

Regards croisés

Cet ouvrage a été réalisé, avec le soutien de la Fondation Paris-Saclay, dans le cadre de la Chaire Achat public. Les opinions exprimées dans cet ouvrage reflètent uniquement celles de leur auteur. Toute reproduction totale ou partielle soumise à autorisation.

L'efficacité du contentieux administratif contractuel

Régis FROGER

Avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation

Andréa Londoño López

Avocate aux barreaux de Paris et de New York

« ***L'État de droit n'est finalement que la dose juridique que la société peut supporter sans étouffer*** ». La formule du doyen Vedel reflète sans doute l'histoire du contentieux administratif contractuel, fruit de la recherche du juste équilibre entre préservation de la légalité, qui exige de ne pas laisser perdurer des contrats entachés d'irrégularité, et préservation de l'intérêt général comme de la sécurité juridique, qui peuvent mal s'accommoder d'une disparition trop hâtive ou excessive des contrats administratifs.

Sous ce prisme, l'efficacité du contentieux contractuel administratif ne peut s'entendre de la seule possibilité pour un requérant d'obtenir l'annulation d'un contrat, parce qu'il est irrégulier ou procédé d'une procédure de passation irrégulière. Interroger l'efficacité du contentieux du contrat administratif, c'est interroger le rapport entre la sanction des irrégularités, la préservation des droits des justiciables, et la préservation du contrat pour les considérations de sécurité juridique et d'intérêt général

La recherche pragmatique de cet équilibre — au regard du droit national et sous l'influence du droit de l'Union européenne qui irradie les règles contentieuses de la commande publique — a été la principale force motrice de l'évolution de la jurisprudence administrative, qui a connu des mouvements de flux et reflux quant à l'ouverture des recours (I) et à l'évolution des pouvoirs du juge (II), au prix de refontes importantes de l'édifice théorique.

I. L'accès au juge du contrat administratif

Pendant longtemps, le contentieux du contrat administratif a été presque exclusivement la chose des parties au contrat. Sous l'influence notamment du droit de la commande publique, imposant d'ouvrir des recours contractuels aux concurrents évincés de l'attribution d'un marché public ou d'une concession, la faculté a été offerte aux tiers de saisir le juge du contrat lui-même (A). Le bouleversement du paradigme qui en est résulté s'est traduit par la redéfinition de l'office du juge (B).

A. La tumultueuse ouverture des recours

Le contrat relève, comme acte de gestion, du contentieux de pleine juridiction, et le contentieux contractuel des contentieux subjectifs². L'affermissement, dans la deuxième moitié du XIX^e siècle, de la classification des contentieux administratifs, a initialement conduit le juge du recours en excès de pouvoir à « *chasser le contrat de son prétoire* », privant par là même les tiers de toute possibilité de les contester³. Cette éviction de « *portée*

singulièrement restrictive des droits du citoyen », pouvant « *dans certains cas, aboutir à de véritables dénis de justice* »⁴, la dichotomie fut amendée, dans un premier temps, par l'ouverture aux parties, puis aux tiers, des recours pour excès de pouvoir contre les actes détachables du contrat, telles l'autorisation ou la décision de le signer⁵. L'innovation née de la jurisprudence *Martin* est toutefois restée « *platonique* »⁶, tant pour le contrat lui-même, puisque l'annulation de l'acte détachable restait sans effet, que pour la classification des contentieux, pendant près d'un siècle. L'annulation du contrat ne pouvait être obtenue⁷ que par les parties dans le cadre du plein contentieux puis, après les lois de décentralisation de 1982⁸, par le préfet dans le cadre de l'excès de pouvoir⁹. Seule la reconnaissance législative au juge administratif d'un pouvoir d'astreinte et d'injonction a, dans un deuxième temps, permis d'entrevoir la possibilité d'obtenir indirectement l'annulation du contrat contesté¹⁰, le juge de l'acte détachable ayant reconnu la possibilité d'enjoindre à l'administration de tirer les conséquences de l'irrégularité constatée, ou de saisir le juge du contrat pour envisager la résiliation, voire l'annulation, du contrat lui-même. Le parcours pouvait s'avérer dissuasif, mais l'innovation était déjà un bouleversement de l'équilibre jusqu'alors préservé. Selon les mots du commissaire du gouvernement Didier Casas, si l'« *épée [de Damoclès] était de bois — et d'un bois fort tendre... — au temps de Romieu, quand l'annulation de l'acte détachable pouvait demeurer sans effet sur le contrat, ce n'est plus le cas* »¹¹. Eu égard à ses caractéristiques propres — un intérêt à agir apprécié largement et la vulnérabilité illimitée dans le temps de actes détachables du contrat, spécialement des décisions de signer non publiées — le recours pour excès de pouvoir, qui ménageait jusque-là contrat et édifice théorique, faisait désormais peser une menace importante sur la sécurité juridique.

