

## 1. Organisation juridictionnelle nationale

1.1. Quelle juridiction est chargée de l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics entrant dans le champ d'application des directives?

1.1.1. Est-ce une juridiction administrative ou civile ou spéciale ou une instance d'une autre nature ?

1.1.1. Selon la loi en vigueur 3886/2010 (publiée le 30.9.2010), la répartition des compétences entre les juridictions chargées de l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics entrant dans le champ d'application des directives est (depuis le 1.1.2011) la suivante: dans le cas où le marché public en question relève du droit public, lorsque la procédure entre au champ d'application de la directive 2004/18/EE, les procédures de recours relèvent en principe de la cour administrative d'appel composée en trois juges [s'agissant de la protection provisoire, selon l'art. 3 par.2 de la loi 3886/2010, c'est le président de la cour administrative d'appel ou un juge unique désigné par lui qui est compétent et, en cas d'importance majeure, c'est la cour d'appel composée de trois juges]. Par contre, pour les cas jugés comme plus importants, à savoir pour : a. les marchés publics entrant au champ d'application de la même directive 2004/18/EE et ayant un budget supérieur aux 15.000.000 euros, b. les procédures entrant au champ d'application de la directive 2004/17/EE (sans limite budgétaire), même si, dans ce cas là, les marchés publics n'entrent pas au champ du droit public, du fait que le pouvoir adjudicateur n'a pas la qualité de personne morale de droit public, et c. les concessions de travaux publics et de services, c'est le Conseil d'Etat qui demeure compétent. Il convient de noter ici qu'auparavant, conformément à la loi 2522/1997, qui a resté en vigueur jusqu'à son abolition par la loi 3886/2010, le Conseil d'Etat était compétent pour toutes les procédures de recours en matière de passation des marchés publics [et cela malgré le fait

que la charge qui en résultait était très importante<sup>1</sup>]. Il faut noter que cette répartition des compétences vaut tant pour la procédure provisoire que pour le recours pour excès de pouvoir et qu'il n'y a pas d'appel.

1.1.2. Y-a-t-il une répartition des rôles entre ces juridictions (contentieux de la décision motivée ? indemnisation ? déclaration d'absence d'effets ?)

1.1.2. La répartition des compétences présentée dans le paragraphe précédent se réfère au contentieux né par la prise d'une décision motivée (ou par un cas équivalant à la prise d'une décision, p.ex. le rejet tacite d'un recours administratif contre une décision), qui constitue en principe, au cas où elle émane d'une autorité administrative ou d'une personne morale de droit public, un acte administratif. La compétence de la juridiction est maintenue tant pour les procédures provisoires que pour le recours pour excès de pouvoir qui peut suivre. S'agissant du contentieux d'indemnisation, c'est le tribunal de première instance, administratif ou civil, selon le cas, qui est compétent. Concernant la déclaration d'absence d'effets, prévue dans l'article 8 de la loi 3886/2010, ce sont les juridictions indiquées par les dispositions générales, à savoir le Conseil d'Etat ou la cour administrative d'appel, qui demeurent compétentes

1.1.3. Quel est le rôle exact de la cour administrative suprême dans le contentieux des marchés publics (juge de plein contentieux, juge de cassation, juge de l'excès de pouvoir ?)

1.1.3. Dans le contentieux des marchés publics, le Conseil d'État (la cour administrative suprême) agit en tant que juge de l'excès de pouvoir. Il convient de rappeler qu'il n'est pas prévu de recours contre les décisions des cours administratives d'appel en la matière<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Par exemple, les arrêts rendus en référés par le Conseil d'Etat étaient au nombre de 50 pour l'année 2014, 83 pour le 2013, 133 pour le 2012, 269 pour le 2011, 541 pour le 2010, 716 pour le 2009, 697 pour le 2008, 625 pour le 2007, 587 pour le 2006.

<sup>2</sup> V. l'art.3 par.1 de la loi 3886/2010, ou un tel recours est expressément exclu, puisque les décisions des cours administratives d'appel sont prévues comme irrévocables.

1.1.4. Est-ce que la répartition entre les juridictions change par rapport aux procédures pour des actions qui sont introduites après la conclusion du marché?

