

PANORAMA DE JURISPRUDENCE DEPUIS LA LOI DU 25 JUIN 2009 RELATIVE AUX MARCHES PUBLICS ET LA LOI DU 10 NOVEMBRE 2010 INSTITUANT LES RECOURS EN MATIERE DE MARCHES PUBLICS : I - LES REFERES¹

A la mémoire d'Harold Parize,
pour ses conseils aussi fraternels que confraternels.
Ils resteront une ligne de conduite et une ambition.

I.	La mise en œuvre très marginale des voies de recours ouvertes par la Loi de 2010	2
A.	La dualité de compétences juridictionnelles organisée par la Loi de 2010	3
B.	Le champ d'application de la Loi de 2010	5
1.	La question de l'applicabilité rationae temporis de la Loi de 2010	5
2.	La question de l'applicabilité rationae materiae de la Loi de 2010	7
II.	La mise en œuvre traditionnelle des voies de recours ouvertes par la Loi modifiée de 1999	12
A.	Le sursis à exécution prévu à l'article 11 de la Loi modifiée de 1999	12
B.	L'institution des mesures de sauvegarde prévue à l'article 12 de la Loi modifiée de 1999	31
1.	L'application aux mesures de sauvegarde des conditions pour le sursis à exécution	32
2.	Les difficultés à formuler des demandes en institution de mesures de sauvegarde.....	35

Introduction

Alors que les recours en matière de marchés publics faisaient l'objet d'une législation spécifique avec, d'une part, la loi modifiée du 13 mars 1993 relative à l'exécution en droit luxembourgeois de la Directive n° 89/665 du Conseil du 21 décembre 1989, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de marchés publics (ci-après la « **Loi modifiée de 1993** »⁽²⁾) et, d'autre part, la loi du 27 juillet 1997 relative à l'exécution en droit luxembourgeois de la Directive du Conseil n° 92/13/CEE du 25 février 1992, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des règles communautaires sur les procédures de passation des marchés des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications et modifiant la prédite Loi modifiée de 1993 (ci-après la « **Loi de 1997** »⁽³⁾), rares furent les requêtes déposées devant le président du Tribunal administratif ou devant le président du Tribunal d'arrondissement sur le fondement de l'une ou l'autre de ces deux lois. Cette désaffectation pour les procédures spécifiques de recours instituées par ces textes s'explique par diverses raisons, y inclus notamment la plus grande familiarité des avocats avec les dispositions des articles 11 et 12 de la loi modifiée du 21 juin 1999 portant

¹ Publié chez Legitech, aux Cahiers du droit luxembourgeois, 2012, cet article est relatif aux actions en référé en matière de marchés publics est suivi d'un autre article concernant les actions en référé. A ce sujet, v. G. Perrot, *Panorama de jurisprudence depuis la loi du 25 juin 2009 relative aux marchés publics : II - les actions au fond*, in *Marchés publics et concessions – Droit luxembourgeois et européen* (sous le dir. Guy PERROT), Legitech, Collégiales, 2018, pp. 189-275.

² Mém. A, 1993, n° 22, p. 398.

³ Mém. A, 1997, n° 55, p. 1692.

règlement de procédure devant les juridictions administratives (ci-après la « **Loi modifiée de 1999** »). La transposition imparfaite de la directive précitée du Conseil du 21 décembre 1989 (ci-après la « **Directive n° 89/665** ») en droit luxembourgeois permet aussi de comprendre pourquoi peu de procédures contentieuses furent engagées sur base de la Loi modifiée de 1993 ⁽⁴⁾ puisque le législateur en avait limité le champ d'application aux décisions « *précédant la décision d'adjudication* » ⁽⁵⁾, sans même que la Directive n° 89/665 ne prévoise une telle restriction. Dans ce contexte, il n'est guère étonnant que les candidats ou les soumissionnaires aient été peu enclins à former de tels recours avant la décision d'attribution du marché, et ceci d'autant moins qu'ils craignent, à tort ou à raison, de « *compromettre éventuellement [leurs] relations futures avec le pouvoir adjudicateur* » ⁽⁶⁾.

C'est dans ce contexte que fut adoptée 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 en ce qui concerne l'amélioration de l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des marchés publics (ci-après la « **Directive 2007/66** »), avec pour objectif de remédier aux faiblesses constatées dans les mécanismes de recours qui existaient auparavant, eu égard notamment « *à l'absence, entre la décision d'attribution d'un marché et la conclusion dudit marché, d'un délai permettant un recours efficace [ce qui compromettait] gravement la protection juridictionnelle effective des soumissionnaires concernés, c'est-à-dire les soumissionnaires qui n'ont pas encore été définitivement exclus* » ⁽⁷⁾. Dans le prolongement de cette directive fut ensuite votée la loi du 10 novembre 2010 instituant les recours en matière de marchés publics (ci-après la « **Loi de 2010** » ⁽⁸⁾) qui transpose la Directive 2007/66 au Grand-duché de Luxembourg.

Toutefois, il faut bien reconnaître que les tendances observées sous l'empire de la Loi modifiée de 1993 et de la Loi de 1997 semblent persister depuis l'entrée en vigueur de la Loi de 2010. Même si celle-ci est encore relativement récente et ne permet pas de formuler de conclusion péremptoire quant à sa future mise en œuvre, les recours formés en application de la Loi de 2010 demeurent, pour l'instant, très marginaux (I). Ainsi, l'essentiel des référés en matière de marchés publics continuent à être engagés sur les fondements traditionnels de la Loi modifiée de 1999 qui permet au président du Tribunal administratif de prononcer le sursis à exécution des décisions déferées et, le cas échéant, d'instituer des mesures de sauvegarde (II).

I. LA MISE EN ŒUVRE TRÈS MARGINALE DES VOIES DE RECOURS OUVERTES PAR LA LOI DE 2010

Depuis l'entrée en vigueur de la Loi de 2010, les nouvelles voies de recours « *accessibles à toute personne ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir un marché déterminé et ayant été ou risquant d'être lésée par une violation alléguée de droit communautaire ou de droit national transposant le droit communautaire en matière de marchés publics* » ⁽⁹⁾ ont été très peu empruntées. C'est ainsi que cinq recours seulement semblent avoir été déferés au président du Tribunal administratif qui peut pourtant être saisi en référé en application des articles 3, 4 et 6 de la Loi de 2010. Ces données statistiques mériteraient sans doute d'être examinées de plus près, en tenant compte à la fois de la date de publication des avis de marché et de la valeur des marchés publics ayant fait l'objet de

⁴ Sauf erreur ou omission, aucune ordonnance n'a été rendue depuis l'ord. prés. T. adm., 16 nov. 2006, n° 22.046 sur le fondement de la Loi modifiée de 1993.

⁵ V. art. 1er de la Loi modifiée de 1993. En renvoyant à la jurisprudence précitée de 2006, la doctrine semble considérer que cette solution serait encore de rigueur sous l'empire de la Loi de 2010, bien que cette dernière reste muette à ce sujet, v. M. Thewes et Th. Chevrier, *Regards sur la réforme des recours en matière de marchés publics*, JTL n° 16, p. 87, n° 7, estimant que « *le recours sur cette base* (i.e. sur le fondement de l'article 3 de la Loi de 2010) *peut être introduit jusqu'à la décision d'adjudication* ».

⁶ Conclusions de l'avocat général présentées dans l'affaire CJCE, 28 oct. 1999, Alcatel Austria, aff. C-81/98.

⁷ V. not. considérants 3 et 4 de la Directive 2007/66, JO L 335 du 20.12.2007, pp. 31-46.

⁸ Mém. A, 2010, n° 203, p. 3378.

⁹ V. art. 1er de la Loi de 2010.

recours, pour vérifier si la Loi de 2010 avait ou non vocation à s'appliquer *rationae valoris* ⁽¹⁰⁾ et *rationae temporis* ⁽¹¹⁾. Il est toutefois regrettable que les ordonnances rendues par le président du Tribunal administratif permettent difficilement, dans leur version accessible au public, de déterminer la date de lancement de la procédure de passation du marché public envisagé ainsi que sa valeur ⁽¹²⁾. Quant au président du Tribunal d'arrondissement siégeant comme juge des référés auquel les articles 9 à 16, 20 et 21 de la Loi de 2010 donnent également compétence, il n'a, jusqu'à présent et selon les informations recueillies auprès du service de documentation du parquet ⁽¹³⁾, été amené à connaître d'aucune requête sur le fondement de cette nouvelle loi ⁽¹⁴⁾.

L'absence totale d'ordonnance rendue par le président du Tribunal d'arrondissement siégeant comme juge des référés et le très faible nombre de recours en référés toisés par le président du Tribunal administratif conduisent ainsi à s'interroger sur l'opportunité d'avoir pérennisé, dans le cadre de la Loi de 2010, la dualité de compétences administrative et judiciaire, telle qu'elle résultait des dispositions combinées de la Loi modifiée de 1993 et de la Loi de 1997. Cette problématique de la répartition des compétences juridictionnelles ressort d'ailleurs de l'une des ordonnances prononcées par le président du Tribunal administratif sur base de la Loi de 2010 (A). En outre, et même si ce dernier n'a été saisi qu'à cinq reprises seulement sur le fondement de cette nouvelle loi, les premières décisions rendues permettent déjà d'en préciser les champs d'application temporel et matériel (B), à défaut d'apporter tous les éclaircissements souhaitables.

A. LA DUALITE DE COMPETENCES JURIDICTIONNELLES ORGANISEE PAR LA LOI DE 2010

Alors que la Loi de 1997 donnait déjà compétence au président du Tribunal d'arrondissement siégeant comme juge des référés pour les marchés passés par les entités adjudicatrices privées, aucun recours sur ce fondement ne lui avait été soumis entre 1997 et l'entrée en vigueur de la Loi de 2010. L'absence de toute requête lui déférée, depuis cette date, n'est donc guère surprenante et s'inscrit dans le prolongement direct de la tendance jurisprudentielle qui se dégageait des treize années précédentes. Cette considération eût sans doute pu être prise en compte au moment de l'élaboration et du vote du projet de loi ayant conduit à l'adoption de la Loi de 2010. Cela eût peut-être évité de créer une dualité artificielle de compétences, réparties entre le président du Tribunal d'arrondissement et le celui du Tribunal administratif ⁽¹⁵⁾. Cela eût été l'occasion de constituer un bloc de compétence au profit du seul président du Tribunal administratif dont personne ne saurait contester qu'il est nettement plus habitué à

¹⁰ V. ord. prés. T. adm., 31 août 2011, n° 28.930 où le recours avait été formé sur base de la Loi modifiée de 1999. Le marché public de travaux était inférieur au montant prévu à l'art. 21 de la Loi modifiée de 2009, de sorte que la Loi de 2011 ne trouvait pas à s'appliquer.

¹¹ V. ord. prés. T. adm., 22 nov. 2011, n° 29.469. La version accessible au public de cette ordonnance ne renseigne pas la date de publication de l'appel d'offres. Néanmoins, et dans la mesure où le président du Tribunal administratif a fait application de la Loi de 2010, il faut en déduire que celle-ci avait *rationae temporis* vocation à s'appliquer.

¹² L'anonymisation des décisions rendues par les juridictions administratives est parfois exagérée. C'est notamment le cas de certaines décisions accessibles en ligne qui occultent la date de leur prononcé. (v. ord. prés. T. adm., 7 mars 2011, n° 27.965 et ord. prés. T. adm., 1er avr. 2011, n° 27.965b). Il pourrait aussi être utile, à des fins scientifiques, de disposer de la date de publication des avis de marché. Quant à l'anonymat sur l'identité des pouvoirs adjudicateurs, aucun argument ne semble le justifier.

¹³ Je profite ici de l'occasion pour remercier Mesdames Arlette Koerperich et Catherine Fabeck, substitut du procureur, affectées au CREDOC, service de documentation du Parquet, ainsi que Monsieur Matthieu Heitz, documentaliste au sein d'OPF Partners, pour leur collaboration efficace dans le travail de recherche documentaire, sans lequel la présente étude n'aurait pas été possible. J'adresse également mes remerciements à Maître Nadine Cambonie et à Maître Karim Sorel pour l'aide qu'ils m'ont apportée lors de la finalisation de cette revue de jurisprudence.

¹⁴ Dans les cas de figure où des entités adjudicatrices se voient dans l'obligation de respecter la Loi modifiée de 2009, la procédure est similaire à celle organisée aux articles 3 et 4 de la Loi de 2010 mais elle se déroule devant le président du Tribunal d'arrondissement siégeant en matière de référés.

¹⁵ Sur l'incompétence du Tribunal administratif pour connaître des recours formés par des pouvoirs adjudicateurs, ayant la qualité de personnes de droit privé, v. T. adm., 25 oct. 2010, Dress et Sommer vs International School of Luxembourg, n° 26.433 du rôle.

connaître de recours relatifs à la légalité des décisions administratives prises en matière de marchés publics ⁽¹⁶⁾.

Quoi qu'il est soit, la Loi de 2010 maintient une dualité de compétences réparties entre le président du Tribunal administratif, d'une part, et le président du Tribunal d'arrondissement siégeant comme juge des référés, d'autre part. Si l'objectif de la présente étude est de dresser un panorama de la jurisprudence récente, sans se livrer à une analyse exégétique de la nouvelle législation, il convient toutefois de rappeler brièvement que la Loi de 2010 prévoit « *quatre cas de figure susceptibles d'être soumis soit au président du Tribunal administratif, soit au président du tribunal d'arrondissement siégeant comme juge des référés, comportant chacun une procédure particulière à déterminer en fonction de la nature, de l'objet ainsi que de la cause du recours introduit* » ⁽¹⁷⁾.

Or, dans une affaire concernant un marché pour l'installation, la mise en service et l'entretien d'un système de communications aéroportuaires AMHS, une société dont l'offre avait été rejetée introduisit « *une requête en effet suspensif sinon (en) institution d'une mesure de sauvegarde adressée au président du Tribunal administratif* ». Alors qu'un tel recours aurait pu être fondé sur la Loi modifiée de 1999, la requérante se prévalait expressément de l'article 20 de la Loi de 2010, rebaptisée par le requérant « *loi du 10 novembre 2010 instituant les recours en matière de marché public devant les juridictions administratives* » ⁽¹⁸⁾.

La société qui avait été déclarée adjudicataire du marché en question souleva l'incompétence du Tribunal administratif au motif que l'article 20 invoqué par la requérante « *visait clairement la saisine du président du tribunal d'arrondissement siégeant comme juge des référés* ». En effet, cette disposition de la Loi de 2010 énonce les mesures provisoires ayant pour but de corriger la violation alléguée ou d'empêcher que d'autres préjudices soient causés aux intérêts concernés et qui sont susceptibles d'être ordonnées par le président du Tribunal d'arrondissement siégeant comme juge des référés.

Dès lors, et suivant une jurisprudence constante ⁽¹⁹⁾, le président du Tribunal administratif a considéré que les termes juridiques employés par la requérante dans sa requête introductive d'instance, la nature et l'objet de cette requête étaient à interpréter à la lettre, en l'absence d'intention manifeste contraire. Introduit sur base de l'article 20 de la Loi de 2010 qui attribue compétence au président du Tribunal d'arrondissement siégeant comme juge des référés, le recours de la société requérante formé devant le président du Tribunal administratif fut en toute logique déclaré irrecevable, par une ordonnance du 22 novembre 2011.

Au demeurant, la décision déferée avait été prise, pour le compte de l'Etat, par le ministre du Développement durable et des Infrastructures, lequel ne saurait évidemment être considéré comme une entité adjudicatrice privée au sens des articles 2 et 20 combinés de la Loi de 2010 qui renvoient à l'article 56 de la loi modifiée du 25 juin 2009 relative aux marchés publics (la « **Loi modifiée de 2009** »). Dès lors, si le recours avait été formé devant le président du Tribunal d'arrondissement siégeant comme juge des référés sur le fondement de l'article 20 de la Loi de 2010, il eût également été déclaré irrecevable.

En vérité, si la société requérante dont l'offre avait été rejetée avait voulu saisir le président du Tribunal administratif, elle aurait dû invoquer les articles 3, 4 ou 6 de la Loi de 2010, pour que son recours soit recevable, au moins en ce qui concerne le fondement légal de son action. Il n'en reste pas moins que,

¹⁶ En outre, la dualité de compétences peut être source d'erreur sinon de la part des justiciables, sinon de leurs conseils, v. ord. prés. T. adm., 22 nov. 2011, n° 29.469. Sur cette affaire v. *infra*.

¹⁷ Ord. prés. T. adm., 22 nov. 2011, n° 29.469.

¹⁸ Ord. prés. T. adm., 22 nov. 2011, n° 29.469.

¹⁹ Cette jurisprudence constante connaît toutefois des dérogations, v. ord. prés. T. adm., 30 août 2012, n° 31.142.

même sur base de l'une ou l'autre de ces dispositions, le recours tel que formulé par la requérante et qui tendait à voir « *ordonner la suspension de l'exécution d'un éventuel contrat passé entre l'Administration de la navigation aérienne et la société* »⁽²⁰⁾ adjudicatrice ne relevait pas non plus de la compétence du président du Tribunal administratif. En effet, la jurisprudence constante énonce que les juridictions administratives ne sont pas compétentes pour prendre quelque décision que ce soit ayant trait à un contrat qui est d'ores et déjà conclu, un tel contrat ayant un caractère civil dont la connaissance appartient au juge judiciaire. Telle que libellée, la demande de suspension de l'exécution du contrat litigieux aurait évidemment pu être formulée devant le président du Tribunal d'arrondissement⁽²¹⁾, mais sans invoquer les dispositions particulières de l'article 20 de la Loi de 2010.

Là réside toute la confusion entretenue par cette nouvelle loi qui aurait opportunément pu mettre enfin un terme à la dualité de compétences juridictionnelles pour les actions en référé portant sur des marchés publics⁽²²⁾. Cela eût été l'occasion d'attribuer au président du Tribunal administratif tout le contentieux des actes administratifs intervenant avant la conclusion des marchés publics, quels que soient les pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices qui les initient. Une telle évolution aurait aussi pu constituer la première étape d'une future refonte de la procédure administrative qui, à la faveur d'une réforme de la Constitution, confierait aux juridictions administratives tout le contentieux des marchés publics, y compris les demandes d'indemnisation à formuler par des candidats ou des soumissionnaires qui s'estimeraient illégalement évincés. Cependant, ces problématiques doctrinales et prospectives débordent largement le cadre de la présente étude et il convient, plus modestement, d'examiner l'état actuel de la jurisprudence rendue sur le fondement de la Loi de 2010, et plus précisément sur son champ d'application.

B. LE CHAMP D'APPLICATION DE LA LOI DE 2010

1. La question de l'applicabilité rationae temporis de la Loi de 2010

S'agissant de l'affaire examinée ci-dessus et portant sur le marché pour l'installation, la mise en service et l'entretien d'un système de communications aéroportuaires AMHS, la question de l'application dans le temps de la Loi de 2010 n'a pas été évoquée explicitement. Si la version accessible au public de cette ordonnance rendue ne renseigne pas la date de publication de l'appel d'offres, il n'en reste pas moins que la Loi de 2010 avait vocation à s'appliquer rationae temporis, sans quoi le président du Tribunal administratif n'aurait pas jugé irrecevable la « *requête en effet suspensif sinon d'institution d'une mesure de sauvegarde adressée au président du Tribunal administratif* » introduite erronément sur base de l'article 20 de la Loi de 2010, mais il aurait considéré que cette demande était formée sur le fondement habituel des articles 11 et 12 de la Loi

²⁰ Ord. prés. T. adm., 22 nov. 2011, n° 29.469.

²¹ Sur la saisine du président du Tribunal d'arrondissement siégeant en matière de référé, v. CA Lux., 7^{ème} ch., 11 mars 2009, n° 34.284 où il a été jugé que le candidat ou le soumissionnaire évincé peut, indépendamment des dispositions spécifiques organisant les voies de recours en matière de marchés publics (Loi modifiée de 1993, Loi de 1997 puis, à présent, Loi de 2010) former une requête sur base de « *l'article 933 alinéa 1er du Nouveau Code de Procédure civile [qui] permet de saisir le juge des référés près le tribunal civil si l'objet du litige ne rentre pas dans les compétences d'attribution du juge administratif* », v. CA Lux., 7^{ème} ch., 11 mars 2009, n° 32.284. En l'espèce, la demande formée sur base de l'article 933, al. 1^{er}, du Nouveau Code de Procédure civile fut déclarée irrecevable au motif qu'« *il n'appartient pas au juge civil du fond ni surtout au juge des référés de se prononcer sur la régularité de [l'attribution du marché] et de suspendre des travaux qui sont en cours depuis plus de six mois* ». Quant à la demande introduite sur le fondement de l'article 932, al. 1^{er}, la Cour d'appel considéra que « *les contestations soulevées (...) au sujet de la procédure d'adjudication des travaux de rénovation ne sont pas dénuées de sérieux de sorte que la demande laisse également d'être fondée sur cette base* ».

