

## CONVENTION PREPARATOIRE DU CNB

### Les principes fondamentaux

#### **Sophie GUILLON-COUDRAY**

Avocat à la Cour, docteur en droit, spécialiste en droit public  
Responsable du secteur contrats publics au Cabinet COUDRAY

### INTRODUCTION

Comment définir les principes généraux en un temps très restreint, dans une matière où l'évolution constante des textes et le caractère très innovant et fluctuant de la jurisprudence met, aussi bien les acheteurs que les soumissionnaires dans une situation bien inconfortable.

Les principes généraux de la commande publique, inscrits, en droit interne, à l'article 1<sup>er</sup> du code (transparence, égalité d'accès, égalité de traitement) sont très souvent négligés tant le droit des marchés publics repose sur un arsenal contraignant de règles particulièrement formalistes.

Toutefois, je ne peux que faire un constat : les difficultés les plus couramment rencontrées, les questions juridiques les plus souvent posées par les acheteurs trouvent, bien souvent, leur réponse dans l'interprétation des principes généraux.

Ces difficultés les plus courantes se regroupent finalement autour de 3 grands thèmes

- 1) Difficultés d'interprétation des textes : le CMP ; mais aussi les arrêtés ministériels, voire les formulaires d'avis...Il y a une multiplication des textes, particulièrement récents (la jurisprudence n'est donc pas encore assez intervenue pour nous aider) lesquels sont en droit interne, de nature réglementaire de sorte qu'aucun débat parlementaire ne peut nous éclairer. Comment, alors, procéder à cette interprétation ? la comparaison avec les textes précédents est utile mais très souvent ce sont les principes généraux qui permettent d'interpréter les textes.
- 2) Difficultés de détermination de la procédure à suivre, en particulier en procédure adaptée

Comment monter une procédure qui paraît « adaptée » à l'achat : c'est une procédure qui permet de toucher les opérateurs économiques intéressés (égalité d'accès à la commande publique), qui ne favorise aucun opérateur particulier (égalité de traitement) et qui peut être contrôlée par les autorités de contrôles administratives ou juridictionnelles mais aussi par les soumissionnaires eux-mêmes (transparence).

### 3) Évènements particuliers à traiter en cours de procédure

Attitude d'un candidat qui demande des informations particulières ; modalités de négociations... Là encore ce sont les principes généraux qui vont constituer la source essentielle de réflexion.

**Enfin, ces principes sont applicables à tout marché,**

- quel qu'en soit le montant ;
- quel qu'en soit l'objet ;
- quel que soit le pouvoir adjudicateur

## I) – LE PRINCIPE DE TRANSPARENCE DES PROCEDURES

C'était un principe assez flou et assez diffus qui est passé au rang de principe fondamental grâce d'abord à la jurisprudence communautaire (CJCE, 7 décembre 2000, C-324/98, Telaustria) puis à sa place dans les normes internes (dans l'article 1<sup>er</sup> du code depuis 2001) puis à la combinaison des jurisprudences administratives et constitutionnelles qui lui ont donné toute sa force.

Comme le souligne l'universitaire O. GUEZOU, «en un peu plus de 10 ans, la transparence est ainsi passée du statut d'objectif relativement diffus à un principe juridique dont le juge n'hésite pas à faire application».

### **1) Une information sur les achats accessibles aux soumissionnaires potentiels**

Il faut un degré de publicité .

Il faut fournir aux entreprises une information sur les besoins des pouvoirs adjudicateurs.

En fonction de l'achat et du tissu économique, les moyens de la transparence ne seront pas les mêmes.

## 2) Des modalités d'achat compréhensibles

La transparence des procédures a également pour objectif de permettre des modalités d'achats compréhensibles :

- comment le pouvoir adjudicateur va-t-il acheter ?
- que va-t-il acheter exactement ?
- sur quel critère va-t-il acheter ?

**Les soumissionnaires doivent comprendre ce que le pouvoir adjudicateur VEUT acheter et comment il entend le faire.**

## 3) Des modalités d'achats contrôlables

La transparence est **le corollaire des autres principes** (égalité de traitement et d'accès). C'est le principe de transparence qui permet de s'assurer du respect des autres principes.

La transparence c'est donc aussi la **traçabilité** : attention notamment aux négociations.