1.1.4. Après la conclusion du marché, pour les marchés ayant un caractère de marché de droit public, ce sont les cours administratives d'appel qui sont compétentes en premier et dernier ressort<sup>3</sup>. Leurs décisions sont soumises au contrôle du Conseil d'État, en tant que juge de cassation, si les conditions d'admissibilité, actuellement très restrictives, sont remplies. Pour les marchés de droit privé, c'est la juridiction civile qui est compétente.

## 2. Durée des procédures juridictionnelles.

2.1. Existe-t-il des moyens ou procédures spécifiques pour vérifier que la procédure nationale appliquée soit efficace et rapide (par exemple : échéances spécifiques pour statuer sur les mesures provisoires, etc.) ?

2.1. Afin d'assurer que la procédure appliquée en matière de passation des marchés publics entrant au champ d'application des directives soit efficace et rapide, plusieurs garanties sont prévues tant par la loi que par la jurisprudence.

D'abord, en matière de protection provisoire, on peut noter les délais assez stricts prévus par la loi. Ainsi, la personne intéressée à saisir la juridiction compétente doit d'abord, dans un délai de dix jours, à compter de la connaissance complète du contenu et des motifs de l'acte ou de l'omission lui faisant grief, exercer un recours administratif contre cet acte devant le pouvoir adjudicateur. Dans ce recours, qui constitue une condition d'admissibilité du recours ultérieur devant le juge des référés, tous les moyens de droit et de fait doivent être invoqués<sup>4</sup>. Le recours formulé devant le juge des référés (dans un délai de dix jours à compter à partir du rejet du

---

<sup>3</sup> Puisque le pourvoi en cassation, qui est prévu, n'est pas considéré comme un degré de juridiction.  
<sup>4</sup> V. l'art.4 par.1 de la loi 3886/2010.

recours administratif) doit comprendre seulement les moyens invoqués au recours adressé au pouvoir adjudicateur, tout autre moyen étant inadmissible<sup>5</sup>. Par contre, s'agissant du recours pour excès de pouvoir, ni l'exercice du recours devant le pouvoir adjudicateur est obligatoire, ni les moyens invoqués pour la première fois devant le juge d'excès de pouvoir sont inadmissibles.

En outre, le recours auprès du pouvoir adjudicateur doit être communiqué par le requérant à toute personne lésée par son admission éventuelle. Toutefois, selon la loi 3886/2010 (art. 4 par.2), la non communication du recours sous-mentionné ne rend pas inadmissible le recours auprès du juge des référés au cas où ce recours a été rejeté par le pouvoir adjudicateur. Dans un arrêt récent (CE réf. 169/2015<sup>6</sup>, publié le 2.9.2015), le Conseil d'Etat a, pour la première fois, admis le recours et ordonné de mesures provisoires pour la raison de la non communication du recours exercé auprès du pouvoir adjudicateur à la personne lésée par l'admission du recours.

Du reste, afin d'assurer une procédure provisoire rapide, il est prévu dans la loi 3886/2010<sup>7</sup>, contrairement à la loi précédente<sup>8</sup>, qu'il est défendu de saisir le pouvoir adjudicateur contre un acte statuant sur un recours exercé par une autre personne intéressée. Dans ce cas, il convient d'exercer un recours directement auprès du juge des référés, dans la mesure où le pouvoir adjudicateur s'est déjà exprimé sur la question posée<sup>9</sup>. En cas de violation de cette prohibition, le recours exercé auprès du juge des référés contre l'acte rejetant le deuxième recours est inadmissible.

Afin, d'ailleurs, d'éviter un perpétuel « aller et venir » entre le pouvoir adjudicateur et le juge des référés ou d'excès de pouvoir, pour de raisons de motivation inadéquate de l'acte attaqué, la loi<sup>10</sup> prévoit que même si le pouvoir adjudicateur doit statuer sur le recours exercé devant lui dans un

---

<sup>5</sup> Art.5 par.1 de la loi 3886/2010.

<sup>6</sup> Les initiales "CE" vont désigner un arrêt du Conseil d'Etat hellénique et les initiales « CE réf. » vont désigner un arrêt de la même cour en tant que juge des référés. Tous les arrêts sont précisés par l'année de leur publication, p.ex. 1/2015, 2/2015, etc.