Un changement de paradigme s'imposait donc. D'autant que la perspective de l'adoption de la directive « *Recours* »¹² et de l'exigence, par le droit communautaire, de mettre un terme aux contrats conclus en violation des règles de publicité et de mise en concurrence¹³, faisait craindre une accentuation du déséquilibre. L'innovation est venue par la commande publique. Avec la décision *Société Tropic Travaux Signalisation*¹⁴, les concurrents évincés d'une procédure de passation se sont vus ouvrir un accès direct au juge du contrat. La décision *Département du Tarnet Garonne*¹⁵ lui a emboité le pas, marquant l'abandon généralisé de la dichotomie entre excès de pouvoir contre les actes détachables pour les tiers et plein contentieux pour les parties aux contrats. Pour tous les contrats administratifs conclus depuis le 4 avril 2014, l'accès au juge du contrat est ouvert à tous les tiers — qui avec la décision *SMPAT*¹⁶ se sont également vu reconnaître la possibilité de solliciter directement la résiliation des contrats irréguliers. Cette révolution dans le prétoire a commandé, dans le même temps, un aménagement des règles contentieuses propres au juge du contrat, à travers la redéfinition de l'intérêt pour agir dont les tiers doivent justifier. Cet intérêt pour agir s'est subjectivisé par rapport au recours pour excès de pouvoir jusque-là ouvert. Mais cette redéfinition s'est départie de l'exigence orthodoxe, dans le contentieux subjectif et suggérée par le commissaire du gouvernement Didier Casas¹⁷, d'un « *droit lésé* ». « *Les particularités du droit des contrats justifi[ant] que l'on s'abstraie de catégories juridiques trop rigides* »¹⁸, la recevabilité du recours contractuel est admise si le requérant justifie d'un « *intérêt lésé* » de façon suffisamment directe et certaine par la passation du contrat¹⁹ ou par ses clauses, qu'il s'agisse du recours en contestation de la validité du contrat²⁰ ou de la décision refusant de faire droit à la demande de mettre fin à l'exécution du contrat. La rupture de paradigme a réussi son office : le recours contre le contrat, s'il est ouvert aux tiers, est désormais

enfermé dans des délais connus²¹, tandis que certains tiers qui auraient pu être recevables à contester des actes détachables de l'exécution du contrat administratif, pourraient ne plus l'être dans le cadre du nouveau régime du plein contentieux²².

Le mouvement de balancier amorcé — le prétoire passant de l'acte détachable contesté dans un cadre objectif, à l'acte contractuel contesté dans un contentieux subjectif adapté — la recherche du juste équilibre a conduit, par ailleurs, à redéfinir les moyens invocables au soutien du recours.

