



Dossier thématique

Le juge administratif et la commande publique

MARDI 3 JUIN 2014

SOMMAIRE :

- 1- Les grandes évolutions du contentieux de la commande publique devant le juge administratif p.2
- 2- Les statistiques 2013 du contentieux de la commande publique p.4
- 3- L'Office du juge du contrat : les jurisprudences dites « Béziers I » et « Béziers II » p.5
- 4- Les voies de droit ouvertes aux tiers pour contester le contrat : la jurisprudence « Département du Tarn-et-Garonne » p.7
- 5- Les procédures d'urgence p.9
- 6- Le référé précontractuel : la jurisprudence dite « SMIRGEOMES » p.11

1- Les grandes évolutions du contentieux de la commande publique devant le juge administratif : concilier respect du principe de légalité, sécurité juridique et effectivité des recours

Le contentieux lié à la commande publique devant le juge administratif a connu, au cours des dernières années, des évolutions profondes, visant à assurer une meilleure conciliation entre, d'une part, la protection du principe de légalité, qui régit l'action administrative et qui implique, en la matière, notamment le respect de la liberté d'accès à la commande publique, de l'égalité de traitement des candidats et de la transparence des procédures, et d'autre part, l'objectif de stabilité des relations contractuelles.

Les marchés publics passés par les personnes publiques pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services, de même que les contrats par lesquels elles confient, dans le cadre d'une délégation de service public, la gestion d'un tel service à une autre personne, ou encore les contrats de partenariat présentent en effet la particularité de n'être pas seulement la « loi des parties », c'est-à-dire de la personne publique qui a conclu le contrat et de son cocontractant. Ce sont également des instruments permettant aux personnes publiques de disposer des moyens nécessaires à l'exécution des services publics ou ayant pour objet direct la gestion et la réalisation de ces services, et qui mettent en jeu les deniers publics. Par ailleurs, certains de ces contrats comportent des clauses qui, en dépit de leur apparence contractuelle, présentent en réalité un caractère réglementaire.

Dès lors, la nécessité a été admise très tôt par le juge administratif d'ouvrir des voies de droit non seulement aux parties à ces contrats, afin de leur permettre d'en contester la validité, mais aussi à certains tiers, pour donner à ces derniers la possibilité de demander l'annulation des actes dits « détachables » des contrats tels que la décision de signer le contrat, ou encore des « clauses réglementaires » contenues par certains contrats administratifs.

Toutefois, au cours des dernières décennies, tandis que la place accordée à l'instrument contractuel dans l'action administrative s'est accrue et que l'attention portée par les opérateurs économiques aux considérations de sécurité juridique s'est renforcée, il est apparu indispensable de rénover les mécanismes mis en place par la jurisprudence, s'agissant tant des pouvoirs du juge lorsqu'il est saisi par les parties au contrat que des voies de droit ouvertes aux tiers.

En effet, l'intervention du juge pouvait paraître à la fois trop tardive et trop binaire – ne pouvant déboucher que sur une annulation ou sur un rejet des prétentions des requérants – pour permettre de protéger efficacement le principe de légalité comme pour éviter de porter des atteintes pouvant paraître quelquefois excessives à la stabilité des relations contractuelles mais aussi à l'intérêt général s'attachant, dans certaines hypothèses, à la poursuite de l'exécution du contrat.

Les évolutions récentes du contentieux contractuel ont eu pour objectif de remédier à ces inconvénients, grâce à un élargissement de la palette d'outils et d'instruments dont disposent les requérants et le juge.

Le législateur a, d'une part, sous l'impulsion du droit européen, ouvert en 1992 aux candidats évincés une procédure d'urgence spécifique, le référé précontractuel (cf. p.9), afin de permettre aux opérateurs économiques de saisir le juge administratif, avant même que le contrat soit signé, à un stade où les éventuelles violations aux règles de publicité et de mise en concurrence peuvent encore être empêchées ou corrigées. Il s'agit de donner ainsi sa pleine effectivité à l'intervention du juge en favorisant la prévention, en amont, des manquements aux règles de passation des contrats de la commande publique, avant que la relation contractuelle soit installée et que le contrat ne commence à être exécuté. Afin d'éviter qu'un excès de formalisme conduise à une annulation systématique des procédures de passation, le Conseil d'État a précisé, par sa jurisprudence dite « SMIRGEOMES » du 3 octobre 2008 (cf. p.11), qu'un manquement à une règle de mise en concurrence ou de publicité ne peut être invoqué par une entreprise formant un référé précontractuel qu'à la condition que ce manquement a été susceptible de la léser ou risque de la léser.

