

AUTORITE REGULATION DES MARCHES PUBLICS (ARMP)

LE REGLEMENT DES DIFFERENDS

La passation des marchés publics constituent une période où le risque contentieux est réel en ce sens qu'elle constitue une période créatrice de concurrence et d'obligations pour les parties qui se doivent de respecter de nombreux principes et règles. A cet effet, certaines voies sont ouvertes dans le cadre du contentieux administratif pour faire respecter ceux-ci, codifiés par le COA et mis en œuvre par le Code des marchés publics.

Le contentieux né des litiges de la passation des marchés publics ouvre aux requérants éventuels trois voies principales pour élever un litige lors de la phase de passation d'un contrat de marché public : la voie du recours précontractuel, la voie du recours pour excès de pouvoir et la voie du recours devant le juge du contrat.

Le recours précontractuel est selon les termes de la loi « une procédure spéciale de recours non juridictionnel » devant un organe placé au sein de l'Autorité de Régulation des Marchés publics. Prévus à l'article 31 de la Loi n° 2006-16 du 30 juin 2006 portant modification de la Loi n° 65-51 du 19 juillet 1965 portant Code des obligations de l'administration, la procédure spéciale de recours non juridictionnelle est ouverte à toute personne qui a participé à une procédure de passation et n'a pas été désignée attributaire dans les conditions définies par le Code des marchés publics.

Le recours pour excès de pouvoir en matière contractuelle est en principe irrecevable. Cependant, ce principe comporte une exception et un assouplissement.

Aux termes de l'article 337 de la Loi n° 96-06 du 22 mars 1996 portant Code des Collectivités locales, le représentant de l'Etat défère au Conseil d'Etat les actes mentionnés aux articles 334 et 335 dudit code qu'il estime entachés d'illégalité. Or, parmi les actes visés à l'article 334 figurent les contrats des Collectivités locales en particulier les marchés publics pour en demander l'annulation

Assouplissant le principe de l'irrecevabilité du recours pour excès de pouvoir contre les contrats, la jurisprudence administrative puis la loi a admis que certains actes détachables du contrat puissent être soumis au contrôle du juge pour excès de pouvoir. Ainsi, l'article 140 nouveau du Code des obligations de l'administration dispose : « les actes détachables du contrat peuvent faire d'un recours pour excès de pouvoir ... »

A ce titre, sont notamment détachable du contrat :

- L'autorisation de contracter ;
- La décision de contracter ou de ne pas contracter ;
- L'opération d'attribution ; et,
- L'approbation du contrat.

Le recours devant le juge des contrats est une voie de recours juridictionnelle réservée aux seules parties au contrat. Il vise à obtenir le prononcé de la nullité d'un contrat irrégulièrement conclu et en particulier une indemnité en réparation de celle-ci. A la différence de ce recours et de celui pour excès de pouvoir, le recours précontractuel est attribué au CRD.

Le Comité de Règlements des Différends de l'ARMP est l'un des trois organes qui composent l'Autorité de Régulation des Marchés publics.

En effet, l'ARMP comprend le Conseil de Régulation qui en est son organe délibératif, le Directeur général qui est l'organe d'exécution et le Comité de Règlement des Différends qui est l'organe de régulation des marchés publics.

La présente communication a pour objet de vous présenter le CRD, tant dans sa structuration que dans son fonctionnement.

I – COMPOSITION

Le CRD est composé de membres issus du Conseil de Régulation tel qu'il suit :

- le Président du Conseil de Régulation qui en est son président de droit ;
- un représentant l'Administration, qui doit être un magistrat ;
- un représentant du secteur privé ; et,
- un de la société civile.

II – ATTRIBUTIONS

Le CRD a pour mission de tenter de concilier les parties et de statuer sur les irrégularités et violations des réglementations communautaires et nationales qu'elle constate lors :

- des dénonciations des irrégularités constatées par les parties intéressées ou celles connues de toute autre personne avant, pendant et après la passation ou l'exécution des marchés publics et délégations de service ;

- des recours exercés par les candidats et soumissionnaires aux marchés publics et délégations de service public relatifs à la procédure de passation des marchés publics et délégation de service public, ainsi qu'à leur exécution ;
- des demandes de règlement amiable des différends relatifs à l'exécution des marchés publics.

Pour le règlement des litiges qui lui sont soumis, le CRD fonctionne comme une quasi juridiction. A cet effet, il comporte deux formations.

III – LES FORMATIONS DU CRD

1. **La Commission Litiges** : Elle est compétente pour connaître des recours relatifs à la procédure de passation des marchés publics. A cet effet, la Commission Litiges connaît les litiges ayant pour objet :
 - Les décisions d'attribuer ou de ne pas attribuer le marché ou la convention de délégation ;
 - Les conditions de publication des avis ;
 - Les règles relatives à la participation des candidats et aux capacités et garanties exigées ;
 - Le mode de passation et la procédure de sélection choisie ;
 - La conformité des documents d'appels d'offres à la réglementation ;
 - Les spécifications techniques retenues ; et,
 - Les critères d'évaluation.

2. La Formation disciplinaire :

Le Comité statuant en formation disciplinaire a pour mission de prononcer des sanctions, sous la forme d'exclusion temporaire et de pénalités pécuniaires à l'encontre des soumissionnaires, candidats ou titulaires de marchés publics ou délégations de service public, en cas de violation de la réglementation en matière de passation et d'exécution des marchés publics et délégations de service public.

IV – FONCTIONNEMENT DU CRD

Dans son fonctionnement, le Président du Conseil de Régulation joue un rôle très important. Il est le seul tiers au contrat qui puisse en demander la correction ou l'annulation.

Le premier avantage de la saisine du CRD par le Président qu'il peut intervenir lorsque les candidats ne peuvent obtenir pas agir efficacement pour obtenir une mesure de correction ou d'annulation du marché :

Cette saisine conduit le CRD à examiner non seulement les actes détachables de ces contrats, mais encore les contrats eux-mêmes.

Le président défère au CRD les actes qu'il estime illégaux. Il agit à la demande des tiers intéressés, un entrepreneur injustement évincé par exemple, la dénonciation permet à l'entreprise de garder un certain anonymat ;

La saisine du CRD relève du pouvoir discrétionnaire du président du Conseil de Régulation et son refus de déférer ne fait pas grief et n'est donc pas susceptible de recours.

1. Le contrôle de la régularité de la procédure de passation

Ce contrôle porte sur la conformité des documents d'appel d'offres que sur la passation des marchés :

- Le recours devant le CRD permet de faire sanctionner les irrégularités qui entachent la passation ou les clauses d'un marché public, et spécialement celles qui résultent de la violation des règles de concurrence.

a) Champ d'application : les contrats concernés

Les marchés publics soumis au Code des marchés publics sans condition de seuil ;

Les conventions de délégation de service public ;

Les contrats de partenariat.

b) Les pouvoirs du CRD

Le CRD contrôle les règles de passation au regard de l'impératif de publicité et de concurrence.

Lorsqu'il relève un manquement aux règles applicables, le CRD a la possibilité de prendre :

- **des mesures provisoires :**
 - injonction de suspendre la procédure de passation jusqu'au terme de sa décision au fond ;
 - injonction de régulariser le manquement affectant la publicité de la procédure, la composition du dossier de consultation, les conditions d'examen des candidatures ou des offres, etc. ;

- **des mesures définitives :**

- annulation des décisions se rapportant à la formation du contrat ;
- suppression des clauses ou prescriptions discriminatoires.

La finalité de libre concurrence autorise le CRD, quelles que soient les conclusions du requérant, à utiliser les moyens les plus efficaces propres à prévenir les atteintes à la concurrence. Il peut ainsi choisir d'exercer pleinement ses pouvoirs diversifiés en écartant la suspension au profit de l'annulation aux effets plus radicaux.

- **Les conditions de recevabilité du recours**

Le recours devant le CRD ne peut être valablement introduit que si deux conditions d'ordre public se trouvent réunies, à savoir :

- **Condition tenant à la qualité du requérant.** Le demandeur doit avoir qualité pour agir. Il s'agit des entreprises :
 - candidats évincés de la procédure d'attribution ;
 - ou n'ayant pas pu y participer faute de publicité suffisante ;
 - voire même, toute entreprise relevant du secteur d'activité concerné.

En revanche, une fin de non-recevoir doit être opposée aux personnes qui ne se trouvent pas en situation de conclure le contrat litigieux.

- **Condition tenant à l'introduction du recours avant la conclusion du contrat**

Il est nécessaire que le recours soit introduit, et même examiné avant la conclusion du contrat.

Le recours au CRD a le caractère d'une procédure purement préventive destinée à corriger des irrégularités tant qu'il est temps, et non à réparer les illégalités consommées.

Cette condition de recevabilité contribue à réduire l'efficacité de la procédure du recours au CRD. Elle peut inciter l'Administration, une fois informée d'un risque de contentieux, à conclure et à faire exécuter le contrat au plus vite, et parfois de façon irrégulière.

Toutefois, depuis l'entrée en vigueur du décret n° 2007-545 du 25 avril 2007 portant Code des marchés publics, l'article 88 précise que «dès réception du recours, le CRD ... examine si celui-ci est recevable et, dans l'affirmative, ordonne à l'autorité contractante de suspendre la procédure de passation du marché. ... »

Cette mesure est *a priori* dissuasive puisque les autorités contractantes s'abstiennent de poursuivre la procédure jusqu'à ce que le CRD ait rendu son sa décision au fond.

La violation d'une injonction de différer, prise en application des dispositions de l'article 88 du Code des marchés publics, permet de considérer la signature comme inexistante et le contrat subséquent comme nul et non avenu.

2. Le règlement amiable :

Le CRD a pour mission de trouver une solution amiable et équitable en s'appuyant notamment sur les éléments de droit et de fait.

a) Champ d'application :

- L'intervention ou la saisine du CRD est subordonnée à l'existence d'un conflit né de l'exécution du marché. Tous les marchés sont concernés sans condition de seuil.

b) Saisine du CRD :

Le CRD est saisi :

- Soit par l'autorité contractante, de sa propre initiative ou à la demande du titulaire du marché ;
- Soit par le titulaire, dès lors que la personne responsable du marché a rejeté une de ses demandes.

La saisine s'effectue par l'envoi d'une lettre mémoire exposant les motifs de la réclamation et en indiquant le montant, accompagné des pièces contractuelles du marché et de toutes correspondances relatives au litige, adressé au Comité par lettre recommandée avec demande d'avis de réception ou déposé contre récépissé.

L'autre est informée par le CRD de sa saisine.

c) Pouvoirs du CRD :

Le CRD entend le titulaire du marché et la personne responsable du marché ou leurs représentants. Ceux-ci peuvent se faire assister par toute personne de leur choix.

Le Président du CRD peut entendre toute personne dont il juge utile l'audition.

Le CRD notifie aux parties son avis dans un délai de quinze (15) jours à compter de sa saisine. Ce délai peut être prolongé de quinze (15) jours au maximum par décision motivée du président.

Chacune des parties notifie à l'autre et au CRD sa décision sur l'avis notifié par le CRD. En cas d'accord, l'avis est appliqué immédiatement.

d) Limites des pouvoirs du CRD

En cas de désaccord des parties sur l'avis rendu par le CRD, les parties saisissent les tribunaux.

Le CRD n'a aucun pouvoir d'injonction sur les parties. Il ne peut ni suspendre l'exécution du marché ni contraindre les parties à l'exécuter.

FIN