

N° 305420

**Syndicat Mixte Intercommunal de Réalisation et de Gestion
pour l'Élimination des Ordures Ménagères du Secteur Est de la Sarthe
(SMIRGEOMES)**

Section du Contentieux

Séance du 26 septembre 2008

Lecture du 3 octobre 2008

CONCLUSIONS

M. Bertrand DACOSTA, Commissaire du Gouvernement

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

¹ Cf. la directives 71/305/CEE portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux et la directive 77/62/CEE du 21 décembre 1976 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures.

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 C'est-à-dire les marchés conclus par l'Etat, les collectivités locales et les établissements publics administratifs.

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)³.

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'ordonnance de référé classique est un jugement provisoire sur un acte définitif, l'ordonnance de référé précontractuel est un jugement définitif sur un acte préparatoire* »⁵.

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)⁶. Ne commet donc pas d'erreur de droit le juge qui

³ Le délai de vingt jours est le délai dont dispose le juge des référés aux termes de l'article R. 551-1.

⁴ AJDA 2002.46, concl. D. Piveteau.

⁵ Imprimerie Nationale, 2004.

⁶ AJDA 2006.2340, concl. D. Casas ; AJDA 2007.782, étude F. Dieu ; JCP A 2006.1301, note F. Linditch ; Contrats-Marchés publics 12/2006, note J.P. Piétri ; DA 2/2007, n° 21, comm. A. Ménéménis ; CP-ACCP février 2007, n° 63, p. 49, comm. A. Ondoua ; Courrier juridique des finances et de l'industrie, janv.-fév 2007, n° 43, note A. Tréca.

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 Chantepy 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 Stereau 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 Alstom Transport SA, aux Tables p. 1038 sur un autre point)^{9,10}. 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

⁷ BJCP 2007, n° 51, p. 116, concl. D. Casas, note R.S. ; AJDA 2007.185, note J.-D. Dreyfus ; Contrats-Marchés publics 3/2007, comm. 53, note G. Eckert.

⁸ J.H. Stahl et D. Chauvaux, Chronique de jurisprudence administrative, AJDA 1995.888

⁹ Décision conforme aux conclusions du commissaire du gouvernement, D. Piveteau, que nous citons : « *Le plein contentieux précontractuel n'est pas subjectif. Le juge pèse bien sûr l'impact concret que peut avoir, sur la publicité ou la mise en concurrence, telle ou telle irrégularité de procédure. Mais il l'apprécie dans l'absolu, et jamais en considération de la personne requérante. La situation particulière de celui qui formule le moyen n'y a pas d'incidence sur le bien-fondé du moyen.* »

¹⁰ Dans le même sens : CE, 10 mars 2004, Communauté d'agglomération de Limoges Métropole, n° 259680 ; CE, 8 avril 2005, Société Radiometer, aux tables p. 964 ; CE, 16 novembre 2005, Ville de Paris, aux tables p. 966

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 impose. 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 Degremont, 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.

¹¹ CE, 22 mars 2000, Lasaulce, p. 126 ; CE, 19 octobre 2001, Région de la Réunion et Société SETEC TPI, aux tables p. 1047

¹² CE, Section, 3 novembre 1995, District de l'agglomération nancéienne, p. 391 ; CE, 25 juillet 2001, Commune de Gravelines, p. 391 ; CE, 6 avril 2007, Département de l'Isère, à mentionner aux tables.

¹³ CE, 30 juin 2004, Ministre de l'équipement, des transports, du logement, du tourisme et de la mer c/ Fourgeaud, aux tables p. 851

¹⁴ CE, 29 juillet 1998, Garde des sceaux c/ Société Génicorp, aux tables p. 1017 ; CE, 3 mars 2004, Commune de Chateaudun, aux tables p. 772 ; CE, 28 avril 2006, Société Abraham bâtiments travaux publics, aux tables p. 953

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 marché¹⁵, 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'emploi, 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 conteste 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

¹⁵ Cf. CE, 27 juillet 2001, Compagnie générale des eaux, p. 406 ; CE, 2 juin 2004, Ville de Paris et Société Polyurbaine, aux tables p. 622

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 pré-contractuel ; 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* »¹⁶.

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...¹⁷. 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 dominant¹⁸. 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* »¹⁹. 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.

¹⁶ G. Eckert : « Réflexions sur l'évolution du droit des contrats publics », RFDA 2006.238

¹⁷ Le constat selon lequel « *les entreprises rechignent souvent à mettre en cause les entités adjudicatrices* », que l'on trouve dans l'avis du Conseil économique et social européen sur la proposition de nouvelle directive « recours » (point 2.6), semble moins concerner la France que d'autres Etats membres.

¹⁸ Cf. dans le même sens F. Llorens et P. Soler-Couteaux, « *Référé précontractuel : le revers de la médaille* », Contrats et marchés publics, n° 01/2007.

¹⁹ L. Rapp et L. Rattode : « *Marchés publics : trop de formalisme tue la procédure* », Les Echos, 23 juillet 2008.

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 indemnisations 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.

²⁰ G. Eckert, « Contenu des avis d'appel public à la concurrence : la loi est dure, mais est-ce vraiment la loi ? », note sous CE, 2 juin 2004, Ville de Paris et Société Polyurbaine, Contrats et marchés publics n° 08/2004

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'Etat appelle lui-même à « *préciser* » le régime du référé précontractuel, en envisageant une évolution de la jurisprudence²².

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 eu aucune²³. 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

²¹ Dont le délai de transposition expire le 20 décembre 2009.

²² Point 13.5.2, pp. 270-271

²³ Cf. par exemple CE, 27 mai 1988, S.A. d'exploitation de carrières de Saint-Avit, p. 334.

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 refuseriez 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 apprécier 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 provisoires²⁴, (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 avantages²⁵.* » 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 pré-contractuel ; 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

²⁴ La question de savoir si la notion de mesures provisoires, dans la directive, recouvre l'ensemble des mesures que peut prendre le juge des référés précontractuels est par ailleurs incertaine, puisque que, précisément, ces mesures sont souvent définitives ; sauf à considérer que l'annulation d'une procédure est une mesure provisoire en ce sens que le pouvoir adjudicateur peut toujours en lancer une nouvelle...

²⁵ Article 2, point 4.

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 1^{er} 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 Pressetext Nachrichtenagentur GmbH c/République d'Autriche²⁶, « *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*

²⁶ Arrêt rendu le 19 juin 2008 ; conclusions en date du 13 mars 2008 ; cf. les points 141 et suivants

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 léser 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 léser 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 enjoigne au pouvoir adjudicateur d'y remédier.

Seule l'absence de fixation de niveaux minimaux de capacité est en réalité susceptible d'avoir léser 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.