

E-RJCP - mise en ligne le 19 avril 2014
+ une phrase ajoutée le 20 avril 2014 page 6

Thèmes :

- **Admission du recours en pleine juridiction des tiers contestant la validité d'un contrat administratif ou de certaines de ses clauses** non réglementaires qui en sont divisibles par des tiers susceptibles d'être lésés dans leurs intérêts de façon suffisamment directe et certaine par sa passation ou ses clauses.

- Recours également ouvert aux membres de l'organe délibérant et au représentant de l'Etat dans le département dans l'exercice du contrôle de légalité qui compte tenu des intérêts dont ils ont la charge, peuvent invoquer tout moyen à l'appui de ce recours.

- Autres tiers ne pouvant invoquer que des vices en rapport direct avec l'intérêt lésé dont ils se prévalent ou ceux d'une gravité telle que le juge devrait les relever d'office.

- Exclusivité de ce recours des tiers portant sur la légalité du choix du cocontractant, de la délibération autorisant la conclusion du contrat et de la décision de le signer, mais indépendant des actions contre les clauses réglementaires d'un contrat ou devant le juge du référé contractuel.

- Recours pouvant être assorti d'une demande en référé suspension de l'exécution du contrat.

- Délais de recevabilité de ce recours limité à 2 mois à compter de l'accomplissement des mesures de publicité appropriées, notamment au moyen d'un avis mentionnant à la fois la conclusion du contrat et les modalités de sa consultation dans le respect des secrets protégés par la loi.

- Pouvoir du juge d'apprécier l'importance des vices et leurs conséquences sans pouvoir porter une atteinte excessive à l'intérêt général : poursuite de l'exécution, mesures de régularisation, résiliation du contrat avec possible effet différé, annulation totale ou partielle du contrat au contenu illicite ou affecté d'un vice du consentement ou vice d'une particulière gravité.

Le juge pouvant faire droit à des conclusions indemnitaires en réparation du préjudice des droits lésés, y compris lorsqu'il invite les parties à prendre des mesures de régularisation.

- Recours ouvert pour les tiers qui n'en bénéficieraient pas qu'à l'encontre des contrats signés à compter du 4 avril 2014 et représentant de l'Etat dans le département, dans le cadre du contrôle de légalité, recevable à contester la légalité de ces actes devant le juge de l'excès de pouvoir jusqu'à la conclusion du contrat, date à laquelle les recours déjà engagés et non encore jugés perdent leur objet.

- **En l'espèce** le conseiller général est débouté de sa demande d'annulation de la décision de la commission permanente du conseil général autorisant le président à signer un marché à bons de commande de location de voitures de fonction, car:

- l'avis d'appel public à la concurrence qui a omis de porter les renseignements requis à la rubrique consacrée aux procédures de recours est sans influence sur la décision du choix et n'a privé d'aucune garantie des personnes susceptibles d'être concernées, la société attributaire ayant été la seule candidate,

- les membres de la commission permanente ont été destinataire du rapport caractérisant le marché,

- Le fractionnement du marché est justifié, car le département n'était pas en mesure d'arrêter entièrement l'étendue de ces besoins,

- la réduction alléguée de quelques heures du délai de réception des offres n'a pas empêché un candidat de présenter utilement une offre.

Résumé :

1. Tout **tiers à un contrat administratif** susceptible d'être **lésé dans ses intérêts** de façon suffisamment **directe et certaine** par sa **passation** ou ses **clauses** est recevable à former devant le juge du contrat **un recours de pleine juridiction** contestant la **validité du contrat** ou de certaines de **ses clauses non réglementaires** qui en sont divisibles.

Cette **action** est **indépendante** de celles dont disposent les parties à un contrat administratif et de celles ouvertes devant le juge de l'excès de pouvoir **contre les clauses réglementaires** d'un contrat ou devant **le juge du référé contractuel** sur le fondement des articles L. 551-13 et suivants du code de justice administrative.

2. Cette action devant le juge du contrat est également ouverte aux **membres de l'organe délibérant** de la collectivité territoriale ou du groupement de collectivités territoriales concerné

ainsi qu'au **représentant de l'Etat** dans le département dans l'exercice du contrôle de légalité.

3. Les requérants peuvent éventuellement assortir leur recours d'une demande tendant à **la suspension** de l'exécution du contrat sur le fondement de **l'article L. 521-1 du code de justice administrative**.

