

22 Le référé contractuel – Premières précisions jurisprudentielles

Cyrille BARDON,
avocat au barreau de Paris

et Yann SIMONNET,
avocat au barreau de Paris

Les premières décisions jurisprudentielles montrent que le référé contractuel, créé par l'ordonnance du 7 mai 2009, n'est pas le simple prolongement du référé précontractuel après la signature du contrat, mais obéit à une logique propre.

1 - Issu de l'ordonnance du 7 mai 2009¹ ayant pour objet de transposer la directive 2007/66/CE du 11 décembre 2007 réformant les directives « recours », le référé contractuel vient densifier, s'il en était besoin, les possibilités contentieuses ouvertes aux acteurs de la commande publique.

2 - Une première lecture rapide des dispositions relatives à ce nouveau référé a pu faire croire à la création d'un pendant *post-signature* du contrat au référé précontractuel². Toutefois, si ces deux recours présentent effectivement des similitudes, au-delà des divergences procédurales, les premières ordonnances rendues semblent faire émerger l'idée selon laquelle le référé contractuel et le référé précontractuel suivent des logiques qui leur sont propres.

3 - Cette étude, qui n'ambitionne pas de dresser un tableau général et définitif du régime juridique du référé contractuel, a pour simple objet de faire un tour d'horizon des premiers apports (et parfois des premières contradictions) des ordonnances rendues ces derniers mois par les juges du référé contractuel.

1. La recevabilité des requêtes en référé contractuel

4 - Les conditions de recevabilité des requêtes en référé contractuel sont déterminées par les articles L. 551-14 et L. 551-15 du Code de justice administrative.

5 - Concernant les personnes recevables à introduire un référé contractuel, il s'agit des mêmes que celles recevables à introduire un référé précontractuel : ce sont les personnes qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par des manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles sont soumis ces contrats, ainsi que le représentant de l'État dans le cas des contrats passés par une collectivité territoriale ou un établissement public local.

Il existe également une identité entre les deux référés concernant les contrats visés ; en effet, l'article L. 551-13 se contente de renvoyer aux dispositions relatives au référé précontractuel.

En revanche, concernant les conditions matérielles de recevabilité des requêtes en référé contractuel, le législateur a posé des conditions strictes qui semblent nourrir l'idée selon laquelle le référé contractuel n'est recevable que dans les hypothèses où les opérateurs économiques n'ont pu bénéficier d'un délai suffisant pour saisir utilement le juge du référé précontractuel.

6 - Ainsi, l'article L. 551-14 du Code de justice administrative prévoit que la voie du référé contractuel est fermée au demandeur ayant déjà fait usage du référé précontractuel, sauf à ce que le pouvoir adjudicateur n'ait pas respecté l'interdiction de signer le contrat induite par la saisine du juge du référé précontractuel (CJA, art. L. 551-4) ou la décision rendue par ce dernier.

7 - Par ailleurs, aux termes de l'article L. 551-15 un référé contractuel ne peut être exercé à l'égard « des contrats dont la passation n'est pas soumise à une obligation de publicité préalable » et « des contrats soumis à publicité préalable auxquels ne s'applique pas l'obligation de communiquer la décision d'attribution aux candidats non retenus » dès lors que le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice a, préalablement à la conclusion du contrat, « rendu publique son intention de le conclure » et observé un délai de onze jours après cette « publication ». Il en est de même pour les contrats fondés sur un accord-cadre ou un système d'acquisition dynamique, le délai à respecter entre la publication de l'avis et la signature étant dans ce cas de seize jours³.

Précisons que, concernant les « contrats soumis à publicité préalable auxquels ne s'applique pas l'obligation de communiquer la décision d'attribution aux candidats non retenus », la doctrine est unanime pour considérer que ces contrats sont, en matière de marchés publics, les marchés à procédure adaptée (MAPA)⁴ ; en effet, l'obligation de communiquer la décision d'attribution aux candidats non retenus prévue par l'article 80 du Code des marchés publics ne s'applique qu'aux marchés et accords-cadres passés selon une procédure formalisée.

