

Le décret n° 2009-1456 du 27 novembre 2009, relatif aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique

Le décret relatif aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique achève la transposition de la directive 2007/66/CE du Parlement et du Conseil du 11 décembre 2007 modifiant les directives 89/665/CEE du Conseil du 21 décembre 1989 et 92/13/CEE du Conseil du 25 février 1992 en ce qui concerne l'amélioration de l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des marchés publics. Il complète l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique.

1. Le décret précise les modalités d'achèvement de la procédure de passation des contrats de la commande publique, que doivent respecter les acheteurs.

1.1 Quels contrats sont soumis à ces nouvelles obligations ?

Ces nouvelles modalités sont applicables pour la passation de tout contrat de la commande publique qui doit faire l'objet d'une publication préalable au Journal Officiel de l'Union européenne.

Sont soumis au respect de ces obligations :

- Les marchés formalisés passés en application du code des marchés publics ou de l'ordonnance du 6 juin 2005, à l'exception de ceux passés en procédure négociée sans publicité ni mise en concurrence en application des dispositions de l'article 35 II du code ou des mêmes dispositions des décrets d'application de l'ordonnance ;
- des concessions d'aménagement passées en application des articles R*300-4 ou R*300-11-1 du code de l'urbanisme ;
- des conventions de bail conclues avec le titulaire d'une autorisation d'occupation du domaine public passées en application du décret n° 2004-18 du 6 janvier 2004 modifié pris pour l'application de l'article L. 34-3-1 du code du domaine de l'Etat.

Remarque :

Les mêmes obligations d'imposent pour les contrats de partenariat, en vertu de l'article 9 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 relative aux contrats de partenariat, modifiée par l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique.

1.2 Quelles sont ces nouvelles modalités d'achèvement de la procédure ?

Le décret modifie notamment les articles 80 et 83 du code des marchés publics.

❖ L'information des candidats.

Pour ces contrats, l'acheteur public doit procéder à deux séries d'informations :

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 du ou des attributaires et des motifs ayant conduit au choix de leur offre ;
- la durée du délai minimal 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 doit respecter un délai minimal avant de signer le marché. Ce délai doit être précisé dans la notification de la décision. Ce délai est destiné à 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 seize jours entre la date d'envoi de la décision d'attribution et la signature du contrat.
- Lorsque la décision est envoyée par voie électronique à tous les candidats, le délai minimal à respecter est réduit à au moins onze jours.

1.3 Quelles sont les modalités facultatives d'achèvement de la procédure, et leurs conséquences sur les recours ?

Dans un certain nombre de cas, concernant les procédures formalisées ou les marchés passés en application d'un accord-cadre ou d'un système d'acquisition dynamique, les acheteurs peuvent, s'ils le souhaitent, procéder à des modalités facultatives supplémentaires. Ces formalités auront, pour eux, l'intérêt de limiter les délais de recours du référé contractuel ou de fermer purement et simplement la voie de ce recours.

	Modalités d'achèvement de la procédure effectuées à l'initiative du pouvoir adjudicateur	Conséquences sur les recours
Contrats qui ne sont pas passés selon une procédure formalisée Exemples : marchés en procédure adaptée, concessions d'aménagement d'un montant inférieur aux seuils communautaires, contrats passés en application du décret relatif aux obligations de décoration des bâtiments publics...)	SOIT : Envoi au JOUE d'un avis relatif à l'intention de conclure le contrat + Respect d'un délai de 11 jours entre la date de publication de cet avis et la conclusion du contrat	Pas de référé contractuel
	SOIT : Envoi au JOUE d'un avis d'attribution	Délai de recours du référé contractuel : 1 mois
Marchés passés sur le fondement d'un accord-cadre ou d'un système d'acquisition dynamique	SOIT : Envoi aux titulaires de la décision d'attribution du contrat ¹ + Respect du délai de suspension (16 ou 11 jours) ¹¹	Pas de référé contractuel
	SOIT : Envoi aux titulaires de la décision d'attribution du contrat ¹	Délai de recours du référé contractuel : 1 mois

2. Le décret contient les mesures d'application de l'ordonnance « recours » n° 2009-515 du 7 mai 2009 pour les règles qui concernent la procédure juridictionnelle

2.1 Le décret fixe les délais qui sont applicables en référé précontractuel et en référé contractuel :

	Référé précontractuel	Référé contractuel
Délai de recours	Jusqu'à la signature du contrat	1 mois : - pour les marchés et accords-cadres : à compter de la publication d'un avis d'attribution au Journal Officiel de l'Union européenne ; - pour les marchés fondés sur un accord-cadre ou un système d'acquisition dynamique : à compter de la notification de la décision d'attribution
		6 mois : à compter de la conclusion du contrat, dans les autres cas

¹ La décision d'attribution doit contenir les mêmes éléments que celle qui doit être obligatoirement communiquée dans le cadre des marchés formalisés.

