

**Impossibilité d'exercer un référé précontractuel pour
l'opérateur attributaire d'un marché public : CE, 23 déc.
2011, Département de la Guadeloupe, req. n° 350231**

Catherine Prebissy-Schnall

► **To cite this version:**

Catherine Prebissy-Schnall. Impossibilité d'exercer un référé précontractuel pour l'opérateur attributaire d'un marché public : CE, 23 déc. 2011, Département de la Guadeloupe, req. n° 350231. Contrats concurrence consommation, LexisNexis, 2012. hal-01866478

HAL Id: hal-01866478

<https://hal-univ-paris10.archives-ouvertes.fr/hal-01866478>

Submitted on 3 Sep 2018

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

« Impossibilité d'exercer un référé précontractuel pour l'opérateur attributaire d'un marché public : CE, 23 déc. 2011, Département de la Guadeloupe, req. n° 350231 », *Contrats Concurrence Consommation* n° 3, mars 2012, comm. 70.

Catherine Prebissy-Schnall

Le Conseil d'État indique que le candidat attributaire d'un marché public ne peut pas saisir le juge du référé précontractuel d'une demande tendant à l'annulation de la procédure de passation puisqu'il est insusceptible d'être lésé par les manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence commis par le pouvoir adjudicateur.

[CE, 23 déc. 2011, n° 350231, Dpt de la Guadeloupe](#)

Note :

Le Département de la Guadeloupe a lancé une procédure d'appel d'offres ouvert en vue de l'attribution d'un marché alloti portant sur des prestations de transport scolaire non urbain sur l'ensemble du territoire de la Guadeloupe. N'ayant obtenu que 9 lots sur les 153, la société requérante a saisi le juge des référés du tribunal administratif de Basse-Terre d'une demande tendant à l'annulation de la procédure de passation des 153 lots. Par une ordonnance du 3 juin 2011, le juge des référés a fait droit à cette demande et a annulé la procédure de passation de l'ensemble du marché. Saisi d'un pourvoi contre cette ordonnance de référé, le Conseil d'État annule celle-ci et saisit l'occasion de préciser les conditions dans lesquelles doit être exercé un référé précontractuel : Il revient sur sa jurisprudence antérieure (I) et juge qu'une 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 (II).

I. – L'état de la jurisprudence antérieure

Aux termes de l'[article L. 551-1 du Code de justice administrative](#), « le président du tribunal administratif ou le magistrat qu'il délègue peut être saisi, avant la conclusion d'un contrat de commande publique ou de délégation de service public, d'un manquement, par le pouvoir adjudicateur, à ses obligations de publicité et de mise en concurrence ». Qu'aux termes de l'article L. 551-10 du même code, les personnes habilitées à engager le référé précontractuel sont celles qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par le manquement invoqué, ainsi que le représentant de l'État dans le cas où le contrat doit être conclu par une collectivité territoriale ou un établissement public local. Dans l'affaire SMIRGEOMES, le Conseil d'État avait considéré qu'un simple manquement formel aux obligations de publicité et de mise en concurrence ne suffisait plus à justifier l'annulation de la procédure de passation d'un marché. Il fallait, en outre, établir que le manquement a lésé les intérêts du requérant ou est susceptible de le faire ([CE, sect., 3 oct. 2008, SMIRGEOMES, n° 305420](#) : *AJDA* 2008, p. 2161, *chron. E. Geffray et S.-J. Liéber*). Suite à cette jurisprudence, les solutions dégagées par la juridiction administrative ont témoigné d'une volonté de privilégier l'efficacité des montages contractuels. Ainsi, le Conseil d'État a considéré, dans un arrêt Département du Cher de 2009 ([CE, 14 déc. 2009, n° 330052](#)) que la société requérante attributaire de certains lots pouvait faire annuler la procédure de passation du marché au motif que le département n'agissait pas, en l'espèce, en tant qu'opérateur de

réseau au sens des dispositions de l'[article 135 du Code des marchés publics](#) et ne pouvait dès lors recourir, en tant qu'entité adjudicatrice, à une procédure négociée sur le fondement de l'article 144 du même code. Ainsi la société Kéolis Centre était susceptible d'avoir été lésée par le manquement bien qu'elle ait participé à la procédure jusqu'à son terme et que son offre ait été retenue pour certains lots, dès lors que le département avait effectivement négocié les offres qui lui étaient soumises et qu'il n'établissait pas qu'il aurait été à même de le faire dans les mêmes conditions s'il avait appliqué les dispositions de la première partie du Code des marchés publics (solution dégagée, en vérité, dès 2007 : [CE, 19 sept. 2007, Communauté d'agglomération de St-Etienne Métropole, n° 296192](#) : « Considérant que la société Sita FD a intérêt à conclure avec la communauté d'agglomération de Saint-Etienne métropole un marché de traitement des déchets ménagers et assimilés selon une procédure régulière ; que, dès lors, si elle se trouve être le seul attributaire possible du marché litigieux à l'issue de la procédure de passation négociée sans publicité préalable ni mise en concurrence engagée auprès d'elle, la société Sita FD n'en demeure moins susceptible d'être lésée par une violation des règles de publicité et de mise en concurrence applicables et doit donc être regardée comme étant au nombre des personnes ayant intérêt à agir au sens de l'[article L. 551-1 du Code de justice administrative](#)).

II. – Revirement de jurisprudence : Accès désormais interdit au référé précontractuel pour l'attributaire

Dans l'affaire commentée, la société ayant été déclarée attributaire de certains lots n'est pas susceptible d'être lésée par des manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles était soumis le département de la Guadeloupe pour la passation des contrats correspondant à ces lots. Elle n'est ainsi pas recevable à demander, sur le fondement des dispositions de l'[article L. 551-1 du Code de justice administrative](#), l'annulation de la procédure de passation de ces contrats, faute d'intérêt à agir. Le juge des référés précontractuels commet alors une erreur de droit en acceptant d'annuler la procédure de passation. Dorénavant, selon le Conseil d'État, « si la procédure de passation est entachée d'une irrégularité susceptible de conduire à l'annulation du contrat », l'opérateur économique « peut seulement, le cas échéant, retirer son offre avant la conclusion du contrat ». Ce revirement de jurisprudence, sans ambiguïtés, a le mérite de se conformer à la logique propre du recours en référé précontractuel. C'est un pas de plus vers une meilleure lisibilité du contentieux contractuel. En effet, celui-ci s'est peu à peu disloqué obligeant les requérants à maîtriser la gymnastique contentieuse pour obtenir satisfaction. Aujourd'hui, ce contentieux semble se reconstruire en un ensemble plus cohérent comme en témoigne la création du référé contractuel ou encore la qualification de déféré préfectoral en un recours de plein contentieux afin de mieux concilier les principes de légalité et de sécurité juridique, et notamment, l'exigence de stabilité des relations contractuelles ([CE, 23 déc. 2011, Min. Int., outre-mer, collectivités territoriales et immigration, n° 348647 et 348648](#)).

Mots clés : Contentieux administratif. - Référé précontractuel. - Marché public