8 - Ainsi posées, les règles de recevabilité édictées par l'ordonnance n° 2009-515 ne semblent pas présenter de difficultés majeures. Pourtant, les premières ordonnances rendues sur des référés contractuels ont soulevé d'intéressantes questions.

9 - Concernant l'**interdiction du cumul du référé précontractuel et du référé contractuel**, les juges ont ainsi dû se prononcer sur l'hypothèse où un candidat évincé non informé de la date de signature d'un marché a introduit une requête en référé précontractuel postérieurement à cette signature, cette requête étant nécessairement irrecevable.

Dans une telle hypothèse, il semble que le juge fasse une distinction selon que le pouvoir adjudicateur a, ou non, respecté son obligation d'informer le candidat du rejet de son offre et, surtout, aura respecté un délai de *stand still* avant de signer le marché (délai prévu par l'article 80 du Code des marchés publics pour les marchés passés selon une procédure formalisée ou, pour les MAPA, un délai raisonnable). Lorsque la personne publique aura respecté ces obligations, le juge du référé contractuel ne pourra que

1. Ord. n° 2009-515, 7 mai 2009 : JO 8 mai 2009, p. 7796. – Th. Pez, *Transposition de la nouvelle directive « recours » : du référé précontractuel au référé contractuel* : Dr. adm. 2009, comm. 92.

2. H. Letellier : *Contrats publics 2009*, n° 91, p. 48. – A. Hourcade : *Contrats publics 2009*, n° 91, p. 53. – J. Gourdou et P. Terneyre : *BJCP 2009*, p. 358.

3. Ce délai est toutefois réduit à onze jours si la décision a été communiquée à tous les titulaires par voie électronique.

4. H. Letellier : *Contrats publics 2009*, n° 91, p. 48.

rejeter la requête⁵. En revanche, dans l'hypothèse où la personne publique aurait signé le marché en violation de toute information des candidats évincés et/ou du délai de *stand still*, la requête devrait être recevable⁶.

10 - Concernant la **possibilité ouverte aux pouvoirs adjudicateurs de « purger », dans le cadre de la passation des MAPA, le risque de référé contractuel** en rendant publique leur intention de conclure le contrat et en respectant un délai de onze jours entre cette publicité et la signature, il semblait acquis que cette possibilité, prévue par l'article L. 551-15, suppose la publication d'un avis au JOUE⁷ ; c'est d'ailleurs l'interprétation qui en est donnée par la direction des affaires juridiques du ministère de l'Économie dans sa fiche explicative du décret n° 2009-1456⁸.

Pourtant, dans une ordonnance du 18 mai 2010⁹, le juge des référés du tribunal administratif de Saint-Denis a pragmatiquement estimé que la notification du courrier informant un candidat évincé de l'intention du pouvoir adjudicateur de conclure un marché faisait partir le délai de onze jours prévu par l'article L. 551-15 du Code de justice administrative... On peut toutefois légitimement penser que cette jurisprudence restera isolée.

2. Les irrégularités pouvant être sanctionnées par le juge du référé contractuel

11 - La maladresse du législateur dans la rédaction des dispositions relatives au référé contractuel a très vite été critiquée et a soulevé une question fondamentale : quelles irrégularités ce référé permet-il de sanctionner ?

12 - Si l'on s'en tient à la lecture de l'article L. 551-14 du Code de justice administrative, il serait logique de considérer que, à l'instar du juge du référé précontractuel, le juge du référé contractuel peut être saisi de tout manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence pesant sur les pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices.

En effet, cet article prévoit que les personnes habilitées à agir sont celles qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par « des manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles sont soumis ces contrats ».