<sup>7</sup> Art.4 par.3.

<sup>8</sup> Loi 2522/1997.

<sup>9</sup> v. CE réf. 5/2014, 423/2011.

<sup>10</sup> Art. 4 par.4 de la loi 3886/2010.

délai de quinze jours, il peut toutefois, en cas de rejet, exposer les motifs du rejet, même après ce délai, pourvu que l'exposé des motifs parvienne à la cour saisie au moins six jours avant le jour d'audience.

Enfin, il convient de noter que le Conseil d'Etat a déduit le « principe d'actualité ». Ce principe est appliqué, concernant de vices de l'avis de marché, dans le contentieux des référés et de l'excès de pouvoir. Selon ce principe, l'avis de marché prévoit les conditions auxquelles les participants sont soumis. S'il n'a pas été attaqué en temps utile, à savoir par la voie d'un recours formé directement contre lui, l'avis de marché lie tant les participants que le pouvoir adjudicateur et ne peut plus être contesté<sup>11</sup>. En matière de procédure provisoire, pour de raisons évidentes d'accélération de la procédure, ce principe a un contenu plus étendu, en s'appliquant à tout acte édicté dans la procédure d'adjudication du marché. À ce titre, tout acte doit être attaqué directement et dans le délai prévu, sinon il ne peut plus être contesté dans la procédure de mesures provisoires, mais seulement à l'occasion d'un recours pour excès de pouvoir exercé contre l'acte final, qui conclut le marché.

Finalement, il faut mentionner la prévision de frais juridiques assez élevés pour décourager l'exercice de recours en référé non fondés.

2.2. Mesure-t-on le délai moyen de traitement des affaires en marchés publics ? Avez-vous des données spécifiques par type de procédure et par niveau juridictionnel (instance)? Si oui, lesquelles ?

Au cas où il n'aurait pas des statistiques disponibles sur la durée moyenne de ce type de procédures, serait-il possible d'avoir une moyenne pour les cas traités par la juridiction administrative suprême ?

2.2. Malheureusement, il n'existe pas des données spécifiques disponibles sur le délai moyen de traitement des affaires en marchés publics, par type de procédure et par niveau juridictionnel. Cependant, on

---

<sup>11</sup>

V. p.ex. CE 2782/2015.

peut noter qu'en ce qui concerne les procédures provisoires, la loi<sup>12</sup> prévoit que le jour d'audience doit être désigné dans les trente jours qui succèdent le jour du dépôt du recours (dont au moins quinze jours sont prévus pour la communication du recours à l'administration et aux tiers éventuellement lésés, qui est effectuée par le requérant). Le dispositif de l'arrêt, contenant le résultat (admission ou rejet du recours), est publié dans sept jours à compter du jour d'audience ou, au cas où un délai pour la soumission de mémoires a été donné, de la fin de ce délai<sup>13</sup>. L'arrêt (avec les motifs) est publié dans un délai maximum de vingt jours. Les délais précités sont respectés et souvent les arrêts en matière de mesures provisoires sont publiés avant leur expiration. Finalement, la partie ayant obtenu l'édition d'une mesure provisoire en sa faveur doit exercer un recours pour excès de pouvoir dans un délai de trente jours, sinon la mesure provisoire est automatiquement révoquée. L'audience en est prévue dans trois mois<sup>14</sup>.

2.3. Les parties au contentieux peuvent-elles demander une accélération du délai de jugement ? Si oui, dans toutes les instances ou seulement dans la cour administrative suprême? Si oui, dans quelle proportion des procédures utilise-t-on cette possibilité?

2.3. Les parties peuvent demander une accélération du délai de jugement dans toutes les instances. Cette possibilité, sans qu'elle soit rare, n'est pas très souvent utilisée.

### 3. Dialogue entre la Cour administrative suprême et la CJUE

3.1. Combien de questions préjudicielles à la CJUE a posé votre Cour administrative suprême à propos des marchés publics ?

