

Fiche n° 2
LE CONTENTIEUX DES CONTRATS PUBLICS (1/2)
LES RECOURS D'URGENCE (avant et après la signature du contrat)

BIBLIOGRAPHIE

CASSIA (P.), « Coup d'arrêt au référé précontractuel », *AJDA* 2008, pp. 2374-2378.
Dossier « Contentieux des contrats publics », *AJDA* 2011, pp. 308-329.
BOULOUIS (N.), « Fasc. 55 : référés en matière de contrats publics », *Juris-Classeur Justice administrative*, 8 février 2012.
BRACONNIER (S.), « Elargissement des moyens invocables en référé précontractuel », *RDI* 2015, p. 581.
LLORENS (F.), « Les conséquences de la nullité des marchés publics et des délégations de service public », *CJEG* 2002, p. 571.
MARTIN (J.), « L'élaboration du régime du référé précontractuel par le juge administratif », *D.* 2005, p. 2732.
POUYAUD (D.), *La nullité des contrats administratifs*, Paris, LGDJ, 1991, 598 p.
SYMCHOWICZ (N.), PROOT (P.), « Développements jurisprudentiels récents autour de la nullité des contrats publics », *BJDCP* 2008, p. 150.

RÉFÉRENCES ET DOCUMENTS

Référence 1 : Conclusions du rapporteur public sur CE 3 octobre 2008 Syndicat Mixte Intercommunal de Réalisation et de Gestion pour l'Élimination des Ordures Ménagères du Secteur Est de la Sarthe, req. n°305420.
Référence 2 : CE, 3 octobre 2008, Syndicat Mixte Intercommunal de Réalisation et de Gestion pour l'Élimination des Ordures Ménagères du Secteur Est de la Sarthe, req. n°305420.
Référence 3 : Conclusions du rapporteur public sur CE, 25 octobre 2013, Commune de la Seyne-sur-Mer req. n°370393.
Référence 4 : CE, 25 octobre 2013, Commune de la Seyne-sur-Mer req. n°370393.
Référence 5 : CE, 4 avril 2016, Communauté d'agglomération du centre de la Martinique, req. n°396191.

DÉCISIONS DU CORPUS

CE, 4 août 1905, Martin,
CE, 21 décembre 1906, Syndicat des propriétaires du quartier de Croix de Seguey-Tivoli,
CE, 1^{er} octobre 1993, Société Le Yacht-Club international de Bormes-Les-Mimosas,
CE Sect., 7 octobre 1994, Epoux Lopez,
CE Ass., 10 juin 1994, Commune de Cabourg,
CE Sect., 3 novembre 1995, CCI de Tarbes et des Hautes-Pyrénées,
CE Ass., 10 juillet 1996, Cayzeele,
CE Sect., 30 octobre 1998, Ville de Lisieux,
CE Sect., 26 mars 1999, Sté Hertz France,
CE Sect., 20 octobre 2000, Société Citécâble-est,
CE, 10 décembre 2003, Institut de recherche pour le développement,
CE, 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation,
CE Sect., 28 décembre 2009, Commune de Béziers,
CE, 21 février 2011, Société Ophrys, communauté agglomération Clermont-Ferrand,
CE Ass., 4 avril 2014, Département de Tarn-et-Garonne

EXERCICES SUGGÉRÉS :

Épreuve théorique : dissertation

- Référés et intérêt à agir du tiers

Épreuve pratique : Commentaire

- CE, 4 avril 2016, Communauté d'agglomération du centre de la Martinique, req. n°396191.

Référence 1 : Conclusions du rapporteur public sur CE, 3 octobre 2008, Syndicat Mixte Intercommunal de Réalisation et de Gestion pour l'Élimination des Ordures Ménagères du Secteur Est de la Sarthe, req. n° 305420

Le Syndicat Mixte Intercommunal de Réalisation et de Gestion pour l'Élimination des Ordures Ménagères du Secteur Est de la Sarthe (SMIRGEOMES) a lancé, en janvier 2007, une procédure d'appel d'offres ouvert pour l'attribution d'un marché de services ayant pour objet la prise en charge, le transport, le tri et la valorisation des métaux collectés au sein des déchetteries. Il a donc, à cette fin, fait publier au Bulletin Officiel des Annonces des Marchés Publics (BOAMP) et au Journal Officiel de l'Union Européenne (JOUE) un avis d'appel public à la concurrence. Le syndicat n'a pas eu à faire preuve d'imagination pour déterminer les mentions requises. Pour les marchés supérieurs aux seuils communautaires, l'arrêté du 28 août 2006 impose d'utiliser les modèles annexés au règlement n° 1564/2005 de la Commission du 7 septembre 2005. Notre syndicat intercommunal s'est donc trouvé confronté à l'exercice auquel tout pouvoir adjudicateur d'une certaine importance est désormais accoutumé : remplir les quelques dizaines de rubriques prévues par le modèle type.

Au nombre de celles-ci, figure une rubrique II.1.7, « *marché couvert par l'accord sur les marchés publics : oui/non* ». Peut-être, intrigué par cette mention, a-t-il recherché en quoi consistait cet accord sur les marchés publics. Il a alors découvert qu'il s'agissait d'un accord conclu en 1994 sous l'égide de l'Organisation mondiale du commerce, dans le cadre de l'Uruguay Round. Cet accord a pour objet de permettre aux fournisseurs de biens et services des pays signataires d'avoir accès, dans les mêmes conditions que les fournisseurs de biens et services nationaux, aux marchés publics passés par les pouvoirs adjudicateurs des Etats signataires. Dépourvu d'effet direct, il a été intégré dans l'ordre juridique communautaire par une décision du Conseil du 22 décembre 1994 ; ses stipulations ont été prises en compte par le droit communautaire, via deux directives des 13 octobre 1997 et 16 février 1998. On peut supposer que, soucieux de bien faire, le syndicat intercommunal a consulté le texte de l'accord pour tenter de déterminer si, oui ou non, le marché qu'il envisageait de conclure entrait dans son champ d'application. Il résulte de l'annexe 4 de l'appendice I de l'AMP que celui-ci inclut les services de voirie et d'enlèvement des ordures, services d'assainissement et services analogues. C'est donc, probablement, en toute quiétude, que le syndicat a coché la case « *oui* ».

Mal lui en a pris. Saisi par une entreprise dont l'offre n'avait pas été retenue – la société Passenaud Recyclage – le juge des référés du tribunal administratif de Nantes a, lui, estimé que le marché en cause n'était pas assimilable à une prestation d'enlèvement d'ordures au sens de l'annexe 4, et n'était donc pas couvert par l'AMP. Parfaitement au fait de votre jurisprudence, il s'est certainement souvenu de votre décision Communauté d'agglomération de Lens-Liévin du 14 mai 2003 (n° 251336), par laquelle vous avez jugé que « *la circonstance que l'accord international sur les marchés publics n'a pas d'effet direct (...) n'est pas de nature à priver de caractère impératif (...) la rubrique relative à cet accord* » et qu'ainsi l'absence de tout élément sur ce point devait entraîner l'annulation de la procédure de passation du marché. Il s'est également imprégné de votre décision Communauté d'agglomération de Limoges Métropole du 10 mars 2004, par laquelle vous avez jugé que devait aussi entraîner l'annulation de la procédure le fait d'avoir indiqué, à tort, que le marché n'était pas couvert par l'accord, alors qu'il l'était. Enfin, et s'il en était besoin, il a dû puiser un surcroît de conviction dans la relecture de votre décision du 10 mai 2006, Syndicat intercommunal des services de l'agglomération valentinoise (p. 242), par laquelle vous avez annulé une procédure de passation de marché au motif que figurait

au JOUE, mais non au BOAMP, la mention selon laquelle le marché était couvert par l'accord.

Et c'est ainsi que, par une ordonnance en date du 24 avril 2007, le juge des référés du tribunal administratif de Nantes a annulé la procédure de passation du marché engagée par le Syndicat Mixte Intercommunal de Réalisation et de Gestion pour l'Élimination des Ordures Ménagères du secteur Est de la Sarthe, qui se pourvoit en cassation devant vous.

Pour comprendre le cheminement qui a conduit jusque-là, un bref retour en arrière s'impose. Introduit en droit français par la loi du 4 janvier 1992, le référé précontractuel constitue alors un objet juridique difficilement identifiable, ne se rattachant à aucune des catégories habituelles de la procédure contentieuse administrative. Cette singularité s'est un peu estompée au fil des années, le juge administratif se voyant doté, grâce à des réformes législatives successives et aux inflexions de votre jurisprudence, de nouveaux pouvoirs qui relativisent la singularité du dispositif. Le référé précontractuel rencontre, en outre, un succès croissant : connu des opérateurs économiques, maîtrisé, voire instrumentalisé par ceux-ci, il est devenu l'un des éléments, et non le moindre, du paysage procédural. Cette banalisation apparente est cependant trompeuse : l'instrument demeure, nous le verrons, irréductiblement original...

Si un souci de transparence et de moralisation de la vie publique a imprégné de multiples législations au début des années 1990, le référé précontractuel est issu, au premier chef, de la nécessité de transposer la directive 89/655 CEE du 21 décembre 1989 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux, communément appelée directive « recours ». A l'époque où cette directive a été adoptée, le droit communautaire encadrait déjà, de longue date, un vaste pan des marchés publics¹. Mais les institutions européennes devaient constater qu'imposer des règles non-discriminatoires en matière contractuelle n'en garantissait pas le respect effectif ; d'où la volonté de prévoir, en cas de violation des règles communautaires, des recours efficaces et rapides, c'est à dire des recours permettant d'obtenir, au cours des procédures de passation des marchés publics, et avant que ceux-ci ne soient signés, la suspension ou l'annulation de décisions illégales. Tel est l'objet de la directive « recours ». Il faut observer que cette directive laisse une réelle marge d'appréciation et de choix aux Etats membres quant aux moyens à mettre en oeuvre. En particulier, elle n'impose pas le recours à une procédure juridictionnelle.

Le législateur national a, dans un premier temps, entendu se limiter à une stricte transposition de la directive, tout en choisissant de « juridictionnaliser » la procédure, tant devant le juge administratif que devant le juge judiciaire. Rappelons que la notion de marché public, au sens des directives communautaires, déborde largement les seuls marchés couverts par notre code des marchés publics². La transposition de ces directives a donc conduit à modifier le code, mais aussi à adopter des dispositions spécifiques pour les pouvoirs adjudicateurs non soumis à celui-ci : les articles 9, 10 et 11 de la loi du 3 janvier 1991 relative à la transparence et à la régularité des procédures de marchés et soumettant la passation de certains contrats à des règles de publicité et de mise en concurrence. Les contrats mentionnés à ces articles peuvent être soit des contrats de droit privé, soit des contrats administratifs, par application des critères traditionnels de répartition des compétences. La transposition de la directive « recours » a par conséquent donné lieu à la création d'un référé précontractuel devant le juge administratif, pour les contrats régis par le code des marchés publics ainsi que pour ceux des contrats visés par les articles 9, 10 et 11 de la loi du 3 janvier 1991 relevant du droit public, mais aussi devant le juge judiciaire, pour les autres contrats. S'agissant des premiers, les dispositions en cause ont été codifiées à l'article L. 22 de ce qui était alors le code des tribunaux administratifs.

Le dispositif a ensuite vu son champ d'application considérablement étendu, par la loi du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique, dite loi « Sapin ». L'extension a porté, d'une part, sur l'ensemble des marchés publics au sens du droit national, et plus seulement sur les marchés d'un montant supérieur aux seuils communautaires, et, d'autre part, sur les délégations de service public, non couvertes par les directives « marchés ». Puis un nouveau référé précontractuel a été institué pour les secteurs dits « exclus » (secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications), par une loi du 29 décembre 1993 transposant la directive 92/13 CEE du 25 février 1992. D'autres modifications sont intervenues ultérieurement. Citons notamment la suppression, en 2000, de l'obligation d'un recours administratif préalable obligatoire avant la saisine du juge administratif ou l'extension aux contrats de partenariat par l'ordonnance du 17 juin 2004.

En l'état actuel du droit, l'article L. 551-1 du code de justice administrative, qui a pris le relais de l'article L. 22, s'applique donc, pour simplifier, aux marchés publics stricto sensu, aux contrats administratifs conclus par les pouvoirs adjudicateurs soumis à l'ordonnance du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics, aux contrats de partenariat et aux délégations de service public. L'article L. 551-2, qui a pris le relais de l'article L. 23, s'applique, lui, aux contrats administratifs non soumis au code des marchés publics et intervenant dans les secteurs précédemment qualifiés de secteurs exclus, étant précisé que, pour ces secteurs, est utilisé le terme d'« entité adjudicatrice » et non de « pouvoir adjudicateur ». Quant aux contrats de droit privé conclus par les pouvoirs adjudicateurs et les 2 entités adjudicatrices, ils relèvent de la procédure de référé devant le juge judiciaire prévue par l'ordonnance du 6 juin 2005. Pour ajouter une petite touche de complexité supplémentaire au tableau, les pouvoirs du juge des référés ne sont pas identiques dans le cadre des articles L. 551-1 et L. 551-2 : ils sont bien plus substantiels dans le premier cas.