B. La restriction organisée des moyens

Ce deuxième mouvement s'est effectué de front dans le contentieux précontractuel et contractuel, concernant tant les moyens invoqués par les parties que par les concurrents évincés ou tiers au contrat — selon des justifications croisées. Dans le référé précontractuel, le Conseil d'État exige désormais, au nom de la sécurité juridique et du texte — inchangé — de l'article L.5511 du code de justice administrative, que les manquements invoqués par le concurrent malheureux, « *eu égard à leur portée et au stade de la procédure auquel ils se rapportent, [soient] susceptibles de l'avoir lésé ou risquent de [le] léser, fût-ce de façon indirecte, en avantageant une entreprise concurrente* »²³. Ce resserrement a pu se fonder sur deux justifications. Bien sûr, la préoccupation de ne plus annuler des procédures de passation, souvent longues et complexes, pour des vices véniels, insusceptibles d'avoir exercé une influence sur l'éviction du requérant. Mais aussi l'idée, suggérée par le président Bertrand Dacosta dans ses conclusions sur la décision *Smirgeomes*, que le juge du référé précontractuel n'était plus le seul juge susceptible d'assurer le contrôle de légalité des contrats, à raison de l'ouverture du recours contractuel au bénéfice des concurrents évincés²⁴. C'est à ces mêmes considérations qu'a répondu la contraction des moyens utilement invocables dans le contentieux entre cocontractants. Si auparavant « *il était logique que le juge du plein contentieux contractuel [entre les parties] se sentît aussi des devoirs de juge de la légalité, puisque ce juge n'existait pas véritablement pour le contrat* »²⁵, l'efficacité du contentieux contractuel et précontractuel ne l'exige plus. L'ouverture du contentieux contractuel aux tiers et le développement des référés précontractuel et contractuel permettent d'assurer de façon satisfaisante la régularité du contrat, des conditions de sa passation par l'administration, et du choix du cocontractant. De sorte que, le contrôle de légalité étant assuré dans ces autres contentieux, dans les litiges entre cocontractants la sécurité juridique a pu prendre de l'ampleur. Les parties au contrat ont ainsi vu leur action strictement encadrée par l'exigence de loyauté contractuelle. Loyauté qui fait obstacle à ce qu'elles se prévalent des irrégularités dont elles sont l'auteur ; loyauté qui limite les moyens invocables au caractère illicite du contenu du contrat ou à aux vices d'une particulière gravité, spécialement s'agissant des conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement²⁶. Le recours contractuel ouvert aux tiers, enfin, n'a pas échappé à ce mouvement de resserrement des moyens invocables. Si le Conseil d'État a initialement considéré²⁷ qu'« *il ne résulte d'aucun texte ni principe que le caractère opérant des moyens ainsi soulevés soit subordonnés à la circonstance que les vices auxquels ces moyens se rapportent aient été susceptibles de léser le requérant* »²⁸, une distinction a été rapidement opérée entre deux catégories de requérants. Subsiste une catégorie limitée de requérants « *priviliés* » — le préfet et les élus locaux — qui peuvent continuer à invoquer tout moyen. Pour les autres tiers, ne sont opérants que les moyens invoquant des vices en rapport direct avec l'intérêt lésé qui justifie l'action, d'une part, et les vices d'une gravité telle que le juge devrait les relever d'office, d'autre part. Les règles du contentieux contractuel se sont ainsi construites en référence et en parallèle

à celles du contentieux précontractuel, sans se confondre — le pragmatisme et le souci d'efficacité efficiente présidant à l'évolution de la jurisprudence.

Le principe restrictif énoncé, sa mise en œuvre s'avère délicate, et c'est dans les détails que se niche l'efficacité propre au contentieux contractuel. La difficulté réside d'abord dans la définition de ce que recouvrent les vices d'ordre public qui peuvent être relevés en tout état de cause. À titre d'exemple, mentionné parce qu'il ne s'imposait pas d'évidence, il est jugé que les moyens tirés de la méconnaissance du droit de l'Union européenne ne peuvent être regardés, en soit, comme des vices d'une particulière gravité, de sorte qu'ils ne sont pas invocables s'ils ne sont pas en rapport direct avec l'intérêt lésé dont se prévaut le tiers requérant²⁹. La difficulté réside, ensuite, dans la détermination des irrégularités qui peuvent être regardées comme en lien avec l'intérêt lésé du requérant. Un exemple, propre à la commande publique, illustre les tensions qui traversent la jurisprudence administrative. En référé précontractuel, le Conseil d'État avait déduit de l'exigence de la lésion d'un intérêt qu'un candidat qui ne pouvait se voir attribuer le contrat, parce que sa candidature devait être écartée ou son offre devait être éliminée comme inappropriée, irrégulière ou inacceptable³⁰, ne pouvait pas être regardé comme lésé par le choix de l'offre d'un candidat irrégulièrement retenu, l'irrégularité de ce choix n'étant pas la cause de son éviction³¹. Avec l'évolution de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne³², le Conseil d'État a amendé cette position, pour considérer que celui dont l'offre était irrégulière peut contester l'attribution du contrat à celui dont l'offre est également entachée d'irrégularité, par exemple pour être anormalement basse³³. Pour autant, à ce jour, le Conseil d'État refuse de transposer cette évolution au recours en contestation de la validité du contrat. « *L'objet, le champ d'application, et l'effet* » du référé précontractuel, qui vise à permettre de relancer une nouvelle procédure immédiatement avant la signature du contrat, et celui du recours en contestation de validité du contrat, où la stabilité d'un contrat déjà signé se pose, ne sont pas identiques³⁴. Pour ce motif, le Conseil d'État considère que dans le cadre du recours en contestation de la validité du contrat, celui dont l'offre était irrégulière ne peut pas utilement critiquer l'appréciation de l'offre de l'attributaire³⁵ — solution retenue d'autant plus aisément que le contentieux contractuel ne relève pas du champ de la directive du 11 décembre 2007³⁶.