Cette première procédure d'urgence spécifique a ultérieurement été complétée, conformément au droit de l'Union européenne, par une seconde procédure d'urgence, le référé contractuel, qui permet de sanctionner rapidement, après la conclusion du contrat, dans des délais adaptés aux impératifs de la vie économique, les manquements les plus graves aux règles de publicité et de mise en concurrence (cf. p.9).

Le Conseil d'État a, de son côté, progressivement ouvert aux tiers des voies de recours leur permettant de contester devant le juge du contrat la validité des clauses d'un contrat administratif.

Dans un premier temps, par la décision *Société Tropic Travaux Signalisation* du 7 juillet 2007, le Conseil d'État a permis à tout concurrent évincé de la conclusion d'un contrat administratif de former devant le juge administratif un recours de pleine juridiction contestant la validité de ce contrat ou de certaines de ses clauses, qui en sont divisibles. Ce recours peut être assorti, le cas échéant, de demandes indemnitaires.

Dans un second temps, par la décision *Département de Tarn et Garonne* du 4 avril 2014 (cf. p.7), le Conseil d'État a remplacé le « recours Tropic » par une nouvelle voie de recours ouverte non plus seulement aux concurrents évincés, mais à tous les tiers susceptibles d'être lésés dans leurs intérêts de façon suffisamment directe et certaine par la passation d'un contrat administratif ou les clauses de ce contrat. Ces tiers ne peuvent invoquer que des vices particulièrement graves ou en rapport direct avec l'intérêt lésé dont ils se prévalent, à l'exception des préfets et des élus locaux qui peuvent invoquer toute irrégularité.

Cette rénovation des voies de droit ouvertes aux tiers a nourri et s'est nourrie des évolutions fondamentales qu'a connues le contentieux contractuel devant le juge des parties au contrat.

En effet, par la décision dite *Béziers I* du 28 décembre 2009 (cf. p.5), le Conseil d'État a profondément redéfini l'office du juge du contrat pour lui permettre de tenir un meilleur compte de l'objectif de stabilité des relations contractuelles et de l'exigence de loyauté de ces relations.

Ainsi, lorsqu'il est saisi d'un recours contestant la validité d'un contrat et qu'il constate une irrégularité, il peut soit décider que la poursuite de l'exécution du contrat est malgré tout possible, éventuellement sous réserve de mesures de régularisation, soit prononcer, le cas échéant avec un effet différé, après avoir vérifié que sa décision ne portera pas une atteinte excessive à l'intérêt général, la résiliation du contrat. Ce n'est qu'en cas d'irrégularité particulièrement grave (caractère illicite du contenu du contrat ou vice d'une particulière gravité relatif notamment aux conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement) que le juge peut prononcer l'annulation du contrat.

Lorsque les parties soumettent au juge administratif un litige relatif à l'exécution du contrat administratif qui les lie, il lui incombe en principe de faire application du contrat. Ce n'est que dans les mêmes hypothèses d'irrégularités graves qu'il peut écarter le contrat pour régler le litige.

Par la décision dite *Béziers II* du 11 mars 2011 (cf. p.5) le Conseil d'État a également permis au juge saisi par une partie à un contrat d'un recours dirigé contre la mesure de résiliation de ce contrat de tenir compte, pour déterminer les conséquences à tirer d'éventuels vices de la mesure de résiliation, de la gravité de ces vices et de l'intérêt général. Il peut notamment ordonner la reprise des relations contractuelles.

Ces innovations, permettant, tout en faisant respecter le principe de légalité, de permettre une plus grande sécurité juridique et de proportionner les conséquences des illégalités à leur degré de gravité, peuvent être mises en parallèle avec les grandes évolutions qui ont marqué le droit de l'urbanisme, en dernier lieu par l'ordonnance n° 2013-638 du 18 juillet 2013.