²² A propos de l'incompétence du président du Tribunal administratif pour accorder le sursis à exécution s'agissant d'un marché lancé par une entreprise qui ne serait apparemment pas un pouvoir adjudicateur au sens de l'article 2 de la Loi modifiée de 2009, v. ord. prés. T. adm., 8 mars 2011, n° 28.037. Il est à noter que le recours au fond, déposé le même jour que la demande de sursis à exécution, a fait l'objet d'une radiation à la demande de la société requérante, de sorte que le Tribunal administratif n'a pas eu à se prononcer sur sa compétence pour annuler l'acte litigieux.

modifiée de 1999 ⁽²³⁾. Au passage, il convient de noter que le président du Tribunal administratif était saisi sur base de la Loi de 2010 alors même que la décision d'adjudication était intervenue et que la société requérante avait vu son offre rejetée au profit d'un concurrent auquel le marché avait été adjugé. Le président du Tribunal administratif n'a donc pas limité l'application de la Loi de 2010 aux décisions administratives « *précédant la décision d'adjudication* » ⁽²⁴⁾. Contrairement à certaines opinions doctrinales ⁽²⁵⁾, les solutions dégagées sous l'empire de la Loi modifiée de 1993 ne trouvent heureusement plus à s'appliquer ⁽²⁶⁾, puisqu'aux vœux de l'article 6 de la Loi de 2010, « *le président du tribunal administratif peut être saisi endéans les délais prévus à l'article 5* », c'est-à-dire dans un « *délai d'au moins dix jours à compter du lendemain du jour où la décision d'attribution du marché a été envoyée aux soumissionnaires et candidats concernés si un télécopieur ou un moyen électronique est utilisé ou, si d'autres moyens de communication sont utilisés, avant l'expiration d'un délai d'au moins quinze jours à compter du lendemain du jour où la décision d'attribution du marché est envoyée aux soumissionnaires et candidats concernés* ». Partant, le recours peut intervenir après la décision d'adjudication, solution légale qui revient sur les positions jurisprudentielles dégagées sous l'empire de la Loi modifiée de 1993.

Nettement plus explicite est l'ordonnance rendue à propos d'un procédure de passation d'un marché public pour des travaux d'aménagement d'un tunnel. Le 18 août 2011, une association momentanée dont l'offre avait été rejetée pour ne pas être économiquement et techniquement la plus avantageuse, déposa une requête en sursis à exécution de la décision d'adjudication devant le président du Tribunal administratif, en se fondant notamment sur l'article 2 de la Loi de 2010.

A cette occasion, le président du Tribunal administratif souleva d'office à l'audience de plaidoiries la question de l'applicabilité au recours introduit de la Loi de 2010 dont l'article 23 dispose que :

« (1) La présente loi entre en vigueur le premier jour du mois qui suit sa publication au Mémorial.

« (2) Les procédures comportant publication d'un avis, publiées avant la date d'entrée en vigueur, et à défaut de publication d'un avis, les invitations à présenter une candidature ou à remettre une offre, lancées avant la date d'entrée en vigueur, demeurent soumises aux dispositions législatives en vigueur au moment de la publication de l'avis ou de l'invitation. ».

La Loi de 2010 ayant été publiée au Mémorial A n° 203 du 12 novembre 2010, elle est donc entrée en vigueur le 1^{er} décembre 2010 ⁽²⁷⁾. Quant à l'avis d'adjudication du marché public de travaux d'aménagement d'un tunnel, il avait été publié en date du 4 décembre 2010, soit après l'entrée en vigueur de la Loi de 2010. Dès lors, cette dernière était applicable rationae temporis à la procédure engagée ⁽²⁸⁾.

²³ V. ord. prés. T. adm., 22 nov. 2011, n° 29.469.

²⁴ V. art. 1er de la Loi modifiée de 1993.

²⁵ V. M. Thewes et Th. Chevrier, *Regards sur la réforme des recours en matière de marchés publics*, JTL n° 16, p. 86, n° 4, citant sans autre commentaire la jurisprudence rendue sur base de la Loi modifiée de 1993 qui, à lire ces auteurs, resterait d'application. Puis ils estiment qu'« *avant l'attribution du marché, il n'y a pas encore de décision administrative contre laquelle un recours pourrait être introduit. Les actes posés sont des actes préparatoires contre lesquels aucun recours de droit commun (i.e. sur base de la Loi modifiée de 1999) n'est possible car on considère qu'ils ne causent pas encore de grief. Dans la matière spécifique des marchés publics, ces actes peuvent cependant (...) faire l'objet d'un référé précontractuel* », sur base de la Loi de 2010.

²⁶ V. ord. prés. T. adm., 16 nov. 2006, n° 22049.

²⁷ V. art. 23 (1) de la Loi de 2010.

²⁸ Ord. prés. T. adm., 14 sept. 2011, n° 28.971.

Il est à noter que, conformément à la volonté du Législateur, le critère d'applicabilité rationae temporis de la Loi de 2010 n'est pas la date d'introduction du recours devant le Tribunal administratif, comme c'est généralement le cas pour les lois de procédure. De ce point de vue, le critère d'applicabilité est la date du lancement de la procédure de passation du marché public considéré (29). Ce choix opéré par le Législateur pourrait être contesté à plusieurs titres, mais la rareté des recours introduits sur le fondement de la nouvelle loi ne mérite pas de consacrer de plus amples développements à cette problématique spécifique. Au demeurant, les futurs marchés publics à lancer par les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices sont désormais susceptibles de faire l'objet de recours sur base de la Loi de 2010, sans que son application dans le temps ne soulève plus de quelconques difficultés à l'avenir.

2. La question de l'applicabilité rationae materiae de la Loi de 2010

Dans cette même affaire du marché de travaux d'aménagement d'un tunnel, le président du Tribunal administratif examina également la question de l'applicabilité rationae materiae de la Loi de 2010. Il rappela qu'en vertu de son article 1^{er}, la Loi de 2010 n'était applicable qu'aux marchés « visés par les livres II et III de la loi modifiée du 25 juin 2009 sur les marchés publics (...) ». Le président du Tribunal administratif releva que le marché litigieux n'était pas un marché de fourniture et de services et que sa valeur ne dépassait pas le seuil de 4.845.000 euro prévu pour les marchés de travaux à l'article 21 de la Loi modifiée de 2009. Dès lors, il ne constituait pas un marché d'envergure au sens du Livre II de la Loi modifiée de 2009. Par ailleurs, ce marché public pour les travaux d'aménagement du tunnel en question ne concernait ni le secteur de l'eau, de l'énergie, des transports, ni des services postaux au sens du Livre III de la Loi modifiée de 2009.

Dans la mesure où ce marché ne tombait pas dans le champ d'application des livres II et III de la Loi modifiée de 2009, la Loi de 2010 n'était pas applicable au marché de travaux pour l'aménagement du tunnel dont s'agit, puisque cette dernière n'a vocation à régir que les marchés relevant des livres II et III de la Loi modifiée de 2009. Il en découle que le recours en sursis à exécution n'était pas recevable en ce qu'il était introduit sur base de l'article 3 de la Loi de 2010 (30). Là encore, il serait opportun de s'interroger sur les motivations voire sur la légalité du choix opéré par le Législateur de réserver les voies de recours instituées par la Loi de 2010 aux seuls marchés relevant des livres II et III de la Loi modifiée de 2009 (31). Ces problématiques mériteraient de faire l'objet d'une étude plus approfondie, ce qui dépasse toutefois le champ assigné au présent panorama de jurisprudence.

²⁹ V. art. 23(4) de la Loi de 2010.

³⁰ Ord. prés. T. adm., 14 sept. 2011, n° 28.971. Dans une autre affaire le président du Tribunal administratif a relevé que « la condition qu'il s'agit d'un marché visé par les livres II et III de la Loi de 2010 est remplie en l'espèce dès lors qu'il ressort des pièces et éléments soumis à la soussignée que le montant estimatif du marché est de 6.900.000 EUR », v. ord. prés. T. adm., 1er août 2012, n° 30.885. Il est à noter que le marché de travaux en question dépassait le seuil de 4.845.000 euro et constituait donc un marché d'envergure au sens du livre II de la Loi modifiée de 2009 (et non de la Loi de 2010 comme erronément indiqué par le président du Tribunal administratif). A ce titre, la Loi de 2010 était applicable à la procédure de passation litigieuse. En revanche, la référence faite au livre III de la Loi de 2009 était aussi inutile qu'inappropriée.

³¹ V. aussi ord. prés. T. adm., 1er août 2012, n° 30.885 où le président du Tribunal administratif a rappelé les pouvoirs qui lui sont reconnus à « condition qu'il s'agisse d'un marché visé par les livres II et III de la Loi de 2010 (sic) » (lire la Loi modifiée de 2009). Sur la critique de la solution retenue par le Législateur, v. C. adm. Avis du 25 mars 2010 sur le projet de loi n° 6119-1 instituant les recours en matière de marchés publics, estimant « qu'une question d'égalité devant la loi se pose, car on peut, le cas échéant, se demander légitimement si la différence de traitement des soumissionnaires, en ce qui concerne la possibilité d'agir contre un cahier des charges inadéquat, selon que le marché est régi ou non par le droit communautaire, est rationnellement justifiée et conforme à l'article 10bis de la Constitution ».

La question du champ d'application rationae materiae de la Loi de 2010 se pose aussi sous l'angle de la portée des recours ouverts par cette nouvelle loi. Dans une affaire relative au dialogue compétitif initié par la Ville de Dudelange pour la construction d'un nouveau centre sportif, deux sociétés constituées en société temporaire avaient d'abord été sélectionnées avec trois autres candidats pour mener à bien ce dialogue avec la commune. Cette société temporaire déposa donc une offre le 5 juin 2012. Par délibération du 19 juillet suivant, le collège échevinal décida d'écarter notamment la société temporaire et de ne retenir qu'un concurrent afin de poursuivre avec lui et de mener à terme le dialogue compétitif. Le 3 août 2012, la société temporaire introduisit « *un recours tendant à l'annulation de la décision d'attribution du marché du 19 juillet 2012 (...) et (...) une requête tendant à la suspension de cette décision, sinon à l'instauration d'une mesure de sauvegarde* »⁽³²⁾. Alors que la société temporaire avait expressément fondé sa requête sur les articles 3 et 4 de la Loi de 2010, « *elle a précisé toutefois à l'audience du 13 août 2012, sur question spéciale [du vice-président du Tribunal administratif], solliciter en fait la suspension de la décision querellée, sinon l'instauration d'une mesure de sauvegarde* » sur base des articles 11 et 12 de la Loi modifiée de 1999, « *et non l'instauration de mesures de sauvegarde telles que prévues par l'article 3 de la Loi de 2010, lequel instaure la possibilité d'un contrôle préventif par le président du tribunal administratif dans le cadre d'une procédure appelée couramment "référé précontractuel", donc dans la procédure qui précède la décision d'adjudication* »⁽³³⁾.

Bien que prenant acte du changement de base légale invoquée par la requérante⁽³⁴⁾, le vice-président du Tribunal administratif constata « *que si la décision déférée ne constitue a priori qu'une décision définitive qu'en ce qui concerne son volet relatif au rejet de l'offre de la demanderesse (...), l'existence même d'une décision définitive dans le chef de la société [temporaire] par laquelle celle-ci a vu son offre écartée ou rejetée (...) exclut la possibilité d'agir au niveau des documents de soumission dans le cadre d'un référé "précontractuel" et de corriger le cas échéant des irrégularités y présentes, le stade où de telles irrégularités auraient pu être corrigées, à savoir le stade de la mise en compétition de plusieurs candidats, étant dépassé en dépit de l'absence de décision formelle d'attribution du marché* ». Ce faisant, le vice-président rendait un véritable obiter dictum sur la portée de l'article 3 de la Loi de 2010, fondement sur lequel la société requérante avait initialement agi et à laquelle elle avait renoncé en dépit, apparemment, des nuances apportées par son litismandataire lors des plaidoiries.

A cet égard, il est utile de rappeler que l'article 3 alinéa 1^{er} de la Loi de 2010 dispose que « *le président du tribunal administratif ou le magistrat qui le remplace peut ordonner au provisoire toutes les mesures nécessaires qui ont pour but de faire corriger la violation alléguée ou d'empêcher d'autres dommages d'être causés aux intérêts concernés, y compris des mesures destinées à suspendre ou à faire suspendre la procédure de passation du marché en cause tant que le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice n'a pas procédé à la correction ordonnée* ». Et l'alinéa 2 de poursuivre en indiquant certaines mesures particulières susceptibles d'être prononcées à cette occasion.

Or, il ne résulte nullement de la disposition précitée que la compétence du président du Tribunal administratif, pour corriger des irrégularités qui viendraient à être décelées, cesse « *au stade de la mise en compétition de plusieurs candidats* ». Au contraire et dans la mesure où le président du

³² Ord. prés. T. adm., 30 août 2012, n° 31.142.

³³ Ord. prés. T. adm., 30 août 2012, n° 31.142.

³⁴ Suivant sa jurisprudence constante, le vice-président du Tribunal administratif aurait dû considérer que les termes juridiques employés par la société temporaire dans sa requête introductive d'instance, la nature et l'objet de cette requête étaient à interpréter à la lettre. Introduit sur base des articles 3 et 4 de la Loi de 2010, le vice-président aurait dû examiner la recevabilité du recours uniquement sur base de ces fondements. En ce sens, v. ord. prés. T. adm., 22 nov. 2011, n° 29.469.

Tribunal administratif peut prendre toutes mesures allant jusqu'à prononcer la suspension de la procédure de passation, sa compétence ne s'arrête qu'à partir du moment où est conclu le contrat d'exécution de la décision d'adjudication. Sinon les décisions prises par le pouvoir adjudicateur au cours de la procédure de dialogue compétitif, et notamment celles évinçant les candidats de la suite de la procédure, échapperaient à tout recours efficace et rapide, ce qui irait à l'encontre à la fois des objectifs de la Directive 2007/66 qu'est censée transposer en droit luxembourgeois la Loi de 2010, de la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne⁽³⁵⁾ et même des dernières solutions jurisprudentielles adoptées par le président du Tribunal administratif⁽³⁶⁾. Or, certains moyens soulevés par la requérante, et notamment celui tiré de ce que « *certaines informations pertinentes n'auraient pas été portées à sa connaissance* », pouvaient être constitutives d'une inégalité de traitement entre les candidats dans le dialogue compétitif engagé par la Ville de Dudelange. Pourtant, le vice-président du Tribunal administratif a estimé, « *sans analyser plus en avant ces critiques et l'argumentation afférente de la demanderesse, [qu']il n'appert pas a priori qu'une inégalité de traitement, ayant consisté en la rétention par le pouvoir adjudicateur d'informations cruciales, puisse être dégagée de ce seul fait* »⁽³⁷⁾. Il faut pourtant bien convenir que si des informations, fussent-elles cruciales ou non, n'ont pas été communiquées à certains candidats, une telle situation est *ispo facto* constitutive d'une inégalité de traitement, nonobstant la « *particularité du dialogue compétitif* », sur un plan procédural.

Cette solution a pourtant été reprise dans une seconde ordonnance, à nouveau à l'occasion de la procédure de dialogue compétitif lancée par la Ville de Dudelange. Un des autres candidats, organisé en association momentanée, forma un recours sur base de l'article 3 de la Loi de 2010 contre la délibération du collège échevinal écartant son offre et décidant de poursuivre le dialogue avec un seul des quatre concurrents initialement en lice. Le président du Tribunal administratif admit, comme le soutenaient les sociétés formant cette association momentanée, « *qu'aussi longtemps que le pouvoir adjudicateur n'a pas procédé à l'adjudication d'un marché public, il ne saurait être question d'un dessaisissement de la juridiction administrative spéciale appelée à connaître du référé "précontractuel" instauré par l'article 3 de la [Loi de 2010]* »⁽³⁸⁾.

Toutefois, il considéra que la recevabilité d'une demande en référé précontractuel suppose que le candidat puisse encore « *faire valoir un intérêt à agir pour voir corriger d'éventuelles irrégularités ou manquements aux obligations de mise en concurrence, [ce qui] n'est plus le cas d'une entreprise dont l'offre a été écartée* ». Le président du Tribunal administratif motiva son ordonnance par la considération selon laquelle « *un éventuel recours au référé précontractuel du soumissionnaire écarté se heurte nécessairement à l'autorité provisoire de la chose décidée à son encontre* », à savoir son éviction des suites de la procédure de passation, même si l'administration communale n'avait pas encore pris de décision d'adjudication ou d'attribution du marché, mais avait seulement décidé de poursuivre les négociations avec un seul des candidats initiaux. Le président du Tribunal administratif justifia également sa décision par le fait « *qu'il ne saurait appartenir au juge des référés d'apprécier la validité de la décision de ne pas retenir et d'écarter une offre voire de l'annuler ou de la réformer* ». Il déclara donc irrecevable le recours formé sur base de l'article 3 de la Loi de 2010 « *en ce qu'il émane d'un soumissionnaire écarté, dont l'action se heurte à l'autorité provisoire de la chose décidée* »⁽³⁹⁾.

³⁵ CJCE, 28 oct. 1999, Alcatel Austria, aff. C-81/98.

³⁶ V. ord. prés. T. adm., 16 avr. 2009, n° 25.593. A ce sujet, v. *infra*, p. 16.

³⁷ Ord. prés. T. adm., 30 août 2012, n° 31.142.

³⁸ Ord. prés. T. adm., 20 sept. 2012, n° 31.356.

³⁹ Ord. prés. T. adm., 20 sept. 2012, n° 31.356.

Cette nouvelle ordonnance ne peut qu'être désapprouvée car elle fait échapper au contrôle du président du Tribunal administratif les décisions prises par les pouvoirs adjudicateurs évinçant un candidat à une étape de la procédure de passation d'un marché public et décidant de la poursuivre avec ses concurrents. La connaissance de telles décisions d'éviction appartiendrait ainsi au seul juge du fond, ce qui implique un délai d'au moins cinq mois pour les échanges de mémoire, auquel s'ajoutent le temps nécessaire à la préparation du mémoire introductif d'instance ⁽⁴⁰⁾, les délais de convocation à l'audience de plaidoiries et de prononcé du jugement. Au total, il ne faut pas espérer qu'un jugement au fond intervienne moins de huit mois après la décision litigieuse, sans compter d'éventuelles vacances judiciaires. Partant, il est pratiquement assuré que la procédure de dialogue compétitif sera terminée et que le marché sera adjudgé quand sera toisée par le Tribunal administratif le recours en annulation introduit en raison d'une éventuelle illégalité de la décision d'éviction du candidat au marché. Ainsi, la jurisprudence présidentielle commentée conduit à l'absence de recours rapide et efficace contre les décisions d'éviction d'un candidat en cours de procédure de passation.

Par ailleurs, l'argument avancé par le président du Tribunal administratif selon lequel un tel recours se heurte à l'autorité de la chose décidée ne tient pas, car il en va ainsi de l'ensemble des recours en référés dirigés contre les décisions administratives qui toutes bénéficient du privilège du préalable, ce qui ne saurait pourtant empêcher qu'elles puissent être déférées rapidement devant des juridictions et, le cas échéant, être suspendues.

En outre, le fait de déclarer irrecevable le recours contre la décision d'éviction d'un candidat en cours de procédure de passation au motif que son offre est d'ores et déjà écartée et qu'il n'aurait, par conséquent, plus d'intérêt à faire valoir pour voir corriger d'éventuelles irrégularités ou manquements aux obligations de mise en concurrence, paraît comme un retour en arrière par rapport aux solutions jurisprudentielles posant, depuis avril 2009, que l'éviction d'un marché public expose toujours les candidats et les soumissionnaires à un risque de préjudice grave et définitif. L'ordonnance rendue le 20 septembre 2012 par le président du Tribunal administratif semble ainsi revenir sur la tendance actuelle qui, en matière de marchés publics, reconnaît, aux opérateurs économiques un intérêt à demander la suspension de l'acte administratif leur faisant grief ou l'institution de mesure de sauvegarde ⁽⁴¹⁾.