Cet équilibre qui se dégage quant à la nature et à l'objet des moyens qui peuvent utilement être invoqués dessine également l'étendue des pouvoirs du juge.

II. Les pouvoirs du juge du contrat

Constante depuis la décision *Martin*, l'absence d'automaticité entre irrégularité et nullité du contrat a été affirmée avec l'ouverture du prétoire du juge du contrat aux parties et aux tiers

(A). Cette ouverture laisse toutefois émerger des questions sur lesquelles l'étendue des pouvoirs du juge reste à affiner (B).

B. Un équilibre assuré

La plasticité des pouvoirs du juge du contrat n'est pas nouvelle. Dans le cadre de la jurisprudence *Martin*, il appartenait déjà au juge, au titre de ses pouvoirs d'injonction, de définir les conséquences à tirer de l'annulation de l'acte détachable, en fonction tout à la fois de la gravité du vice et des motifs d'intérêt général susceptibles de s'opposer à une résiliation ou une résolution³⁷. Cette modulation des pouvoirs du juge administratif est aujourd'hui reprise et amplifiée

dans le cadre du contentieux contractuel de pleine juridiction. Que ce soit dans un litige entre les parties au contrat³⁸, ou dans un litige noué à l'initiative d'un tiers au contrat³⁹, la nullité est l'ultime sanction. Trois grandes séries de paramètres sont appréhendées. D'abord, la nature et la gravité du vice. La nullité ne peut être obtenue qu'en cas de vice d'une particulière gravité, que sont notamment les vices du consentement, l'illicéité de l'objet du contrat⁴⁰ ou la méconnaissance de règles d'ordre public. Ensuite, l'intérêt général, qui peut toujours s'opposer à une mesure d'annulation. Enfin, les effets dans le temps de la mesure envisagée : le juge a la possibilité de moduler dans le temps les effets des annulations prononcées⁴¹. Le juge doit apprécier « *l'importance et les conséquences* »⁴² de l'irrégularité invoquée afin de prononcer la mesure la plus adaptée : poursuite de l'exécution avec ou sans régularisation, modification de certaines clauses, résiliation, annulation totale ou partielle, avec effet différé ou non, et indemnisation. Il est permis de penser que le juge raisonne de manière globale, avec un système de vases communicants : plus l'irrégularité est grave, plus il faudra que le motif d'intérêt général invoqué pour maintenir le contrat soit impérieux, et réciproquement.

La modulation des sanctions doit servir l'efficacité du contentieux contractuel — les conséquences drastiques de l'annulation systématique d'un contrat en cours d'exécution affecté d'irrégularités ne devant pas dissuader le juge de les rechercher ou de les constater. Elle risque toutefois de significativement limiter les droits des parties et des tiers au contrat. Ainsi, entre les parties, l'essentiel des litiges d'exécution se résolvent en termes indemnitaires, seule la mesure résiliation pouvant donner lieu à une action en reprise des relations contractuelles⁴³. La décision *Société Cerba*⁴⁴ est souvent invoquée comme exemple de la difficulté à obtenir l'annulation d'un contrat : dans une hypothèse où il était soutenu qu'une erreur sur le prix constituait un vice du consentement, ce que le juge administratif n'a pas retenu, le Conseil d'État a pris soin de préciser en outre que la sanction d'annulation aurait porté une atteinte excessive à l'intérêt général, ce qui justifiait en tout état de cause son maintien. Pour autant, l'idée parfois avancée que le juge administratif serait réticent à annuler des contrats paraît battue en brèche par la jurisprudence récente, qui a pu retenir des annulations de procédures de passation de contrats d'importance. Ainsi en est-il allé de la passation d'un contrat de mobiliers urbains⁴⁵, ou de la procédure de passation d'une concession aéroportuaire qui faisait suite à une précédente annulation et avait duré plusieurs années⁴⁶. Une décision *SAGEM* du 15 mars 2019⁴⁷ a également conduit le Conseil d'État à annuler une concession d'aménagement à raison d'irrégularités qui révélaient une volonté de la personne publique de favoriser un candidat, alors que les juridictions du fond avaient maintenu le contrat. De même, le juge considère que la méconnaissance du principe d'impartialité, principe général du droit qui s'impose à toute autorité administrative, est un vice d'une particulière gravité qui justifie une annulation, « *à l'exclusion de toute autre mesure* »⁴⁸. C'est le point d'équilibre recherché, le contentieux contractuel constituant la garantie du maintien d'une possibilité, pour les candidats évincés, d'exercer un recours juridictionnel effectif contre le contrat, alors même que le juge des référés du tribunal administratif aurait rejeté leur référé pré contractuel, en l'absence d'effet suspensif du pourvoi⁴⁹. Pour autant, des évolutions sont encore à attendre.