Ces pouvoirs ont une limite abrupte dans le temps : ils prennent fin dès le moment où le contrat a été signé. Si le contrat a été signé avant même que le juge ait été saisi, la requête est irrecevable (CE, Section, 3 novembre 1995, Chambre de commerce et d'industrie de Tarbes et des Hautes-Pyrénées, p. 394) ; s'il l'a été postérieurement à la saisine du juge et avant que celui-ci n'ait statué, il y a non-lieu ; enfin, il y a non-lieu en cassation si le contrat est signé postérieurement au pourvoi (CE, Section, 3 novembre 1995, Sté Stentofon Communications, p. 393). On comprend que la tentation puisse être grande, pour le pouvoir adjudicateur, de hâter la procédure. Aussi le législateur, s'étant avisé de ce risque, a-t-il donné au juge la possibilité, dès sa saisine, d'enjoindre de différer la signature jusqu'au terme de la procédure et pour une durée maximum de vingt jours (cf. l'article 14 de la loi du 30 juin 2000).

Mais, dès lors qu'il est bien compétent pour statuer, le juge du référé précontractuel dispose de pouvoirs totalement étrangers à l'office normal du juge des référés, voire à l'office normal du juge du fond. Il peut, certes, prendre des mesures provisoires, telles la suspension de la passation du contrat ou de l'exécution de toute décision s'y rapportant. Mais il peut également enjoindre à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations. Il peut, à ce titre, contraindre la collectivité à retirer un critère illégal du règlement de la consultation (CE, 25 juillet 2001, Commune de Gravelines, p. 3914). Il dispose, en outre, du pouvoir d'annuler des décisions administratives, voire, hypothèse très fréquente, la procédure de passation dans son ensemble (cf. par exemple CE, 15 juin 2007, Ministre de la défense, à mentionner aux Tables). Enfin, le juge du référé précontractuel dispose de ce qui s'apparente à un pouvoir de réformation, puisqu'il peut supprimer des clauses ou des prescriptions destinées à figurer dans le contrat. Comme le relevaient C. Bergeal et F. Lenica dans leur ouvrage consacré au contentieux des marchés publics, « alors que l'ordon-

nance de référé classique est un jugement provisoire sur un acte définitif, l'ordonnance de référé précontractuel est un jugement définitif sur un acte préparatoire ».

Vous avez, en outre, permis au juge des référés de piocher librement dans la boîte à outils que constitue l'article L. 551-1, sans s'arrêter à ce qui lui est demandé par le requérant : « dès lors qu'il est régulièrement saisi, il dispose (...) de l'intégralité des pouvoirs qui lui sont ainsi conférés pour mettre fin, s'il en constate l'existence, aux manquements de l'administration à ses obligations de publicité et de mise en concurrence » (CE, 20 octobre 2006, Commune d'Andeville, p. 434). Ne commet donc pas d'erreur de droit le juge qui prononce l'annulation de la procédure, alors que seule sa suspension était demandée. Dans la même logique, vous avez jugé que le juge des référés peut être conduit à annuler toute la procédure de passation d'un contrat, alors même qu'une partie de celle-ci n'est pas contestée devant lui (CE, 15 décembre 2006, Sté Corsica Ferries, p. 566)7.

Ces pouvoirs conséquents, le juge les exerce en la forme des référés, c'est à dire en statuant seul, sans audition du Commissaire du Gouvernement ; il statue, de surcroît, en premier et dernier ressort, sous le seul contrôle du juge de cassation. Le juge des référés précontractuels, dans la sphère qui est la sienne, dispose donc d'un instrument juridique d'une redoutable efficacité, renforcée, de surcroît, par les choix de politique jurisprudentielle qui ont été les vôtres. A cet égard, deux éléments doivent être particulièrement mis en relief.

En premier lieu, vous avez retenu une conception particulièrement extensive de l'intérêt à agir. Comme le relevait Christophe Chanterpy dans ses conclusions sur votre décision de Section du 3 novembre 1995, District de l'agglomération nancéienne, le texte « *semble donner de l'intérêt à agir une définition plus restrictive que celle qui vaut en excès de pouvoir, et inciter en particulier le juge à en apprécier la réalité au vu des moyens invoqués.* » De même, les commentateurs autorisés de cette décision indiquaient, dans leur chronique de jurisprudence à l'AJDA, que l'article L. 22, dès lors qu'il dispose que les personnes habilités à agir sont celles qui sont susceptibles d'être lésées par le manquement, « *incite le juge, contrairement aux règles générales relatives à la recevabilité des requêtes, à tenir compte des moyens invoqués pour apprécier l'intérêt à agir* »8. C'est pourtant à une interprétation inverse que vous avez accordé votre préférence, en jugeant que tout candidat potentiel à l'attribution d'un marché public est recevable à invoquer n'importe quel manquement, sans qu'il doive justifier que ce manquement lui a, en fait, causé le moindre préjudice : pour reprendre les termes de votre décision Société Stereum du 16 octobre 2000 (aux Tables p. 1091), « *une entreprise candidate à l'obtention d'un marché (est) susceptible d'être lésée par tout manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence* ».

Pour le dire autrement, « *une entreprise candidate à l'obtention d'un marché peut invoquer devant le juge du référé précontractuel tout manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence, même s'il n'a pas été commis à son détriment* » (CE, 19 octobre 2001, Société Alsthom Transport SA, aux Tables p. 1038 sur un autre point). Dans la ligne de cette jurisprudence, vous avez même jugé qu'une entreprise dont la candidature avait été écartée en raison de l'insuffisance de ses références était recevable à invoquer des manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence relatifs à la phase de sélection des offres, alors que de tels manquements non seulement n'avaient pas été commis à son détriment, mais avaient été, par construction, insusceptibles de lui causer le moindre préjudice (cf. CE, 20 octobre 2006, Syndicat des eaux de Charente-Maritime, aux Tables p. 1077). Vous appliquez donc au référé précontractuel, sans états d'âme, le principe selon lequel l'intérêt à agir s'apprécie au regard des conclusions, et non des moyens, alors même qu'une telle lecture du texte revient à neutraliser l'une des conditions qu'il im-

pose. La seule limite posée par votre jurisprudence est qu'elle exclut la possibilité de se prévaloir d'irrégularités qui sont sans lien avec les obligations de publicité et de mise en concurrence. Ainsi, le requérant ne saurait utilement soutenir que l'un des candidats ne respecte pas son objet social ou s'agissant d'un établissement public, le principe de spécialité (CE, 16 octobre 2000, Compagnie méditerranéenne d'exploitation des services d'eau, p. 422). Ajoutons, enfin, que toute entreprise intervenant dans le secteur concerné est réputée avoir intérêt à conclure le contrat au sens de l'article L. 551-1, et donc à saisir le juge (cf. par exemple CE, 8 août 2008, Région de Bourgogne, à mentionner aux Tables). Tout manquement peut donc être invoqué par tout requérant ; en outre, et c'est là le second élément décisif, tout manquement peut conduire le juge des référés précontractuels à user des pouvoirs qui sont les siens. Sur ce point, il convient, malgré tout, d'opérer une distinction entre les manquements aux obligations de mise en concurrence et les manquements aux obligations de publicité. Les manquements aux obligations de mise en concurrence qui ne revêtent pas la forme d'une omission ou d'une erreur affectant la publicité de la procédure de passation du contrat sont de nature très variée : ambiguïtés ou contradictions dans les documents de la consultation¹¹, absence de pertinence des critères de choix des offres¹², fixation d'exigences injustifiées de nature à réduire indûment la concurrence¹³, irrégularité des motifs retenus par la collectivité au stade de la sélection des candidats¹⁴... La caractérisation de tels manquements implique généralement une appréciation in concreto du juge. Ceci peut le conduire à estimer que l'irrégularité n'est pas constituée, ou bien que, à la supposer avérée, elle a été sans incidence sur le bon déroulement de la procédure. Vous avez ainsi jugé que la participation à la commission d'appel d'offres d'un ancien salarié d'une des sociétés candidates, salarié licencié par celle-ci quelques années plus tôt, n'avait pas constitué, en l'espèce, un manquement aux obligations de mise en concurrence, en l'absence notamment de toute allégation précise permettant de mettre en doute son impartialité (CE, 27 juillet 2001, Société Degrémont, p. 413 ; cf., dans le même sens, votre décision du 25 juillet 2001, Syndicat des eaux de l'Iffenet, aux Tables). Dans ses conclusions sur cette dernière affaire, notre prédécesseur, D. Piveteau, vous invitait d'ailleurs expressément à ne censurer que les vices de procédure ayant concrètement porté atteinte à la libre concurrence. C'est une voie dans laquelle vous vous êtes engagés, mais non sans une certaine prudence.

La situation se présente différemment en ce qui concerne les mentions qui doivent figurer, en vertu de textes communautaires ou nationaux, dans les avis d'appel public à la concurrence, s'agissant des marchés publics. En l'état actuel de votre jurisprudence, les omissions ou les erreurs qui affectent ces mentions sont réputées entraîner un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence ; la sanction est alors quasi mécanique : l'annulation pure et simple de la procédure.

Les contre-exemples sont peu nombreux. Vous avez ainsi admis qu'il puisse être dérogé au principe selon lequel l'avis de publicité au JOAMP doit être identique à celui publié au BOAMP lorsque ne peuvent être relevées que des différences de détail (CE, 29 juillet 1998, Syndicat mixte des transports en commun de l'agglomération clermontoise, aux Tables p. 1015). Vous avez également jugé que l'absence de mention, dans l'avis, de la durée d'une convention d'affermage n'avait pas été, dans les circonstances de l'espèce, de nature à entacher d'irrégularité la procédure, dès lors que l'information figurait dans le dossier de consultation remis à l'ensemble des candidats (CE, 25 juillet 2001, Syndicat des eaux de l'Iffenet, préc.). Par ailleurs, après avoir annulé systématiquement les procédures de passation lorsque n'avait pas été remplie la mention relative aux modalités de financement du marché, vous avez légèrement assoupli votre jurisprudence en admettant une indication très succincte, mais suffisante pour déterminer si le marché allait être financé sur ressources propres ou par le recours à l'emprunt (CE, 17 novembre 2006, Agence nationale pour l'em-

ploi, aux Tables p. 947). Relevons enfin que, par deux décisions du 8 février dernier, Commune de Toulouse (à mentionner aux Tables) et Département de l'Essonne (n° 300275), vous avez semblé vous engager dans la voie consistant, pour le juge des référés, à vérifier si le caractère incomplet ou inexact d'une mention a affecté de manière substantielle les conditions de publicité ; mais vous n'avez pas, à ce stade, retenu le même parti dans le cas d'une omission pure et simple.

Tel est le cadre actuel. Et telles sont les raisons pour lesquelles l'ordonnance attaquée devant vous n'est pas hétérodoxe. Quelles sont, aujourd'hui, les solutions envisageables ?

Nous n'en citons une que pour mémoire. Elle consisterait à censurer l'erreur de qualification juridique commise par le juge des référés en estimant que le marché en cause ne relevait pas de l'AMP. La difficulté qui a arrêté le premier juge réside dans le fait que le marché en cause ne concerne pas les déchets collectés auprès des particuliers, mais la prise en charge et la valorisation des métaux collectés dans les déchetteries. Il nous semble, toutefois, que, quelles que soient les hésitations qu'implique la terminologie utilisée, la logique de l'accord va dans le sens d'une inclusion de ce type de prestations dans son champ d'application. Si le syndicat a indiqué à juste titre que le marché était couvert par l'accord, alors la question des incidences d'une mention inexacte ne se pose plus. Mais l'affaire n'a pas été portée au rôle de votre formation de jugement pour connaître un tel dénouement.

La première véritable option sur laquelle il convient de s'arrêter a le mérite de la simplicité et de la continuité : elle reviendrait à confirmer avec solennité votre jurisprudence traditionnelle.