Toutefois, cette lecture des dispositions de l'article L. 551-14 est difficilement conciliable avec la lettre de l'article L. 551-18. Pour rappel, cet article prévoit que le juge doit nécessairement prononcer la nullité du contrat dans trois hypothèses :

- aucune des mesures de publicités requises pour la passation du contrat n'a été prise ou, alors qu'elle est prescrite, il n'a pas été procédé à une publication au JOUE ;
- ont été méconnues les modalités de remise en concurrence prévues pour la passation des contrats fondés sur un accord-cadre ou un système d'acquisition dynamique ;
- le contrat a été signé avant l'expiration du délai exigé après l'envoi de la décision d'attribution aux opérateurs économiques ayant présenté une candidature ou une offre ou pendant la période de suspension de la signature consécutive à la saisine du juge du référé précontractuel.

13 - Les dispositions de l'article L. 551-18 pourraient certes être interprétées comme ayant pour seul objet d'encadrer les pouvoirs du juge lorsque celui-ci est saisi de manquements déterminés (et ce en raison de leur particulière gravité), celui-ci recouvrant toutefois sa liberté d'appréciation dès lors que seraient invoquées devant lui des irrégularités autres que celles visées à l'article L. 551-18.

Cette interprétation se heurte à une difficulté : aucun article du Code de justice administrative ne prévoit quelle(s) sanction(s) le juge peut ou doit prononcer lorsqu'il n'est pas saisi d'une des trois irrégularités visées à l'article L. 551-18...

14 - La doctrine s'est donc divisée sur la lecture combinée des dispositions des articles L. 551-14 et L. 551-18 devant être retenue, les tenants d'une interprétation stricte estimant que la voie du référé contractuel n'est ouverte qu'aux candidats évincés qui peuvent invoquer la violation de l'une des irrégularités de l'article L. 551-18¹⁰.

15 - Les premières ordonnances rendues en matière de référé contractuel semblent indiquer que les juges sont plutôt enclins à adhérer à cette interprétation stricte.

Certes, certains tribunaux administratifs ont pu estimer fondées des requêtes dans lesquelles les requérants n'invoquaient pourtant la violation d'aucune des irrégularités visées à l'article L. 551-18¹¹. Toutefois, à la lecture de ces ordonnances, il semble que l'interprétation stricte des dispositions de l'article L. 551-18 n'ait pas été soulevée.

16 - En revanche, à notre connaissance, dès lors que les pouvoirs adjudicateurs ont défendu une interprétation stricte du bien fondé des requêtes en référé contractuel, les juges ont systématiquement suivi une telle interprétation.

Ainsi, il ressort de l'ordonnance rendue le 26 mars 2010 par le tribunal administratif de Lyon¹² et de celle rendue le 31 mai 2010 par le tribunal administratif de Nantes¹³ que les juges ont pris soin de constater que les requérants avaient bien été privés de la faculté de former « utilement » un référé précontractuel en raison de la violation du délai de *stand still* avant d'apprécier si les autres manquements invoqués étaient de nature à justifier une sanction (et notamment le prononcé de la nullité du contrat).

Cette interprétation a également été adoptée par les tribunaux administratifs de Melun¹⁴, de Toulon¹⁵, de Bordeaux¹⁶, de Marseille¹⁷ et de Lille¹⁸ qui, saisis de requêtes n'invoquant aucune

10. L. Richer : *Bull. DSP Le Moniteur* n° 2009-2 – avr. 2009.

11. *TA Grenoble, ord., 6 avr. 2010, n° 1001137, SARL Lionet c/ Cne Monteynard.*
– *TA Caen, ord., 4 mai 2010, n° 1000690, Sté Vallois Normandie.* Il convient de relever que dans ces deux affaires, les requêtes ont finalement été rejetées.

12. *TA Lyon, ord., 26 mars 2010, n° 1001296, Sté Chenil Service.*

13. *TA Nantes, ord., 31 mai 2010, n° 1002823, Sté Conseil réseau téléinformatique.*

14. *TA Melun, ord., 29 avr. 2010, n° 1002057/2, Assoc. Vivre Vite :* « (...) en l'absence d'une des irrégularités autorisant une annulation, limitativement énumérées par les dispositions précitées, la requête de l'association Vivre Vite ne peut qu'être rejetée comme **non fondée** ».