B. Des équilibres à trouver

Dans ses conclusions sur la décision *département du Tarnet Garonne* de 2014, le président Bertrand Dacosta évoquait les référés dans le cadre du contentieux contractuel — tant le référé

contractuel proprement dit, que le référé suspension dont peut être assorti le recours en contestation de la validité du contrat. Le premier, « *eu égard aux conditions de recevabilité et aux manquements susceptibles d'être invoqués devant ce juge* », constitue une « *voie fort étroite [qui] n'est couronnée de succès, généralement, que dans des cas pathologiques* ». Pour le second, la condition d'urgence, « *telle qu'elle est interprétée actuellement par les tribunaux et les cours, est rarement remplie* »⁵⁰. Le juge administratif applique sa grille d'analyse habituelle du référé suspension propre aux décisions unilatérales, selon laquelle l'urgence suppose que soit caractérisée une mise en difficulté de l'entre prise ou une atteinte à l'intérêt général. Cette urgence est en pratique difficile à justifier. Un autre prisme est envisageable :

« *la suspension d'un contrat peut être préférable à son annulation en cours d'exécution, aussi bien pour les parties que pour l'intérêt général* »⁵¹. En suggérant cette piste, en 2014 le président Bertrand Dacosta précisait qu'« *à chaque jour suffit sa peine...* ». Le temps passant, il est aujourd'hui permis de se demander si une conception de l'urgence propre aux contentieux contractuels ne pourrait pas se dessiner, pour donner au référé suspension un nouvel élan en ce domaine.

Un autre terrain d'évolution pourrait être celui de l'effet relatif des contrats administratifs, où les décisions récentes révèlent une divergence persistante entre le régime des contrats de droit privé et le régime des contrats administratifs⁵². La Cour de cassation admet l'équivalence de la faute contractuelle et de la faute délictuelle, de sorte qu'un tiers à un contrat peut « *invoquer, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, un manquement contractuel dès lors que ce manquement lui a causé un dommage* »⁵³. Cet arrêt inspire explicitement, du moins pour partie, l'ouverture du contentieux de la validité du contrat aux tiers⁵⁴, sans avoir toutefois encore trouvé son pendant dans le champ de la responsabilité en matière de contrats administratifs. Le Conseil d'État juge, au nom de l'effet relatif des contrats, que « *les tiers à un contrat administratif, hormis les clauses réglementaires, ne peuvent en principe se prévaloir des stipulations de ce contrat* », de sorte qu'ils ne peuvent se prévaloir « *d'une inexécution du contrat dans le cadre d'une action en responsabilité quasi délictuelle* »⁵⁵ — ne l'admettant, à titre exceptionnel, qu'au bénéfice des titulaires des marchés publics de travaux, dans leurs relations entre eux⁵⁶. Sur ce point peut être, comme sur d'autres, le dépassement de catégories juridiques, parfois difficilement compatibles avec les spécificités du contentieux administratif contractuel, laisse présager la poursuite de la mutation de l'édifice théorique du contentieux contractuel, bouleversé depuis l'abandon de la jurisprudence *Martin* sous le prisme de la recherche de sa plus grande efficacité.

2. Issue des actes du colloque « *L'État de droit au quotidien* », 1993, p.65, cité dans la préface de la thèse de J.-F. Lafaix, « Essai sur le traitement des irrégularités dans les contrats de l'administration », 2009, et mise en exergue par O. Mamoudy, « Le contentieux contractuel : à propos d'un séminaire sur l'arrêt *Tropic* », *RFD.A* 2020, p. 947.

