

**Jugement n° 2201585 du tribunal administratif de Châlons-en-Champagne, Société  
Solutions informatiques et expertises, 5 décembre 2023**

Ophélie S. MEDZA-MBA

Doctorante en droit public à l'Université de Reims Champagne-Ardenne

Il est une règle en droit des contrats qui veut que la chose conclue ou jugée entre les uns ne peut nuire ou profiter aux autres ou aux tiers.

Cette règle a d'ailleurs trouvé une transposition au sein de l'ancien article 1134 alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil complète cette définition en ajoutant que « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites », il s'agit de la force obligatoire des contrats. Il faut comprendre ici que les contrats tiennent lieu de loi aux parties contractantes dans leurs rapports mais ne s'imposent nullement aux tiers ». Cette règle qui prévaut parfaitement en droit privé a longtemps influencé la conception des contrats et des parties au contrat en droit public. Avant d'aller plus en profondeur sur ces considérations, il convient de revenir sur la définition de la notion de tiers et la réalité à laquelle elle renvoie.

Selon les termes de la doctrine, le tiers est une « personne étrangère à une situation juridique », elle n'est « ni partie ni représentée à un contrat »<sup>1</sup>. En droit des contrats administratifs, l'identité du tiers peut recouvrir diverses représentations : il peut tout aussi bien s'agir d'un contribuable, d'un usager du service public, d'une personne publique chargée de la protection d'intérêts publics, ou encore d'un candidat évincé d'une procédure de passation d'un contrat public. C'est sur ce dernier qu'une attention particulière sera portée dans les prochains développements.

En effet, durant longtemps le tiers au contrat administratif a demeuré tel une sorte d'étrangeté pour lequel il était délicat de préciser quelle position il détenait vis-à-vis du contrat et quel rôle il pouvait jouer par rapport à celui-ci. Cependant, cette mise à l'écart du tiers n'a pas eu vocation à perdurer et à s'implémenter.

En raison de la portée et de la finalité de l'action administrative, à savoir, qu'elle a vocation à s'appliquer au-delà du cadre des seules parties, la question du statut des tiers et de leur exclusion du contrat administratif a considérablement connu des évolutions au sein de la jurisprudence administrative. Cette situation a permis d'élaborer tout un contentieux autour des questions et diverses problématiques pouvant découler de cette prise en compte du tiers, de ses droits et de sa place au sein du contentieux administratif.

---

<sup>1</sup> G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 12<sup>e</sup> éd., PUF, 1104 p., v. Tiers.

Cela a permis l'essor de nombreuses jurisprudences fondatrices et incontournables du Conseil d'État (CE) sur la question en allant de l'arrêt *Martin* de 1905 et en passant par les arrêts *Société Tropic travaux signalisation* de 2007, *Tarn-et-Garonne* de 2014 ou encore *Syndicat mixte de promotion de l'activité transmanche* de 2017. Ce sont les mêmes considérations ayant guidé ces jurisprudences antérieures qui ressortent du jugement qu'il est donné d'analyser en l'espèce, à savoir, la décision du tribunal administratif de Châlons-en-Champagne, *Société Solutions informatiques et expertises*, rendue le 5 décembre 2023.

Cette affaire portant sur un appel à candidature lancé par une commune (ici commune C.) à différents opérateurs économiques, sollicitant sur la fourniture de services, et dont l'offre d'une société candidate (dite société S.) s'est vue écartée au motif que cette dernière comportait des irrégularités, remet en lumière la question de la capacité d'action des tiers et de l'existence de leurs droits au sein du contentieux des contrats administratifs.