Enfin, l'application rationae materiae de la Loi de 2010 suppose également la violation du droit de l'Union européenne ou du droit national transposant le droit de l'Union européenne en matière de marché public. Cette condition qui découle de l'article 1^{er} alinéa 3 de la Loi de 2010 a été rappelée dans une ordonnance du président du Tribunal administratif en date du 1^{er} août 2012 à propos d'un marché public de travaux ⁽⁴²⁾. La requérante demandait « *l'annulation de certaines clauses du bordereau de soumission publique relatif aux travaux d'extension de la ... en raison de leur non-conformité par rapport à la législation sur les marchés publics voire l'annulation ou la suspension des effets de l'ensemble de la procédure de soumission publique* ». A cette occasion, le président du Tribunal administratif précisa que la requérante devait faire état d'une telle violation du droit l'Union européenne ou de droit national transposant le droit de l'Union européenne en

⁴⁰ Il convient impérativement de noter que, par renvoi à l'article 5 de la Loi de 2010, l'article 6 réduit le délai de recours en l'obtention du sursis à exécution ou à l'institution de mesures de sauvegarde à un maximum de quinze jours. Ce délai est donc extrêmement court et déroge au délai de droit commun de trois mois. Il reste à savoir si un tel délai restrictif serait conforme à l'article 10bis de la Constitution, alors que les marchés publics relevant du livre 1er de la Loi modifiée de 2009 restent eux soumis au droit commun et peuvent donc faire l'objet d'un recours dans le délai de trois mois. V. implicitement C. adm. Avis du 25 mars 2010 sur le projet de loi n° 6119-1 instituant les recours en matière de marchés publics.

⁴¹ Sur ces questions, v. *infra*, p. 16.

⁴² V. ord. prés. T. adm., 1er août 2012, n° 30.885.

matière de marché public. Plus encore, l'opérateur économique qui s'estime lésé par cette violation d'une disposition légale doit, à l'appui de son recours, soulever des moyens de droit précisant quelle est « *la règle de droit qui aurait été enfreinte dans le bordereau de soumission voire de quelle manière cette règle de droit aurait été enfreinte* ». Et de compléter en jugeant que « *la simple affirmation non autrement étayée de la non-conformité des clauses concernées (...) n'est pas de nature à répondre à cette exigence* ». En d'autres termes, il appartient au requérant non pas seulement d'alléguer qu'une disposition de droit de l'Union européenne ou de droit national transposant le droit de l'Union européenne a été méconnue, mais encore de le prouver. En outre, et « *s'agissant d'un marché public à dimension communautaire eu égard à son envergure, la violation alléguée des clauses concernées doit impérativement relever du droit européen ainsi qu'en dispose l'article 1^{er} de la loi du 10 novembre 2010 tel que rappelé ci-avant dès lors qu'il précise que la violation alléguée doit concerner une règle de droit communautaire ou de droit national transposant le droit communautaire* »⁽⁴³⁾. Dès lors, le candidat ou soumissionnaire qui entend former un recours devant le juge administratif sur base de la Loi de 2010, doit prouver que le droit de l'Union européenne a été méconnu. Il ne saurait utilement invoquer la méconnaissance d'une disposition de droit national en matière de marchés publics qui ne trouverait pas d'origine dans le droit de l'Union européenne.

Dans l'affaire commentée, la société requérante restait en défaut d'indiquer quelle disposition de droit de l'Union européenne ou quelle règle de droit national transposant le droit de l'Union européenne aurait été violée et a fortiori de le prouver. Faute pour elle d'avoir précisé quelles dispositions du droit de l'Union européenne auraient été méconnues, le président du Tribunal administratif rejeta les moyens à l'appui de son recours. La société requérante invoquait notamment le non-respect de l'article 45 du Règlement grand-ducal du 3 août 2009 portant exécution de la loi du 25 juin 2009 sur les marchés publics et portant modification du seuil prévu à l'article 106 point 10° de la loi communale du 13 décembre 1988, tel qu'il a été modifié (ci-après le « **Règlement grand-ducal modifié de 2009** ») qui prescrit un délai minimal de quarante-deux jours pour élaborer une offre. Sans même faire référence à une quelconque disposition de droit de l'Union européenne dont serait issue cette exigence, le président du Tribunal administratif admit que la requérante avait certes « *un intérêt de concurrence légitime à faire vérifier par le tribunal le respect des délais de soumission de l'offre* », mais il constata que « *la publication de l'avis s'est faite le 27 avril 2012 au Journal Officiel des Communautés Européennes (sic) et que la remise des soumissions devait intervenir pour le 23 juillet 2012 de sorte que le délai de 42 jours prévu à l'article 45 précité a bien été respecté. Cette conclusion n'est pas éternelle par l'affirmation de la partie demanderesse selon laquelle le dossier de soumission n'aurait été mis à la disposition des soumissionnaires qu'en date du 25 juin 2012, cette considération étant étrangère aux éléments fixés à l'article 45 précité en vue du calcul du délai de 42 jours. Partant, le moyen afférent doit être rejeté pour ne pas être fondé* »⁽⁴⁴⁾. Cependant, il faut pourtant bien admettre qu'en ne mettant pas le dossier de soumission à la disposition des candidats, le pouvoir adjudicateur ne leur octroie pas le délai réglementaire minimal pour qu'ils puissent préparer leur offre. Pour qu'un tel délai soit respecté, encore faut-il que les candidats disposent du dossier complet, l'avis de publication ne suffisant pas à lui seul pour l'élaboration de leur offre.

Les ordonnances commentées font apparaître que les candidats et les soumissionnaires évincés d'une procédure de passation de marchés publics n'ont, pour l'instant, jamais prospéré dans leurs

⁴³ Ord. prés. T. adm., 1er août 2012, n° 30.885 qui renvoie à ord. prés. T. adm., 22 déc. 1999, n° 11.715 ayant jugé que « *le référé spécial instauré par la loi du 13 mars 1993 [abrogée et remplacée par la loi du 10 novembre 2010] ne confère les pouvoirs y prévus au président du tribunal administratif qu'en cas d'applicabilité du droit communautaire* ».

⁴⁴ Ord. prés. T. adm., 1er août 2012, n° 30.885.

recours formés sur base de la Loi de 2010. Pourtant, aucun d'entre eux n'a apparemment interjeté appel devant la Cour administrative d'une ordonnance présidentielle intervenue sur le fondement de cette loi qui, sans l'énoncer expressément, semble avoir admis un double degré de juridiction ⁽⁴⁵⁾. Si tous les recours intentés devant le président du Tribunal administratif n'auraient certainement pas prospéré en instance d'appel, les ordonnances présidentielles rendues à propos du dialogue compétitif lancé par la Ville de Dudelange avaient néanmoins de bonnes chances de se voir réformées, le cas échéant moyennant une question préjudicielle à la Cour de Justice de l'Union européenne sur la possibilité pour un candidat évincé en cours de procédure de passation de former un référé précontractuel.

Il reste qu'en raison de ses imprécisions et de ses ambiguïtés, la Loi de 2010 est loin de constituer une panacée pour engager un recours contre une décision administrative qui violerait le droit de l'Union européenne ou le droit national transposant le droit de l'Union européenne. Cela explique en partie pourquoi les justiciables semblent préférer fonder leurs actions sur base des dispositions qui leur sont plus familières, à savoir celles de la Loi de 1999.

II. LA MISE EN ŒUVRE TRADITIONNELLE DES VOIES DE RECOURS OUVERTES PAR LA LOI MODIFIÉE DE 1999

Si, par leur rareté et par les questions qu'elles ne manquent pas de soulever, les ordonnances rendues en application de la Loi de 2010 peuvent encore laisser le lecteur averti sur sa faim, celles prononcées depuis 2009 sur les fondements habituels de La Loi modifiée de 1999 ont, elles, le méritent de renouveler les problématiques préexistantes et de redessiner les lignes du contentieux, en référé, des marchés publics. Certes, le libellé des articles 11 et 12 de la Loi modifiée de 1999 n'a pas fait l'objet de modification depuis l'entrée en vigueur de la loi, dans sa rédaction d'origine ⁽⁴⁶⁾. Cependant, et sous l'effet de la jurisprudence communautaire, les conditions y posées pour leur mise en œuvre ont donné lieu à l'affermissement d'une politique jurisprudentielle qui pourrait laisser espérer aux candidats et soumissionnaires de plus grandes chances de voir prospérer leurs demandes en sursis à exécution (A) et en institution de mesures de sauvegarde (B) à la suite de décisions administratives prises par les pouvoirs adjudicateurs ou les entités adjudicatrices lors de la passation des marchés publics qui les initient. Encore faudra-t-il s'assurer de la pérennité des positions jurisprudentielles récemment adoptées, alors qu'une certaine flou artistique semble entourer les décisions prononcées.

A. LE SURSIS A EXECUTION PREVU A L'ARTICLE 11 DE LA LOI MODIFIÉE DE 1999

Sur la période étudiée, le président du Tribunal administratif a été saisi à plusieurs reprises sur base de l'article 11 de la Loi modifiée de 1999 qui dispose que « *le sursis à exécution ne peut être décrété qu'à la double condition que, d'une part, l'exécution de la décision attaquée risque de causer au requérant un préjudice grave et définitif et que, d'autre part, les moyens invoqués à l'appui du recours dirigé contre la décision apparaissent comme sérieux. Le sursis est rejeté si l'affaire est en état d'être plaidée et décidée à brève échéance* ». Il convient de rappeler au passage que les requêtes en sursis à exécution relèvent de la compétence du président du Tribunal administratif et non pas du Tribunal administratif statuant en

⁴⁵ V. à ce sujet, M. Thewes et Th. Chevrier, *Regards sur la réforme des recours en matière de marchés publics*, JTL n° 16, p. 87, n° 8.

⁴⁶ Toutefois, en application de l'article 6 de la Loi de 2010, les recours en sursis à exécution introduits sur base de l'article 11 de la Loi modifiée de 1999 doivent désormais être déférés devant le président du Tribunal administratif dans le délai de standstill prévu à l'article 5 de la Loi de 2010, soit dans les dix ou quinze jours à compter du lendemain du jour où la décision d'attribution du marché a été envoyée aux soumissionnaires et candidats concernés selon qu'un télécopieur ou un moyen électronique a été utilisé ou non. Il convient de noter que ce délai de recours ne s'applique pas aux demandes en institution de mesure de sauvegarde, lesquelles continuent à pouvoir être formées aussi longtemps que le Tribunal administratif n'a pas statué sur le recours en annulation de la décision administrative litigieuse.

formation collégiale ⁽⁴⁷⁾. En outre, de telles requêtes ne sont recevables que pour autant qu'elles portent sur une décision modifiant l'ordonnancement juridique ⁽⁴⁸⁾ et qu'un recours au fond a été préalablement formé ⁽⁴⁹⁾, le tout aussi longtemps que le contrat d'exécution de la décision d'adjudication n'a pas été conclu ⁽⁵⁰⁾.

Cette solution a été réaffirmée à deux reprises durant la période, objet de la présente étude. Ainsi, dans une affaire portant sur un marché de terrassement et de gros œuvre, il est apparu à l'audience que le marché avait été conclu au moment où le président du Tribunal administratif devait connaître de la demande de sursis à exécution et en institution de mesures de sauvegarde. Il a alors été jugé « *qu'une décision de sursis à exécution de la décision d'adjudication prise par la XXX ne serait pas de nature à empêcher l'exécution du contrat existant entre elle-même et la société XXX. Elle ne serait donc pas de nature à prévenir le risque de la réalisation d'un préjudice grave et définitif dans le chef de la demanderesse, condition de son intervention* ». Et de poursuivre que « *le sursis à exécution du contrat ne relève pas de la compétence du juge administratif* » ⁽⁵¹⁾. De la même façon, à propos de l'affaire portant sur le marché pour les travaux de peinture dans la Maison des Générations à Schiffflange, la société requérante « *avait fait procéder à la radiation de son recours tendant à l'obtention d'un effet suspensif sinon en institution d'une mesure de sauvegarde, radiation matérialisée par ordonnance du 26 mai 2011, n° 28626 du rôle, ladite radiation était motivée par le fait que le recours afférent était devenu sans objet, l'administration communale ayant apparemment signé un contrat définitif avec [l'adjudicataire]. Si la signature d'un tel contrat est de nature à rendre sans objet le recours tendant précisément à éviter la conclusion définitive du contrat, elle reste cependant sans incidence sur le recours au fond, la demanderesse conservant un intérêt à rechercher l'annulation de la décision ayant rejeté son offre* » ⁽⁵²⁾.

En dehors de ces problématiques éprouvées du contentieux des marchés publics qui limitent la compétence du président du Tribunal administratif aux situations où le contrat d'exécution de la décision d'adjudication n'est pas encore conclu, il faut surtout relever une tendance jurisprudentielle qui semble s'affermir depuis avril 2009 s'agissant de l'appréciation, dans le domaine des marchés publics, de la condition tenant au risque de préjudice grave et définitif (1). Il en résulte que, pour les marchés publics, l'octroi du sursis semble désormais reposer exclusivement sur l'existence de moyens sérieux à l'appui du recours en annulation (2).

1. Le risque de préjudice grave et définitif

De façon règle générale, la condition tenant à l'existence d'un préjudice grave et définitif est rarement accueillie par le président du Tribunal administratif jugeant, qu'« *un préjudice*

⁴⁷ V. T. adm., 7 mai 2012, n° 28.265 dans l'affaire portant sur le marché pour les travaux de peinture dans la Maison des Générations à Schiffflange où le tribunal écarta, pour ne pas être pertinents, les développements relatifs au risque de préjudice grave et définitif dans le cadre d'un recours en annulation.

⁴⁸ « *Le sursis à exécution ne saurait être ordonné par rapport à une décision administrative négative qui ne modifie pas une situation de fait ou de droit antérieure* », ord. prés. T. adm., 30 août 2012, n° 31.142. Dans l'espèce dont s'agit, cette formulation est inexacte, car la décision querellée écartait l'offre de la société requérante après que celle-ci avait été admise à participer au dialogue compétitif. Même si aucune décision formelle d'adjudication n'avait encore été prise au profit du seul candidat avec lequel le pouvoir adjudicateur allait continuer à mener ce dialogue, il n'en reste pas moins que les trois autres candidats initialement sélectionnés pour participer à cette procédure de passation étaient définitivement exclus, ce qui constitue bel et bien une modification de leurs droits. Une telle décision d'éviction de la poursuite du dialogue compétitif devrait donc, en toute logique, être susceptible de faire l'objet d'une demande de sursis à exécution, contrairement à ce qui a été jugé dans cette affaire.

⁴⁹ V. ord. prés. T. adm., 6 mars 2009, n° 25.446 jugeant que « *la requête en ce qu'elle demande de voir ordonner la suspension, sinon le sursis à exécution de la procédure d'adjudication des travaux détaillés dans l'avis N° XXX XXX publié le XXX XXX, en l'absence d'un recours au fond introduit à l'encontre de cette même décision, est à déclarer irrecevable* ».

⁵⁰ V., par. ex., ord. prés. T. adm., 22 nov. 2011, n° 29.469 et T. adm., 7 mai 2012, n° 28.625.

⁵¹ Ord. prés. T. adm., 7 nov. 2011, n° 29.396.

⁵² T. adm., 7 mai 2012, n° 28.625.

de nature essentiellement pécuniaire n'est pas, en soi, grave et difficilement réparable, étant donné qu'il peut être réparé à la suite d'une éventuelle décision judiciaire d'annulation par des dommages et intérêts. Il ne saurait être dérogé à cette règle que si le demandeur peut établir qu'il risque de subir un préjudice matériel irréversible ou difficilement réparable » ⁽⁵³⁾. Cette position récurrente était appliquée en toutes matières, au point de réduire considérablement le champ d'application du sursis à exécution. Les marchés publics n'échappaient pas à cette tendance jurisprudentielle, comme en atteste encore une ordonnance rendue en février 2009 par le président du Tribunal administratif qui complétait son attendu de principe par la considération selon laquelle « *en l'espèce, la requérante [n'a] à aucun moment établi que le préjudice financier risque d'être d'une envergure telle qu'elle est menacée dans son existence même* » ⁽⁵⁴⁾. En l'occurrence, celle-ci prétendait « *que l'exécution de la décision attaquée lui causerait un préjudice grave et définitif alors qu'elle perdrait un marché extrêmement important du point de vue de son enjeu au motif que les critères de participation fixés par le Fonds Belval dans le cadre de la nouvelle soumission organisée seraient définis tels à l'évincer dès le départ. Elle [estimait encore] qu'en cas de conclusion du contrat portant sur le marché litigieux remis en soumission avant l'intervention de la décision au fond, son préjudice serait définitif en raison du fait que le contrat en question ne pourrait plus être annulé. L'allocation ultérieure de dommages et intérêts ne serait pas de nature à réparer de manière adéquate le dommage ainsi subi* » ⁽⁵⁵⁾. Quoiqu'il en soit, et fidèle à la jurisprudence qu'il avait développée, le président du Tribunal administratif considéra, en l'espèce, que la condition tenant à l'existence d'un risque de préjudice grave et définitif n'était pas remplie et déclara la demande non fondée.

Ainsi, les demandes de sursis à exécution étaient souvent rejetées pour cette raison, « *étant donné que les conditions tenant à l'existence de moyens sérieux et d'un préjudice grave et définitif doivent être cumulativement remplies, la seule absence d'un préjudice grave et définitif entraîne l'échec de la demande* » ⁽⁵⁶⁾. L'ordonnance sous examen du 18 février 2009 est particulièrement significative à cet égard puisque le président du Tribunal administratif relevait en même temps « *que les moyens d'annulation soulevés par la partie requérante à l'appui de son recours au fond ne se révèlent à première vue pas dénués de pertinence alors que l'article 91(1) du règlement grand-ducal du 7 juillet 2003, qui apparaît applicable au cas d'espèce soumis, et qui prévoit que le pouvoir adjudicateur doit prendre, préalablement à l'annulation d'une mise en adjudication, un avis de la Commission des soumissions, qui ne semble pas avoir été spécifiquement sollicité, étant à préciser que la sanction d'une absence de consultation n'est pas évidente au premier regard* » ⁽⁵⁷⁾. En d'autres termes, le moyen développé par la requérante à l'appui de son recours en annulation et réexposé dans le cadre de sa demande en sursis à exécution de la décision du pouvoir adjudicateur d'annuler la soumission, semblait sérieux. Cependant, le caractère cumulatif des conditions posées par l'article 11 de la Loi modifiée de 1999 fit obstacle à l'octroi du sursis sollicité, l'exigence légale d'un risque de préjudice grave et définitif ne se trouvant pas vérifiée en l'occurrence.

Une évolution notable de la jurisprudence intervint deux mois plus tard, reprenant une solution qui avait été dégagée auparavant sans toutefois avoir été véritablement

⁵³ T. adm., 31 juill. 2002, n° 15190 ; ord. prés. T. adm., 10 sept. 2004, n° 18628 ; ord. prés. T. adm., 28 janv. 2005, n° 19213 ; ord. prés. T. adm., 23 mai 2006, n° 21.404 ; ord. prés. T. adm., 26 juill. 2006, n° 21.696 ; ord. prés. T. adm., 5 mars 2007, n° 22.599.

⁵⁴ Pour un dernier exemple avant l'entrée en vigueur de la Loi de 2009, v. ord. prés. T. adm., 18 févr. 2009, n° 25.337.

⁵⁵ Ord. prés. T. adm., 18 févr. 2009, n° 25.337.

⁵⁶ Ord. prés. T. adm., 18 févr. 2009, n° 25.337.

⁵⁷ Ord. prés. T. adm., 18 févr. 2009, n° 25.337.

consacrée ⁽⁵⁸⁾. Dans une ordonnance rendue le 16 avril 2009, soit encore sous l'empire de la Loi modifiée de 2003, dans le cadre d'un marché portant sur la fourniture d'un fourgon d'incendie pour la commune de Mondorf-les-bains, le vice-président du Tribunal administratif fit un rappel de l'évolution de la législation et de la jurisprudence en matière de marchés publics, pour conclure que « *le système en vigueur ne répondait pas aux objectifs de la Directive 89/665, telle qu'interprétée par la Cour de justice des Communautés européennes* » ⁽⁵⁹⁾. En effet, la décision d'adjudication emportait la conclusion du contrat d'exécution du marché, de sorte que « *la décision la plus importante du pouvoir adjudicateur, à savoir l'attribution du marché, échappait de façon systématique (...) à tout recours efficace et rapide (...) à un stade où les violations peuvent encore être corrigées. La Cour de justice a conclu que les Etats sont partant tenus (...) de prévoir dans tous les cas une procédure de recours permettant au requérant d'obtenir l'annulation de cette décision lorsque les conditions y afférentes sont réunies, indépendamment de la possibilité d'obtenir des dommages-intérêts lorsque le contrat a été conclu* » ⁽⁶⁰⁾.