4. Ce recours doit être exercé **dans un délai de deux mois** à compter de l'accomplissement des **mesures de publicité appropriées**, y compris si le contrat contesté est relatif à des travaux publics, **notamment** au moyen d'un **avis** mentionnant à la fois la conclusion du contrat et les modalités de sa consultation dans le respect des secrets protégés par la loi.

5. La légalité du **choix du cocontractant**, de la délibération autorisant la **conclusion du contrat** et de la **décision de le signer**, ne peut être contestée **qu'à l'occasion du recours ainsi défini**.

6. Toutefois, dans le cadre du **contrôle de légalité**, le **représentant de l'Etat** dans le département est recevable à contester la légalité de ces actes devant le juge de l'excès de pouvoir jusqu'à la **conclusion du contrat**, date à laquelle les recours déjà engagés et non encore jugés perdent leur objet.

7. Le **représentant de l'Etat** dans le département et les **membres de l'organe délibérant** de la collectivité territoriale ou du groupement de collectivités territoriales concerné, compte tenu des intérêts dont ils ont la charge, **peuvent invoquer tout moyen** à l'appui du recours ainsi défini.

8. Les **autres tiers** ne peuvent invoquer que **des vices en rapport direct avec l'intérêt lésé** dont ils se prévalent **ou** ceux d'une **gravité** telle que le juge devrait les **relever d'office**.

Il appartient alors au **juge du contrat** :

- après avoir vérifié que **l'auteur du recours autre** que le représentant de l'Etat dans le département ou qu'un membre de l'organe délibérant de la collectivité territoriale ou du groupement de collectivités territoriales concerné se prévaut d'un **intérêt susceptible d'être lésé de façon suffisamment directe et certaine** et que les **irrégularités** qu'il critique sont de celles qu'il peut **utilement invoquer**,
- lorsqu'il constate **l'existence de vices** entachant la validité du contrat,
- d'en **apprécier l'importance et les conséquences**.

Il revient au **juge du contrat**, après avoir pris en considération **la nature de ces vices** :

- soit de décider que la **poursuite de l'exécution** du contrat est possible,
- soit d'inviter les parties à prendre **des mesures de régularisation** dans un délai qu'il fixe, sauf à résilier ou résoudre le contrat,
- qu'en présence d'irrégularités qui **ne peuvent** être couvertes par une mesure de **régularisation** et qui ne permettent pas la poursuite de l'exécution du contrat,
 - * il lui revient de prononcer, soit **la résiliation du contrat**, le cas échéant avec un **effet différé**, après avoir vérifié que sa décision ne portera pas une atteinte excessive à **l'intérêt général**,
 - * soit, **l'annulation totale ou partielle du contrat** si celui-ci si a un **contenu illicite** ou s'il se trouve affecté d'un **vice de consentement** ou de tout autre **vice d'une particulière gravité** que le juge doit ainsi relever d'office.

Le juge du contrat peut enfin, s'il en est saisi, faire droit à des conclusions tendant à **l'indemnisation du préjudice** découlant de l'atteinte à des droits lésés, y compris lorsqu'il invite les parties à prendre des mesures de régularisation.

9. Eu égard à l'impératif de **sécurité juridique** tenant à ce qu'il ne soit pas porté une atteinte excessive aux relations contractuelles en cours, le recours ci-dessus défini ne pourra être exercé **par les tiers qui n'en bénéficiaient pas** et selon les modalités précitées qu'à l'encontre des contrats signés **à compter de la lecture de la présente décision**.

L'existence d'un recours contre le contrat, qui, hormis le déferé préfectoral, n'était ouvert avant la présente décision qu'aux seuls concurrents évincés, ne prive pas d'objet les recours pour excès de pouvoir déposés par d'autres tiers contre les actes détachables de contrats signés jusqu'à la date de lecture de la présente décision.

10. **Dans cette affaire**, un département avait lancé un **appel d'offres ouvert** en vue de la conclusion d'un marché à **bons de commande** ayant pour objet la location de longue durée de véhicules de fonction pour les services du conseil général.

Un **conseiller général** de ce département a saisi le tribunal administratif d'une **demande d'annulation** pour excès de pouvoir de la **délibération** de la commission permanente du conseil général qui a autorisé le président de l'assemblée départementale à **signer le marché** avec la société retenue comme attributaire par la commission d'appel d'offres.