La société S., qui dans la présente affaire se retrouve à l'occasion de l'instance candidate évincée, est venue auprès du tribunal administratif de Châlons-en-Champagne afin de demander : « à titre principal, l'annulation de l'accord cadre et à titre subsidiaire, la résiliation du contrat [passé entre la commune et la SAS I qui lui était concurrente]. Elle présente également des conclusions indemnitaires, tendant à la condamnation de la commune de Châlons-en-Champagne à lui verser la somme de 33.750 euros en réparation du préjudice [qu'elle estime avoir subi] résultant de son éviction irrégulière, correspondant à son manque à gagner. À défaut, elle demande la condamnation de la commune à lui rembourser le coût de présentation de son offre ».

Le candidat évincé, pour motiver sa requête, estime que c'est à tort que sa candidature a d'office été écartée pour motif d'irrégularité en raison d'un défaut de mention dans sa réponse à l'appel d'offre de la commune. Il soutient ce moyen dans la mesure où il estime que le pouvoir adjudicateur avait la possibilité et se devait, en connaissance de cette insuffisance, de lui demander de régulariser son offre en la complétant par les mentions requises. Le requérant estime donc que c'est à tort que le pouvoir adjudicateur a jugé que ce défaut de mention constituait une irrégularité suffisante pour écarter son offre.

Quant à la partie adverse, elle estime que les moyens soulevés par le demandeur ne sont pas fondés et demande au tribunal administratif de Châlons-en-Champagne qu'ils soient écartés pour ces motifs.

Au regard de tous ces éléments, la question qui s'est alors posée devant la juridiction était de savoir si, d'une part, l'irrégularité constatée et alléguée par le pouvoir adjudicateur pour écarter l'offre du plaignant était de nature à le disqualifier de la procédure de passation, le privant ainsi d'emblée de la possibilité de remporter le contrat litigieux. D'autre part, si tel n'était pas le cas,

la question qui en découlait était celle de savoir si cette décision de mise à l'écart par l'entité adjudicatrice frappait de facto d'irrégularité la procédure de passation qui s'en est suivie.

Après avoir rappelé l'ensemble des règles entourant le recours des tiers au contrat administratif et leur recevabilité devant le juge administratif au sein de son deuxième considérant, le tribunal rend sa décision en réponse aux demandes qui lui sont présentées par les parties.

Concernant l'irrégularité de l'offre de la Société S., ayant entraîné son rejet, le tribunal administratif de Châlons-en-Champagne estime que, s'il a clairement été établi que l'offre du requérant était incomplète, le droit en vigueur prévoit de nombreux moyens qui auraient permis en l'espèce de la régulariser sans en modifier les caractéristiques substantielles. Ceci, permettant ainsi de faire jouer le libre jeu de la concurrence dans l'attribution de la commande publique. Cette possibilité de régularisation d'une offre incomplète demeure en effet une alternative que le droit reconnaît et qui est notamment inscrite au sein de l'article R. 2152-2 du code de la commande publique mais qui a également déjà fait l'objet d'une décision antérieure du Conseil d'État, 21 mars 2018, *Département des Bouches-du-Rhône*.

Pour trancher, le juge estime qu'en considérant que ce seul motif était suffisant pour écarter sa demande, la commune C. a commis une erreur de droit. Le tribunal administratif conclut ainsi que le contrat en cause est vicié par une irrégularité nichée dans son processus de passation. Cela emporte des conséquences sur la poursuite des relations contractuelles mais ouvre également la voie à une potentielle indemnisation du candidat évincé qui se retrouve ici être la partie lésée.

De manière assez générale, cette affaire remet en lumière des problématiques déjà connues dans le cadre du contentieux du contrat administratif, à savoir, celles des effets de l'irrégularité dans le processus de passation sur le contrat mais également à l'égard des tiers en leur qualité de candidats évincés.

Ce questionnement ouvre la voie à de nombreuses réflexions intéressantes autour de la question des pouvoirs du juge dans le cadre du contentieux contractuel lorsqu'un tiers ouvre un recours portant sur l'irrégularité d'un contrat administratif. En effet, l'office du juge en la matière est en effet assez large dans la mesure où il dispose de la possibilité de concilier les intérêts publics et ceux des administrés.

