délai de recours est de 1 mois :

- à compter de la publication d'un avis d'attribution au J.O.U.E pour les marchés et accords-cadres
- à compter de la notification de la conclusion du contrat pour les marchés fondés sur un accord-cadre ou un système d'acquisition dynamique.

En l'absence de la publication d'avis ou de la notification mentionnées ci-dessus, la juridiction peut être saisie jusqu'à l'expiration d'un délai de 6 mois à compter du lendemain du jour de la conclusion du contrat.

### 6° Quels sont les pouvoirs du juge ?

Le juge du référé contractuel dispose de pouvoirs étendus, puisqu'en fonction de l'illégalité commise il peut décider de :

- prononcer la suspension de l'exécution du contrat (dans l'attente de sa décision au fond),
- prononcer la nullité du contrat (par exemple : en cas d'absence des mesures de publicité requises pour sa passation, ou lorsqu'a été omise une publication au J.O.U.E.),
- prononcer la résiliation du contrat ou la réduction de sa durée,
- fixer des pénalités financières ne pouvant excéder 20% du montant H.T. du contrat.

Toutefois, ses pouvoirs sont encadrés. : le juge est tenu de prononcer la nullité en cas de manquements graves aux obligations de publicité et de mise en concurrence, seules des « raisons impérieuses d'intérêt général » étant à même de justifier une autre sanction. En revanche, en cas de violations plus simples, le juge peut choisir librement entre la nullité, l'abrégement du contrat ou les pénalités financières.

7° Quelles sont les modalités facultatives d'achèvement de la procédure et leurs conséquences sur le recours ?

Types de contrats	Modalités d'achèvement de la procédure effectuées à l'initiative du pouvoir adjudicateur	Articles du code des marchés publics	Conséquences sur le recours en référé contractuel
<b>Contrats qui ne sont pas passés selon une procédure formalisée</b>  Exemples : marchés en procédure adaptée, concessions d'aménagement d'un montant inférieur aux seuils communautaires ...	SOIT : Publication au J.O.U.E d'un avis relatif à l'intention de conclure le contrat <sup>1</sup> + Respect d'un délai de 11 jours entre la date de publication de cet avis et la date de conclusion du contrat	40-1  80   3°	Pas de référé contractuel
	SOIT : Publication au J.O.U.E d'un avis d'attribution <sup>2</sup>	85-1	Délai de recours du référé : 1 mois suivant la publication de l'avis
<b>Marchés fondés sur un accord-cadre ou un système d'acquisition dynamique</b>	SOIT : Notification aux titulaires de la décision d'attribution du contrat en indiquant le nom du candidat retenu ainsi que les motifs ayant conduit au choix de son offre + Respect du délai de suspension (16 jours ou 11 jours en cas de transmission électronique) <sup>3</sup>	80   3°  80   3°	Pas de référé contractuel
	SOIT : Information des candidats non retenus de la signature du marché en indiquant le nom du bénéficiaire ainsi que les motifs ayant conduit au choix de son offre	85-1	Délai de recours du référé contractuel : 1 mois

**II – Le référé précontractuel « rénové » (nouveaux articles L551-1 à L551-12 et R551-1 à R551-6 du C.J.A.)**

Je tiens à rappeler qu'il ne peut être recouru au référé précontractuel qu'avant la signature du marché et en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence.

<sup>1</sup> Il s'agit du modèle « avis en cas de transparence ex ante volontaire » annexe III du règlement (CE) n°1150/2009 de la commission du 10 novembre 2009 (J.O.U.E. du 28 novembre 2009)

<sup>2</sup> Il est à noter que **le modèle d'avis d'attribution communautaire a été modifié par le règlement n°1150/2009** de la commission du 10 novembre 2009 qui modifie lui-même le règlement n°1564/2005 actuellement visé à l'article 85-1 du C.M.P.

<sup>3</sup> Le délai se calcule entre la date d'envoi de la notification et la date de conclusion du marché

### 1° Son champ d'application

En la matière, l'ordonnance a introduit une « définition matérielle » des contrats pouvant faire l'objet de la procédure du référé précontractuel (cf. article L551-1 du C.J.A.). Cette définition remplace la liste en vigueur jusqu'au 1<sup>er</sup> décembre 2009.

Les contrats pouvant faire l'objet d'un référé précontractuel sont identiques à ceux relevant du référé contractuel (cf. point I b ci-dessus).