L'**avis** d'appel public à la concurrence de ce marché avait **omis** de porter les renseignements requis à la

rubrique consacrée **aux procédures de recours**, en méconnaissance des obligations du règlement de la Commission du 7 septembre 2005 établissant les formulaires standard pour la publication d'avis dans le cadre des procédures de passation des marchés publics conformément aux directives 2004/17/CE et 2004/18/CE du Parlement et du Conseil.

11. Le **juge** devait **rechercher** si l'irrégularité constatée avait été **susceptible** d'exercer, en l'espèce, une **influence sur le sens de la délibération** contestée **ou de priver d'une garantie** les personnes susceptibles d'être **concernées** par l'indication des procédures de recours contentieux, ce que la cour administrative d'appel n'a pas fait ; commettant une erreur de droit, son arrêt doit alors être annulé.

12. Dans les circonstances de l'espèce, cette irrégularité n'a pas été susceptible d'exercer une influence sur le sens de la délibération contestée ou de priver des concurrents évincés d'une garantie, la **société attributaire** ayant été, d'ailleurs, la **seule candidate**.

13. Les membres de la **commission permanente** ont bien été destinataires d'un **rapport** mentionnant les principales caractéristiques du marché.

14. Le département n'a pas méconnu les dispositions l'article 71 du code des marchés publics alors en vigueur (CMP de 2006) en recourant au **marché fractionné** pour la location de ses véhicules de service, car compte tenu du renouvellement à venir de l'assemblée départementale et de la perspective du transfert de nouvelles compétences aux départements, le département n'était **pas en mesure** d'arrêter entièrement **l'étendue de ses besoins** dans le marché.

15. Le conseiller général soutient que le département aurait méconnu les dispositions du deuxième alinéa de l'article 57 du code des marchés publics alors en vigueur fixant un **délai de réception des offres** qui ne peut être inférieur à **52 jours** à compter de l'envoi de l'appel public à la concurrence, en organisant un délai de réception des offres à dix-sept heures le cinquante-deuxième jour suivant l'envoi de l'avis d'appel public à la concurrence.

Cependant, il ne ressort pas des pièces du dossier, et il n'est **pas** même soutenu, qu'un **candidat** aurait été **empêché** de présenter utilement son offre en raison de la **réduction alléguée de quelques heures** du délai de 52 jours de réception des offres.

Dans les circonstances de l'espèce, le vice allégué affectant la procédure de passation du marché n'a été susceptible, ni d'exercer une influence sur le sens de

la délibération contestée ni de priver d'autres candidats d'une garantie.

16. C'est donc à tort que par son jugement, le tribunal administratif a annulé la délibération par laquelle la commission permanente du conseil général a autorisé le président de l'assemblée départementale à signer le contrat en litige.

► **Commentaire de Dominique Fausser :**

Voici une révolution largement attendue dans les procédures contentieuses contractuelles, le Conseil d'Etat posant les principes d'une ouverture directe, aux tiers du contentieux de la passation et de la signature des contrats, mais qui suscite déjà de nombreuses interrogations.

Le Conseil d'Etat avait suffisamment jalonné les conditions de recevabilité des concurrents évincés à l'encontre des contrats, en terme de preuve de l'intérêt lésé (CE, 3 octobre 2008, req. n° 305420, *SMIRGEOMES*, publié au Recueil Lebon), en admettant leurs recours en pleine juridiction, y compris assorti d'un référé suspension et de conclusions indemnitaires, dans un délai de deux mois à compter de l'accomplissement des mesures de publicité appropriées et en encadrant les pouvoirs du juge eu égard à l'impératif de sécurité juridique tenant à ce qu'il ne soit pas porté une atteinte excessive aux relations contractuelles (CE, assemblée, n° 291545, 16 juillet 2007, *Sté TROPIC travaux signalisation*, dit recours « Tropic »).

Rappelons au passage que comme dans le recours « Tropic », les conclusions indemnitaires doivent être précédées d'une décision préalable de l'administration, sauf en matière de travaux publics, ce qui suppose que le tiers dépose une demande motivée et chiffrée à l'administration contractante dans le délai du recours contentieux (CE, 11 mai 2011, n° 34702, avis, *Sté REBILLON-SCHMIT-PREVOT*, publié au Recueil Lebon)

Aujourd'hui, le Conseil d'Etat estime que les conditions sont désormais réunies et suffisamment encadrées pour conférer au juge du contrat la possibilité de statuer directement et en pleine juridiction sur le recours de tout tiers au contrat. Il sonne donc le glas de la jurisprudence « Martin » (CE, 4 août 1905), et de sa suite qui obligeait les tiers, hormis le déféré préfectoral et l'action des usagers du service public contre les clauses réglementaires d'un contrat, à agir préalablement en annulation des actes détachables du contrat dans une procédure dont les caractéristiques en étaient sa longueur et sa complexité.