15. *TA Toulon, ord., 24 juin 2010, n° 1001498, M. Cosseron de Villenoisy :* « Considérant que, pour demander au juge du référé contractuel la nullité du contrat passé par la commune de Saint-Tropez (...), M. Cosseron de Villenoisy (...) se contente de développer des arguments relatifs à la recevabilité de l'offre du candidat retenu, au caractère incomplet des documents qui lui ont été transmis à la suite de sa demande de communication, à l'irrégularité du rejet de son offre avec mention de l'avis d'appel public à la concurrence et à l'absence d'engagement de négociations pour le seul lot en cause, sans justifier ni même d'ailleurs prétendre que sa demande s'inscrit dans l'un des cas limitativement énumérés par l'article L. 551-18 du Code de justice administrative qui permettent au juge de prononcer pareille annulation ; que, par suite, en l'état de l'argumentation développée, sa requête ne peut être que rejetée ».

16. *TA Bordeaux, ord., 28 juin 2010, n° 1001950, SARL B. Electric :* « (...) ces manquements, à les supposer établis, ne sont pas au nombre des manquements, limitativement énumérés à l'article L. 551-18 susappelé, susceptibles d'entraîner le prononcé par le juge du référé de la nullité du contrat litigieux ».

17. *TA Marseille, ord., 8 juill. 2010, n° 1004015, Sté ESCCOM :* « Considérant, en second lieu, que les deux autres moyens invoqués par la SCP ESCCOM tendant à contester, d'une part, le motif de son éviction et, d'autre part, la mention excluant la possibilité d'exercer un référé précontractuel contenue dans la lettre de notification de son éviction, n'est pas au nombre de ceux, limitativement énumérés à l'article L. 551-18 du Code de justice administrative, susceptibles de fonder un référé contractuel ».

18. *TA Lille, ord., 22 juin 2010, n° 1003569, Sté Applications Concept :* « Considérant que les articles L.551-18 à L.551-20 du Code de justice administrative énoncent précisément les hypothèses dans lesquelles le juge du référé contractuel doit ou peut faire usage des pouvoirs qui lui sont dévolus ; qu'ils doivent donc être regardées comme énumérant limitativement les manquements pouvant être utilement invoqués devant ce juge ».

5. *TA Saint-Denis, ord., 18 mai 2010, n° 1000309, Sté SACPA.*

6. *TA Toulon, ord., 31 mai 2010, n° 1001085, SELARL Mental Performance.*

7. C. Bergeal, *Le contentieux des marchés publics : Le Moniteur* 2010, p. 135.

8. Fiche disponible sur le site www.minefe.gouv.fr.

9. *TA Saint-Denis, ord., 18 mai 2010, préc.*

des irrégularités visées par l'article L. 551-18, n'ont pu que rejeter ces requêtes en ce qu'elles étaient mal fondées, les juges ne se prononçant pas sur les manquements invoqués par les requérants.

3. L'appréciation des manquements invoqués devant le juge du référé contractuel

17 - L'interprétation stricte des dispositions de l'article L. 551-18 du Code de justice administrative suppose que le juge du référé contractuel ne peut être utilement saisi que par les requérants à mêmes d'invoquer l'un des trois manquements visés par cet article.

Toutefois, l'office du juge du référé contractuel n'est pas le même dans ces trois hypothèses.

18 - Constatant qu'aucune des mesures de publicités requises pour la passation du contrat n'a été prise ou, alors qu'elle est prescrite, il n'a pas été procédé à une publication au JOUE, le juge est tenu de prononcer la nullité du contrat, sauf à ce qu'il soit démontré qu'une telle nullité se heurterait à une « *raison impérieuse d'intérêt général* » au sens de l'article L. 551-19 du Code de justice administrative¹⁹. Il en est de même dans l'hypothèse où ont été méconnues les modalités de remise en concurrence prévues pour la passation des contrats fondés sur un accord-cadre ou un système d'acquisition dynamique.