Au moment où il était saisi de l'affaire sous examen, le vice-président du Tribunal administratif releva que les auteurs du Règlement grand-ducal du 7 juillet 2003 portant exécution de la loi du 30 juin 2003 sur les marchés publics et portant modification du seuil prévu à l'article 106 point 10° de la loi communale du 13 décembre 1988 (le « **Règlement grand-ducal de 2003** ») avaient ajouté un paragraphe 4 à l'article 90 à ce règlement en vertu duquel la conclusion du contrat avec l'adjudicataire a lieu après un délai d'au moins quinze jours à compter de l'information donnée aux autres concurrents que le pouvoir adjudicateur ne fait pas usage de leur offre. Le vice-président du Tribunal administratif a estimé qu'en introduisant « *un délai entre la date de l'adjudication et celle de la conclusion du contrat d'exécution du marché, les auteurs de la réglementation entendaient conférer aux soumissionnaires évincés un droit de recours contre la décision d'adjudication autre que celui se soldant par l'octroi de dommages-intérêts* ». Ce délai envisagé n'étant que de quinze jours, « *il est légalement et pratiquement impossible d'obtenir, dans ce délai, une décision du juge administratif du fond concernant la régularité du choix de l'adjudicataire* ».

Et le vice-président du Tribunal administratif de poursuivre qu'en décidant de modifier la réglementation préexistante, les auteurs du Règlement grand-ducal de 2003 ont nécessairement voulu lui conférer un effet réel, ce qui ne serait pas le cas « *si on continuait à admettre qu'en raison du caractère réparable du préjudice du soumissionnaire injustement évincé moyennant l'allocation de dommages-intérêts, le juge du provisoire en matière administrative ne saurait connaître de demandes en suspension d'adjudications querellées par des soumissionnaires écartés* » ⁽⁶¹⁾. Il faut donc logiquement admettre que Règlement grand-ducal de 2003 entend conférer au président du Tribunal administratif, statuant dans le cadre des pouvoirs découlant des articles 11 et 12 de la Loi modifiée de 1999, « *le pouvoir de prononcer le sursis à exécution d'une décision d'adjudication d'un marché public, un tel sursis entraînant essentiellement que tant qu'une ordonnance de sursis à exécution produit ses effets, le pouvoir adjudicateur ne saurait conclure le contrat d'exécution du marché litigieux* ». Le vice-président du Tribunal administratif a donc conclu,

⁵⁸ Ord. prés. T. adm., 4 avr. 2006, n° 21.098.

⁵⁹ Ord. prés. T. adm., 16 avr. 2009, n° 25.593, renvoyant à CJCE, 28 oct. 1999, Alcatel Austria, aff. C-81/98. Dans le même sens, ord. prés. T. adm., 5 juin 2009, n° 25.746.

⁶⁰ Ord. prés. T. adm., 16 avr. 2009, n° 25.593.

⁶¹ Ord. prés. T. adm., 16 avr. 2009, n° 25.593, renvoyant à CJCE, 28 oct. 1999, Alcatel Austria, aff. C-81/98.

dans le cadre de l'affaire dont il était saisi, que « *le moyen tiré de l'absence du risque d'un préjudice grave et définitif est à rejeter* ».

Bien que cette évolution jurisprudentielle ne puisse qu'être qu'approuvée, elle n'en suscite pas moins plusieurs commentaires. Il y a d'abord lieu de relever que le président du Tribunal administratif a mis près de dix ans pour réellement s'approprier la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes et reconnaître enfin que, à l'instar de la législation autrichienne, le droit luxembourgeois ne répondait pas aux exigences fixées par la Directive 89/665, à savoir notamment permettre au soumissionnaire dont l'offre a été rejetée d'obtenir l'annulation de la décision d'adjudication, indépendamment d'éventuels dommages-intérêts ⁽⁶²⁾.

Ensuite, le vice-président du Tribunal administratif raisonne à partir du Règlement grand-ducal de 2003 pour en déduire qu'« *on ne saurait admettre que le législateur a procédé à un changement de la réglementation en vigueur sans vouloir lui conférer un effet réel* » ⁽⁶³⁾. Cette formulation n'est toutefois pas très rigoureuse sur un plan strictement juridique puisque ce n'est pas le législateur mais le pouvoir réglementaire qui est l'auteur de la réglementation en question ⁽⁶⁴⁾. Consécutivement, il est audacieux se soutenir qu'un changement apporté à un texte réglementaire puisse implicitement entraîner une modification de la portée à accorder à une loi, en l'espèce la Loi modifiée de 1999. Si le vice-président du Tribunal administratif admet que « *l'exposé des motifs et d'autres travaux préparatoires du Règlement grand-ducal de 2003 ne sont pas disponibles* », il faut également constater qu'il ne résulte pas non plus de l'exposé des motifs ni des travaux préparatoires de la loi du 30 juin 2003 sur les marchés publics que le législateur de l'époque ait entendu modifier la portée de la Loi modifiée de 1999, ni qu'il ait voulu aménager le régime des recours en sursis à exécution et en institution de mesures de sauvegarde, ni enfin qu'il ait souhaité réserver de tels aménagements aux seules décisions administratives portant sur des marchés publics.

En réalité, ce n'est pas tant le régime des recours prévus par la Loi modifiée de 1999 et de la jurisprudence y afférente qui étaient véritablement en question, mais plus certainement celui de la Loi modifiée de 1993. Dans son arrêt du 28 octobre 1999, la Cour de Justice des Communautés européennes avait, en effet, jugé que « *les États membres sont tenus, en ce qui concerne la décision du pouvoir adjudicateur précédant la conclusion du contrat, par laquelle celui-ci choisit le soumissionnaire ayant participé à la procédure de passation du marché avec lequel il conclura le contrat, de prévoir dans tous les cas une procédure de recours permettant au requérant d'obtenir l'annulation de la décision lorsque les conditions*

⁶² Il convient de rappeler que cette solution avait déjà été adoptée dans une ordonnance présidentielle d'avril 2006 (Ord. prés. T. adm., 4 avr. 2006, n° 21.098). Toutefois, cette position était loin d'être systématiquement suivie, comme le confirme encore l'ordonnance de février 2009 (Ord. prés. T. adm., 18 févr. 2009, n° 25.337). Il est à noter que cette solution avait été également préconisée trois semaines plus tôt par la Cour administrative, dans son avis sur le projet de loi ayant conduit à l'adoption de la Loi de 2010, en faisant sienne la solution adoptée en référé par le président du Tribunal administratif. « *Il serait judicieux de prévenir toutes discussions sur ce point en exemptant expressément la vérification de la condition légale de l'existence d'un risque de préjudice grave et définitif. La seule condition de l'intérêt à agir, applicable en vertu du droit commun, semble suffisante pour prévenir des recours abusifs risque de causer au requérant un préjudice grave et définitif* », C. adm. Avis du 25 mars 2010 sur le projet de loi n° 6119-1, instituant les recours en matière de marchés publics, p. 2. La Cour administrative n'avait toutefois pas été suivie dans le cadre du débat parlementaire sur le projet de loi en question.

⁶³ Ord. prés. T. adm., 16 avr. 2009, n° 25.593.

⁶⁴ Il serait même possible de s'interroger sur le point de savoir si un tel mode de raisonnement ne méconnaît pas la séparation des pouvoirs, le juge se livrant à une interprétation d'une volonté implicite du pouvoir réglementaire de modifier les dispositions votées par le Législateur.

y afférentes sont réunies, indépendamment de la possibilité d'obtenir des dommages-intérêts lorsque le contrat a été conclu »⁽⁶⁵⁾. Et la cour de confronter le système qui était alors en vigueur en Autriche aux objectifs poursuivis par la Directive 89/665, à savoir la mise en place dans les Etats membres de « recours efficaces et rapides ayant pour objet les décisions illégales du pouvoir adjudicateur à un stade où les violations peuvent encore être corrigées serait compromis »⁽⁶⁶⁾, pour en conclure que la législation autrichienne n'y satisfaisait pas.

Or, après avoir constaté que la situation était la même au Luxembourg avant les changements législatifs et réglementaires intervenus en 2003, le vice-président du Tribunal administratif déduit de ces changements une volonté implicite du législateur luxembourgeois de vouloir « conférer aux soumissionnaires évincés un droit de recours contre la décision d'adjudication autre que celui se soldant par l'octroi de dommages-intérêts »⁽⁶⁷⁾, pour se conformer aux objectifs poursuivis par la Directive 89/665.

Si effectivement le Règlement grand-ducal de 2003 avait ajouté un délai d'au moins quinze jours entre l'information donnée aux concurrents évincés du rejet de leur offre et la conclusion du contrat, cette modification de la réglementation ne modifiait en rien le régime légal du sursis à exécution et en institution de mesures de sauvegarde, tel que prévu par les articles 11 et 12 de La Loi modifiée de 1999. S'emparant de l'indisponibilité de l'exposé des motifs et de tous autres travaux préparatoires du Règlement grand-ducal de 2003, le vice-président du Tribunal administratif en a déduit une volonté implicite du pouvoir réglementaire de modifier la portée de ces voies de recours de droit commun en assouplissant, pour les marchés publics, la condition tenant à la preuve d'un préjudice grave et définitif dans le chef du requérant.

En vérité, aucune modification d'origine législative n'ayant été apportée au régime de recours organisé par les articles 11 et 12 de la Loi modifiée de 1999, la véritable question était celle de savoir si les objectifs poursuivis par la Directive 89/665 étaient correctement remplis par la Loi modifiée de 1993 qui avait précisément pour objet d'en assurer la transposition en droit luxembourgeois et qui, au demeurant, concernait exclusivement les marchés publics. Certes, le président du Tribunal administratif n'était pas saisi d'un recours formé sur le fondement de la Loi modifiée de 1993. Toutefois, s'il s'était incidemment interrogé sur la question de savoir si la Loi modifiée de 1993 répondait aux objectifs de la Directive 89/665, il en serait nécessairement venu à la conclusion qu'en limitant son champ d'application aux décisions « précédant la décision d'adjudication »⁽⁶⁸⁾, la Loi modifiée de 1993 apportait une restriction non prévue par la directive, de sorte que la décision la plus importante du pouvoir adjudicateur échappait systématiquement à tout recours efficace et rapide⁽⁶⁹⁾. Un tel raisonnement eût évité d'attribuer au pouvoir réglementaire une volonté implicite de modifier la portée de la Loi modifiée de 1999. Un tel obiter dictum sur l'imparfaite transposition en droit luxembourgeois de la Directive 89/665 aurait d'ailleurs été sans incidence sur l'issue du recours introduit sur base de l'article 11 de la Loi modifiée

⁶⁵ CJCE, 28 oct. 1999, Alcatel Austria, aff. C-81/98, point 43.

⁶⁶ CJCE, 28 oct. 1999, Alcatel Austria, aff. C-81/98, point 28.

⁶⁷ Ord. prés. T. adm., 16 avr. 2009, n° 25.593.

⁶⁸ V. art. 1er de la Loi modifiée de 1993.

⁶⁹ Sur ce point, v. ord. prés. T. adm., 16 nov. 2006, n° 22049, déclarant irrecevable un recours formé sur base de la Loi modifiée de 1993 au motif que « la décision d'adjudication aurait d'ores et déjà été prise ».

de 1999, puisque la société requérante allait en être déboutée, faute de faire valoir un moyen sérieux à l'appui de son recours en annulation.

Au demeurant, la motivation de l'ordonnance sous examen donne l'impression qu'il s'agissait plutôt, pour le juge administratif, d'amorcer une évolution jurisprudentielle. Ce sentiment est accrédité par le fait que, selon sa jurisprudence, le président du Tribunal administratif « *n'est pas tenu par l'ordre dans lequel les différents moyens ont été présentés* »⁽⁷⁰⁾, de sorte qu'il aurait pu se contenter de débouter la société requérante qui ne justifiait pas de moyens suffisamment sérieux pour justifier une mesure provisoire voire une mesure de sauvegarde⁽⁷¹⁾ et se dispenser d'examiner la seconde des deux conditions cumulatives tenant au risque d'un préjudice grave et définitif.

Enfin, l'ordonnance rendue par le vice-président du Tribunal administratif est particulièrement elliptique s'agissant de l'admission du risque d'un préjudice grave et définitif. En effet, celui-ci estime que les articles 11 et 12 de la Loi modifiée de 1999 confèrent au président du Tribunal administratif le pouvoir de prononcer le sursis à exécution d'une décision d'adjudication, faisant alors obstacle à la possibilité pour le pouvoir adjudicateur de conclure le marché en question. Et d'en déduire aussitôt, sans autre argument, que « *le moyen tiré de l'absence du risque d'un préjudice grave et définitif est à rejeter* ». Il faut bien reconnaître que cette démonstration est un peu rapide.

Quoi qu'il en soit, l'ordonnance commentée du 16 avril 2009 marque apparemment un tournant fondamental dans l'examen des recours en sursis à exécution et en institution de mesures de sauvegarde dans le domaine des marchés publics, puisque la condition tenant au risque de préjudice grave et définitif est désormais considérée comme étant toujours remplie. Dorénavant, le président du Tribunal administratif se borne à examiner la condition relative à l'existence de moyens sérieux à l'appui du recours au fond. Depuis, cette condition habituelle du sursis à exécution et tenant à l'existence d'un risque de préjudice grave et définitif est pratiquement considérée comme une clause de style en matière de marchés publics. En effet, le président du Tribunal administratif considère presque systématiquement que « *le risque d'un préjudice grave et définitif peut être retenu par essence même* »⁽⁷²⁾. Parallèlement, il a complètement abandonné la position jurisprudentielle qui prévalait auparavant, selon laquelle « *un préjudice de nature essentiellement pécuniaire n'est pas, en soi, grave et difficilement réparable, étant donné qu'il peut être réparé à la suite d'une éventuelle décision judiciaire d'annulation par des dommages et intérêts* »⁽⁷³⁾.

⁷⁰ Ord. prés. T. adm., 30 mars 2012, n° 30.061. Ainsi dans le cadre du marché de gros œuvre pour une unité de production de froid, le Tribunal n'a notamment pas examiné la question de la compétence de l'auteur ayant prononcé l'adjudication, ni celle de la violation de l'art. 90 (3) du Règlement de 2009 pour non-indication des critères d'adjudication. Dans le même sens, v. Ord. prés. T. adm., 29 juin 2012, n° 30.716.

⁷¹ Par comparaison, v. ord. prés. T. adm., 18 févr. 2009, n° 25.337, où le président du Tribunal administratif a évacué en quelques lignes le caractère apparemment sérieux des motifs, pour seulement s'attarder sur la question de l'absence de risque de préjudice grave et définitif.

⁷² Ord. prés. T. adm., 5 juill. 2010, n° 27.037. V. aussi ord. prés. T. adm., 31 mai 2010, n° 26.897 ; ord. prés. T. adm., 17 janv. 2011, n° 27.604 ; ord. prés. T. adm. 15 févr. 2011, n° 27.707 ; ord. prés., 7 mars 2011, n° 27.965 ; ord. prés. T. adm., 11 août 2011, n° 28.905. Il est à noter que le juge du fond considère de la même façon que « *dans le cadre d'une procédure de soumission publique, le soumissionnaire le moins disant écarté revêt, par essence même, un intérêt suffisant à agir, quels que soient les mérites de son argumentaire, mérites dont l'appréciation relève du fond de l'affaire* », C. adm., 14 oct. 2010, n° 26.860 C.

⁷³ T. adm., 31 juill. 2002, n° 15190 ; ord. prés. T. adm., 10 sept. 2004, n° 18628 ; ord. prés. T. adm., 28 janv. 2005, n° 19213 ; ord. prés. T. adm., 23 mai 2006, n° 21.404 ; ord. prés. T. adm., 26 juill. 2006, n° 21.696 ; ord. prés. T. adm., 5 mars 2007, n° 22.599.

Cependant, un lecteur attentif pourra relever certaines jurisprudences marginales laissant entendre que la condition relative au risque de préjudice grave et définitif ne serait pas forcément toujours remplie et que cette problématique reste encore débattue ⁽⁷⁴⁾. Ce fut, par exemple, le cas dans une affaire déférée devant le président du Tribunal administratif concernant le marché de travaux de chapes ciment pour la maison du Savoir à Belval, où celui-ci jugea que « *comme les conditions tenant à l'existence d'un risque de préjudice grave et définitif et de moyens sérieux doivent être cumulativement remplies pour justifier un sursis à exécution, il y a lieu de rejeter la demande au vu de la seule absence de moyens sérieux invoqués à l'appui du recours au fond, sans qu'il y ait lieu d'examiner en plus l'existence d'un risque de préjudice grave et définitif* » ⁽⁷⁵⁾. En laissant entendre qu'il aurait examiné cette seconde condition du sursis à exécution si les moyens présentés lui avaient apparu sérieux, le président du Tribunal administratif suggère que l'éviction d'un marché public n'est pas nécessairement constitutive d'un risque de préjudice grave et définitif, comme semble l'admettre désormais la jurisprudence dominante ⁽⁷⁶⁾.

Dans une autre affaire relative à une soumission publique pour la fourniture d'un fourgon d'incendie, le juge du Tribunal administratif, siégeant en remplacement des président et magistrats plus anciens en rang, a jugé, concernant la condition du risque d'un préjudice grave et définitif, qu'« *il faut et il suffit que l'exécution immédiate de l'acte critiqué soit de nature à engendrer concrètement et avant la solution du litige au fond dans le chef de l'administré un tel préjudice. Dès que le risque de préjudice n'est que la conséquence médiate de l'acte dans ce sens que celui-ci constitue bien une condition préalable à un autre acte qui, lui, constitue la cause immédiate du préjudice susceptible de se produire, le sursis à exécution de l'acte qui n'est pas, en soi, de nature à causer directement un préjudice à l'administré est à rejeter* » ⁽⁷⁷⁾. Le juge considéra en l'espèce que la décision d'une nouvelle mise en adjudication du marché public (après annulation par l'administration communale d'une première procédure de passation) n'était qu'un acte préparatoire à l'ensemble de la procédure d'adjudication et, par conséquent, n'exposait la requérante qu'à un préjudice purement hypothétique. Et de conclure que « *l'exigence légale d'un préjudice grave et définitif ne se trouve pas vérifiée en l'espèce* ». Il convient toutefois de s'interroger sur la portée à accorder à cette solution adoptée pendant les vacances judiciaires sur base de positions jurisprudentielles antérieures à l'évolution intervenue en avril 2009.

C'est à nouveau durant les vacances judiciaires, celles de l'été 2012, que le juge du Tribunal administratif, siégeant en remplacement des président et magistrats plus anciens en rang, rendit une ordonnance qui revient sur ces récentes évolutions de la jurisprudence. Après avoir visé de manière inappropriée la Loi de 2010, le juge administratif se référa aux dispositions des articles 11 et 12 de la Loi modifiée de 1999 subordonnant l'octroi du sursis ou l'institution de mesure de sauvegarde à « *la double condition que, d'une part, l'exécution de la décision attaquée risque de causer au demandeur un préjudice grave et définitif et que, d'autre part, les moyens invoqués à l'appui du recours dirigé contre la décision apparaissent*

⁷⁴ En ce sens, v. M. Thewes et Th. Chevrier, *Regards sur la réforme des recours en matière de marchés publics*, JTL n° 16, p. 89, n° 21.

⁷⁵ Ord. prés. T. adm., 31 août 2011, n° 28.930. Cette solution avait déjà été rendue dans une ordonnance rendue vingt jours plus tôt pour un marché dont l'objet n'est pas identifiable dans la version accessible au public., v. Ord. prés. T. adm., 11 août 2011, n° 28.905. V. aussi ord. prés. T. adm., 31 mai 2010, n° 26.897 ; ord. prés. T. adm., 14 sept. 2011, n° 28.971 et, à propos d'une demande en institution de mesure de sauvegarde, ord. prés. T. adm., 30 août 2012, n° 31.142.

⁷⁶ V. également ord. prés. T. adm., 11 juill. 2012, n° 30.732.

⁷⁷ Ord. prés. T. adm., 7 août 2009, n° 25.934. Il est à noter que le juge des référés s'appuie sur une jurisprudence antérieure à l'ordonnance du 16 avril 2009, à savoir l'ordonnance du 17 octobre 2007, portant le numéro 23.475 du rôle.

comme sérieux »⁽⁷⁸⁾. Mais au lieu de considérer, dans le prolongement de l'évolution de la jurisprudence intervenue en avril 2009, que la condition tenant au risque de préjudice grave et définitif est, par essence, remplie s'agissant de l'éviction d'un marché public, le juge des référés reprit les conceptions qui prévalaient auparavant, à savoir que « *le sursis à exécution, de même que la mesure de sauvegarde doivent rester exceptionnels et leurs conditions doivent être appliquées de manière stricte* ». Loin d'estimer qu'en matière de marché public, le risque d'un préjudice grave et définitif peut être retenu par essence même, il jugea que « *l'existence du préjudice allégué, sa gravité et son caractère difficilement réparable doivent s'apprécier au cas par cas, sur le vu de l'exposé du demandeur d'une mesure provisoire, ensemble les pièces justificatives produites par lui* »⁽⁷⁹⁾. En l'occurrence, le juge des référés estima que les chances de succès de la requérante de se voir adjudger le marché restaient « *essentiellement incertaines* », d'autant plus qu'elle « *s'était classée en cinquième position et que, mise à part [l'adjudicataire], trois autres sociétés avaient remis des offres économiquement plus avantageuses que la sienne* ». Et de conclure que « *la condition de risque de préjudice grave et définitif n'est pas remplie en l'espèce, de sorte qu'il y a lieu de débouter la partie demanderesse de sa demande, sans examiner davantage la question du sérieux des moyens soulevés au fond, les conditions afférentes devant être cumulativement remplies, de sorte que la défaillance de l'une de ces conditions entraîne à elle seule l'échec de la demande* »⁽⁸⁰⁾.