En outre, l'édifice classique avait déjà été fragilisé avec l'arrêt du Conseil d'Etat du 3 mars 2006, n° 287960, *Sté François-Charles Oberthur Fiduciaire*, qui a fait droit au recours du conseil du comité central l'Imprimerie nationale (donc tiers au contrat, même si les salariés sont directement affectés par l'obtention ou non du contrat par leur employeur) de suspendre deux décisions ministérielles, l'une rejetant l'offre de l'Imprimerie nationale, l'autre retenant l'offre d'une entreprise concurrente, lors de l'attribution du marché de fourniture

de passeports électroniques sécurisés et de systèmes de suivi et de gestion de clefs. Or, il n'y avait qu'un pas à franchir pour passer d'une suspension par les tiers directement concernés des actes concourant à l'attribution d'un marché, à une annulation directe du contrat litigieux.

Cet arrêt va aussi mettre fin à la pratique du tiers au contrat (élus locaux ou autres tiers intéressés) qui agissaient pour plus de commodité sous couvert d'un « faux-nez » de contribuable local, dans la procédure de droit à plaider de ce contribuable en ce qui concerne les actions relevant du contentieux administratif, droit ayant pour origine les articles 49 et 50 de la loi de 1837, dispositif désormais codifié aux articles suivants du Code général des collectivités territoriales : L. 2132-5 à L. 2132-7, L. 2411-8, et R. 2132-1 à R. 2132-4 (communes et sections de communes), L. 5211-58 et R. 5211-49 à R. 5211-52 (intercommunalité), L. 3133-1 et R. 3133-1 à R. 3133-4 (départements), L. 4143-1 et R. 4143-1 à R. 4143-4 (régions), LO. 6244-1 (Saint-Barthélemy), LO. 6344-1 (Saint-Martin), LO. 6453-1 (Saint-Pierre et Miquelon).

Sur ce point, lire « le cadre restreint du recours exercé par le contribuable local » CP-ACCP de décembre 2011 par Éric Lanzarone et moi-même.

On pourrait même déduire de la lecture du présent arrêt qui :

- d'une part, confère un droit spécifique aux membres de l'organe délibérant de pouvoir « invoquer tout moyen à constater les contrats passés par la collectivité territoriale ou le groupement dont il est membre » et non pas un seul intérêt lésé qui leur serait propre
- et d'autre part, confère un caractère exclusif à ce nouveau recours puisque « la légalité du choix du cocontractant, de la délibération autorisant la conclusion du contrat et de la décision de le signer, ne peut être contestée qu'à l'occasion du recours, ainsi défini ».

que la voie de recours comme contribuable local à l'occasion de la passation d'un contrat leur est désormais fermée.

Restera à la jurisprudence à venir de confirmer ce point de qualité à agir de ces élus locaux. Elle devra aussi se positionner sur la problématique des voies de recours ouvertes à ces élus locaux, comme ceux d'autres tiers, sur la passation des avenants.

Bien que les avenants ne font que modifier les dispositions contractuelles et ne sont pas des contrats autonomes, peut-on leur appliquer par parallélisme de forme les mêmes règles de recours ouverts désormais aux tiers pour les contrats ?

Cela semblerait logique et efficace, car le contraire ouvrirait la porte à des pratiques peu vertueuses, comme celles qui feraient qu'une disposition du contrat annulée par le juge par l'action du tiers puisse être ensuite réincorporée sous une forme plus ou moins directe dans le contrat par voie d'avenant et sans alors possible action directe du même tiers.

Ensuite, si le juge assimile les avenants à un contrat, viendra sur le tapis du contentieux la problématique de leur distinction avec les décisions de poursuivre (au sens de l'article 20 du Code des marchés publics). Ces

décisions ne sont que le fruit d'une exécution contractuelle, donc en principe, elles ne sont pas ouvertes à ce nouveau contentieux, si tant est qu'elles ne cachent pas en réalité des avenants ou un nouveau contrat.