2- Contentieux de la commande publique : éléments statistiques de l'année 2013

I. Devant le Conseil d'État

Contentieux des marchés et contrats

	Entrées		Sorties	
	Brut	Net	Brut	Net
Contentieux des marchés et contrats	331	331	333	333
<i>(Ensemble du contentieux toutes matières confondues)</i>	<i>(9 480)</i>	<i>(9 235)</i>	<i>(10 143)</i>	<i>(9 806)</i>
Part de l'ensemble du contentieux	3,5%	3,6%	3,3%	3,4%

Référés précontractuels et contractuels

	Entrées	Sorties
Référés pré-contractuels	67	78
Référés contractuels	3	3
Total	70	81

Délai moyen de jugement des affaires

Marchés et contrats	193 j (soit 6 m 13 j)
Référés pré-contractuels et contractuels	80 j (soit 2 m 20 j)

II. Devant les tribunaux administratifs

Contentieux des marchés et contrats

	Entrées		Sorties	
	Brut	Net	Brut	Net
Contentieux des marchés et contrats	6 045	6 042	6 456	6 199
<i>(Ensemble du contentieux toutes matières confondues)</i>	<i>(181 200)</i>	<i>(175 762)</i>	<i>(188 205)</i>	<i>(183 182)</i>
<i>Dont :</i>				
<i>Marchés et contrats de l'Etat</i>	<i>1 183</i>	<i>1 183</i>	<i>1 094</i>	<i>1 093</i>
<i>Marchés et contrats des collectivités territoriales</i>	<i>4 030</i>	<i>4 027</i>	<i>4 444</i>	<i>4 188</i>
Part dans l'ensemble du contentieux	3,3%	3,4%	3,4%	3,4%

Référés marchés

	Entrées		Sorties	
	Brut	Net	Brut	Net
Référés marchés	6 045	6 042	6 456	6 199
<i>Dont :</i>				
<i>Marchés et contrats de l'Etat</i>	<i>257</i>	<i>257</i>	<i>259</i>	<i>259</i>
<i>Marchés et contrats des collectivités territoriales</i>	<i>828</i>	<i>826</i>	<i>814</i>	<i>812</i>

Délai moyen de jugement des affaires

	Brut	Net
Marchés et contrats	1 a 1 m 21 j	1 a 1 m 7 j
Référés pré-contractuels et contractuels	21 j	21 j

3- L'office du juge du contrat : les jurisprudences dites « Béziers I » et « Béziers II »

Le Conseil d'État a redéfini l'office du juge du contrat saisi par les parties à un contrat administratif d'une contestation portant sur la validité de ce contrat. Une telle contestation peut se présenter soit dans le cadre d'un recours de plein contentieux dirigé directement contre le contrat, soit dans le cadre d'un litige opposant les parties sur les conditions d'exécution du contrat (Assemblée, 28 décembre 2009, *Commune de Béziers*, n° 304802, dit « **Béziers I** »).

En vertu de cette nouvelle jurisprudence, le juge ne décide pas mécaniquement, en présence d'irrégularités, d'annuler le contrat (s'il est saisi d'un recours directement dirigé contre le contrat) ou de l'écarter pour résoudre le litige d'exécution sur un terrain extra-contractuel. Il dispose au contraire d'une plus large palette de solutions, en fonction des irrégularités en cause et en tenant compte de l'exigence de loyauté des relations contractuelles, de l'objectif de stabilité des relations contractuelles et de l'intérêt général.

Ainsi, lorsque le juge est saisi par une partie au contrat d'un **recours de plein contentieux directement dirigé contre le contrat**, il vérifiera tout d'abord que la partie qui se prévaut d'une irrégularité est, compte tenu de l'exigence de loyauté des relations contractuelles, recevable à le faire – ce qui peut par exemple ne pas être le cas si la partie est l'auteur de l'irrégularité en cause. Si tel est le cas, le juge pourra ensuite, en fonction de la nature et de l'importance de l'irrégularité, décider que la poursuite de l'exécution du contrat est possible, éventuellement sous réserve de mesures de régularisation prises par la personne publique ou convenues entre les parties. Il peut également prononcer, le cas échéant avec un effet différé, après avoir vérifié que sa décision ne portera pas une atteinte excessive à l'intérêt général, la résiliation du contrat pour l'avenir. S'il peut enfin prononcer l'annulation rétroactive du contrat, ce ne peut être qu'en raison d'une irrégularité, invoquée par une partie ou relevée d'office par lui, tenant au caractère illicite du contenu même du contrat ou à un vice d'une particulière gravité relatif notamment aux conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement.