Plusieurs arguments militent dans ce sens. En premier lieu, cette jurisprudence encourt, certes, et nous y reviendrons, quelques critiques, mais elle a l'avantage d'être désormais parfaitement connue des parties prenantes – pouvoirs adjudicateurs et opérateurs économiques – ou du moins devrait l'être. En deuxième lieu, elle a, en quelque sorte, les qualités de ses défauts : sa sévérité et son formalisme sont aussi le gage de sa robustesse. Pas ou guère de débats sur l'importance et les effets de l'irrégularité invoquée : c'est à la hache que le litige peut être tranché, ce qui simplifie sans contester l'office du juge. En troisième lieu, l'automatisme de la sanction devrait avoir un fort effet préventif ; de fait, les pouvoirs adjudicateurs tentent, autant qu'ils le peuvent, de se prémunir contre la commission involontaire d'irrégularités. Enfin, et c'est là l'élément le plus important, votre jurisprudence nous semble reposer sur l'idée selon laquelle mieux vaut saisir l'irrégularité à un stade où elle n'a pas encore produit tous ses effets que d'être confronté, en aval, à la nécessité de constater la nullité d'un contrat, avec les conséquences souvent ravageuses qui en découlent.

Ces arguments sont pertinents ; mais de fortes raisons doivent conduire, selon nous, à les relativiser. Nous observerons, tout d'abord, que le système actuel, malgré les apparences, est empreint d'une forte insécurité juridique. On pourrait croire que remplir correctement les rubriques d'un avis d'appel public à la concurrence est à la portée de tout agent un tant soit peu consciencieux. Il n'en est rien. Le simple examen du modèle d'avis annexé au règlement du 7 septembre 2005, ou celle des modèles annexés à l'arrêté du 28 août 2006, démontre le contraire. Encore une lecture rapide ne permet-elle pas d'imaginer toutes les ressources que l'inventivité de certains requérants peut y déceler. Nous nous limiterons à quelques exemples.

La rubrique II.1.3 du modèle communautaire fait obligation au pouvoir adjudicateur d'indiquer si l'avis implique un marché public, la mise en place d'un système d'acquisition dynamique ou l'établissement d'un accord cadre. La rubrique II.1.4 ne doit être remplie que si le marché est un accord-cadre ; il faut alors indiquer s'il est conclu avec un seul ou plusieurs opérateurs, ainsi que le nombre de participants, ou, le cas échéant, le nombre maximal.

Un pouvoir adjudicateur lance une procédure de passation d'un marché à bons de commande. En droit interne, les notions d'accords-cadres et de marchés à bons de commande sont des notions distinctes. Les premiers sont régis par l'article 76 du code des marchés publics, les seconds par l'article 77. Notre pouvoir adjudicateur indique donc, à la rubrique II.1.3, que l'avis implique un marché public, et ne remplit pas la rubrique II.1.4. Hélas pour lui, en droit communautaire, les marchés à bons de commande sont une sous-catégorie des accords-cadres.

Et c'est ainsi que la procédure est annulée (CE, 8 août 2008, Commune de Nanterre, à mentionner aux Tables). Le formulaire standard comprend également une rubrique VI.4, relative aux procédures de recours, elle-même subdivisée en trois sous-rubriques. La sous-rubrique VI.4.1 impose de mentionner les coordonnées de l'instance chargée des procédures de recours ; la sous-rubrique VI.4.2 s'intitule « *Précisions concernant le(s) délai(s) d'introduction des recours* » ; enfin, la sous-rubrique VI.4.3 a trait au « *Service auprès duquel des renseignements peuvent être obtenus concernant l'introduction des recours* ». Vous avez jugé que l'indication des coordonnées du service auprès duquel peuvent être obtenus les renseignements concernant l'introduction des recours, c'est à dire le fait de remplir la rubrique VI.4.3, dispensait de remplir la rubrique VI.4.2, relative aux délais de recours (CE, 15 juin 2007, Ministre de la défense, à mentionner aux Tables). Mais le pouvoir adjudicateur peut-il se borner à indiquer l'adresse du tribunal administratif ou encore celle de ses propres services ? Ou doit-il mentionner un autre organisme, tel un centre interministériel de renseignements administratifs ? Seul le juge apportera, le moment venu, la bonne réponse. Et si, animé de bons sentiments, le pouvoir adjudicateur veut apporter lui-même les indications requises, quelles sont-elles ? Vous avez bien jugé, par votre décision Commune de Toulouse du 8 février 2008, que l'on pouvait, dans ce cas, se limiter à évoquer l'existence du référé précontractuel ; mais, comme l'illustre d'ailleurs cette décision, il y a bien des manières de mal remplir cette rubrique pourtant ainsi circonscrite, et d'encourir par voie de conséquence l'annulation de la procédure.

Les pièges tendus aux pouvoirs adjudicateurs sont, parfois, à ce point ingénieux que vous êtes contraints de faire preuve d'une certaine hardiesse juridique pour les en faire sortir. Prenons l'article 40 du code des marchés publics, dont le VII prévoit que l'avis publié au BOAMP doit mentionner la date d'envoi de l'avis à l'Office des publications officielles de l'Union européenne. Innovation heureuse : un dispositif de télétransmission des avis de marché a été mis en place. Ce système, dit de la passerelle unique, permet au pouvoir adjudicateur d'effectuer une seule saisie, valant pour les deux publications, sur le support en ligne mis à disposition par les services du BOAMP. Autrement dit, le pouvoir adjudicateur pense légitimement que lorsqu'il remplit la case « *date d'envoi* », cette rubrique vaut aussi bien pour l'envoi au BOAMP qu'au JOUE. Funeste erreur : l'avis publié au BOAMP, au moins dans les premiers mois, ne comportait aucune indication sur la date d'envoi à l'Office.

Il vous a donc fallu juger que, dans une telle hypothèse, la « *date d'envoi du présent avis* » figurant sur l'avis publié au BOAMP devait être regardée comme étant également celle de l'envoi de l'avis à l'Office des publications officielles de l'Union Européenne (CE, 8 août 2008, Ville de Marseille, à mentionner aux Tables). En réalité, il est aujourd'hui très difficile pour une collectivité d'avoir la certitude que la conclusion d'un marché ou d'une délégation de service public sera exempte de toute irrégularité. Et les irrégularités relevées par le juge risquent fort de conduire à l'annulation de l'ensemble de la procédure, alors même que chacun sera convaincu, y compris le magistrat, de leur absence totale d'incidence sur le choix effectué par la personne publique. Pour reprendre les termes du professeur Gabriel Eckert, conclure un contrat public est devenu « *une aventure hasardeuse* ».

On comprend, dans ces conditions, que les entreprises évincées succombent de plus en plus fréquemment à la tentation d'obtenir du juge des référés une seconde chance de conclure le contrat. Ceci d'autant plus que si une certaine inhibition dissuadait naguère celles-ci d'aller devant une juridiction pour obtenir gain de cause, l'obstacle a disparu. Non seulement l'entreprise qui saisit le juge ne se prive pas de la possibilité d'obtenir un contrat à l'avenir, mais le référé précontractuel peut être l'un des éléments d'une stratégie d'entrée sur un marché jusque-là fermé...

Le référé précontractuel est bien, dans nombre de cas, instrumentalisé par les opérateurs économiques. La lecture de certaines requêtes introduites devant les tribunaux administratifs nous conduit d'ailleurs à regarder l'usage de cette procédure contentieuse comme parfois totalement dévoyé, avec des arguments dont la bonne foi n'est certes pas le trait dominant. Selon des observateurs attentifs – nous citons une chronique publiée l'été dernier dans un quotidien économique - « *certain candidats évincés se sont même fait une spécialité d'engager de tels recours pour se désister l'instant d'après, très vraisemblablement au prix d'arrangements, voire de compensations que l'on peut soupçonner* ». De facto, le nombre de recours a approximativement doublé entre 2003 et 2006, avec un taux de satisfaction de l'ordre d'un tiers, mais largement supérieur si l'on exclut les désistements et les non-lieux.

Or les conséquences pratiques de l'annulation d'une procédure de passation d'un marché public ou d'une délégation de service public ne sont pas anodines. Survenant généralement juste avant la signature du contrat, l'annulation réduit à néant une série d'actes pris sur plusieurs mois, parfois sur une année entière ; lorsqu'elle est fondée sur une irrégularité affectant l'avis de marché, c'est ab initio que la procédure est viciée. Le besoin à satisfaire n'en a pas pour autant disparu. Lorsqu'il s'agit d'un marché de travaux pour la réfection d'un ouvrage public, le retard peut n'avoir d'autre incidence, si l'on peut dire, qu'un surcoût pour la collectivité. Mais lorsqu'est en cause le renouvellement d'un affermage ou d'une concession, le principe de continuité du service public peut placer l'autorité délégante – et la population concernée – dans une situation pour le moins inconfortable.

Pour citer à nouveau l'un des commentateurs de votre jurisprudence, « *le bilan coût-avantage de l'annulation décidée par le juge est pour le moins déséquilibré au détriment tant de la continuité du service public que de la rationalité économique*²⁰ ». Quand on met en regard les motifs de certaines annulations et les conséquences de celles-ci, on peut donc légitimement s'interroger sur la pertinence du dispositif. On le peut d'autant plus que le paysage juridique dans lequel s'inscrit votre jurisprudence a substantiellement évolué. Celle-ci repose, en réalité, sur l'idée selon laquelle le référé précontractuel aurait pour fonction d'assurer le respect objectif de la légalité, du moins de l'ensemble des règles relatives à la mise à la concurrence et à la publicité. Dans cette optique, l'entreprise requérante n'agit pas, principalement, dans son propre intérêt. Elle est, en quelque sorte, le porte-voix de toutes les personnes qui ont été, qui pourraient ou qui auraient pu être victimes d'un manquement quelconque, mais qui n'ont pas pu ou pas voulu saisir le juge.

Cette conception est justifiable dans un système juridique où, une fois le contrat conclu, il n'existe plus de possibilité, pour l'entreprise évincée, de faire valoir ses droits. Elle est également justifiable lorsque le système prévoit qu'une sanction de l'irrégularité demeure possible après la signature du contrat, mais se traduit par la nullité de celui-ci. La logique et l'équité commandent alors de purger tous les manquements au stade du référé, puisque, dans le premier cas, ces manquements ne pourront plus être corrigés dans une phase ultérieure et que, dans le second cas, ils ne pourront l'être qu'au prix d'une mise à néant du contrat, plus préjudiciable

aux différents intérêts en cause qu'une annulation de la procédure de passation.

Mais nous n'en sommes plus là. Par votre décision d'Assemblée Société Tropic Travaux Signalisation Guadeloupe du 16 juillet 2007, vous avez ouvert à tout concurrent évincé de la conclusion d'un contrat administratif la possibilité de former un recours de pleine juridiction contre ce contrat ou certaines de ses clauses, en modulant le pouvoir du juge, qui peut, après avoir pris en considération la nature de l'illégalité éventuellement commise, soit prononcer la résiliation du contrat ou modifier certaines de ses clauses, soit décider de la poursuite de son exécution, éventuellement sous réserve de mesures de régularisation par la collectivité contractante, soit accorder des indemnités en réparation des droits lésés, soit enfin, après avoir vérifié si l'annulation du contrat ne porterait pas une atteinte excessive à l'intérêt général ou aux droits des cocontractants, annuler celui-ci, totalement ou partiellement, et le cas échéant avec un effet différé. L'entreprise évincée qui n'a pas eu recours au référé précontractuel a désormais un accès direct au juge, sans être obligée d'emprunter la voie détournée d'une demande dirigée contre l'acte détachable. Le juge, pour sa part, dispose de toute une gamme d'instruments juridiques pour corriger ou compenser l'irrégularité invoquée.

Sur le plan du droit communautaire, l'évolution est analogue. La directive du 11 décembre 2007²¹ s'intéresse à la phase postérieure à la signature du contrat. Elle prévoit qu'un marché devra être déclaré, en certains cas, dépourvu d'effets. Mais cette déclaration de nullité ne sera obligatoirement prononcée que pour les manquements les plus graves : passation d'un marché sans publication préalable d'un avis au JOUE, signature du marché avant que l'instance de recours se soit prononcé ou avant l'expiration du délai minimal de dix jours suivant la décision d'attribution. Encore le texte réserve-t-il le cas où des raisons impérieuses d'intérêt général imposeraient que les effets du marché soient maintenus. Comme l'indique expressément le considérant n° 28 de la directive, « il y a lieu de recentrer le mécanisme correcteur sur les violations graves du droit communautaire ».

Ces changements dans l'état du droit rendent légitime une réflexion sur de possibles évolutions de votre jurisprudence. Nous avons d'autant moins de scrupules à vous proposer de vous engager dans cette voie que le rapport public 2008 du Conseil d'État appelle lui-même à « préciser » le régime du référé précontractuel, en envisageant une évolution de la jurisprudence.