Le présent arrêt, constitue donc un élargissement du recours « Tropic » à tous les tiers, mais le Conseil d'Etat définit deux groupes distincts de tiers recevables à agir :

- d'une part par les tiers que je pourrais qualifier d'« ordinaires », donc a priori y compris les anciens concurrents évincés du recours « Tropic »

- et d'autre part, les tiers que je pourrais qualifier d'« institutionnels », à savoir les « membres de l'organe délibérant de la collectivité territoriale ou du groupement de collectivités territoriales » concerné ainsi que le représentant de l'Etat dans le département dans l'exercice du contrôle de légalité (l'autorité préfectorale).

Une première remarque s'impose à ce stade. Les collectivités territoriales sont définies au « Titre XII : Des collectivités territoriales » de la Constitution française modifiée du 4 octobre 1958, au premier alinéa de son article 72 :

« Les collectivités territoriales de la République sont les communes, les départements, les régions, les collectivités à statut particulier et les collectivités d'outre-mer régies par l'article 74. Toute autre collectivité territoriale est créée par la loi, le cas échéant en lieu et place d'une ou de plusieurs collectivités mentionnées au présent alinéa. »

L'Etat n'étant pas une collectivité territoriale, les parlementaires sont donc exclus de ce dispositif au titre de ces tiers institutionnels. Les membres du gouvernement, et surtout les fonctionnaires de l'Etat qui y travaillent, peuvent donc dormir tranquilles, y compris les membres des juridictions administratives qui par cet arrêt s'exonèrent ainsi eux-mêmes du contrôle parlementaire pour les propres contrats qu'ils signent.

Les magistrats du Conseil d'Etat pratiquent donc un exercice hélas habituel de nos institutions françaises, celui qui consiste à donner de grandes leçons de démocratie en ne les appliquant surtout pas à eux-mêmes.

Nos gouvernements successifs et leurs agents pourront donc continuer à passer des contrats sans contrôle des représentants du peuple aussi aberrants que ceux qui ont défrayés la chronique, comme :

- les concessions autoroutières à prix bradés,
- l'achat de vaccins antigrippaux de 2009-2010 dont plus de la moitié étaient inutiles,
- la passation du contrat Ecomouv' pour percevoir l'écotaxe qui est un désastre en pénalités à devoir par le contribuable en cas de non réalisation de la taxation par l'Etat,
- des contrats de partenariat ou assimilés ruineux pour le contribuable.

Bref, si des mesures d'économies de gestion pouvaient être mises en place facilement par l'Etat, c'est bien par un meilleur contrôle parlementaire des contrats passés par ou sous le contrôle du gouvernement, contrats qui échappent actuellement à tout contrôle d'une représentation citoyenne

(rappelons au passage qu'un gouvernement est nommé et non élu). Or, sans contre-pouvoir des représentants des citoyens, il est évident que l'administration peut faire n'importe quoi en toute impunité, d'autant plus que rares sont les entreprises évincées irrégulièrement qui vont aux contentieux de peur de provoquer le courroux de l'Etat qui dispose d'outils assez contraignants pour calmer les ardeurs contentieuses : un contrôle fiscal et son cortège de contraintes, même si vous pensez être en règle, cela vous tenterait ?

Bien entendu, rien n'empêche le parlement de voter une loi instituant un tel contrôle des parlementaires à l'identique de celui des membres des assemblées locales. Il n'y a rien qui pourrait porter atteinte au principe de séparation des pouvoirs. Je leur suggère donc de mettre en place cet outil simple et efficace pour faire facilement et rapidement des économies et améliorer la qualité de la commande publique sans remettre en cause la qualité du service public, solution particulièrement adaptée à notre impératif de réduire le déficit et la dette de l'Etat. Bref, voici une réforme institutionnelle parmi celle qu'on s'attendrait à être mise en place par notre nouveau gouvernement et qui ne nécessite aucune ingénierie particulière quant à la prise de décision.

En ce qui concerne les tiers « ordinaires », ils ne seront recevables à former un tel recours devant le juge du contrat que s'il est lésé dans ses intérêts de façon suffisamment directe et certaine par la passation ou les clauses du contrat, ou si l'illégalité serait d'une gravité telle que le juge devrait les relever d'office.