3.1. Le Conseil d'Etat a posé 9 questions préjudicielles à la CJUE à propos des marchés publics, dont 4 ont été révoquées (v. CE 2181/2004, 3269/2004, 3497/2006, 3670/2006, 605,606/2008, et CE réf. 267-269/2005,

---

<sup>12</sup> Loi 3886/2010, art.5 par.3.

<sup>13</sup> V. art.5 par.6 de la loi 3886/2010, ajoutée par l'art.63 par.3 de la loi 4055/2012.

<sup>14</sup> Art.5 par.7 de la loi 3886/2010.

en mesures provisoires. Les questions posées par les arrêts CE 2181/2004 et CE réf. 267-269/2005 ont été révoquées). Les arrêts de la CJUE édictés sont les suivants : C-6/05 (Medipac), C-532/06 (Lianakis), C-213/07 (Michaniki) et C-145, 149/08 (Club Hotel Loutraki, Aktor).

3.2. Existe-t-il un service de documentation analysant systématiquement les arrêts de la CJUE et informant les membres de la Cour administrative suprême des réponses préjudicielles ?

3.2. Au sein du Conseil d'Etat, il existe un service de documentation informant les membres de la Cour sur les arrêts de la CJUE et les réponses préjudicielles, notamment par la publication d'un bulletin. En outre, au cas où un arrêt de la CJUE ayant une importance extraordinaire a été publié, il se peut que le service du Président du Conseil d'Etat ou le Président de Section correspondent en informent les membres intéressés.

3.3. La Cour administrative suprême cite-t-elle la jurisprudence de la CJUE dans ses décisions ou y fait-elle une référence matérielle ?

3.3. En règle générale, le Conseil d'Etat fait très souvent référence à la jurisprudence de la CJUE, en citant ses arrêts.

4. Mise en œuvre des procédures de recours visées aux directives 89/665/CEE et 92/13/CEE.

4.1. Est-ce que la Cour administrative suprême (ou une juridiction de rang inférieur) peut déclarer un marché public dépourvu d'effets et/ou prononcer des sanctions de substitution ou autres (d'après les directives 89/665/ECC ou 92/13/CEE) *ex officio* ou seulement à condition que cela lui soit demandé ?

4.1. Le Conseil d'Etat, et toute autre juridiction, n'intervient pas *ex officio*, mais seulement dans la mesure où cela lui soit demandé. Cependant, une fois saisie, la cour compétente peut prononcer, *ex officio*,

de sanctions pécuniaires au pouvoir adjudicateur ou abrégé la durée du marché<sup>15</sup>.

4.2. Qui peut demander une déclaration d'absence d'effets ? La jurisprudence de l'arrêt CJUE du 18 juillet 2007, Commission c/RFA, C-503/04, a-t-elle été intégrée dans le droit national ?

4.2. Selon l'art.8 par.1 de la loi 3886/2010, toute personne concernée [/ intéressée] peut demander une déclaration d'absence d'effets d'un marché conclu. Cette procédure est prévue dans les cas précisés par la directive, y compris au cas où le pouvoir adjudicateur a passé un marché sans avoir préalablement publié un avis au JO de l'Union européenne, sans que cela soit autorisé en vertu des dispositions de la directive 2004/18/CE. Ainsi, la jurisprudence de l'arrêt CJUE du 18 juillet 2007, Commission c/ RFA, C-503/04 a été intégrée dans le droit national<sup>16</sup>.

4.3. Dans quelle proportion d'affaires est-il fait application du mécanisme de la balance des intérêts pour ne pas ordonner de mesures provisoires ou de suspension ?

4.3. Le mécanisme de la balance des intérêts pour ne pas ordonner de mesures provisoires ou de suspension est rarement appliqué. En effet, en 2014, on peut relever un seul arrêt<sup>17</sup>, qui concernait un cas de concession de service public de cabotage selon le règlement 3277/92 du Conseil<sup>18</sup> (L364) pour la liaison des îles de la mer-Égée, dans lequel ce mécanisme a été appliqué, et six arrêts (en référé), où une telle demande, formulée par le pouvoir adjudicateur ou un autre participant, a été rejetée expressément. En 2013, on n'en trouve aucun, sur quinze demandes pareilles.