A ce stade, nous avons identifié trois inflexions possibles. La première consisterait à vous engager plus nettement dans la voie d'une distinction entre formalités substantielles et non substantielles. Une telle approche a un mérite évident : elle correspond à une conception de l'office du juge dont vous êtes familiers et qui irrigue de nombreuses branches du droit. Elle a d'ailleurs les faveurs de la doctrine et, nous vous l'avons indiqué, vous avez semblé, tout récemment, la faire vôtre en matière de référé précontractuel, au moins en certaines hypothèses. Elle rencontre, cependant, des limites. La notion de formalités non substantielles doit, tout d'abord, être précisée. Vous qualifiez parfois de non substantielles des formalités qui, par principe, et sans qu'il y ait lieu de rechercher quelle a été leur incidence concrète, sont réputées n'en avoir aucune.

Mais il existe aussi des cas où la méconnaissance d'une formalité en principe substantielle peut ne pas entacher d'irrégularité la décision prise (cf. notamment CE, Assemblée, 7 mars 1975, Association des amis de l'abbaye de Fontevraud, p. 179). Si vous reteniez une approche in abstracto, consistant à ne pas sanctionner les irrégularités qui ont été insusceptibles de préjudicier à quiconque, vous risqueriez de ne pas franchir un bien grand pas, ou au contraire d'être en porte-à-faux par rapport aux autorités communautaires. A partir du moment où l'objet même de la réglementation est d'astreindre les pouvoirs adjudicateurs à un formalisme

contraignant lorsqu'ils remplissent les avis d'appel public à la concurrence, il est difficile de soutenir que le fait de ne pas remplir, ou de mal remplir, telle ou telle rubrique est, par principe, sans conséquence. Soit votre jurisprudence resterait à peu près en l'état, soit vous seriez amenés à neutraliser purement et simplement telle ou telle rubrique. Tel serait le cas, par exemple, si vous estimiez qu'ont un caractère substantiel les seules indications portant sur les caractéristiques essentielles du marché. Nous ne serions pas, pour notre part, heurté par une telle neutralisation. Juger, pour prendre un exemple, que l'indication des modalités de financement d'un marché est dépourvue de toute utilité réelle et que l'erreur affectant cette mention ne peut, a priori, guère porter atteinte à l'égal accès à la commande publique ne nous paraîtrait pas dénué de pertinence. Mais, en procédant ainsi, vous seriez amenés à consacrer l'inutilité d'une mention que le droit communautaire regarde comme obligatoire. Vous seriez donc en opposition frontale avec ses exigences.

La situation ne serait pas très différente si vous reteniez une approche in concreto, c'est à dire si vous jugiez que les règles de publicité ont, en principe, un caractère substantiel, mais que certaines irrégularités peuvent, dans les circonstances de l'espèce, être sans incidence. A partir du moment où tout requérant peut invoquer tout manquement, comment affirmer que l'irrégularité alléguée, s'il est patent qu'elle n'a pas préjudicié à celui qui l'invoque, n'a pu pénaliser personne ? Dès lors que vous vous refusez à neutraliser telle ou telle rubrique et donc que vous continueriez à juger que toute omission est normalement pendable, nous ne voyons pas comment une telle omission pourrait être regardée, dans un cas de figure déterminé, comme n'ayant pas eu d'incidence. Votre jurisprudence, il est vrai, offre des exemples qui peuvent paraître proches. Vous jugez régulièrement, en matière d'enquêtes publiques, que l'omission ou l'irrégularité de certaines formalités de publicité n'a pas eu, en l'espèce, d'incidence sur la régularité de la procédure, dès lors que le public intéressé n'a pas été empêché de présenter ses observations (cf. par exemple CE, 3 juillet 1998, Association de défense de l'environnement de Saint Come d'Olt, p. 283). Mais l'analogie n'est qu'apparente.

Chacune des mentions qui doivent figurer dans l'avis d'appel public à la concurrence est supposée constituer un élément déterminant, pour toute entreprise potentiellement intéressée, dans sa décision de présenter sa candidature et dans la façon dont elle la présentera. A la vérité, le seul cas – et encore... – où il sera loisible d'affirmer sereinement que l'absence de la mention n'a pu préjudicier à personne sera celui où son contenu aura figuré ailleurs dans l'avis de marché.

Nous ne sommes donc pas persuadé que la théorie des formalités non substantielles puisse être d'un très grand secours. Plus exactement, elle peut trouver à s'appliquer dans des hypothèses où le débat porte sur le caractère plus ou moins complet d'une mention ; mais l'exercice risque d'être plus délicat lorsqu'est en jeu son absence ou son inexactitude. Ceci étant, en l'espèce, nous serions prêt à considérer que le fait d'avoir indiqué, à tort, qu'un marché est couvert par l'AMP, alors qu'il ne l'est, pas est insusceptible d'avoir la moindre conséquence négative sur le jeu de la concurrence et doit, par suite, être regardé comme une irrégularité non substantielle (contrairement à l'hypothèse inverse). Mais retenir cette solution conduirait, par sécurité, tous les pouvoirs adjudicateurs à cocher la case « oui » et la rubrique serait, de facto, neutralisée.

Une autre inflexion de votre jurisprudence, évoquée expressément dans le rapport annuel 2008, est concevable. Elle consisterait, pour le juge des référés, à opérer la balance des différents intérêts en présence. Elle est effectivement séduisante, d'autant plus que, là encore, il s'agit d'une méthode que le juge administratif a l'habitude d'appliquer, y compris dans le référé suspension, pour ap-

précier la condition d'urgence. Il reviendrait au juge de mettre en regard, d'une part, la gravité de l'irrégularité, c'est à dire la gravité de l'atteinte portée au principe de l'égal accès à la commande publique et, d'autre part, les incidences prévisibles de l'annulation de la procédure par rapport à l'ensemble des intérêts en jeu. Deux considérations nous font cependant hésiter à vous proposer de vous engager dans cette voie

La directive du 21 décembre 1989 prévoit que les Etats membres peuvent permettre à l'instance responsable – c'est à dire en France au juge des référés – lorsqu'« elle examine s'il y a lieu de prendre des mesures provisoires, (de) tenir compte des conséquences probables de ces mesures pour tous les intérêts susceptibles d'être lésés, ainsi que l'intérêt public, et décider de ne pas accorder ces mesures lorsque des conséquences négatives pourraient dépasser leurs avantages. » Lorsque le Gouvernement a saisi le Parlement du projet de loi qui allait devenir la loi du 4 janvier 1992, il avait expressément prévu, à l'article L. 22, une disposition en ce sens. Devant les deux chambres, le ministre a indiqué qu'il s'agissait de permettre au juge d'appliquer la théorie du bilan. La disposition en cause, adoptée par le Sénat, a toutefois été disjointe par l'Assemblée Nationale, pour des motifs d'ailleurs assez peu clairs, et ne figure donc pas dans le texte définitivement adopté. L'article L. 551-1 est donc muet sur ce point, alors que l'article L. 551-2, relatif aux contrats non soumis au code des marchés publics passés dans les secteurs autrefois qualifiés d'exclus, prévoit expressément que le juge, lorsqu'il prononce une astreinte, doit prendre en considération les conséquences probables de sa décision pour tous les intérêts en cause. Sur le fond, il est difficile de trouver une justification à cette différence de traitement entre les deux branches du référé précontractuel ; elle existe néanmoins. On pourrait certes soutenir qu'avec ou sans texte, le juge des référés précontractuels peut faire la pesée des avantages et des inconvénients de sa décision. Mais vous avez jugé exactement le contraire. Dans le cadre de l'article L. 551-2, si l'on s'en tient à sa lettre, la possibilité de faire jouer la théorie du bilan vaut pour le prononcé d'une astreinte, mais non pour le prononcé d'une injonction. Vous avez donc considéré, et votre décision est fichée sur ce point, que la faculté ouverte au juge des référés précontractuels statuant sur le fondement de cet article de « prendre en considération les conséquences probables » de la mesure envisagée « pour tous les intérêts susceptibles d'être atteints, notamment l'intérêt public, et décider de ne pas l'accorder lorsque ses conséquences négatives pourraient dépasser ses avantages » ne concerne que son pouvoir d'assortir son injonction d'une astreinte et non son pouvoir d'injonction lui-même (CE, 30 juin 2004, SNCF, aux Tables p. 77).

Au-delà de cette première considération, fondée sur le texte de la loi et sur la façon dont vous l'avez jusqu'ici interprété, une autre préoccupation nous arrête : l'appréciation que devrait porter le juge des référés, dans le cadre d'un contrôle du bilan, serait, en réalité, fort complexe, en tout cas, nous semble-t-il, bien plus complexe que l'appréciation de l'urgence dans le cadre du référé suspension de droit commun, ceci alors même que les pouvoirs du juge des référés précontractuels sont beaucoup plus importants. Rappelons que, dans le cadre du référé suspension, la condition d'urgence est remplie si la décision contestée préjudicie de manière suffisamment grave et immédiate à un intérêt public, à la situation du requérant ou aux intérêts qu'il entend défendre. Mais vous n'avez cure de la situation du requérant dans le cadre du référé précontractuel, puisque, redisons-le, celui-ci peut se prévaloir de manquements qui ne l'ont aucunement lésé... Il faudrait donc que le juge prenne en compte non la situation du requérant, mais la situation de toutes les entreprises potentiellement lésées.

Par ailleurs, rappelons-le, le juge des référés précontractuels statue seul, statue dans des délais contraints et statue en premier et dernier ressort. Or l'appréciation des conséquences de la mesure envisagée pour tous les intérêts en présence est un exercice particulièrement délicat.

Introduire un contrôle du bilan dans l'office du juge des référés précontractuels serait certes facteur de souplesse ; mais nous ne sommes pas persuadé que vous simplifieriez ainsi sa tâche, ni que la sécurité juridique en ressortirait accrue.

Vous aurez compris qu'une troisième option a notre faveur. Elle consiste à restituer au référé précontractuel le caractère qu'il aurait dû, à notre sens, conserver, celui d'un recours de plein contentieux destiné à protéger les intérêts de celui qui le forme.

En d'autres termes, le principe selon lequel une entreprise candidate à l'obtention d'un marché peut invoquer devant le juge du référé précontractuel tout manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence, même s'il n'a pas été commis à son détriment, doit, selon nous, être remis en cause. Il doit l'être, en premier lieu, car il ne repose sur aucun argument de texte. L'article 1er de la directive du 21 décembre 1989 fait obligation aux Etats membres de rendre les procédures de recours accessibles « au moins à toute personne ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir un marché public (...) déterminé et ayant été ou risquant d'être lésée par une violation alléguée. » La rédaction est identique dans la nouvelle directive « recours » du 11 décembre 2007. Il ne s'infère pas de cette rédaction que l'entreprise ayant ou ayant eu intérêt à obtenir le marché puisse invoquer tout manquement, y compris des manquements qui ne l'ont pas lésée et qui ne risquent pas de la léser. Il y a bien, dans la directive, deux conditions cumulatives, comme l'a expressément jugé la CJCE (19 juin 2003, Werner Hackermüller, aff. C-249/01). La CJCE a certes admis, par le même arrêt, qu'un soumissionnaire doit pouvoir contester la légalité de la décision du pouvoir adjudicateur de rejeter son offre, même si ledit pouvoir adjudicateur soutient que cette offre aurait dû être écartée au préalable pour d'autres raisons et que, de ce fait, le soumissionnaire n'a pas été lésé par l'illégalité qu'il invoque ; mais, si l'instance compétente aboutit à la conclusion que l'offre aurait bien dû être écartée au préalable, elle peut alors rejeter le recours au motif que le requérant n'a pas été lésé par la violation qu'il allègue.

L'article L. 551-1 du code de justice administrative n'est pas bâti selon une logique différente. S'il pose le principe selon lequel le juge des référés peut être saisi en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence, il précise que « les personnes habilitées à agir sont celles qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par ce manquement. » Affirmer que doit être accueilli le recours de celui qui n'est pas susceptible d'être lésé par le manquement allégué, c'est purement et simplement neutraliser une condition prévue par le législateur. Votre jurisprudence utilise parfois une formule qui tente de contourner la difficulté, et que nous avons déjà citée : « une entreprise candidate à l'obtention d'un marché (est) susceptible d'être lésée par tout manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence ». Entre l'article L. 551-1 et cette formulation, il y a un glissement sémantique sur lequel nous voudrions nous attarder quelques instants. Oui, au moment où le pouvoir adjudicateur s'apprête à engager la procédure de passation d'un marché public, on peut considérer que, virtuellement, une entreprise candidate peut être lésée par tout manquement.