A titre d'exemple d'une telle gravité susceptible d'emporter la nullité d'office du contrat ou de certaines de ces clauses, citons :

- le caractère illicite du contenu du contrat ou un vice d'une particulière gravité relatif notamment aux conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement (CAA Lyon, 22 mars 2012, n° 11LY01393, *Sté CTR*, concernant la nullité d'une convention d'assistance qui aurait dû être passée avec un professionnel du droit au sens de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques) ;
- parmi les vices du consentement, on peut imaginer le cas d'un organe délibérant qui aurait été conduit à donner son autorisation de signer les marchés sur des éléments erronés, ou un contrat signé en appui d'une délibération inexistante dans les faits ;
- l'incompétence de l'autorité signataire du marché (CE, 28 janvier 1977, n° 99449, *ministère des Finances*), tel un maire qui n'a pas été habilité par le conseil municipal à signer le contrat (CAA de Marseille, 3 mai 2006, n° 02MA01929, *MM. X et Y c/commune de Baillargues*), cette incompétence s'étendant à la signature d'un contrat intervenue après l'injonction par le juge du référé de la différer, l'exécutif local n'ayant alors plus autorité à signer ce contrat pendant cette période de suspension (TA Orléans, 5 juillet 2005, n° 050204, *Sté Coved c/ Sictom de Châteaudun*, in « *Le juge du référé précontractuel peut statuer après la signature du contrat !* » par Sébastien Palmier, Cabinet Cabanes, et

Guillaume Gauch, Cabinet Cassel dans CP-ACCP n° 49 – novembre 2005 – pages 87 à 90),

- la clause du contrat public privant le sous-traitant d'un paiement direct (CE, 18 juin 1991, avis n° 349740)
- la clause qui contreviendrait à la règle selon laquelle une personne publique ne peut être admise à payer une somme qu'elle ne doit pas (CAA de Douai, N° 02DA00230, 12 février 2004, *M. Tête c/ S.C.B.P.N.L.*)

Pour les tiers non-concurrents évincés du contrat, cette position était déjà celle du Conseil d'État, dans son arrêt du 11 mai 2011, n° 331153, *Sté Lyonnaise des eaux de France*, mentionné dans les tables du recueil Lebon, au sujet des suites de l'annulation d'un acte détachable ayant donné lieu ensuite à une transaction :

« si des tiers peuvent poursuivre l'annulation des actes détachables d'un contrat, la recevabilité d'un tel recours est subordonnée à la condition que les stipulations du contrat en cause soient de nature à les léser dans leurs intérêts de façon suffisamment directe et certaine ».

Il est à noter que dans ce arrêt de 2001, l'action d'une association d'usagers avait été retenue en son principe de par son objet social de défendre les tiers usagers concernés, mais elle avait été écartée « in concreto », car la transaction attaquée n'avait pas eu d'effet sur l'organisation ou le fonctionnement de ce service public, ni accru les tarifs des usagers.

Parmi les tiers, non-concurrents évincés, susceptibles d'être lésés de manière directe et certaine par la passation du contrat, il y a ceux qui pourront prouver qu'ils étaient les partenaires du concurrent évincé à l'exécution du contrat perdu. N'étant pas directement concurrents le recours précontractuel ou contractuel leur était et restera fermé mais s'ouvre désormais cette nouvelle voie contentieuse.

On peut ainsi citer l'action probable :

- d'agents qui n'ont pu être embauchés du fait que le marché public de leur employeur envisagé n'a pu être obtenu,
 - de sous-traitants, fournisseurs ou prestataires associés à l'offre non retenue,
 - de salariés, de syndicats, de comités d'entreprise* du concurrent non retenu, etc.
- (* à l'identique de l'affaire précitée CE du 3 mars 2006, n° 287960, *Sté François-Charles Oberthur Fiduciaire*.)

On pourra trouver aussi des agents et des syndicats des administrations contractantes, lorsque le contrat passé organise une externalisation des services qui mette en péril ou modifiant de manière significative l'exercice de leur profession.

Les tiers que je qualifierais « de voisinage » de l'exécution du contrat qui seraient lésés au titre des conditions contractuelles d'exécution du contrat seront plus rares, déjà du fait de la preuve difficile à apporter du caractère certain de l'intérêt lésé à la seule aube du contenu contractuel, et surtout des délais de recours. En effet, si le marché a fait l'objet de « mesures de publicité appropriées », l'exécution d'un marché, surtout en travaux, démarre rarement sur le terrain dans ce délai de

deux mois à partir d'un avis d'attribution du marché. Ces tiers « ordinaires » n'ont aussi pas vocation à lire de tels avis.