Lorsqu'il est saisi d'un litige relatif à l'**exécution du contrat**, dans le cadre par exemple d'un recours indemnitaire introduit par une partie pour obtenir la réparation du préjudice que lui aurait causé la mauvaise exécution du contrat par l'autre partie, il appartient en principe au juge, eu égard à l'exigence de loyauté des relations contractuelles, de régler le litige sur le terrain contractuel, quand bien même le contrat serait entaché d'irrégularités dont une partie se prévaudrait pour se soustraire aux obligations contractuelles. Ce n'est que pour les irrégularités les plus importantes, celles qui tiennent au caractère illicite du contenu même du contrat ou à un vice d'une particulière gravité relatif notamment aux conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement, que le juge doit, au besoin d'office, écarter le contrat et régler le litige sur un terrain extracontractuel.

Le Conseil d'État a également jugé que le juge du contrat peut être saisi par les parties à un contrat administratif **d'un recours de plein contentieux contestant la validité d'une mesure de résiliation de ce contrat et tendant à la reprise des relations contractuelles**. Ce recours doit être exercé dans un délai de deux mois et peut être assorti d'une demande de suspension en référé afin que les relations contractuelles soient provisoirement reprises (Section, 21 mars 2011, *Commune de Béziers*, n° 304806, dit « **Béziers II** »).

Cette décision fait ainsi exception, pour les décisions de résiliation, à la règle selon laquelle le juge du contrat, lorsqu'il est saisi par une partie d'un litige relatif à une mesure d'exécution d'un contrat, ne peut pas remettre en cause cette mesure elle-même mais peut seulement, en principe, rechercher si cette mesure est intervenue dans des conditions de nature à ouvrir droit à indemnité.

Pour déterminer s'il y a lieu de faire droit à la demande de reprise des relations contractuelles, le juge du contrat doit apprécier, eu égard à la gravité des vices constatés et, le cas échéant, à celle des manquements du requérant à ses obligations contractuelles, ainsi qu'aux motifs de la résiliation, si une telle reprise n'est pas de nature à porter une atteinte excessive à l'intérêt général et, eu égard à la nature du contrat en cause, aux droits du titulaire d'un nouveau contrat dont la conclusion aurait été rendue nécessaire par la résiliation litigieuse.

Dans l'hypothèse où il fait droit à la demande de reprise des relations contractuelles, il peut décider, si des conclusions sont formulées en ce sens, que le requérant a droit à l'indemnisation du préjudice que lui a, le cas échéant, causé la résiliation, notamment du fait de la non-exécution du contrat entre la date de sa résiliation et la date fixée pour la reprise des relations contractuelles.

4- Les voies de droit ouvertes aux tiers pour contester le contrat : La jurisprudence « Département du Tarn-et-Garonne » du 4 avril 2014

Par sa décision du 4 avril 2014, *Département du Tarn-et-Garonne*, le Conseil d'État ouvre à tous les tiers justifiant d'un intérêt lésé par un contrat administratif la possibilité de contester sa validité devant le juge du contrat.

Cette décision revient sur une jurisprudence ancienne réservant cette voie de recours aux parties au contrat et aux concurrents évincés lors de sa passation. Elle ne correspond pas, pour autant, à une ouverture à tous les tiers du droit de contester toutes les illégalités affectant les contrats administratifs. En effet, afin de concilier le principe de légalité, auquel est soumise l'action administrative, avec la préoccupation de stabilité des relations contractuelles, d'une part, seuls certains tiers seront recevables à former un tel recours, et d'autre part, seuls certains moyens, tirés d'illégalités particulièrement graves ou en rapport direct avec l'intérêt lésé des tiers requérants, seront susceptibles d'être soulevés.

Le contexte juridique :

Les voies de recours ouvertes, devant le juge administratif, pour contester un contrat diffèrent selon les catégories de requérants.