Mais l'article L. 551-1, lorsqu'il dispose qu'a intérêt à agir la personne susceptible d'être lésée par un manquement, signifie, selon nous, surtout si on l'interprète au regard du texte de la directive qu'il est supposé transposer, que le recours est ouvert à la personne qui a été lésée ou qui peut encore l'être, et non à la personne qui, pour une raison ou pour une autre, ne l'a pas été et ne peut plus l'être. Nous reviendrons sur ce point

Il n'appartient donc pas au juge des référés, saisi en application de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, de se prononcer sur un manquement qui n'est pas susceptible de léser le requérant, de même qu'il ne lui appartient pas de se prononcer sur des irrégularités qui sont sans lien avec les obligations de publicité et de mise en concurrence. La condition tenant à l'existence d'une

lésion s'efface, en revanche, lorsque le juge des référés est saisi par le préfet, s'agissant des contrats conclus par les collectivités territoriales ou les établissements publics locaux ; mais c'est précisément parce que le représentant de l'Etat est en charge, lui, et non les entreprises intéressées, de la défense de la légalité.

On nous objectera, peut-être, que l'intérêt à agir s'apprécie au regard des conclusions et non des moyens et que, par suite, la personne qui a intérêt à conclure un marché peut invoquer toute irrégularité, qu'elle ait été ou non susceptible de lui préjudicier. Cette présentation repose, à notre sens, sur une conception erronée du référé précontractuel. Le référé précontractuel n'est pas le procès fait à un acte, comme l'est le recours pour excès de pouvoir. Son économie n'est pas celle de conclusions dirigées contre une décision administrative, au soutien desquelles tout moyen pourrait être utilement mobilisé. Elle est toute autre. Son seul objet est de faire cesser des manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence. Que la cessation de ces manquements implique, comme c'est fréquemment le cas, l'annulation de décisions administratives, ne doit pas tromper quant à la nature véritable – et originale – de ce recours. La meilleure preuve en est d'ailleurs fournie par votre jurisprudence Commune d'Andeville du 20 octobre 2006, précédemment citée : le juge des référés précontractuels choisit parmi les pouvoirs dont il dispose celui qui lui paraît le plus approprié pour mettre fin aux manquements ; il n'est pas tenu par les conclusions du requérant, en ce sens qu'il peut prononcer une annulation là où le requérant sollicitait simplement une suspension. L'ordre habituel de présentation doit être inversé : les véritables conclusions, ce sont celles qui tendent à ce qu'il soit mis fin au manquement ; la suspension, l'annulation ou la réformation des décisions administratives contestées ne constituent que les moyens d'y parvenir. C'est donc, en toute logique, manquement par manquement que le juge doit examiner la requête dont il est saisi. La seule circonstance que le requérant est susceptible d'être lésé par un manquement ne saurait l'autoriser à invoquer, et à faire censurer, des manquements qui ne le concernent en rien.

Vous pourriez fort légitimement hésiter à nous suivre dans cette voie si celle-ci devait conduire le requérant à devoir faire la preuve, à chaque fois, que le manquement l'a lésé ou est susceptible de le léser. Mais telle n'est pas notre proposition. Celle-ci a un objectif modeste, simple et, espérons-nous, efficace : il s'agit simplement de ne pas permettre au requérant d'invoquer un manquement qui est insusceptible de le léser, compte tenu de la portée de ce manquement, du moment où il a été commis et du moment où le juge statue. Expliquons-nous. Les procédures de passation des délégations de service public et, souvent, des marchés publics, sont des procédures longues, qui voient se succéder plusieurs séquences successives. Il est de l'intérêt de tous que d'éventuelles irrégularités en amont soient sanctionnées le plus rapidement possible, afin de minimiser les incidences d'une suspension ou d'une annulation de la procédure. Or, aujourd'hui, c'est la situation inverse qui prévaut. Des entreprises dont l'offre a été finalement rejetée, au terme de la procédure, obtiennent l'annulation de celle-ci en raison d'irrégularités ayant affecté l'avis d'appel public à la concurrence. Or, parmi ces irrégularités, certaines, à l'évidence, ne sont plus susceptibles de lui porter préjudice. Prenons des exemples concrets. Certaines des mentions devant figurer dans l'avis sont relatives aux caractéristiques essentielles du marché ou aux critères d'attribution ; elles ont une incidence directe sur la présentation des offres ; les omissions ou les inexactitudes qui les entachent sont susceptibles de léser toute entreprise jusqu'à la fin de la procédure. D'autres mentions ont pour objet d'assurer le bon déroulement des premières phases de la procédure : adresse auprès de laquelle des informations complémentaires peuvent être obtenues, adresse à laquelle les offres doivent être envoyées, capacité technique, capacité économique et financière, date limite de réception des offres... A partir du moment où l'entreprise a vu sa candidature retenue et a présenté une offre, on ne voit pas très bien comment ces irrégularités éventuelles pourraient encore lui préjudicier. En sens inverse, l'entreprise dont la candidature a été écartée pour un motif quelconque ne peut pas être lésée par un

manquement qui se situe à un stade ultérieur de la procédure, sauf, bien sûr, si elle démontre que c'est à tort qu'elle a été écartée ; à défaut, nous ne voyons aucune raison de lui ouvrir le prétoire. Concrètement, il reviendrait, par exemple, à l'entreprise dont les capacités techniques n'ont pas été jugées suffisantes de prouver que les exigences formulées par le pouvoir adjudicateur étaient excessives par rapport à l'objet du marché. Mais elle ne pourrait pas se borner à invoquer une irrégularité relative à la phase de sélection des offres.

Dans cette perspective, aucun manquement ne sera, en lui-même, neutralisé. Toute entreprise ayant intérêt à conclure le marché pourra, en constatant que l'avis d'appel public à la concurrence est incomplet, demander et obtenir que la procédure soit suspendue pour permettre de purger l'irrégularité. Mais toute irrégularité ne pourra plus être soulevée à n'importe quel moment et par n'importe qui. Une telle approche serait compatible avec le droit communautaire. Nous avons déjà évoqué l'arrêt Hackermüller du 25 février 2003. Dans le même sens, la CJCE a jugé que la directive ne s'opposait pas à ce qu'une personne soit privée, après l'attribution d'un marché public, du droit d'accéder aux procédures de recours prévues par le texte, lorsque cette personne n'a pas participé à la procédure de passation du marché au motif qu'elle n'aurait pas été en mesure de fournir l'ensemble des prestations faisant l'objet de l'appel d'offres, mais qu'elle n'a pas exercé de recours à l'encontre des spécifications du marché (CJCE, 12 février 2004, Grossmann Air Service, aff. C-230/02). Dans ses conclusions sur cette affaire, l'avocat général, M. Geelhoed, soulignait que la nécessité de garantir la sécurité juridique impliquait que le recours formé contre les spécifications du marché intervienne le plus tôt possible dans la procédure. Ce constat peut être étendu à toutes les irrégularités qui se situent dans la phase amont

Il ne s'agit pas de restreindre indûment l'accès au référé précontractuel, mais de lui restituer sa portée utile. Comme le relevait l'avocat général – Mme Kokott – dans ses conclusions sur l'arrêt de la CJCE Priesstetext Nachrichtenagentur GmbH c/République d'Autriche, « *il ne saurait être question d'exiger de la personne concernée qu'elle apporte déjà au stade du dépôt de la demande la preuve concrète de ce qu'elle a effectivement été lésée ou risque effectivement d'être lésée. Au contraire, il doit suffire pour avoir accès à une procédure de recours que, outre une violation du droit par le pouvoir adjudicateur, la personne concernée fasse valoir de manière concluante qu'elle a un intérêt à obtenir le marché public en cause et l'éventualité de la survenance d'un dommage. L'éventualité d'un dommage doit être retenue lorsqu'il n'est manifestement pas exclu que, en l'absence de l'illégalité alléguée commise par le pouvoir adjudicateur, le requérant aurait obtenu l'attribution du marché.* » Nous souscrivons pleinement à cette analyse. Et nous en déduisons que, lorsqu'il est manifestement exclu que le manquement allégué ait eu une incidence quelconque sur le sort du requérant, il ne revient pas au juge du référé précontractuel de le sanctionner.

Telle est d'ailleurs, apparemment, la position du juge judiciaire, lorsqu'il est saisi de référés précontractuels (cf. en ce sens un arrêt de la cour d'appel de Paris du 25 octobre 2007). Telle est aussi la suggestion, ou plutôt l'une des suggestions formulées par le ministre de l'Economie, de l'Industrie et de l'Emploi, auquel la requête a été communiquée pour observations et qui estime que la recevabilité du manquement devrait être subordonnée à l'existence d'un préjudice potentiel subi par le requérant. Une dernière objection peut être émise : subordonner la recevabilité d'un manquement à la condition qu'il n'ait pas été insusceptible de léser le requérant risquerait de laisser passer à travers les mailles du filet tendu par le juge des référés précontractuels des irrégularités susceptibles d'avoir lésé d'autres entreprises. Mais nous n'y voyons pas un obstacle insurmontable. Les irrégularités les plus graves – absence pure et simple de publicité ou bien omissions ou erreurs affectant les caractéristiques essentielles du marché – ne pourront

généralement pas être regardées comme insusceptibles d'avoir eu des incidences sur le sort de l'entreprise requérante. En effet, toute entreprise, y compris celle qui présente une offre, est susceptible d'être pénalisée par l'incertitude pesant sur les caractéristiques essentielles de la prestation attendue ou sur les critères de sélection. On peut, il est vrai, imaginer des hypothèses dans lesquelles une irrégularité grave a été commise au bénéfice, en quelque sorte, des entreprises qui présentent une offre : tel est le cas lorsque l'avis a été publié dans un journal national, mais pas, alors qu'il aurait dû l'être, au JOUE. Dans un tel cas, il nous semble que toute entreprise candidate a intérêt à invoquer un tel manquement, tant qu'elle demeure elle-même en course ; en effet, comme vous l'avez jugé, une entreprise a toujours intérêt à conclure un marché selon une procédure régulière (CE, 19 septembre 2007, Communauté d'agglomération de Saint-Etienne métropole, à mentionner aux Tables). Mais le référé précontractuel n'est pas conçu pour lui permettre d'attendre d'être écartée pour invoquer le manquement, à un stade où il ne peut plus lui préjudicier. Quant aux entreprises qui auront véritablement été lésées, et qui n'auraient pas pu ou pas voulu saisir le juge des référés, elles pourront toujours saisir le juge de plein contentieux d'un recours dirigé contre le contrat, contrat qui devra d'ailleurs être privé d'effet en application de la nouvelle directive « recours ».

Si vous nous suivez, vous jugerez que les personnes habilités à agir pour mettre fin aux manquements du pouvoir adjudicateur à ses obligations de publicité et de mise en concurrence sont celles susceptibles d'être lésées par de tels manquements et qu'il appartient dès lors au juge des référés précontractuels de rechercher si, eu égard en particulier à leur portée et au stade de la procédure auquel ils se rapportent, les manquements allégués du pouvoir adjudicateur à ses obligations de publicité et de mise en concurrence sont susceptibles d'avoir lésé ou de léser les personnes requérantes.

Vous censurerez l'ordonnance attaquée en tant qu'elle annule la procédure de passation du marché, faute pour le juge des référés d'avoir procédé à cette recherche. Faisant droit au pourvoi incident présenté par la société Passenaud Recyclage, vous annulerez également l'ordonnance en tant qu'elle a rejeté ses conclusions tendant à ce qu'il soit enjoint au syndicat intercommunal de lui communiquer divers documents. L'article 83 du code des marchés publics fait obligation à la personne responsable du marché de communiquer dans les quinze jours au candidat non retenu les motifs du rejet. Le juge des référés s'est borné à constater que ce délai n'était pas écoulé à la date de sa saisine et que le manquement n'était donc pas constitué ; mais il lui appartenait, en tant que juge de plein contentieux, de se prononcer à la date de sa propre décision.

Statuant au titre de la procédure de référé engagée, vous constaterez que la plupart des manquements invoqués ont été insusceptibles de léser la société Passenaud Recyclage. Cette société, au terme de la procédure de passation du marché, a vu son offre rejetée par la commission d'appel d'offres, qui l'a classée en deuxième position avec une note de 68/100, tandis que l'offre de la société retenue obtenait une note de 85/100. Les manquements qu'elle invoque sont relatifs à l'erreur affectant, selon elle, la mention selon laquelle le marché est couvert par l'AMP, à l'imprécision de la rubrique relative à la nomenclature dite CPV, à l'insuffisance des mentions portées dans la rubrique relative aux voies de recours, à l'absence de fixation de niveaux minimaux de capacité techniques, professionnelles et financières des candidats et au caractère discriminatoire des justificatifs demandés par le Syndicat.