# II ) - LE PRINCIPE D'EGALITE D'ACCES A LA COMMANDE PUBLIQUE

## 1) Les modalités de publicité

La transparence est ici le corollaire du principe d'égalité d'accès : il faut que la publicité soit adaptée pour que tout opérateur économique intéressé puisse y avoir accès.

Selon la CJCE, la publicité adéquate est celle qui satisfait à l'objectif d'assurer le développement d'une concurrence effective. Il convient donc de prendre en compte le montant de l'achat certes, mais également son objet et le tissu économique existant.

## 2) L'absence de discrimination

Les exigences qui viennent restreindre la concurrence doivent être dûment justifiées et correspondre à un besoin nécessaire.

Les modalités de la concurrence doivent favoriser l'accès de tous à la commande publique sans favoriser une catégorie.

### **3) Références et capacités professionnelles**

Ce point constitue l'une des sources de risque de rupture d'égalité. L'acheteur public doit contrôler la capacité professionnelle des candidats sans rejeter un opérateur économique au seul motif qu'il ne dispose pas de référence relative à l'exécution d'un marché de même nature.

Cette difficulté prend un sens tout particulier dans les marchés de prestations intellectuelles, et notamment les marchés d'assistance juridique dans lesquels les références deviennent vite un critère de choix des offres et non un critère de sélection des candidats.

## **III ) – LE PRINCIPE D'EGALITE DE TRAITEMENT**

### **1) L'égalité dans l'information**

L'égalité d'accès à l'information initiale impose donc des dossiers très complets. La difficulté se pose notamment lorsque un des candidats potentiels a déjà réalisé des études (de faisabilité par exemple).

Il faut tenter de mettre tous les candidats à un niveau équivalent de connaissance.

### **2) L'égalité dans la procédure**

Il faut «traiter» tous les candidats de la même manière.

Certes il est possible de restreindre le nombre de candidats admis à négocier par exemple mais il faut l'annoncer à l'avance.

L'égalité dans la procédure trouve une application assez délicate dans la négociation : il faut négocier dans les mêmes conditions (durée, nombres de participants, sujets...). Cette exigence impose un cadrage précis et préalable des modalités de la négociation.

Le principe d'égalité de traitement irrigue toutes les modalités des procédures formalisées, mais il ne faut pas l'omettre dans le cadre des marchés à procédure adaptée.

## CONCLUSIONS

Les principes généraux constituent l'ossature du droit des marchés publics. Et malgré l'affluence de règles très contraignantes, ils constituent souvent une source précieuse de réponse aux questions posées par les acheteurs ou les soumissionnaires.

Une hésitation entre deux positions est souvent tranchée grâce à une réflexion sur le respect des principes de transparence et d'égalité.

Le respect de ces principes revêt en outre un intérêt contentieux considérable pour deux raisons essentielles à mon sens :

- 1- le juge administrative annule des procédures d'attribution au visa direct de ces principes, pour non respect de ces derniers. Ces moyens tirés des violations directes des principes de transparence et d'égalité ont vocation à se développer en raison des MAPA pour lesquels les principes constituent l'essentiel des règles applicables.
- 2- Le respect de ces principes, malgré des irrégularités entachant la procédure d'attribution de nullité, devrait permettre, dans certaines hypothèses de limiter les conséquences des irrégularités

Le Conseil d'Etat a récemment jugé que la nature du vice devait être prise en compte dans l'appréciation du juge de l'exécution

*"l'annulation d'un acte détachable d'un contrat n'implique pas nécessairement la nullité dudit contrat ; qu'il appartient au juge de l'exécution, saisi d'une demande d'un tiers tendant à ce qu'il soit enjoint à une partie au contrat de saisir le juge compétent afin d'en constater la nullité, de prendre en compte la nature de l'acte annulé ainsi que le vice dont il est entaché et de vérifier que la nullité du contrat ne portera pas, si elle est constatée, une atteinte excessive à l'intérêt général."*

(CE, 19 décembre 2007, SIAEP du Confolentais, N°29 1487)

En d'autres termes, l'annulation d'une délibération autorisant la signature d'un contrat n'entraînera pas nécessairement le prononcé d'une résolution du contrat par le juge de l'exécution, voire une annulation du contrat par le juge du plein contentieux (dans le cadre du nouveau recours TROPIC).