Traditionnellement, seules les parties signataires du contrat pouvaient en contester directement la validité devant le juge du contrat. Les tiers au contrat ne pouvaient contester, pour leur part, que les actes administratifs dits « détachables » du contrat, c'est-à-dire les actes préalables à sa conclusion, qui l'ont préparée et rendue possible (CE, 4 août 1905, Martin, p. 749). L'annulation d'un acte « détachable » illégal ne débouchait qu'exceptionnellement sur l'annulation par ricochet du contrat lui-même. Cette distinction était justifiée par la nécessité de préserver la stabilité des relations contractuelles en empêchant que des tiers puissent obtenir l'annulation des contrats alors que ceux-ci sont en cours d'exécution.

Depuis quelques années, deux mouvements fragilisaient cette construction.

D'une part, une catégorie particulière de tiers – les candidats évincés lors de la procédure de passation – s'est vu ouvrir des voies de contestation directe du contrat. Cette ouverture a été le fait de la jurisprudence du Conseil d'État, qui leur a permis de former un recours devant le juge du contrat (CE, Assemblée, 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, n° 291545), puis du législateur, qui leur a permis, sous certaines conditions, de former un référé contractuel.

D'autre part, la jurisprudence a doté le juge du contrat de nouveaux outils lui permettant de sanctionner les éventuelles irrégularités d'un contrat autrement qu'en l'annulant rétroactivement de manière systématique (décision *Société Tropic Travaux Signalisation* précitée et CE, Assemblée, 28 décembre 2009, *Commune de Béziers*, n° 304802), par exemple en le résiliant seulement pour l'avenir ou en décidant que l'intéressé n'a droit qu'à une réparation indemnitaire. Une ouverture plus large des voies de recours pouvait donc être compatible avec l'objectif de stabilité des relations contractuelles.

La décision du Conseil d'État :

Par sa décision *Département de Tarn-et-Garonne*, le Conseil d'État décide de créer une nouvelle voie de recours direct contre le contrat ouverte sans distinction à tous les tiers susceptibles d'être lésés, dans leurs intérêts, par sa passation ou ses clauses. Ce nouveau recours se substitue totalement au recours « Tropic » précédemment ouvert aux concurrents évincés. Il ferme également aux tiers la voie du recours direct contre les actes « détachables » du contrat, dont l'illégalité ne pourra être invoquée que devant le juge du contrat.

La nouvelle voie de recours est strictement encadrée dans ses modalités.

Pour pouvoir saisir le juge du contrat, les tiers doivent justifier que leurs intérêts sont susceptibles d'être lésés de manière suffisamment directe et certaine.

Sur le fond, ils ne peuvent se plaindre que des vices du contrat en rapport direct avec l'intérêt lésé dont ils se prévalent ou de ceux d'une gravité telle que le juge devrait les relever d'office.

Le juge apprécie l'importance de ces vices et les conséquences à en tirer. Il peut, selon les cas, soit décider que la poursuite de l'exécution du contrat est possible, soit inviter les parties à le régulariser. Ce n'est qu'en présence d'irrégularités qui ne peuvent être couvertes par une mesure de régularisation et qui ne permettent pas la poursuite de l'exécution du contrat, et après avoir vérifié que sa décision ne portera pas une atteinte excessive à l'intérêt général, que le juge résilie le contrat ou, si ce dernier a un contenu illicite ou se trouve affecté d'un vice d'une particulière gravité, en décide l'annulation totale ou partielle. Enfin, le juge peut dans certains cas condamner les parties à verser une indemnité à l'auteur du recours qui a subi un préjudice.

Le même recours est ouvert aux élus des collectivités territoriales concernées par le contrat et au préfet de département chargé du contrôle de légalité. Toutefois, compte tenu des intérêts dont ils ont la charge, ces requérants peuvent invoquer tout vice entachant le contrat. En outre, dans le cadre du contrôle de légalité, le préfet de département peut continuer de demander l'annulation des actes « détachables » du contrat tant que celui-ci n'est pas signé.

En raison de l'impératif de sécurité juridique tenant à ce qu'il ne soit pas porté une atteinte excessive aux relations contractuelles en cours, la nouvelle voie de recours ouverte par la décision du Conseil d'État ne pourra être exercée par les tiers qui n'en bénéficiaient pas auparavant que contre les contrats signés à compter de la date de cette décision (à savoir le 4 avril 2014). Pour les contrats signés avant cette date, l'ancienne voie de recours contre les actes « détachables » leur reste ouverte.