En revanche, la mise en œuvre des pouvoirs du juge apparaît plus complexe dans la troisième hypothèse de l'article L. 551-18, à savoir lorsque le contrat a été signé avant l'expiration du délai exigé après l'envoi de la décision d'attribution aux opérateurs économiques ayant présenté une candidature ou une offre (violation du délai de *stand still*) ou pendant la période de suspension de la signature consécutive à la saisine du juge du référé précontractuel.

19 - En effet, dans cette troisième hypothèse, le juge n'est tenu de prononcer la nullité du contrat que lorsque sont cumulativement remplies deux conditions :

- la méconnaissance du délai de *stand still* ou de la suspension consécutive à l'introduction d'un référé précontractuel a privé le demandeur de son droit d'exercer un référé précontractuel ;
- les obligations de publicité et de mise en concurrence ont été méconnues « *d'une manière affectant les chances de l'auteur du recours d'obtenir le contrat* ».

Lorsque ces deux conditions ne sont pas remplies, le juge « *peut* » prononcer la nullité du contrat, mais il peut également choisir de prononcer la résiliation du contrat, en réduire la durée ou imposer une pénalité financière (CJA, art. L. 551-20).

Ainsi présentée, la sanction de la troisième irrégularité visée par l'article L. 551-18 soulève plusieurs questions.

20 - La première question que les juges ont eue à régler est celle de l'appréciation de la violation du délai de *stand still* dans le cadre de la passation de MAPA. En effet, ainsi que nous avons pu le rappeler ci-dessus, ce type de marché n'est pas soumis aux dispositions de l'article 80 du Code des marchés publics et donc au respect du délai de *stand still* prévu par cet article.

Toutefois, prenant leur distance avec la lettre du texte, les juges exigent que, même dans le cadre de la passation de MAPA, le droit des candidats évincés à présenter utilement un référé précontractuel soit respecté ; ainsi, au-delà des exigences de l'article 80 du Code des marchés publics, les pouvoirs adjudicateurs et les enti-

tés adjudicatrices se doivent d'observer un délai raisonnable entre le moment où l'information du rejet de l'offre est donnée aux candidats et la date de signature du marché²⁰. Cette solution, qui ne fait pas encore totalement l'unanimité au sein des tribunaux²¹, n'est pas surprenante dans la mesure où, à propos de l'article 76 du Code des marchés publics de 2001, s'inspirant de la jurisprudence communautaire²², le juge administratif avait déjà exigé que, dans le silence des textes, les acheteurs publics devaient respecter un délai raisonnable afin de garantir aux candidats l'effectivité du recours au juge du référé précontractuel²³.

21 - La deuxième question soulevée par les dispositions des articles L. 551-18 et L. 551-20 est celle de l'appréciation des manquements autres que ceux liés au non-respect du délai de *stand still* ou du délai de suspension de la procédure en raison de la saisine du juge du référé précontractuel.

Nous avons vu qu'en présence d'une violation du délai de *stand still* ou du délai de suspension consécutif à l'introduction d'un référé précontractuel, le demandeur souhaitant contraindre le juge à prononcer la nullité d'un contrat doit démontrer tout à la fois que cette violation l'a privé de son droit d'exercer un référé précontractuel et que les obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles sa passation est soumise ont été méconnues d'une manière affectant ses chances d'obtenir le contrat en cause.

22 - Pour ce qui est de la première condition, on peut penser que celle-ci sera systématiquement remplie : en effet, dans la mesure où l'article L. 551-14 exclut le cumul du référé précontractuel et du référé contractuel, toute saisine du juge du référé contractuel au motif de la violation du délai de *stand still* ou du délai de suspension induit par la saisine du juge du référé précontractuel suppose nécessairement que le requérant ait été privé de la possibilité d'introduire un référé précontractuel.

23 - Concernant la seconde condition, celle relative aux chances du requérant d'obtenir le contrat, la rédaction choisie semble renvoyer au contentieux de l'indemnisation des candidats évincés. En tout état de cause, le juge devrait rechercher *in concreto* si les manquements invoqués ont pu avoir une incidence réelle sur le classement des candidats²⁴.