Il convient donc d'analyser dans le fond, le contenu des réponses apportées ici par le juge et ce que cela révèle de l'état du droit sur son office concernant le contentieux contractuel. Cela, en abordant sa position sur les conséquences d'une procédure de passation de contrat jugée irrégulière (I) mais surtout, sur celui des garanties, notamment, indemnitaires qu'il propose au concurrent évincé (II).

## **I.- L'office du juge à l'égard du contrat irrégulier : une adaptabilité indispensable**

L'office du juge dans la présente affaire est perçu à travers les réponses qu'il apporte aux premiers moyens du requérant, à savoir le refus d'annulation du contrat en l'absence du caractère grave de l'irrégularité constatée dans la procédure de passation, mais également à travers le refus de résiliation immédiate fondé sur la nécessité de protéger l'intérêt général. Ces deux éléments permettent de résumer les critères sur lesquels se fonde le juge pour construire son analyse : la nature de l'irrégularité et finalité du contrat.

Cet arrêt vient une fois de plus rappeler la jurisprudence constante jusqu'à lors portant sur les motifs d'irrégularité pouvant être régularisés. Dans le cas d'espèce, les motifs invoqués ne sont pas considérés comme particulièrement graves pour justifier une annulation. Rappelons que les vices d'une particulière gravité sont reconnus comme : les vices ayant trait au contenu illicite du contrat, les vices affectant un consentement libre et éclairé du cocontractant ainsi que « tout autre vice d'une particulière gravité que le juge doit ainsi relever d'office » (CE, 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*)<sup>2</sup>. Il est important de noter que les cas d'annulation de contrats sur le fondement d'une des irrégularités mentionnées reste assez marginal au regard de l'ensemble du contentieux.

Le juge dispose au-delà de l'annulation d'un pouvoir de résiliation dont les effets ne commencent à courir qu'au moment du prononcé de la décision du juge. La résiliation n'ayant effet que sur l'avenir, les effets créés par le contrat peuvent donc dans certaines circonstances demeurer, contrairement à l'annulation qui a un effet rétroactif sur le contrat.

On peut percevoir à travers ce maintien temporaire du contrat litigieux qui est entaché d'irrégularité, le prolongement de la volonté du juge administratif de s'adapter aux circonstances de fait. Ce qui semble à de nombreux égards une alternative tout à fait logique. Il n'est plus question de considérer le contrat de façon indépendante du contexte dans lequel il s'insère.

Le fait que l'exécution du contrat ait déjà partiellement créé des droits au bénéfice des administrés, (agents et usagers du service public. Ici, des professeurs et des élèves), cette circonstance particulière induit de garantir une protection plus importante du contrat. Cela justifie le choix du juge de refuser de prononcer son annulation immédiate et rétroactive, mais plutôt – si le contrat ne peut être révisé, d'opter pour un retrait progressif de ce dernier afin de

---

<sup>2</sup> Voir, PETIT J., FRIER P.-L., *Droit administratif*, 17<sup>e</sup> édition, Paris, LGDJ, 2023 – 2024, pp. 562 – 563.

ne pas mettre un terme aux situations de droit qu'il a établies et de se conformer aux exigences de continuité du service public.

Le refus de prononcer la résiliation immédiate du contrat dans un but de protéger l'intérêt général lié à l'exécution de ce contrat, est un motif dont la légitimité de fait aucun doute. La loi reconnaît effectivement la possibilité pour le juge administratif de maintenir l'exécution d'un contrat administratif dont les conditions de passation ont été jugées irrégulières. Le juge n'est donc tenu de prononcer une résiliation, que lorsqu'il constate l'existence de lésions « substantielles » entachant le contrat. Ce principe affirmé dans l'arrêt *Commune de Béziers I* rendu le 28 décembre 2009, relativisant l'obligation de résiliation en cas d'irrégularité, est justifié par différentes raisons au nombre desquelles on retrouve la volonté de préserver la stabilité des relations contractuelles. Cet impératif qui s'impose aussi dans le cadre du refus d'annulation semble à nouveau primer sur les droits du tiers lorsque l'exécution du contrat a déjà débuté.

