

Décrets, arrêtés, circulaires

TEXTES GÉNÉRAUX

MINISTÈRE DE L'ÉCONOMIE, DE L'INDUSTRIE ET DE L'EMPLOI

Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique

NOR : ECEM0906651P

Monsieur le Président,

Le présent projet d'ordonnance transpose la directive 2007/66/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2007 en ce qui concerne l'amélioration de l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des marchés publics. Cette transposition sera complétée par un décret en Conseil d'Etat.

La directive vise à accroître l'efficacité des recours, avant et après la signature des contrats, et à lutter contre la passation des marchés de gré à gré illégaux. Par conséquent, la transposition nécessite de compléter le régime du référé précontractuel, et de créer un recours après la signature du contrat. Ces recours, ouverts pour des manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence, seront ouverts devant l'ordre administratif et devant l'ordre judiciaire, selon les règles de répartition des compétences actuellement en vigueur pour le référé précontractuel.

Dans un souci de clarification, tous les recours seront désormais régis par le code de justice administrative pour les contrats administratifs, et par des dispositions propres de cette ordonnance pour les contrats de droit privé. Les dispositions spécifiques qui figurent actuellement dans des textes relatifs à la passation de contrats de la commande publique sont abrogées par l'article 24.

Afin de répondre aux exigences de lisibilité du droit, le code de justice administrative est réorganisé. En particulier, le chapitre consacré au référé en matière de passation de contrats et marchés est divisé en deux sections, consacrées respectivement au référé précontractuel et au référé contractuel. Les mêmes subdivisions sont retenues pour le second chapitre de l'ordonnance consacré aux recours contre les contrats de droit privé.

Tous les contrats de la commande publique qui entrent dans le champ de la directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services seront soumis aux recours introduits par cette ordonnance. Pour assurer un système de recours uniforme en matière de contrats de la commande publique, les délégations de service public sont maintenues dans le champ du référé précontractuel et sont incluses dans le champ du référé contractuel.

La première section consacrée au référé précontractuel est divisée en trois sous-sections consacrées aux dispositions applicables aux contrats passés par les pouvoirs adjudicateurs, aux entités adjudicatrices et aux dispositions communes. La même architecture est adoptée dans le second chapitre consacré aux recours contre les contrats de droit privé.

Trois modifications de fond sont également introduites.

Une définition matérielle des contrats pouvant faire l'objet de la procédure du référé précontractuel remplace la liste actuellement en vigueur. Cette définition reprend celle des directives « marchés publics » précitées (articles L. 551-1 et L. 551-5 du code de justice administrative et articles 2 et 5).

Le principe de la suspension automatique de la signature du contrat jusqu'à la notification de la décision juridictionnelle est adopté, conformément à l'article 2 de la directive « recours » (articles L. 551-4 et L. 551-9 du même code et articles 4 et 8).

Le principe d'un délai pendant lequel le juge ne peut statuer a pour objet de faire en sorte qu'il ne statue que lorsque tous les recours ont été déposés (article L. 551-11 susmentionné et article 10). Il sera précisé par décret.

Le nouveau recours contractuel est transposé par une procédure de référé faisant l'objet d'une section 2 du code de justice administrative et des articles 11 à 20 pour les procédures devant le juge civil (seconde section du second chapitre de l'ordonnance).

Pour garantir un recours efficace, notamment sur le plan économique, le recours contre le contrat est envisagé dans la continuité du référé précontractuel : il est effectué en la forme des référés, ouvert aux mêmes personnes. Une personne qui aurait exercé un référé précontractuel ne sera pas recevable à exercer le référé

contractuel si l'organisme adjudicateur s'est conformé à la décision rendue sur ce recours et s'il a respecté l'obligation de ne pas signer le contrat prévue par les articles L. 551-4 et L. 551-9 du code de justice administrative ou les articles 4 et 8 de l'ordonnance.

Il est ouvert pour 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.

Le juge peut prononcer la suspension de l'exécution du contrat, dans l'attente de sa décision au fond.

Il dispose du pouvoir de prononcer la nullité du contrat, de décider de son abrègement ou de prononcer des pénalités financières. Ses pouvoirs sont encadrés, au regard de la gravité des manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence. Il est ainsi tenu de prononcer la nullité en cas de manquements graves à ces obligations (article L. 551-18 du code de justice administrative et article 16), seules des raisons impérieuses d'intérêt général, elles-mêmes encadrées, peuvent justifier qu'une autre sanction soit prononcée (article L. 551-19 du code de justice administrative et article 17). En cas de violations plus simples, le juge peut choisir librement parmi la nullité, l'abrègement du contrat ou des pénalités financières (article L. 551-20 du code de justice administrative et article 18).

Lorsqu'il envisage de prononcer une mesure d'office, ou une pénalité financière, le juge doit soumettre ces points à un débat contradictoire.

Enfin, les articles 22 et 23 de l'ordonnance procèdent à la réécriture des modalités de calcul du délai de suspension pour les contrats de partenariat soumis à l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004, et l'article 24 abroge les dispositions processuelles de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 et de la loi n° 91-3 du 3 janvier 1991, les recours contre ces contrats étant soumis à cette ordonnance.

Tel est l'objet de la présente ordonnance, que nous avons l'honneur de soumettre à votre approbation.

Veillez agréer, Monsieur le Président, l'assurance de notre profond respect.