Le fait qu'aient été mal remplies les rubriques relatives à l'AMP et à la nomenclature CPV ou que des justificatifs discriminatoires aient été exigés des candidats ne peut avoir lésé une entreprise dont la candidature a été retenue et dont l'offre n'a été finalement

écartée que parce qu'elle satisfaisait moins bien qu'une autre aux critères de sélection.

Nous ne voyons pas comment une insuffisance des mentions relatives aux voies et délais de recours peut être regardée comme susceptible d'avoir lésé une entreprise qui, précisément, s'est adressée au juge des référés précontractuels pour faire cesser les manquements dont elle s'estimait victime. La situation serait différente en début de procédure, toute entreprise intéressée étant alors susceptible d'être lésée par des omissions ou des imprécisions sur les voies et délais de recours et pouvant saisir le juge afin qu'il en joigne au pouvoir adjudicateur d'y remédier.

Seule l'absence de fixation de niveaux minimaux de capacité est en réalité susceptible d'avoir lésé la société Passenaud Recyclage, puisqu'un tel manquement, à le supposer constitué, pourrait avoir pour objet ou pour effet de permettre à la société dont l'offre a été retenue de franchir l'étape préliminaire de la sélection des candidatures. Mais, précisément, le pouvoir adjudicateur n'est pas tenu de fixer des niveaux minimaux (CE, 8 août 2008, Centre hospitalier Edmond Garcin, à mentionner aux Tables).

Vous rejetterez donc la demande présentée par la société Passenaud Recyclage devant le tribunal administratif, en tant qu'elle tendait à ce que vous sanctionniez par l'annulation de la procédure de passation du marché les différents manquements invoqués.

Vous rejetterez, par ailleurs, les conclusions tendant à ce que lui soient communiqués les motifs de rejet de son offre et les caractéristiques et avantages de l'offre retenue : le syndicat lui a communiqué ceux-ci, par courrier du 3 avril 2008, avec une précision suffisante.

Vous rejetterez enfin, par voie de conséquence, ses conclusions tendant à l'application de l'article L. 761-1 du CJA ; mais vous ferez droit à celles présentées à ce titre par le Syndicat, à hauteur de 3 000 euros.

PCMNC à l'annulation de l'ordonnance attaquée, au rejet de la demande présentée devant le tribunal administratif de Nantes par la société Passenaud Recyclage ainsi que de ses conclusions tendant à l'application de l'article L. 761-1 et à ce que soit mis à sa charge le versement au Syndicat intercommunal d'une somme de 3 000 euros.

Référence 2 : CE, 3 octobre 2008, Syndicat Mixte Intercommunal de Réalisation et de Gestion pour l'Élimination des Ordures Ménagères du Secteur Est de la Sarthe, req. n° 305420

Voir le Corpus.

Référence 3 : Conclusions du rapporteur public sur CE, 25 octobre 2013, Commune de la Seyne-sur-Mer, req. n° 370393

En octobre 2012, la commune de la Seyne-sur-Mer a lancé une procédure d'attribution de plusieurs sous-concessions d'exploitation de lots de plage. S'agissant du lot n° 1 portant sur la plage des Sablettes, deux offres ont été admises à participer à la négociation : celle de la société Miramar, qui exploite déjà un chalet de restauration rapide situé en face de la plage et celle de M. Le Maquer.

Au cours de cette phase, la commune a indiqué aux candidats, semble-t-il en réponse à une demande de l'un d'entre eux, qu'elle n'était "pas opposée (...) à ce que l'exploitant du lot exerce une

activité accessoire de vente de boissons non alcoolisées, de confiserie, de restauration rapide".

La sous-concession a été attribuée à M. Le Maguer, qui a proposé de verser à la commune un prix plus élevé. Cette dernière a informé le 17 mai 2013 la société Miramar du rejet de sa candidature. Son courrier précisait que le contrat ne serait pas signé avant l'expiration d'un délai de "16 jours au moins", délai qu'elle n'a cependant pas respecté puisque la convention a été conclue 10 jours plus tard.

La société Miramar a d'abord saisi le juge des référés précontractuels du TA de Toulon, qui a rejeté sa demande d'annulation de la procédure comme irrecevable en raison de la conclusion du contrat, puis formé un référé contractuel tendant à la suspension de l'exécution du contrat et à son annulation, à laquelle le juge des référés du même tribunal a fait droit par une ordonnance du 4 juillet 2013. Il a estimé qu'en modifiant substantiellement, au cours de la phase de négociation, l'objet du contrat, le pouvoir adjudicateur avait manqué à ses obligations de publicité et de mise en concurrence et que ce manquement, qui avait "permis à M. Le Maguer de se voir attribuer le sous-traité d'exploitation en proposant un prix plus élevé intégrant l'activité de restauration rapide, a affecté les chances de la SARL Miramar d'obtenir le contrat, l'offre de cette dernière n'ayant pas intégré l'activité de restauration assurée par le chalet attenant pour lequel elle versait déjà une redevance". Il a ce faisant fait application des conditions posées par le troisième alinéa de l'article L. 551-18 du code de justice administrative pour que le juge du référé contractuel prononce la nullité du contrat. Or l'applicabilité de ces dispositions au contrat dont il était saisi, nous allons le voir, est douteuse.

Ce n'est toutefois pas sur ce terrain que la commune de La Seyne-sur-Mer a choisi de critiquer l'ordonnance dont elle vous demande régulièrement l'annulation. Elle concentre son argumentation sur les motifs relatifs à la condition tenant à ce que le manquement relevé, qu'elle ne conteste donc pas, ait affecté les chances du candidat évincé d'obtenir le contrat.

Elle soutient tout d'abord que le juge des référés n'a pas suffisamment motivé son ordonnance sur ce point. Nous venons de citer les motifs de l'ordonnance attaquée : ils indiquent avec suffisamment de précision que la modification irrégulière de l'objet du contrat a été déterminante dans le choix de l'attributaire.

Elle fait ensuite valoir qu'en estimant que ce manquement avait affecté les chances de la société Miramar d'obtenir le contrat alors que cette dernière aurait pu proposer une offre intégrant les prestations nouvelles, le juge des référés a inexactement qualifié les faits. Telle est effectivement l'étendue de votre contrôle sur l'application de cette condition par le juge des référés contractuels (1er juin 2011, *Sté Koné*, n° 346405, au rec).

Ce moyen ne nous paraît pas plus fondé que le précédent. Dès lors que la requérante ne conteste ni le manquement relevé, qui n'est pourtant pas absolument évident, ni la circonstance que l'attributaire avait pu proposer un prix plus élevé en prévoyant d'exercer l'activité irrégulièrement intégrée dans l'objet de la convention, il ne nous paraît pas contestable que ce manquement a été déterminant dans le choix de l'attributaire et a affecté les chances de la candidate évincée d'obtenir le marché, car cette dernière, qui versait déjà à la commune une redevance pour une activité similaire, ne pouvait compter, comme sa concurrente, sur cette ressource supplémentaire pour proposer un prix plus élevé.

Si aucun des deux moyens soulevés par la requérante n'est de nature à justifier la cassation de l'ordonnance attaquée, vous ne pourrez les écarter, du moins le second d'entre eux, qu'en faisant vous-mêmes application du troisième alinéa de l'article L. 551-18 qui pose la condition de nullité du contrat que le juge des référés a estimé remplie et sur laquelle porte le moyen. Or, comme nous vous le disions, ces dispositions nous semblent inapplicables au contrat en litige.

Vous avez déjà jugé, par une décision *Grand Port maritime du Havre*, du 19 janvier 2011 (n° 343435, au rec) que ces dispositions ne sont pas entièrement applicables aux contrats qui ne sont pas soumis à l'obligation, pour le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice, de notifier aux opérateurs économiques ayant présenté une offre, avant la signature du contrat, la décision d'attribution. Cette solution, rendue à propos d'un marché passé au terme d'une procédure adaptée, est transposable à tous les contrats qui ne comportent pas cette obligation de notification, car elle est fondée sur les termes du troisième alinéa de l'article L. 551-18, qui prévoient que "*le juge prononce également la nullité du contrat lorsque celui-ci a été signé avant l'expiration du délai exigé après l'envoi de la décision d'attribution aux opérateurs économiques ayant présenté une candidature*".

Or cette condition, qui s'ajoute aux deux autres que le juge a, en l'espèce, estimé remplies, ne peut jamais l'être s'agissant des contrats pour lesquels il n'est pas prévu d'envoi de la décision d'attribution aux candidats ni, par conséquent, de délai pendant lequel le pouvoir adjudicateur doit s'abstenir de le signer.

Pour ces contrats, la nullité ne peut être prononcée que dans les cas visés aux deux premiers alinéas de l'article L. 551-18, à savoir « *lorsqu'aucune des mesures de publicité requises pour sa passation n'a été prise, ou lorsque a été omise une publication au Journal officiel de l'Union européenne dans le cas où une telle publication est prescrite* » ou « *lorsqu'ont été méconnues les modalités de remise en concurrence prévues pour la passation des contrats fondés sur un accord-cadre ou un système d'acquisition dynamique* » ou encore, comme le souligne la décision *Grand Port maritime du Havre*, sur le fondement du dernier membre de phrase du 3^{ème} alinéa de l'article L. 551-18, lorsque le pouvoir adjudicateur a méconnu son obligation de ne pas signer le contrat alors qu'un référé précontractuel a été formé ou ne s'est pas conformé à la décision juridictionnelle rendue sur ce référé, puisque ces obligations s'appliquent à tous les contrats.

Il en résulte certainement une dissymétrie dans la portée des manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence, selon les contrats et les voies de recours : elles peuvent être invoquées à l'encontre de tous les contrats dans le cadre du référé précontractuel; elles ne peuvent entraîner, dans le cadre du référé contractuel, l'annulation que des contrats soumis à une obligation de notification de la décision d'attribution, seuls les manquements les plus graves, tenant notamment à l'absence totale de mesures de publicité, pouvant conduire le juge des référés contractuels à prononcer la nullité des autres contrats. Demeure alors, pour les concurrents évincés de la conclusion de ces contrats, à faire valoir ces manquements dans le cadre du recours en contestation de la validité du contrat ouvert par votre décision *Tropic Travaux Signalisation*.

Le contrat en litige est une délégation de service public (21 juin 2000, *SARL Plage Chez Joseph*, p. 282). Aucune disposition législative ni réglementaire n'impose, comme le fait l'article 80 du code des marchés publics pour les marchés et accords-cadres passés selon une procédure formalisée, la notification aux candidats du rejet de leur offre et d'un délai pendant lequel la signature du contrat est suspendue. L'article R. 1411-2-1 du code général des collectivités territoriales prévoit seulement les modalités de la publication par le pouvoir adjudicateur de son intention de conclure la convention, publication qui, si le contrat n'est pas signé dans les onze jours qui suivent, rend irrecevable le référé contractuel. Cette publication et le délai de suspension qui l'accompagne est une faculté que le pouvoir adjudicateur peut mettre en oeuvre s'il souhaite se prémunir contre l'éventualité d'un référé contractuel. Ils n'ont donc pas pour effet de faire entrer les délégations de service public dans le champ d'application du 3^{ème} alinéa de l'article L. 551-18.

Et la circonstance que le pouvoir adjudicateur ait informé le candidat évincé du rejet de son offre en lui indiquant qu'il s'abstiendrait de conclure le contrat pendant un délai de 16 jours minimum, comme le prévoient les dispositions de l'article 80 du code des marchés publics, ne saurait avoir pour effet de rendre applicable à ce contrat des dispositions qui ne lui sont en principe pas applicables. Le 3ème alinéa de l'article L. 551-18 définit l'office du juge du référé contractuel lorsqu'il est saisi de certains contrats entachés de certains vices et le périmètre de ces pouvoirs ne saurait varier selon que le pouvoir adjudicateur a choisi volontairement de se soumettre à une formalité à laquelle il n'était pas astreint et dont le législateur n'a par conséquent pas entendu sanctionner la méconnaissance comme il l'a fait pour les contrats auxquelles elle s'impose. Le choix de la personne publique de suivre une procédure peut certes l'obliger à la respecter, comme vous le jugez de manière constante, mais ne saurait modifier les compétences du juge.

En se fondant sur le 3ème alinéa de l'article L. 551-18 pour prononcer la nullité du contrat dont il était saisi, le juge du référé contractuel du TA de Toulon a donc méconnu le champ d'application de cette disposition. Le manquement qu'il a relevé n'était pas de ceux qui justifient, en vertu des dispositions de l'alinéa 1er qui lui sont seules applicables, l'annulation de ce contrat et vous devez soulever d'office cette erreur de droit afin de ne pas être conduits à faire vous-mêmes, en répondant au second moyen du pourvoi, application de dispositions inapplicables à ce litige.