24 - Reste donc à déterminer, dans l'hypothèse où les deux conditions exigées par l'article L. 551-18 ne seraient pas remplies, comment le juge appréciera les manquements soulevés devant lui : le juge du référé contractuel contrôlera-t-il l'intérêt des requérants dans les mêmes conditions que le juge du référé précontractuel depuis la décision *SMIRGEOMES*²⁵ ? La doctrine semble le

19. Pour rappel, l'article L. 551-19 du Code de justice administrative prévoit que : « *Toutefois, dans les cas prévus à l'article L. 551-18, le juge peut sanctionner le manquement soit par la résiliation du contrat, soit par la réduction de sa durée, soit par une pénalité financière imposée au pouvoir adjudicateur ou à l'entité adjudicatrice, si le prononcé de la nullité du contrat se heurte à une raison impérieuse d'intérêt général. Cette raison ne peut être constituée par la prise en compte d'un intérêt économique que si la nullité du contrat entraîne des conséquences disproportionnées et que l'intérêt économique atteint n'est pas directement lié au contrat, ou si le contrat porte sur une délégation de service public* ».

20. TA Lyon, ord., 26 mars 2010, préc. – TA Nantes, ord., 31 mai 2010, préc. – TA Paris, ord. 30 juill. 2010, n° 1012380, Sté Althing.

21. TA Lille, ord., 22 juin 2010, préc., le juge des référés a pu estimer qu'une entité adjudicatrice pouvait légalement, le même jour, signer un accord-cadre et adresser aux candidats évincés le courrier les informant du rejet de leurs offres.

22. CJCE, 28 oct. 1999, aff. C-81/98, Alcatel Austria AG : Rec. CJCE 1999, I, p. 7671.

23. CAA Bordeaux, 14 févr. 2006, n° 04BX02064, Synd. intercommunal d'alimentation en eau potable du Confolentais. – CAA Douai, 12 avr. 2007, n° 06DA00422, Sté Rock SAS. – CE, 19 déc. 2007, n° 291487, Synd. intercommunal d'alimentation en eau potable du Confolentais : JurisData n° 2007-072874.

24. V. ainsi TA Nantes, ord., 31 mai 2010, préc. : « (...) toutefois, il ne résulte pas de l'instruction que, compte tenu de l'écart dans la notation obtenue par chacune de ces sociétés au titre de l'offre de services et de l'offre technologique, cette façon de procéder ait eu une incidence sur le classement des offres ». – V. également TA Bordeaux, ord., 28 juin 2010, préc. : « (...) en tout état de cause, la SARL B. Electric n'établit pas, en se bornant à indiquer que son offre était manifestement la moins disante et en émettant des considérations très générales pour justifier les raisons de ses prix, sans apporter la moindre preuve tangible, que l'attitude du pouvoir adjudicateur aurait affecté ses chances d'obtenir le contrat ».

25. CE, 3 oct. 2008, n° 305420, *SMIRGEOMES* : JurisData n° 2008-074234 ; Dr. adm. 2008, comm. 154, B. Bonnet et A. Lalanne. – Pour rappel, aux termes de cette décision, dans le cadre d'un référé précontractuel un requérant ne peut se prévaloir que des manquements qui, eu égard à leur portée et au stade de la procédure auquel ils se rapportent, sont susceptibles de l'avoir lésé ou risquent de le léser, fût-ce de façon indirecte en avantageant une entreprise concurrente.

penser²⁶. Cette transposition serait d'ailleurs logique puisque l'intérêt à agir dans le cadre du référé contractuel est défini dans les mêmes termes que pour le référé précontractuel²⁷.

25 - Toutefois, aujourd'hui, au regard des premières ordonnances rendues, il est encore difficile de confirmer cette transposition, bien que certains tribunaux administratifs, au premier rang desquels celui de Paris²⁸, ait pris le parti d'appliquer la jurisprudence *SMIR-GEOMES*²⁹ dans le cadre de référés contractuels.