---

<sup>15</sup> Conformément à l'art.8 par.5 de la loi 3886/2010.

<sup>16</sup> Pour un exposé des cas imposant la déclaration d'un marché public en application de la loi 3886/2010 et de la directive 2007/66/EK v. CE réf. 155/2012, 305/2012 et CE 3404/2012. V. aussi une référence expresse à l'arrêt C-503/04 (et l'arrêt C-20/01 et C-28/01) de la CJUE dans l'arrêt CE 3519/2010.

<sup>17</sup> CE réf. 425/2014.

<sup>18</sup> Règlement (CEE) no 3577/92 du Conseil, du 7 décembre 1992, concernant l'application du principe de la libre circulation des services aux transports maritimes à l'intérieur des Etats membres (cabotage maritime).



4.4. La jurisprudence nationale soumet-elle la balance des intérêts à des conditions particulières ?

4.4. Selon la jurisprudence, la demande de mesures provisoires n'est pas rejetée en application du mécanisme de la balance des intérêts si le retard éventuel n'est pas le résultat immédiat de l'admission de la demande, mais constituerait la conséquence d'actions futures, ou encore, si le pouvoir adjudicateur peut agir pour faire face aux résultats de l'ordonnance de mesures provisoires, p.ex. en édictant un acte nouveau dûment motivé<sup>19</sup>. En tout cas, la demande n'est pas rejetée du fait du danger de perte des fonds européens, ni du danger même d'une condamnation du pays par la CJUE<sup>20</sup>.

4.5. Les directives 89/665/CEE et 92/13/CEE disposent que lorsqu'une instance de premier ressort, indépendante du pouvoir adjudicateur, est saisie d'un recours portant sur la décision d'attribution du marché, les États membres s'assurent que le pouvoir adjudicateur ne puisse conclure le marché avant que l'instance de recours statue soit sur la demande de mesures provisoires soit sur le recours.

Est-il possible de faire lever cette suspension automatique par votre juridiction? Si oui, sous quelles conditions?

4.5. En effet, selon l'art.5 par.4 de la loi 3886/2010, il est possible de faire lever la suspension automatique de la conclusion du marché par une ordonnance du Président de Section compétent (ou du Président du Conseil d'Etat, s'il y a lieu). Comme raisons justifiant la levée de suspension sont citées l'inadmissibilité flagrante ou le non-fondé flagrant du recours.

5. Division de critères d'attribution en sous-critères d'attribution, pondération des sous-critères d'attribution, éléments d'appréciation et méthode de notation des offres (références de jurisprudence: CJUE, C331/04 ATI EAC and Others ; CJUE, 24 janvier 2008, Lianakis, C-532/06)

---

<sup>19</sup> cf. CE réf. 220-226/2013.

<sup>20</sup> CE réf. 245/2011.

5.1. Comment votre juridiction applique-t-elle cette jurisprudence dans sa pratique quotidienne?

5.1. De manière générale, selon une jurisprudence constante du Conseil d'État, les critères d'attribution, les sous-critères d'attribution, les éléments d'appréciation, la méthode de notation des offres et tout autre élément relatif à la procédure d'adjudication doivent être mentionnés dans l'avis de marché. Le pouvoir adjudicateur ne peut pas fixer ultérieurement des coefficients de pondération, des sous-critères, etc. Il doit appliquer l'avis de marché même au cas où ses dispositions sont contraires à la législation, sauf si un recours direct contre l'avis a été exercé et que l'avis a été annulé.

5.2. La jurisprudence ou la législation admettent-elles l'utilisation de sous-critères non annoncés explicitement et à quelles conditions? La jurisprudence ou la législation définissent-elles les sous-critères? La jurisprudence ou la législation font-elles une distinction entre sous-critères et éléments d'appréciation?