Vous avez à plusieurs reprises récemment rappelé qu'il appartient aussi bien au juge d'appel qu'au juge de cassation de relever d'office l'erreur de droit commise par le juge qui a fondé la décision attaquée sur un moyen inopérant (3 août 2011, *Mme Craeye*, n°326754, aux Tables, pour le juge d'appel ou 24 avril 2013, *M. Fehri*, n° 354575; 20 mars 2013, *Société d'aménagement de Lot-et-Garonne et syndicat mixte de développement économique du marmandais*, n° 351101, aux T, pour le juge de cassation). De même, vous avez fait droit, pour annuler l'ordonnance d'un juge des référés précontractuels, à un moyen nouveau en cassation tiré de ce que les dispositions sur lesquelles il s'était fondé pour annuler la procédure n'étaient pas applicables au marché en litige (23 décembre 2011, *Etablissement public d'aménagement euroméditerranée*, n° 351505, au rec). Cette dernière décision montre, s'il en était besoin, que vous n'appréhendez pas différemment la méconnaissance du champ d'application de la loi selon qu'elle est commise par un juge du fond ou par un juge du référé précontractuel ou contractuel qui est également, même s'il statue en la forme des référés, un juge du fond.

Nous vous proposons donc de soulever d'office le moyen tiré de ce que le juge du référé du TA de Toulon ne pouvait se fonder sur les dispositions du 3ème alinéa de l'article L. 551-18 du CJA pour annuler le contrat conclu par la commune de La Seyne-sur-Mer et de casser l'ordonnance attaquée.

Réglant l'affaire au fond, vous rejetterez la demande de référé contractuel de la SARL Miramar, les manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence qu'elle reproche à la commune ne consistant pas en une absence totale des mesures de publicité requises pour la passation de ce contrat, qui seule peut justifier, en vertu du 1er alinéa de l'article L. 551-18 du CJA, seul applicable à cette délégation de service public, l'annulation du contrat.

Bien que ce rejet vous dispense de vous prononcer sur la recevabilité de la demande, vous pourrez choisir de le faire afin de rappeler les règles de recevabilité du référé contractuel dans le cas particulier d'un pouvoir adjudicateur qui a accompli les formalités imposées aux marchés formalisés au lieu de celles prévues pour les délégations de service public. L'hypothèse est suffisamment originale, sans être probablement totalement isolée, pour que vous

saisissiez l'occasion que vous offre ce pourvoi pour faire cette petite mise au point.

Aux termes de l'article L. 551-15, "*Le recours régi par la présente section ne peut être exercé ni à l'égard des contrats dont la passation n'est pas soumise à une obligation de publicité préalable lorsque le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice a, avant la conclusion du contrat, rendu publique son intention de le conclure et observé un délai de onze jours après cette publication, ni à l'égard des contrats soumis à publicité préalable auxquels ne s'applique pas l'obligation de communiquer la décision d'attribution aux candidats non retenus lorsque le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice a accompli la même formalité*". L'article R. 1411-2-1 du code général des collectivités territoriales détaille les modalités de la publicité prévue par ces dispositions : « *Pour rendre applicables les dispositions du premier alinéa de l'article L. 551-15 du code de justice administrative, l'autorité responsable de la personne publique délégante publie au Bulletin officiel d'annonces des marchés publics un avis, conforme au modèle fixé par arrêté conjoint du ministre chargé de l'intérieur et du ministre chargé de l'économie, relatif à son intention de conclure la délégation de service public. Elle doit alors respecter un délai d'au moins onze jours entre la date de publication de cet avis et la date de conclusion du contrat* ».

Le respect par la personne publique délégante de ces formalités a pour effet de rendre irrecevable le référé contractuel. Qu'en est-il lorsqu'au lieu d'accomplir ces formalités, elle suit celles qu'impose l'article 80 aux marchés et accords cadres passés selon une procédure formalisée, c'est à dire une notification aux candidats du rejet de leur offre et du délai pendant lequel elle s'engage à ne pas conclure le contrat ? Il se trouve qu'en l'espèce, la commune n'a même pas respecté ce délai et a signé le contrat au bout de 10 jours alors qu'elle avait indiqué un délai d'au moins 16 jours. Cette circonstance à elle seule suffirait à rendre le recours du candidat évincé recevable. Mais la position que vous prendrez sur les règles applicables, celles prévues pour cette catégorie de contrats ou celles dont la commune a fait application, sera d'une plus grande portée.

Nous pensons que, pas plus qu'il ne peut avoir pour effet de modifier le champ des pouvoirs du juge, le choix de l'autorité délégante de se soumettre à une formalité qui ne s'appliquait pas au contrat qu'elle concluait ne saurait modifier les règles de recevabilité du recours qui, comme les précédentes, sont des règles d'ordre public. La portée des dispositions relatives à l'office du juge est certes différente de celles relatives à la recevabilité du recours, puisque les premières définissent, pour chaque catégorie de contrats, les manquements susceptibles d'entraîner leur nullité, alors que les secondes ont pour objet de garantir l'effectivité du recours contentieux par l'information des candidats. Ne pourrait-on considérer que, quelles que soient les modalités par lesquelles cette information est donnée, l'essentiel est qu'elle l'ait été et qu'une notification peut être aussi voire plus efficace qu'une publication au bulletin officiel d'annonces des marchés publics ?

L'argument n'est pas sans poids, mais il nous semble qu'en la matière, compte tenu de la complexité déjà grande de ces procédures et de la sécurité juridique qu'elles doivent assurer, il est préférable de faire prévaloir une application littérale de ces dispositions. Dès lors que des règles ont été prévues pour permettre aux candidats à une délégation de service public de former un référé précontractuel recevable, ce sont ces règles qui doivent être mises en oeuvre par l'autorité délégante et non celles applicables aux marchés publics passés selon une procédure formalisée, alors même que la notification du rejet de l'offre est de nature à procurer au candidat évincé une information similaire à celle de la publication au BOAMP de l'intention de conclure le contrat.

En l'occurrence, l'absence de publication au BOAMP de l'intention de la commune de La Seyne-sur-Mer de conclure la délégation de service public avec M. Le Maguer, nonobstant l'information qu'elle avait donnée à la SARL Miramar, ouvrirait à cette dernière la voie du référé contractuel.

EPCMNC : Annulation de l'ordonnance attaquée, au rejet de la demande de la SARL Miramar et à ce que vous mettiez à sa charge le versement à la commune de La Seyne-sur-Mer d'une somme de 4500 euros au titre des frais exposés par cette dernière devant vous et devant le TA.

Référence 4 : CE, 25 octobre 2013, Commune de la Seyne-sur-Mer, req. n° 370393

1. Considérant qu'aux termes de l'article L. 551-13 du code de justice administrative : « *Le président du tribunal administratif, ou le magistrat qu'il délègue, peut être saisi, une fois conclu l'un des contrats mentionnés aux articles L. 551-1 et L. 551-5, d'un recours régi par la présente section* » ; qu'aux termes de l'article L. 551-18 du code de justice administrative : « *Le juge prononce la nullité du contrat lorsqu'aucune des mesures de publicité requises pour sa passation n'a été prise, ou lorsque a été omise une publication au Journal officiel de l'Union européenne dans le cas où une telle publication est prescrite. / La même annulation est prononcée lorsque ont été méconnues les modalités de remise en concurrence prévues pour la passation des contrats fondés sur un accord-cadre ou un système d'acquisition dynamique. / Le juge prononce également la nullité du contrat lorsque celui-ci a été signé avant l'expiration du délai exigé après l'envoi de la décision d'attribution aux opérateurs économiques ayant présenté une candidature ou une offre ou pendant la suspension prévue à l'article L. 551-4 ou à l'article L. 551-9 si, en outre, deux conditions sont remplies : la méconnaissance de ces obligations a privé le demandeur de son droit d'exercer le recours prévu par les articles L. 551-1 et L. 551-5, et les obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles sa passation est soumise ont été méconnues d'une manière affectant les chances de l'auteur du recours d'obtenir le contrat* » ;

2. Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis au juge des référés que la commune de La Seyne-sur-Mer (Var) a lancé en octobre 2012 une procédure d'appel d'offres en vue de l'attribution d'un contrat de délégation de service public portant sur l'exploitation du lot de plage n° 1 dit de la « plage des Sablettes » ; qu'à l'issue de la phase de négociation à laquelle elle a été admise avec M. Le Maguer, la société Miramar s'est vu notifier le rejet de son offre par un courrier du 17 mai 2013 ; que, sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, la société Miramar a saisi le juge des référés du tribunal administratif de Toulon d'une demande d'annulation de la procédure de passation du contrat ; que, par une ordonnance du 30 mai 2013, le juge des référés a rejeté cette demande comme irrecevable, le contrat ayant été signé le 27 mai 2013 ; que, par l'ordonnance attaquée, le juge des référés du tribunal administratif de Toulon a, à la demande de la société Miramar, annulé le contrat conclu par la commune de La Seyne-sur-Mer et M. Le Maguer sur le fondement des dispositions des articles L. 551-13 et L. 551-18 du code de justice administrative relatives au référé contractuel ;

3. Considérant que les cas dans lesquels le juge des référés peut annuler un contrat sont limitativement énumérés aux trois alinéas de l'article L. 551-18 précité ; que s'agissant des contrats de délégation de service public, qui ne sont ni soumis à l'obligation, pour le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice, visée au troisième alinéa de l'article L. 551-18, de notifier aux opérateurs économiques ayant présenté une offre, avant la signature du contrat, la décision d'attribution, ni concernés par le deuxième

alinéa de cet article relatif à des marchés publics fondés sur un accord cadre ou un système d'acquisition dynamique, l'annulation d'un tel contrat ne peut résulter que du constat des manquements mentionnés au premier alinéa de cet article L. 551-18, c'est-à-dire de l'absence de toutes les mesures de publicité requises pour sa passation ou d'une publication au Journal officiel de l'Union européenne dans le cas où une telle publication est prescrite ; que, par suite, les candidats à l'attribution d'un contrat de délégation de service public ne peuvent invoquer utilement, à l'appui de leurs conclusions tendant à l'annulation du contrat présentées dans le cadre d'un référé contractuel, que les manquements de l'autorité délégante à ses obligations de publicité visées au premier alinéa de l'article L. 551-18 du code de justice administrative ;

4. Considérant qu'il résulte de ce qui précède qu'en jugeant que la société Miramar était fondée à demander l'annulation du contrat de délégation de service public conclu par la commune de La Seyne-sur-Mer et M. Le Maguer sur le fondement du troisième alinéa de l'article L. 551-18 du code de justice administrative, alors que ces dispositions ne sont pas applicables aux contrats de délégation de service public, le juge des référés du tribunal administratif de Toulon a commis une erreur de droit ; que, par suite, sans qu'il soit besoin d'examiner les moyens du pourvoi, l'ordonnance du juge des référés du tribunal administratif de Toulon du 4 juillet 2013 doit être annulée ;

5. Considérant que dans les circonstances de l'espèce, il y a lieu, en application de l'article L. 821-2 du code de justice administrative, de régler l'affaire au titre de la procédure de référé engagée par la société Miramar ;

6. Considérant, d'une part, qu'aux termes de l'article L. 551-14 de ce code : « *Les personnes habilitées à agir sont celles qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par des manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles sont soumis ces contrats, ainsi que le représentant de l'Etat dans le cas des contrats passés par une collectivité territoriale ou un établissement public local. / Toutefois, le recours régi par la présente section n'est pas ouvert au demandeur ayant fait usage du recours prévu à l'article L. 551-1 ou à l'article L. 551-5 dès lors que le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice a respecté la suspension prévue à l'article L. 551-4 ou à l'article L. 551-9 et s'est conformé à la décision juridictionnelle rendue sur ce recours* » ; qu'aux termes de l'article L. 551-15 du code de justice administrative : « *Le recours régi par la présente section ne peut être exercé ni à l'égard des contrats dont la passation n'est pas soumise à une obligation de publicité préalable lorsque le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice a, avant la conclusion du contrat, rendu publique son intention de le conclure et observé un délai de onze jours après cette publication, ni à l'égard des contrats soumis à publicité préalable auxquels ne s'applique pas l'obligation de communiquer la décision d'attribution aux candidats non retenus lorsque le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice a accompli la même formalité (...)* » ; qu'aux termes de l'article R. 1411-2-1 du code général des collectivités territoriales : « *Pour rendre applicables les dispositions du premier alinéa de l'article L. 551-15 du code de justice administrative, l'autorité responsable de la personne publique délégante publie au Bulletin officiel d'annonces des marchés publics un avis, conforme au modèle fixé par arrêté conjoint du ministre chargé de l'intérieur et du ministre chargé de l'économie, relatif à son intention de conclure la délégation de service public. Elle doit alors respecter un délai d'au moins onze jours entre la date de publication de cet avis et la date de conclusion du contrat* » ;