La faculté qu'a le juge de moduler ou de différer les effets de la résiliation du contrat dans le temps est un principe largement établi en droit et dont il a été possible d'observer la mise en œuvre à maintes reprises à travers la jurisprudence (CE, Assemblée, *Association AC*, 11 mai 2004 ; CE, *Danthony*, 23 décembre 2011).

Une analyse critique du choix du juge pour cette option, à savoir le maintien du contrat et de ses effets en dépit de son irrégularité peut être menée. En effet, le maintien protège certes le contrat mais fragilise quelque peu l'action des tiers à l'égard d'un acte administratif illégal. Notamment la possibilité de le sanctionner de façon effective.

On pourrait également à l'inverse affirmer que cela limite certes, mais ne fait disparaître, les possibilités de contestation des tiers dans la mesure où la résiliation, conséquence de l'irrégularité, est tout de même prononcée bien que les effets de celle-ci soient différés dans le temps.

Cela étant, il n'en demeure pas moins que l'office du juge semble de plus en plus s'orienter vers une appréciation assez sévère des circonstances pouvant mener, non seulement à la fin du contrat, mais également, à l'indemnisation des concurrents évincés.

## **II.- L'office du juge à l'égard du concurrent irrégulièrement évincé : un resserrement des critères d'indemnisation**

L'office du juge à l'égard du concurrent irrégulièrement évincé peut être analysé par le biais des critères assez strictes entourant les conditions d'indemnisation des concurrents évincés, ce qui amène aussi à une critique de la position du juge sur l'appréciation des critères l'indemnisation.

La possibilité pour le tiers, concurrent évincé, d'accéder à l'indemnisation du préjudice subi est minutieusement encadrée. Le juge, dans la présente décision, reprend des principes déjà connus et relevé par la jurisprudence antérieure. Notamment, l'arrêt du Conseil d'État du 18 juin 2003, *Groupement d'entreprises solidaires ETPO Guadeloupe, Société Biwater et Société Aqua TP*. Ce dernier énonce et explique les conditions dans lesquelles chacune des hypothèses peut avoir lieu : « Lorsqu'une entreprise candidate à l'attribution d'un marché public demande, sur le fondement de l'article R. 541-1 du code de justice administrative, la réparation du préjudice né de son éviction irrégulière de la procédure d'attribution, il appartient au juge des référés de vérifier d'abord si l'entreprise était ou non dépourvue de toute chance de remporter le marché. Dans l'affirmative, l'entreprise n'a droit à aucune indemnité. Dans la négative, elle a droit en principe au remboursement des frais qu'elle a engagés pour présenter son offre. Il convient ensuite de rechercher si l'entreprise avait des chances sérieuses d'emporter le marché. Dans un tel cas, l'entreprise a droit à être indemnisée de son manque à gagner, incluant nécessairement, puisqu'ils ont été intégrés dans ses charges, les frais de présentation de l'offre qui n'ont donc pas à faire l'objet, sauf stipulation contraire du contrat, d'une indemnisation spécifique ».

S'il faut toutefois retenir des critères fondamentaux permettant au concurrent évincé de s'en prévaloir, ce sont les caractères direct et certain de ces préjudices, mais surtout le caractère sérieux de la perte de chance. Cette dernière précision est utile car la seule chance de remporter le contrat ne suffit plus. C'est effet l'existence du caractère sérieux d'une chance de remporter le contrat qui conditionne la nature et le montant de l'indemnisation.