5.2. Comme il a été mentionné au paragraphe précédent, la jurisprudence de manière claire et constante n'admet pas l'utilisation de sous-critères non annoncés explicitement dans l'avis de marché. La notion des sous-critères est retenue par la jurisprudence si elle est reconnue par la législation en cause ou par l'avis de marché. A savoir, la jurisprudence fait sur ce sujet une application stricte, en premier lieu, de l'avis de marché et, en deuxième lieu, de la législation, sans interprétation constructive, et ceci afin d'assurer l'égalité du traitement des soumissionnaires et la transparence et la sécurité juridique. La jurisprudence et la législation font usage des termes «sous-critères d'attribution » et « éléments d'appréciation », si un tel usage est effectué par l'avis du marché ou par la législation (ce qui arrive assez souvent pour les « sous-critères d'attribution »). Par ailleurs, une distinction est faite entre les « critères de sélection qualitative » et les « critères d'attribution » (v. C-532/06, Lianakis), afin notamment de préciser

qu'il est interdit de faire usage des critères de sélection qualitative pour l'attribution du marché<sup>21</sup>. En effet, la jurisprudence fait, de manière générale, une application précise de la jurisprudence de la CJUE en la matière, en citant plusieurs arrêts (cf. question 3.3) y compris les arrêts ATI EAC et Lianakis, mais aussi les arrêts du 20.9.1988, C-31/87, Beentjes, du 19.6.2003, C-315/2001, Gesellschaft für Abfallentsorgungs-Technik GmbH (GAT), du 12.12.2002, C-470/99 Universale-Bau, du 7.12.2000, C-324/98 Teleaustria Verlags GmbH και Telefonadress, etc.

5.3. Quelle conséquence tire la jurisprudence de l'utilisation de sous-critères non explicitement annoncés? Même question pour les éléments d'appréciation?

5.3. Si de sous-critères non annoncés explicitement dans l'avis de marché sont utilisés pour l'attribution du marché, l'acte et même, s'il y a lieu, la procédure dans son ensemble, est annulée<sup>22</sup>. Il en va de même pour toute violation de l'avis de marché, y compris a prise en compte de critères, éléments etc. non-prévus dans l'avis de marché.

5.4. La jurisprudence ou la législation nationale imposent-elles la communication préalable de la méthode d'évaluation des offres?

5.4. La jurisprudence (et la législation) impose également la communication préalable de la méthode d'évaluation des offres. En effet, cette méthode doit être mentionnée dans l'avis de marché, sous risque d'annulation de la procédure d'adjudication.

6. Coopération interne horizontale [arrêts de la CJUE C-15/13, Technische Universität Hamburg-Harburg; C-386/11, Piepenbrock Dienstleistungen; C-159/11, Azienda Sanitaria Locale di Lecce et C-480/06, Commission c. Allemagne (grande chambre)].

---

<sup>21</sup> V. CE 1794/2008, CE réf. 98, 112/2011, etc.

<sup>22</sup> V. CE 798/2009, 1794, 4024/2008, 311/2006, etc.

6.1. Votre Cour administrative suprême est-elle confrontée à des difficultés liées aux marchés passés dans des procédures de coopération ?

6.2. Comment se déroule, concrètement, l'examen de la condition de contrôle analogue ?

6.1. + 6.2. Il n'y a pas de jurisprudence spécifique du Conseil d'Etat en la matière.

7. La confidentialité des offres à l'occasion du contrôle juridictionnel (références de jurisprudence: CJUE, 14 février 2008, Varec, C-450/06)

7.1. La confidentialité de pièces est-elle fréquemment invoquée dans le contentieux des marchés publics que vous traitez?

7.1 La confidentialité de pièces est rarement invoquée dans le contentieux des marchés publics. Dans ce contentieux, on pourrait noter les arrêts CE 2547/2014 et CE réf. 282, 405/2013, qui ont appliqué directement l'art.6 de la directive 2004/18/EE.

7.2. Comment la législation nationale ou la jurisprudence concilient-elles la confidentialité et la motivation des décisions des pouvoirs adjudicateurs et des juridictions?

7.2. Si des pièces sont considérées comme confidentielles, selon la législation qui a transposé le droit de l'Union européenne, le pouvoir adjudicateur ne doit pas les révéler. Or, les soumissionnaires ne sont pas exonérés de l'obligation d'inclure toutes les pièces nécessaires, même confidentielles, dans leur dossier<sup>23</sup>, puisque le pouvoir adjudicateur est obligé de ne pas révéler les pièces confidentielles. Toutefois, selon une jurisprudence générale, l'obligation de l'administration de ne pas révéler des pièces confidentielles ne vaut pas devant le juge qui va contrôler la légalité de l'acte attaqué. Le juge, en examinant le bien fondé du recours, pourrait,

---

<sup>23</sup> CE 2547/2014 et CE réf. 282, 405/2013.

s'il y a lieu, s'autolimiter dans la rédaction de l'arrêt, pour ne pas révéler le contenu des pièces confidentielles.