3. J. Bousquet, « L'effet relatif des contrats administratifs. À propos de décisions récentes », *RFD.A* 2020, p.443.

4. En ce sens, concl. D. Casas sur CE, 16 juillet 2007, *Société Tropic Signalisation Travaux*, n°291.545, Rec. p. 360.

5. Concl. J. Romieu sur CE, 4 août 1905, *Martin*, Rec. p.749.

6. CE, 4 août 1905, *Martin*, n°14220, Rec. p.768.

7. Concl. J. Romieu, préc.

8. Audelà du cas particulier des clauses réglementaires et des contrats de recrutement des agents publics pouvant faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir, s'agissant en réalité d'actes unilatéraux.

9. Loi n°82213 du 2 mars 1982, complétée par la loi n°82623 du 22 juillet 1982.

10. CE, 2 novembre 1988, *Commissaire de la République des Hauts-de-Seine c/ OPHLM de Malakoff*, n°64964, Rec. T 659.

11. CE, 7 octobre 1994, *Époux Lopez*, n°124.244, Rec. p.430, concl. R. Schwartz.

12. Concl. sur CE Ass., 16 juillet 2007, *Tropic Travaux Signalisation*, préc.

13. Directive 2007/66/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2007 modifiant les directives 89/665/CEE et 92/13/CEE du Conseil en ce qui concerne l'amélioration de l'efficacité des procédures de recours en matière

de passation des marchés publics.

14. CJCE, 18 juillet 2007, *Commission c/ Allemagne*, n°C503/04.

15. CE Ass., 16 juillet 2007, *Tropic Travaux Signalisation*, préc.

16. CE Ass., 4 avril 2014, *Département du TarnetGaronne*, n°358.994, Rec. p.70 ; BJC 2014, p. 204, concl. B. Dacosta.

CE, Sect., 30 juin 2017, *Synd. mixte de promotion de l'activité Transmanche*, n°398.445, Rec.p.209 ; BJC 2017 p. 395, concl. G. Pellissier

17. Concl. précitées.

18. Concl. B. Dacosta sur CE Ass., 4 avril 2014, *Département du TarnetGaronne*, préc.

19. CE, Sect., 3 octobre 2008, *Synd. mixte intercommunal de réalisation et de gestion pour l'élimination des ordures ménagères du secteur Est de la Sarthe (Smirgeomes)*, n°305.420, Rec. p.324, concl. B. Dacosta.

20. CE Ass., 4 avril 2014, *Département du TarnetGaronne*, préc.

21. Puisque la même décision qui ouvre le recours contractuel aux tiers, dans un délai de deux mois à compter des formalités de publicité adéquate, ferme la voie du recours en excès de pouvoir contre les actes détachables du contrat (CE Ass., 4 avril 2014, *Département du TarnetGaronne*, préc.).

22. En ce sens v. O. Mamoudy, *loc. cit.*, citant CE, Sect., 24 avril 1964, *S.A LJC*, n°53518, Rec. p.239.

23. CE, Sect., 3 octobre 2008, *Smirgeomes*, préc.

24. Concl. B. Dacosta sur CE Sect., 3 octobre 2008, *Smirgeomes*, préc.

25. Concl. E. Glaser sur CE Ass., 28 décembre 2009, *Commune de Béziers*, n°304.802, Rec. p.509, dite « *Béziers I* » ; BJC 2010, p. 138.

26. CE Ass., 28 décembre 2009, *Béziers I*, préc.

27. A propos du recours du concurrent évincé ouvert par la décision *Tropic Signalisation Travaux*.

28. CE Avis, 11 avril 2012, *société Gouelle*, n° 355446, Rec. p.148, citant par contraste la décision CE Sect., 3 octobre 2008, *Smirgeomes*, préc.

29. CE, 24 juillet 2019, *Assoc. Libre Horizon*, n°421.139, aux T.

30. Concl. G. Pellissier sur CE, 9 novembre 2018, *société Cerba*, n°420654 et 420663, Rec. p. 607 ; BJC 2019, p. 57.

31. D'abord CE, 9 novembre 2018, *Société Cerba*, préc. ; puis CE, 10 octobre 2022, *Société Action Développement Loisir*, n°455.691, aux T.