¹¹ Les règles applicables pour la détermination de ce délai sont les mêmes que celles applicables dans le cadre des marchés formalisés.

Délai dans lequel le juge ne peut pas statuer	-16 jours à compter de la date d'envoi de la décision d'attribution du contrat aux opérateurs économiques qui ont présenté une candidature ou une offre en cas de transmission par voie postale - 11 jours à compter de la date d'envoi de la décision d'attribution du contrat aux opérateurs économiques qui ont présenté une candidature ou une offre en cas de transmission par voie électronique à l'ensemble des opérateurs économiques intéressés	
Délai dans lequel le juge doit statuer	20 jours	1 mois
Voies de recours : délai dans lequel le pourvoi en cassation doit être introduit	15 jours à compter de la notification des décisions définitives prises par le juge	15 jours à compter de la notification des décisions définitives prises par le juge

A noter : A partir du 1^{er} décembre, si la personne publique décide de renseigner la rubrique 6.4.2 du formulaire européen d'avis de marché, elle devra mentionner l'existence du référé contractuel, en sus des autres voies de recours.

2.2 Le décret précise les conditions dans lesquelles le juge doit organiser une procédure contradictoire :

❖ Quelles mesures le juge doit-il soumettre à débat contradictoire ?

Toutes les mesures que le juge envisage de prononcer d'office. En référé précontractuel, il s'agit des mesures que le juge peut prendre en vertu de l'article L. 551-2 ou L. 551-6 du code de justice administrative : ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations, annuler des décisions qui se rapportent à la passation du contrat, supprimer des clauses destinées à figurer dans le contrat, prononcer une astreinte. En référé contractuel, il s'agit de toutes les mesures que le juge peut prendre : annulation du contrat, résiliation, réduction de sa durée d'exécution, sanctions pécuniaires.

Toute sanction pécuniaire que le juge du référé contractuel envisage de prononcer. Ainsi, le débat pourra porter sur l'opportunité de prononcer cette sanction, et sur son montant.

❖ Comment les parties seront-elles associées au débat ?

Le juge a deux possibilités :

- donner un délai aux parties pour présenter leurs observations, ou
- mentionner la date de l'audience et inviter les parties à présenter leurs observations à ce moment.

❖ Les dispositions de l'article L. 522-8 du code de justice administrative sont applicables.

Cela signifie que l'instruction peut être close postérieurement à la tenue de l'audience. Le juge peut donc, à l'issu de l'audience, inviter les parties à lui fournir des précisions supplémentaires. Les pièces complémentaires peuvent alors être adressées directement aux autres parties.

2.3 Tout référé précontractuel doit être notifié au pouvoir adjudicateur ou à l'entité adjudicatrice

Les nouveaux articles L. 551-4 et L. 551-9 du code de justice administrative ont introduit une modification importante au référé précontractuel : désormais, l'introduction d'un référé précontractuel entraîne automatiquement la suspension de la signature du marché. Afin que la personne publique sache qu'un recours a été introduit et qu'elle ne peut pas signer le marché, le décret prévoit que **tout recours doit être notifié**. Cette notification est à la charge du requérant.

❖ Quand la notification doit-elle être faite ?

Il faut que la personne publique sache au plus vite qu'un recours a été introduit. Il faut donc que notification et dépôt du recours soient simultanés. Le décret impose donc que la notification soit faite « en même temps que le dépôt du recours ».

❖ Comment notifier le recours ?

La simultanéité du recours et de la notification conduit le requérant à utiliser dans les deux cas, le même procédé de transmission. Ainsi, si le recours a été déposé directement au greffe, la notification doit être faite directement auprès de l'acheteur. Si le recours a été transmis par voie postale, la notification peut être faite également de cette manière. Ce qui importe, c'est ~~donc~~ que les modalités de la notification ne conduisent pas à une information tardive du pouvoir adjudicateur.

Procéder ainsi est de l'intérêt du requérant : en l'absence de notification simultanée, un pouvoir adjudicateur pourrait ignorer qu'un recours a été introduit, et risquerait donc de signer le marché. Le but de la notification est l'information de la personne publique, elle est donc réputée accomplie à compter de sa réception par le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice.