La temporalité certaine du droit de la commande publique.

L'appréhension du temps dans le droit démontre que cet élément joue un rôle fondamental dans le processus d'achat public, qui est traversé par une véritable chronologie structurant et sanctionnant le régime de la commande publique (**Section 1**). Il existe par conséquent une relation entre ce dernier et le temps, dont il convient de tirer des conséquences pratiques. À partir de l'étude de ce lien entre le temps et le processus d'achat public, en dégagant des objectifs chronologiques spécifiques, il est possible de procéder à une véritable systématisation des temps de la commande publique (**Section 2**).

Cette conceptualisation permet de dégager une grille de lecture temporelle des procédures de passation, tranchant avec la conception uniforme du processus d'achat public. Cette analyse dévoile qu'il existe, dans chaque procédure de passation, différentes phases chronologiques animées par des objectifs précis qui structurent l'ensemble du droit de la commande publique. C'est sur le fondement de cette grille de lecture que doivent être précisées les fonctions propres à chaque principe de la commande publique, car c'est à partir de cette systématisation qu'il est possible d'adopter une conception temporelle des fonctions respectives de chaque principe.

SECTION 1 : La détermination préalable d'une temporalité du droit de la commande publique.

Les études relatives aux relations entre le droit et le temps démontre que ce dernier dispose d'une emprise certaine sur le droit. La commande publique n'échappe pas à cette emprise, puisque cette matière fait l'objet d'une structuration chronologique dont l'existence et l'importance doivent être dévoilées (**Paragraphe 1**). L'existence de dates, de délais, d'étapes à respecter dans un ordre précis, et dont la méconnaissance est sanctionnée par le juge, témoigne de l'importance du facteur temporel dans le droit de la commande publique.

Ainsi, cette matière bénéficie d'une véritable structuration par le temps qu'il convient de préciser (**Paragraphe 2**). C'est cette temporalité du droit de la commande publique qui permettra de préciser les fonctions propres à chaque principe.

Paragraphe 1 : Les vérifications préliminaires de la prépondérance du temps sur le droit de la commande publique.

Selon Philippe Léger, « *il est rare que des juristes s'assemblent dans la grande salle d'audience d'un tribunal et prennent le temps de réfléchir ... sur le déroulement du temps* »⁸¹⁰.

La relation existant entre le temps et le droit paraît aujourd'hui évidente, même si les partisans de la philosophie des jusnaturalistes ont pu renier une telle relation⁸¹¹. Pourtant, « *l'idée que le droit pourrait échapper au temps est un artifice : rien, à notre connaissance, de ce qui fait partie du monde des hommes n'échappe au temps. Il n'y a pas de raison que le droit jouisse d'un statut particulier parmi les œuvres humaines* »⁸¹². Après l'analyse des relations qui existent entre le temps et le droit (**A**), il convient d'appréhender la place du temps en droit de la commande publique (**B**). En effet, les travaux sur le temps et le droit trouvent un prolongement et un écho certains en droit de la commande publique, dans la mesure où les recherches sur cette relation permettent de démontrer que le temps dispose d'une emprise évidente sur le processus d'achat public.

⁸¹⁰ P. LEGER, « Introduction », in J.-M. COULON et M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Le temps dans la procédure*, Dalloz, 1996, p. 3.

⁸¹¹ G. LEBRETON, « Préface », in P. FLEURY-le-GROS (dir.), *Le temps et le droit*, actes de colloque, 2008, Lexisnexis, p. XIII : « *contre cette relativité du droit, que d'aucuns jugent effrayante, le jusnaturalisme s'efforce d'accréditer l'existence d'un droit naturel, c'est-à-dire d'un ensemble de règles juridiques stables et universelles, capables de relever les défis du temps et de l'espace* ».

⁸¹² D. BARANGER, « Le temps du droit », *Rev. Adm.*, n° spéc. « Le temps administratif », 2000, p. 33.

A : Les relations usuelles entre le temps et le droit des contrats.

Selon François Ost, « *la théorie des rapports qui se nouent entre le droit et le temps reste sans doute à faire. On n'aperçoit pas aujourd'hui d'ouvrage de synthèse sur le sujet. (...) La théorie du droit met parfois en lumière tel ou tel aspect du rapport droit-temps, sans que ceux-ci soient intégrés dans une représentation d'ensemble* »⁸¹³. Il est vrai que le temps est un élément « *dont la présence n'a sans doute pas été suffisamment analysée et dont l'importance semble avoir été quelque peu minorée* »⁸¹⁴. Mais depuis cette allocution de François Ost, l'intérêt de la relation entre le temps et le droit s'est développé. Nombreux sont les colloques, ouvrages ou études qui mentionnent les innombrables aspects de la relation entre le temps et le droit, notamment sur l'appréhension et la compréhension du droit par le temps⁸¹⁵.

Le temps est un élément qui présente la caractéristique de permettre « *le contact immédiat avec le réel* »⁸¹⁶ et de « *ramener vers le concret* »⁸¹⁷. À ce titre, le temps dispose d'un caractère fondamental dans l'appréhension du droit. Comme l'affirme Marie-Anne Frison-Roche, « *le temps est la marque de l'aventure humaine dans la mesure où l'homme se développe dans des activités qui débutent, se déploient et s'achèvent* »⁸¹⁸. Le droit est une de ces activités, pour reprendre les termes de l'auteur, qui débute, se déploie et s'achève. Par conséquent, et de manière générale, la donnée temporelle marque le développement du droit (I). Cette formule est incontestablement transposable au droit des contrats (II), qui est le support d'une activité mouvante dans le temps.

⁸¹³ F. OST, « Les multiples temps du droit », in *Le droit et le futur*, PUF, 1985, p. 115.

⁸¹⁴ D. CONNIL, *L'office du juge administratif et le temps*, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 114, 2012, p. 2.

⁸¹⁵ Voir notamment, pour des études assez récentes : P. FLEURY-le-GROS (dir.), *Le temps et le droit*, actes de colloque 2008, Lexisnexus – « Le temps administratif », *Rev. Adm.*, n° spéc. 2000 – *Le temps et le droit*, Publication des actes des journées internationales de la société d'histoire du droit organisées en mai 2000, Serre, 2002 – Ph. GERARD, F. OST et M. VAN de KERCHOVE (dir.), *L'accélération du temps juridique*, publications des Facultés universitaires de Saint-Louis, 2000 – S. GABORIAU et H. PAULIAT (dir.), *Le temps, la justice et le droit*, Actes du colloque organisé à Limoges les 20 et 21 novembre 2003, Pulim – J.-M. COULON et M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Le temps dans la procédure*, Dalloz, 1996.

⁸¹⁶ R. LATOURNERIE, « Sur un Lazare juridique. Bulletin de santé de la notion de service public. Agonie, convalescence ou jouvence », *EDCE*, 1960, p. 97.

⁸¹⁷ P. HEBRAUD, « La notion de temps dans l'œuvre du Doyen Maurice Hauriou », in G. MARTY et A. BRIMO (dir.), *La pensée du Doyen Maurice Hauriou et son influence*, Ed. Pédone, 1969, p. 206.

⁸¹⁸ M.-A. FRISON-ROCHE, « Les droits fondamentaux des justiciables au regard du temps dans la procédure », in J.-M. COULON et M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Le temps dans la procédure*, Dalloz, 1996, p. 11.

I : Les relations entre le temps et le droit.

La relation entre le temps et le droit est double, puisque le temps est indéniablement un élément d'appréhension du droit, et que le droit est un élément de structuration du temps. Par conséquent, les rapports entre ces deux éléments sont intrinsèques à chacun. En effet, le temps et le droit ont de nombreuses relations dans des domaines et sujets foncièrement différents comme fondamentalement proches. Ainsi, le droit, dans chacun de ses aspects, est plus ou moins dépendant du déroulement du temps. Pour des exemples non exhaustifs de cette relation, et pour reprendre les propos de Philippe Malaurie⁸¹⁹, il est possible de trouver l'« *application de la loi nouvelle dans le temps ; lent ou brusque déroulement du procès ou de confection de la loi ; la peur de la mort, irréversible par nature ; formation souterraine de la coutume ; dates du contrat et du testament ; libéralités graduelles ; rétroactivité "de la loi nouvelle, du revirement de jurisprudence, de la condition, de la nullité et de la résolutio" ; caducité ; prescription extinctive et acquisitive ; chaque fois qu'une règle dépend du temps, la compréhension que le droit se fait du temps est plus ou moins dépendante de la règle en cause* ». Dès lors, il est possible d'affirmer qu'il existe une relation de dépendance entre le temps et le droit, expliquant l'existence des nombreuses notions que le droit a spécialement édifiées pour régir les effets juridiques qui peuvent être attachés à l'écoulement du temps. C'est le cas de la durée, de la procédure d'urgence, de l'entrée en vigueur, de l'abrogation, du préalable, de la désuétude, des délais termes ou conditions, de la prescription, du préavis et du délai raisonnable⁸²⁰.

Le temps n'est donc pas externe à la matière juridique. Bien au contraire, il existe une véritable construction juridique du temps, puisque « *le temps est toujours l'objet d'une construction sociale : à ce titre, il concerne le droit dont la fonction principale consiste à instituer un univers social porteur de sens.* »⁸²¹. Ainsi, il est un élément qui permet d'appréhender le droit, de mieux comprendre le droit, ce dernier ne pouvant se départir de la temporalité et de la durée qui s'écoule. Le temps doit donc être présenté comme un élément important dans le raisonnement des juristes, car prendre en compte le temps permet de

⁸¹⁹ P. MALAURIE, « Rapport de synthèse », in P. FLEURY-le-GROS (dir.), *Le temps et le droit*, actes de colloque 2008, Lexisnexis, p. 107.

⁸²⁰ P. FLEURY-LE GROS, « Le temps et le droit – propos préliminaires », in P. FLEURY-le-GROS (dir.), *Le temps et le droit*, actes de colloque 2008, Lexisnexis, p. XVII.

⁸²¹ F. OST, « Temps (point de vue de philosophe) », in L. CADIET (dir.), *Dictionnaire de la justice*, PUF, 2004, p. 1283.

comprendre le droit en ne le séparant pas de l'exercice de la raison⁸²². La relation entre le temps et le droit reste cependant à double sens : le temps permet d'appréhender le droit, et le droit permet de structurer cet élément insaisissable qu'est le temps.

Le temps est en effet fréquemment modelé par le droit, en ce sens que « *pour régir l'action humaine, la règle juridique manipule la durée* »⁸²³. Comme le souligne François Ost, « *affecté par le temps, le droit l'affecte en retour ; il le "temporalise" à sa manière, répondant ainsi aux multiples angoisses et dérives associées au temps qui, tel le Kronos de la mythologie, dévorait ses enfants. (...). Le temps s'institue ou se temporalise : qu'il soit privé ou public, il demande à être aménagé en vue de fournir des repères et du sens aux existences – les insérer notamment dans une durée signifiante et réaliser un équilibre satisfaisant entre stabilité et changement. On peut penser qu'il s'agit là d'une des fonctions les plus essentielles du droit* »⁸²⁴. Le temps, dans cette conception, est découpé par le droit en parties, qui forment des périodes ou des intervalles d'un ensemble sans discontinuité⁸²⁵ dans l'objectif de structurer la société.

L'écoulement du temps est donc pris en compte par le droit, et conduit le législateur à se préoccuper de questions de dates, de durée et de délais, afin de répondre aux interrogations récurrentes de la temporalité dans l'application du droit⁸²⁶. Par conséquent, le droit structure le temps : il l'organise en calendrier, en échéances, en cycles et en délais⁸²⁷. Le droit attache des effets juridiques au non-écoulement ou à l'écoulement d'une certaine durée prédéterminée⁸²⁸. Le droit impose ses impératifs au temps et lui confère certains effets comme la prescription et les délais, ou fixe certains moments comme celui de la naissance, de la

⁸²² D. BARANGER, art. préc., p. 37 : « *de manière générale, le temps se présente comme quelque chose d'important dans les raisonnements des juristes, même si cette importance demeure souvent implicite. Prendre en compte le temps conduit à voir le droit sous un autre jour, et cela à de nombreux égards. Si l'on place au centre ce qui est normalement à la marge, à savoir ce rôle joué par la temporalité, on retrouve une manière de comprendre le droit, par exemple en ne le séparant pas de l'exercice de la raison, qui est tout à fait classique. Une grande tradition de pensée juridique a aussi associé le droit au temps, de diverses manières, de même qu'il n'est en rien original de suggérer que le droit tire sa force de sa rationalité* ».

⁸²³ F. OST, « Les multiples temps du droit », art. préc., p. 115.

⁸²⁴ F. OST, *op. cit.*, p. 1283.

⁸²⁵ D. CONNIL, *op. cit.*, p. 3 : « *le temps est supposé découpé en parties qui forment des périodes ou des intervalles d'un ensemble sans discontinuité* ».

⁸²⁶ G. PAISANT, « Essai sur le temps dans les contrats de consommation », in *Etudes offertes au doyen P. SIMLER*, Dalloz – LexisNexis, 2006, p. 637.

⁸²⁷ M. BOTTIN, « Préface », in *Le temps et le droit*, Publication des actes des journées internationales de la société d'histoire du droit organisées en mai 2000, Serre, 2002, p. 8.

⁸²⁸ G. LEBRETON, art. préc., p. XI.

majorité, celui de la signature d'un contrat ou de l'apparition d'une décision administrative⁸²⁹. Il est naturel que le droit établisse des certitudes sur le déroulement du temps, et le droit modèle le temps jusqu'à parfois d'aller à son encontre. En effet, « *on dira que le droit bouscule parfois le déroulement du temps en anticipant l'avenir ou en revenant sur le passé. Il tolère des avancements d'hoirie et connaît des droits éventuels ; il met en place comme c'est le cas pour la condition ou la loi interprétative, des mécanismes rétroactifs* »⁸³⁰. Tel est le cas de l'hypothèse de rétroactivité des lois, des règlements, de l'annulation d'un acte administratif par le juge administratif. Dans ce cadre, « *la rétroactivité permet ce qui est en principe, impossible : remonter le temps et nier son cours* »⁸³¹. Un autre exemple de l'emprise du droit sur le temps est l'imprescriptibilité du domaine public⁸³², de la propriété⁸³³ ou des crimes contre l'humanité⁸³⁴, qui institue en quelque sorte un temps infini⁸³⁵.

Ces exemples servent à démontrer que le droit et le temps entretiennent des relations d'interdépendance : le temps a une emprise sur le droit, et le droit modèle le temps dans un objectif de structuration. Ainsi, « *le droit aménage un cadre temporel où s'inscrivent les situations juridiques* »⁸³⁶. À ce titre, François Ost⁸³⁷ révèle l'existence de sept temporalités juridiques différentes : « *le temps des fondations* », « *le temps intemporel de la dogmatique juridique* », « *le temps de l'instantané* », « *le temps de la longue durée* », « *le temps prométhéen* », « *le temps révolutionnaire* », et « *le temps de l'alternance entre l'avance et le retard* ». Il existe ainsi des « *multiples temps du droit* »⁸³⁸, et cette relation entre le temps et le droit est particulièrement prégnante en droit des contrats.

⁸²⁹ D. CONNIL, *op. cit.*, p. 5.

⁸³⁰ F. OST, *op. cit.*, p. 144.

⁸³¹ D. CONNIL, *op. cit.*, p. 5.

⁸³² Art. L3111-1 du CGPPP : « *Les biens des personnes publiques mentionnées à l'article L. 1, qui relèvent du domaine public, sont inaliénables et imprescriptibles* ».

⁸³³ Art. 2227 du Code. civ.

⁸³⁴ Loi n° 64-1326 du 26 décembre 1964 tendant à constater l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité, *JORF* du 29 décembre 1964 p. 11788.

⁸³⁵ D. CONNIL, *op. cit.*, p. 5.

⁸³⁶ F. OST, *op. cit.*, p. 144.

⁸³⁷ *Ibid.*, p. 123 et s.

⁸³⁸ *Idem.*

II : Les relations entre le temps et le droit des contrats.

Il est vrai que « *le temps, qu'on le veuille ou non, inscrit sa trace sur toute chose* »⁸³⁹. Le droit des contrats n'échappe pas à ce constat, même si l'importance du temps dans ce domaine semble quelque peu minorée. Pourtant, le contrat s'inscrit dans le temps (a), et le temps peut être l'objet d'enjeux contractuels (b).

a : Le contrat s'inscrit dans le temps.

Le contrat s'inscrit dans le temps à plusieurs égards : de part sa formation, qui est rarement instantanée ; de part son exécution, qui s'échelonne dans le temps ; de part ses effets, qui s'inscrivent dans la durée.

D'abord, la formation du contrat s'inscrit indéniablement dans le temps. Pierre-Yves Gautier considère que dans ses rapports avec le droit, « *le temps est affaire de méthode, d'absence de précipitation et d'ordre qui ne brûle pas les étapes* »⁸⁴⁰. Cette affirmation est transposable à la formation des contrats et à sa relation avec le temps. En effet, la conclusion de la majorité des contrats s'exécute dans la méthode et par étapes. Par exemple, il est vivement conseillé de négocier avant de signer le contrat qui, une fois conclu, tient lieu de loi aux parties, ces dernières ne pouvant pas le révoquer librement⁸⁴¹. Ainsi, « *c'est le processus de formation du contrat qui peut s'échelonner dans le temps parce que, par exemple, la rencontre des volontés nécessite une phase préalable plus ou moins longue de pourparlers, ou encore, parce que la conclusion de l'accord final est précédée de celle d'un avant-contrat, telle une promesse de contracter* »⁸⁴². Dès lors, affirmer l'existence d'une instantanéité de l'acte juridique contractuel, affirmer que le droit n'appréhende pas la période précontractuelle est un leurre juridique. C'est nier l'existence des théories civilistes relatives aux pourparlers, à l'avant contrat, à la promesse. C'est oublier l'existence des procédures formalisées de passation en droit des contrats publics, qui s'échelonnent dans le temps avant que le contrat ne soit signé. Le temps dispose donc d'une emprise certaine sur la formation des contrats, qui doit

⁸³⁹ A. SERIAUX, « Le futur contractuel », in *Le droit et le futur*, PUF, 1985, p. 78.

⁸⁴⁰ P.-Y. GAUTIER, « Le temps suffisant en droit civil : délais de préavis », in P. FLEURY-le-GROS (dir.), *Le temps et le droit*, actes de colloque, 2008, Lexisnexus, p. 53.

⁸⁴¹ Art. 1134 du Code civ. : « *les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi.* ».

⁸⁴² G. PAISANT, art. préc., p. 637.

s'analyser comme un véritable processus chronologique dont la finalité est la signature du contrat.

Par ailleurs, « *alors que la théorie consensualiste emporte l'idée que la formation du lien obligatoire se ramène à l'instant intemporel – l'étincelle magique – où deux volontés se rencontrent, des secteurs nouveaux, comme le droit du crédit, introduisent des délais de réflexion, voire de rétractation, qui mobilisent ainsi un peu de durée au secours des libertés hésitantes ou abusées* »⁸⁴³. Il est vrai que le législateur, pour certains types de contrats, prévoit l'existence d'un temps de réflexion obligatoire avant l'acceptation de l'offre contractuelle⁸⁴⁴. Il prévoit également la possibilité pour l'une des parties de se repentir ou de se rétracter⁸⁴⁵ dans un temps déterminé après la signature du contrat⁸⁴⁶. Par conséquent, pour ce type de contrat, la formation ne peut être instantanée. Dès lors, la catégorie des contrats instantanés est, dans ce cas, philosophiquement vide de sens⁸⁴⁷. De ce fait, le contrat, dans sa formation, s'inscrit dans le temps.

Il existe ensuite des relations entre le temps et l'exécution des contrats. Certes, l'exécution du contrat peut être instantanée et ne s'inscrire aucunement dans le temps. C'est le cas par exemple des contrats de vente classiques entre un particulier et un magasin. Mais de manière générale, « *le contrat de vente peut bien se former dès l'échange des consentements, il n'en demeure pas moins que la mutation qu'il entend opérer se réalise progressivement* »⁸⁴⁸. L'exécution des contrats s'inscrit, de manière générale, dans une certaine durée, déterminée ou indéterminée. La durée d'exécution du contrat, tout comme son prolongement, font partie

⁸⁴³ F. OST, « Les multiples temps du droit », art. préc., p. 127.

⁸⁴⁴ Art. L312-10 du Code de la consommation : « *l'emprunteur et les cautions ne peuvent accepter l'offre que dix jours après qu'ils l'ont reçue* » ; Art. L312-27 du Code de la consommation : « *l'offre est soumise à l'acceptation du preneur qui ne peut accepter l'offre que dix jours après qu'il l'a reçue* » ; Art. L444-8 du Code de l'éducation : « *à peine de nullité, le contrat ne peut être signé qu'au terme d'un délai de sept jours après sa réception* ».

⁸⁴⁵ S. MIRABAIL, *La rétractation en droit privé français*, LGDJ, Coll. Thèses, Bibliothèques de droit privé, 1997 – R. BAILLOD, « Le droit de repentir », *RTD civ.* 1984, p. 227 et s. – P. BRUN, « Le droit de revenir sur son engagement », *Dr. et patrimoine*, 1998, p. 78 et s.

⁸⁴⁶ Art. L311-12 du Code de consommation : « *l'emprunteur peut se rétracter sans motifs dans un délai de quatorze jours calendaires révolus à compter du jour de l'acceptation de l'offre de contrat de crédit* » ; Art. L271-1 du Code de la construction et de l'habitation : « *pour tout acte ayant pour objet la construction ou l'acquisition d'un immeuble à usage d'habitation, la souscription de parts donnant vocation à l'attribution en jouissance ou en propriété d'immeubles d'habitation ou la vente d'immeubles à construire ou de location-accession à la propriété immobilière, l'acquéreur non professionnel peut se rétracter dans un délai de sept jours à compter du lendemain de la première présentation de la lettre lui notifiant l'acte* » ; Art. L341-16 du Code monétaire et financier : « *la personne démarchée dispose d'un délai de quatorze jours calendaires révolus pour exercer son droit de rétractation, sans avoir à justifier de motifs ni à supporter de pénalités* ».

⁸⁴⁷ A. SERIAUX, art. préc., p. 78.

⁸⁴⁸ *Idem*.

des éléments fondamentaux du droit des contrats. C'est le cas par exemple des contrats de travail, qui prennent la forme d'un contrat soit à durée déterminée, soit à durée indéterminée. Dans ces deux cas, l'exécution du contrat s'inscrit nécessairement dans le temps. La prolongation de la durée du contrat, les avenants de modification du contrat, le pouvoir de révision des dispositions contractuelles et des pénalités convenues, sont autant d'exemples qui démontrent une relation entre le temps et l'exécution du contrat⁸⁴⁹. De plus, « *le temps sera souvent utilisé pour modeler les obligations des parties, comme pour la détermination de la durée de l'engagement ou encore le délai pour l'accomplir (...) Le code civil intervient bien, en diverses occasions, pour régler l'usage du temps par les contractants* »⁸⁵⁰. À la fin du contrat, le préavis permet de mettre un terme promptement à l'engagement contractuel, réduisant ainsi la durée du contrat, sans que la rupture du contrat soit instantanée⁸⁵¹. La résiliation permet également une extinction anticipée du contrat.

Enfin, le contrat s'inscrit dans le temps, de part ses effets. En effet, le contrat est un acte qui modifie l'ordre juridique⁸⁵², cette modification s'inscrivant dans la durée, sauf en cas d'annulation rétroactive. Le contrat reste donc un objet du temps, mais le temps peut également constituer un objet du contrat.

b : Le temps peut être un objet du contrat.

Le contrat s'inscrit dans le temps, et le temps peut être un objet du contrat⁸⁵³. En effet, le temps est « *un enjeu et un objet de gestion. Il est parfaitement exact en droit que le temps, c'est de l'argent* »⁸⁵⁴. Cette dernière affirmation concerne sans aucun doute la durée des contrats. Cette dernière, indéniablement liée au temps⁸⁵⁵, est un objet fondamental du contrat.

⁸⁴⁹ F. OST, *op. cit.*, p. 127.

⁸⁵⁰ G. PAISANT, art. préc., p. 638.

⁸⁵¹ P.-Y. GAUTIER, art. préc., p. 53.

⁸⁵² A. SERIAUX, art. préc., p. 78. L'auteur propose de voir le contrat sous l'angle d'une activité dynamique : en ce sens, la meilleure définition du contrat est celle-ci : une modification volontaire de l'ordre juridique.

⁸⁵³ G. PAISANT, art. préc., p. 637.

⁸⁵⁴ D. GUTMANN, « Temps », in D. ALLAND et S. RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003, p. 1469 et s.

⁸⁵⁵ Pour une distinction entre la durée et le temps, voir M.-C. KESSLER, « La durée administrative », *Rev. Adm.*, n° spécial « Le temps administratif », p. 41 : « *le temps est une suite continue. Il ne se laisse ni voir, ni toucher, ni entendre, ni même mesurer. Les horloges ne permettent pas de mesurer le temps invisible mais quelque chose de mesurable comme la durée. (...) La durée est donc une période mesurable, une réponse pendant laquelle se produit une action, un phénomène. La durée administrative peut donc être considérée en sens strict comme un cycle de temps socialement mesurable par des données telles que date, heures, années. Elle peut aussi être*

La détermination de la durée est souvent l'enjeu de fortes propensions économiques, notamment dans les contrats de construction et de travaux. Elle devient un juste équilibre à trouver afin d'opérer un calcul du rapport entre l'investissement et les bénéfices escomptés. Le temps peut ainsi devenir, entre les mains des cocontractants, un objet de commerce ordinaire. Sa domination est une prestation contractuelle comme une autre, et son utilisation négligente, un dommage réparable⁸⁵⁶. Les cocontractants disposent d'une faculté de disposer du temps, même s'ils demeurent limités dans cette faculté. Par exemple, il existe des montages contractuels licites qui « *permettent de retarder le temps par des conditions suspensives ou de revenir en arrière par des clauses de rétroactivité* »⁸⁵⁷. Le droit, avec le contrat, cherche aussi à anticiper le futur⁸⁵⁸, « *l'entreprise la plus hardie qui se puisse concevoir pour établir la domination de la volonté humaine sur les faits en les intégrant d'avance dans un acte de prévision* »⁸⁵⁹, ou à travers les promesses qui assurent, elles aussi, un futur prévisible⁸⁶⁰.

Le temps a donc indéniablement un lien intrinsèque avec le droit de manière générale, le droit des contrats en particulier. Le droit des contrats de la commande publique n'échappe pas à cette relation entre le temps et le droit. La démonstration de cette emprise du temps sur le processus d'achat public permettra de démontrer qu'il existe une conception temporelle des fonctions des principes fondamentaux de la commande publique.

B : Les relations caractéristiques entre le temps et le droit de la commande publique.

Le droit de la commande publique n'échappe pas à l'emprise du facteur temps, dès lors que l'analyse du droit positif dévoile l'existence d'une véritable chronologie de la formation et du régime des contrats de la commande publique (I). Ainsi, cette matière peut faire l'objet d'une approche temporelle, le temps structurant et sanctionnant le régime des contrats. Il est vrai qu'en droit des contrats de la commande publique, « *il n'y a pas une*

examinée de façon plus souple en séquences définies largement, temps passé, temps présent, temps à venir. La notion de durée rencontre alors celle de temps » ».

⁸⁵⁶ D. GUTMANN, art. préc., p. 1469 et s.

⁸⁵⁷ *Idem*.

⁸⁵⁸ A. SERIAUX, art. préc., p. 77.

⁸⁵⁹ M. HAURIOU, *Principes de droit public*, Sirey, 1916, p. 201.

⁸⁶⁰ D. CONNIL, *op. cit.*, p. 6.

conjonction d'actes mais une succession chronologique d'actes »⁸⁶¹ qui révèle l'existence d'un processus chronologique de formation et d'exécution du contrat. Le temps est également un enjeu contractuel dans le droit de l'achat public. La détermination et la prolongation de la durée des contrats de la commande publique révèlent l'existence de cet enjeu contractuel (II). La démonstration de cette relation entre le temps et les contrats de la commande publique permet de singulariser la fonction des principes, en utilisant cette approche temporelle qui caractérise le droit de la commande publique.

I : La structuration du régime des contrats de la commande publique par le temps.

Il existe un lien entre le temps, le déroulement du temps, et le droit des contrats de la commande publique. Pourtant, ce lien général entre temporalité et commande publique n'est pas mis en exergue par le discours doctrinal, ce qui, au regard des développements antérieurs, peut sembler surprenant⁸⁶². Les recherches sur le droit et le temps mettent en avant les rapports entre la théorie civiliste des avant-contrats et le temps de formation des contrats de droit privé⁸⁶³, ou sur les distinctions temporelles entre le temps de la formation et de l'exécution⁸⁶⁴. Mais aucun développement n'est consacré au temps des contrats de la commande publique. Pourtant, le régime de ces contrats s'inscrit indéniablement dans un processus⁸⁶⁵ particulier emprunt d'une temporalité certaine. Au processus de formation et de mode de conclusion du contrat⁸⁶⁶ s'en suit un processus d'exécution du contrat, avec le respect nécessaire d'une certaine chronologie.

⁸⁶¹ M. BUNEL, *Les chaînes d'actes en droit administratif*, thèse dactyl., Montpellier I, 2014, p. 304.

⁸⁶² P.-Y. GAHDOUN évoque, dans le cadre de sa thèse, la pérennité contractuelle des contrats administratifs, qui serait un aspect temporel de la liberté contractuelle : P.-Y. GAHDOUN, *La liberté contractuelle dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel*, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2008, pp. 191 et s.

⁸⁶³ À ce titre, pour un essai sur la théorie de l'avant contrat en droit public, voir O. FEVROT, « Contribution à une théorie des avant-contrats administratifs : l'exemple de l'accord-cadre », *RDP* 2008, n° 2, p. 363 et s.

⁸⁶⁴ Voir à ce titre O. PENIN, *La distinction de la formation et de l'exécution du contrat : contribution à l'étude du contrat acte de prévision*, LGDJ, Coll. Thèses, Biblio. de droit privé, Tome 535, 2012.

⁸⁶⁵ Le terme de processus est emprunté aux auteurs du traité des contrats administratifs : A. de LAUBADERE, F. MODERNE, P. DELVOLLE, *Traité des contrats administratifs*, LGDJ, 2^{ème} éd., p. 472.

⁸⁶⁶ Les auteurs du traité des contrats administratifs distinguent les conditions de formation et de validité du contrat des modes de conclusion. Les modes de conclusion sont les règles précises et particulières qui portent à la fois sur le degré de liberté dont dispose l'administration pour choisir son cocontractant et sur la manière dont sont élaborées les clauses du contrat ; les conditions de formation et de validité du contrats sont toutes les formalités antérieures (compétence, habilitation préalable, cause etc). A. de LAUBADERE, F. MODERNE, P. DELVOLLE, *op. cit.*, p. 469.

Parmi les « multiples temps du droit »⁸⁶⁷ des contrats de la commande publique, il existe en premier lieu celui de la formation des contrats. Pierre-Yves Gahdoun⁸⁶⁸ utilise le terme de « gestation » des contrats, ce qui démontre l'emprise du facteur temps dans l'élaboration des contrats de la commande publique. En effet, ces derniers ne connaissent pas « l'instantanéité » de leur conclusion, car elle est très souvent le fruit d'un long processus achevé par le choix du cocontractant, et conditionné par le déroulement de différentes étapes. Et ce n'est que dans le respect de l'ordre de ces différentes étapes que le contrat survit à un recours contentieux⁸⁶⁹.

Les auteurs du *traité des contrats administratifs*⁸⁷⁰ mettent en avant l'existence d'une complexité liée à un tel processus dans la formation des contrats de l'administration. Selon ces auteurs, « alors que la manifestation de volonté du cocontractant présente le même caractère de simplicité que celle des contractants du droit privé, la manifestation de volonté de l'administration s'exprime le plus souvent sous la forme d'une opération complexe, décomposée en un certain nombre de phases, plus ou moins nombreuses selon les cas, parmi lesquelles l'acte de conclusion proprement dit du contrat est fréquemment précédé de mesures préalables qui conditionnent cette conclusion et de mesures d'approbation ou ratification postérieures qui la complètent et conditionnent son entrée en application »⁸⁷¹. L'analyse juridique de la formation du contrat démontre donc l'existence d'une certaine complexité relative à l'existence de plusieurs interventions successives⁸⁷² qui sont liées à la manifestation de la volonté de l'administration. En effet, comme le souligne Guylain Clamour, « la manifestation de volonté des personnes publiques contractantes résulte d'une opération complexe comportant, avant la conclusion proprement dite, toute une série de mesure préparatoires, d'actes décisifs, de visas financiers et parfois de mesures d'autorisation, voire d'approbation »⁸⁷³. Or, ce processus de formation est fondamental, car « la régularité de ces opérations est conditionnée au respect de l'enchaînement chronologique des différentes manifestations de volonté dont sont issus chacun des actes.

⁸⁶⁷ Expression tirée d'un article de F. OST, « Les multiples temps du droit », art. préc., pp. 115 et s.

⁸⁶⁸ P. ; -Y. GAHDOUN, *op. cit.*, p. 185.

⁸⁶⁹ M. BUNEL, *op. cit.*, p. 307.

⁸⁷⁰ A. de LAUBADERE, F. MODERNE, P. DELVOLVE, *op. cit.*

⁸⁷¹ *Idem.*

⁸⁷² *Ibid.*, p. 472.

⁸⁷³ G. CLAMOUR, « Esquisse d'une théorie générale des contrats publics », in *Contrats publics, Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Guibal*, Presses de la Faculté de droit de l'Université de Montpellier, coll. Mélanges, 2006, vol. 2, p. 646.

Chaque maillon crée la situation juridique nécessaire à l'adoption du suivant »⁸⁷⁴. Cette complexité révèle l'existence d'un processus chronologique dans la formation du contrat.

De plus, de part l'existence des principes de la commande publique, la conclusion du contrat n'est pas totalement libre. Les obligations de publicité et de mise en concurrence, qui découlent des principes, sont des contraintes juridiques matérielles qui encadrent la formation du contrat. La personne responsable du contrat est tenue de respecter certaines étapes regroupées dans ce qui est désigné « procédure de passation ». Ainsi, s'ajoutent au processus de formation « *les décisions de composition de la commission d'appel d'offres, celles relatives aux choix des critères de sélection des offres, celles relatives aux motifs d'exclusion de certaines candidatures* »⁸⁷⁵. Par conséquent, le contrat est soumis à un minimum de formalisme, et « *il n'est qu'un maillon de "l'opération contractuelle" composée d'actes unilatéraux qui, en amont, conditionnent sa passation et sa conclusion* »⁸⁷⁶. La conclusion du contrat est donc précédée d'actes relatifs à la manifestation de la volonté de l'administration et au déroulement de la procédure de passation qui s'enchaînent chronologiquement.

Cet enchaînement complexe de différentes étapes dans la formation et le mode de conclusion des contrats révèle l'existence d'un véritable processus précontractuel aboutissant à la conclusion du contrat. Or, la démonstration de ce processus dévoile nécessairement l'existence de l'emprise du facteur temps sur la formation des contrats de la commande publique. En effet, le processus est considéré comme un « *ensemble de phénomènes, conçus comme actif et organisé dans le temps (...) se déroulant dans le même ordre* »⁸⁷⁷, ou comme une « *suite ordonnée d'opérations aboutissant à un résultat* »⁸⁷⁸. Un enchaînement ordonné est structuré chronologiquement. Par conséquent, il existe en droit de la commande publique des contraintes temporelles qui pèsent sur l'administration. Ainsi, le temps dispose d'une emprise sur le processus de développement précontractuel, jusqu'à la signature du contrat.

Dans cette configuration, le temps joue un rôle de structuration du processus, en imposant le respect d'une certaine chronologie. À cet égard, Michel Bottin affirme que « *le droit structure le temps : il l'organise en calendrier, en échéances, en cycles, en délais. Le législateur dans*

⁸⁷⁴ M. BUNEL, *op. cit.*, p.307.

⁸⁷⁵ *Ibid.*, p. 294.

⁸⁷⁶ *Ibid.*, p. 292.

⁸⁷⁷ Dictionnaire LE PETIT ROBERT, éd. 2015, p. 2030.

⁸⁷⁸ *Idem.*

son souci d'encadrer les procédures est parfois un prolifique producteur de délai »⁸⁷⁹. Cette analyse est transposable au droit de la commande publique, car l'étude approfondie du droit positif des procédures de passation confirme l'existence de cette structuration chronologique. Il existe des calendriers, des échéances ; il existe des délais, il existe des cycles. La personne publique acheteuse, sauf dans de rares cas⁸⁸⁰, ne peut conclure le contrat sans avoir respecté une certaine chronologie. Elle doit respecter différentes étapes, matérielles, et temporelles. Pourtant, la référence explicite à l'existence d'une chronologie dans le régime de passation des contrats de la commande publique est quasi-inexistante tant dans le droit positif que dans le discours doctrinal. Seule une décision du tribunal administratif de Lyon⁸⁸¹ évoque « *le déroulement chronologique de la phase préparatoire de son dossier* », qui, si elle n'est pas respectée, a des conséquences sur la candidature de l'entreprise concernée.

En second lieu, au temps de la formation succède, chronologiquement, le temps de l'exécution du contrat. Ces deux grandes phases de la vie du contrat sont temporellement et juridiquement distinctes, l'exécution étant une étape ultérieure à la formation du contrat. Bien que chronologiquement distinctes, il existe des rapports entre le temps de la formation et le temps de l'exécution, ce dernier ne pouvant remettre en cause certaines modalités de la conclusion du contrat.

Ainsi, l'emprise du temps est indéniable dans le régime des contrats de la commande publique. L'examen des rapports entre le temps et le droit ne peut être complet si ne sont pas évoquées toutes les considérations liées à la durée des contrats, qui transcende l'application du contrat dans le temps.

⁸⁷⁹ M. BOTTIN, art. préc., p. 8.

⁸⁸⁰ C'est le cas des conventions d'occupation du domaine public : CE, Sect., 3 décembre 2010, *Ville de Paris et Association Paris Jean Bouin*, n° 338272, *Rec.* p. 472 ; *BJCP* 2011, n° 74, p. 36, concl. N. Escaut ; *Dr. adm.*, 2011, n° 2, p. 17, note F. Brenet et P. Mellerey ; *Contrats et marchés publ.* 2011, repère 2, note F. Llorens et P. Soler-Couteaux ; *JCP G*, 2011, II, p. 282, note A. Chaminade ; *RDI* 2011. 162, note S. Braconnier et R. Noguellou ; *CP-ACCP*, mars 2011, n° 108, p. 62, note X. Bigas et J. Leron ; *AJDA* 2011. 18, note E. Glaser ; *Contrats et marchés publ.*, 2011, comm. 1, note G. Eckert ; *CP-ACCP*, janvier 2011, n° 106, p. 56, note P. Hansen.

⁸⁸¹ TA Lyon, 19 octobre 2007, *Société Sepur*, n° 0706592, *AJDA* 2008 p. 59 : « *considérant qu'un opérateur économique qui, du fait de circonstances qui lui sont exclusivement imputables, et pour lesquelles il est constant que le comportement du pouvoir adjudicateur n'a exercé aucune influence dans le déroulement chronologique de la phase préparatoire de son dossier, a déposé un pli après l'expiration du délai dont il a eu parfaitement connaissance pour soumissionner, ne peut être regardé comme une entreprise candidate à l'attribution d'un marché au sens de l'article L. 551-1 du code de justice administrative* ».

II : La durée des contrats de la commande publique.

Le temps, élément de structuration du régime de passation et d'exécution des contrats de la commande publique, est également un élément fondamental du contrat. Dans cette hypothèse, le temps se concrétise en une donnée juridique classique du droit des contrats administratifs : la durée⁸⁸². En effet, cet élément fait partie des stipulations essentielles des contrats administratifs⁸⁸³. Par le truchement des principes, la durée est un élément déterminant des contrats de la commande publique, dont l'exécution ne peut se prolonger indéfiniment. C'est donc une donnée juridique faisant l'objet, pour la majorité des contrats de la commande publique, d'une réglementation précise. Cette dernière porte tout autant sur la détermination de la durée (a) que sur sa prolongation (b). Par conséquent, le temps devient l'objet d'un véritable enjeu contractuel dans le droit de la commande publique.

a : L'application des contrats de la commande publique dans le temps et la détermination de la durée.

Bien qu'il soit admis qu'en l'absence de texte, un contrat puisse être conclu pour une durée indéterminée⁸⁸⁴, la durée d'un contrat administratif est en principe déterminée⁸⁸⁵ et doit faire l'objet d'une stipulation expresse⁸⁸⁶. L'occupation du domaine public est un terrain privilégié de l'encadrement de la durée des conventions, puisque tous les contrats qui entraînent l'occupation du domaine public sont limités dans leur durée, sur le fondement des principes d'imprescriptibilité et d'inaliénabilité du domaine public. Par exemple, le bail emphytéotique administratif conclu sur le domaine public doit l'être pour une durée comprise entre 18 et 99 ans⁸⁸⁷. Les autorisations d'occupation temporaire constitutives de droits réels ne

⁸⁸² Voir, à ce titre, le dossier spécial « Durée des contrats publics : aspects pratiques », *Contrats publics*, n° 150, janvier 2015, pp. 18-64.

⁸⁸³ L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 9^{ème} éd., 2014, p. 139.

⁸⁸⁴ CE, 24 novembre 2008, *Syndicat mixte d'assainissement de la région du Pic-Saint-Loup*, n° 290540, *Rec. T.* p. 809 : un contrat conclu entre deux personnes publiques ayant pour objet l'organisation du service public peut être conclu pour une durée indéterminée ; *BJCP* 2009, n° 63, p. 151, concl. DACOSTA ; *Contrats et marchés publ.* 2009, comm. 7, obs. Eckert ; *Dr. adm.* 2009, comm. 19, note F. Melleray ; *AJDA* 2009. 319, note J.-D. Dreyfus ; *RJEP* 2009. comm. 21, note G. Pellissier – F. MELLERAY, « Les contrats administratifs conclu sans limitation de durée », in *A propos des contrats des personnes publiques, Mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Richer*, LGDJ, 2013, pp. 212 et s.

⁸⁸⁵ R. NOGUELLOU, « La fin du contrat », in *Contrats publics, Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Guibal*, Presses de la Faculté de droit de l'Université de Montpellier, coll. Mélanges, 2006, vol. 1, p. 341.

⁸⁸⁶ CE, 28 mars 1980, *Société Cabinet 2000*, n° 07703 ; *RDP* 1981, p. 523.

⁸⁸⁷ Art. L451-1 du Code rural et de la pêche maritime : « ce bail doit être consenti pour plus de dix-huit années et ne peut dépasser quatre-vingt-dix-neuf ans ; il ne peut se prolonger par tacite reconduction. ».

doivent pas dépasser une durée de 70 ans⁸⁸⁸. Les exemples de limitation de durée dans ce domaine sont nombreux⁸⁸⁹.

Concernant les contrats de la commande publique, sur le fondement du principe de liberté contractuelle, la durée doit pouvoir être librement fixée par les parties. L'application des principes de la commande publique à ces contrats s'oppose à une telle liberté. En effet, « *la durée de l'ensemble des contrats soumis pour leur passation à une procédure de publicité et de mise en concurrence est désormais encadrée pour la même raison : la nécessité de ne pas soustraire ces contrats à la concurrence pendant un délai trop important* »⁸⁹⁰. Par conséquent, les principes impliquent l'existence d'une réglementation spécifique dans la détermination de la durée, afin d'assurer une mise en concurrence périodique du contrat. La délégation de service public est un exemple probant de cette réglementation⁸⁹¹. À l'origine, les contrats de type concessif pouvaient être conclus pour une durée très longue, voir perpétuelle. Depuis la loi *Sapin*⁸⁹², qui met en place des obligations de publicité et de mise en concurrence, ce type de contrat doit être limité dans sa durée, et selon une méthodologie définie par le législateur⁸⁹³. Pour certaines concessions, la durée ne peut excéder 20 ans⁸⁹⁴.

⁸⁸⁸ Art. L2122-6 du Code général de la propriété des personnes publiques : « *le titre fixe la durée de l'autorisation, en fonction de la nature de l'activité et de celle des ouvrages autorisés, et compte tenu de l'importance de ces derniers, sans pouvoir excéder soixante-dix ans.* ».

⁸⁸⁹ Les concessions d'établissement ou d'exploitation d'infrastructures ou de structures portuaires sont limitées à une durée de 50 ans (Art. R. 631-3 du Code des ports maritimes), les concessions d'utilisation du domaine public maritime en dehors des ports sont limitées à une durée de 30 ans (Art. R. 2124-1 du CG3P), les concessions de plages sont limitées à une durée de 12 ans (Art. R. 2124-13 du CG3P), les conventions de gestion d'immeuble dépendant du domaine public de l'Etat (Art. L2123-2 du CG3P).

⁸⁹⁰ H. HOEPFFNER, *La modification du contrat administratif*, LGDJ, coll. Thèses, Biblio. de droit public, Tome 260, 2009, p. 246.

⁸⁹¹ Voir en ce sens C. BONNOTTE, « Les conventions de service public et le temps », *RFDA* 2005, p. 89 et s. – S. NICINSKI, « La délégation de service public et le temps », *AJDA* 2013, p. 1441 et s.

⁸⁹² Loi 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, *JORF* n°25 du 30 janvier 1993 p. 1588.

⁸⁹³ Art. L1411-2 du code général des collectivités territoriales : « *Les conventions de délégation de service public doivent être limitées dans leur durée. Celle-ci est déterminée par la collectivité en fonction des prestations demandées au délégataire. Lorsque les installations sont à la charge du délégataire, la convention de délégation tient compte, pour la détermination de sa durée, de la nature et du montant de l'investissement à réaliser et ne peut dans ce cas dépasser la durée normale d'amortissement des installations mises en œuvre.* ». Cette méthodologie a été par la suite précisée par le juge administratif : v. en ce sens CE, 11 août 2009, *Société maison Comba*, n° 303517 *Rec. T.* p. 1030 ; *BJCP* 2009, n° 67, p. 470, concl. B. Dacosta ; *JCP A*, 2009, p. 2261, note J.-B. Vila ; *Dr. Adm.*, 2009, comm. 147, note P. Idoux et F. Cafarelli ; *RJEP*, février 2010, n° 672, p. 17, note F. Brenet ; *Contrats et marchés publ.* 2009, comm. 364, note G. Eckert – CE, 8 février 2010, *Commune de Chartres*, n° 323158, *Rec. T.* p. 846. ; *BJCP* juin 2010, n° 70, p. 208, concl. B. dacosta ; *Contrats et marchés publ.* 2010, comm. 147, note G. Eckert ; *JCP A*, 2010, p. 2146, note J.-B. Vila.

⁸⁹⁴ Pour les Concession conclue dans le domaine de l'eau potable, de l'assainissement, des ordures ménagères et autres déchets : art. L1411-2 du CGCT ; Pour les concessions de Casino : Arrêté du 9 mai 1997 modifiant l'arrêté du 23 décembre 1959 modifié relatif à la réglementation des jeux dans les casinos, *JORF* n°125 du 31 mai 1997 p. 8501 ; CE, 3 octobre 2003, *Commune de Ramatuelle*, n° 248523, *Rec. T.* p. 624 ; *BJCP*, janvier 2004, p. 50, concl. M.-H. Mitjavile ; *Contrats et marchés publ.* 2003, comm. 235, note G. Eckert.

Les raisons d'un tel encadrement de la durée des délégations de service public apparaissent clairement dans la décision du Conseil constitutionnel relative à la loi *Sapin*⁸⁹⁵. Le juge constitutionnel y affirme « *qu'il est loisible au législateur, pour atteindre les objectifs de transparence et de concurrence qu'il s'assigne, de proscrire la conclusion de contrats de délégation de service public à durée indéterminée et d'indiquer que la durée des conventions doit tenir compte de la nature et du montant des investissements à réaliser par le délégataire* »⁸⁹⁶. Il s'agit ainsi de respecter les obligations de transparence et de concurrence. Par conséquent, la détermination initiale de la durée constitue un élément essentiel du contrat⁸⁹⁷, qui doit être communiqué aux candidats dans l'avis d'appel public à la concurrence sous peine de méconnaître les obligations de publicité et de mise en concurrence⁸⁹⁸. À cet égard, le juge exerce un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation sur la durée stipulée initialement⁸⁹⁹. Il existe donc un lien direct entre les principes de la commande publique et la détermination de la durée des délégations de service public.

Le droit de la concurrence de l'Union européenne implique nécessairement une limitation de la durée des concessions⁹⁰⁰, dans la mesure où la durée est un des moyens d'éviter l'existence d'un abus de position dominante⁹⁰¹. La Cour de justice de l'Union européenne confirme l'importance de la détermination de la durée, en indiquant que la conclusion d'un contrat pour

⁸⁹⁵ CC, décision n° 92-316 DC du 20 janvier 1993, *Loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques*, *Rec. p. 14 ; D. 1994. 285*, obs. H. Mais ; *RFDA 1993. 902*, étude D. Pouyaud ; *LPA 2 juin 1993*, note B. Mathieu et M. Verpeaux ; *RFDC 1993. 375*, note L. Favoreu.

⁸⁹⁶ *Idem.*, pt. 42.

⁸⁹⁷ Il est admis que la durée de la convention soit un des critères de sélection des offres : CE, 20 octobre 2006, *Communauté d'agglomération Salon-Etang de Berre-Durance*, n° 287198, *Rec. T. p. 945 ; AJDA 2007. 311*, note J.-C. Videlin ; *Contrats et marchés publ. 2006*, comm. 322, note G. Eckert ; *BJCP 2007*, p. 32, concl. D. Casas – CE, 15 décembre 2008, *Communauté Intercommunale des villes solidaires*, n° 312350, *Rec. T. p. 819 ; AJDA 2008. 2421 ; BJCP 2009*, n° 63, p. 136, concl. B. Dacosta et obs. Ch. M. ; *JCP Adm. 2009*, n° 2045, note F. Linditch ; *Contrats et marchés publ. 2009*, comm. 58, note G. Eckert.

⁸⁹⁸ CE, 28 mai 2003, *AP-HP*, n° 248429, *Rec. T. p. 1047 ; BJCP 2003*, n° 30, p. 388, Concl. D. Piveteau ; *Dr. adm.*, août-septembre 2003, p. 29, note D.P – CE, Ord., 23 mai 2008, *Musée Rodin*, n° 306153, *Rec. T. p. 1005 ; BJCP*, octobre 2008, n° 60, p. 351, concl. N. Boulouis ; *AJDA 2008. 1768*, note P. Sablière ; *CP-ACCP 2008*, n° 79, p. 4 ; *Contrats et marchés publ. 2008*, comm. 64, note G. Eckert ; *JCP A 2008*, 2184, note F. Linditch.

⁸⁹⁹ CE, 23 juillet 1993, *Compagnie générale des eaux*, n° 138504, *Rec. p. 226 ; RFDA 1994*, p. 252, note Ph. Terneyre ; *Dr. adm. 1993*, comm. n° 398, obs. F.S.

⁹⁰⁰ Ph. COSSALTER, *Les délégations d'activités publiques dans l'Union Européenne*, LGDJ, coll. Thèses, Biblio. de droit public, Tome 249, 2007, p. 707 : « nous avons vu cependant que le droit communautaire de la concurrence impliquait nécessairement une limitation de la durée des délégations ».

⁹⁰¹ Commission des communautés européennes, *Livre vert sur les partenariats public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions*, 30 avril 2004, COM (2004), 327 final, pt. 46 ; Commission des communautés européennes, *communication interprétative sur les concessions en droit communautaire*, Bruxelles, 12 avril 2000, § 3.1.3 – CE, sect., 3 novembre 1997, *Société Million et Marais*, n° 169907, *Rec. p. 406 ; GAJA ; CJEG 1997*, p. 441, concl. C. Bergeal ; *RFDA 1997. 1228*, concl. C. Bergeal ; *AJDA 1997*, p. 945, chr. Girardot et Raynaud ; *AJDA 1998*, p. 247, note O. Guezou ; *RDP 1998*, p. 256, note Gaudemet.

une durée indéterminée « *est en soi étrangère au système et à la finalité des règles communautaires* »⁹⁰². Auparavant, rien à ce sujet n'était contenu dans les directives⁹⁰³, mais la nouvelle directive relative aux concessions⁹⁰⁴ dispose à ce titre que « *la durée d'une concession devrait être limitée afin d'éviter le verrouillage du marché et la limitation de la concurrence. En outre, les concessions de très longue durée sont susceptibles d'entraîner le verrouillage du marché, ce qui peut nuire à la libre circulation des services et la liberté d'établissement* »⁹⁰⁵. En outre, elle prévoit dans son article 18, que « *la durée des concessions est limitée. Le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice en estime la durée sur la base des travaux ou des services demandés. Pour les concessions d'une durée supérieure à cinq ans, la durée maximale de la concession n'excède pas le temps raisonnablement escompté par le concessionnaire pour qu'il recouvre les investissements réalisés pour l'exploitation des ouvrages ou services avec un retour sur les capitaux investis, compte tenu des investissements nécessaires pour réaliser les objectifs contractuels spécifiques* »⁹⁰⁶. Le droit de l'Union européenne régleme désormais la durée des concessions.

Cette logique n'est pas exclusive aux délégations de service public et s'applique à l'ensemble des contrats soumis à l'application des principes de la commande publique. Ainsi, pour les marchés publics, le Code dispose que « *la durée d'un marché ainsi que, le cas échéant, le nombre de ses reconductions, sont fixés en tenant compte de la nature des prestations et de la nécessité d'une remise en concurrence périodique* »⁹⁰⁷. Les dispositions sont similaires pour les autres contrats de la commande publique⁹⁰⁸.

La nécessité d'une détermination de la durée des contrats de la commande publique est en lien direct avec l'application des principes de liberté d'accès, d'égalité de traitement et de transparence des procédures. Par comparaison, le droit privé des contrats, non soumis à de tels

⁹⁰² CJCE, 19 juin 2008, *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH c/ Republik Osterreich*, aff. C-454/06, *Rec.* p. I-4401, concl. J. Kokott ; *AJDA* 2008. 2008, note J.-D. Dreyfus ; *RDI* 2008. 501, obs. R. Noguellou ; *RFDA* 2011. 98, note H. Hoepffner ; *RTD eur.* 2009. 511, chron. A.-L. Sibony et A. Defossez ; *Contrats et marchés publ.* 2008, comm. 186, note W. Zimmer.

⁹⁰³ Désormais, la directive 2014/23/UE sur l'attribution des contrats de concessions comporte un article 18 intitulé « *Durée de la concession* ».

⁹⁰⁴ Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession, *JOUE* p. L.94/1.

⁹⁰⁵ *Ibid.*, pt. (52).

⁹⁰⁶ *Ibid.*, art. 18.

⁹⁰⁷ Art. 16 du Code des marchés publics.

⁹⁰⁸ Pour les autres contrats : art. L1414-1 et art. L1414-12 du Code général des collectivités territoriales pour les contrats de partenariats ; art. L6148-5-3 du Code de santé publique pour les baux emphytéotiques hospitalier ; art. L300-5 du Code de l'urbanisme pour les concessions d'aménagement.

principes, ne fait pas de la durée un élément essentiel du contrat faisant l'objet d'une réglementation précise⁹⁰⁹. Il existe donc une relation certaine entre le temps et les principes de la commande publique. Les contrats qui y sont soumis doivent être limités dans leur durée afin d'assurer une remise en concurrence périodique du contrat, pour que les entreprises soumissionnaires puissent régulièrement accéder au contrat. Les contrats conclus sans limitation de durée sont ainsi entachés de nullité à raison des atteintes qu'ils portent aux principes de la commande publique⁹¹⁰. Par conséquent, la durée reste un élément déterminant de la procédure de mise en concurrence du contrat⁹¹¹. La durée initiale est susceptible d'être prolongée lors de l'exécution du contrat.

b : L'exécution des contrats de la commande publique dans le temps et la prolongation de la durée.

Sauf si elle est instantanée, l'exécution des contrats de la commande publique s'échelonne sur la durée prévue initialement. Cette dernière peut être prolongée en cours d'exécution par un avenant, outil juridique contractuel qui a pour objet de modifier un contrat en cours⁹¹². La prolongation de la durée est un phénomène assez fréquent, la durée initialement prévue correspondant rarement à la durée effective d'exécution. La prolongation de l'exécution des contrats de la commande publique fait l'objet d'un encadrement spécifique qui découle de l'application des principes. En effet, pour l'ensemble des contrats de la commande publique⁹¹³, la prolongation ne peut être admise que dans la mesure où elle n'a pas pour effet d'annihiler la portée de la procédure de mise en concurrence. L'encadrement de la durée initiale serait dépourvu de toute effectivité si la prolongation en cours d'exécution était libre. Ainsi, l'exécution des contrats dans le temps est en lien direct avec l'existence des principes de la commande publique, dont l'application s'étend manifestement de la période de passation à la période d'exécution⁹¹⁴. Comme pour la détermination de la durée initiale, les conditions de prolongation de la durée permettent ainsi de garantir une certaine périodicité de la mise en concurrence.

⁹⁰⁹ Art. 1108 du Code civil : « quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention : Le consentement de la partie qui s'oblige ; Sa capacité de contracter ; Un objet certain qui forme la matière de l'engagement ; Une cause licite dans l'obligation. ».

⁹¹⁰ H. HOEPFFNER, *op. cit.*, p. 223.

⁹¹¹ CE, 15 décembre 2008, *Communauté intercommunale des villes solidaires*, préc.

⁹¹² M. UBAUD-BERGERON, *La mutabilité du contrat administratif*, thèse dactyl., Montpellier I, 2004 – H. HOEPFFNER, *op. cit.*

⁹¹³ H. HOEPFFNER, *op. cit.*, p. 254.

⁹¹⁴ C. BERGEAL, concl. sur CE, Ass., 20 février 1998, *Ville de Vaucresson et autres*, n° 175256, *RFDA* 1998, p. 421.

Le droit des délégations de service public est un exemple probant de l'existence d'un encadrement de la prolongation de la durée. Cet élément essentiel du contrat ne peut faire l'objet d'une modification substantielle en cours d'exécution⁹¹⁵, les offres ayant été examinées à la lumière de la durée initialement prévue. Par conséquent, la prolongation d'un tel contrat reste possible mais doit demeurer une exception⁹¹⁶. Le législateur a ainsi pris le soin d'encadrer les avenants de prolongation de la durée des délégations de service public⁹¹⁷. Les autres contrats de la commande publique ne disposent pas d'une réglementation textuelle aussi précise pour la prolongation de la durée initiale par avenant. Comme le souligne Hélène Hoepffner, « *ce vide juridique ne doit cependant ni être interprété comme une interdiction de prolonger la durée de ces contrats, ni comme une liberté débridée d'y procéder (...). Ce silence ne signifie pas que les parties sont libres de modifier la durée de leur contrat. Il signifie simplement que les règles générales applicables aux avenants sont applicables aux prolongations qui n'en sont qu'une espèce particulière* »⁹¹⁸. La prolongation de la durée des contrats de la commande publique fait donc l'objet d'une réglementation spécifique et ne peut être décidée librement par les parties.

La reconduction du contrat est une autre forme de la relation entre le contrat et le temps. Elle doit être distinguée de la simple prolongation dans un cas particulier, celui de la tacite reconduction. Contrairement à la prolongation, la tacite reconduction d'un contrat donne naissance à un nouveau contrat⁹¹⁹, puisqu'elle a pour effet de renouveler un engagement qui,

⁹¹⁵ CE, Avis de la Section des finances, 8 juin 2000, n° 364803 ; *BJCP* 2001, 94. ; *AJDA* 2000, 758, note L. Richer ; *CJEG* 2001, 103, note Ch. Maugué et L. Deruy – CE, Avis, Sect. des travaux publics, 19 avril 2005, n° 371.234, *EDCE* 2005, p. 197 ; *BJCP* 2006, 107, obs. R. Schwartz et Ph. Terneyre ; *AJDA* 2006, 1371, étude N. Symchowicz et Ph. Proot ; *Contrats et marchés publ.* 2006, ét. 19, H. Hoepffner.

⁹¹⁶ CE, Avis, 19 avril 2005, préc.

⁹¹⁷ Art. L1411-2 du Code général des collectivités territoriales : une délégation de service public ne peut être prolongée que dans deux cas : pour un motif d'intérêt général, et dans ce cas la prolongation ne peut excéder un an ; lorsque le délégataire est contraint, à la demande du délégant, de réaliser des investissements matériels non prévus au contrat initial de nature à modifier l'économie générale de la délégation et qui ne pourraient être amortis pendant la durée de la convention restant à courir que par une augmentation de prix manifestement excessive. La continuité du service public est un motif d'intérêt général permettant la prolongation du contrat pour une durée d'un an : CE, 21 juin 2000, *Syndicat intercommunal de la Côte-d'Amour et de la Presqu'île guérandaise*, n° 209319 *Rec.* p. 283 ; *D.* 2000. 232 ; *RFDA* 2000. 1031, concl. C. Bergeal ; *RDI* 2000. 567, obs. F. Llorens ; *JCP* 2001. IV. 1474, obs. M.-C. Rouault – CE, 8 juin 2005, *Commune de Ramatuelle*, n° 255987, *Rec. T.* p. 875 ; *AJDA* 2005. 1686, note J.-D. Dreyfus ; *BJCP* 2005. 381, concl. Boulouis, obs. C. M. ; *Contrats et marchés publ.* 2005, comm. 222, note E. Delacour. La prolongation pour investissements nouveaux est strictement encadrée par les textes et est soumise à des conditions particulières rappelées par le Conseil d'Etat dans son Avis du 19 avril 2005, préc.

⁹¹⁸ H. HOEPFFNER, *op. cit.*, p. 266.

⁹¹⁹ Sauf lorsque la reconduction a été expressément prévue dans le contrat initial. Dans ce cas, il s'agit d'une modification du contrat initial : CE, 23 février 2005, *Association pour la transparence et la moralité des*

arrivé à échéance, s'est éteint⁹²⁰. L'existence d'un nouveau contrat implique nécessairement l'application des principes de la commande publique. De ce fait, la reconduction d'un contrat, dans le souci de préserver le respect de ces principes, doit être strictement encadrée. La légalité du procédé de tacite reconduction, non expressément prévue dans le contrat initial et ne faisant pas l'objet d'une décision expresse de reconduction, a fait l'objet de solutions fluctuantes ces dernières années. Depuis que les délégations de service public sont soumises à des procédures de publicité et de mise en concurrence, elles sont interdites pour ce type de contrat⁹²¹. Une solution similaire fut adoptée pour les marchés publics⁹²² : toute décision de reconduction d'un marché public doit être expresse, c'est à dire formulée par écrit. Le décret du 25 août 2011⁹²³ modifie le Code des marchés publics à ce sujet : l'article 16 du Code prévoit désormais que « *sauf stipulation contraire, la reconduction prévue dans le marché est tacite et le titulaire ne peut s'y opposer* ». Cela signifie que la personne responsable du marché n'a pas à prendre une décision expresse de reconduction lorsque le marché arrive à son terme. Toutefois, le nombre de reconductions doit être fixé dès l'engagement de la procédure en tenant compte de la nature des prestations et de la nécessité d'une remise en concurrence périodique, et elle peut être mise en œuvre qu'à condition que ses caractéristiques restent inchangées et que la mise en concurrence ait été réalisée en prenant en compte la durée totale du marché, périodes de reconduction comprises. De ce fait, l'esprit des principes de la commande publique reste préservé.

marchés publics, n° 264712, *Rec.* p. 7 ; *AJDA* 2005. 668, note J.-D. Dreyfus ; *RFDA* 2005. 483, concl. D. Casas ; *RTD eur.* 2006. p. 301, chron. D. Ritleng ; *Contrats et marchés publ.* 2005, comm. 107, note G. Eckert ; *Dr. adm.* 2005, comm. 65, note A. Ménéménis ; *JCP A* 2005, 1151, note F. Linditch : « *considérant en premier lieu qu'il résulte de ces dispositions que la durée d'un marché doit être fixée compte tenu de la nature des prestations, et que la passation d'un marché prévoyant une ou plusieurs reconductions n'est possible que si la mise en concurrence a porté sur la durée totale d'exécution du marché, si ses caractéristiques restent inchangées et si le nombre de reconductions a été indiqué dans le marché initial ; qu'ainsi, en décidant de ne pas reconduire un marché après l'une des dates fixées par les stipulations du contrat, la personne responsable du marché met fin à son exécution avant le terme de la période totale d'exécution ; qu'en revanche, lorsqu'elle reconduit ce marché, elle prend simplement la décision de poursuivre son exécution qui ne fait pas naître, contrairement à ce que soutient l'association requérante, un nouveau marché par application d'une clause de reconduction ; que, par suite, les moyens tirés de ce que la passation de ce prétendu nouveau contrat porterait atteinte à la liberté de consentement du contractant de l'administration et méconnaîtrait les obligations de publicité qui découlent des règles du droit communautaire sont inopérants* ».

⁹²⁰ H. HOEPFFNER, *op. cit.* p. 227.

⁹²¹ CE, Sect., Avis, 19 avril 2005, préc.

⁹²² CE, 29 novembre 2000, *Commune de Païta*, n° 205143, *Rec.* p. 573 ; *Dr. adm.* 2001, n° 7 ; *AJDA* 2001. 101. ; *ibid.* 219, étude L. Richer ; *RDI* 2001. 156, obs. F. Llorens ; *RTD com.* 2001. 417, obs. G. Orsoni.

⁹²³ Décret n° 2011-1000 du 25 août 2011 modifiant certaines dispositions applicables aux marchés et contrats relevant de la commande publique, *JORF* n°0197 du 26 août 2011 p. 14453 ; *CP-ACCP* 2011, n° 114, p. 50, note N. Charrel et G. Monflier ; *JCP CT* n° 37, septembre 2011, p. 2293, comm. F. Linditch.

Le droit de la commande publique a donc un rapport direct avec le temps, puisque ce dernier le structure par des dates, des délais, des obligations temporelles ; le temps est un élément essentiel du contrat de la commande publique, dont la détermination et la prolongation sont strictement encadrées par le truchement des principes de la commande publique. Des précisions sur la structuration du droit de la commande publique par le temps permettront de démontrer l'existence d'une temporalité certaine des principes de la commande publique.

Paragraphe 2 : Les précisions sur la structuration du droit de la commande publique par le temps.

L'étude plus approfondie des différentes procédures préalables à la conclusion des contrats de la commande publique dévoile l'existence d'une chronologie minutieuse dans le processus d'achat public (A). La conclusion des contrats n'est en effet pas instantanée, mais est précédée d'une succession d'étapes fondamentales dont l'enchaînement précis détermine la légalité de la procédure, attestant ainsi du caractère obligatoire de cette chronologie (B). Il est par conséquent possible de dégager une grille temporelle du processus d'achat public, qui ne doit plus être vu de manière uniforme. Cette grille de lecture temporelle servira à préciser les fonctions propres à chaque principe de la commande publique au sein du tout qu'ils forment.

A : Une chronologie minutieusement organisée.

L'existence d'une chronologie du processus d'achat se retrouve aussi bien en amont (I) que pendant la mise en concurrence des procédures de passation des contrats de la commande publique (II). En effet, la personne responsable de l'achat doit veiller, avant de lancer la procédure, à respecter un certain nombre d'étapes fondamentales et nécessairement préalables au déclenchement de la procédure. Pendant la mise en concurrence, l'autorité adjudicatrice doit également suivre une chronologie précise, dont l'irrespect peut entraîner l'annulation de la procédure. À cet égard, l'existence d'une chronologie du régime du droit de la commande publique est incontestable, dans la mesure où elle est susceptible de conditionner la légalité de la conclusion du contrat.

I : L'existence d'une chronologie antérieure à la mise en concurrence des candidats.

Avant la mise en concurrence des candidats, deux étapes fondamentales des procédures de passation doivent obligatoirement être respectées par l'autorité adjudicatrice : la détermination des besoins, qui conditionne l'existence et la forme de la future procédure **(a)**, et la publicité *ex ante*, qui permet de lancer la procédure **(b)**. Si ces deux étapes ne sont pas respectées chronologiquement, avant la mise en concurrence effective, la procédure peut être sanctionnée sur le fondement d'une violation des obligations de publicité et de mise en concurrence, qui découlent des principes fondamentaux de la commande publique⁹²⁴. Il existe donc une première fonctionnalité temporelle des principes, qui oblige l'autorité adjudicatrice à respecter ce processus chronologique. Il restera à déterminer lequel de ces principes dispose d'une telle fonctionnalité⁹²⁵.

a : La détermination préalable des besoins : une première étape de tout processus d'achat public.

Selon Laurent Richer, « *il existe, en amont de toute procédure, des décisions plus ou moins formalisées dont on pourrait penser qu'elles relèvent de la pure appréciation d'opportunité. (...) Appartient à cette catégorie d'abord la décisions de passer ou non un marché* »⁹²⁶. La décision de passer ou non un contrat est préalable à tout processus d'achat public. Comme le souligne Laurent Richer, cette décision est totalement libre, l'administration pouvant choisir de ne pas satisfaire un besoin ou de recourir à une prestation interne⁹²⁷. Lorsqu'elle décide d'externaliser les prestations par le biais d'un contrat, l'administration débute un véritable processus d'achat public dont les prémices portent sur la définition de l'objet du contrat. Toute procédure de passation d'un contrat de la commande publique est ainsi précédée d'une réflexion sur le bien-fondé de la conclusion du contrat, l'opportunité de la forme du contrat et l'objet du contrat. La détermination des besoins⁹²⁸ constitue ainsi la première étape de tout processus d'achat public⁹²⁹, dans la mesure où cette

⁹²⁴ Cf. *Supra*, Titre, 1, Chapitre 1.

⁹²⁵ Cf. *Infra*, Chapitre 2 du présent Titre.

⁹²⁶ L. RICHER, « Pas d'immunité de juridiction de la définition du besoin », *Contrats publics* n° 140, février 2014, Dossier spécial « Quelle méthode pour l'évaluation des besoins », p. 3.

⁹²⁷ *Idem*.

⁹²⁸ V. à ce titre le dossier spécial « Quelle méthode pour l'évaluation des besoins » paru dans *contrats publics* n° 140, février 2014, pp. 23-64.

⁹²⁹ S. DYENS, « L'externalisation de la prestation juridique. Les figures de l'avocat en collectivité », *AJCT* 2012 p. 462.

réflexion conditionne le choix du contrat et le déroulement de son mode de conclusion⁹³⁰. En effet, la définition sincère et raisonnable des besoins, « *étape ô combien importante* »⁹³¹, est indissociablement liée à l'appréciation de la procédure applicable⁹³². L'évaluation des caractéristiques du futur contrat, dont son montant et son objet, détermine si une procédure de publicité et de mise en concurrence est obligatoire, et conditionne la forme de la procédure à suivre. Par conséquent, la détermination préalable et précise de l'étendue des besoins à satisfaire est une véritable exigence juridique et économique conditionnant la régularité des procédures de publicité et de mise en concurrence⁹³³, dont la compétence revient au seul pouvoir adjudicateur⁹³⁴ et qui fait l'objet d'un contrôle de la part du juge en cas de contentieux⁹³⁵. Ce dernier peut être amené à annuler le contrat si la détermination des besoins est irrégulière⁹³⁶.

Cette phase est donc une première étape fondamentale du processus d'achat public, qui permet de s'assurer que l'autorité adjudicatrice ne va pas soustraire des contrats aux règles de passation qui leur seraient normalement applicables, en fractionnant artificiellement des commandes par exemple⁹³⁷. Ainsi, « *l'exercice est essentiel, car une définition incomplète ou erronée des besoins fausserait la mise en concurrence et entraînerait une mauvaise utilisation des deniers publics* »⁹³⁸. Les textes font de cette étape une véritable exigence préalable à tout

⁹³⁰ C. PRÉBISSY-SCHNALL, « Marchés de maintenance de logiciels passés sans mise en concurrence », comm. sous CE, 2 octobre 2013, *Département de l'Oise c/ Société Itslearning France*, n° 368846, CCC 2013, comm. 275.

⁹³¹ B. KOEBEL, « Les collectivités territoriales face à la publicité et à la mise en concurrence des marchés à procédures adaptées », *Contrats et marchés publ.* 2004, ét. 9.

⁹³² J.-D. DREYFUS, « Nouveau code des marchés publics : commentaire du Titre II », *RDI* 2004 p. 143 – H. LETELLIER, « La détermination des procédures de dévolution en fonction des besoins préalablement déterminés », *Contrats publics* n° 140, février 2014, Dossier spécial « Quelle méthode pour l'évaluation des besoins », p. 24.

⁹³³ H. LETELLIER, art. préc., p. 24.

⁹³⁴ CE, 1^{er} avril 1998, *Département de Seine-et-Marne*, n° 157602 ; *RDI* 1998, p. 359, obs. F. Llorens et Ph. Terneyre ; *BJCP* 1998, p. 98.

⁹³⁵ Il est à préciser que le juge procède à ce titre à un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation : CE, 2 octobre 2013, *Département de l'Oise c/ Société Itslearning France*, n° 368846 ; *AJDA* 2013. 1946 ; *BJCP* 2014. 43, concl. B. Dacosta ; *AJCT* 2014. 113, obs. S. Hul ; *Contrats et marchés publ.* 2013, comm. 280, note J.-P. Pietri.

⁹³⁶ Voir par exemple CE, 29 décembre 1997, *Département de Paris*, n° 159693, *Rec.* p. 503 ; *Mon. TP* 2 mai 1998, suppl. TO, p. 395, concl. C. Bergeal ; *ibid.*, p. 47, obs. B. Fabre ; *RDI* 1998. 242, obs. F. Llorens et Ph. Terneyre ; *D.* 1998.360, obs. Ph. Terneyre : « *considérant que, eu égard à l'imprécision de la description de l'objet du marché dans l'avis d'appel de candidatures, le département de Paris ne peut être regardé comme ayant satisfait aux obligations de publicité prévues par l'article 108 ter du code des marchés publics ; que, par suite, le marché a été conclu au terme d'une procédure irrégulière ; que, le département de Paris n'est, dès lors, pas fondé à soutenir que c'est à tort que, par le jugement attaqué, le tribunal administratif de Paris a annulé ce marché* » – CE, 24 octobre 2008, *Communauté d'agglomération de l'Artois*, n° 313600, *Rec. T.* p. 807 ; *AJDA* 2008. 2040 ; *JCP A.* 2008. 2300 ; *Contrats et marchés publ.* 2008, comm. 275, note G. Eckert.

⁹³⁷ B. KOEBEL, art. préc.

⁹³⁸ *Idem.*

lancement d'une procédure de passation ou à toute conclusion d'un contrat de gré à gré. À cet égard, le Code des marchés publics exige que les besoins à satisfaire soient déterminés « avec précision avant tout appel à la concurrence ou toute négociation non précédée d'un appel à la concurrence »⁹³⁹. L'exigence est la même pour les autres contrats de la commande publique⁹⁴⁰. La détermination des besoins constitue donc la première étape de cette chronologie dont le respect conditionne la légalité et la bonne conduite des étapes ultérieures. À ce titre, une mauvaise évaluation des besoins constitue un risque tout à la fois au plan de la passation du contrat, en favorisant notamment la présentation d'offres anormalement basses, et au plan de son exécution, où la mauvaise évaluation peut entraîner l'application de pénalités ou la passation d'un avenant⁹⁴¹.

La détermination des besoins permet donc d'évaluer si une procédure de passation est obligatoire préalablement à la conclusion du contrat⁹⁴². Si tel est le cas, en fonction du montant et de l'objet du contrat, l'administration doit conduire cette procédure et respecter scrupuleusement les formalités propres à la passation applicable car à défaut, le contrat est entaché d'irrégularité⁹⁴³. Dans la conduite de cette procédure obligatoire, la personne

⁹³⁹ Art. 5 du Code des marchés publics : « la nature et l'étendue des besoins à satisfaire sont déterminées avec précision avant tout appel à la concurrence ou toute négociation non précédée d'un appel à la concurrence en prenant en compte des objectifs de développement durable ».

⁹⁴⁰ Pour les marchés publics non soumis au Code des marchés publics : art. 10 de l'ordonnance n°2005-649 du 6 juin 2005 ; pour les concessions de travaux : art. L.1415-5 du Code général des collectivités territoriales ; pour les beaux emphytéotiques hospitaliers : art. L.6148-2 du Code de santé publique ; pour les contrats de partenariat : Art. L.1414-2 du Code général des collectivités territoriales relatif à l'évaluation préalable. L'évaluation préalable doit être transmise à l'organe délibérant pour qu'il se prononce sur le contrat, et ce avant l'enclenchement de la procédure de passation ; pour les concessions d'aménagement : art. R.300-5 et art. R.300-11-5 du Code de l'urbanisme.

⁹⁴¹ L. BONNIEU, « Les risques d'une mauvaise évaluation des besoins », *Contrats publics* n° 140, février 2014, Dossier spécial « Quelle méthode pour l'évaluation des besoins », p. 32.

⁹⁴² Les détails concernant le choix de la procédure seront étudiés ultérieurement, le présent chapitre étant axé sur la démonstration de l'existence d'un lien entre le temps, la chronologie, et le droit de la commande publique.

⁹⁴³ CE, 5 février 1909, *Sieurs Barla, Cassien et autres*, n° 24206, *Rec.* p. 134 – CE, 5 janvier 1923, *Sieur Boutet*, n° 51660, *Rec.* p. 11 – CE, 12 février 1926, *Sieurs Paul Rolland et Armand Bernard*, n° 75684, *Rec.* p. 172 – CE, 19 novembre 1926, *Sieur Decuty*, n° 86283, *Rec.* p. 993 – CE, 6 avril 1935, *Marchesini et Simongiovanni*, *Rec.* p. 460 – CE, Sect., 12 avril 1935, *Sieur Mougne*, n° 31720, *Rec.* p. 512 – CE, Sect., 27 novembre 1942, *Société Bongrand et Dupin*, n° 60877, *Rec.* p. 335 – CE, 27 juin 1945, *Sieurs Chadebeck et autres*, n° 65729, *Rec.* p. 139 – CE, 15 juillet 1959, *Sieur Vauzelle*, n° 37488, n° 39018, *Rec.* p. 466 – CE, 24 février 1967, *Sieur Donard*, n°64034, *Rec.* p. 96 – CE, Sect., 29 janvier 1982, *Martin*, n° 19926, *Rec.* p. 44 – CE, 2 novembre 1988, *Commissaire de la République des Hauts-de-Seine contre OPHLM de Malakoff et Société NCR*, n° 64954 ; *Rec. T.* p. 659 – CE, Sect., 8 février 1991, *Région Midi-Pyrénées contre Syndicat de l'architecture de la Haute-Garonne et autres*, n° 57679, *Rec.* p. 41 – CE, 26 septembre 1994, *Commune de Pont-à-Marcq*, n° 126987 – CE, 8 décembre 1995, *Préfet du département de la Haute-Corse contre Commune de Bastia et autres*, n° 168253, *Rec.* p. 435 – CE, Ass., 20 février 1998, *Ville de Vaucresson et autres et Association syndicale autorisée des propriétaires du parc de Malamaison*, n° 159496, n° 159508, *Rec.* p. 55 – CE, 7 avril 1999, *Commune de Guilherand-Granges*, n° 156008, *Rec. T.* p. 878 – CE, Ass., 4 novembre 2005, *Société Jean-Claude Decaux*, n° 247299, *Rec.* p. 478 – CE, 21 mars 2007, *Commune de Boulogne-Billancourt*, n° 281796, *Rec.* p. 130 – CE, 23 mai 2011, *Commune de Six-Fours-les-Plages*, n° 342520, *Rec.* p. 255 – La solution est identique au regard du

responsable du contrat est tenue de respecter une chronologie et des délais précis : cette chronologie débute, après la détermination des besoins, par la publicité qui précède la remise des candidatures. Le contenu, la forme et la portée de la publicité font l'objet de règles très précises dont l'irrespect peut entraîner l'irrégularité de la procédure⁹⁴⁴.

b : La publicité ex ante.

La publicité est un prérequis obligatoire à toute mise en concurrence car, dans le cadre des contrats de la commande publique, l'administration ne peut examiner les candidatures et les offres des entreprises soumissionnaires sans avoir, au préalable, procédé à une publicité respectant des modalités précises. Cette publicité « originaire »⁹⁴⁵, qui suit la détermination des besoins et précède la remise des candidatures, prend la forme d'un avis qui permet d'informer de l'existence d'une future procédure de passation aboutissant à la conclusion du contrat. L'existence obligatoire de ce prérequis est logique : la publicité permet de susciter la concurrence en informant les soumissionnaires potentiels intéressés par le futur contrat, qui ont de ce fait la possibilité de candidater. Cette publicité *ex ante* permet ainsi le respect des objectifs inhérents aux principes de la commande publique.

Le Code des marchés publics exige une publicité préalable à tout marché ou accord-cadre⁹⁴⁶ d'un montant égal ou supérieur à 15 000 euros HT⁹⁴⁷. La procédure de passation des contrats de partenariats⁹⁴⁸, des concessions de travaux⁹⁴⁹, des concessions d'aménagement⁹⁵⁰, des délégations de service public⁹⁵¹ et des beaux emphytéotiques hôpitaliers⁹⁵² est

droit communautaire : CJCE, 2 août 1993, *Commission c/ Italie*, aff. C-107/92, *Rec.* p. I-4655 – CJCE, 26 avril 1994, *Commission c/ Italie*, aff. C-272/91, *Rec.* p. I-1409 – CJCE, 17 septembre 1998, *Commission c/ Royaume de Belgique*, aff. C-323/96, *Rec.* p. I-05063.

⁹⁴⁴ Les modalités détaillées de publicité feront l'objet d'analyses ultérieures, le présent chapitre étant consacré à la démonstration de l'existence d'un lien entre le temps et la commande publique.

⁹⁴⁵ Il s'agit ici de la publicité qui permet d'informer les entreprises potentiellement intéressées de la conduite d'une procédure de passation. D'autres formes de publicité interviennent tout au long de la procédure, comme par exemple la communication de certains documents suite au dépôt des candidatures. Elles sont ultérieures à la publicité originaire. Dans certains cas, la personne responsable du futur contrat a la possibilité de publier, antérieurement à cette publicité originaire, un avis de pré-information. V. par exemple art. 39 du Code des marchés publics.

⁹⁴⁶ Sauf dans les cas prévus aux II et III de l'article 28 ainsi qu'au II de l'article 35 du Code des marchés publics.

⁹⁴⁷ Art. 40 du Code des marchés publics.

⁹⁴⁸ Art. L.1414-3 du Code général des collectivités territoriales.

⁹⁴⁹ Art. R.1415-1 du Code général des collectivités territoriales.

⁹⁵⁰ Art. R.300-5 et art. R.300-11-5 du Code de l'urbanisme.

⁹⁵¹ Art. L.1411-5 du Code général des collectivités territoriales.

⁹⁵² Art. L.6148-5 du Code de santé publique.

obligatoirement précédée d'une publicité permettant la présentation d'offres concurrentes⁹⁵³. Dès lors, dans les cas où la publicité est obligatoire, c'est-à-dire pour la grande majorité des contrats de la commande publique, elle doit impérativement précéder la procédure de passation et la mise en concurrence. C'est une obligation juridique chronologique, explicitement prévue par les textes. La publicité a donc, au même titre que la détermination des besoins, une place temporelle déterminée, car elle doit se situer à un instant précis.

La relation entre le temps et la publicité ne s'arrête pas à sa place dans la chronologie de la formation du contrat. La durée de la publicité, c'est-à-dire le temps qui s'écoule entre la publication de l'avis et la date de réception des candidatures, est également réglementée, dans l'objectif de laisser un délai suffisant aux candidats afin qu'ils aient le temps nécessaire pour préparer et déposer leur candidature. Pour les délégations de service public, la durée de la publicité ne peut être inférieure à un mois⁹⁵⁴. Il en est de même pour les concessions d'aménagement⁹⁵⁵. Pour les contrats de partenariat, elle est au moins de 40 jours⁹⁵⁶. Pour les concessions de travaux, le délai entre la publicité et la date limite de réception des candidatures est au minimum de 52 jours, ramené à 48 jours si l'avis est envoyé par voie électronique⁹⁵⁷. Pour les marchés publics, dans le cadre de l'appel d'offre ouvert, le délai est de 52 jours, avec la possibilité de le réduire en respectant plusieurs conditions précisées par le Code⁹⁵⁸. Il est de 37 jours pour l'appel d'offre restreint, la procédure négociée et la procédure de dialogue compétitif⁹⁵⁹. Lorsqu'aucune durée n'est prévue par les textes, l'administration doit laisser un délai suffisant aux soumissionnaires afin qu'ils aient le temps suffisant pour préparer puis déposer leur candidature⁹⁶⁰. La durée de la publicité et la date limite de réception des candidatures sont des mentions essentielles qui doivent obligatoirement figurer

⁹⁵³ Art. L.1414-3 du Code général des collectivités territoriales.

⁹⁵⁴ Art. R.1414-1 du Code général des collectivités territoriales.

⁹⁵⁵ Art. R.300-5 du Code de l'urbanisme.

⁹⁵⁶ Art. L.1414-3 du Code général des collectivités territoriales.

⁹⁵⁷ Art. R.1415-6 du Code général des collectivités territoriales.

⁹⁵⁸ Art. 57 du Code des marchés publics. Ce délai est obligatoire et son irrespect est sanctionné : CE, 15 novembre 1996, *Société Guadeloupe Entretien Maintenance*, n° 159520, *Rec. T.* p. 1010 ; *D.* 1997. 294, obs. Ph. Terneyre. Les candidatures et les offres reçues hors délai ne peuvent être retenues sous peine d'irrégularité de la procédure : CE, 10 juin 1936, *Baudot*, *Rec.* p. 630 – CE, 8 mars 1996, *Pelte*, n° 133198 – CE, 4 novembre 1996, *Département de la Dordogne*, n° 114956, *Rec.* p. 433 ; *AJDA* 1997.185, concl. Ch. Maugué ; *RDI* 1997.74, obs. F. Llorens et Ph. Terneyre.

⁹⁵⁹ Art. 60, 65 et 67 du Code des marchés publics. Le délai peut être ramené à 30 jours lorsque l'avis a été envoyé par voie électronique, 15 jours en cas d'urgence.

⁹⁶⁰ C'est le cas pour les marchés à procédure adaptée : le pouvoir adjudicateur détermine librement le délai de réception des candidatures et des offres. Ce délai doit être suffisant pour permettre aux entreprises de concevoir leur dossier de candidatures et d'offres : CE, 5 août 2009, *Région Centre*, n° 307117 ; *Contrats et marchés publ.* 2009, comm. 318, note F. Llorens – Circulaire du 14 février 2012 relative au Guide des bonnes pratiques en matière de marchés publics, *JORF* du 15 février 2012, pt 10.3.2.2, p. 2600.

dans l'avis d'appel à la concurrence⁹⁶¹. Cette information est fondamentale car seules peuvent être ouvertes les candidatures qui ont été reçues avant la date et l'heure limite indiquées dans l'avis.

Cet enchaînement chronologique obligatoire démontre l'existence d'une prégnance du temps sur le processus de formation des contrats de la commande publique, qui est confirmée lors de la mise en concurrence effective des candidats.

II : L'existence d'une chronologie pendant la mise en concurrence.

Cette publicité originaire effectuée, la personne responsable du contrat reçoit les candidatures qu'elle doit analyser obligatoirement avant les offres⁹⁶², l'examen des candidatures et l'évaluation des offres constituant *a priori* deux phases distinctes de la procédure. L'analyse chronologique sur ce point mérite cependant d'être approfondie. Deux types de procédures sont à distinguer : celles pour lesquelles l'analyse des candidatures et des offres peut être quasi-simultanée ; celles pour lesquelles elle est clairement différenciée par les textes⁹⁶³. Pour ces dernières, l'obligation chronologique imposée par les textes ne soulève pas de difficulté. Il est clairement affirmé que l'évaluation des offres intervient postérieurement à l'examen des candidatures⁹⁶⁴. La distinction chronologique de ces deux phases du processus d'achat public est moins évidente pour les contrats de la commande publique relevant de la première catégorie.

⁹⁶¹ La majorité des textes relatifs aux contrats de la commande publique prévoit une telle obligation. En l'absence de texte, cette obligation est maintenue : CE, 30 juin 2004, *Société nationale des chemins de fer français*, n° 263402, *Rec. T.* p. 763 : « il appartient notamment au pouvoir adjudicateur, lorsqu'il décide de recourir à la procédure de publicité et de mise en concurrence allégée qu'elles organisent, de rendre publique sans équivoque possible la date limite avant laquelle devront lui être adressées les demandes dites d'invitation à soumissionner par lesquelles les entrepreneurs ou fournisseurs ayant manifesté leur intérêt pour le ou les marchés mentionnés dans l'avis périodique indicatif confirment, le cas échéant, cet intérêt ».

⁹⁶² Art. L.1414-8 du Code général des collectivités territoriales pour les contrats de partenariats – Art. L1411-1 du Code général des collectivités territoriales pour les délégations de service public – Art. R.1415-6 du Code général des collectivités territoriales pour les concessions de travaux.

⁹⁶³ *Idem.*

⁹⁶⁴ La procédure de passation, à ce titre, s'adapte à cette exigence : pour les délégations de service public par exemple, il est prévu un délai de remise des offres distinct de celui des candidatures, qui commence à courir après l'examen des candidatures : art. L.1411-1 du CGCT ; art. R.1414-2 du CGCT.

C'est le cas des marchés publics, plus particulièrement ceux soumis à la procédure d'appel d'offre pour laquelle la négociation est interdite⁹⁶⁵. Pour cette procédure, les dates limites de réception des candidatures et des offres se confondent, et l'examen des offres peut être effectué lors de la même séance que l'examen des candidatures⁹⁶⁶. Ces éléments laissent à penser que la distinction entre ces deux phases n'est pas chronologiquement organisée. Le doute sur la pertinence de cette distinction chronologique a été accentué lors de la suppression du système de la double enveloppe⁹⁶⁷. Avant le décret de 2008, les candidatures et les offres devaient être présentées dans une enveloppe distincte, cette exigence revêtant le caractère d'une formalité substantielle dont l'irrespect était susceptible de fausser le libre jeu de la concurrence⁹⁶⁸. L'ouverture des enveloppes contenant les candidatures devait obligatoirement précéder celle des enveloppes contenant les offres, la procédure d'appel d'offre impliquant la succession de ces deux phases distinctes. Cette scission chronologique interdisait une quelconque confusion entre ces deux phases, empêchant ainsi l'examen des offres au regard des critères de sélection des candidatures⁹⁶⁹. Le juge censurait les procédures ne respectant pas une telle chronologie⁹⁷⁰. Depuis le décret de 2008, une enveloppe unique qui contient les documents relatifs à la fois à la candidature et à l'offre est communiquée au pouvoir adjudicateur. La suppression du système de la double enveloppe peut ainsi encourager à l'examen simultané des candidatures et des offres des entreprises soumissionnaires lors d'une phase unique, remettant en cause l'obligation chronologique d'examen successif et séparé de ces deux éléments. Toutefois, cette suppression n'a pas de conséquence sur le déroulement de la procédure d'appel d'offre, la phase de sélection des candidatures devant rester, pour le juge administratif, distincte et surtout préalable à celle de l'évaluation des offres⁹⁷¹. Assurément,

⁹⁶⁵ Art. 59 du Code des marchés publics.

⁹⁶⁶ Rép. Min. n° 16615, *JOAN Q*, 10 octobre 1991, p. 5033.

⁹⁶⁷ Décret n° 2008-1355 du 19 décembre 2008 de mise en œuvre du plan de relance économique dans les marchés publics, *JORF* n°0296 du 20 décembre 2008, p. 19544.

⁹⁶⁸ Commission centrale des marchés, marchés publics 1983, n° 197, p. 10.

⁹⁶⁹ CAA Lyon, 29 septembre 2005, *Préfet de l'Ain*, n° 00LY02073 ; *AJDA* 2006, p. 164 – CE, 29 décembre 2006, *Société Bertele SNC*, n° 273783 ; *Contrats et marchés publ.* 2007, comm. 75, F. Llorens et P. Soler-couteaux.

⁹⁷⁰ TA Besançon, 27 janvier 1995, *Sarl Cotta* ; *JCP G* 1995, IV, 2397 – TA Saint-Denis de la Réunion, 17 juin 1998, *Préfet de la Réunion c/ Régie départementale des travaux agricoles et Société Esso Réunion*, *Rec. T.* p. 1018 – CAA Marseille, 11 avril 2005, *Département des Alpes-Maritimes*, n° 01MA01466 et 01MA02009 ; *Contrats et marchés publ.* 2006, comm. 78, F. Llorens : « ces deux enveloppes doivent faire l'objet d'un examen successif et séparé. La jurisprudence se montre de manière générale rigoureuse sur ce point. (...) Les modalités retenues avaient surtout pour conséquence d'amener la commission d'appel d'offres à prendre connaissance simultanément des justificatifs relatifs aux qualités et capacités des candidats et de leurs offres, alors que selon les dispositions applicables, seules peuvent être ouvertes les offres des candidats préalablement retenus. C'est sans doute en cela que la procédure était la plus critiquable. » – CAA Nancy, 12 mai 2005, *Département de la Moselle*, n° 01NC00913 ; *Contrats et marchés publ.* 2005, comm. 186, F. Olivier.

⁹⁷¹ CE, 4 mars 2011, *Région réunion*, n° 344197, *Rec. T.* p. 1008 ; *BJCP* 76, p. 196, concl. N. Boulouis : « considérant que les dispositions citées ci-dessus distinguent la phase de sélection des candidatures à un

l'obligation chronologique demeure. Ainsi, lors de la procédure de passation d'un contrat de la commande publique, il convient de distinguer ces deux étapes « *du fait qu'elles sont chronologiquement distinctes et fondamentalement différentes. En effet, si la deuxième phase visait à sélectionner des candidatures, la phase suivante conduit au choix du cocontractant* »⁹⁷². Cette analyse a été confirmée par la Cour de justice de l'Union européenne⁹⁷³.

Cette distinction peut toutefois faire l'objet d'exceptions, notamment pour les marchés à procédure adaptée⁹⁷⁴. Dans ce cas, l'examen des candidatures et des offres peut être simultané et le pouvoir adjudicateur a la possibilité d'utiliser le critère de l'expérience professionnel du candidat pour l'évaluation des offres, critère en principe réquisitionné pour l'examen des candidatures⁹⁷⁵. Cette solution, procédant à un « *mélange des genres* », permettant l'utilisation d'un critère non adapté à l'appréciation de la valeur des offres, constitue un « *risque pour les principes généraux de la commande publique* »⁹⁷⁶, démontrant ainsi l'impertinence d'un écart à cette chronologie. Il est à noter que pour les délégations de service public, le délégant peut demander aux entreprises de déposer conjointement leur candidature

marché public, au cours de laquelle elles permettent au pouvoir adjudicateur, avant l'examen des candidatures, et dans les conditions fixées au I de l'article 52 du code des marchés publics, de demander aux candidats de compléter leur dossier de candidature, de la phase d'attribution du marché au candidat qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, après élimination, notamment, en application du III de l'article 53, des offres que leur teneur, incomplète, rend irrégulières » – CE, 11 avril 2014, *Ministre de la Défense*, n° 375245 ; *AJDA* 2014. 827 – CE, 7 novembre 2014, *Syndicat départemental de traitement des déchets ménagers de l'Aisne*, n° 384014.

⁹⁷² P. BOURDON, *Le contrat administratif illégal*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 131, 2014, p. 254.

⁹⁷³ CJCE, 24 janvier 2008, *Emm. G. Lianakis AE et autres contre Dimos Alexandroupolis et autres*, aff. C-532/06, *Rec. p. I-251*, pts 27-32 ; *Contrats et marchés publ.* 2008, comm. 54, W. Zimmer : « *elle rappelle donc que la procédure d'appel d'offres, quand bien même la vérification de l'aptitude des candidats et l'attribution du marché se feraient simultanément, suppose deux opérations distinctes et, par conséquent, des critères propres à chacune de ces phases* » – CJUE, 12 novembre 2009, *Commission c/ Grèce*, aff. C-199/07, *Rec. p. I-10669* : *Contrats et marchés publ.* 2009, comm. 380, note W. Zimmer.

⁹⁷⁴ CE, 6 mars 2009, *Commune d'Aix-en-Provence*, n° 314610, *Rec. T. p. 821* ; *Dr. adm.* 2009, comm. 69 ; *JCP A* 2009, 343 ; *BJCP* 2009, 213, concl. N. Boulouis ; *Contrats et marchés publ.* 2009, comm. 122, note F. Olivier ; *JCP A* 2009, n° 2122, note F. Linditch – CE, 2 août 2011, *Parc naturel régional des Grands Causses*, n° 348254, *Rec. T. p. 1007* ; *RJEP* n° 694, février 2012, comm. 8, F. Brenet ; *Contrats et marchés publ.* 2011, comm. 287, note W. Zimmer.

⁹⁷⁵ CE, 2 août 2011, *Parc naturel régional des Grands Causses*, préc. : le Conseil d'Etat limite toutefois cette possibilité dans les cas où la prise en compte de l'expérience des candidats au stade des offres est « *rendue objectivement nécessaire par l'objet du marché et la nature des prestations à réaliser* » et n'a pas « *d'effet discriminatoire* » – CE, 18 septembre 2015, *Société Axxess*, n° 380821 : « *que ces dispositions [art. 53 du Code des marchés publics] permettent au pouvoir adjudicateur de retenir, en procédure adaptée, pour choisir l'offre économiquement la plus avantageuse, un critère reposant sur l'expérience des candidats, et donc sur leurs références portant sur l'exécution d'autres marchés, lorsque sa prise en compte est rendue objectivement nécessaire par l'objet du marché et la nature des prestations à réaliser et n'a pas d'effet discriminatoire* ».

⁹⁷⁶ F. BRENET, comm. sous CE, 2 août 2011, *Parc naturel régional des Grands Causses*, *RJEP* n° 694, février 2012, comm. 8.

et leur offre, dans le but de raccourcir la procédure⁹⁷⁷. Cela ne remet cependant pas en cause la distinction entre ces deux phases chronologiques. Il est possible qu'avec la nouvelle directive de 2014 sur les marchés publics⁹⁷⁸, d'autres exceptions soient permises. En effet, l'article 56.2 de cette directive dispose que « *dans le cadre de procédures ouvertes, les pouvoirs adjudicateurs peuvent décider d'examiner les offres avant de vérifier l'absence de motifs d'exclusion et le respect des critères de sélection conformément aux articles 57 à 64* ». Toutefois, cette possibilité reste encadrée, puisque « *lorsqu'ils font usage de cette possibilité, ils s'assurent que la vérification de l'absence de motifs d'exclusion et du respect des critères de sélection s'effectue d'une manière impartiale et transparente, afin qu'aucun marché ne soit attribué à un soumissionnaire qui aurait dû être exclu en vertu de l'article 57 ou qui ne remplit pas les critères de sélection établis par le pouvoir adjudicateur* ». Il faut attendre les textes de transposition pour connaître l'impact de cet article en droit interne.

Une fois les candidatures examinées et sélectionnées, soit la personne responsable du contrat procède directement à l'évaluation des offres si elles sont envoyées concomitamment aux candidatures et si toute négociation est interdite⁹⁷⁹, soit elle dresse la liste des candidats admis à présenter une offre dans un délai suffisant pour permettre aux candidats d'élaborer une offre⁹⁸⁰. Dans ce cas, l'administration peut procéder à une deuxième publicité permettant d'apporter des précisions sur l'objet du contrat. Dans la majorité des procédures de passation, avant le choix définitif de l'offre, l'administration procède à un dialogue ou à des négociations avec les entreprises. L'intervention du dialogue ou de la négociation est chronologiquement encadrée, ce qui confirme le postulat de l'existence d'un lien fondamental entre le temps et le droit de la commande publique. Pour les contrats de partenariat, le dialogue compétitif où la négociation n'intervient qu'au terme du délai de réception des candidatures et en application des critères de sélection des candidatures mentionnés dans l'avis d'appel public à la concurrence⁹⁸¹. Pour les délégations de service public, les offres négociées sont celles qui ont été présentées à la suite de la communication d'un document

⁹⁷⁷ CE, ord., 15 décembre 2006, *Société Corsica Ferries*, n° 298618, *Rec.* p. 566 ; *CP-ACCP* 2007, n° 64, p. 48, obs. L. Givord et J.-P. Markus ; *AJDA* 2007. 185, obs. J.-D. Dreyfus ; *Contrats et marchés publ.* 2007, comm. 54, obs. G. Eckert.

⁹⁷⁸ Directive 2014/24/UE préc.

⁹⁷⁹ C'est le cas pour les marchés publics à procédure formalisée prévue aux articles 57 et s. du Code des marchés publics

⁹⁸⁰ Art. R.1414-2 du Code général des collectivités territoriales pour les délégations de service public : le délai de réception des offres ne peut être inférieur à 15 jour à compter de la date de publication ; Art. R.1415-6 du Code général des collectivités territoriales pour les concessions de travaux.

⁹⁸¹ Art. L.1414-6 du Code général des collectivités territoriales.

définissant les caractéristiques quantitatives et qualitatives des prestations⁹⁸². Pour certains marchés publics, la négociation ne peut intervenir qu'après publicité préalable et mise en concurrence ou après la réunion de certaines conditions⁹⁸³. Pour les marchés à procédure adaptée, le pouvoir adjudicateur peut négocier « avec les candidats ayant présenté une offre »⁹⁸⁴, et uniquement si la négociation a été prévue dès la publication de l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de consultation⁹⁸⁵. Dans le cadre de la procédure négociée, la négociation intervient après l'examen et la sélection des offres, et après élimination des offres inappropriées⁹⁸⁶. Dans le cadre du dialogue compétitif, la discussion n'est possible qu'après examen des candidatures⁹⁸⁷. Dans le cadre des concessions d'aménagement, la discussion est possible avec les candidats ayant remis des propositions et, pour les collectivités territoriales, après que l'organe délibérant ait désigné en son sein la commission chargée d'émettre un avis sur les propositions reçues⁹⁸⁸.

À la suite de ces négociations ou dialogues, les entreprises candidates déposent leurs offres définitives qui font ensuite l'objet d'une évaluation de la part de la personne publique. Dans les procédures d'appel d'offre des marchés publics, ou lorsqu'aucune phase de discussion n'est prévue, cette évaluation intervient après l'examen des candidatures. Le processus d'achat public entre ainsi dans la phase fondamentale de la procédure de passation : le choix du cocontractant. Parmi les offres définitives des candidats, et après avoir écarté les offres irrecevables, la personne publique doit choisir laquelle correspond le mieux aux critères préalablement définis⁹⁸⁹. La succession de toutes les phases précédentes a pour objectif de permettre le choix le plus opportun pour l'administration. Cette phase décisive intervient donc au terme d'un processus chronologiquement encadré.

Le choix du cocontractant n'est pas le point final du processus d'achat public, puisque d'autres phases interviennent à la suite de ce choix. Dans les procédures d'appel d'offre des

⁹⁸² Art. L.1411-1 du Code général des collectivités territoriales.

⁹⁸³ Art. 35 du code des marchés publics 2006.

⁹⁸⁴ Art. 28 du code des marchés publics 2006.

⁹⁸⁵ TA Lille, 5 avril 2011, *Préfet du Nord*, n° 10-03008 et 10-03238 : *Contrats Publics* n° 112, p. 58, note H. Letellier et P. Proot ; *Contrats et marchés publ.* 2011, comm. 202 et 224, obs. F. Llorens – CAA Nantes, 7 juin 2013, *Société Phytorem SA*, n° 11NT03240 : *AJDA* 2013, p. 2128, n° 37 ; *Contrats et marchés publ.*, 2013, comm. 285, obs. M. Ubaud-Bergeron – CE, 18 septembre 2015, *Société Axxess*, préc.

⁹⁸⁶ Art. 66 du Code des marchés publics.

⁹⁸⁷ Art. 67 du Code des marchés publics.

⁹⁸⁸ Art. R.300-8 et R.300-9 du Code de l'urbanisme.

⁹⁸⁹ L'intensité de cette exigence dans le choix du cocontractant varie en fonction de la procédure et du contrat envisagé. Par exemple, en matière de délégation de service public, le délégant dispose d'une plus grande liberté de choix que dans le cadre d'un marché public à procédure formalisée.

marchés publics, avec l'accord de l'attributaire du marché, le pouvoir adjudicateur peut procéder à une mise au point⁹⁹⁰. Ce procédé consiste en des précisions écrites annexées au marché, destinées à améliorer la valeur technique de l'offre retenue ou à corriger les anomalies qu'elle pourrait comporter. Le Code précise que cette mise au point n'est possible qu'avec le candidat retenu, et elle doit intervenir avant la conclusion du marché⁹⁹¹ : elle est donc chronologiquement réglementée. En matière de dialogue compétitif, le pouvoir adjudicateur peut demander au candidat retenu de clarifier des aspects de son offre à condition que ceci n'ait pas pour effet de modifier des éléments substantiels de l'offre, de fausser la concurrence ou d'entraîner des discriminations⁹⁹². À la suite du choix du cocontractant, la personne responsable du contrat doit respecter certaines modalités de publicité, notamment celle d'informer les candidats du rejet de leur candidature ou de leur offre. Pour se protéger de certains recours contentieux, elle doit procéder à une publicité *ex post* portant sur les modalités d'attribution du contrat⁹⁹³. Une fois le contrat signé, l'exécution des obligations contractuelles par l'attributaire du contrat débute.

Il ressort donc clairement de l'étude du droit positif qu'il existe une chronologie dans le processus d'achat public. Le pouvoir adjudicateur doit respecter une série d'étapes, dans un ordre précis, avant de pouvoir procéder à la conclusion du contrat. Le temps est ainsi une véritable clé de lecture des procédures de passation. Cette clé de lecture temporelle sera transposée aux principes de la commande publique afin de préciser leurs fonctions propres. Cette conception chronologique des procédures est confirmée par le caractère obligatoire du temps sur la passation, le juge sanctionnant son irrespect.

B : Une chronologie obligatoirement observée.

La question se pose de savoir si ce rapport entre le temps et la réglementation est immuable, dirimant, ou s'il constitue un simple guide à destination des personnes publiques. Les exemples de sanction pour non respect de cette temporalité apportent des éléments de réponse. Cette chronologie de la commande publique est obligatoire dans la mesure où son

⁹⁹⁰ Art. 59.II du Code des marchés publics ; Art. 64 du Code des marchés publics.

⁹⁹¹ CE, 30 novembre 1990, *Société Coignet*, n° 53636, *Rec.* p. 944 ; *D.* 1991. 188, obs. Ph. Terneyre ; *RDI* 1991. 46, obs. F. Llorens et Ph. Terneyre.

⁹⁹² Art. 67 du Code des marchés publics.

⁹⁹³ Les modalités de cette publicité *ex post* seront détaillées dans la section 2 du présent chapitre.

irrespect immédiat entraîne une sanction pouvant conduire à l'annulation ou à la reprise de la procédure de passation (I). La mise en place de ce processus chronologique permet également de sanctionner son irrespect médiat car, si au cours de la procédure ou lors de l'exécution du contrat, le processus est rétroactivement faussé, un « retour en arrière » est alors indispensable (II).

I : La sanction du non respect immédiat de la chronologie.

Le juge sanctionne le non respect immédiat du processus chronologique de passation des contrats de la commande publique, confirmant par conséquent le caractère obligatoire du respect de la temporalité de l'achat public. Toutes les modalités antérieures à la publicité doivent être scrupuleusement respectées, car elles conditionnent la légalité de la procédure à venir et ont donc une influence sur les obligations de publicité et de mise en concurrence. Ainsi, un respect tardif ou absent de ces modalités peut entraîner l'annulation de la procédure de passation⁹⁹⁴. C'est le cas de la détermination des besoins, dont la conduite fait l'objet d'un contrôle restreint de la part du juge⁹⁹⁵, qui touche ainsi « à la politique d'achat du pouvoir adjudicateur et, par-delà, à son administration »⁹⁹⁶. La personne responsable de l'achat doit également anticiper les critères de sélection des candidatures et des offres qu'elle doit publier avant la mise en concurrence⁹⁹⁷, et qui dépendent, en outre, de la détermination des besoins préalables. Ainsi, une entrave chronologique aux obligations présentes en amont du processus d'achat public, en plus de porter préjudice au déroulement de la procédure, peut entraîner une

⁹⁹⁴ L'absence de ces modalités peut inciter le pouvoir adjudicateur à ne pas procéder à une mise en concurrence des candidats alors que celle-ci est obligatoire. Dans ce cas, la sanction du non respect immédiat de la chronologie est évidente.

⁹⁹⁵ CE, 2 octobre 2013, *Département de l'Oise c/ Société Itslearning France*, préc.

⁹⁹⁶ S. HUL, obs sous CE, 2 octobre 2013, *Département de l'Oise c/ Société Itslearning France*, *AJCT* 2014, p. 113.

⁹⁹⁷ CJCE, 12 décembre 2002, *Universale Bau AG*, aff. C-470/99, *Rec.* p. I-11617 ; *BJCP* 2002, p. 196, concl. S. Alber et obs. Ph. Terneyre ; *Dr. Adm.* 2003, comm. 34, note A. Ménéménis ; *CP-ACCP* n° 20, 2003, p. 63, comm. E. Fatôme et L. Richer ; *AJDA* 2003. 623, note T. Gliozzo ; *Contrats et marchés publ.* 2003, comm. 49 et 51, note G. Eckert ; *Europe* 2003, comm. 59 et 60, note D. Ritleng – CJCE, 24 janvier 2008, *Emm. G. Lianakis AE et autres contre Dimos Alexandroupolis et autres*, préc. – CE, Sect., 30 janvier 2009, *ANPE*, n°290236, *Rec.* p. 4, concl. B. Dacosta ; *AJDA* 2009. 602, note J.-D. Dreyfus ; *RDI* 2009. 242, obs. S. Braconnier ; *Contrats et marchés publ.* 2009, comm. 121, note W. Zimmer ; *RJEP* n° 666, juillet 2009, p. 17, note D. Moreau – CE, 23 décembre 2009, *Établissement public du musée et du domaine national de Versailles*, n° 328827, *Rec.* p. 502 ; *BJCP*, n° 69, p. 103, concl. B. Dacosta, obs. Ch. Maugüe ; *JCP A*, 2010, p. 2103, note F. Dieu ; *AJDA* 2010. 500, note J.-D. Dreyfus ; *JCP G*, 2010, p. 27, obs. L. Erstein ; *RTD eur.* 2010. 453, chron. D. Ritleng, A. Bouveresse et J.-P. Kovar ; *Contrats publics*, mars 2010, p. 83, note Le Bouedec ; *Dr. adm.* 2010, comm. 36, note G. Eckert ; *Contrats et marchés publ.* 2010, comm. 83, note Ph. Rees – CE, 18 juin 2010, *Commune de Saint-Pal-de-Mons*, n° 337377, *Rec.* p. 211 ; *BJCP* n° 72, p. 337, concl. B. Dacosta ; *AJDA* 2010. 1234 ; *RDI* 2010. 555, obs. R. Noguellou ; *AJCT* 2010. 32, obs. J.-D. Dreyfus ; *RDI* 2010. 555, obs. R. Noguellou ; *AJCT* 2010. 32, obs. J.-D. Dreyfus ; *RTD eur.* 2010. 975, chron. D. Ritleng, J.-P. Kovar et A. Bouveresse ; *Contrats et marchés publ.* 2010, comm. 271, Ph. Rees.

annulation de cette dernière. Cet enchaînement temporel a pour objectif d'assurer un minimum d'efficacité dans la commande publique et assure en partie la légalité de l'opération contractuelle.

Lors de la mise en concurrence effective, le non respect immédiat de la chronologie entraîne également des sanctions. C'est le cas lorsque les candidatures sont évaluées avant les offres, ou lorsque les offres sont examinées à la lumière des critères de sélections des candidatures⁹⁹⁸. C'est également le cas lorsque sont entreprises des discussions avec les candidats sans que ne soient réunies des conditions préalables obligatoires⁹⁹⁹. Dès lors, l'autorité adjudicatrice doit respecter un ensemble d'étapes avant le choix du cocontractant sous peine d'une annulation de la procédure de passation sur le fondement d'une méconnaissance des obligations de publicité et de mise en concurrence. Le pouvoir adjudicateur doit donc scrupuleusement respecter le « *calendrier* » procédural préalablement déterminé à défaut d'entraîner un risque contentieux.

Naturellement, le non respect immédiat de la chronologie ne constitue pas le seul fondement d'une sanction de la procédure de passation. Les acteurs de la commande publique peuvent respecter rigoureusement le calendrier et commettre cependant des erreurs susceptibles d'entraîner l'annulation de la procédure. C'est par exemple le cas si le pouvoir adjudicateur avantage de manière significative l'un des candidats afin qu'il remporte le contrat. Néanmoins, la temporalité du droit de la commande publique est une véritable obligation à la charge de la personne publique, qui est également astreinte au respect médiat du temps.

II : La sanction du non respect média de la chronologie.

Le processus d'achat public, à l'instar de l'exécution des contrats, n'est pas figé, car il est possible que des modifications interviennent lors de la procédure de passation. Ces modifications sont nécessaires pour l'administration car cette dernière peut s'apercevoir, lors de la procédure, qu'elle a mal évalué ses besoins ou mal déterminé les modalités de mise en concurrence. Soucieux de l'existence et de la nécessité d'un tel phénomène, le législateur et le juge permettent, sous certaines conditions, une rectification du processus d'achat public en

⁹⁹⁸ Cf. *Infra*, II.

⁹⁹⁹ V. notamment les articles 35, 66, 67 du Code des marchés publics.

cours. Cet encadrement découle de l'existence certaine d'une chronologie, puisque les modifications ne peuvent remettre en cause les acquis des étapes précédentes, sauf à reprendre ou recommencer une procédure. Ainsi, « *plus la procédure de sélection progresse vers le choix du cocontractant, plus la marge de manœuvre de l'administration dans la modification du règlement se rétrécit* »¹⁰⁰⁰. Cette affirmation de Pierre Bourdon, qui décrit le processus d'achat public comme un entonnoir, confirme la correspondance entre le régime des modifications précontractuelles et le temps. Plus la procédure de passation est avancée, plus les modifications sont encadrées, voire proscrites, et ce en toute logique. Il est en effet plus difficile de rectifier certaines erreurs lorsque la procédure est avancée. Les acteurs de la commande publique sont donc contraints de respecter médiatement la chronologie de la commande publique.

L'administration demeure assez libre lorsqu'elle modifie les caractéristiques du contrat ou de la procédure avant la date de réception des candidatures. Elle peut, d'une part, procéder à des modifications mineures, de détail. Dans ce cas, elle a l'obligation d'envoyer un additif aux entreprises ayant effectivement communiqué leur volonté de soumissionner au contrat en retirant auprès de l'administration les dossiers de la consultation¹⁰⁰¹. Elle doit également laisser un délai suffisant aux candidats pour élaborer leur offre si la modification apportée le justifie¹⁰⁰². D'autre part, et c'est dans ce cas que la liberté est grande, l'administration peut procéder à des modifications substantielles de l'objet ou des conditions initiales du contrat. Une rectification revêt un caractère substantiel si elle influence le comportement des entreprises, soit concernant leur décision d'être ou non candidate, soit concernant les termes de leur offre¹⁰⁰³. Elle a pour effet de remettre en cause les conditions initiales de mise en concurrence. Dans cette hypothèse, la personne publique doit obligatoirement respecter deux modalités : elle doit envoyer un avis rectificatif dans les mêmes supports de publicité que l'avis d'appel public à la concurrence initial¹⁰⁰⁴ ; elle doit respecter un nouveau délai de remise des candidatures « *pour permettre aux entreprises, éventuellement dissuadées de*

¹⁰⁰⁰ P. BOURDON, *op. cit.*, p. 221.

¹⁰⁰¹ CE, 9 février 2004, *Communauté urbaine de Nantes*, n° 259369, *Rec.* p. 763 ; *JCP A* 2004. 1232, comm. F. Linditch.

¹⁰⁰² F. LINDITCH, « À propos du délai suffisant laissé aux entreprises pour élaborer leur offre », note sous CE, 9 février 2004, *Communauté urbaine de Nantes*, *JCP A*, n° 14, 29 mars 2004, p. 458.

¹⁰⁰³ W. ZIMMER, comm. sous CE, 16 novembre 2005, *Ville de Paris*, n° 278646, *Contrats et marchés publ.* 2006, comm. 3.

¹⁰⁰⁴ CE, 16 novembre 2005, *Ville de Paris*, n° 278646, *Rec. T.* p. 966 ; *Contrats et marchés publ.* 2006, comm. 3, note W. Zimmer – CE, 13 juin 2007, *Ville de Paris*, n° 287955 – CAA Marseille, 16 octobre 2008, *Communauté d'agglomération du Pays Ajaccien*, n° 06MA02131.

présenter leur candidature par les indications portées sur l'avis initial, de disposer du délai utile pour déposer une offre »¹⁰⁰⁵. Par conséquent, toute modification de l'objet du contrat ou des conditions de la consultation doit être portée à la connaissance des candidats ayant déposé leurs candidatures ainsi que des entreprises susceptibles d'être intéressées par la conclusion du contrat par l'envoi d'un avis d'appel public à la concurrence rectificatif¹⁰⁰⁶. Cet outil permet à la personne publique de modifier librement certains termes du futur contrat qui peut s'apparenter à un nouveau contrat.

Après la date de réception des candidatures, l'administration ou les entreprises candidates disposent d'une marge de manœuvre restreinte. L'autorité adjudicatrice ne dispose plus de la possibilité de procéder à l'envoi d'un avis rectificatif, dans la mesure où, après cette date, aucun opérateur économique ne peut candidater à l'attribution du contrat : la procédure est dite fermée. Dès lors, l'administration ne peut procéder ou imposer des modifications qui remettraient en cause les conditions initiales de concurrence sans porter atteinte aux principes de la commande publique. Toute modification substantielle est exclue¹⁰⁰⁷, excepté si l'autorité adjudicatrice déclare la procédure infructueuse et recommence une nouvelle procédure pour permettre aux soumissionnaires potentiels qui s'étaient abstenus de candidater de présenter leur offre¹⁰⁰⁸. En effet, « *c'est qu'une modification importante (...) est en délicatesse au regard de l'égalité entre l'ensemble des candidats potentiels. En effet, certains d'entre eux, qui se sont abstenus de soumissionner en raison des caractéristiques initiales du contrat, pourraient être plus intéressés par ses caractéristiques modifiées* »¹⁰⁰⁹. Ainsi, dans la plupart des cas, seules les modifications ne remettant pas en cause les conditions initiales de mise en concurrence sont admises. À ce titre, le législateur de l'Union européenne souligne que « *les pouvoirs adjudicateurs devraient indiquer d'emblée les exigences minimales relatives à la nature du marché et qui ne devraient pas être modifiées au cours de négociations. Les critères d'attribution et leur pondération devraient demeurer inchangés tout au long de la procédure et ne devraient pas faire l'objet de négociations, afin de garantir l'égalité de traitement de tous les opérateurs économiques* »¹⁰¹⁰. Par conséquent, le législateur de l'Union

¹⁰⁰⁵ CE, 13 juin 2007, *Ville de Paris*, préc. En l'espèce, il s'agit d'une procédure d'appel d'offre : le délai doit donc être de 52 jours.

¹⁰⁰⁶ P. LE BOUEDEC, *JCL contrats et marchés publics*, Fasc. 60-30 : « Publicité et information des candidats ».

¹⁰⁰⁷ CE, Sect. 10 janvier 1930, *Sieurs Le Cordenner et Petton*, n° 90390, 90397, *Rec.* p. 44 – CE, 22 avril 1983, *Auffret et autre*, n° 21509, *Rec.* p. 160.

¹⁰⁰⁸ CE, 4 avril 1997, *Comme de l'Île d'Yeu*, n° 147957, *Rec. T.* p. 929 ; *D.* 1998. 230, obs. Ph. Terneyre ; *RDI* 1997. 436, obs. F. Llorens et Ph. Terneyre.

¹⁰⁰⁹ P. BOURDON, *op. cit.*, p. 240.

¹⁰¹⁰ Pt. (45) de la Directive 2014/24/UE préc.

démontre une volonté certaine de maintenir les conditions de mise en concurrence préalablement arrêtées lors de la procédure de passation.

Pour les délégations de service public, le délégant peut apporter, au cours de la consultation, des adaptations à l'objet du contrat envisagé si ces adaptations sont limitées, justifiées par l'intérêt du service et qu'elles ne présentent pas, entre les entreprises, un caractère discriminatoire¹⁰¹¹. Si les modifications faussent les règles de la concurrence, la procédure est annulée¹⁰¹². En outre, les critères de sélection ne peuvent être modifiés en cours de consultation¹⁰¹³. La personne publique dispose cependant de la possibilité, si certaines offres ne correspondent pas exactement aux exigences de service public énoncées dans le règlement d'appel d'offre, de demander à certains candidats de modifier leur offre afin qu'elle satisfasse à ces exigences¹⁰¹⁴. Dans ce cas, elle doit laisser un délai suffisant à l'entreprise concernée par la demande pour modifier son offre¹⁰¹⁵. Quant aux candidats, ils disposent de la possibilité, au cours de la négociation, de modifier leur offre¹⁰¹⁶. Cette modification ne doit cependant pas être substantielle et tous les candidats doivent être en mesure de modifier leur offre dans des conditions d'égalité.

Pour les contrats de partenariat, les discussions entre les candidats et la personne publique sont assez libres et peuvent porter sur tous les aspects du contrat. Cependant, lors du dialogue ou de la négociation, les demandes de clarification des offres ne peuvent avoir pour effet de modifier les éléments fondamentaux de l'offre ou les caractéristiques essentielles du contrat¹⁰¹⁷. Le pouvoir adjudicateur, en cours de procédure, ne peut modifier ni les critères

¹⁰¹¹ CE, 29 juillet 1998, *Editions Dalloz-Sirey*, n° 188686, *Rec.* p. 330 ; *BJCP*, 1998, n°1, p. 76, concl. H. Savoie – CE, 21 juin 2000, *Syndicat intercommunal de la Côte d'Amour et de la presqu'île guérandaise*, préc. Avant l'apparition de la loi *Sapin* qui soumet la passation des délégations de service public à des obligations de publicité et de mise en concurrence, la solution était différente : le Conseil d'État considérait que l'autorité publique pouvait modifier ultérieurement les termes de l'offre, pour y apporter les améliorations qu'elle jugeait nécessaires : CE, Ass., 3 mars 1993, *Association des amis de la forêt de Saint-Germain*, n° 126719 et 126821 ; *AJDA* 1993, 387, chron. Ch. Maugué et L. Touvet ; *CJEG* 1993, 360, concl. Sanson.

¹⁰¹² CAA Paris, 13 juin 2006, *Commune d'Asnières-sur-Seine*, n° 03PA03602 ; *AJDA* 2006. 1844, note J.-D. Dreyfus.

¹⁰¹³ CE, 30 juillet 2014, *Société Lyonnaise des eaux France*, n° 369044 ; *BJCP* 2014. 398, concl. G. Pellissier ; *Contrats et marchés publ.* 2014, comm. 269, note G. Eckert ; *AJDA* 2014. 2486, note H. Hoepffner ; *ibid.* 1628, obs. D. Poupeau ; *JCP A* 2014, comm. L. de Fournoux.

¹⁰¹⁴ CE, 14 mars 2003, *Société Air Lib*, n° 251610, *Rec. T.* p. 861 ; *AJDA* 2003. 1052, note J.-D. Dreyfus.

¹⁰¹⁵ CE, 18 juin 2010, *Société SAUR*, n° 335475, n° 335485.

¹⁰¹⁶ CE, 9 août 2006, *Compagnie générale des eaux*, n° 286107, n° 286108 ; *BJCP*, n° 49, 448, concl. D. Casas ; *AJDA* 2006. 2064, note J.-B. Morel ; *Contrats et marchés publ.* 2006, comm. 267, note E. Delacour.

¹⁰¹⁷ Art. L.1414-7 du Code général des collectivités territoriales.

d'attribution définis au départ, ni leur pondération¹⁰¹⁸. La logique est similaire pour les procédures négociées¹⁰¹⁹ des marchés publics ou le dialogue compétitif¹⁰²⁰, ainsi que pour les marchés publics soumis à l'ordonnance du 6 juin 2005¹⁰²¹.

La question du régime des modifications précontractuelles après la date de réception des candidatures a pu se poser pour les marchés passés selon une procédure adaptée. Le Code des marchés publics reste très lacunaire sur les modalités de cette procédure, laissant le pouvoir adjudicateur assez libre. Le juge administratif comble cette lacune, en affirmant que même si dans le cadre de cette procédure, la collectivité est libre de déterminer la procédure à suivre, il ne lui est pas possible de modifier substantiellement l'objet du marché en cours de procédure¹⁰²². Dans certaines hypothèses, toute modification après la date de réception des candidatures, même mineure, est interdite : c'est le cas des procédures d'appel d'offre du Code des marchés publics¹⁰²³. Il est seulement possible de demander aux candidats de préciser ou de compléter la teneur de leur offre¹⁰²⁴, ou de procéder à une mise au point avec le candidat retenu. Cependant, ces précisions ou compléments ne s'apparentent pas à de réelles modifications de l'offre¹⁰²⁵ ni du contrat définitif¹⁰²⁶. Par conséquent, le juge sanctionne les modifications médiates qui remettent en cause le processus chronologique de l'achat public.

¹⁰¹⁸ CE, 29 octobre 2004, *M. Sueur et a.*, n° 269814, *Rec.* p. 393 ; *Dr. adm.*, 2005 comm. 4, note A. Ménéménis ; *AJDA* 2004. 2383, chron. C. Landais et F. Lenica ; *RFDA* 2004. 1103, concl. D. Casas ; *Contrats et marchés publ.* 2004, comm. 249, note G. Eckert.

¹⁰¹⁹ Art. 66 du Code des marchés publics – CAA Marseille, 27 juin 2002, *Syndicat d'agglomération nouvelle du Nord-Ouest de l'Etang de Berre, Préfet des Bouches-du-Rhône*, n° 00MA01402 ; *Contrats et marchés publ.* 2003, comm. 28, note F. Olivier ; *CP-ACCP* 18/2003, note C. Cabanes et P. Marty : la négociation ne doit pas altérer de manière substantielle l'objet ni les conditions de la consultation.

¹⁰²⁰ Art. 67 du Code des marchés publics pour le dialogue compétitif – CE, 4 avril 2005, *Commune de Castellar*, n° 265784, *Rec.* p. 141 ; *Contrats et marchés publ.* 2005, comm. 149, note F. Olivier ; *Dr. adm.* 2005, comm. 102, note A. Ménéménis.

¹⁰²¹ Cass., com., 8 décembre 2009, n° 08-21.714.

¹⁰²² TA Caen, 21 décembre 2006, *Préfet de la Manche*, n° 0602284 ; *BJCP* 2007, n° 53, p. 325 – CE, 27 avril 2011, *Président du Sénat*, n° 344244, *Rec. T.* p. 1006 ; *AJDA* 2011. 870, obs. R. Grand ; *JCP A* 2011. actu. 333, obs. C.-A. Dubreuil, et n° 2214, note F. Linditch ; *Contrats et marchés publ.* 2011, comm. 165, note W. Zimmer.

¹⁰²³ Art. 59 et 64 du Code des marchés publics.

¹⁰²⁴ Ces dispositions sont des applications du principe de l'intangibilité des offres en procédure d'appel d'offre, principe constant dans la jurisprudence du Conseil d'État depuis un arrêt du 25 juillet 1939, *Dame Veuve gautron*, n° 64734, *Rec.* p. 529.

¹⁰²⁵ O. LENZ, concl. sur CJCE, 25 avril 1996, *Commission c/ Belgique*, aff. C-87/94, pt. 37 : « du point de vue sémantique, nous pensons qu'il faut entendre le terme "préciser" utilisé dans la déclaration commune du Conseil et de la Commission, dans le sens de communiquer des détails permettant de décrire plus clairement l'objet en question, ou de le définir avec une plus grande exactitude. Quant au second terme employé dans la déclaration commune, celui de "compléter", nous y voyons l'apport d'indications supplémentaires qui n'étaient pas antérieurement disponibles. Les deux termes ont ceci de commun qu'il ne s'agit pas de remplacer des indications fournies antérieurement, mais au contraire de les concrétiser d'une façon ou d'une autre ».

¹⁰²⁶ F. DIEU, « La distinction entre mise au point du marché et modification », concl. sur TA Nice, 23 mars 2006, *Société Degremont*, n° 9905093, *AJDA* 2006, p. 1277.

Le droit de la commande publique est ainsi modulé par le temps, qui joue un véritable rôle de structuration du processus d'achat public, que le juge peut être amené à sanctionner en cas de non respect. Il convient à présent de conceptualiser cette chronologie de la commande publique, afin de dégager « les temps de la commande publique », à partir de l'étude approfondie des procédures de passation. C'est à partir de cette conception temporelle du processus d'achat public qu'il sera possible d'appréhender les fonctions propres à chaque principe de la commande publique.

SECTION 2 : La systématisation consécutive des temps du droit de la commande publique.

La relation entre le droit de la commande publique et le temps démontrée, il convient de se pencher sur son utilisation concrète. Actuellement, deux conceptions des procédures de passation existent : une vision uniforme de la procédure de passation ; une vision morcelée des procédures de passation. D'un côté, une vision uniforme, car la procédure est conçue comme un tout s'enchaînant chronologiquement, alors qu'elle est souvent extrêmement formalisée et complexe. L'absence d'une conceptualisation de la procédure de passation en est la preuve. De l'autre, une vision morcelée, car il existe des multitudes de procédures différentes¹⁰²⁷ débouchant sur un « *droit de la commande publique en miettes* »¹⁰²⁸. Ces conceptions sont problématiques car elles sont à l'origine d'un désordre du droit de la commande publique¹⁰²⁹. Une conceptualisation du temps dans la commande publique permet de remédier à ces difficultés, d'une part, en tranchant avec la vision uniforme des procédures et, d'autre part, en réunissant des éléments communs à l'ensemble des procédures. C'est en cela que réside l'utilité d'une analyse sur les relations entre la chronologie et le droit

¹⁰²⁷ La multiplication des différentes procédures est en lien avec la prolifération des différents types de contrats de la commande publique. Voir à ce sujet F. LLORENS, « Typologie des contrats de la commande publique », *Contrats et marchés publ.* 2005, ét. 7.

¹⁰²⁸ F. LLORENS, P. SOLER-COUTEAUX, « Le droit de la commande publique en miettes », *Contrats et Marchés Publ.* 2005, Repère 1.

¹⁰²⁹ Cf. *Supra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 2. Le morcellement des procédures de passations est à l'origine d'une complexité aboutissant à l'existence d'une insécurité juridique dans l'application des règles de la commande publique ; la vision homogène de la procédure de passation ne permet pas de cibler les applications concrètes de chaque principe de la commande publique.

de la commande publique. À partir de cette analyse, il est possible de procéder à une systématisation temporelle du régime de la commande publique. Cette conceptualisation, reposant sur un découpage temporel de la commande publique, permet à la fois de constituer une grille de lecture et de dégager des éléments communs à l'ensemble des procédures de passation.

Cette systématisation des temps de la commande publique se fonde sur l'existence d'objectifs distincts et propres à chacun d'eux. L'étude minutieuse de l'ensemble des procédures de passation permet de dégager des buts plus précis que les objectifs généraux poursuivis par l'ensemble des trois principes¹⁰³⁰ et qui débouchent sur une séparation logique des différentes étapes amenant à la conclusion et à l'exécution du contrat. Malgré les dissemblances existantes entre les différentes procédures, ces objectifs restent communs au déroulement de tout processus d'achat public. À travers l'étude transversale des procédures de la commande publique, il convient de démontrer qu'il existe plusieurs temps chronologiquement structurés et différenciables, à l'intérieur desquels existent des enjeux et une logique foncièrement différents, dont la réunion permet de servir les grandes logiques communes. Aux objectifs et temps préalables au choix de cocontractant (**paragraphe 1**) suivent les objectifs et temps ultérieurs à ce choix (**paragraphe 2**).

Pierre Bourdon¹⁰³¹, dans sa thèse relative au *Contrat administratif illégal*, procède à une systématisation du temps dans la commande publique. L'auteur évoque l'existence de trois grandes phases chronologiques dans la mise en concurrence du contrat. La première phase « est celle où l'administration fait connaître aux candidats potentiels l'opportunité de conclure le contrat par une mesure de publicité »¹⁰³². Cette phase est relative à l'appel à la concurrence au moyen d'une publicité préalable. La deuxième phase « consiste en la sélection des candidatures déposées »¹⁰³³, une fois la date de réception des candidatures passée. Enfin, « la troisième et ultime phase est celle du choix du cocontractant parmi les divers concurrents »¹⁰³⁴. Par la suite, l'auteur étudie distinctement ces phases, en précisant pour chacune d'elle les différentes règles qui s'y appliquent¹⁰³⁵. Ce n'est pas ce découpage

¹⁰³⁰ Ces objectifs sont l'efficacité de la commande publique, la bonne utilisation des deniers publics, et l'ouverture des marchés à la concurrence : Cf. *Supra*, Titre 1.

¹⁰³¹ P. BOURDON, *op. cit.*

¹⁰³² *Ibid.*, p. 233.

¹⁰³³ *Idem.*

¹⁰³⁴ *Idem.*

¹⁰³⁵ *Ibid.*, p. 233 et s.

chronologique qui est retenu dans les développements qui suivent. Il convient de démontrer qu'il existe quatre temps différents de la commande publique : l'accès à la procédure, la mise en concurrence effective, la finalisation de la procédure et l'exécution du contrat.

Cette conceptualisation des temps de la commande publique permet de dégager une grille de lecture temporelle du processus d'achat public, qui sera utilisée pour structurer l'application des principes de la commande publique. En effet, cette grille permet d'appréhender une application temporelle des principes de la commande publique, dans le but de préciser leurs fonctions propres au sein du tout qu'ils forment.

Paragraphe 1 : Le dévoilement des temps préalables au choix du cocontractant.

Le choix du cocontractant est l'aboutissement logique des procédures de passation organisées dans le cadre de la commande publique. Ce point cardinal du processus d'achat public est précédé de différentes étapes chronologiquement structurées, qui poursuivent deux objectifs distincts : un objectif d'accès à la procédure de passation d'une part, un objectif de mise en œuvre efficace de la procédure de passation d'autre part. L'existence tranchée de ces deux objectifs permet de dégager les deux premiers temps de la commande publique : le temps de l'accès à la procédure de passation, qui est la phase de préparation de cette procédure (**A**) ; le temps de la mise en œuvre efficace de la procédure de passation, aboutissant au choix de l'offre (**B**).

A : Le temps de l'accès à la mise en concurrence, phase de préparation de la procédure.

L'objectif d'accès à la procédure de passation, commun à l'ensemble des contrats de la commande publique (I), réunit divers éléments qu'il conviendra d'assembler dans un unique temps de préparation de la procédure de passation (II). Guidée par la poursuite d'une ouverture à la concurrence saine et loyale du futur contrat, cette phase à dimension économique permet d'appeler un nombre suffisant de soumissionnaires potentiels afin d'organiser une mise en concurrence efficace débouchant, par la suite, sur le choix de l'offre et du cocontractant.

I : L'existence d'un objectif d'accès commun à l'ensemble des contrats de la commande publique.

L'objectif premier de toute initiative d'achat public est celui d'un accès des opérateurs économiques à la mise en concurrence. Cet objectif à dimension économique découle d'une logique d'ouverture à la concurrence issue du droit de l'Union européenne, afin que les opérateurs économiques des États membres puissent accéder aux contrats de la commande publique exécutés sur le territoire de l'Union. L'enjeu est d'offrir la possibilité à tout candidat potentiellement intéressé de participer à la procédure de passation pour remporter le contrat. La finalité de cet objectif, situé nécessairement en amont de la procédure de passation, est de susciter une concurrence assez large et adaptée au type de contrat, afin d'obtenir ensuite une mise en concurrence efficace¹⁰³⁶. Il s'agit, véritablement, de déterminer les conditions de participation à la mise en concurrence¹⁰³⁷, et de les faire connaître à ceux susceptibles d'être intéressés afin qu'ils puissent, s'ils remplissent les critères, candidater. *A contrario*, cet objectif fait obstacle aux entraves dans l'accès aux contrats de la commande publique. Cette « *étape de préréflexion* »¹⁰³⁸ peut être considérée comme une véritable phase préparatoire à la procédure de passation du contrat, préalable à une mise en concurrence effective. Cet objectif, corollaire d'une ouverture à la concurrence saine et loyale, permet à la personne responsable de l'achat d'appeler un grand nombre d'opérateurs économiques à candidater, lui permettant ainsi d'avoir de fortes chances d'obtenir une offre correspondant au mieux à ses besoins. Cet

¹⁰³⁶ En effet, sans appel à la concurrence, il ne peut y avoir de mise en concurrence efficace.

¹⁰³⁷ Ph. PROOT, « Les conditions de participation à un marché public », *CP-ACCP* 2006, n° 58, p. 75.

¹⁰³⁸ J.-D. DREYFUS, « Le décret n° 2001-210 du 7 mars 2001 portant code des marchés publics », *RDI* 2001, p. 211.

objectif d'accès est commun à l'ensemble des contrats de la commande publique soumis à des procédures de passation, dans la mesure où c'est justement dans un but d'accès à la commande publique qu'ont été imaginées les procédures de mise en concurrence.

Cet objectif d'accès à la mise en concurrence existe également pour certains contrats de la commande publique non soumis à une procédure de passation ou à des obligations spécifiques de publicité et de mise en concurrence. L'article 28 du Code des marchés publics relatif à la procédure adaptée dispose que « *le pouvoir adjudicateur peut également décider que le marché sera passé sans publicité ni mise en concurrence préalables si son montant estimé est inférieur à 15 000 euros HT. Lorsqu'il fait usage de cette faculté, il veille à choisir une offre répondant de manière pertinente au besoin, à faire une bonne utilisation des deniers publics et à ne pas contracter systématiquement avec un même prestataire lorsqu'il existe une pluralité d'offres potentielles susceptibles de répondre au besoin* »¹⁰³⁹. Cette obligation faite au pouvoir adjudicateur de ne pas systématiquement contracter avec le même prestataire révèle l'existence d'un objectif d'accès à ce type de marché non soumis à des obligations de publicité et de mise en concurrence.

Cet objectif d'accès n'est pas exclusif au droit de la commande publique. Il est possible de trouver des similitudes dans le droit de la fonction publique. Le droit de l'Union européenne favorise l'ouverture de l'accès à l'emploi dans l'administration publique, par des procédures de recrutement, afin d'assurer le principe de libre circulation des travailleurs¹⁰⁴⁰ et l'abolition de toute discrimination fondée sur la nationalité. Cet accès est limité, l'article 45 TFUE disposant que « *les dispositions du présent article ne sont pas applicables aux emplois dans l'administration publique.* ». Toutefois, la Cour de justice de l'Union européenne retient une conception fonctionnelle restrictive de l'administration publique qui est constituée d'un « *ensemble d'emplois qui comportent une participation, directe ou indirecte, à l'exercice de la puissance publique et aux fonctions qui ont pour objet la sauvegarde des intérêts généraux de l'État ou des autres collectivités publiques* »¹⁰⁴¹. Les ressortissants des États membres disposent donc du droit d'accéder aux emplois de la fonction publique interne en cas

¹⁰³⁹ Art. 28, III du Code des marchés publics.

¹⁰⁴⁰ Art. 45 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne : « *la libre circulation des travailleurs est assurée à l'intérieur de l'Union. Elle implique l'abolition de toute discrimination, fondée sur la nationalité, entre les travailleurs des États membres, en ce qui concerne l'emploi, la rémunération et les autres conditions de travail* ».

¹⁰⁴¹ CJCE, 17 décembre 1980, *Commission c/ Royaume de Belgique*, aff. C-149/798, *Rec.* p. 03881, §10.

d'équivalence des diplômes¹⁰⁴², sauf si l'emploi entre dans la définition donnée par la Cour. Le parallèle peut également être fait en droit interne de la fonction publique pour ce qui concerne l'ouverture du concours et l'admission à concourir. Les personnes souhaitant se présenter aux concours de la fonction publique doivent répondre à certaines conditions d'admissibilités qui peuvent les empêcher de concourir¹⁰⁴³. Cependant, en dehors des conditions prévues par les statuts, ces conditions générales d'accès aux fonctions publiques doivent être justifiées par l'exercice des fonctions et ne doivent pas entraver l'accès des administrés aux emplois publics¹⁰⁴⁴. Afin d'assurer cet accès, l'administration doit respecter un principe d'égalité d'admissibilité aux emplois publics¹⁰⁴⁵, et l'ouverture du concours doit faire l'objet d'une publicité appropriée au journal officiel¹⁰⁴⁶. Le juge administratif exerce un contrôle normal sur les décisions de refus d'admission à concourir¹⁰⁴⁷. Cette logique d'accès est similaire en droit de la commande publique, puisque la personne responsable du futur contrat doit, en déterminant les conditions d'admission à participer à la procédure et en procédant à une publicité, assurer l'accès à la mise en concurrence.

La question se pose du point de départ de ce temps de la commande publique. Il n'existe pas de date précise pendant laquelle la personne publique décide de passer un contrat et en détermine les conditions d'accès. Cette période de réflexion ne dispose ainsi pas d'une origine précise, même si certains actes préalables des collectivités, tels qu'une délibération sur le principe même de passer un contrat, donne des indices en ce sens. L'achèvement de cet objectif est en revanche déterminé. C'est lorsque la publicité est faite que se termine cette logique d'accès à la procédure de passation. En effet, la publicité intervient lorsque les conditions d'accès ont été décidées et déclenche la procédure de passation. C'est à ce moment que débute une logique de mise en concurrence entre les candidats qui ont effectivement

¹⁰⁴² CJCE, 9 septembre 2003, *Burbaud*, aff. C-285/01, *Rec.* p. I-08219 ; *AJDA* 2003. 1734, note S. Gervasoni ; *ibid.* 1911, étude F. Melleray ; *ibid.* 1916, interview I. Burbaud ; *D.* 2003. 2851, note P. Icard ; *AJFP* 2003. 8, note J. Mekhantar – CE, 16 mars 2005, *Mme Burbaud*, n° 268718, *Rec.* p. 109 ; *AJDA* 2005. 1465, concl. T. Olson ; *JCP A* 2005, n° 1271, note Ch. Ferrari-Breur – Décret n° 2007-196 du 13 février 2007 relatif aux équivalences de diplômes requises pour se présenter aux concours d'accès aux corps et cadres d'emplois de la fonction publique, *JORF* n°38 du 14 février 2007, p. 2746.

¹⁰⁴³ Art. 5 du Titre 1 de la Loi du 13 juillet 1983.

¹⁰⁴⁴ CE, 24 janvier 1975, *Association française des hémophiles*, n° 93052, *Rec.* p. 52 ; *Rev. Trim. Dr. San. et Soc.*, 1975, p. 381, concl. Rougevin-Baville.

¹⁰⁴⁵ CC, Décision n° 82-153 DC du 14 janvier 1983, *3ème voie d'accès à l'ENA*, *Rec.* p. 35 ; *AJDA* 1983. 312, note Y. Gaudemet ; *RDP*, 1992. 425, note M. Fabre-Alibert – CE, 28 mai 1954, *Barel et autres*, n° 28238, 28493, 28524, 30237, 30256, *Rec.* p. 308.

¹⁰⁴⁶ CE, 20 octobre 1999, *Bailleul*, n° 181732, *Rec.* p. 323 ; *Dr. adm.*, 2000, comm. 13, note C. Moniolle ; *Dr. adm.*, 2000, comm. 9, note R. S.

¹⁰⁴⁷ CE, 18 mars 1983, *Mulsant*, n° 34782, *Rec.* p. 125 ; *AJDA* 1983, p. 527, chron. Lasserre, Delarue ; *Rev. Adm.*, 1983, p. 370, note B. Pacteau ; *RDP*, 1983, n° 5, p. 1404, note J. Waline.

accès à la procédure de passation. Cet acte, qui dispose d'une fonction économique, permet d'appeler les soumissionnaires potentiels intéressés qui souhaitent être mis en concurrence pour obtenir le contrat. Par son biais, les soumissionnaires potentiels, les candidats virtuels, ont la possibilité de devenir des candidats réels¹⁰⁴⁸. La publicité sépare donc la préparation de la procédure et sa mise en œuvre effective. Par conséquent, tous les éléments antérieurs à la publicité constituent ce premier temps de l'accès à la procédure de passation.

II : L'existence subséquente d'un temps d'accès commun à l'ensemble des contrats de la commande publique.

Il convient à présent de lister les éléments susceptibles d'entrer dans ce premier temps de la commande publique, et ce dans l'objectif d'appréhender par la suite les fonctions propres à chaque principe. En effet, ces éléments constituent les finalités du ou des principes correspondant à ce temps.

Tous les éléments antérieurs à la publicité doivent être assemblés dans cet unique temps de préparation de la procédure de passation, car ils concernent toutes les considérations liées à l'objectif d'accès à la mise en concurrence, et, *in fine*, d'accès au contrat. L'absence de libre choix de la personne publique est une des conditions d'accès des entreprises à la commande publique. En effet, les procédures de passation, en empêchant la personne publique de toujours faire appel au même prestataire, permettent l'accès au contrat à d'autres entreprises potentiellement intéressées. *A contrario*, l'absence d'obligation de publicité et de mise en concurrence amoindrit l'accès des entreprises potentiellement intéressées, ces dernières pouvant être évincées du contrat sans que la personne publique ait à justifier son choix.

Les interdictions de soumissionner et les mesures d'exclusion font également partie de ce temps de l'accès à la procédure de passation. Les interdictions de soumissionner ayant pour effet d'exclure de la commande publique certaines catégories de candidats, elles sont en lien direct avec l'accès à la commande publique. L'exemple le plus probant est celui des marchés publics¹⁰⁴⁹. L'article 43 du Code des marchés publics détermine une liste d'interdiction de

¹⁰⁴⁸ La distinction candidats virtuels / candidats réels est empruntée à M. GUIBAL, « Egalité et conclusion des marchés publics », in *L'interventionnisme économique de la puissance publique, Mélanges en l'honneur du Doyen Georges Péquignot*, CREAM, Montpellier, 1984, tome 1, p. 355.

¹⁰⁴⁹ Les dispositions applicables aux marchés publics s'appliquent également aux marchés soumis à l'ordonnance du 6 juin 2005 et aux concessions de travaux publics, ainsi qu'aux délégations de service public : Cf. *Infra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 1.

soumissionner qui tient compte des exclusions introduites par la directive 2004/18¹⁰⁵⁰, reprises par la directive 2014/24¹⁰⁵¹, en vue de lutter contre la criminalité économique. En droit de l'Union européenne, les possibilités d'exclusions ont un caractère limitatif, mais la Cour de justice laisse cependant la possibilité aux États d'instituer des motifs d'exclusions nécessaires à la mise en œuvre des principes de la commande publique, pour autant qu'ils soient proportionnés aux objectifs à atteindre¹⁰⁵².

Doivent également être inclus dans ce temps de l'accès les critères de sélection des candidatures¹⁰⁵³, ainsi que les modalités de rédaction des pièces de consultation. Des critères de sélection trop restrictifs entravent en effet l'accès des candidats à la mise en concurrence¹⁰⁵⁴.

L'accès aux contrats de la commande publique a pu susciter des discussions sur la candidature des personnes publiques. Du fait de son statut particulier, la question s'est posée de la possibilité pour une personne publique d'avoir accès aux contrats de la commande publique. Selon le Conseil d'État, elles bénéficient effectivement de cette possibilité, puisqu'aucun « *texte ni principe n'interdit, en raison de sa nature, à une personne publique, de se porter candidate à l'attribution d'un marché public ou d'un contrat de délégation de service public* »¹⁰⁵⁵. Cette possibilité d'accès est toutefois soumise à conditions¹⁰⁵⁶. Récemment, le

¹⁰⁵⁰ Art. 45 de la Directive 2004/18 du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés de travaux, de fournitures et de services, *JOUE*, p. 0114.

¹⁰⁵¹ Art. 57 de la Directive 2014/24/UE sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, *JOUE*, p. L 94/65.

¹⁰⁵² CJCE, 16 décembre 2008, *Michaniki AE c/ Ethniko Symvoulío Radiotileorasis, Ypourgos Epikrateias*, aff. C-213/07, *Rec. p. I-09999* ; *AJDA* 2009. 252 ; *RJEP* 2009, n° 34, p. 10 ; *JCP A* 2009, n°2189, note O. Dubos ; *Europe* 2008, comm. 63, obs. E. Bernard ; *Contrats et marchés publ.* 2009, comm. 35, note W. Zimmer – CJUE, 15 juillet 2010, *Bâtiments et Ponts Construction SA*, aff. C-74/09, *Rec. p. I-07271* ; *CP-ACCP* 2010, n° 102, p. 13, obs. S. Chavarochette-Boufferet ; *Contrats et marchés publ.*, 2010, comm. 366, obs. W. Zimmer ; *Europe* 2010, comm. 315, obs. M. Meister.

¹⁰⁵³ C'est le cas des critères relatifs à la capacité, des conditions relatives à la situation régulière du candidat, les obligations fiscales et sociales, et les spécifications techniques. Il est à noter que tout critère qui, par des exigences particulières en matière de capacité ou de spécifications techniques, contribue à écarter certaines catégories de candidats est irrecevable : CE, 9 février 1912, *Mauguin*, *Rec. p. 179*.

¹⁰⁵⁴ Par exemple, l'art. 45 du Code des marchés publics de 2006 relatif aux critères de sélection des candidatures précise qu' « *il ne peut être exigé des candidats que des niveaux minimaux de capacités liés et proportionnés à l'objet du marché* ».

¹⁰⁵⁵ CE, avis, 8 novembre 2000, *Société Jean-Louis Bernard Consultants*, n° 222208, *Rec. p. 492* ; *RFDA* 2001, p. 112, concl. C. Bergeal ; *Contrats et marchés publ.* 2001, comm. 8, obs. P. Soler-Couteaux ; *AJDA* 2000. 1066 ; *ibid.* 987, chron. M. Guyomar et P. Collin.

¹⁰⁵⁶ CE, Ass. 31 mai 2006, *Ordre des avocats au barreau de Paris*, n° 275531, *Rec. p. 272* ; *Contrats et marchés publ.* 2006, comm. 202, obs. G. Eckert – CE, 10 juillet 2009, *Département de l'Aisne et ministre de la Santé et des Sports*, n° 324156, et n° 324232, *Rec. T. p. 829* ; *AJDA* 2009. 1402 ; *ibid.* 2006, note J.-D. Dreyfus ; *RFDA* 2010. 146, note G. Clamour ; *BJCP* 2009. 444, concl. F. Lenica ; *Dr. adm.* 2009, comm. 127, note Marson ; *Contrats et marchés publ.* 2009, comm. 270, note G. Eckert – CJUE, 23 décembre 2009, *CoNISMa*, aff. C-

Conseil d'État a indiqué que les personnes publiques « ne peuvent légalement présenter une telle candidature que si elle répond à un (...) intérêt public, c'est à dire si elle constitue le prolongement d'une mission de service public dont la collectivité ou l'établissement public de coopération a la charge »¹⁰⁵⁷, restreignant ainsi l'accès des personnes publiques à la mise en concurrence.

L'accès des petites et moyennes entreprises¹⁰⁵⁸ (PME) à la commande publique est également un objectif qui entre dans cette première phase du processus d'achat public. Le législateur a mis en place des mécanismes dans le but de rééquilibrer la concurrence entre cette catégorie d'entreprises et les entreprises générales qui, dans le cadre de la commande publique, avaient un « quasi-monopole » sur les contrats publics de grande ampleur. L'allotissement en droit des marchés publics, la sous-traitance, l'attribution préférentielle sont ces mécanismes qui permettent de faciliter l'accès des PME au contrat.

La durée des contrats est également un élément important dans la détermination de l'accès aux contrats de la commande publique, dès lors qu'une durée indéterminée ou trop longue ferme l'accès au contrat pour les candidats potentiellement intéressés. C'est la raison pour laquelle la plupart des contrats administratifs doivent être conclus pour une durée limitée et adaptée à l'objet et au type de contrat. À ce titre, certains observent que les contrats pouvant être conclus sans limitation de durée ne sont pas soumis à des obligations de publicité et de mise en concurrence, et ne relèvent donc pas d'une logique de « commande publique »¹⁰⁵⁹. Il existe donc un lien évident entre la détermination de la durée et l'accès à la commande publique.

La publicité est également un élément fondamental de ce temps de l'accès à la commande publique. En effet, l'accès à la procédure suppose que les entreprises potentiellement

305/08, *Rec.* p. I-12129; *RFDA* 2011. 377, chron. L. Clément-Wilz, F. Martucci et C. Mayeur-Carpentier ; *RTD eur.* 2011. 432, obs. A. Lawrence Durviaux – CJUE, 18 décembre 2014, *Azienda Ospedaliero-Universitaria di Careggi-Firenze c/ Data Medical Service Srl*, aff. C-568/13 ; *Contrats et marchés publ.* 2015, comm. 37, note G. Eckert.

¹⁰⁵⁷ CE, 30 décembre 2014, *Société Armor SNC*, n° 355563, à paraître au recueil ; *RFDA* 2015, 57., concl. B. Dacosta ; *AJDA* 2015. 7. ; *AJDA* 2015, 449., note J. Jessi et L. Dutheillet de Lamothe ; *AJCT* 2015. 58., note E. Royer ; *JCP A* n° 6, 2015, comm. 2030, comm. H. Pauliat ; *Contrats et marchés publ.* 2015, comm. 35, note L. de Fournoux.

¹⁰⁵⁸ V. à ce titre CE, 13 mai 1987, *Société Wanner Isofi Isolation*, n° 39120, *Rec.* p. 171 – J.-F. SESTIER, « L'accès des PME à la commande publique », *BJCP* 2001, n° 16, p. 214 et s.

¹⁰⁵⁹ F. MELLERAY, « Les contrats administratifs conclus sans limitation de durée », in *A propos des contrats des personnes publiques, Mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Richer*, LGDJ, 2013, p. 221.

intéressées aient été informées de l'intention d'achat de la personne publique. Plus la publicité est large, plus l'accès à la procédure est conséquent. Sans publicité, les candidats qui remplissent les conditions prédéterminées par la personne publique ne peuvent exercer leur liberté d'accéder à la procédure. Toutefois, deux éléments sont à distinguer dans la publicité : le support et le contenu. Le support est l'endroit où les informations relatives au contrat et à la procédure sont publiées, tandis que le contenu est la substance de la publicité. C'est le support de la publicité qui a un lien avec l'objectif d'accès à la procédure. L'effectivité de cet objectif dépend en effet de la quantité de candidats potentiels informés, donc du support sur lequel est publié la publicité. Le juge effectue par ailleurs un contrôle sur le support de publicité afin de s'assurer qu'il est adapté à l'objet et au montant du contrat¹⁰⁶⁰. L'objectif d'accès est donc en lien avec l'aspect « *horizontal* »¹⁰⁶¹ de la publicité, c'est à dire « *la publicité dans l'espace* »¹⁰⁶², accessible à un nombre suffisant de candidats potentiels.

Par conséquent, tous ces éléments concernant l'accès des candidats potentiels à la commande publique doivent être réunis dans ce temps. Cette phase de préparation de la procédure est ainsi constituée de toutes les modalités permettant de préparer et d'assurer une mise en concurrence efficace. L'objectif d'accès à la procédure, intrinsèque à ce temps, constitue la fonction de l'un des principes de la commande publique qui sera attaché temporellement à cette période. Vient ensuite le temps de la mise en œuvre effective de la procédure de passation.

B : Le temps de la mise en œuvre de la procédure, phase de déroulement de la mise en concurrence.

Au temps de l'accès à la procédure de passation succède le temps de la réalisation concrète de cette procédure, par le biais de la mise en concurrence (II). Cette étape est une véritable phase de confrontation entre les candidats réels, et non plus potentiels, et l'autorité adjudicatrice. Cette phase rompt ainsi avec la logique de pré-réflexion de la phase précédente. Dans ce deuxième temps de la commande publique, il existe deux objectifs parallèles et

¹⁰⁶⁰ CE, 7 octobre 2005, *Région Nord Pas-de-Calais*, n° 278732, *Rec.* p. 423 ; *AJDA* 2005. 2128, note J.-D. Dreyfus ; *Dr. adm.* 2005, comm. 168, obs. A. Ménéménis ; *Contrats et marchés publ.* 2005, ét. 17, note F. Lichère ; *RLCT* 9/2006, n° 228, note V. Corneloup.

¹⁰⁶¹ B. DACOSTA, concl. sur CE, 30 janvier 2009, *ANPE*, *BJCP* n° 64, p. 206.

¹⁰⁶² F. LICHERE, « Le contrôle du Conseil d'État sur la procédure adaptée est-il adaptée ? À propos de l'arrêt du Conseil d'Etat Région Nord-Pas-de-Calais du 7 octobre 2005 », *Contrats et marchés publ.* 2005, ét. 17.

communs à l'ensemble des procédures (I), qui sont le traitement égal des candidats et l'intelligibilité de la procédure. Ce deuxième temps s'achève lorsque la personne responsable de l'achat confirme le choix du cocontractant.

I : L'existence d'objectifs parallèles communs à l'ensemble des contrats de la commande publique.

Suite à l'objectif d'accès, se succèdent deux objectifs parallèles contenus dans le même temps : le traitement égal des candidats qui ont effectivement accédé à la mise en concurrence (a) et l'intelligibilité des procédures (b). Ces objectifs sont parallèles dans la mesure où, temporellement, ils se composent conjointement sans s'influencer réciproquement. En effet, ils concourent ensemble à un objectif d'efficacité de la procédure de mise en concurrence tout en restant exclusifs l'un de l'autre.

a : Un objectif portant sur le traitement égal des candidats.

La mise en concurrence effective et efficace des candidats réels est la deuxième phase du processus d'achat, qui succède au temps de l'accès au contrat. Une fois la publicité préalable effectuée, les candidats qui remplissent les critères au regard des conditions d'accès préalablement déterminées manifestent leur volonté de soumissionner auprès de l'autorité adjudicatrice. Cette manifestation de volonté se matérialise par les demandes de communication des documents de consultation, puis par le dépôt des candidatures, éventuellement des offres si ces deux étapes sont concomitantes¹⁰⁶³.

La mise en concurrence effective est nécessairement ultérieure à l'objectif d'accès au contrat. En effet, la personne acheteuse est dans l'obligation, dans le cadre des procédures de passation, de déterminer les conditions d'accès au moyen d'une publicité préalable destinée à permettre la présentation de plusieurs candidatures¹⁰⁶⁴, et ce avant de procéder à la réception et à la mise en concurrence des soumissions¹⁰⁶⁵ : c'est une obligation chronologique¹⁰⁶⁶. Les acteurs de cette phase de mise en concurrence sont, à la différence du temps de l'accès,

¹⁰⁶³ C'est le cas des procédures d'appel d'offre formalisées du Code des marchés publics.

¹⁰⁶⁴ TA Pau, 7 mars 1994, *Schmeltz c/ CCI Tarbes*, n° 940222 ; *LPA* 1994, n° 64, p. 13 et s. obs. M. Roncière.

¹⁰⁶⁵ Ch. MAUGÜÉ, « Les variations de la liberté contractuelle dans les contrats administratifs », *AJDA* 1998, p. 694.

¹⁰⁶⁶ Cf. *Supra*, Section 1.

clairement identifiés. Fort logiquement, s'y trouve la personne publique acheteuse ou délégante, mais également les candidats réels. Ces derniers, en se manifestant auprès de l'autorité adjudicatrice et en déposant leurs candidatures, passent du statut juridiquement flou de « *soumissionnaires potentiellement intéressés, susceptibles d'être intéressés par le contrat* »¹⁰⁶⁷, catégorie dont les membres sont indéterminables, à celui de candidats au contrat, qui sont dans ce cas des entités déterminées¹⁰⁶⁸. Le glissement entre ces deux statuts dévoile l'existence de buts différents entre ces périodes.

À ce titre, il est à noter que l'article 2 de la directive 2014/24¹⁰⁶⁹ distingue trois types d'entités. D'abord, « *l'opérateur économique* », constitué de « *toute personne physique ou morale ou entité publique, ou tout groupement de ces personnes et/ou entités, y compris toute association temporaire d'entreprises, qui offre la réalisation de travaux et/ou d'ouvrages, la fourniture de produits ou la prestation de services sur le marché* ». Ensuite, le « *soumissionnaire* », qui est « *un opérateur économique qui a présenté une offre* ». Enfin, le « *candidat* », qui est « *un opérateur économique qui a demandé à être invité ou a été invité à participer à une procédure restreinte, à une procédure concurrentielle avec négociation, à une procédure négociée sans publication préalable, à un dialogue compétitif ou à un partenariat d'innovation* ». Par conséquent, la directive distingue nominativement le candidat susceptible d'être intéressé par le contrat, de celui qui a été invité à présenter une candidature, et de celui qui a effectivement déposé une offre. Dès lors, le législateur européen opère une mutation du statut du candidat en fonction de l'avancée de la procédure, c'est-à-dire en fonction du temps.

De cette confrontation directe entre la personne responsable de l'achat et les candidats ressort clairement un objectif de traitement égal des candidats, commun à l'ensemble des procédures

¹⁰⁶⁷ Le terme de « soumissionnaires potentiels » apparaît explicitement dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, lorsqu'elle évoque l'existence d'une obligation de transparence « *qui consiste à garantir, en faveur de tout soumissionnaire potentiel, un degré de publicité adéquat* ». V. en ce sens CJCE, 7 décembre 2000, *Telaustria Verlags GmbH et Telefonadress GmbH contre Telekom Austria AG*, aff. C-324/98, *Rec.* p. I-10745 ; *AJDA* 2001. 106, note L. Richer ; *ibid.* 329, chron. H. Legal, C. Lambert et J.-M. Belorgey ; *RFDA* 2011. 377, chron. L. Clément-Wilz, F. Martucci et C. Mayeur-Carpentier ; *Contrats et marchés publ.* 2001, comm. 50, note F. Llorens ; *BJCP* 2001. p. 132, concl. N. Fenelly et note Ch. Maugué ; *Dr. adm.* 2001, comm. 85, note M.-Y. Benjamin – CJCE, 13 octobre 2005, *Parking Brixen*, aff. C-458/03 *Rec.* p. I-8585 ; *BJCP* 2005, n° 43, concl. J. Kokott, obs. R. Schwartz ; *Contrats et marchés publ.* 2005, comm. 306, obs. G. Eckert ; *CP-ACCP* 2005, n° 50, p. 65, obs. L. Richer ; *JCP A* 2005, n° 1364, p. 1712, obs. M. Dreyfuss ; *JCP A*, 2006, n° 1021, p. 141, obs. D. Szymczak.

¹⁰⁶⁸ Sur la notion de candidat à l'attribution d'un contrat public v. D. TASCİYAN, « Le droit à réparation du candidat évincé », *AJDA* 2014, p. 542 : l'auteur distingue notamment cette notion de celle de concurrent évincé. V. également TA Lyon, 19 octobre 2007, *Société SEPUR*, n° 0706592, *AJDA* 2008, p. 59.

¹⁰⁶⁹ Directive 2014/24/UE, préc.

de passation soumises à des obligations de publicité et de mise en concurrence. Il ne s'agit plus de déterminer les conditions d'accès au contrat dans l'objectif de susciter une large concurrence pour permettre cet accès, mais de les mettre effectivement en œuvre, en faveur ou en défaveur des entreprises qui manifestent leur volonté de se voir attribuer le contrat. La personne acheteuse est face à plusieurs entités déterminées qu'elle doit veiller à ne pas traiter différemment en fonction de considérations qui ne sont pas intrinsèquement liées au contrat¹⁰⁷⁰. L'existence d'un objectif de traitement égal des candidats, dans un but d'efficacité de la mise en concurrence, est ainsi certaine. Sans cet objectif, l'accès à la concurrence et la mise en concurrence deviennent superflus. Il n'y a en effet aucun intérêt à mettre en place des procédures de passation si le choix du cocontractant ne s'effectue pas au regard d'un traitement égal des candidats. En effet, *in fine*, la partialité de la personne responsable de l'achat dans le traitement des candidats remet en cause l'ouverture préalable à la concurrence et s'apparente à la passation d'un contrat de gré à gré ne nécessitant pas des obligations de publicité et de mise en concurrence.

Cet objectif de traitement égal des candidats réels transparait dans les textes. Par exemple, l'article 66 du Code des marchés publics sur la procédure négociée dispose que « *la négociation est conduite dans le respect du principe d'égalité de traitement de tous les candidats* ». Dans le même sens, l'article 29 de la directive 2014/24¹⁰⁷¹ dispose qu' « *au cours de la négociation, les pouvoirs adjudicateurs assurent l'égalité de traitement de tous les soumissionnaires. À cette fin, ils ne donnent pas, de manière discriminatoire, d'information susceptible d'avantager certains soumissionnaires par rapport à d'autres* ». L'article 30 de cette directive dispose également que « *au cours du dialogue, les pouvoirs adjudicateurs assurent l'égalité de traitement de tous les participants* »¹⁰⁷². Le législateur européen fait de cet objectif un point essentiel des nouvelles directives¹⁰⁷³.

Cet objectif de traitement égal des candidats s'achève logiquement lorsque la personne responsable de l'achat a procédé au choix du cocontractant. Le candidat retenu devient le futur cocontractant, et les candidats réels deviennent des candidats évincés de la procédure de

¹⁰⁷⁰ CE, 18 décembre 1968, *Compagnie générale des eaux c/ Ville de Vannes*, n° 64025, 64026, *Rec.* p. 653.

¹⁰⁷¹ Directive 2014/24/UE, préc.

¹⁰⁷² *Ibid.*, art. 30.

¹⁰⁷³ *Ibid.*, pt (45) : « *les pouvoirs adjudicateurs devraient indiquer d'emblée les exigences minimales relatives à la nature du marché et qui ne devraient pas être modifiées au cours de négociations. Les critères d'attribution et leur pondération devraient demeurer inchangés tout au long de la procédure et ne devraient pas faire l'objet de négociations, afin de garantir l'égalité de traitement de tous les opérateurs économiques* ».

passation. L'intérêt d'un traitement égal des candidats disparaît. Cet objectif est accompagné, lors de la phase de mise en concurrence, d'un objectif portant sur l'intelligibilité de la procédure.

b : Un objectif portant sur l'intelligibilité de la procédure.

Les considérations liées au traitement des candidats lors de la mise en concurrence ne sont pas les seuls éléments de mise en œuvre du processus d'achat. Toutes les procédures de passation relatives aux contrats de la commande publique traitent de la question des éléments communiqués aux candidats sur le déroulement de la mise en concurrence. Ces modalités concernent le caractère suffisant de l'information révélée aux candidats souhaitant soumissionner pour l'obtention du contrat. Un exemple parlant est le règlement de consultation, obligatoire dans le cadre de la passation des marchés publics¹⁰⁷⁴. Son objet est en effet « *d'informer les candidats à un marché sur les conditions générales du marché et la procédure qui sera suivie* »¹⁰⁷⁵, permettant à ces derniers de ne pas concourir à l'aveugle.

Ainsi, dès l'enclenchement de la procédure de passation se pose la question du contenu des informations à communiquer aux candidats, tant sur les caractéristiques du futur contrat que sur le déroulement de la procédure. En somme, l'interrogation porte sur l'intelligibilité des « règles du jeu » de la procédure de passation. Cette question est fondamentale car il n'est pas possible de concevoir que des candidats puissent présenter leur candidature à la passation d'un contrat sans en connaître toutes les règles du jeu¹⁰⁷⁶. Ces informations sont d'autant plus utiles qu'elles permettent à la compétition d'être la plus efficace possible¹⁰⁷⁷. Leur publicité permet en effet aux candidats de construire l'offre la mieux adaptée aux attentes de la personne responsable de l'achat et leur assure que cette règle sera la même pour tous¹⁰⁷⁸. Ainsi, « *refuser de dévoiler aux candidats les règles du jeu, c'est atténuer la portée d'un dispositif conçu dans l'intérêt tant des opérateurs économiques que des collectivités elles-*

¹⁰⁷⁴ CE, 16 octobre 2000, *Société Stereau*, n° 213958, *Rec. T.* p. 1003 ; *RDI* 2001. 62, obs. F. Llorens.

¹⁰⁷⁵ S. DELIANCOURT, note sous CAA Marseille, 26 février 2004, *Société SEMEVA c/ Préfet des Bouches-du-Rhône*, n° 99MA00674, *CP-ACCP* n° 36, septembre 2004, p. 68.

¹⁰⁷⁶ B. DACOSTA, concl. sur CE, 23 décembre 2009, *Établissement public du musée et du domaine national de Versailles*, n° 328827, *BJCP* n° 69, p. 107.

¹⁰⁷⁷ N. BOULOUIS, concl. sur CE, 24 février 2010, *Communauté de communes de l'Enclave des Papes*, n° 333569, *BJCP* n° 70, p. 204.

¹⁰⁷⁸ B. DACOSTA, concl. sur CE, 18 juin 2010, *Commune de Saint-Pal-de-Mons*, n° 337377, *BJCP* n° 72, p. 337.

mêmes »¹⁰⁷⁹. Il existe ainsi, concomitamment à l'objectif d'égal traitement des candidats, un objectif d'intelligibilité de la procédure plaidant en faveur d'une communication utile des modalités du déroulement de la procédure jusqu'au choix du cocontractant. Cet objectif concourt, avec l'égal traitement, à la poursuite d'une efficacité réelle de la procédure de passation.

Le terme « d'intelligibilité de la procédure » a été choisi car il renvoie à l'idée de clarté, de limpidité, de compréhension des règles relatives à la procédure, et d'accessibilité à ces dernières. Sans cet objectif, le déroulement de la procédure de passation se trouve biaisé. D'une part, du fait que les candidats, sans ces informations, ne peuvent présenter une offre correspondant au mieux aux besoins. D'autre part, en raison du fait que l'accessibilité aux règles du jeu pendant la procédure permet de vérifier leur respect par la personne responsable de l'achat une fois le cocontractant choisi. Cet objectif reste parallèle à celui d'un traitement égal des candidats réels car ils ne se recoupent pas dans leurs effets. Le pouvoir adjudicateur peut respecter l'égalité de traitement tout en ne communiquant pas suffisamment les divers éléments relatifs à la procédure. Il peut transmettre minutieusement les informations utiles en ne traitant pas de manière égale les candidats lors de la mise en concurrence. Tout au plus un point de convergence peut être trouvé dans l'égalité de l'information donnée aux candidats. Cette question reste cependant sous l'égide de l'objectif de traitement égal des candidats et non sous celle de l'objectif d'intelligibilité de la procédure.

Ces deux objectifs sont temporellement regroupés dans un temps de la mise en concurrence qu'il convient de décrire. *In fine*, cette description permettra de préciser les fonctions propres des principes de la commande publique, en rattachant ces deux objectifs différents au principe qui s'y rapproche le plus.

II : L'existence subséquente d'un temps de la mise en concurrence commun à l'ensemble des contrats de la commande publique.

Les objectifs de traitement égal des candidats et d'intelligibilité de la procédure débutent à la publicité préalable et s'achèvent au choix du cocontractant. Ils disposent donc de la même temporalité. Concourant parallèlement à un objectif plus général d'efficacité de la

¹⁰⁷⁹ B. DACOSTA, concl. sur CE, 30 janvier 2009, *ANPE*, *BJCP* n° 64, p. 207.

procédure, ils peuvent de fait être regroupés dans un même temps de la commande publique. Chronologiquement, ce temps correspond à la phase de mise en concurrence effective de la procédure de passation.

Toutes les modalités concernant les rapports directs entre la personne acheteuse et les candidats entrent dans ce temps de la mise en concurrence au titre de l'objectif de traitement des candidats. En premier lieu, se trouvent les échanges informatifs entre ces derniers. La personne publique a la possibilité, dans le cadre de certaines procédures de passation, de procéder à une demande de précisions ou de compléments des candidatures et des offres. Dans ce cadre, elle doit veiller à ne pas privilégier un candidat par rapport à un autre¹⁰⁸⁰. Il en est de même en ce qui concerne les modalités de régularisation des candidatures et des offres, ou lorsqu'elle communique les documents de consultation. En cas de modifications mineures ou de détail, la personne publique doit envoyer un additif aux personnes ayant effectivement communiqué leur volonté de soumissionner au contrat en veillant à respecter un traitement égal des candidats dans cette information¹⁰⁸¹.

La négociation ou le dialogue sont deux étapes dans lesquelles les rapports entre la personne responsable du contrat et les candidats sont importants. Dans cette phase commune à certaines procédures de passation¹⁰⁸², la personne acheteuse doit veiller à ne pas privilégier un candidat par rapport à un autre, en lui réservant l'exclusivité de certaines informations par exemple¹⁰⁸³.

¹⁰⁸⁰ CE, 17 juin 1996, *Préfet de la région Ile-de-France c/ Ville de Paris et Société d'entreprise générale*, n° 136957, *Rec.* p. 230 : « qu'en invitant la seule société d'entreprise générale à modifier ses propositions sur ce point, la ville de Paris a méconnu le principe d'égalité entre soumissionnaires ; que, dès lors, le marché conclu par la ville de Paris avec la société d'entreprise générale est intervenu à la suite d'une procédure irrégulière et doit être annulé ».

¹⁰⁸¹ Pour les marchés publics, v. CE, 9 février 2004, *Communauté Urbaine de Nantes*, n°259369, *Rec.* p. 763 ; *JCP A* 2004. 1232, comm. F. Linditch – F. LINDITCH, « A propos du délai suffisant laissé aux entreprises pour élaborer leur offre », note sous CE, 9 février 2004, *Communauté Urbaine de Nantes*, *JCP A*, 2004, 1232. p.458. Pour les délégations de service public, v. CE, 21 juin 2000, *Syndicat intercommunal de la Côte d'Amour et de la presque île Guérandaise*, n° 209319, *Rec.* p. 283.

¹⁰⁸² Dans certains cas, le recours à la négociation est interdit : c'est le cas dans les procédures de passation formalisées des marchés publics, ou pour celles des contrats de partenariat.

¹⁰⁸³ V. pour les délégations de service public, pour lesquelles la négociation est une étape fondamentale : CE, 15 juin 2001, *Syndicat intercommunal d'assainissement de saint martin de Ré et la flotte en ré*, n° 223482, *Rec.* p. 265 ; *BJCP* 2001. 415, concl. Piveteau, note Ph. Terneyre ; *Dr. adm.* 2001, comm. 185, note D. P. ; *AJDA* 2001. 1090, note J.-P. Markus – CE, 9 août 2006, *Compagnie générale des eaux*, n° 286107 ; *BJCP* 2006, p. 448, concl. D. Casas ; *AJDA* 2006. 2064, note J.-B. Morel ; *Contrats et marchés publ.* 2006, comm. 267, note E. Delacour ; *AJDA* 2006. 2064, note J.-B. Morel – J.-B. MOREL, « Le Conseil d'Etat se prononce sur la portée de la libre négociation en matière de délégation de service public », note sous CE, 9 août 2006, *Compagnie générale des eaux*, *AJDA* 2006, p. 2064 – CE, 18 juin 2010, *Communauté urbaine de Strasbourg, société Seche Eco Industrie c / Sociétés Tiru et Novergie*, n° 336120, *Rec. T.* p. 847 ; *BJCP* 2010. 354, concl. B. Dacosta, obs. P.S ; *AJDA* 2010. 1233 ; *AJCT* 2010. 31, obs. O. Didriche ; *Contrats et marchés publ.* 2010, comm. 293, obs. G. Eckert ; *Dr. adm.* 2010, comm. 128, note F. Brenet ; *JCP A.* 2010, n° 2272, obs. F. Linditch. Pour Stéphane

La modification des candidatures et des offres, lors de ces phases, peut également être fortement encadrée pour éviter une rupture d'égalité entre les candidats.

Dans le même sens, le choix effectif des candidatures puis des offres entrent dans ce deuxième temps au titre de l'objectif de traitement égal des candidats. Dans ce cadre, les rapports entre les candidats et le pouvoir adjudicateur sont prégnants. Ils concernent tout d'abord la phase de dépôt et d'examen des candidatures, phase pendant laquelle la personne publique doit veiller à ne pas octroyer un avantage ou un désavantage injustifié à l'un des candidats. Il concerne ensuite l'examen des offres, au moyen de critères préalablement déterminés. Les différents aspects techniques de ces deux phases, qui seront analysés en détails dans les développements ultérieurs, montrent l'existence d'un véritable aménagement juridique des relations entre la personne acheteuse et les candidats. Lorsqu'une commission procède à une analyse des offres ou au choix des candidatures et des offres, la composition de cette commission ne doit pas avoir pour effet d'entacher la procédure de partialité¹⁰⁸⁴. Ainsi, de la publicité jusqu'au choix du cocontractant, la personne publique acheteuse est dans une phase de véritable confrontation avec les candidats qu'elle doit veiller à traiter de manière identique.

Toutes les modalités relatives à la communication de certaines informations sur la procédure ou les caractéristiques du futur contrat aux candidats entrent dans ce temps de la mise en concurrence au titre de l'objectif d'intelligibilité de la procédure. L'enjeu est de permettre aux candidats de connaître les règles de la mise en concurrence afin d'être en mesure d'élaborer une soumission la mieux à même de correspondre aux besoins de la personne acheteuse. Cela permet également de vérifier ultérieurement que ces règles, au préalable annoncées, ont bien été respectées. Ce sont donc toutes les modalités de publicité qui doivent être regroupées dans l'objectif d'intelligibilité de la procédure de passation. Le contenu de la publicité préalable, à

Braconnier, « la seule limite matérielle à la portée de la négociation réside dans l'interdiction, faite à l'autorité publique, de remettre en cause l'égalité entre les candidats » (note sous CE, 26 septembre 2005, Société *AGUR*, *AJDA* 2006, p. 554). Pour les marchés publics, v. art. 66 et 67 du Code des marchés publics 2006 relatif aux procédures négociées et au dialogue compétitif, qui visent expressément le principe d'égalité des candidats. Pour les marchés à procédure adaptée, v. F. BRENET, « Procédure adaptée : la part de la négociation », note sous CE, 30 novembre 2011, *Ministre de la Défense, Dr. adm.* 2012, comm. 14 – C. LECLERC, « Procédure adaptée, information des candidats sur les sous-critères de sélection et négociation », note sous TA Orléans, 15 janvier 2013, *Société novacyt*, n° 12404125, *JCP A* 2013, n° 21, p. 24.

¹⁰⁸⁴ Art. L2131-11 du Code général des collectivités territoriales – CE, Sect., 16 décembre 1994, *Commune d'Oullins*, n° 145370, *Rec.* p. 559 ; *AJDA* 1995. 72 ; *RDSS* 1995. 572, obs. E. Alfandari – CE, 19 mars 2012, *SA Groupe Partouche*, n° 341562, *Rec.* p. 91 ; *BJCP* 2012. 193, concl. N. Boulouis ; *AJDA* 2012. 573 ; *Contrats et marchés publ.* 2012, comm. 157, note G. Eckert ; *RJEP* 2012, comm. 41, note G. Pellissier.

opposer à l'aspect *horizontal*¹⁰⁸⁵ de la publicité, entre dans cet objectif. C'est en effet lui qui permet de faire connaître aux soumissionnaires potentiels les caractéristiques du futur contrat ainsi que les modalités du déroulement de la procédure. Cette publicité permet de faire en sorte que tous les éléments pris en considération par le pouvoir adjudicateur, et leur importance relative, soient connus des candidats au moment de la préparation de leurs offres¹⁰⁸⁶. Les informations transmises ultérieurement à cette publicité préalable, comme par exemple le règlement de consultation¹⁰⁸⁷, ou les diverses informations antérieures ou postérieures à la négociation lorsqu'elle a lieu, entrent également dans cet objectif d'intelligibilité de la procédure de passation.

Dans une grande majorité des procédures, la teneur des informations à communiquer aux candidats est précisée par les textes¹⁰⁸⁸. La question de la transparence a été soulevée s'agissant de la communication des critères de sélection des candidatures et des offres et leurs conditions de mise en œuvre pour les procédures de passation dont les textes ne prévoient rien. Pour les marchés à procédure adaptée, le juge impose désormais d'indiquer, dès l'engagement de la procédure, les critères de sélection et leur condition de mise en œuvre¹⁰⁸⁹. Cette démarche est logique car le pouvoir adjudicateur doit systématiquement choisir l'offre économiquement la plus avantageuse en fonction de critères précis¹⁰⁹⁰. Ces critères étant la règle, les candidats doivent être en mesure de les connaître¹⁰⁹¹. Pour les accords-cadres, le Conseil d'État a récemment imposé aux pouvoirs adjudicateurs de publier les conditions de mise en œuvre des critères¹⁰⁹² pour que les candidats puissent disposer « *d'éléments leur permettant d'anticiper les attentes de la collectivité* »¹⁰⁹³. Lorsque sont déterminés des sous-critères de sélection dont la mise en œuvre a une influence dans le choix de l'offre, le pouvoir

¹⁰⁸⁵ Expression empruntée à B. DACOSTA, concl. sur CE, 30 janvier 2009, *ANPE*, *BJCP* n° 64, p. 206.

¹⁰⁸⁶ CJCE, 24 janvier 2008, *Emm. G. Lianakis AE et autres contre Dimos Alexandroupolis et autres*, aff. C-532/06, *Rec. p. I-251 : Contrats et marchés publ.* 2008, comm. 54, W. Zimmer ; *AJDA* 2008. 871, chron. E. Broussy, F. Donnat et C. Lamber – CE, 30 janvier 2009, *ANPE*, préc.

¹⁰⁸⁷ V. sur cette question : L. RICHER, « Le règlement de consultation », in *L'intérêt général, Mélanges en l'honneur de Didier Truchet*, Dalloz, 2015, p. 563.

¹⁰⁸⁸ V., à ce titre, la réglementation relative à la procédure formalisée d'appel d'offre du Code des marchés publics. Les informations devant figurer dans la publicité et les documents de consultation sont détaillées dans le Code.

¹⁰⁸⁹ CE, 30 janvier 2009, *ANPE*, préc.

¹⁰⁹⁰ Art. 53 du Code des marchés publics.

¹⁰⁹¹ B. DACOSTA, concl. préc., p. 206.

¹⁰⁹² CE, 5 juillet 2013, *Union des groupements d'achats publics c/ Société SCC*, n° 368448 et n° 368461 ; *BJCP* 2013. 418, concl. B. Dacosta ; *Contrats et marchés publ.* 2013, comm. 248, note W. Zimmer.

¹⁰⁹³ B. DACOSTA, concl. sur CE, 5 juillet 2013, *Union des groupements d'achats publics c. Société SCC*, n° 368448 et n° 368461, *BJCP* n° 91, 2013, p. 420.

adjudicateur doit également procéder à leur publicité¹⁰⁹⁴. Pour les marchés publics à procédure négociée, « lorsque le pouvoir adjudicateur décide de limiter le nombre des candidats admis à présenter une offre, il lui appartient d'assurer l'information appropriée des candidats sur les critères de sélection de ces candidatures dès l'engagement de la procédure d'attribution du marché »¹⁰⁹⁵. En revanche, l'autorité adjudicatrice n'est pas tenue d'informer les candidats sur les conditions de mise en oeuvre des critères si elles ne sont pas de nature à susciter d'autres candidatures ou à retenir d'autres candidats¹⁰⁹⁶.

Cette communication des informations dans un objectif d'intelligibilité de la procédure de passation restait en suspend pour les contrats dont le choix du cocontractant demeure assez libre. C'est le cas des délégations de service public pour qui la décision finale n'est pas enfermée dans le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse¹⁰⁹⁷, malgré l'existence d'obligations de publicité et de mise en concurrence. Le Conseil d'État impose désormais au délégant de donner aux candidats des indications suffisantes sur les critères ainsi que sur leur pondération ou leur hiérarchisation¹⁰⁹⁸. Cette solution se justifie du fait qu'il ne faut pas « priver les entreprises d'une information déterminante, au seul motif que la collectivité demeure, in fine, maître de sa décision. L'information sur les critères de sélection des offres est bien un élément décisif, puisqu'elle est susceptible d'orienter de façon très différente les stratégies des candidats »¹⁰⁹⁹. Par conséquent, cette information demeure nécessaire dans un objectif d'intelligibilité des procédures de passation, car elle permet aux candidats d'adapter au mieux leur offre.

¹⁰⁹⁴ CE, 24 février 2010, *Communauté de communes de l'Enclave des Papes*, n° 333569, *Rec.* p. 60 ; *BJCP* n°70, p. 204, concl. N. Boulouis ; *Contrats et marchés publ.* 2010, comm. 131, note W. Zimmer ; *JCP A* 2010, 2132, note F. Linditch ; *RJEP* 2010, comm. 38, note F. Brenet ; *CP-ACCP* sept. 2010, p. 14 – *CJCE*, 24 janvier 2008, *Emm. G. Lianakis AE et autres contre Dimos Alexandroupolis et autres*, préc.

¹⁰⁹⁵ CE, 24 février 2010, *Communautés de commune de l'Enclave des Papes*, préc.

¹⁰⁹⁶ CE, 10 avril 2015, *Société Automatismes Corses*, n° 387128 : « considérant qu'il résulte de l'instruction que, contrairement à ce que soutient la société Automatismes Corses, l'avis d'appel public à la concurrence a en l'espèce indiqué les critères de sélection des candidatures ainsi que les documents au vu desquels ils seraient appliqués ; que la chambre de commerce n'était pas tenue d'indiquer aux candidats les conditions de mise en oeuvre de ces critères, consistant en leur pondération, dès lors qu'il ne résulte pas de l'instruction que l'indication de cette pondération équilibrée des quatre critères relatifs à la capacité économique et financière, aux références, aux moyens en personnel et aux moyens techniques, si elle avait été connue lors de la préparation des candidatures, aurait été susceptible d'influencer cette préparation ».

¹⁰⁹⁷ Le choix du cocontractant n'est cependant pas totalement libre puisque le juge contrôle ce choix sous l'angle de l'erreur manifeste d'appréciation : CE, 7 novembre 2008, *Département de la Vendée*, n° 291794, *Rec. Tab.* p. 1023 ; *BJCP* n° 62, février 2009, p. 55, concl. N. Boulouis et obs. R.S ; *AJDA* 2008. 2454, note L. Richer ; *BJCP* n° 62, février 2009, p. 7, note T. Pez ; *Contrats et marchés publ.* 2008, comm. 296, note G. Eckert.

¹⁰⁹⁸ CE, 23 décembre 2009, *Etablissement public du musée et du domaine national de Versailles*, préc.

¹⁰⁹⁹ B. DACOSTA, concl. sur CE, 23 décembre 2009, *Établissement public du musée et du domaine national de Versailles*, préc., p. 107.

Les objectifs relatifs au traitement des candidats et à l'intelligibilité de la procédure se rejoignent donc dans un objectif plus général d'efficacité de la procédure de passation. Ces deux finalités peuvent être temporellement regroupées dans une seule et unique phase de la commande publique, celle d'une mise en concurrence effective des candidats réels. Ce découpage chronologique, fondé sur l'existence d'objectifs distincts, permet à terme de préciser l'implication temporelle de chacun des principes de la commande publique, chaque objectif devant être rattaché à un principe. Une fois le cocontractant choisi, le temps de la commande publique entre dans des logiques foncièrement différentes, celle de la finalisation de la procédure et celle de l'exécution du contrat.

Paragraphe 2 : Le dévoilement des temps ultérieurs au choix du cocontractant.

Les procédures de passation ne s'arrêtent pas au choix du cocontractant dans la mesure où, ultérieurement à ce choix, il existe une multitude de démarches administratives obligatoires qui permettent de finaliser la procédure de passation **(A)**. Consistant en grande majorité en des publicités et informations *ex post*, ce temps poursuit, d'une part, un objectif de vérification de la légalité de la procédure et, d'autre part, un objectif d'ouverture utile des recours contentieux. Les logiques d'accès et de mise en concurrence étant terminées, il convient de s'assurer de la légalité de ces dernières. Si la procédure n'est pas annulée ou suspendue dans le cadre d'un recours contentieux, l'exécution du contrat se poursuit **(B)**.

A : Le temps de la finalisation de la procédure, phase d'achèvement de la mise en concurrence.

Le choix du cocontractant ne marque pas le terme des procédures de passation. Ces dernières étant soumises à des obligations particulières qui découlent des principes de la commande publique, le législateur a mis en place des moyens permettant la vérification ultérieure de leur respect. Sans cette vérification, les obligations de publicité et de mise en concurrence perdraient leur effectivité. Il existe ainsi, dans toutes les procédures de passation, un objectif de vérification de la légalité du processus d'achat public. En cas de doute sur cette légalité, toute personne dont les intérêts sont lésés par la conclusion du contrat doit pouvoir former utilement un recours. Par conséquent, il existe également, aux côtés de l'objectif de

vérification de la légalité de la procédure, un objectif d'ouverture utile des recours contentieux (I). La poursuite de ces objectifs se concrétise essentiellement par la publication et l'envoi des informations appropriées aux candidats évincés et aux tiers intéressés par la conclusion du contrat. Dès lors, ces objectifs de vérification de la légalité de la procédure et d'ouverture utile des recours contentieux se matérialisent par l'existence d'obligations de publicité *ex post* (II).

I : L'existence d'objectifs connexes de vérification de la légalité de la procédure et d'ouverture utile des recours contentieux.

La fin du processus d'achat se situe entre deux phases fondamentales, celle de la mise en œuvre effective et efficace de la procédure, et celle, si cela se produit, des recours contentieux. Cette phase se trouve donc entre la réalisation des objectifs préalablement analysés¹¹⁰⁰, à travers la procédure de passation, et la vérification du respect de ces objectifs. Dans ce cadre, l'autorité adjudicatrice s'inscrit dans une logique où elle doit chercher à démontrer l'impartialité de la procédure de passation et le choix du cocontractant, pour éviter un recours contentieux et fructueux pour le candidat évincé ou le tiers, tout en leur permettant de présenter utilement un recours¹¹⁰¹. Le candidat évincé, à l'inverse, cherche à rassembler les éléments pour présenter utilement un recours en démontrant, au moyen de l'information communiquée par l'autorité adjudicatrice, que le choix du cocontractant n'a pas été fait dans le respect des obligations de publicité et de mise en concurrence.

Deux objectifs liés ressortent de ce constat. D'une part, un objectif de vérification de la légalité de la procédure, d'autre part, un objectif subséquent d'ouverture utile des recours contentieux aux candidats évincés¹¹⁰² ou aux tiers intéressés¹¹⁰³ par la conclusion du contrat.

¹¹⁰⁰ Pour rappel, ces objectifs sont : l'accès à la mise en concurrence des candidats potentiels, l'égalité de traitement des candidats réels, et l'intelligibilité de la procédure.

¹¹⁰¹ Cet objectif, pris dans l'intérêt des candidats évincés, est accentué depuis la directive 2007/66/CE du Parlement Européen et du Conseil du 11 décembre 2007, modifiant les directives 89/665/CEE et 92/13/CEE du Conseil en ce qui concerne l'amélioration de l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des marchés publics, *JOUE* p. L 335/31. Cette directive a obligé le droit interne à ouvrir des nouvelles voies de recours et à renforcer l'efficacité de celles existantes dans l'intérêt des candidats évincés, qui doivent pouvoir, à la suite de leur éviction, exercer utilement un recours contentieux.

¹¹⁰² La mise en place d'obligation de publicité et de mise en concurrence par l'existence des procédures de passation n'aurait aucune utilité si les candidats évincés ne disposaient pas de voies de recours permettant de contester la violation de telles obligations.

L'existence de ces deux objectifs place la finalisation de la procédure dans un contexte empreint d'obligations de publicité à la charge de l'autorité adjudicatrice. En effet, il existe un lien certain entre la publicité, la vérification de la procédure et le recours contentieux. Dans le contentieux administratif général, c'est la notification ou la publication des actes qui permet d'informer les entités susceptibles de former un recours et qui fait courir le délai de recours contentieux¹¹⁰⁴. En outre, l'impartialité de la procédure n'est vérifiable qu'en respectant le principe de transparence¹¹⁰⁵, qui oblige l'autorité adjudicatrice à communiquer certaines informations sur le déroulement effectif de la procédure. L'existence d'obligations de publicité est donc prégnante lors de la finalisation de la procédure.

L'importance de la transparence en fin de procédure bénéficie à la fois aux candidats évincés et au pouvoir adjudicateur. Aux candidats évincés, qui peuvent avoir accès aux informations concernant le rejet de leur offre, ce qui leur permet de contester plus efficacement les modalités de la procédure de passation. Au pouvoir adjudicateur, qui peut fermer la porte à certains recours contentieux ou en réduire le délai au moyen d'une publicité appropriée. Cela peut également bénéficier aux tiers qui, dans certains cas, peuvent avoir accès aux informations concernant la conclusion du contrat. Cette publicité donnée à la conclusion des contrats prend de l'importance depuis plusieurs années et devient cruciale en terme de sécurité juridique¹¹⁰⁶, notamment depuis la décision *Tropic travaux signalisation* du 16 juillet 2007¹¹⁰⁷ dans laquelle le Conseil d'État ouvre aux concurrents évincés la faculté d'attaquer le contrat dans un délai de deux mois à compter « de l'accomplissement des mesures de publicité appropriées, notamment au moyen d'un avis mentionnant à la fois la conclusion du contrat et les modalités de sa consultation dans le respect des secrets protégés par la loi ».

¹¹⁰³ C'est par exemple le cas du préfet dans le cadre du déferé préfectoral et de l'obligation de transmission de certains actes des collectivités territoriales.

¹¹⁰⁴ Art. R421-1 du Code de justice administrative.

¹¹⁰⁵ Voir en ce sens CJCE, 7 décembre 2000, *Telaustria et telefonadress*, préc., pt 62 : « cette obligation de transparence qui incombe au pouvoir adjudicateur consiste à garantir, en faveur de tout soumissionnaire potentiel, un degré de publicité adéquat permettant une ouverture du marché des services à la concurrence ainsi que le contrôle de l'impartialité des procédures d'adjudication (nous soulignons) ».

¹¹⁰⁶ CONSEIL D'ÉTAT, *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, Paris, La Doc. Fr., 2008, p. 258.

¹¹⁰⁷ CE, Ass., 16 juillet 2007, *Tropic travaux signalisation*, n° 291545, *Rec.* p. 361, concl. D. Casas ; *AJDA* 2007. 1577, chron. F. Lenica et J. Boucher ; *ibid.* 1497, trib. S. Braconnier ; *ibid.* 1777, trib. J.-M. Woehrling ; *D.* 2007. 2500 note D. Capitant ; *RDI* 2007. 429, obs. J.-D. Dreyfus ; *ibid.* 2008. 42, obs. R. Noguellou ; *ibid.* 2009. 246, obs. R. Noguellou ; *RFDA* 2007. 696, concl. D. Casas ; *ibid.* 917, étude F. Moderne ; *ibid.* 923, note D. Pouyaud ; *ibid.* 935, étude M. Canedo-Paris ; *RTD civ.* 2007. 531, obs. P. Deumier ; *RTD eur.* 2008. 835, chron. D. Ritleng, A. Bouveresse et J.-P. Kovar ; *Contrats et marchés publ.* 2007, comm. 254, note J.-P. Piétri.

(nous soulignons) ». La décision *Département du Tarn-et-Garonne c/ M. Bonhomme*¹¹⁰⁸, qui étend le recours en contestation de la validité du contrat à tous les tiers intéressés, reprend la même formule.

Ces deux objectifs connexes peuvent être réunis dans un temps précis de la commande publique, commun à l'ensemble des procédures de passation : celui de la finalisation de la procédure, dont il convient de préciser la teneur.

II : L'existence subséquente d'un temps de finalisation de la procédure commun à l'ensemble des contrats de la commande publique.

Les deux objectifs de vérification de la légalité de la procédure et d'ouverture utile des recours contentieux, par leur connexité, doivent être réunis dans un temps unique du droit de la commande publique. L'existence d'un lien entre eux paraît évidente, car la vérification de la légalité de la procédure n'a aucun sens sans l'existence d'une ouverture utile des recours contentieux, et l'ouverture des recours contentieux n'a pas d'utilité s'il n'existe pas d'obligations dont le respect doit être vérifié et l'irrespect sanctionné. Ces deux objectifs sont donc indubitablement liés. En outre, ils se distinguent nécessairement des logiques d'accès et de mise en œuvre de la procédure de passation, dont la réalisation aboutit au choix du cocontractant, et n'ont pas de rapport avec l'exécution du contrat. Temporellement successifs, la vérification de la légalité pouvant aboutir à un recours contentieux, ces deux objectifs doivent donc naturellement être rassemblés dans un temps consacré à la finalisation de la procédure de passation. Le terme de « finalisation » révèle bien la place particulière de cette phase de la commande publique : la procédure a abouti, mais n'est pas encore certifiée, puisqu'elle peut être annulée ou modifiée par le biais du référé précontractuel¹¹⁰⁹, ou remise en cause par l'annulation du contrat¹¹¹⁰.

¹¹⁰⁸ CE, Ass., 4 avril 2014, *Département du Tarn-et-Garonne*, n°358994, *Rec.* p. 70 ; *JCP A* 2014, comm. 2152, note J.-F. Sestier ; *JCP A* 2014, 2153, note S. Hul ; *Contrats et marchés publ.* 2014, ét. 5, Ph. Rees et repère 5, F. Llorens et P. Soler-Couteaux ; *Dr. adm.* 2014, comm. 36, note F. Brenet ; *RFDA* 2014 p. 438, note P. Delvolvé ; *RDI* 2014. 344, obs. S. Braconnier ; *AJCT* 2014. 375, note S. Dyens ; *AJDA* 2014. 1035, chron. A. Bretonneau et J. Lessi ; *ibid.* 945, tribune S. Braconnier.

¹¹⁰⁹ Art. L.551-1 du Code de justice administrative.

¹¹¹⁰ Est exclue, dans ces propos, une annulation du contrat résultant d'un contentieux entre les parties lors de l'exécution du contrat, cette logique entrant dans le temps de l'exécution.

Le temps de finalisation est nécessairement ultérieur au choix du cocontractant, cette logique de vérification de la légalité de la procédure n'ayant de sens qu'au terme de la passation, c'est-à-dire lorsque l'autorité adjudicatrice a sélectionné l'offre correspondant le mieux à ses attentes. Suite à cette sélection, elle procède à une multitude de démarches administratives permettant la vérification de la légalité de la procédure, qui se matérialise par des mesures de publicité appropriées à l'attention des candidats évincés et des tiers intéressés par la conclusion du contrat.

Cette présence de la publicité en fin de procédure est frappante s'agissant de la réglementation des marchés publics. La fin des procédures des marchés publics est soumise à un formalisme assez rigoureux, obligeant le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice à opérer une communication informative conséquente. Pour les marchés dont la procédure est formalisée¹¹¹¹, le pouvoir adjudicateur a l'obligation de publier un avis d'attribution du marché dans un délais maximal de 48 jours à compter de la notification du marché dans le même organe de publication que celui qui a assuré la publication de l'avis d'appel public à la concurrence¹¹¹². Cette publicité permet de faire connaître largement la conclusion du contrat dans des conditions de transparence, et de faire courir les délais contentieux. La personne responsable du marché doit également établir un rapport de présentation de la procédure de passation comportant une liste d'informations devant obligatoirement figurer dans le rapport¹¹¹³. Pour les autres marchés¹¹¹⁴, une telle publicité *ex post* n'est pas obligatoire, mais elle est fortement conseillée car elle permet de réduire le délai de recours du référé contractuel, qui passe de 6 mois à 31 jours à compter de la date de la publication¹¹¹⁵. En outre, le pouvoir adjudicateur dispose de la possibilité de se protéger du référé contractuel contre les marchés dispensés d'obligation de publicité ou passé en application de la procédure adaptée, en procédant à une publicité *ex post*, en publiant au *JOUE* un avis relatif à son intention de conclure le marché avant la signature¹¹¹⁶. Le pouvoir adjudicateur doit dans ce cas respecter un délai de 11 jours entre la date de publication de l'avis et la signature du marché¹¹¹⁷. Le non

¹¹¹¹ Ces dispositions s'appliquent pour la passation des marchés et accords-cadres donnant lieu à l'une des procédures formalisée et pour les marchés de service relevant de l'article 30 d'un montant égal ou supérieur à 130 000 euros pour l'État et 200 000 euros pour les collectivités territoriales.

¹¹¹² Art. 85 du Code des marchés publics.

¹¹¹³ Art. 79 du Code des marchés publics.

¹¹¹⁴ Il s'agit notamment des marchés à procédure adaptée qui ne sont pas visés par l'article 85 préc. du Code des marchés publics.

¹¹¹⁵ Art. 85-1 du Code des marchés publics.

¹¹¹⁶ Art. 40-1 du Code des marchés publics.

¹¹¹⁷ Art. 80, 3°, du Code des marchés publics.

respect d'un tel formalisme n'entraîne pas l'illégalité de la procédure adaptée mais permet d'éviter que soit engagé le référé contractuel. Par conséquent, cette publicité bénéficie à la fois au pouvoir adjudicateur, pour la réduction des délais de recours contentieux, et aux tiers, qui sont informés de la conclusion du contrat et peuvent donc préparer utilement leur recours.

Les candidats évincés sont les bénéficiaires privilégiés de cette obligation de publicité *ex post*. Pour les marchés formalisés et les marchés négociés relevant de l'article 35 du Code des marchés publics, le pouvoir adjudicateur a l'obligation d'informer les concurrents, par une décision motivée, du rejet de leur offre¹¹¹⁸. De ces informations dépend la possibilité de contester les conditions de mise en concurrence dans le cadre du référé précontractuel¹¹¹⁹. Les pouvoirs adjudicateurs doivent également respecter un délai de *standstill* entre cette notification et la signature du contrat, pour permettre aux concurrents évincés de saisir le juge du référé précontractuel, qui n'est plus compétent pour statuer lorsque le contrat a été signé¹¹²⁰.

Pour les autres marchés, de telles informations doivent être communiquées lorsque les concurrents évincés en font la demande¹¹²¹. Toutefois, aucune disposition textuelle n'oblige, en l'absence d'une demande expresse, la notification du rejet des offres des candidats évincés¹¹²², ni la publication d'un avis d'attribution avant la signature du contrat. L'absence de cette communication avant la signature du contrat peut empêcher le concurrent évincé d'exercer utilement un référé précontractuel. La personne responsable du marché aura pourtant tout intérêt à exercer un minimum de publicité à l'égard des candidats évincés, d'une part pour limiter la saisine du juge des référés contractuels¹¹²³, qui est compétent lorsque le

¹¹¹⁸ Cette information est très détaillée puisque l'article 80 dispose que « *cette notification précise le nom de l'attributaire et les motifs qui ont conduit au choix de son offre aux candidats ayant soumis une offre et à ceux n'ayant pas encore eu communication du rejet de leur candidature* ».

¹¹¹⁹ Art. 80 du Code des marchés publics.

¹¹²⁰ CE, sect., 3 novembre 1995, *CCI de Tarbes et des Hautes-Pyrénées*, n° 157304, *Rec.* p. 394 ; *AJDA* 1995. 945 et 888, chron. J.-H. Stahl et D. Chauvaux ; *D.* 1996. 321, obs. Ph. Terneyre ; *RDI* 1996. 67, obs. F. Llorens et Ph. Terneyre ; *RFDA* 1995. 1077, concl. C. Chantepy.

¹¹²¹ Art. 83 du Code des marchés publics.

¹¹²² De ce fait, cette obligation de notification, en l'absence de texte, n'est pas sanctionnée : Ph. REES, « Premier bilan de la jurisprudence administrative en matière de référé précontractuel », *Contrats et marchés publ.*, 2011, ét. 10.

¹¹²³ Toutefois, du fait de l'absence d'une obligation de notification d'avis d'attribution ou de rejet de l'offre et du respect d'un délai de *standstill*, la réussite du référé contractuel semble limitée. En vertu de la jurisprudence du Conseil d'État du 19 janvier 2011, *Grand port maritime du Havre* (n° 343435), les manquements susceptibles d'être utilement invoqués sont limitativement définis aux articles L.551-18 à L.551-20 du Code de justice administrative. Or, ces articles visent notamment les violations de la notification obligatoire du rejet des offres et du respect obligatoire du délai de *standstill*. De ce fait, sauf si le candidat a exercé un référé précontractuel et que la personne publique ne s'est pas conformée à la décision contentieuse rendue ou n'a pas respecté la suspension

candidat n'a pu exercer utilement un référé précontractuel, d'autre part pour enfermer les délais de recours contentieux¹¹²⁴. Lorsque le pouvoir adjudicateur décide de ne pas attribuer le contrat ou de recommencer la procédure, il doit en informer les candidats et doit préciser les motifs de sa décision¹¹²⁵. La publicité de la conclusion des contrats se prolonge bien après ce temps de la commande publique pour les marchés publics¹¹²⁶, dans la mesure où les pouvoirs adjudicateur doivent publier, au cours du premier trimestre de chaque année, une liste de marchés conclus l'année précédente ainsi que le nom des attributaires des contrats¹¹²⁷.

Les contrats de partenariat sont également soumis à des obligations de publicité *ex post*. Dans un délai de trente jours à compter de la notification à l'attributaire du contrat, la personne publique envoie pour publication un avis d'attribution au *JOUE*¹¹²⁸. Cette publicité permet de faire courir le délai de deux mois pour les recours contentieux contre la décision de signer ou contre le contrat. Les candidats non retenus sont informés du rejet de leur offre dès que la personne publique a choisi l'attributaire du contrat. Ils peuvent demander la communication par écrit des motifs de ce rejet, des caractéristiques et des avantages relatifs de l'offre retenue ainsi que le nom de l'attributaire du contrat¹¹²⁹. D'après le Code général des collectivités territoriales, et contrairement aux marchés publics à procédure formalisée, la communication des motifs de rejet ne semble donc pas obligatoire et doit être transmise si le candidat en fait la demande. Cette absence d'obligation n'est qu'apparente, la directive recours imposant la communication de tels motifs pour les marchés de travaux au sens du droit de l'Union

de la signature, l'annulation du contrat ne pourra résulter que des manquements mentionnés au premier alinéa de l'article L. 551-18 (absence des mesures de publicité pour la passation du contrat ou méconnaissance des modalités de remise en concurrence prévues pour la passation des marchés fondés sur un accord-cadre ou un système d'acquisition dynamique). Cela a été confirmé par le Conseil d'État dans une décision du 11 décembre 2013, *Société Antillaise de sécurité*, n° 372214. Pour une solution inverse, voir CAA Nancy, 18 novembre 2013, *Communauté de communes de Vesle Montagne des Reims*, n° 12NC01181 : les principes fondamentaux imposent au pouvoir adjudicateur de donner une information utile aux candidats évincés en les informant du rejet de leur offre et en respectant un « délai raisonnable » avant de signer le marché afin de leur permettre, le cas échéant, de contester la procédure devant le juge du référé précontractuel.

¹¹²⁴ Notamment le délai de recours de deux mois du recours *Tropic*.

¹¹²⁵ Art. 80-II du Code des marchés publics.

¹¹²⁶ Art. 133 du Code des marchés publics.

¹¹²⁷ Pour les rédacteurs du guide de l'achat public (F. LINDITCH (dir.), *Guide de l'achat public 2014*, éd. lexisnexis, p. 947), cette publicité sert à permettre aux corps de contrôle interne ou externe de bénéficier d'une vision exhaustive de l'achat ; les fournisseurs de la collectivité pourront vérifier le respect de l'exclusivité qui pourrait leur être reconnue au travers des marchés à bon de commande et des accords-cadres ; enfin, les fournisseurs systématiquement écartés des consultations pourront y trouver un motif supplémentaire de contestation ; la liste pourrait également permettre de procéder à l'information des candidats évincés sur la date de conclusion des marchés et le lieu où ceux-ci peuvent être consultés, ce qui permettrait de faire courir le délai de deux mois au terme duquel le marché ne peut plus être contesté dans le cadre de la jurisprudence *Tropic* préc. Nous le voyons, la publicité peut perdurer bien après la fin de la procédure de passation.

¹¹²⁸ Art. L.1414-10 du Code général des collectivités territoriales.

¹¹²⁹ Art. L.1414-10 du Code général des collectivités territoriales.

européenne, incluant ainsi les contrats de partenariats¹¹³⁰. La personne publique doit respecter un certain délai entre cette information et la signature du contrat, afin que les candidats évincés puissent exercer utilement un recours contentieux¹¹³¹. Les candidats sont également informés en cas de renonciation à la poursuite de la procédure de passation du contrat¹¹³².

Les dispositions applicables aux concessions de travaux demeurent assez proches de celles applicables aux marchés publics à procédure formalisée. Pour les concessions d'un montant supérieur à 5 000 000 euros, la collectivité territoriale doit notifier à tous les autres candidats le rejet de leur candidature ou de leur offre avec les motifs de rejet. La personne publique doit également exposer les motifs qui ont conduit au choix de l'offre retenue¹¹³³. Comme pour les contrats de partenariats et les marchés publics, la personne publique doit respecter un certain délai entre la date d'envoi de la notification du rejet et la date de conclusion du contrat, dans l'objectif de permettre aux concurrents évincés d'exercer un référé précontractuel. Pour empêcher l'exercice d'un référé contractuel pour les concessions de travaux dispensées d'obligation de publicité, comme pour les marchés à procédure adaptée, la personne publique peut envoyer un avis relatif à son intention de conclure le contrat au *JOUE*, en respectant un délai de 11 jours entre cet avis et la signature du contrat¹¹³⁴. La publication d'un avis d'attribution au *JOUE* n'est pas obligatoire mais permet de réduire le délai de recours contentieux du référé contractuel de 6 mois à 31 jours¹¹³⁵.

La même logique est applicable pour les concessions d'aménagement. Les modalités de notification du rejet des offres sont les mêmes que celles des concessions de travaux pour les concessions d'aménagement soumises au droit européen des concessions¹¹³⁶. Pour fermer la possibilité d'exercice d'un référé contractuel pour les concessions dont le montant est inférieur au seuil d'application des directives, le concédant peut, au même titre que les concessions de travaux, publier un avis relatif à son intention de conclure le contrat¹¹³⁷. Le concédant doit publier, dans un délai de trente jours suivant le choix du concessionnaire, un avis d'attribution au *JOUE* selon les mêmes modalités que la publication de l'appel à la

¹¹³⁰ Art. 2 bis la directive 2007/66/CE préc.

¹¹³¹ 16 jours en cas de transmission postale, 11 jours en cas de transmission électronique.

¹¹³² Art. L.1414-10 du Code général des collectivités territoriales.

¹¹³³ Art. R.1415-9 du Code général des collectivités territoriales.

¹¹³⁴ *Idem*.

¹¹³⁵ Art. R.1415-10 du Code général des collectivités territoriales.

¹¹³⁶ Art. R.300-9-1 du Code de l'urbanisme.

¹¹³⁷ Art. R.300-9-10 du Code de l'urbanisme.

concurrence¹¹³⁸. Cette publication permet de réduire le délai de recours du référé contractuel. Pour les concessions soumises au droit européen des marchés publics, les dispositions sont équivalentes¹¹³⁹. Pour les concessions d'aménagement qui font l'objet d'une procédure adaptée, la publication d'un avis d'attribution permet de réduire le délai contentieux du référé contractuel¹¹⁴⁰.

Les dispositions concernant les délégations de service public sont moins contraignantes que celles s'appliquant aux contrats précédemment analysés. Le Code général des collectivités territoriales mentionne uniquement la publication d'un avis d'intention de conclure le contrat au *Bulletin officiel d'annonces des marchés publics (BOAMP)* afin de fermer le recours au référé contractuel¹¹⁴¹, et la publication de l'avis d'attribution, également au *BOAMP*, permettant de réduire le délai de recours du référé contractuel¹¹⁴². L'article L.2121-24 du Code général des collectivités territoriales oblige toutefois l'insertion dans une publication locale diffusée dans la commune de la délibération approuvant la délégation de service public. Le délai de recours contentieux commence à courir à l'égard des tiers à compter de la plus tardive des deux formalités de publicité¹¹⁴³. En outre, l'information du candidat évincé n'est pas obligatoire, n'étant imposée ni par les textes, ni par la jurisprudence¹¹⁴⁴. De ce fait, tout comme pour les marchés à procédure adaptée, l'annulation dans le cadre d'un référé contractuel ne peut résulter que du constat des manquements mentionnés au premier alinéa de l'article L. 551-18¹¹⁴⁵, c'est-à-dire en l'absence de toutes les mesures de publicité requises

¹¹³⁸ Art. R.300-10 du Code de l'urbanisme

¹¹³⁹ V. art. R.300-11-5-1 et R.300-11-6 du Code de l'urbanisme.

¹¹⁴⁰ Art. R.300-11-8 du Code de l'urbanisme.

¹¹⁴¹ Art. R.1411-1-2 du Code général des collectivités territoriales.

¹¹⁴² Art. R.1411-2-2 du Code général des collectivités territoriales.

¹¹⁴³ CAA Marseille, 18 juin 1998, *Société de développement du Val-d'Allos*, n° 97MA00677 ; *BJCP* 1999, p. 171.

¹¹⁴⁴ CE, 18 juin 2010, *Communauté urbaine de Strasbourg, société Seche Eco Industrie c / Sociétés Tiru et Novergie*, préc. : « aucun principe ni aucun texte n'imposait à l'autorité délégante d'informer le candidat évincé du rejet de sa proposition ni des motifs de ce rejet ».

¹¹⁴⁵ CE, 25 octobre 2013, *Commune de La Seyne-sur-Mer*, n° 370393 : « considérant que les cas dans lesquels le juge des référés peut annuler un contrat sont limitativement énumérés aux trois alinéas de l'article L 551-18 précité ; que s'agissant des contrats de délégation de service public, qui ne sont ni soumis à l'obligation, pour le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice, visée au troisième alinéa de l'article L. 551-18, de notifier aux opérateurs économiques ayant présenté une offre, avant la signature du contrat, la décision d'attribution, ni concernés par le deuxième alinéa de cet article relatif à des marchés publics fondés sur un accord cadre ou un système d'acquisition dynamique, l'annulation d'un tel contrat ne peut résulter que du constat des manquements mentionnés au premier alinéa de cet article L. 551-18, c'est-à-dire de l'absence de toutes les mesures de publicité requises pour sa passation ou d'une publication au Journal officiel de l'Union européenne dans le cas où une telle publication est prescrite ; que, par suite, les candidats à l'attribution d'un contrat de délégation de service public ne peuvent invoquer utilement, à l'appui de leurs conclusions tendant à l'annulation du contrat présentées dans le cadre d'un référé contractuel, que les manquements de l'autorité délégante à ses obligations de publicité visées au premier alinéa de l'article L. 551-18 du code de justice administrative ».

pour sa passation ou d'une publication au *JOUE* dans le cas où une telle publication est prescrite. Il est à noter que s'agissant des délégations de service public, le Code général des collectivités territoriales attache une grande importance à l'information à l'égard des élus¹¹⁴⁶.

Ce temps de la commande publique est donc empreint d'une logique d'accessibilité de l'information, et des rapports entre ces informations et les recours contentieux ouverts aux tiers comme aux concurrents évincés. La personne responsable du contrat doit veiller à se prémunir d'un éventuel recours contre la procédure de passation ou contre le contrat, en respectant les publicités obligatoires et facultatives ; la sécurité juridique des contrats dépend donc de l'attention apportée par l'autorité adjudicatrice à ces formalités de publicité. Les candidats évincés et les tiers doivent pouvoir avoir accès à ces informations afin de préparer au mieux un éventuel contentieux. Ce temps est donc fondamental pour assurer, au moyen de la transparence et du respect de certaines obligations spécifiques¹¹⁴⁷, l'efficacité des recours contentieux. En effet, les obligations de publicité et de mise en concurrence n'auraient plus aucune effectivité s'il n'existait pas des moyens efficaces de contester, à la suite de la procédure de passation, la violation éventuelle des principes de la commande publique.

Enfin, il convient d'évoquer un élément fondamental de vérification de la légalité de la procédure : l'obligation de transmission du contrat au représentant de l'État. Sont assujettis à cette obligation les conventions relatives aux marchés et aux emprunts, les conventions de concession ou d'affermage de services publics locaux, les conventions de coopération décentralisées et les contrats de partenariats¹¹⁴⁸. En cas de doute sur la légalité de la procédure, le préfet a la possibilité d'introduire un déféré préfectoral qui s'apparente désormais à un recours de pleine juridiction¹¹⁴⁹.

Ce temps de la finalisation de la procédure s'achève lorsque l'exécution du contrat débute, ou lorsqu'un recours contentieux est intenté par les tiers au contrat.

¹¹⁴⁶ V. à ce titre les articles L.1411-7 et s. du Code général des collectivités territoriales.

¹¹⁴⁷ Nous pensons par exemple au respect d'un certain délai entre la notification du rejet des offres / l'avis d'attribution du contrat et la signature.

¹¹⁴⁸ Art. L.2131-2, L.3131-2, L.4141-2, L.1112-1 du Code général des collectivités territoriales ; Art. L.1414-15 issu de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariats.

¹¹⁴⁹ CE, 23 décembre 2011, *Ministre de l'Intérieur*, n° 348647, *Rec.* p. 662 ; *BJCP* 2012, n°81, p. 125, concl. B. Dacosta ; *AJDA* 2012. 1064, note Quyyollet ; *Contrats et marchés publ.*, 2012, comm. 56, obs. J.-P. Pietri ; *RFDA* 2012. 683, note P. Delvolvé ; *RDI* 2012. 282, obs. R. Noguellou ; *Dr. adm.* 2012, comm. 27, note A. Claeys.

B : Le temps de l'exécution du contrat, phase de réalisation de la convention.

L'exécution du contrat consiste en une relation privilégiée entre les cocontractants dont les devoirs sont de respecter leurs obligations réciproques. Par conséquent, ce temps tranche indubitablement avec la phase de formation du contrat (I). La poursuite d'un objectif de stabilité des relations contractuelles guide ce dernier temps de la commande publique (II).

I : La distinction évidente de la formation et de l'exécution du contrat.

L'exécution « est la réalisation d'une obligation ou d'un devoir juridique, le processus qui permet de faire passer le droit dans les faits, de faire coïncider ce qui est et ce qui doit être »¹¹⁵⁰. En droit des contrats, elle consiste en la mise en œuvre du contenu du contrat, qui a été déterminé préalablement par les parties. Exécuter un contrat, c'est, pour chacune des deux parties, réaliser les obligations qu'il met à leur charge¹¹⁵¹. L'exécution du contrat est donc centrée sur la relation entre les parties et leur capacité à exécuter les obligations qu'elles ont préalablement définies. La logique intrinsèque à ce temps de la commande publique est donc empreinte des grandes théories du droit des contrats en général, c'est-à-dire la force obligatoire du contrat¹¹⁵², l'effet relatif du contrat¹¹⁵³, et la mise en jeu de la responsabilité contractuelle lorsque les obligations préalablement déterminées n'ont pas été respectées par les parties.

L'article 1134 du Code civil¹¹⁵⁴, relatif à la force obligatoire du contrat, trouve à s'appliquer aux contrats administratifs en général, aux contrats de la commande publique en particulier. Comme le souligne Laurent Richer¹¹⁵⁵, « *comme la loi, le contrat lie* ». C'est cette force obligatoire qui justifie le recours à la notion de commune intention des parties¹¹⁵⁶ pour

¹¹⁵⁰ P. THERY in *Dictionnaire de la culture juridique*, éd. Quadrigue, Lamy – PUF, 2003, dir. D. ALLAND et S. RIALS, « Exécution » p. 678 et s.

¹¹⁵¹ A. de LAUBADERE, F. MODERNE et P. DELVOLVE, *op. cit.* p. 699.

¹¹⁵² Art. 1134 du Code civil : « *les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi* » – CE, 12 décembre 1902, *Orcibal, Rec.* p. 750.

¹¹⁵³ V. pour des développements sur la question : M. UBAUD-BERGERON, « Le juge, les parties et les tiers : brèves observations sur l'effet relatif du contrat », in *Contrats publics, Mélanges en l'honneur de Michel Guibal*, Presse de la Faculté de droit de l'Université de Montpellier, coll. Mélanges, vol. 2, p. 575.

¹¹⁵⁴ Art. 1134 du Code civil.

¹¹⁵⁵ L. RICHER, *op. cit.*, p. 207.

¹¹⁵⁶ Art. 1156 du Code civil.

interpréter les stipulations contractuelles en cas de litige¹¹⁵⁷. Le juge recherche la volonté certaine des parties au moment où elles ont contracté¹¹⁵⁸, car il n'y a que la volonté déclarée et réelle des parties qui peut être source d'obligations¹¹⁵⁹. Ainsi, « *la notion de commune intention des parties constitue certainement la première donnée qui domine le régime de l'exécution des contrats administratifs. (...) La volonté manifestée par les parties au moment du contrat est la notion directrice à laquelle le juge doit d'abord se référer lorsqu'il a à déterminer le contenu des obligations des contractants en vue de les ramener à exécution* »¹¹⁶⁰. La force obligatoire du contrat oblige également les parties à se conformer à leurs obligations contractuelles et à exécuter le contrat de bonne foi¹¹⁶¹. L'effet général et essentiel de tout contrat est de créer à la charge de chacune des parties l'obligation d'exécuter ses engagements¹¹⁶². Dans le cas inverse, le régime de responsabilité contractuelle trouve à s'appliquer. Il existe d'autres principes liés à l'exécution des contrats administratifs qui font l'objet de certaines spécificités par rapport aux contrats de droit privé dans la mesure où « *le contrat administratif n'est pas un contrat comme les autres. Il est certes la chose des parties, mais l'une de ces parties est une personne publique agissant dans le cadre de l'intérêt général* »¹¹⁶³. Le cocontractant de l'administration a, à sa charge, des obligations plus strictes lorsque le contrat est le support d'une mission de service public, cette dernière justifiant également des droits à son profit¹¹⁶⁴. Dans l'exécution du contrat, la personne publique dispose de l'usage de prérogatives de puissance publique qui lui sont propres.

Le temps de l'exécution du contrat est donc différent des trois autres temps. Il est le siège d'une relation privilégiée entre les cocontractants signataires du contrat, alors que les autres temps guident la relation entre la personne responsable du contrat et les concurrents éventuels comme avérés. Du fait de l'effet relatif des contrats et de cette relation privilégiée entre ces deux entités, la logique applicable à ce temps rompt avec celles des trois temps précédents. La formation du contrat est nécessairement distinguée de l'exécution du contrat. Cette distinction

¹¹⁵⁷ J.-C. BRUYERE, « Le consensualisme dans les contrats administratifs », *RDP* 1996, p. 1715.

¹¹⁵⁸ V. par exemple : CE, sect., 5 novembre 1937, *Département des Côtes-du-Nord*, n° 49958, *Rec.* p. 900 – CE, 5 janvier 1951, *Commune de Lesparrou*, *Rec.* p. 3 – CE, 30 octobre 1951, *Société Citroën*, *Rec.* p. 507. Les exemples jurisprudentiels sont très nombreux : comme l'affirment les auteurs du traité des contrats administratifs (p. 725), « *il serait oiseux de chercher à relever les affirmations jurisprudentielles (...) La jurisprudence administrative ne manque ni de l'affirmer, ni d'en tirer les conséquences* ».

¹¹⁵⁹ L. RICHER, *op. cit.*, p. 208.

¹¹⁶⁰ A. de LAUBADERE, F. MODERNE et P. DELVOLVE, *op. cit.* p. 701.

¹¹⁶¹ Art. 1134 du Code civil.

¹¹⁶² A. de LAUBADERE, F. MODERNE et P. DELVOLVE, *op. cit.* p. 724.

¹¹⁶³ E. GLASER, concl. sur CE, 28 décembre 2009, *Commune de Béziers*, *RFDA* 2010, p. 513.

¹¹⁶⁴ A. de LAUBADERE, F. MODERNE et P. DELVOLVE, *op. cit.*, p. 708.

entre la formation et l'exécution du contrat est évidente et certains travaux mettent en lumière le fait qu'elle possède à ce titre une fonctionnalité¹¹⁶⁵. D'une part, elle permet de séparer, au sein du processus contractuel, les règles du droit des contrats, selon qu'elles régissent la formation ou l'exécution du contrat ; d'autre part, elle permet de hiérarchiser, au sein du processus contractuel, les deux étapes qui le composent¹¹⁶⁶. Dans les ouvrages de droit des contrats administratifs, la passation et l'exécution des contrats font toujours l'objet de développements distincts¹¹⁶⁷. Ainsi, après la naissance, se déroule la vie du contrat¹¹⁶⁸. Bien que ces deux étapes soient nécessairement distinguées, des relations entre l'exécution du contrat et les temps de la procédure de passation existent, de sorte qu'il n'existe pas d'étanchéité entre les temps de la commande publique.

Ce temps de l'exécution du contrat, au-delà du nécessaire respect des obligations réciproques, poursuit un objectif de stabilité des relations contractuelles qui influence le régime de l'exécution.

II : L'existence d'un objectif de stabilité des relations contractuelles inhérent à l'exécution du contrat.

Lorsque le contrat a été signé par les deux parties, il existe un objectif de stabilité des relations contractuelles, le contrat devant être exécuté jusqu'à son extinction naturelle. Du fait de la survenance d'aléas lors de l'exécution, ou du fait d'une mésentente entre les parties, cette stabilité peut être mise à mal. C'est pourquoi des moyens sont mis en place pour maintenir la stabilité des relations contractuelles entre les parties.

Aux côtés du principe de force obligatoire des contrats, existe, depuis une décision *Commune de Béziers*¹¹⁶⁹, le principe¹¹⁷⁰ de loyauté des relations contractuelles¹¹⁷¹, qui est une obligation

¹¹⁶⁵ O. PENIN, *La distinction de la formation et de l'exécution du contrat : contribution à l'étude du contrat acte de prévision*, LGDJ, Coll. Thèses, Biblio. de droit privé, Tome 535, 2012 : le travail de thèse de l'auteur démontre la rationalité et la réalité de la distinction en droit positif entre le temps de la formation et le temps de l'exécution du contrat.

¹¹⁶⁶ *Idem.*

¹¹⁶⁷ En droit des contrats administratifs, mais également en droit des contrats de droit privé : M. MAZEAUD, « Regards positifs et prospectifs sur le nouveau monde contractuel », *P.A.* 2004, n° 92, p. 47 et s. : la distinction de la formation et de l'exécution du contrat constitue le plan de la quasi-totalité des ouvrages et des cours contemporains de droit des obligations.

¹¹⁶⁸ Ph. YOLKA, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 2013, p. 93.

¹¹⁶⁹ CE, Ass., 28 décembre 2009, *Commune de Béziers*, n° 304802, *Rec.* p. 509, concl. E. Glaser ; *AJDA* 2010. 4 ; *ibid.* 142, chron. S.-J. Liéber et D. Botteghi ; *D.* 2011. 472, obs. S. Amrani Mekki et B. Fauvarque-Cosson ; *RDI* 2010. 265, obs. R. Noguellou ; *AJCT* 2010. 114, Pratique O. Didriche ; *RFDA* 2010. 506, concl. E. Glaser ;

désormais invocable devant le juge du contrat¹¹⁷². Le juge administratif refuse qu'un contractant puisse, en cours d'exécution d'un contrat et pour se soustraire à ses obligations, invoquer des vices dans la formation du contrat au mépris de l'exigence de loyauté des relations contractuelles. Seules les irrégularités invoquées d'office, tenant au caractère illicite du contrat ou à un vice d'une particulière gravité, doivent conduire le juge à écarter l'application du contrat et à régler le litige sur un terrain extracontractuel. La loyauté des relations contractuelles vise ainsi à renforcer la force obligatoire du contrat au-delà de ce qui est légalement justifié. Par conséquent, les conventions, même illégalement formées, tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites, à moins que l'illégalité commise ne porte une atteinte excessive à l'intérêt général ou à celui d'une partie¹¹⁷³. La loyauté permet au juge de faire application du contrat dans un litige opposant les parties, elle est donc intimement associée à la primauté donnée à l'application du contrat¹¹⁷⁴. Ainsi décrite, la loyauté apparaît plus comme un modèle de conduite procédurale que comme un principe déterminant la bonne conduite contractuelle. Cette notion peut cependant être appliquée aux contrats administratifs comme un principe substantiel et devenir un véritable modèle de conduite contractuelle¹¹⁷⁵, permettant de maintenir une stabilité des relations contractuelles.

La stabilité des relations contractuelles ne signifie pas exclusivement la survie du contrat, mais également l'adaptation du contrat en cours d'exécution. Le contrat est un acte juridique qui évolue avec le temps¹¹⁷⁶. En effet, « *il n'est guère d'accord de volonté qui reste totalement figé (...). La vie juridique du contrat peut ainsi être animée, parfois très animée ... Plusieurs raisons peuvent expliquer cette « hyperactivité » contractuelles. Elles tiennent souvent au changement des circonstances ou des conditions qui encadrent l'accord de volontés ou qui régissaient un ou des éléments sur lesquels portait ce dernier. Elles peuvent résider dans l'évolution des objectifs poursuivis par les cocontractants. Ainsi, les causes sont-*

ibid. 519, note D. Pouyaud ; *RTD com.* 2010. 548, obs. G. Orsoni ; *JCP A* 2010, n° 2072, note F. Linditch ; *JCP G* 2010, n° 365, note B. Plessix ; *RDP* 2010, p. 553, note H. Pauliat ; *RJEP* 2010, comm. 30, note J. Gourdou et Ph. Terneyre ; *Contrats et marchés publ.* 2010, comm. 123, note Ph. Rees.

¹¹⁷⁰ Sur la pertinence de l'épithète « principe », v. J.-F. SESTIER, « La loyauté dans l'exécution des relations contractuelles : un standard juridique commode ? », in *A propos des contrats des personnes publiques, Mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Richer*, LGDJ, 2013, p. 455.

¹¹⁷¹ Pour la notion de loyauté v. A. BEDUSHI-ORTIZ, « la notion de loyauté en droit administratif », *AJDA* 2011, p. 944.

¹¹⁷² Ph. YOLKA, *op. cit.*, p. 97.

¹¹⁷³ J.-F. LAFAIX, art. préc., p. 365.

¹¹⁷⁴ *Ibid.*, p. 367.

¹¹⁷⁵ L. MARGUERY, « La loyauté des relations contractuelles en droit administratif : d'un principe procédural à un principe substantiel », *RFDA* 2012, p. 663.

¹¹⁷⁶ V.-X. LIBERT, « Les modifications du marché en cours d'exécution », *AJDA* 1994, p. 65.

elles nombreuses : données techniques, évolutions technologiques, souvent aspects financiers, parfois raisons juridiques »¹¹⁷⁷. Ainsi, l'adaptation du contrat pendant son exécution peut s'avérer nécessaire pour la stabilité des relations contractuelles¹¹⁷⁸. C'est pour cette raison qu'il est possible de procéder à des modifications unilatérales¹¹⁷⁹ ou contractuelles du contrat¹¹⁸⁰. Cependant, ces instruments sont limités par les acquis de la période de formation du contrat. En effet, dans le cas où la conclusion du contrat est soumise à une procédure, l'avenant ou la modification unilatérale ne doivent pas aboutir à une modification substantielle du contrat, en introduisant des conditions qui, si elles avaient figuré dans la procédure de passation initiale, auraient permis l'admission de soumissionnaires autres que ceux initialement admis ou auraient permis de retenir une offre autre que celle initialement retenue¹¹⁸¹. La même logique s'applique pour les cessions de contrat¹¹⁸². L'exécution possède donc un lien évident avec les temps de la formation, et intéresse les concurrents potentiels et les candidats évincés.

L'exécution du contrat précède la fin du contrat, c'est-à-dire l'extinction des obligations contractuelles réciproques : il n'existe plus entre les parties de relation contractuelle¹¹⁸³. La fin de la phase d'exécution dépend ainsi des modes d'extinction de l'obligation contractuelle¹¹⁸⁴. Plusieurs causes en sont à l'origine : l'expiration du contrat, la résiliation du contrat ou la nullité du contrat.

¹¹⁷⁷ C. DUDOGNON, « L'avenant au contrat administratif », *RDP* 2009, n° 5, p. 1355.

¹¹⁷⁸ L. RAPP, « Stabilité du contrat public et mutabilité de son objet », *Contrats et marchés publ.* 2008, ét. 7.

¹¹⁷⁹ CE, 2 février 1983, *Union des transports publics urbains et régionaux*, n°34027, *Rec. p.* 33 ; *RDP* 1984, p.212, note J.-B. Auby.

¹¹⁸⁰ M. UBAUD-BERGERON, *La mutabilité du contrat administratif*, thèse dactyl., Montpellier I, 2004 – H. HOEPFFNER, *La modification du contrat administratif*, LGDJ, coll. Thèses, Biblio. de droit public, Tome 260, 2009.

¹¹⁸¹ CJCE 19 juin 2008, *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH c/ Republik Osterreich*, aff. C-454/06, *Rec. p.* I-4401, concl. J. Kokott ; *AJDA* 2008. 2008, note J.-D. Dreyfus ; *RDI* 2008. 501, obs. R. Noguellou ; *RFDA* 2011. 98, note H. Hoepffner ; *RTD eur.* 2009. 511, chron. A.-L. Sibony et A. Defossez ; *Contrats et marchés publ.* 2008, comm. 186, note W. Zimmer.

¹¹⁸² CE, Avis de la Section des finances, 8 juin 2000, n° 364803 ; *BJCP* 2001, 94. ; *AJDA* 2000, 758, note L. Richer ; *CJEG* 2001, 103, note C. Maugué et L. Deruy – CJCE, 19 juin 2008, *Pressetext Nachrichtenagentur*, préc. – V. également R. NOGUELLOU, *La transmission des obligations en droit administratif*, LGDJ, coll. Thèses, Biblio. de droit public, Tome 241, 2004..

¹¹⁸³ L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 8^{ème} éd., 2012, p. 233.

¹¹⁸⁴ Ph. YOLKA, *op. cit.*, p. 116.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1 :

À partir de l'étude des différentes procédures de passation existantes en droit de la commande publique, il a été possible de dégager des objectifs plus précis que les objectifs généraux¹¹⁸⁵ poursuivis par les principes de la commande publique. Ces objectifs, chronologiquement successifs, ont permis de rassembler les divers éléments des procédures afin de conceptualiser les temps de la commande publique. Le temps de l'accès à la procédure de passation a pour objectif la réalisation d'une concurrence large et adaptée au contrat permettant l'accès à la mise en concurrence. Le temps de la mise en concurrence a pour objectif le respect d'une égalité entre les candidats qui ont pu accéder à la procédure de passation, jusqu'au choix du cocontractant. Ce temps poursuit également un objectif d'intelligibilité de la procédure afin que la mise en concurrence soit efficace. Le temps de la finalisation de la procédure sert à la vérification de sa légalité et permet l'ouverture utile des recours contentieux. Le temps de l'exécution du contrat est consacré à la relation entre le cocontractant et la personne publique, dans le respect des conditions prédéfinies lors de la procédure de passation, afin de protéger la stabilité des relations contractuelles. Il existe donc quatre temps de la commande publique qui poursuivent des objectifs distincts.

Cette systématisation des temps de la commande publique permet de dégager une grille de lecture temporelle du processus d'achat public, qui rompt avec une approche uniforme des procédures de passation. Ces dernières consistent en une succession organisée d'étapes, qu'il est possible de séparer chronologiquement en se fondant sur la poursuite d'objectifs distincts. Il convient à présent de rattacher cette conceptualisation des temps aux principes fondamentaux de la commande publique. Par une délimitation temporelle et une précision des objectifs poursuivis dans le cadre du processus d'achat public, il est possible de spécifier les fonctions propres à chaque principe de la commande publique. En adoptant une conception temporelle des principes, il est permis de rattacher chaque principe à un ou plusieurs temps de la commande publique, afin de préciser leur finalité propre.

¹¹⁸⁵ Il s'agit de l'efficacité de la commande publique, la bonne utilisation des deniers publics et l'ouverture du marché à la concurrence. Cf. *Supra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 1.