7.3. La question de l'accès à des pièces confidentielles durant la phase juridictionnelle est-elle réglée par la loi dans votre pays? S'agit-il de règles générales ou de règles spéciales pour les marchés publics?

7.3. Il existe certaines règles générales, pas détaillées, concernant l'accès à des pièces confidentielles (v. le Code de la procédure administrative), ainsi que la législation spéciale, qui a transposé le droit de l'Union européenne en matière de marchés publics. Il convient de rappeler que, selon la jurisprudence, le juge doit avoir accès aux pièces confidentielles et aux motifs de l'acte attaqué.

7.4. Est-ce le juge national qui statue sur la confidentialité des pièces? Doit-il consulter une instance particulière en la matière? Quels critères utilise la jurisprudence pour permettre ou refuser l'accès à des pièces annoncées comme confidentielles? Y a-t-il une différence selon que la procédure de contentieux est une procédure d'urgence ou non?

7.4. En effet, c'est le juge national qui statue sur la confidentialité des pièces. Il ne doit pas consulter d'instance particulière en la matière. Il n'y a pas beaucoup de jurisprudence en la matière, mais on dirait que le critère principal pour permettre ou refuser l'accès à des pièces annoncées comme confidentielles serait le principe de proportionnalité et la mise en balance des intérêts en cause. On peut observer que la jurisprudence semble être plutôt restrictive dans la reconnaissance du besoin de confidentialité des pièces du dossier, le principe étant la communication et la transparence de la procédure. Ce qui aide à cette approche c'est le fait que les soumissionnaires en principe invoquent la confidentialité des pièces de manière générale et pas précise. En ce moment, il ne paraît pas y exister de différence selon que la procédure de contentieux soit une procédure d'urgence ou non.

7.5. Lorsque des pièces sont considérées comme confidentielles, comment le droit à un procès équitable est-il organisé ?

Il n'y a pas de jurisprudence du Conseil d'Etat en matière de marchés publics, puisque la jurisprudence existant se limite à examiner si la prévision dans l'avis de marché de l'obligation pour les soumissionnaires de fournir certaines pièces qu'ils estiment comme étant confidentielles est conforme à la loi<sup>24</sup> ou si l'omission des soumissionnaires de fournir de telles pièces est justifiée (en répondant, en principe, de manière négative à toutes les deux questions ; et ceci, au motif que, en tout cas, le pouvoir adjudicateur est obligé de ne pas révéler les pièces confidentielles). Toutefois, on pourrait mentionner une jurisprudence générale, développée dans d'autres domaines, concernant, par exemple, des pièces confidentielles émanant du conseil des Ministres, selon laquelle<sup>25</sup>, en principe leur communication n'est pas permise. Leur communication peut être permise après une mise en balance, à savoir une pondération des intérêts en cause. La qualification des pièces comme confidentielles peut justifier leur non communication de la part de l'Administration aux parties intéressées, mais pas au juge, puisque la non communication au juge serait contraire au droit de la protection juridictionnelle consacré par la Constitution. Cela afin que le juge puisse contrôler la légalité de l'acte attaqué. Les pièces confidentielles donc ne sont pas, dans ce cas là, communiquées aux parties intéressées ni par l'administration ni par la cour, durant la phase juridictionnelle, et leur contenu, s'il y a lieu, n'est pas mentionné dans l'acte ni dans l'arrêt, mais il est soumis au contrôle juridictionnel, sous peine d'annulation de l'acte pour absence de motifs<sup>26</sup>.

---

<sup>24</sup> CE réf. 335, 352. 407/2007.

<sup>25</sup> CE 1116/2009, 3677/2007.

<sup>26</sup> CE 1116/2009, 3677/2007, 4600/2005, etc.