La question est donc de savoir si ces ordonnances marginales marquent bel et bien un retour à l'orthodoxie de la jurisprudence présidentielle en matière de sursis à exécution et de mesures de sauvegarde, ou bien si ces solutions intervenues à la faveur de la période estivale seront ou non contredites par le président ou le vice-président du Tribunal administratif, plus familiers avec les procédures en référé. A défaut de position jurisprudentielle claire, il serait loisible de poser à la Cour de Justice de l'Union européenne la question préjudicielle de savoir si l'exigence d'un risque de préjudice grave et définitif est conforme à l'article 1^{er} paragraphe 3 de la Directive 2007/66 aux termes duquel un recours doit être ouvert « *à toute personne ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir un marché déterminé et ayant été ou risquant d'être lésée* », exigence qui, dans le cadre d'un marché public, est, à l'évidence, moins rigoureuse que celle énoncée à l'article 11 de la Loi modifiée de 1999⁽⁸¹⁾.

Pour lever toute ambiguïté, il convient d'attendre une future ordonnance du président du Tribunal administratif jugeant sérieux un des moyens d'annulation soulevés par le requérant à l'appui de son recours en annulation. Selon qu'il vérifiera la condition de savoir si le requérant est exposé à un risque de préjudice grave et définitif est remplie, il sera alors possible de conclure de manière catégorique à l'abandon ou non de cette seconde condition du sursis à exécution dans le cadre des marchés publics. Pour l'heure, il faut bien constater que le rejet des requêtes en sursis à exécution déferées devant le président du Tribunal administratif depuis l'ordonnance du 16 avril 2009 tient essentiellement à l'absence de moyens sérieux d'annulation.

2. L'exigence d'un moyen sérieux à l'appui du recours en annulation

⁷⁸ Ord. prés. T. adm., 9 août 2012, n° 30.935.

⁷⁹ Ord. prés. T. adm., 9 août 2012, n° 30.935. V. aussi, pour un examen « *au cas par cas* », ord. prés. T. adm., 15 juin 2012, n° 30.536.

⁸⁰ Ord. prés. T. adm., 9 août 2012, n° 30.935. Avec la même conclusion, ord. prés. T. adm., 15 juin 2012, n° 30.536.

⁸¹ En ce sens, v. M. Thewes et Th. Chevrier, *Regards sur la réforme des recours en matière de marchés publics*, JTL n° 16, p. 89, n° 21.

En dépit de la rédaction parfois ambiguë de certaines ordonnances présidentielles, il est néanmoins possible de retenir que la condition d'un risque de préjudice grave et définitif n'est plus requise dans le domaine des marchés publics, l'octroi du sursis à exécution des décisions administratives prises à l'occasion de la passation de tels marchés n'étant, en définitive, plus subordonnée qu'à l'évocation d'un moyen sérieux à l'appui du recours en annulation⁽⁸²⁾. En d'autres termes, « *si le risque d'un préjudice grave et définitif peut être retenu par essence même, encore faut-il que, de manière corollaire, les moyens invoqués à l'appui du recours apparaissent comme particulièrement sérieux, sous peine du risque d'une paralysie de la quasi-totalité des marchés publics dont l'adjudication fait l'objet d'une contestation* »⁽⁸³⁾.

A ce stade, il faut relever que le président du Tribunal administratif opère un contrôle réduit sur le caractère sérieux des motifs invoqués à l'appui du recours en annulation. Selon la jurisprudence qu'il a développée, « *apparaissent comme sérieux au sens des articles 11 et 12 de la loi précitée, les moyens qui, à première vue et eu égard aux circonstances de la cause, sont susceptibles d'être déclarés recevables et fondés et de nature à conduire, par conséquent, à la réformation respectivement à l'annulation de la décision critiquée. Ce caractère doit apparaître comme évident à première lecture, sans nécessiter un examen long et minutieux incompatible avec la notion même d'une procédure de référé* »⁽⁸⁴⁾. Ce contrôle s'apparente ainsi à celui effectué par le président du Tribunal d'arrondissement siégeant en matière de référé, juge de l'évident et de l'incontestable qui traditionnellement refuse de connaître des contestations sérieuses. S'agissant du président du Tribunal administratif, il justifie sa position par le refus « *d'analyser et discuter à fond des moyens, sous peine d'empiéter sur la compétence dévolue au juge du fond* »⁽⁸⁵⁾.

Cette solution de principe a été rappelée à plusieurs reprises au cours de la période faisant l'objet de la présente étude. Ainsi, dans l'affaire portant sur un marché de travaux de fonçage d'un collecteur principal d'eaux usées, le président du Tribunal administratif a admis le caractère sérieux du moyen présenté alors que le cahier des charges prévoyait un fonçage d'une longueur totale supérieure à 1.500 m, qui, à première vue, s'entendait comme une longueur d'un seul tenant, critère de sélection qui n'induisait pas que le fonçage puisse être effectué en plusieurs tenants. Les références de l'adjudicataire relatives à des fonçages de 332 m, 403 m, 510 m et 413 m ne permettent pas d'affirmer qu'il remplissait les critères de sélection. Le moyen fut donc considéré comme sérieux⁽⁸⁶⁾. Dans une autre

⁸² Au passage, il faut rappeler que la recevabilité du recours à exécution est subordonnée à l'existence d'un recours pendant devant le Tribunal administratif, siégeant de manière collégial.

⁸³ Ord. prés. T. adm., 11 août 2011, n° 28.905. Il est étonnant de relever que cette argumentation se retrouve dans l'une des ordonnances présidentielles qui laissent planer le doute quant à la survivance de la condition de risque de préjudice grave et définitif.

⁸⁴ Ord. prés. T. adm., 8 mars 2010, n° 26.589. Dans le même sens, v. ord. prés. T. adm., 5 juin 2009, n° 25.746. V. aussi ord. prés. T. adm., 30 août 2012, n° 31.142 où le juge ne s'est livré qu'à « *une analyse superficielle* », et ord. prés. T. adm., 11 juill. 2012, n° 30.732 jugeant que les moyens des demanderesse « *n'apparaissent pas être dénués de sens* », mais où aussi l'argumentaire et les moyens de l'Etat et des parties tierces intéressées « *n'apparaissent pas moins plausibles et susceptibles d'être entérinés par les juges du fond*. » Les arguments soulevés de part et d'autres « *requièrent une analyse plus poussée et une discussion au fond, à laquelle le juge du provisoire ne saurait pas utilement s'adonner sous peine d'empiéter sur les pouvoirs du juge du fond. Il s'ensuit que, face à une situation où le caractère sérieux des moyens soulevés au fond n'apparaît pas comme étant évident à première lecture, le juge du référé ne peut pas admettre que les moyens en question sont suffisamment sérieux pour justifier une mesure provisoire* ». V. aussi ord. prés. T. adm., 31 mai 2010, où le président du Tribunal administratif écarta le moyen soulevé qui, « *au premier coup d'œil* » ne paraissait pas sérieux.

⁸⁵ Ord. prés. T. adm., 8 mars 2010, n° 26.589. Même solution dans l'affaire portant sur le marché de travaux de fonçage d'un collecteur principal d'eaux usées, v. ord. prés. T. adm., 5 juill. 2010, n° 27.037. Dans le même sens, v. ord. prés. T. adm., 5 juin 2009, n° 25.746.

⁸⁶ Ord. prés. T. adm., 5 juill. 2010, n° 27.037. Il est toutefois étonnant que le président du Tribunal d'administratif se soit fondé sur divers extraits d'études universitaires pour apprécier la question de savoir si les 1.500 m doivent s'apprécier ou non d'un seul tenant.

affaire, le président du Tribunal administratif a jugé « *que les moyens d'annulation soulevés par la partie requérante à l'appui de son recours au fond ne se révèlent à première vue pas dénués de pertinence alors que l'article 91(1) du Règlement grand-ducal de 2003, qui apparaît applicable au cas d'espèce soumis, et qui prévoit que le pouvoir adjudicateur doit prendre, préalablement à l'annulation d'une mise en adjudication, un avis de la Commission des soumissions, qui ne semble pas avoir été spécifiquement sollicité, étant à préciser que la sanction d'une absence de consultation n'est pas évidente au premier regard* »⁽⁸⁷⁾.

Cependant, le vice-président du Tribunal administratif siégeant en remplacement du président et du magistrat plus ancien en rang, pendant les vacances judiciaires de l'été 2012, a rendu une ordonnance où il a certes rappelé qu'il ne saurait discuter de manière approfondie le caractère sérieux des motifs, sans se retrouver dans le rôle du juge du fond, mais il a poursuivi en énonçant que « *le sursis à exécution, respectivement l'institution d'une mesure de sauvegarde doit rester une procédure exceptionnelle, puisque qu'ils constituent une dérogation apportée aux privilèges du préalable et de l'exécution d'office des décisions administratives, les conditions permettant d'y accéder doivent être appliquées de manière sévère* »⁽⁸⁸⁾. Bien qu'elle ne soit habituellement pas libellée dans ces termes dépourvus de toute ambiguïté, cette considération traduit bel et bien les tendances jurisprudentielles qui se dégagent des ordonnances rendues par le président du Tribunal administratif, y compris en matière de marchés publics pour lesquels la Directive 2007/66 requiert pourtant la mise en place de recours non seulement rapides mais aussi efficaces⁽⁸⁹⁾.

Quoi qu'il en soit et à partir du moment où le président du Tribunal administratif n'accueille que les moyens d'annulation qui, de prime abord, ne paraissent pas dépourvus de tout fondement, il a consécutivement développé une jurisprudence selon laquelle il estime ne pas être « *tenu par l'ordre dans lequel les différents moyens ont été présentés dans le cadre du recours au fond, mais également (...) au cas où il apparaît que l'un de ces moyens présente le caractère sérieux légalement requis, cette considération à elle seule entraînerait qu'un sursis à exécution doit être accordé, sans qu'il y ait lieu d'examiner les autres moyens soulevés en cause, et peu importe si ceux-ci sont également de nature à présenter le caractère sérieux ainsi visé* »⁽⁹⁰⁾. En d'autres termes, le président du Tribunal administratif peut se contenter d'examiner qu'un seul moyen invoqué pour le déclarer sérieux. En revanche, il doit évidemment examiner tous les autres moyens, dans l'ordre qu'il estime opportun si, après examen aucun, des moyens précédemment examinés ne lui paraît assez sérieux pour justifier une éventuelle annulation de la décision déférée, dans le cadre du recours au fond introduit devant le Tribunal administratif.

Il est donc difficile d'affirmer que la portée de ce critère de sélection apparaît comme évidente à la première lecture. Pourtant, le président du Tribunal administratif a néanmoins accordé le sursis à exécution de la décision d'adjudication. Il n'accorda pas de mesures de sauvegarde puisqu'elles n'étaient pas sollicitées aux termes du recours dont il était saisi. Précisons que, statuant au fond, le Tribunal administratif invalida l'analyse de son président et considéra que le critère de sélection n'impliquait pas que la longueur du fonçage soit appréciée d'un seul tenant, v. T. adm., 11 mai 2011, n° 27.036.

⁸⁷ Ord. prés. T. adm., 18 févr. 2009, n° 25.337. Il faut rappeler ici que le sursis n'a pas été accordé, alors que le président du Tribunal d'arrondissement appliquait encore sa position jurisprudentielle sur le caractère pécuniaire du préjudice qui, avant l'ordonnance d'avril 2009, était considéré comme étant toujours réparable par l'octroi de dommages-intérêts.

⁸⁸ Ord. prés. T. adm., 30 août 2012, n° 31.142.

⁸⁹ Sur les statistiques, v. *infra*, p.40 et la note infrapaginale n° 148.

⁹⁰ Ord. prés. T. adm., 30 mars 2012, n° 30.061. Ainsi dans le cadre du marché de gros œuvre pour une unité de production de froid, le Tribunal n'a notamment pas examiné la question de la compétence de l'auteur ayant prononcé l'adjudication, ni celle de la violation de l'art. 90 (3) du Règlement de 2009 pour non-indication des critères d'adjudication. Dans le même sens, v. Ord. prés. T. adm., 29 juin 2012, n° 30.716.

En revanche, et s'agissant de l'admissibilité des moyens développés, le président du Tribunal administratif a « *rappelé qu'en ce qui concerne les moyens nouveaux, il y a lieu de distinguer entre les moyens nouveaux proposés en cours d'instance devant le juge du fond, admissibles comme constituant la contrepartie du droit de l'autorité qui a pris une décision litigieuse de fournir, en cours d'instance, des motifs non invoqués dans la décision critiquée mais de nature à la justifier légalement, et ceux invoqués devant le seul magistrat appelé à prendre une mesure provisoire, ce dernier ne pouvant avoir égard à ces moyens, étant donné que sa juridiction s'inscrit étroitement dans le cadre du litige dont est saisi le juge du fond et qu'il n'est appelé qu'à apprécier le sérieux des moyens produits devant le juge du fond.* »⁽⁹¹⁾. [Or le moyen tiré de la régularité de la formule d'engagement] *n'avait pas été invoqué dans la requête déposée par la demanderesse dans l'affaire pendante au fond, de sorte qu'il ne peut pas être analysé dans le cadre du présent recours* »⁽⁹²⁾. Il en résulte que le président du Tribunal administratif limite son contrôle aux seuls moyens qui ont déjà été invoqués à l'appui du recours en annulation et s'interdit de connaître de ceux qui auraient été uniquement soulevés à l'appui du recours en sursis à exécution, voire de ceux qui seraient invoqués lors des plaidoiries. Cette solution est appliquée tant aux « *notes de plaidoiries distinctes comportant des moyens et une argumentation (...) ne figurant [pas] dans le recours en annulation déposé au fond devant la composition collégiale du tribunal administratif à l'encontre de la même décision (...) qu'en ce qui concerne les moyens développés par le litismandataire de la société, tiers-intervenant, ne figurant pas dans le recours en annulation déposé au fond par la société* »⁽⁹³⁾. Cependant, elle paraît sévère dans la mesure où, pour éviter que ne soit conclu le contrat d'exécution de la décision d'adjudication litigieuse, le requérant doit former son recours en annulation et sa demande en sursis à exécution dans le délai de quinze jours prévu à l'article 90 (4) du Règlement grand-ducal modifié de 2009. Or, ce délai retenu par la Directive 2007/66 est extrêmement court, de sorte qu'il n'est pas totalement exclu que le soumissionnaire évincé puisse faire valoir, en référé, des moyens additionnels qu'il n'avait pas soulevés *ab initio* dans son recours au fond mais qui pourraient s'avérer suffisamment sérieux pour justifier ultérieurement l'annulation par le Tribunal administratif de la décision administrative litigieuse. Enfin, cette solution jurisprudentielle est d'autant plus sévère que, de son côté, le pouvoir adjudicateur est autorisé à communiquer au cours de l'instance de référé les motifs qui ne figuraient pas dans la décision déferée⁽⁹⁴⁾.

En ce qui concerne les moyens invoqués dans le cadre des demandes en sursis à exécution, ceux-ci sont nécessairement aussi divers que ceux formulés à l'appui des recours en annulation. Certains peuvent donc concerner la légalité interne de l'acte administratif contesté, cause juridique qui consiste à contester non pas ce qui a été décidé mais la façon dont cela a été décidé. A cet égard, il est de tradition d'opposer les vices concernant la compétence de l'auteur de la décision et ceux relatifs aux formes et aux procédures.

S'agissant de l'incompétence du pouvoir adjudicateur, deux sociétés réunies en association momentanée pour les besoins d'une soumission pour un marché de gros œuvre pour le

⁹¹ Ord. prés. T. adm., 10 juill. 2002, n° 15.086.

⁹² Ord. prés. T. adm., 11 août 2011, n° 28.905. V. aussi ord. prés. T.adm., 13 août 2004, n° 18.516 et ord. prés. T. adm., 6 mars 2009, n° 25.446 jugeant que « *l'effet suspensif sollicité dans le chef d'un recours (i.e. sur base des articles 11 et 12 de la Loi modifiée de 1999) est délimité quant à son objet par celui de la décision déferée au fond* ».

⁹³ Ord. prés. T. adm., 30 août 2012, n° 31.142 A propos des tiers intervenants, la solution est justifiée par la considération selon laquelle celui-ci « *ne peut ni étendre la portée de la requête, ni exposer des moyens nouveaux* ». En ce sens, v. M. Leroy, *Contentieux administratif*, Bruylant 2004, 3^{ème} édition, p.566, citée à l'appui de cette même ordonnance.

⁹⁴ V. ord. prés. T. adm., 7 mars 2011, n° 27.965.

compte d'un établissement public avaient soutenu que la décision était viciée pour « *avoir été prise par [le directeur et une chargée d'affaires administratives de cet établissement public], qui auraient été incompétents pour statuer sur l'adjudication du marché, alors que la décision afférente aurait dû être prise par [son] président du conseil d'administration* ». Dans son ordonnance, le président du Tribunal administratif a cependant singulièrement éludé la question, en déplaçant la problématique sur le terrain de la recevabilité du recours, pour être dirigé contre le seul acte à caractère administratif faisant grief et dont les sociétés requérantes avaient eu connaissance. Il jugea ainsi que, « *abstraction faite de la question de savoir si les signataires du courrier précité [de l'établissement public] contre lequel le recours au fond est dirigé, avaient compétence pour prendre la décision en question, il n'en reste pas moins que les sociétés demanderesse ne se sont vu notifier que l'acte en question d'après leurs affirmations non contredites par les autres parties à l'instance et qu'il s'agissait pour eux de la seule matérialisation de la décision, d'ailleurs non contestée, prise par [cet établissement public] dans le cadre du marché public sous examen* »⁹⁵. Or, l'incompétence de l'auteur de l'acte administratif critiqué constitue toujours un moyen sérieux, car, selon la terminologie du président du Tribunal administratif, cette incompétence « *apparaît comme évidente à première lecture, sans nécessiter un examen long et minutieux* ». Partant, si le pouvoir adjudicateur n'est pas en mesure de justifier, lors de l'instance de référé, que l'acte déféré a bien été pris par l'autorité légalement investie du pouvoir décisionnel, le moyen d'annulation est sérieux et le sursis doit être prononcé. Tel fut le cas dans l'affaire commentée, mais sur base d'un autre moyen invoqué à l'appui du recours.

Parmi les moyens d'illégalité interne susceptibles d'entacher les actes administratifs, il convient ensuite de mentionner les vices de formes, et tout particulièrement le défaut de motivation de la décision déférée, moyen souvent invoqué par les requérants mais rarement accueilli par les juridictions administratives. A cet égard, deux ordonnances méritent d'être mentionnées sur la période faisant l'objet de la présente étude.

Dans une première affaire, le président du Tribunal administratif a considéré que le pouvoir adjudicateur « *a valablement fourni en cours de procédure contentieuse des éléments de motivation qui ont existé au moment où la décision déférée a été prise et qu'un débat contradictoire a pu avoir lieu, le moyen invoqué d'une prétendue absence de motivation est à rejeter comme ne paraissant pas comme suffisamment sérieux au stade actuel de la procédure* »⁹⁶. Autrement dit, le soumissionnaire évincé peut se retrouver dans l'obligation d'introduire en urgence son recours en sursis à exécution pour éviter que le marché public ne soit conclu et sans même connaître la motivation de la décision déférée et, de son côté, le pouvoir adjudicateur est admis à lui communiquer a posteriori les motifs de droit et de fait qui fondaient cette décision et qui auraient dû lui être communiqués d'emblée. Cette situation est d'ailleurs assez inégalitaire alors que le requérant n'est pas admis à faire valoir d'autres moyens que ceux à l'appui de son recours en annulation, tandis que le pouvoir adjudicateur a tout le loisir de communiquer, en instance de référé, les motifs de fait et de droit à la base de la décision déférée. C'est ainsi que dans le cadre d'un marché public de travaux d'installations électriques et de détection d'incendie à exécuter dans l'intérêt d'une école, le président du Tribunal administratif a considéré comme suffisante la « *motivation (...) utilement complétée par les explications additionnelles fournies dans le cadre de l'instruction de la présente instance* » et considéra que le moyen

⁹⁵ Ord. prés. T. adm., 30 mars 2012, n° 30.061.