5- Le contentieux de la commande publique : les procédures d'urgence

Il existe deux **procédures d'urgence spécifiques** aux contrats de la commande publique, étroitement encadrées par le droit de l'Union européenne, dans lesquelles le juge dispose de pouvoirs étendus aux fins de prévenir ou de sanctionner, dans des délais compatibles avec les impératifs de la vie économique, des manquements aux **règles de publicité et de mise en concurrence** :

- **avant la signature** du contrat, le référé **précontractuel** ;
- **après la signature** du contrat, le référé **contractuel**.

Afin de garantir le respect du principe de **légalité**, notamment de la liberté d'accès à la commande publique, de l'égalité de traitement des candidats et de la transparence des procédures, tout en tenant compte des nécessités économiques d'un traitement **rapide** de ces contentieux, ces procédures permettent aux opérateurs de **saisir** le juge administratif à des stades où, s'agissant du référé précontractuel, les violations peuvent encore être empêchées ou corrigées avant la signature du contrat, et où, s'agissant du référé contractuel, le contrat vient seulement d'être signé et la relation entre les parties n'est pas déjà profondément installée. Il s'agit de donner ainsi sa pleine **effectivité** à l'intervention du juge, doté de **pouvoirs étendus**, à un moment où les relations contractuelles ne sont pas encore nouées ou ne le sont que depuis très peu de temps, en permettant de purger aussi en amont que possible le débat contentieux sur les conditions de passation du contrat.

Cette préoccupation de **rapidité** se manifeste par l'encadrement de ces procédures dans des temps resserrés devant le tribunal administratif, s'agissant tant de la saisine du juge que des délais dans lesquels il doit rendre sa décision, mais aussi par le recours à un juge unique statuant en premier et dernier ressort, dont l'ordonnance est seulement susceptible d'un pourvoi en cassation devant le Conseil d'État.

Les **contrats administratifs** pouvant faire l'objet de tels recours sont ceux « ayant pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures ou la prestation de services, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation, ou la délégation d'un service public ». Sont concernés notamment les **marchés publics**, les **délégations de service public**, ou encore les **contrats de partenariat**.

I. Le référé précontractuel : un outil efficace pour prévenir la passation de contrats en méconnaissance des règles de publicité et de mise en concurrence

La voie du référé précontractuel est **ouverte** non seulement aux **candidats évincés** mais aussi aux **candidats dissuadés**, ainsi qu'au préfet, qui a en charge le contrôle de légalité, lorsque le contrat doit être conclu par une collectivité territoriale ou un établissement public local.

Le juge du référé précontractuel ne peut être saisi qu'« **en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence** ». Il doit par ailleurs s'agir de manquements qui, eu égard à leur portée et au stade de la procédure auquel ils se rapportent, sont susceptibles d'avoir lésé l'entreprise qui s'en prévaut ou risquent de la léser, fût-ce de façon indirecte, en avantageant une entreprise concurrente.

Le juge du référé précontractuel **doit être saisi avant la conclusion** du contrat. Il **statue** en principe dans un délai maximum de **vingt jours** à compter de sa saisine.

Le juge du référé précontractuel dispose de **pouvoirs très étendus**. Ainsi, il peut **ordonner** à l'auteur du manquement de se **conformer à ses obligations** et il peut **suspendre la passation du contrat et l'exécution** de toute décision s'y rapportant, sauf s'il estime, compte tenu de l'ensemble des intérêts en présence et notamment de l'intérêt public, que les conséquences négatives de ces mesures pourraient l'emporter sur leurs avantages. Il peut, en outre, **annuler les décisions qui se rapportent à la passation du contrat** et supprimer les clauses ou prescriptions destinées à figurer dans le contrat qui méconnaissent ces obligations.

La **passation du contrat est automatiquement suspendue** le temps de l'instance. Si le pouvoir adjudicateur méconnaît cette règle et signe le contrat, alors qu'il avait été informé du dépôt d'un recours, le requérant pourra alors former contre le contrat un autre référé dit « contractuel ».