7. Considérant qu'il résulte de ces dispositions que sont seuls recevables à saisir le juge du référé contractuel d'une demande dirigée contre un contrat de délégation de service public, lequel n'est pas soumis à l'obligation de communiquer la décision d'attribution aux candidats non retenus, outre le préfet, les candidats qui n'ont pas engagé un référé précontractuel, lorsque l'autorité délégante n'a pas rendu publique son intention de conclure le contrat dans les conditions prévues par l'article R. 1411-2-1 du code général des collectivités territoriales et n'a pas observé, avant de le signer, un délai d'au moins onze jours entre la date de publication de l'avis prévu par cet article et la date de conclusion du contrat, ainsi que ceux qui ont engagé un référé précontractuel, lorsque l'autorité délégante n'a pas respecté l'obligation de suspendre la signature du contrat prévue aux articles L. 551-4 ou L. 551-9 du code de justice administrative ou ne s'est pas conformé à la décision juridictionnelle rendue sur ce référé ;

8. Considérant qu'il résulte de l'instruction que la commune de La Seyne-sur-Mer n'a pas rendu publique son intention de conclure le contrat de délégation de service public portant sur l'exploitation du lot de plage n° 1 dit de la « plage des Sablettes » dans les conditions prévues, pour les délégations de service public, par l'article R. 1411-2-1 du code général des collectivités territoriales ; que, par suite et nonobstant la circonstance que la commune a notifié au candidat non retenu la décision de rejeter son offre et de retenir celle de M. Le Maguer en précisant dans cette décision qu'elle respecterait un délai de suspension de seize jours minimum avant de conclure le contrat, délai minimum qu'elle n'a au demeurant pas respecté, la société Miramar est recevable à saisir le juge du référé contractuel d'une demande tendant à l'annulation de ce contrat ;

9. Considérant, toutefois, que la société Miramar se prévaut uniquement de manquements visés au troisième alinéa de l'article L. 551-18 du code de justice administrative ; qu'ainsi qu'il a été dit au point 3 de la présente décision, les candidats à l'attribution d'une délégation de service public ne peuvent utilement invoquer ces dispositions pour demander au juge du référé contractuel l'annulation du contrat ; que, par suite, sa demande tendant à ce que soit prononcée la nullité du contrat de délégation de service public ne peut qu'être rejetée ;

Référence 5 : CE, 4 avril 2016, Communauté d'agglomération du centre de la Martinique, req. n°396191

Vu la procédure suivante :

La société Caraïbes Développement a demandé au juge des référés du tribunal administratif de la Martinique, sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, d'annuler la procédure de passation d'une convention provisoire pour la gestion du service public de la fourrière de véhicules de Mangot Vulcin engagée par la communauté d'agglomération du centre de la Martinique, puis, après avoir été informée de sa signature, d'annuler, sur le fondement de l'article L. 551-13 du même code, la convention conclue le 9 novembre 2015 entre la communauté d'agglomération et la société Depann Express.

Par une ordonnance n° 1500589 du 1er décembre 2015, le juge des référés du tribunal administratif de la Martinique a, en premier lieu, jugé qu'il n'y avait pas lieu de statuer sur les conclusions de la société Caraïbes Développement tendant à l'annulation de la procédure de passation de la convention litigieuse et a, en second lieu, annulé la convention du 9 novembre 2015.

Par un pourvoi, enregistré le 18 janvier 2016 au secrétariat du contentieux du Conseil D'État, la communauté d'agglomération du centre de la Martinique demande au Conseil d'Etat :

- 1°) d'annuler cette ordonnance en tant qu'elle annule la convention du 9 novembre 2015 ;
- 2°) statuant en référé, de rejeter la demande présentée par la société Caraïbes Développement ;
- 3°) de mettre à la charge de la société Caraïbes Développement la somme de 5 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu :

- le code général des collectivités territoriales ;
 - le code de justice administrative ;
- Après avoir entendu en séance publique :
- le rapport de Mme Charline Nicolas, auditeur,
 - les conclusions de M. Gilles Pellissier, rapporteur public ;

La parole ayant été donnée, avant et après les conclusions, à la SCP Matuchansky, Vexliard, Poupot, avocat de la société communauté d'agglomération du centre de la Martinique et à la SCP Nicolaÿ, de Lanouvelle, Hannotin, avocat de la société Caraïbes Développement ;

1. Considérant qu'aux termes de l'article L. 551-13 du code de justice administrative : " Le président du tribunal administratif, ou le magistrat qu'il délègue, peut être saisi, une fois conclu l'un des contrats mentionnés aux articles L. 551-1 et L. 551-5, d'un recours régi par la présente section " ; qu'aux termes du premier alinéa de l'article L. 551-14 du même code : " Les personnes habilitées à agir sont celles qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par des manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles sont soumis ces contrats, ainsi que le représentant de l'Etat dans le cas des contrats passés par une collectivité territoriale ou un établissement public local " ; qu'en vertu des dispositions de l'article L. 551-18 du même code, le juge du référé contractuel " prononce la nullité du contrat lorsqu'aucune des mesures de publicité requises pour sa passation n'a été prise, ou lorsque a été omise une publication au Journal officiel de l'Union européenne dans le cas où une telle publication est prescrite. / La même annulation est prononcée lorsqu'ont été méconnues les modalités de remise en concurrence prévues pour la passation des contrats fondés sur un accord-cadre ou un système d'acquisition dynamique. / Le juge prononce également la nullité du contrat lorsque celui-ci a été signé avant l'expiration du délai exigé après l'envoi de la décision d'attribution aux opérateurs économiques ayant présenté une candidature ou une offre ou pendant la suspension prévue à l'article L. 551-4 ou à l'article L. 551-9 si, en outre, deux conditions sont remplies : la méconnaissance de ces obligations a privé le demandeur de son droit d'exercer le recours prévu par les articles L. 551-1 et L. 551-5, et les obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles sa passation est soumise ont été méconnues d'une manière affectant les chances de l'auteur du recours d'obtenir le contrat " ;

2. Considérant qu'aux termes de l'article L. 1411-1 du code général des collectivités territoriales : " (...) Les délégations de service public des personnes morales de droit public relevant du présent code sont soumises par l'autorité délégante à une procédure de publicité permettant la présentation de plusieurs offres concurrentes, dans des conditions prévues par un décret en Conseil d'Etat. (...) " ; que si l'article L. 1411-12 prévoit que les dispositions de l'article L. 1411-1 ne s'appliquent pas aux délégations inférieures à certains montants, il les soumet également à une publicité préalable ; que les articles R. 1411-1 et R. 1411-2 du même code, pris pour application des articles L. 1411-1 et L. 1411-12, qui fixent les modalités de cette publicité, ne sont assortis d'aucune dérogation ; que, toutefois, en cas

d'urgence résultant de l'impossibilité soudaine dans laquelle se trouve la personne publique, indépendamment de sa volonté, de continuer à faire assurer le service par son cocontractant ou de l'assurer elle-même, elle peut, lorsque l'exige un motif d'intérêt général tenant à la continuité du service public, conclure, à titre provisoire, un nouveau contrat de délégation de service public sans respecter au préalable les règles de publicité prescrites ; que la durée de ce contrat ne saurait excéder celle requise pour mettre en œuvre une procédure de publicité et de mise en concurrence, si la collectivité entend poursuivre la délégation du service, ou, au cas contraire, pour organiser les conditions de sa reprise en régie ou pour en redéfinir la consistance ;

3. Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis au juge des référés du tribunal administratif de la Martinique que, le 9 avril 2008, la communauté d'agglomération du centre de la Martinique (CACEM) a conclu avec la société Clichy Dépannage une convention de délégation de service public portant sur la gestion et l'exploitation de la fourrière de véhicules de Mangot Vulcin, convention reprise en 2011 par la société Caraïbes Développement ; que son terme était fixé au 31 août 2015 ; que, par une délibération du 22 juillet 2015, la CACEM a décidé de prolonger la délégation de service public jusqu'au 30 avril 2016 pour un motif d'intérêt général, tiré de ce qu'il était envisagé de procéder au transfert à l'État de la compétence en matière de fourrière des véhicules ; que la société Caraïbes Développement a signé, le 31 août 2015, l'avenant portant prolongation de la convention, en y ajoutant deux clauses suspensives ; que le préfet de la région de la Martinique ayant estimé, dans l'exercice de son contrôle de légalité, que ces deux clauses présentaient un caractère abusif et illégal, la CACEM a, par une délibération du 3 novembre 2015, " retiré " l'avenant et engagé une consultation avec plusieurs entreprises, dont la société Caraïbes Développement, afin de conclure une " convention provisoire pour la gestion du service public de fourrière " ; que la société Caraïbes Développement a saisi le juge du référé précontractuel du tribunal administratif de la Martinique, sur le fondement des dispositions de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, d'une demande tendant à l'annulation de la procédure de passation du nouveau contrat ; qu'ayant appris au cours de l'instance que ce contrat avait été signé par la CACEM avec la société Depann Express le 9 novembre 2015, elle a demandé au juge du référé contractuel du même tribunal de l'annuler, sur le fondement de l'article L. 551-13 du même code ; que, par l'ordonnance attaquée, celui-ci, après avoir constaté qu'il n'y avait pas lieu de statuer sur les conclusions tendant à l'annulation de la procédure de passation, a fait droit aux conclusions tendant à l'annulation du contrat, au motif que la CACEM n'avait mis en œuvre aucune mesure de publicité, sans que l'urgence invoquée ne justifie, dans les circonstances de l'espèce, une telle dispense ;

4. Considérant, en premier lieu, que, pour soutenir qu'elle était placée dans une situation d'urgence, la CACEM invoquait la circonstance qu'elle avait été tenue de " retirer ", au mois de novembre 2015, l'avenant prolongeant la convention antérieure et que celle-ci devait donc être regardée comme ayant pris fin le 31 août 2015 ; que, pour écarter ce moyen, le juge des référés du tribunal administratif de la Martinique, après avoir constaté que la CACEM n'avait pas accepté les clauses suspensives introduites par la société Caraïbes Développement dans l'avenant, a toutefois relevé que la société y avait renoncé dès le 8 octobre 2015, que le préfet lui-même avait estimé que, ces clauses mises à part, la prolongation de la délégation ne soulevait aucune observation et que la décision de " retrait " intervenue le 3 novembre 2015 devait s'analyser en une résiliation, d'ailleurs notifiée au délégataire postérieurement à la conclusion du nouveau contrat ; qu'en déduisant de ces éléments, au terme d'une appréciation des pièces du dossier qui n'est pas entachée de dénaturation, que le service public de la fourrière pouvait continuer d'être exécuté par la société Caraïbes Développement dans le cadre de la prolongation

de la délégation conclue le 9 avril 2008, et donc que l'urgence ne justifiait pas que la CACEM conclue une nouvelle convention, même provisoire, sans publicité ni mise en concurrence, le juge des référés n'a entaché son ordonnance, qui est suffisamment motivée, ni de contradiction de motifs, ni d'erreur de droit ;

5. Considérant, en second lieu, qu'il résulte des dispositions de l'article L. 551-18 du code de justice administrative que l'annulation d'un contrat dans le cadre d'un référé contractuel, lorsqu'elle est prononcée pour l'un des motifs mentionnés au premier ou au deuxième alinéa de cet article, et notamment, s'agissant d'une délégation de service public, pour absence totale de publicité, n'est pas subordonnée, contrairement aux hypothèses prévues au troisième alinéa, à la condition que le manquement ait affecté les chances de l'auteur du recours d'obtenir le contrat ; que, par suite, contrairement à ce que soutient la CACEM, le juge des référés n'a pas commis d'erreur de droit, ni méconnu son office en ne recherchant pas si la société Caraïbes Développement était susceptible d'avoir été lésée par l'absence de publicité préalable à la conclusion de la convention conclue avec la société Depann Express ;

6. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que le pourvoi de la CACEM doit être rejeté ; que les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce qu'une somme soit mise à ce titre à la charge de la société Caraïbes Développement, qui n'est pas, dans la présente instance, la partie perdante ; qu'il y a lieu, en revanche, de mettre à la charge de la CACEM le versement à la société Caraïbes Développement de la somme de 3 000 euros au titre des mêmes dispositions ;

D E C I D E :

Article 1er : Le pourvoi de la CACEM est rejeté.

Article 2 : La CACEM versera à la société Caraïbes Développement la somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : La présente décision sera notifiée à la communauté d'agglomération du centre de la Martinique, à la société Caraïbes Développement et à la société Depann Express.