⁹⁶ Ord. prés. T. adm., 7 mars 2011, n° 27.965.

tiré du défaut de motivation n'était pas suffisamment sérieux pour justifier l'annulation future de la décision et l'octroi, en référé, de la demande de sauvegarde.

Bien que cette solution soit contestable dans son principe même, elle a été reprise, pour ne pas dire aggravée, dans l'affaire portant sur le marché de travaux de chapes ciment pour la maison du Savoir à Belval. A cette occasion, le président du Tribunal administratif a, en effet, estimé que « *s'il est vrai que la lettre d'information adressée [au soumissionnaire dont l'offre a été déclarée non conforme] en date du 21 juillet 2011 est des plus sommaires en ce qu'elle se borne à indiquer que son offre n'avait " pas été économiquement la plus avantageuse pour le Trésor ", il n'en est pas moins vrai que, d'après les déclarations du mandataire de la demanderesse, cette motivation a été complétée et précisée par le Fonds Belval lors d'un entretien téléphonique ainsi que dans la décision confirmative sur recours gracieux du 3 août 2011. De toute manière, ce moyen ne semble pas suffisamment sérieux au vu de la jurisprudence des juridictions administratives en la matière selon laquelle l'absence d'indication de la motivation d'une décision administrative n'entraîne pas, en principe, la nullité de cette décision, mais empêche seulement que le délai de recours contentieux commence à courir* »⁽⁹⁷⁾. Autrement dit, le défaut de motivation invoqué à l'appui du sursis à exécution n'a aucune chance de prospérer et d'être considéré comme sérieux. C'est sans doute oublier un peu vite, notamment dans le cadre des marchés publics, que le soumissionnaire évincé doit former rapidement sa demande en sursis à exécution, sous peine de voir conclu le contrat d'exécution de la décision d'adjudication. En outre, cette solution jurisprudentielle fait totalement abstraction du fait que le prétendu non-déclenchement des délais de recours est une fausse problématique lorsque le requérant a déjà introduit son recours. Par ailleurs, cette jurisprudence du président du Tribunal administratif présuppose, avec bienveillance, que le pouvoir adjudicateur fournira les motifs de la décision critiquée dans le cadre du recours en annulation, étant rappelé qu'il aurait déjà dû les fournir en même temps que cette décision. Enfin, cette solution jurisprudentielle va à l'encontre de l'article 2bis de la Directive 2007/66 et de l'article 7 de la Loi de 2010 qui ne prévoient aucune démarche particulière à accomplir par le candidat ou le soumissionnaire évincé, celui-ci devant, sauf exceptions, se voir communiquer spontanément les motifs pertinents du rejet de son offre⁽⁹⁸⁾.

Enfin, le dernier moyen d'illégalité interne susceptible d'être invoqué à l'appui d'un recours en annulation est celui tiré d'un éventuel vice de procédure et consistant en la méconnaissance d'une des règles organisant la procédure d'élaboration des actes administratifs, par exemple, en imposant à l'autorité administrative de mettre les administrés en mesure de présenter utilement leurs objections ou de recueillir un ou plusieurs avis. Par exemple, dans le cadre d'un marché de gros œuvre pour une unité de production de froid, le président du Tribunal administratif a estimé que le « *fait pour le pouvoir adjudicateur de ne pas avoir informé de son intention de retirer la décision d'adjudication initiale en donnant à la partie demanderesse la possibilité de prendre position par rapport à un tel projet de décision* »⁽⁹⁹⁾ constitue une violation des articles 8 et 9 du règlement grand-ducal du 8 juin 1979 relatif à la procédure à suivre par les administrations relevant de l'Etat et des communes et, par conséquent, peut être considéré comme un moyen sérieux. Il en va de même pour le défaut de publication de manière appropriée de

⁹⁷ Ord. prés. T. adm., 31 août 2011, n° 28.930. Dans le même sens, v. ord. prés. T. adm., 11 juill. 2012, n° 30.732.

⁹⁸ V. M. Thewes et Th. Chevrier, *Regards sur la réforme des recours en matière de marchés publics*, JTL n° 16, p. 88, n° 16. Mais cette solution ne s'applique pas aux marchés publics visés par le Livre Ier de la Loi modifiée de 2009.

⁹⁹ Ord. prés. T. adm., 29 juin 2012, n° 30.716.

la modification du mode d'attribution du même marché public⁽¹⁰⁰⁾. Dans cette affaire, le président du Tribunal administratif a donc prononcé le sursis à l'exécution de la décision de retrait de la décision initiale d'adjudication du marché et de la décision d'adjuger le marché suivant le critère du prix le plus bas à un autre soumissionnaire.

Dans une autre affaire, l'association momentanée dont l'offre avait été rejetée dans le cadre de la procédure ouverte relative à la réalisation de travaux pour la reconstruction d'un pont frontalier, avait invoqué le non-respect des dispositions de l'article 46 du Règlement grand-ducal modifié de 2009 pour dépassement du terme normal de l'adjudication. Le président du Tribunal administratif considéra, « *au regard de la jurisprudence bien établie en la matière* », que ce moyen d'annulation ne présentait « *guère de chances de succès* », puisque la disposition réglementaire invoquée ne fixe apparemment pas de délai de rigueur pour agir dans le chef du pouvoir adjudicateur⁽¹⁰¹⁾.

Outre l'illégalité interne de la décision critiquée, les candidats ou soumissionnaires évincés peuvent aussi contester sa légalité externe, cause juridique qui regroupe les contestations relatives non pas à la façon dont cela a été décidé, mais à ce qui a été décidé. Au demeurant, l'essentiel des demandes de sursis à exécution reposent sur des moyens d'illégalité externe, notamment en raison d'une erreur de droit qu'aurait commise le pouvoir adjudicateur.

De telles erreurs de droit invoquées par les candidats ou soumissionnaires évincés sont évidemment susceptibles de se rencontrer à toutes les étapes de la procédure de passation du marché public litigieux. C'est ainsi que, dans le cadre du marché de gros œuvre précité pour une unité de production de froid, le président du tribunal administratif a considéré que les nombreuses modifications apportées à l'appel d'offres et au cahier des charges, et notamment la pondération des critères choisis pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuses, ne constituaient pas de simples rectifications d'erreurs matérielles mais qu'elles portaient sur des éléments substantiels du marché⁽¹⁰²⁾ et étaient susceptibles d'être contraires à l'article 89 du Règlement grand-ducal modifié de 2009.

Ce même marché de gros œuvre pour une unité de production de froid a fait l'objet d'une deuxième procédure de sursis à exécution devant le président du Tribunal administratif, le pouvoir adjudicateur ayant décidé de retirer la décision d'adjudication qui faisait l'objet d'un recours et de réadjudger le marché. Le « *fait par le pouvoir adjudicateur d'avoir retiré la décision d'adjudication initiale par laquelle le marché public avait été adjugé au profit de la partie demanderesse en réadjudgeant le marché à l'association momentanée XXX sur base non pas du critère d'adjudication tel que modifié au cours de la procédure de soumission (...) mais sur base du critère figurant dans le cahier initial des charges* »⁽¹⁰³⁾ est susceptible de constituer une violation de l'article 4 de la Loi modifiée de 2009, des articles 20, paragraphe (2), 75, 84, 88 (2), 89, 241, 242 et 90 (3) du Règlement grand-ducal modifié de 2009, des articles 1.8.2 et 2.0.13 du cahier des charges, tel que modifié par la suite. C'est pourquoi, le président du Tribunal administratif a prononcé le sursis à l'exécution de la décision de retrait de la décision initiale d'adjudication du marché et de la décision d'adjuger le marché suivant le critère du prix le plus bas à un autre soumissionnaire.

¹⁰⁰ Ord. prés. T. adm., 29 juin 2012, n° 30.716.

¹⁰¹ Ord. prés. T. adm., 11 juill. 2012, n° 30.732.

¹⁰² Ord. prés. T. adm., 30 mars 2012, n° 30.061.

¹⁰³ Ord. prés. T. adm., 29 juin 2012, n° 30.716.

Si le choix d'une procédure de passation ou la modification des conditions de celle-ci peuvent, selon les circonstances, donner lieu à une demande en sursis à exécution à l'appui du recours en annulation, l'essentiel des litiges tient au choix ou à la mise en œuvre des critères de sélection, puis d'attribution par le pouvoir adjudicateur.

S'agissant du non-respect par le pouvoir adjudicateur des critères de sélection, il ressort de l'affaire portant sur le marché déjà mentionné de travaux de fonçage d'un collecteur principal d'eaux usées que la Ville de Luxembourg avait prévu un fonçage d'une longueur totale supérieure à 1.500 m, critère pouvant s'interpréter « *dans le sens de l'exigence d'une longueur totale supérieure à 1.500 m d'un seul tenant* »¹⁰⁴. L'association momentanée requérante était dès lors fondée à contester les capacités techniques de certains de ses concurrents qui cumulaient les longueurs respectives de travaux qu'elles avaient réalisés antérieurement et s'en prévalaient comme références dans le cadre de la soumission litigieuse. Le président du Tribunal administratif a estimé que le moyen soulevé était « *assez sérieux (...) pour justifier le sursis à exécution de la décision d'adjudication* ».

En revanche, dans l'affaire du marché pour les travaux d'aménagement d'un tunnel, un soumissionnaire évincé contestait la décision d'adjudication à son concurrent, alors qu'il estimait que celui-ci ne disposait pas des autorisations d'établissement requises pour effectuer les travaux, objet du marché. Après analyse des règlements grand-ducaux relatifs à l'activité de mécanicien en mécanique générale et d'électricien, le président du Tribunal administratif considéra « *à première vue (...) qu'un artisan titulaire d'une autorisation d'établissement en tant qu'électricien est autorisé à effectuer des travaux relatifs à la construction et à l'entretien de structures métalliques, destinées à accueillir des installations électriques. Le moyen fondé sur le défaut dans le chef de la société ... S.A., d'une autorisation d'établissement pour les travaux requis ne semble partant pas suffisamment sérieux pour justifier une mesure de sursis à exécution* »¹⁰⁵.

Dans une autre affaire qui portait sur le marché de travaux de chapes ciment pour la maison du Savoir à Belval, l'offre du soumissionnaire le moins disant avait été déclarée non conforme au motif qu'il ne répondait pas aux conditions minimales de participation à la soumission en question, alors que son chiffre d'affaires annuel moyen était inférieur au 2.100.000 euro requis. Le président du Tribunal administratif a estimé que le soumissionnaire écarté « *n'a pas raisonnablement pu ignorer le contenu de cette condition minimale de participation. D'ailleurs, la société ... ne semble pas avoir mal interprété cette condition minimale de participation puisqu'elle a déclaré à l'annexe 4A ses chiffres d'affaires des trois dernières années, à savoir ceux des années 2008 à 2010, et elle a produit les bilans des années 2007 à 2009, celui de l'année 2010 n'ayant pas encore été disponible au moment de la remise de l'offre de soumission* ». Après examen des documents contractuels, le président du Tribunal administratif a considéré « *qu'à défaut de contradiction [entre certaines dispositions contractuelles], l'article 1.1.2 prévoyant l'ordre de priorité des documents de soumission en cas de contradiction ne saurait s'appliquer. Par suite, le moyen tiré d'une violation des critères de sélection qualitative ne semble pas, au stade actuel*

¹⁰⁴ Ord. prés. T. adm., 5 juill. 2010, n° 27.037. Le président du Tribunal administratif a donc prononcé le sursis à exécution de la décision d'adjudication. Il n'accorda pas de mesures de sauvegarde puisqu'elles n'étaient pas sollicitées aux termes du recours dont il était saisi.

¹⁰⁵ Ord. prés. T. adm., 14 sept. 2011, n° 28.971.

d'instruction du dossier, suffisamment sérieux pour justifier une mesure de sursis à exécution »⁽¹⁰⁶⁾.

Enfin, dans le cadre du dialogue compétitif engagé par la Ville de Dudelange pour la construction d'un nouveau centre sportif, la société temporaire qui avait initialement été admise à participer au dialogue avant de voir son offre écartée et d'apprendre que le dialogue se poursuivait avec un de ses concurrents, estimait que « *le pouvoir adjudicateur [avait] fait application d'une grille d'évaluation de sous-critères, qui non seulement n'auraient pas été portés à sa connaissance, mais qui en outre auraient été retenus après la dernière entrevue avec la société, celle-ci tirant cette conclusion manifestement d'une comparaison entre le document descriptif (...) et l'évaluation faite par le collègue échevinal des différentes offres lui remises* ». Le vice-président du Tribunal administratif jugea toutefois « *aux termes d'une analyse superficielle que cette [évaluation contenue dans un courrier du 24 juillet 2012] ne semble pas contenir de critères ou sous-critères "nouveaux, différents de ceux publiés dans [le document descriptif] et inconnus de la demanderesse* »⁽¹⁰⁷⁾. Le moyen tiré de la violation des critères de sélection⁽¹⁰⁸⁾ n'apparaissait donc pas sérieux pour justifier l'annulation de la décision déferée devant le Tribunal administratif et l'octroi, par le juge des référés, d'un sursis à exécution ou l'institution d'une mesure de sauvegarde.

S'agissant du non-respect par le pouvoir adjudicateur des critères d'adjudication, ce moyen peut être invoqué aux différents stades de la procédure de passation du marché, en raison notamment d'une modification des conditions et critères de la soumission publique en cours de procédure de passation. Ce moyen tiré du non-respect des critères d'attribution fut ainsi soulevé dans le cadre d'un marché lancé par le ministre du Développement durable et des Infrastructures. Cependant, le président du Tribunal administratif n'examina pas ce moyen, alors qu'au moment du dépôt de son offre, le soumissionnaire n'avait pas remis sa lettre d'engagement, pourtant requise en application de l'article 51(1) du Règlement grand-ducal modifié de 2009. Dès lors, et en vertu de l'article 59 du Règlement grand-ducal modifié de 2009, l'offre ne pouvait être prise en considération, solution dégagée dans un jugement du 13 décembre 2010⁽¹⁰⁹⁾ et qui, a priori, pourrait être appliquée également en cas d'absence de la formule d'engagement⁽¹¹⁰⁾. Le moyen soulevé ne paraissait donc pas assez sérieux.

En revanche, le président du Tribunal administratif a jugé, à l'occasion du second recours à propos d'un marché de gros œuvre pour une unité de production de froid, que « *le fait par le pouvoir adjudicateur d'avoir retiré la décision d'adjudication initiale par laquelle le marché public avait été adjugé au profit de la partie demanderesse en réadjudicant le marché à l'association momentanée XXX sur base non pas du critère d'adjudication tel que modifié au cours de la procédure de soumission, (...) mais sur base du critère figurant dans le cahier initial des charges, la décision afférente est susceptible d'avoir violé l'article 4 de la loi précitée du 25 juin 2009, les articles 20, paragraphe (2), 75, 84, 88, paragraphe (2), 89, 241, 242 et 90, paragraphe (3) du Règlement grand-ducal modifié de 2009, les articles 1.8.2*

¹⁰⁶ Ord. prés. T. adm., 31 août 2011, n° 28.930.

¹⁰⁷ Ord. prés. T. adm., 30 août 2012, n° 31.142.

¹⁰⁸ Il est à noter que, dans son ordonnance, le vice-président du Tribunal administratif parle de « *critères d'adjudication* ». S'agissant toutefois de l'éviction d'un candidat au cours du dialogue compétitif, il nous semblerait plus approprié de parler, à ce stade de la procédure, de critères de sélection, v. ord. prés. T. adm., 30 août 2012, n° 31.142.

¹⁰⁹ T. adm., 13 déc. 2010, n° 26.367.

¹¹⁰ Ord. prés. T. adm., 11 août 2011, n° 28.905.

et 2.0.13 du cahier des charges, tel que modifié par la suite (...), ainsi que les articles 8 et 9 du règlement grand-ducal précité du 8 juin 1979 du fait pour le pouvoir adjudicateur de ne pas avoir informé de son intention de retirer la décision d'adjudication initiale en donnant à la partie demanderesse la possibilité de prendre position par rapport à un tel projet de décision » ⁽¹¹¹⁾. Il a dès lors estimé que l'application des critères initiaux d'adjudication qui avaient été modifiés en cours de procédure de passation, combiné au défaut de publication des modifications opérées et au défaut d'information sur la décision de retirer la décision d'adjudication constituaient des moyens sérieux d'annulation et il a accordé le sursis à exécution de la décision déferée.

Il n'est pas rare que les soumissionnaires évincés invoquent le non-respect par le pouvoir adjudicateur des critères d'adjudication choisis dans l'avis de marché, mais que les moyens exposés à l'appui de leur recours en annulation consistent, plus véritablement, soit à critiquer le caractère injustifié de tel ou tel critère, soit à se plaindre de leur mauvaise compréhension des critères d'adjudication qui avaient été choisis. Dans l'affaire du marché de travaux pour l'aménagement d'un tunnel, le soumissionnaire écarté soutenait que le pouvoir adjudicateur n'avait pas respecté les conditions d'attribution du marché prévoyant que le montant de la sous-traitance soit limité à 20% du montant du marché. Après vérification sommaire des éléments de l'offre de l'adjudicataire, le président du Tribunal administratif a jugé que la mission de la société allemande indiquée dans l'offre semblait « limitée à celle d'un fournisseur de pièces à l'égard de [l'adjudicataire] et non point à celle d'un sous-traitant assurant l'exécution d'une partie du contrat » ⁽¹¹²⁾. Et de conclure que les moyens invoqués par le soumissionnaire évincé n'apparaissent pas comme suffisamment sérieux pour justifier une mesure de sursis à exécution, puisque les services à fournir par le fournisseur allemand de l'adjudicataire ne s'analysaient pas comme des prestations en sous-traitance, de sorte que le seuil de 20% au maximum n'était pas dépassé.

De la même façon, le président du Tribunal administratif jugea, à l'occasion d'une procédure de passation pour la construction d'un bâtiment administratif pour le compte d'un établissement public, que le moyen soulevé par la société requérante comme n'étant pas sérieux alors qu'« à défaut d'avoir signalé les problèmes liés à la compréhension et à l'interprétation du cahier des charges conformément à l'article 21 du Règlement grand-ducal modifié de 2009, la partie demanderesse semble forclosée à soulever devant le juge administratif les ambiguïtés, erreurs ou omissions actuellement incriminées » ⁽¹¹³⁾. Autrement dit, la mauvaise compréhension par les candidats ou soumissionnaires des conditions d'adjudication contenues dans l'avis de marché a peu de chances d'être jugée comme un moyen sérieux d'annulation.

Enfin, les contestations des soumissionnaires évincés peuvent porter sur l'appréciation de leur offre ou celle de leur concurrent. Ainsi, dans le cadre du marché portant sur la construction d'une école et d'un hall sportif, la société requérante reprochait au pouvoir adjudicateur de ne pas avoir procédé à une analyse de prix de l'offre de l'adjudicataire qui pouvait être considérée comme anormalement basse par le soumissionnaire dont l'offre a

¹¹¹ Ord. prés. T. adm., 29 juin 2012, n° 30.716. Il convient de rappeler que la première décision d'adjudication avait fait l'objet d'un sursis à exécution pour absence d'indication sur l'application des critères d'adjudication, en violation de l'article 90 (3) du Règlement grand-ducal modifié de 2009 dans le cadre d'un marché de gros œuvre pour une unité de production de froid, v. ord. prés. T. adm., 30 mars 2012, n° 30.061.

¹¹² Ord. prés. T. adm., 14 sept. 2011, n° 28.971.

¹¹³ Ord. prés. T. adm., 7 mars 2011, n° 27.965. Avec la même formulation, v. ord. prés. T. adm., 15 févr. 2011, n° 27.0707.

été rejetée⁽¹¹⁴⁾, au regard des dispositions de l'article 80 du Règlement grand-ducal modifié de 2009. Le président du Tribunal administratif rejeta cet argument au motif qu'une analyse de prix avait été effectuée par le bureau d'architectes chargé de la surveillance du marché public et qu'un examen minutieux de ses conclusions conduirait à empiéter sur les compétences du juge du fond⁽¹¹⁵⁾. En l'espèce, le moyen soulevé n'était pas sérieux car une analyse de prix avait bel et bien été opérée. Mais un tel moyen tiré de l'absence d'analyse de prix serait très vraisemblablement jugé comme sérieux si les conditions de l'article 80 du Règlement de 2009 étaient remplies et que le pouvoir adjudicateur venait à se trouver dans l'incapacité de prouver qu'il y a bien recouru.