### 2° la suspension automatique de la signature du contrat

L'ordonnance introduit également **le principe de la suspension automatique de la signature du contrat jusqu'à la notification de la décision juridictionnelle**. Le juge ne sera donc plus amené à devoir prendre, pour chaque recours, une ordonnance de suspension.

### 3° Obligations de notification du recours au pouvoir adjudicateur ou à l'entité adjudicatrice

Les modalités de notification du recours changent également. Jusqu'alors, il suffisait de saisir le président du tribunal administratif d'une requête en un nombre suffisant d'exemplaires, à charge pour le greffe de les notifier aux parties en cause. **Désormais**, l'article R551-1 du C.J.A. prévoit que **le requérant est tenu de notifier son recours directement au pouvoir adjudicateur ou à l'entité adjudicatrice**. Cette notification est faite en même temps que le dépôt du recours au tribunal et selon les mêmes modalités. Elle sera réputée accomplie à la date de sa réception par le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice.

### 4° Délai de jugement

#### *a) Confortation du délai de 20 jours*

L'article R551-5 du C.J.A réaffirme que « *le président du tribunal administratif ou le magistrat qu'il délègue statue dans un délai de vingt jours sur les demandes qui lui sont présentées.* » Mais, il est désormais prévu que « le contrat ne peut être signé à compter de la saisine du tribunal administratif et jusqu'à la notification au pouvoir adjudicateur ou à l'entité adjudicatrice de la décision juridictionnelle » (article L551-4 ou L551-9 du C.J.A).

#### *b) Délai incompressible contradictoire*

A l'intérieur du délai précité est instaurée une période incompressible durant laquelle le juge des référés ne pourra pas se prononcer. En effet, le juge ne pourra pas statuer avant « le seizième jour à compter de la date d'envoi de la décision d'attribution du contrat aux opérateurs économiques ayant présenté une candidature ou une offre ».

Ce délai est ramené au onzième jour dans deux cas :

- lorsque le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice justifie que la décision d'attribution du contrat a été communiquée par voie électronique à l'ensemble des opérateurs économiques intéressés (article R551-5 du C.J.A.),
- dans le cas des demandes présentées avant la conclusion de contrats mentionnés au premier alinéa de l'article L551-15 du C.J.A. c'est à dire les « *contrats dont la passation n'est pas soumise à une obligation de publicité préalable* » et les « *contrats soumis à publicité préalable auxquels ne s'applique pas l'obligation de communiquer la décision d'attribution aux candidats non retenus* ».

### III – Modifications apportées au code des marchés publics (C.M.P.)

1° Quelles sont les nouvelles modalités d'achèvement de la procédure ?

Le décret cité en référence a notamment modifié les articles 80 et 83 du code des marchés publics. Vous trouverez ci-dessous le détail de ces modifications qui portent plus particulièrement sur les mentions qui doivent figurer sur la décision notifiée aux candidats dont l'offre n'a pas été retenue, et sur le délai minimal à respecter avant de signer le marché.

#### ▪ *L'information des candidats*

Pour les marchés publics et accords-cadres passés selon une procédure formalisée, l'acheteur public doit procéder à deux séries d'information :

L'information des candidats écartés, au stade de l'examen des candidatures.

Dès la fin de l'examen des candidatures, l'acheteur public doit informer chaque candidat non retenu du rejet de sa candidature et des motifs de ce rejet.

L'information des soumissionnaires dont l'offre a été rejetée.

Dès la décision d'attribution prise, l'acheteur public doit la notifier à chacun des soumissionnaires dont l'offre n'a pas été retenue. La notification de la décision d'attribution du marché ou de l'accord-cadre doit comporter les informations suivantes :

- la décision de rejet de l'offre et des motifs de ce rejet,
- le nom de l'attributaire et des motifs ayant conduit au choix de l'offre,
- la durée du délai minimal (ou délai de suspension ou de « stand still ») que va respecter l'acheteur, avant de signer le marché ou l'accord-cadre.

Si l'acheteur a omis d'informer les candidats écartés du rejet de leur candidature et des motifs de ce rejet, il doit réparer cette omission, en procédant à leur égard à la notification de la décision d'attribution, avec l'intégralité des informations énumérées ci-dessus. Il leur communique, en même temps, les motifs du rejet de leur candidature.