Dans l'affaire opposant la société S. et la commune C., après régularisation de son dossier par le requérant, apportant les précisions nécessaires quant aux modalités de son offre, le juge mène une analyse pour trancher et décider de la possibilité ou non du versement d'une compensation indemnitaire. Il estime que, bien que l'offre proposée par le concurrent évincé ait été inférieure à celle du candidat irrégulièrement sélectionné sur le critère du prix, d'autres critères de son offre ne lui auraient tout de même pas permis de remporter le marché en cause. Il s'agit de la « technique » et du « planning » évoqués dans le cahier des charges. Par conséquent, il

n'autorisera le concurrent évincé à ne percevoir que l'indemnisation des frais engagés pour la présentation de l'offre et non de ceux liés à la perte de chance supposée.

Ainsi, est-il possible de faire émerger tout un questionnement autour de cette solution. En écartant d'office le moyen selon lequel le cocontractant ne disposait pas de « chance sérieuse » d'emporter le marché alors même que le critère du prix qui, représentant une part importante des critères de sélection (60 points pour le prix, 25 points technique et 15 points : planning). Environ 50% des critères requis étaient en faveur du concurrent évincé, on peut se demander si le juge a effectivement effectué une appréciation suffisamment objective des critères d'évaluation qui étaient fixés par l'appel d'offres, et qui permettrait à l'issue d'une étude plus pointilleuse d'évaluer l'existence d'un réel manque à gagner.

L'existence d'une chance dite « sérieuse » de remporter en de régularité de procédure, mérite en effet d'être davantage creusé tant le juge semble avoir une appréciation plus que rigoureuse au regard des éléments de l'affaire d'espèce. Ces éléments permettent en l'état actuel, d'avoir des réserves sur l'absence de caractère sérieux de la perte de chance alléguée.

Au vu de l'appréciation assez sévère que porte le juge sur la notion de « chance sérieuse », peut-on estimer que le choix pour le juge d'opter quasi-systématiquement pour cette solution, pourrait prendre en compte des considérations autres que celles fixées par les critères de l'appel d'offre pour solder ce type de situations ?

Cela relèverait-il par exemple davantage d'une volonté de protéger les finances de la personne publique, ou encore par une volonté de simplifier les aspects procéduraux et techniques liés à l'annulation, au-delà de la protection des effets du contrat et de la stabilité contractuelle ? N'y a-t-il pas de la part du juge, un aveu implicite sur l'existence d'une forme de durcissement autour de la question des annulations et résiliations des contrats irréguliers au détriment des droits du tiers ?

Le constat de cette volonté de protéger la stabilité contractuelle au détriment des intérêts du tiers, est déjà l'objet de nombreuses observations doctrinales. C'est le cas de Fabrice Jury, qui estime que les « droits des tiers dans le contentieux des contrats administratifs » ne constituent qu'un droit au juge en « trompe-l'œil »<sup>3</sup>.

Certes, la sécurité juridique et la stabilité du contrat demeurent garantis, toutefois, la volonté d'impulser un mouvement de rééquilibrage à l'endroit des parties extérieures au contrat, qui en

---

<sup>3</sup> JURY F., « Les droits des tiers dans le contentieux des contrats administratifs : un droit au juge en “trompe-l'œil” », RFDA, n°1, Janvier – février 2019, p. 55.

subissent néanmoins les conséquences de son application, de son inapplication ou encore de sa mauvaise application, demeure encore insuffisamment définie.

Les critères d'attribution des contrats, qui à défaut d'être stables et clairement explicites, demeurent soumis à l'appréciation du juge. Ce dernier reste lui-même faillible et vulnérable aux erreurs de jugement, ce qui peut être préjudiciable pour les parties perdantes dans le processus d'attribution d'un contrat.

En définitive, on peut se demander si le « balancier »<sup>4</sup> de la recherche d'un équilibre entre la protection des relations contractuelles et la garantie des droits des tiers par le biais de la sanction ou de l'indemnisation, n'a-t-il pas déjà définitivement penché du côté de la protection du contrat, de sorte que cette quête d'équilibre ne demeure désormais plus qu'une fiction.

---

<sup>4</sup> *Ibid.*