Cependant, les griefs formulés par les soumissionnaires dont l'offre a été rejetée portent souvent sur la note qu'ils ont obtenue après l'ouverture et l'examen de leurs offres. Certains d'entre eux critiquent le caractère inapproprié de la note qu'ils se sont vus accorder à l'un des critères d'adjudication. Mais en l'absence de contestation précise de leur part, le président du Tribunal administratif ne saurait accueillir comme sérieux ce type de moyen, sans porter préjudice à la compétence du juge du fond⁽¹¹⁶⁾. En revanche, si la note obtenue à un critère d'adjudication apparaît, à première vue, inexacte, le président du Tribunal administratif peut juger sérieux le moyen invoqué à l'appui du recours. Dans la même affaire, il a prononcé la rupture du délibéré et demandé aux parties de lui fournir la base de calcul ou la méthode de calcul opérée par le pouvoir adjudicateur pour déterminer si les prix offerts par les soumissionnaires étaient en rapport avec le pourcentage obtenu sur base du critère d'évaluation financière des offres. En attendant la communication de ces informations, le président du Tribunal administratif a considéré que « *les moyens invoqués par le demandeur ne paraissent pas d'ores et déjà comme dépourvus de tout fondement et pour garantir l'effectivité de la présente procédure, il y a lieu d'ordonner le sursis à exécution de la décision de l'XXX du XXX concernant la construction d'un bâtiment administratif à XXX, projet « XXX » et déclarant la société XXX, adjudicataire des travaux y relatifs, mais, à ce stade, seulement jusqu'à l'audience prévue pour soumettre les pièces demandées, à l'issue de laquelle le sursis à exécution pourra être soit prorogé, soit rapporté* »⁽¹¹⁷⁾. Le président du Tribunal administratif laisse donc entendre qu'une erreur dans l'application de la méthode de calcul pourrait constituer un moyen sérieux, si la vérification des calculs opérés n'empiète pas sur la compétence du juge du fond. Il convient néanmoins de noter qu'après plusieurs refixations de l'affaire, les mandataires respectifs des parties ont marqué leur accord aux fins de voir rapporter cette ordonnance, de sorte que le président du Tribunal administratif a « *dit qu'il n'y a pas lieu à prorogation du sursis à exécution de la procédure de soumission* »⁽¹¹⁸⁾.

Pour en terminer avec cette évocation des moyens qui, s'ils sont sérieux, pourraient justifier le sursis à exécution de l'acte administratif pris dans le cadre de la procédure de passation d'un marché public en raison de l'erreur de fait, de l'erreur de droit, de l'erreur de

¹¹⁴ Ord. prés. T. adm., 8 mars 2010, n° 26.589.

¹¹⁵ Ord. prés. T. adm., 8 mars 2010, n° 26.589.

¹¹⁶ Ord. prés. T. adm., 7 mars 2011, n° 27.965, à propos d'un critère d'évaluation qualitative des offres. V. aussi, ord. prés. T. adm., 11 juill. 2012, n° 30.755 à propos de l'erreur manifeste d'appréciation alléguée par la requérante dans l'évaluation de son offre par le pouvoir adjudicateur. Le président du Tribunal administratif a considéré que ces moyens « *requièrent en tout état de cause un examen approfondi dépassant manifestement la compétence au provisoire du soussigné, lequel ne peut que constater qu'au stade actuel de l'instruction, les moyens invoqués à l'appui du recours au fond ne paraissent pas comme suffisamment sérieux pour justifier une mesure provisoire* ».

¹¹⁷ Ord. prés. T. adm., 7 mars 2011, n° 27.965.

¹¹⁸ Ord. prés. T. adm., 1er avr. 2011, n° 27.965b.

qualification juridique des faits ou de l'erreur manifeste d'appréciation éventuellement commise par le pouvoir adjudicateur, une affaire mérite d'être encore citée. Il s'agit d'une espèce où le soumissionnaire évincé avait soulevé la partialité de du pouvoir adjudicateur, moyen d'illégalité externe qui se rapproche du détournement de pouvoir. De façon générale, ce moyen est extrêmement rarement admis en jurisprudence, faute pour le requérant de pouvoir rapporter la preuve que l'autorité administrative a utilisé les pouvoirs qu'elle détenait à d'autres fins que celles qu'elle pouvait légalement mettre en œuvre. Une telle preuve est évidemment encore plus difficile à établir dans le cadre d'une procédure en référé où le détournement de pouvoir doit véritablement sauter aux yeux. C'est ainsi qu'un requérant avait invoqué la partialité du pouvoir adjudicateur dans le cadre d'un marché de construction d'un bâtiment administratif, laissant entendre qu'il avait délibérément voulu favoriser un concurrent. Le président du Tribunal administratif a, sans surprise, considéré que ce moyen n'était pas sérieux dans la mesure où le demandeur restait en défaut d'étayer le grief tiré du reproche de favoritisme et du caractère discriminatoire des critères de choix techniques dont il soutenait qu'ils rompaient l'égalité de traitement des soumissionnaires (¹¹⁹).

En définitive, le président du Tribunal administratif admet l'existence d'un moyen sérieux d'annulation dans les hypothèses où le requérant ne se borne pas seulement à alléguer certaines violations qu'auraient commises le pouvoir adjudicateur mais où il parvient aussi à établir leur caractère flagrant, en ce sens que la violation invoquée doit apparaître à première vue, sans qu'il soit besoin d'un examen approfondi. Cela implique, en général, que le recours en annulation soit d'emblée suffisamment étayé. Néanmoins, lorsque la vérification du moyen paraît aisée et ne suscite pas d'analyse approfondie de la part du président du Tribunal administratif, celui-ci peut accepter de prononcer le sursis à exécution dans l'attente d'une pièce à fournir, généralement par le pouvoir adjudicateur. Cela peut être le cas pour l'absence d'analyse de prix dont le requérant prétend qu'elle n'a pas été effectuée ou de l'explicatif d'un mode de calcul qui n'a pas été communiqué.

Il faut néanmoins reconnaître à l'appui des statistiques que le président du Tribunal administratif fait rarement droit aux demandes de sursis qui lui sont déférées. Partant, il n'est dès lors guère étonnant qu'il soit tout aussi réticent à instituer des mesures de sauvegarde, et ceci d'autant plus qu'il applique de manière constante à l'article 12 de la Loi modifiée de 1999 les mêmes conditions que celles énoncées à l'article 11, même si celle tenant au risque de préjudice grave et définitif est apparemment devenue, en matière de marchés publics, une simple clause de style.

B. L'INSTITUTION DES MESURES DE SAUVEGARDE PREVUE A L'ARTICLE 12 DE LA LOI MODIFIEE DE 1999

S'agissant de l'article 12 de la Loi modifiée de 1999, il prévoit que « *lorsque le tribunal est saisi d'une requête en annulation ou en réformation, le président ou le magistrat qui le remplace peut au provisoire ordonner toutes les mesures nécessaires afin de sauvegarder les intérêts des parties ou des personnes qui ont intérêt à la solution de l'affaire, à l'exclusion des mesures ayant pour objet des droits civils* ».

Le président du Tribunal administratif a été saisi à plusieurs reprises sur base de cette disposition, même si la demande en institution de mesures de sauvegarde n'accompagne pas systématiquement celle en

¹¹⁹

Ord. prés. T. adm., 7 mars 2011, n° 27.965.

obtention du sursis à exécution ⁽¹²⁰⁾. Au contraire, il est fréquent que les requérants se bornent, en référé, à solliciter le sursis à exécution de la décision administrative critiquée dans le cadre de leur recours au fond, sans demander corollairement l'institution de mesures de sauvegarde. Cette disparité dans la mise en œuvre respective des articles 11 et 12 de la Loi modifiée de 1999 peut d'abord s'expliquer par la jurisprudence du président du Tribunal administratif qui applique aux demandes en institution de mesures de sauvegarde les mêmes conditions que celles posées pour l'obtention du sursis à exécution. Dès lors, les requérants ne perçoivent pas l'intérêt de fonder leur recours en référé sur deux dispositions légales qui, en raison de cette complète assimilation, leur apparaissent interchangeables, fût-ce à tort (1). Cependant, une autre raison explique aussi que l'article 12 de la Loi modifiée de 1999 soit moins fréquemment invoqué à l'appui des demandes en référés. Elle semble tenir aux difficultés rencontrées par les requérants pour identifier la nature exacte des mesures de sauvegarde susceptibles d'être instituées au moment où le président du Tribunal administratif est saisi (2).

1. L'application aux mesures de sauvegarde des conditions pour le sursis à exécution

Lorsque des mesures de sauvegarde sont demandées – ce qui est rare –, il est fréquent que le président du Tribunal administratif n'y fasse pas droit. Le rejet de la demande de sursis à exécution conduit systématiquement au rejet de la demande en institution de mesure de sauvegarde. « *La demande subsidiaire en institution d'une mesure de sauvegarde est à son tour à rejeter, étant donné qu'elle est également soumise à l'exigence de moyens sérieux permettant de conclure que la demande puisse aboutir au fond* » ⁽¹²¹⁾. Dans le cadre de l'appel d'offres pour des travaux de mise en application de peinture et de vernis de protection des structures métalliques conservées des hauts fourneaux A et B à Belval, le président du Tribunal rejeta la demande en institution de mesures de sauvegarde formulée par la société requérante dont l'offre avait été rejetée pour ne pas être économiquement la plus avantageuse, en considérant que « *les moyens invoqués à l'appui du recours au fond ne paraissant pas, en l'état actuel de l'instruction du litige, être suffisamment sérieux pour justifier tant une mesure de sursis à exécution qu'une mesure de sauvegarde, une telle mesure étant soumise aux mêmes conditions concernant le sérieux des moyens invoqués, il y a lieu de rejeter la demande* » ⁽¹²²⁾.

Pour justifier cette solution s'agissant des mesures de sauvegarde dont l'institution est sollicitée sur le fondement de l'article 12 de la Loi modifiée de 1999, le président du Tribunal administratif considère de manière récurrente que « *sous peine de vider de sa substance l'article 11 de la même loi, qui prévoit que le sursis à exécution ne peut être décrété qu'à la double condition que, d'une part, l'exécution de la décision attaquée risque de causer au requérant un préjudice grave et définitif et que, d'autre part, les moyens invoqués à l'appui du recours dirigé contre la décision apparaissent comme sérieux, il y a lieu d'admettre que l'institution d'une mesure de sauvegarde est soumise aux mêmes conditions concernant les caractères du préjudice et des moyens invoqués à l'appui du recours. Admettre le contraire reviendrait en effet à autoriser le sursis à exécution d'une décision administrative alors*

¹²⁰ Ord. prés. T. adm., 5 juill. 2010, n° 27.037. Dans cette affaire portant sur le marché de travaux de fonçage d'un collecteur principal d'eaux usées, le recours devant le président du Tribunal administratif n'a été introduit que sur la base de l'art. 11 de la Loi modifiée de 1999. V. aussi ord. prés. T. adm., 17 janv. 2011, n° 27.60 où le moyen n'a pas été considéré comme sérieux ; ord. prés. T. adm., 30 mars 2012, n° 30.061 où l'un des moyens soulevés a été considéré comme sérieux, ce qui aurait pu conduire à l'institution de mesures de sauvegarde. Toutefois, l'imprécision de la formulation de la requête peut conduire le président du Tribunal administratif à considérer qu'il est saisi d'une demande en institution de mesure de sauvegarde et non d'une demande en sursis à exécution. En ce sens, v. ord. prés. T. adm., 11 juill. 2012, n° 30.755.

¹²¹ Ord. prés. T. adm., 8 mars 2010, n° 26.589.

¹²² ord. prés. T. adm. 15 févr. 2011, n° 27.707.

même que les conditions posées par l'article 11 ne seraient pas remplies, le libellé de l'article 12 n'excluant pas, a priori, un tel sursis qui peut à son tour être compris comme mesure de sauvegarde » ⁽¹²³⁾.

En estimant ainsi que le sursis à exécution pourrait constituer une mesure de sauvegarde, le président du Tribunal administratif est donc conduit à considérer que ces deux types de demandes sont soumises aux mêmes conditions, sans même s'interroger pourquoi le Législateur de 1999 n'a pas prévu dans un article unique que « *le sursis à exécution ou toute autre mesure de sauvegarde ne peut être décrété qu'à la double condition etc.* ». Il eût pourtant été concevable d'estimer que le sursis à exécution soit subordonné à la réunion des deux conditions prévues à l'article 11 de la Loi modifiée de 1999 tandis que les autres mesures de sauvegarde que le sursis puissent être accordées de manière plus souple. Cette analyse est confortée par le fait que, selon l'article 12 alinéa 2 de la Loi modifiée de 1999, la demande en institution de mesures de sauvegarde « *est instruite et jugée selon la procédure prévue à l'article 11, paragraphes 3 à 7* » ⁽¹²⁴⁾. Le législateur a donc expressément exclu l'application aux mesures de sauvegarde des paragraphes 1 et 2 de l'article 11, ce dernier paragraphe étant celui qui subordonne l'octroi du sursis à exécution à la réunion des conditions relatives au préjudice définitif et difficilement réparable ainsi qu'à la démonstration d'un moyen sérieux. C'est également à tort que le président du Tribunal administratif applique aux demandes en institution de mesures de sauvegarde la condition posée à l'article 11 paragraphe 2 de la Loi modifiée de 1999, selon laquelle le sursis ne peut être accordé que si l'affaire peut « *être plaidée à brève échéance* » ⁽¹²⁵⁾, alors que l'article 12 ne renvoie pas à cette disposition. Cette solution est désormais d'autant plus erronée en ce qui concerne les marchés publics relevant des Livres II et III de la Loi modifiée de 2009 que l'article 6 de la Loi de 2010 dispose que « *le président du tribunal administratif peut être saisi endéans les délais prévus à l'article 5 conformément à l'article 11 de la Loi modifiée de 2010* ». En conséquence, les demandes de sursis à exécution doivent désormais être déférés au président du Tribunal administratif dans un délai de dix ou quinze jours après la communication de la décision d'attribution du marché, selon que des moyens électroniques ont ou non été utilisés pour cette communication ⁽¹²⁶⁾. En revanche, l'article 6 précité de la Loi de 2010 n'indique pas dans quel délai le président du Tribunal administratif peut être saisi sur le fondement de l'article 12 de la Loi modifiée de 1999. L'institution de mesures de sauvegarde peut donc être sollicitée aussi longtemps que le Tribunal administratif peut être saisi au fond contre la décision administrative litigieuse, voire aussi longtemps qu'il n'a pas statué sur un recours en annulation valablement introduit dans le délai de trois mois à compter de la notification de la décision de rejet de l'offre ⁽¹²⁷⁾.

¹²³ Ord. prés. T. adm., 16 avr. 2009, n° 25.593. V. aussi ord. prés. T. adm., 7 août 2009, n° 25.934 ; ord. prés. T. adm., 30 août 2012, n° 31.142 ; ord. prés. T. adm., 11 juill. 2012, n° 30.755.

¹²⁴ V. Conseil d'Etat, avis n°4326-02 sur le projet de loi portant règlement de procédure devant les juridictions administratives qui ajoute au projet de loi un nouvel article 12.

¹²⁵ Ord. prés. T. adm., 30 août 2012, n° 31.142. Pour rappel, l'article 11 paragraphe 2 in fine dispose que « *le sursis est rejeté si l'affaire est en état d'être plaidée et décidée à brève échéance* ».

¹²⁶ Il est particulièrement étonnant que ni l'exposé des motifs du projet de loi n° 6119-1 instituant les recours en matière de marchés publics, ni les travaux parlementaires subséquents n'aient évoqué la question de la réduction des délais de recours sur base de l'article 11 de la Loi modifiée de 1999. Or, l'article 6 de la Loi de 2010 impose aux requérants de former très rapidement leurs recours au fond pour être recevables à solliciter le sursis à exécution de la décision administrative litigieuse.

¹²⁷ Il convient de souligner que ce régime ne s'applique pas aux marchés publics relevant du Livre 1er de la Loi modifiée de 2009, posant là encore une question d'égalité devant la loi. V. C. adm. Avis du 25 mars 2010 sur le projet de loi n° 6119-1 instituant les recours en matière de marchés publics.

En outre, la Commission juridique considérait que l'article 12 constituait « *une innovation majeure dans le cadre de la proposition de loi, à savoir l'introduction sur initiative du Conseil d'Etat du référé administratif dans notre droit* »⁽¹²⁸⁾. Or, la jurisprudence administrative antérieure développée par le Comité du contentieux sous l'empire de la procédure de règlement de 1866 avait d'ores et déjà intégré les deux conditions de l'article 11, comme l'avait rappelé la Commission juridique. Il aurait donc été inapproprié de parler d'une « *innovation majeure* » s'il s'était uniquement agi de reprendre, dans le cadre de l'article 12, les conditions déjà consacrées par la jurisprudence antérieure et tenant au risque de préjudice définitif et difficilement réparable et au moyen sérieux.

Enfin, il ne serait pas inconcevable de retenir que le sursis à exécution d'une décision administrative qui, bénéficiant du privilège du préalable et, partant, d'une présomption de légalité, soit assorti de conditions plus strictes que la simple institution de mesures de sauvegarde. En effet, de telles mesures n'auraient pas à présumer, sur base de moyens sérieux examinés sommairement par le président du Tribunal administratif, de l'illégalité de la décision contestée, mais elles se borneraient à octroyer au requérant, à titre conservatoire, certains droits dans l'attente du jugement sur le fond. Par exemple, il pourrait s'agir, par une telle mesure de sauvegarde, de permettre à un candidat évincé d'une procédure de passation, de soumettre néanmoins son offre en vue du marché litigieux et de subordonner la décision d'adjudication au prononcé du jugement sur le fond qui confirmera ou infirmera ses moyens d'annulation à l'appui de son recours en annulation de la décision administrative litigieuse.

Ainsi, les conditions du sursis à exécution n'auraient normalement pas vocation à s'appliquer à l'institution de mesures de sauvegarde. Tel n'est malheureusement pas l'état de la jurisprudence du président du Tribunal administratif qui, au final, perpétue une solution jurisprudentielle plus favorable à l'administration qu'à la sauvegarde des droits des administrés, en restreignant leurs possibilités d'obtenir gain de cause, y compris sur le terrain de l'article 12 de la Loi modifiée de 1999.

Il faut toutefois reconnaître que parmi les administrés, ceux qui sont candidats ou soumissionnaires dans le cadre de procédures de passation de marchés publics, ont la chance de bénéficier de la solution jurisprudentielle rendue en avril 2009 et qui considère comme nécessairement remplie la condition implicite de l'article 12 relative au risque de préjudice grave et définitif. Par conséquent, l'institution de mesures de sauvegarde en matière de marchés publics n'est plus subordonnée qu'à la preuve d'un moyen sérieux à l'appui du recours en annulation. C'est ainsi que dans le cadre d'un marché public de travaux d'installations électriques et de détection d'incendie à exécuter dans l'intérêt d'une école, le président du Tribunal administratif a jugé sans autres développements que « *le risque d'un préjudice grave et définitif que subirait la société demanderesse en cas d'exclusion de son offre la moins disante et d'attribution du marché, à qualifier de marché de référence au moins pour ce qui concerne la demanderesse, à une entreprise concurrente est effectivement vérifié en l'espèce* »⁽¹²⁹⁾. Certes, le juge des référés n'a pas repris *expressis verbis* la formulation adoptée depuis avril 2009 selon laquelle le risque de préjudice grave et définitif peut être retenu par essence même s'agissant de l'exclusion d'un marché public. Cependant, il s'est abstenu de vérifier plus amplement les arguments soulevés par la société

¹²⁸ V. Commission juridique, avis n°4326-06 sur le projet de loi portant règlement de procédure devant les juridictions administratives.

¹²⁹ Ord. prés. T. adm., 11 juill. 2012, n° 30.755.

requérante qui avait été évincée du marché en question. Il faut donc en déduire que le président du Tribunal administratif a considéré que cette condition est toujours remplie.

2. Les difficultés à formuler des demandes en institution de mesures de sauvegarde

Le recours en institution de mesures de sauvegarde pourrait être engagé contre toute décision administrative modifiant l'ordonnancement juridique susceptible d'intervenir tout au long de la procédure de passation d'un marché public. Cela pourrait donc, par exemple, aussi bien viser l'arrêté ou la délibération pris par un pouvoir adjudicateur et décidant de recourir à telle ou telle procédure de passation dont le candidat estimerait que les conditions légales de mise en œuvre ne sont pas réunies⁽¹³⁰⁾, que la décision rejetant la demande d'un candidat ayant sollicité une invitation à participer à une procédure restreinte ou négociée ou à un dialogue compétitif⁽¹³¹⁾ ou encore la décision modifiant des conditions initialement prévues dans l'avis de marché ou relançant une nouvelle procédure de passation après un recours dirigé contre une première procédure de passation⁽¹³²⁾ ou même la décision de retrait d'un appel d'offres⁽¹³³⁾.