26 - En tout état de cause, au regard de la rédaction des dispositions des articles L. 551-18 et L. 551-20 du Code de justice administrative, il serait logique que le juge ne prononce pas la nullité d'un contrat lorsque la violation du délai de *stand still* ou du délai de suspension induit par la saisine du juge du référé précontractuel ne s'accompagnerait pas de manquements de nature à avoir affecté les chances du demandeur de se voir attribuer le contrat ou qui aient lésé, directement ou indirectement, ce dernier.

Certes, dans une ordonnance assez surprenante du 31 mai 2010³⁰, le tribunal administratif de Toulon a pu prononcer la nullité d'un marché au seul motif que le pouvoir adjudicateur n'avait pas respecté le délai raisonnable qui s'imposait à lui entre la notification de la décision de rejet de l'offre et la signature du marché, sans même rechercher si cette violation s'accompagnait d'une autre irrégularité.

Cette jurisprudence devrait cependant rester isolée. En effet, il ressort d'ordonnances récemment rendues par les tribunaux administratifs de Bordeaux³¹, de Marseille³² et de Paris³³ que, si le

non-respect d'un délai de *stand still* ouvre bien la voie du référé contractuel, ce manquement ne saurait justifier à lui seul l'annulation du contrat.

4. Conclusion

27 - À la lumière des ordonnances citées ci-dessus, la création du référé contractuel ne répond pas au besoin d'élargir le champ des possibles aux candidats évincés qui, par opportunité et/ou par choix « tactique », pourraient privilégier la saisine du juge du référé précontractuel ou celle du juge du référé contractuel.

En effet, la création du référé contractuel semble répondre au seul besoin de sanctionner (notamment par le prononcé de la nullité du contrat) les pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices qui auraient grossièrement et délibérément violé les règles qui ont pour objet de permettre aux candidats de saisir en temps utile le juge du référé précontractuel.

28 - Dans l'attente d'une confirmation par le Conseil d'État d'une interprétation stricte des dispositions de l'article L. 551-18 du Code de justice administrative, on doit donc considérer le référé contractuel comme un accessoire du référé précontractuel, le premier recours ayant pour objet de colmater les brèches de l'édifice procédural du second.

Par ailleurs, cette interprétation stricte des dispositions de l'article L. 551-18 mettrait également fin aux débats sur l'articulation entre le référé contractuel et le recours *Tropic*³⁴ ; en effet, dans la mesure où le juge du référé contractuel ne pourrait mettre en œuvre ses pouvoirs que dans la stricte mesure où l'une des trois irrégularités visées à l'article L. 551-18 serait invoquée devant lui, l'office du juge saisi d'un recours en contestation de la validité du contrat (recours *Tropic*) serait bien plus large. Ainsi, le recours *Tropic* continuerait bien de présenter un intérêt pour les candidats évincés. ■

Mots-Clés : Procédure - Directive recours - Référé précontractuel - Référé contractuel

26. H. Letellier : *Contrats publics 2009*, n° 91, préc. – F. Llorens et P. Soler-Couteaux, *Contrats-Marchés publ. 2010*, repère 6.

27. V. *supra*.

28. TA Paris, ord., 30 juill. 2010, préc. : « qu'il appartient dès lors, au juge des référés contractuels 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 il se rapportent, sont susceptibles de l'avoir lésée, fût-ce de façon indirecte en avantageant une entreprise concurrente ». On pourrait également citer l'ordonnance rendue 4 mai 2010 par le TA Caen (préc.) ; toutefois, cette décision n'ayant pas retenu l'interprétation restrictive de l'article L. 551-18, interprétation qui devrait pourtant s'imposer, celle-ci ne présente qu'un intérêt limité.

29. TA Caen, ord., 4 mai 2010, préc.

30. TA Toulon, ord., 31 mai 2010, n° 1001085, SELARL Mental Performance.

31. TA Bordeaux, ord., 28 juin 2010, préc.

32. TA Marseille, ord., 8 juill. 2010, préc.

33. TA Paris, ord. 30 juill. 2010, préc.

34. CE, 16 juill. 2007, n° 291545, Sté Tropic travaux signalisation : *JurisData* n° 2007-072199 ; *Dr. adm.* 2007, repère 7.