II. **Le référé contractuel : une voie de recours permettant de sanctionner rapidement, après la conclusion du contrat, les atteintes les plus graves aux règles de publicité et de mise en concurrence**

Une fois le **contrat conclu**, il n'est plus possible d'exercer le référé précontractuel. En revanche, la voie du référé contractuel s'ouvre – à la condition, en principe, que la personne intéressée n'ait pas déjà fait usage du référé précontractuel.

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 applicables. Le préfet peut également introduire un tel recours.

Lorsqu'un avis d'attribution du contrat a été publié, le juge peut être saisi **jusqu'au trente et unième jour** suivant cette publication. En l'absence de publication d'un tel avis, ce délai est porté à six mois à compter du lendemain du jour de la conclusion du contrat.

L'exécution du contrat peut être suspendue par le juge pendant la durée de l'instance, sauf s'il estime que les conséquences négatives de cette mesure l'emporteraient sur ses avantages.

Seules les **atteintes les plus graves** aux règles de **publicité et de mise en concurrence** peuvent être invoquées dans le cadre du référé contractuel : absence totale de publicité alors que des mesures de publicité étaient requises, omission de publication au Journal officiel de l'Union européenne dans le cas où une telle publication était obligatoire, signature du contrat avant l'expiration du délai dit « de standstill » (délai minimal exigé après la notification de la décision d'attribution aux candidats évincés, afin de leur permettre de présenter en temps utile, le cas échéant, un référé précontractuel), ou encore en violation de la suspension de la signature du contrat qui s'impose en cas de saisine du juge du référé précontractuel, et enfin, méconnaissance des modalités de remise en concurrence prévues pour la passation des contrats fondés sur un accord-cadre ou un système d'acquisition dynamique.

Les **pouvoirs** du juge du référé contractuel sont importants, à la mesure de la gravité des manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence qu'il a pour mission de sanctionner. Ainsi, il peut **annuler** le contrat ou, lorsqu'une telle annulation se heurte à une raison impérieuse d'intérêt général, sanctionner le manquement commis soit par la **résiliation** pour l'avenir seulement du contrat, soit par la **réduction** de sa durée, soit par une **pénalité** financière.

6- Le référé précontractuel : la jurisprudence dite « SMIRGEOMES »

Le **code de justice administrative** prévoit que le juge des référés précontractuels peut être saisi en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence lors de la passation d'un contrat administratif. Les personnes pouvant exercer ce recours sont, outre le préfet, celles qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par le manquement invoqué.

La Section du contentieux du Conseil d'État a jugé, par une décision n° 305420 du 3 octobre 2008, *Syndicat mixte intercommunal de réalisation et de gestion pour l'élimination des ordures ménagères du secteur Est de la Sarthe*, dite « **SMIRGEOMES** », que ces dispositions imposent au juge des référés précontractuels de rechercher si l'entreprise qui le saisit se prévaut de manquements qui, eu égard à leur portée et au stade de la procédure auquel ils se rapportent, sont susceptibles de l'avoir lésée ou risquent de la léser, fût-ce de façon indirecte, en avantageant une entreprise concurrente.

La décision « SMIRGEOMES » fait obstacle à ce qu'une entreprise puisse se prévaloir de tout manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence. L'entreprise ne peut se prévaloir que des **manquements susceptibles de l'avoir lésée ou qui risquent de la léser**.

Cette jurisprudence est comparable à celle de la **Cour de justice de l'Union européenne**, qui juge que l'instance nationale compétente peut rejeter un recours au motif que le requérant n'a pas été lésé par la violation qu'il allègue (19 juin 2013, *Werner Hackermüller*, aff. C-249/01).

Le Conseil d'État a par exemple jugé que :

- Une société dont la candidature a été admise et qui a présenté une offre correspondant à l'objet du marché n'a pas été lésée par des irrégularités qui se rapportent à une phase antérieure à la sélection des offres.
- L'erreur commise par le pouvoir adjudicateur au titre d'un critère pour lequel l'entreprise requérante a obtenu la note maximale ne constitue pas un manquement susceptible de l'avoir lésé.
- L'entreprise déclarée attributaire d'un contrat à l'issue de la procédure de passation n'est pas susceptible d'être lésée par des manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumis ce contrat.