Il faut toutefois constater que les recours en institution de mesures de sauvegarde sont essentiellement, pour ne pas dire exclusivement, formés à l'encontre de la décision d'adjudication rejetant l'offre du soumissionnaire pour ne pas être conforme au cahier des charges ou pour ne pas être l'offre régulière au prix le plus bas ou économiquement la plus avantageuse. Cet état de fait s'explique certainement par une grande part de facteurs psychologiques, comme l'avait souligné à juste titre l'avocat général dans l'affaire qui a conduit à l'arrêt de la Cour de Justice des Communautés européennes dans l'affaire Alcatel Austria⁽¹³⁴⁾. En effet, les candidats et les soumissionnaires sont généralement désireux de ne pas mettre à mal leurs futures relations avec le pouvoir adjudicateur. Ils ne se résolvent à aller devant les tribunaux que dans des situations où ils sont réellement convaincus de ce que leur candidature ou leur offre aurait dû être retenue.

Lorsqu'ils se décident effectivement à franchir la porte des prétoires, encore faut-il que la demande en institution d'une mesure de sauvegarde résulte clairement du dispositif du recours introductif d'instance. Si la partie demanderesse fait état de ce qu'elle souhaitait introduire un recours « *en sursis à exécution sinon en instauration de mesure de sauvegarde* », mais qu'« *au dispositif de sa requête, elle ne fait plus état que de sa demande de sursis à exécution de la décision litigieuse, (...) il s'ensuit qu'il y a lieu de retenir qu'aucune mesure de sauvegarde n'a été valablement sollicitée de la part du soussigné* »⁽¹³⁵⁾. Dans l'affaire relative au marché public de travaux d'installations électriques et de détection d'incendie à exécuter dans l'intérêt d'une école, le président du Tribunal administratif a rappelé que, telle que formulée, « la requête en institution d'une mesure provisoire tend à

¹³⁰ V. aussi ord. prés. T. adm., 6 mars 2009, n° 25.446 où le requérant demandait au président du Tribunal administratif d'« *ordonner toute mesure nécessaire afin de sauvegarder ses intérêts et notamment d'ordonner la suspension, sinon le sursis à exécution de la procédure d'adjudication des travaux détaillés dans l'avis* ». Cette demande fut déclarée irrecevable, faute pour le requérant d'avoir introduit un recours au fond contre la décision de mise en lancement de la procédure d'adjudication.

¹³¹ V. art. 3 §8 de la Loi modifiée de 2009.

¹³² V. aussi ord. prés. T. adm., 6 mars 2009, n° 25.446 où le requérant demandait au président du Tribunal d'« *interdire à l'administration communale de XXX la mise en adjudication, sous quelque forme que ce soit, des travaux de menuiserie intérieure compris dans le marché mis en adjudication* » a été jugée irrecevable. Sur ce point, voir *infra*, p. 39.

¹³³ V., implicitement, l'affaire ord. prés. T. adm., 6 mars 2009, n° 25.446.

¹³⁴ Conclusions de l'avocat général présentées dans l'affaire CJCE, 28 oct. 1999, Alcatel Austria, aff. C-81/98. Pour un extrait de ces conclusions, v. ord. prés. T. adm., 5 juin 2009, n° 25.746.

¹³⁵ Ord. prés. T. adm., 29 juin 2012, n° 30.716, intervenant à la suite de l'ord. prés. T. adm., 30 mars 2012, n° 30.061.

prononcer le « *sursis à l'exécution de la décision de rejet valant décision d'attribution* ». Et de « *dégager du libellé de cette demande que la partie demanderesse sollicite, au-delà du sursis à exécution de la décision d'écarter sa candidature du marché litigieux, le sursis à exécution de la décision d'adjudication. En tant que telle, la demande n'est donc pas à analyser en demande de sursis à exécution de la décision attaquée par le recours au fond, mais comme demande d'institution d'une mesure de sauvegarde* »⁽¹³⁶⁾. A défaut pour le mandataire de la requérante d'avoir employé des termes juridiques précis concernant la nature du recours introduit, le président du Tribunal administratif s'est donc retrouvé dans la situation de devoir qualifier juridiquement ce recours⁽¹³⁷⁾.

Enfin, et s'agissant de la nature des mesures de sauvegarde susceptibles d'être sollicitées, quelques rares exemples ont pu être trouvés depuis 2009. Dans le cadre du marché portant sur la construction d'une école et d'un hall sportif, la société dont l'offre avait été rejetée pour être seulement la deuxième moins chère demandait au président du Tribunal administratif « *de faire interdiction à la Commune XXX XXX de conclure un contrat relatif au marché litigieux avec une autre entité* »⁽¹³⁸⁾. Cette mesure de sauvegarde fut rejetée en l'absence de moyen sérieux à l'appui du recours en annulation mais, dans sa formulation, elle semble parfaitement recevable et le président du Tribunal administratif aurait donc pu y faire droit si les moyens soulevés ne s'étaient pas révélés à première vue dénués de pertinence. C'est ainsi qu'à propos des travaux d'installation d'équipements dans le cadre de la construction d'un incubateur d'entreprises, le Fonds Belval avait annulé une première soumission, puis avait publié un nouvel avis de marché. Un soumissionnaire qui avait formé un recours contre la décision du fonds n'ayant pas retenu son offre au terme de la première procédure de passation, forma un second recours en annulation contre la décision du fonds de lancer un nouvel appel d'offres. Parallèlement, ce soumissionnaire forma un recours devant le président du Tribunal administratif aux fins notamment de voir « *interdire au [Fonds de Belval] de conclure un contrat relatif au marché litigieux avec une entité autre que la requérante* ». Cette demande fut rejetée, au motif que cette dernière ne prouvait pas un risque de préjudice grave et définitif dans son chef⁽¹³⁹⁾. La demande n'en était pas moins recevable quant à son objet.

En revanche, dans l'affaire précitée concernant le marché relatif à la construction d'une école et d'un hall sportif, la requérante sollicitait subsidiairement, à titre de mesure de sauvegarde, de voir « *ordonner la suspension de l'exécution d'un éventuel contrat passé avec la société* »⁽¹⁴⁰⁾ déclarée adjudicataire du marché litigieux. A l'évidence, et même si les moyens à l'appui de son recours en annulation avaient été considérés comme sérieux, une telle demande formulée devant le président du Tribunal administratif était irrecevable, dans l'état actuel de la jurisprudence et de la répartition des compétences entre les juridictions administratives et judiciaires. Au même titre que la demande de « *sursis à exécution du contrat ne relève pas de la compétence du juge administratif* »⁽¹⁴¹⁾, la suspension de l'exécution du contrat qui a d'ores et déjà été conclu avec l'adjudicataire

¹³⁶ Ord. prés. T. adm., 11 juill. 2012, n° 30.755.

¹³⁷ Sur cette méthode de qualification des recours introduit, v. ord. prés. T. adm., 14 sept. 2011, n° 28.971.

¹³⁸ Ord. prés. T. adm., 8 mars 2010, n° 26.589.

¹³⁹ Ord. prés. T. adm., 18 févr. 2009, n° 25.337.

¹⁴⁰ Ord. prés. T. adm., 8 mars 2010, n° 26.589.

¹⁴¹ Ord. prés. T. adm., 7 nov. 2011, n° 29.396.

n'appartient pas au président du Tribunal administratif (¹⁴²), mais relève exclusivement du juge judiciaire, le cas échéant, statuant en matière de référé.

Dans le cadre des travaux de menuiserie intérieure d'une école, la soumissionnaire évincée au terme d'une première décision d'adjudication faisant déjà l'objet d'un recours au fond, sollicitait notamment du président du Tribunal administratif sur base de l'article 12 de la Loi modifiée de 1999 qu'il « *interdise à l'administration communale de XXX la mise en adjudication sous quelque forme que ce soit des travaux de menuiserie intérieure compris dans le marché mis en adjudication par avis N°XXX XXX en date du XXX XXX, et ce jusqu'à intervention de la décision au fond* » (¹⁴³). Cette demande avait été soumise après que la requérante s'était aperçue que la commune avait lancé une nouvelle procédure de passation pour les mêmes travaux que ceux faisant l'objet du recours en annulation.

Le président du Tribunal administratif a d'abord rappelé que l'article 91 du Règlement grand-ducal de 2003, encore applicable à l'époque, permettait « *à l'adjudicateur de procéder à l'annulation d'une mise en adjudication sous certaines conditions* ». Surtout, il a considéré qu'« *une mesure de sauvegarde ne saurait empiéter sur les pouvoirs du juge du fond ni, a fortiori, les dépasser. Or, c'est pourtant ce à quoi tend la demande destinée à interdire à l'administration communale de XXX de remettre en adjudication des travaux ayant figuré dans une mise en adjudication antérieure étant par ailleurs entendu que le Tribunal administratif, dans le cadre du recours en annulation introduit le 31 décembre 2008 n'est point appelé à émettre des interdictions ou des injonctions, mais à statuer sur le refus déferé, pour, au cas où le recours est déclaré fondé, l'annuler avec renvoi de l'affaire devant l'autorité compétente* ». Dès lors, le président du Tribunal administratif a jugé irrecevable le recours ainsi formulé (¹⁴⁴). Il n'a donc pas examiné l'existence de moyens sérieux et de préjudice grave et définitif quand bien même la question de la légalité de la nouvelle mise en adjudication aurait pu utilement être invoquée. En revanche, la société requérante aurait sans doute pu obtenir une mesure de sauvegarde tendant à suspendre la seconde procédure de passation visant peu ou prou au même marché, si elle avait démontré que les motifs invoqués à la base de cette seconde procédure ne correspondaient pas aux exigences légales. Il aurait fallu aussi pour être recevable qu'elle ait préalablement introduit un recours en annulation contre cette seconde décision de mise en adjudication, ce qui n'était pas le cas dans l'espèce commentée et ce qui avait d'ailleurs justifié que sa requête soit déclarée également irrecevable en ce qu'elle tendait à voir ordonner la suspension de la procédure d'exécution de la seconde procédure d'adjudication.

Il ressort de ce panorama de jurisprudence que les référés en matière de marchés publics restent essentiellement formés sur base des articles 11 et 12 la Loi modifiée de 1999 dont la mise en œuvre a été sérieusement facilitée par la nouvelle perception par le président du Tribunal administratif de la condition tenant au risque de préjudice grave et définitif. A la faveur d'une politique jurisprudentielle initiée timidement en 2006, puis affirmée plus nettement depuis avril 2009, cette condition est désormais considérée comme étant, par essence même, toujours remplie, en dépit de quelques soubresauts jurisprudentiels intervenus depuis cette date. D'ailleurs, cette position jurisprudentielle semble approuvée par le législateur qui en a pris acte dans l'exposé des motifs du projet de loi instituant les

¹⁴² Dans le même sens, v. ord. prés. T. adm., 22 nov. 2011, n° 29.469 et T. adm., 7 mai 2012, n° 28625.

¹⁴³ Ord. prés. T. adm., 6 mars 2009, n° 24.446.

¹⁴⁴ Ord. prés. T. adm., 6 mars 2009, n° 24.446.

recours en matière de marchés publics ⁽¹⁴⁵⁾. De la sorte, le candidat ou le soumissionnaire évincé doit seulement démontrer que son recours en annulation préalablement déposé devant le Tribunal administratif repose sur un moyen sérieux, caractère qui doit apparaître comme évident à première lecture, sans nécessiter un examen long et minutieux. Toutefois, et comme l'a relevé à juste titre la Cour administrative, les auteurs de ce projet de loi ne sauraient « *tabler sur la prémisse de base que le risque de préjudice est en la matière toujours vérifié, (et) se référer par la suite tout simplement à l'article 11. (...) Il ne paraît pas être de la meilleure technique législative possible de faire une référence à une disposition exigeant la vérification d'une double condition, dès lors que l'on ne tient pour appropriée qu'une seule d'entre elles* » ⁽¹⁴⁶⁾. En outre, la jurisprudence tenant pour acquise la condition tenant au risque de préjudice grave et définitif n'est pas aussi définitivement acquise que les auteurs du projet de loi instituant les recours en matière de marchés publics voulaient bien le croire au moment des discussions sur ce projet loi ⁽¹⁴⁷⁾. Elle a d'ailleurs fait l'objet d'un certain nombre d'hésitations depuis ces travaux parlementaires et l'adoption de la Loi de 2010. Plutôt que de renvoyer sans nuance à l'article 11 de la Loi modifiée de 1999, il serait opportun que l'article 6 de la Loi de 2010 précise clairement le sort à réserver à la condition tenant au risque de préjudice grave et définitif en ce qui concerne les marchés publics. Il conviendrait aussi que soient explicitées les conditions applicables aux demandes en institution de mesures de sauvegarde, à partir du moment où l'article 12 de la Loi modifiée de 1999 ne renvoie pas à l'article 11 paragraphe 2 de cette même loi lequel énonce ces conditions. Ce serait ainsi l'occasion de remédier à la jurisprudence qui assimile erronément les conditions d'application de ces deux articles.

Quoi qu'il en soit, il faut bien se garder de croire que désormais les demandes en sursis à exécution et en institution de mesures de sauvegarde seraient systématiquement accueillies par le président du Tribunal administratif. Loin s'en faut. En effet, sur vingt recours introduits à ces fins depuis l'évolution jurisprudentielle d'avril 2009, seuls quatre ont été reçus favorablement et ont accordé le sursis sollicité ⁽¹⁴⁸⁾ et aucun n'a institué de mesures de sauvegarde. Les raisons sont diverses et tiennent à la fois au caractère réellement non sérieux de certains moyens d'annulation soulevés par les requérants à l'appui de leurs recours, mais aussi au refus du président du Tribunal administratif de se livrer à un examen approfondi des moyens invoqués. Enfin, la jurisprudence présidentielle qui étend à l'article 12 de la Loi modifiée de 1999 les conditions légales posées par l'article 11 paragraphe 2 de cette même loi conduit à une approche aussi restrictive pour l'octroi du sursis à exécution que pour l'institution de mesures de sauvegarde, et ceci alors même que l'article 12 se borne à renvoyer aux paragraphes 3 à 7 de l'article 11, ce qui exclut le paragraphe 2 énonçant les conditions du sursis.

Enfin, il faut bien reconnaître que la Loi de 2010 demeure encore un fondement très marginal des recours en référé en matière de marchés publics, comme l'étaient, à l'époque, la Loi modifiée de 1993 et la Loi de 1997. Et les quatre ordonnances rendues par le président

¹⁴⁵ Projet de loi n° 6119 sur les recours instituant les recours en matière de marchés publics, p. 6 « *Le moyen tiré de l'absence du risque d'un préjudice grave et définitif est toujours rejeté de sorte qu'il est uniquement toisé sur le deuxième moyen relatif à la question du sérieux des moyens invoqués* ».

¹⁴⁶ C. adm., Avis du 25 mars 2010 sur le projet de loi n° 6119-1 instituant les recours en matière de marchés publics, p. 6.

¹⁴⁷ A l'époque des travaux parlementaires sur le projet de loi instituant les recours en matière de marchés publics, plusieurs ordonnances ont rejeté le sursis à exécution sollicité, au motif de l'absence de vérification de l'exigence légale d'un risque de préjudice grave et définitif. V. ord. prés. T. adm., 18 févr. 2009, n° 25.337 ; ord. prés. T. adm., 7 août 2009, n° 25.934.

¹⁴⁸ Ord. prés. T. adm., 5 juill. 2010, n° 27.037 ; Ord. prés. T. adm., 7 mars 2011, n° 27.965 ; ord. prés. T. adm., 30 mars 2012, n° 30.061 et ord. prés. T. adm., 29 juin 2012, n° 30.716.

du Tribunal administratif sur base des dispositions de cette nouvelle loi ne laissent, pour l'instant, pas entrevoir de meilleures chances de succès aux candidats et soumissionnaires dans leurs recours. Quant au président du Tribunal d'arrondissement siégeant comme juge des référés, il serait judicieux de s'interroger sur l'opportunité de lui maintenir la compétence que lui attribue la Loi de 2010 dans la mesure où il n'a été saisi à aucune reprise sur base de cette loi, de même qu'aucune requête ne lui avait été soumise sous l'empire de la Loi de 1997. En outre, il est évident que le président du Tribunal administratif a, au fil des années, acquis une expertise et une familiarité avec les problématiques relatives aux marchés publics qui justifieraient sans difficulté la consécration d'un bloc de compétence en sa faveur pour connaître de toutes les actions en référé relatives aux décisions administratives à intervenir avant la conclusion du contrat.

Luxembourg, le 30 octobre 2012



Guy PERROT

Avocat à la Cour

Président de la Commission
de procédure civile du barreau de Luxembourg
guy.perrot@harvey.lu

Liste des ordonnances citées

1. Jurisprudences sur la Loi de 2010

- 1.1. Ordonnance du président du Tribunal administratif en date du 14 septembre 2011, portant le numéro 28.971 du rôle
- 1.2. Ordonnance du président du Tribunal administratif en date du 22 novembre 2011, portant le numéro 29.469 du rôle
- 1.3. Ordonnance du président du Tribunal administratif en date du 1^{er} août 2012, portant le numéro 30.885 du rôle
- 1.4. Ordonnance du président du Tribunal administratif en date du 30 août 2012, portant le numéro 31.142 du rôle
- 1.5. Ordonnance du président du Tribunal administratif en date du 20 septembre 2012, portant le numéro 31.356 du rôle

2. Jurisprudences sur la Loi modifiée de 1999 et accordant le sursis

- 2.1. Ordonnance du président du Tribunal administratif en date du 16 avril 2009, portant le numéro 25.593 du rôle
- 2.2. Ordonnance du président du Tribunal administratif en date du 5 juillet 2010, portant le numéro 27.037 du rôle
- 2.3. Ordonnance du président du Tribunal administratif en date du 7 mars 2011, portant le numéro 27.965 du rôle.
- 2.4. Ordonnance du président du Tribunal administratif en date du 30 mars 2012, portant le numéro 30.061 du rôle
- 2.5. Ordonnance du président du Tribunal administratif en date du 29 juin 2012, portant le numéro 30.716 du rôle

3. Liste des autres décisions intervenues sur la période couverte par la présente étude

- 3.1. Ordonnance du président du Tribunal administratif en date du 18 février 2009, portant le numéro 25.337 du rôle
- 3.2. Ordonnance du président du Tribunal administratif en date du 6 mars 2009, portant le numéro 25.446 du rôle
- 3.3. Ordonnance du président du Tribunal administratif en date 5 juin 2009, portant le numéro 25.746 du rôle
- 3.4. Ordonnance du président du Tribunal administratif en date 7 août 2009, portant le numéro 25.934 du rôle
- 3.5. Ordonnance du président du Tribunal administratif en date du 8 mars 2010, portant le numéro 26.589 du rôle
- 3.6. Ordonnance du président du Tribunal administratif en date du 17 janvier 2011, portant le numéro 27.604 du rôle
- 3.7. Ordonnance du président du Tribunal administratif en date du 15 février 2011, portant le numéro 27.707 du rôle
- 3.8. Ordonnance du président du Tribunal administratif en date du 1^{er} avril 2011, portant le numéro 27.965b du rôle
- 3.9. Ordonnance du président du Tribunal administratif, en date du 8 mars 2011, portant le numéro 28.037 du rôle
- 3.10. Ordonnance du président du Tribunal administratif en date du 11 août 2011 portant le numéro 28.905 du rôle

- 3.11. Ordonnance du président du Tribunal administratif en date du 31 août 2011 portant le numéro 28.930 du rôle
- 3.12. Ordonnance du président du Tribunal administratif en date du 7 novembre 2011 portant le numéro 29.396 du rôle
- 3.13. Ordonnance du président du Tribunal administratif en date du 15 juin 2012 portant le numéro 30.536 du rôle
- 3.14. Ordonnance du président du Tribunal administratif en date du 29 juin 2012 portant le numéro 30.716 du rôle
- 3.15. Ordonnance du président du Tribunal administratif en date du 11 juillet 2012, portant le numéro 30.732 du rôle
- 3.16. Ordonnance du président du Tribunal administratif en date du 11 juillet 2012, portant le numéro 30.755 du rôle
- 3.17. Ordonnance du président du Tribunal administratif en date du 1^{er} août 2012, portant le numéro 30.855 du rôle
- 3.18. Ordonnance du président du Tribunal administratif en date du 9 août 2012, portant le numéro 30.935 du rôle