32. Concl. G. Pellissier sur CE, 9 novembre 2018, *Société Cerba*, préc.

33. Étant précisé qu'il est indifférent que l'administration ait évincé le concurrent pour un autre motif, l'irrégularité de la candidature ou de l'offre du requérant pouvait être invoquée pour la première fois devant le juge (CE, 2 octobre 2013, *Département du LotetGaronne*, n°368900, aux T.).

34. CE, 11 avril 2012, *Syndicat Ody 1218 newline du Lloyd's de Londres*, n°354.652, aux T.

35. D'abord CJUE, 4 juillet 2013, *Fastweb*, n°C100/12 §33 et CJUE, Gde Ch, 5 avril 2016, *PFE*, n°C689/13 §2430, dans l'hypothèse d'une même irrégularité touchant tant l'offre de l'adjudicateur que celle du soumissionnaire contestant la décision d'attribution, puis CJUE, 24 mars 2021, *NAMA Symvouloi Michanikoï kai Meletites AE et autres*, n°C 771/19, jugeant que « le soumissionnaire évincé est en droit de soulever tout moyen contre la décision d'admission d'un autre soumissionnaire, y compris ceux qui ne présentent pas de lien avec les irrégularités en raison desquelles son offre a été exclue » (§41).

36. CE, 27 mai 2020, *Société Clean Building*, n°435.982, aux T.

37. CE, 10 décembre 2003, *Institut de recherche pour le développement*, n°248.950, Rec. p.501.

38. CE Ass., 28 décembre 2009, *Béziers I*, préc.

39. CE, Ass., 4 avril 2014, *Département du TarnetGaronne*, préc.

40. Le contenu d'un contrat ne présente un caractère illicite que si l'objet même du contrat, tel qu'il a été formulé par la personne publique contractante pour lancer la procédure de passation du contrat ou tel qu'il résulte des stipulations convenues entre les parties qui doivent être regardées comme le définissant, est, en lui-même, contraire à la loi, de sorte qu'en s'engageant pour un tel objet le cocontractant de la personne publique la méconnaît nécessairement (CE, 9 novembre 2018, *Société Cerba*, préc.).

41. CE Ass., 11 mai 2004, *Association AC !*, n°255.886, Rec. p. 197, concl. C. Devys.

42. CE, 5 février 2018, *Ville de Paris*, n°416.581, aux T.

43. CE, 2 mars 2022, *Ministre de la transition écologique c. CCISM de Polynésie française*, n°458.354.

44. CE, Ass., 4 avril 2014, *Département du TarnetGaronne*, préc.

45. CE Sect., 21 mars 2011, *Commune de Béziers*, n°304.806, Rec. p.117, dite « *Béziers II* » ; BJC 2011, P. 270, concl. E. CortotBoucher.

CE, 9 novembre 2018, *société Cerba*, préc.

46. Req. n°413.584, Rec.p.63.

47. CE, 25 novembre 2011, *Collectivité territoriale de Corse*, n°454.466, au Rec ; BJC 2022, p. 75, concl. M. Le Corre.

48. CE, 15 février 2013, *société Novergie*, n°364.325, rejetant la demande de transmission au Conseil constitutionnel d'une question prioritaire de constitutionnalité sur ce point.

49. Concl. B. Dacosta sur CE Ass., 4 avril 2014, *Département du TarnetGaronne*, préc.

50. Concl. B. Dacosta, préc.

51. Comparer CE, 21 octobre 2019, *Soc. Coopérative métropolitaine générale*, n°401.086 ; Cass. A.P., 13 Janvier 2020, *Soc. Cube Insurance Europe Limited c/Soc. Sucrierie de bois rouge et a.*, n°1719.963, B.

52. Cass. A. P., 6 octobre 2006, *Boot Shop*, n°0513.255, B.

53. Concl. D. Casas sur CE Ass., 16 juillet 2007, *société Tropic Signalisation Travaux*, préc.

54. CE Sect., 11 juillet 2011, *Mme Gilles*, n°339409, Rec. p.330 ; BJC 2011, p. 341, concl.

N. Boulouis.

56. CE, 11 octobre 2021, *Société CMEG*, n°438.872, au Rec. ; BJC 2022, p. 23, concl. M. Le . M. Le Corre