#### ▪ *Le délai de suspension*

Après l'envoi de la décision d'attribution du marché, l'acheteur public doit respecter un délai minimal avant de signer le marché appelé également délai de suspension ou délai de stand still. Ce délai doit être précisé dans la notification de la décision afin de rendre possible l'exercice d'un recours précontractuel.

La décision d'attribution peut être envoyée par voie postale ou électronique. Les délais à respecter sont les suivants :

- lorsque la **décision est envoyée par voie postale à au moins un candidat**, le délai minimal est de **16 jours** entre la date d'envoi de la décision d'attribution et la date de conclusion du contrat,
- lorsque la **décision est envoyée par voie électronique à tous les candidats**, le délai minimal à respecter est réduit à **au moins 11 jours**.

Pour mémoire, dans l'ancienne version de l'article 80 du C.M.P., le délai de la période de suspension entre l'information des candidats et la date de signature des marchés était de **10 jours**. De plus, le point de départ du délai était la date à laquelle la décision était notifiée. Désormais, il s'agit de la date d'envoi de la décision d'attribution.

## 2° Nouveaux articles du code des marchés publics

Articles du C.M.P créés	Objet
Articles 40-1 et 80 I (articles créés ou modifiés pour rendre applicables les dispositions de l'article L551-15 du C.J.A.)	<p><b>Conditions à respecter pour la fermeture au référé contractuel</b></p> <p><b>I/ Des contrats qui ne sont pas passés selon une procédure formalisée</b> (par exemple les marchés en procédure adaptée ou les marchés dispensés d'obligations de publicité) :</p> <p>Publication au J.O.U.E par l'acheteur d'un avis relatif à son intention de conclure le marché ou l'accord-cadre<sup>4</sup> + Respect d'un délai de 11 jours entre la date de publication de cet avis et la date de conclusion du contrat.</p> <p><b>II/ Des contrats fondés sur accord-cadre ou d'un système d'acquisition dynamique :</b></p> <p>Envoi aux titulaires de la décision d'attribution du contrat + Respect du délai de suspension de 16 ou 11 jours (en cas de transmission électronique)</p>
Article 85-1 (Article créé pour rendre applicables les dispositions du premier alinéa de l'article R551-7 du C.J.A.)	<p><b>Conditions à respecter pour réduire à un mois le délai de recours au référé contractuel</b></p> <p><b>I/ Pour les contrats qui ne sont pas passés selon une procédure formalisée</b> (par exemple les marchés en procédure adaptée ou les marchés dispensés d'obligations de publicité). :</p> <p>Publication au J.O.U.E. d'un avis d'attribution<sup>5</sup></p> <p><b>II/ Pour les marchés fondés sur un accord-cadre ou pour un système d'acquisition dynamique :</b></p> <p>Information des candidats non retenus de la signature du marché en indiquant le nom du bénéficiaire ainsi que les motifs ayant conduit au choix de son offre.</p>

<sup>4</sup> Il s'agit du modèle « avis en cas de transparence ex ante volontaire » annexe III du règlement (CE) n°1150/2009 de la commission du 10 novembre 2009 (J.O.U.E. du 28 novembre 2009)

<sup>5</sup> Il est à noter que **le modèle d'avis d'attribution communautaire a été modifié par le règlement n°1150/2009** de la commission du 10 novembre 2009 qui modifie lui-même le règlement n°1564/2005 actuellement visé à l'article 85-1 du C.M.P.

Certes, les formalités ci-dessus ne sont que facultatives. L'acheteur ne commet donc pas d'irrégularité s'il les omet. Toutefois, l'inconvénient sera que le recours contractuel pourra être exercé dans un délai de 6 mois à compter du lendemain du jour de la conclusion du contrat.

#### **IV – Conclusion**

L'objectif affiché de l'ordonnance du 7 mai 2009 est d'accroître l'efficacité des procédures de recours dans le domaine de la commande publique, avant et après la signature des contrats.

La création du « référé contractuel » vise à répondre à la double exigence de la sécurité juridique des contrats et de l'efficacité économique.

Dans ce contexte, je vous invite à veiller au respect de la réglementation de la commande publique dans le cadre des procédures de marchés que vous êtes amenés à engager.

Bien entendu, je reste à votre disposition pour tout renseignement complémentaire.

Le Préfet,



**Dominique SORAIN**