Mais par mesure de publicité appropriée, il est possible que le juge ne s'arrête pas seulement aux avis d'attribution dans les journaux d'annonces légales, le BOAMP ou le JOUE. En effet, en évoquant « des mesures de publicité appropriées » le Conseil d'Etat ne les restreint pas au contrat lui-même (il n'est pas écrit les mesures de publicité du contrat), même si bien sûr, il cite « notamment » un avis mentionnant à la fois la conclusion du contrat et les modalités de sa consultation dans le respect des secrets protégés par la loi, dans même sens que l'arrêt « Tropic » (CE n° 291545, 16 juillet 2007, *Société TROPIC travaux signalisation*) :

« ce recours doit être exercé, y compris si le contrat contesté est relatif à des travaux publics, dans un délai de deux mois à compter de l'accomplissement des mesures de publicité appropriées, notamment au moyen d'un avis mentionnant à la fois la conclusion du contrat et les modalités de sa consultation dans le respect des secrets protégés par la loi »

Le caractère approprié de la publicité devrait pouvoir s'apprécier également au regard de la qualité du tiers lésé dans ses intérêts en considérant l'ensemble des formalités de publicité s'attachant au processus opérationnel concourant au début de l'exécution du contrat, tel :

- pour les riverains l'exigence de l'affichage d'un permis de construire en ce qui concerne une opération de travaux qui y est assujéti à un tel permis,
- pour les agents du pouvoir public adjudicateur, la saisine obligatoire et préalable du comité technique (ex-comité technique paritaire) lorsque le contrat emporte une réorganisation interne des services.

► Phrase ajoutée le 20 avril 2014 :

Concernant les membres des assemblées délibérantes, la publicité devrait englober l'obligation pour l'exécutif de rendre compte de ses délégations portant sur la passation des marchés (art. L 3221-11, L. 2122-23, L. 4231-8 et L. 5211-11 du Code général des collectivités territoriales)

En effet, le caractère englobant et exclusif de cette nouvelle procédure de recours qui focalise à elle seule, hormis le possible déféré préfectoral, la contestation et de la légalité du choix du cocontractant et de la délibération autorisant la conclusion du contrat et de la décision de le signer, justifierait que le juge du contrat considère comme départ des délais de recours de deux mois, l'achèvement de l'ensemble des mesures de publicité auxquelles à droit la catégorie de tiers concerné avant l'exécution effective du contrat susceptible d'être litigieux.

A noter que lorsqu'un contrat ou son exécution n'est soumise à aucune mesure de publicité, comme le cas d'un marché à procédure adapté de l'article 28 du Code des marchés publics, en l'absence de publicité volontaire de pouvoir adjudicateur (Formulaire standard 15: «Avis en cas de transparence ex ante volontaire» en application du règlement d'exécution (UE) N° 842/2011 de la Commission du 19 août 2011) ou d'autre formalité de publicité ou de notification au tiers concerné en précisant

les modes de consultation du contrat, ferait que le recours ne serait pas extinctif, dans le même sens que le recours « Tropic » (CAA de Marseille, 15 octobre 2009, n° 07MA03259, *Sté X c/ commune d'Avignon* ; CAA de Lyon, 30 janvier 2014, n° 13LY00468, *SARL Daniel Marot et a.* commenté sous E-RJCP mis en ligne le 10 mars 2014).

C'est le cas actuellement pour des concurrents évincés qui agissent au fond sur la base du recours « Tropic » (CE n° 291545, 16 juillet 2007, *Société TROPIC travaux signalisation*), alors que s'ils agissent en référé contractuel, ce recours s'éteindrait « à l'expiration d'un délai de six mois à compter du lendemain du jour de la conclusion du contrat » (article R. 551-7 du CJA).

Bref, le Conseil d'Etat a conquis un nouveau territoire, mais qui reste encore grandement « terra incognita ». L'autre inconnue est de savoir si le juge judiciaire suivra ou non les pas du Conseil d'Etat au titre de son propre contentieux concernant les contrats passés par les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices en application de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 qui relèvent de sa juridiction.

*

**

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETATEXT000028823786>

Conseil d'Etat
N° 358994

Publié au recueil Lebon

Le Conseil d'Etat statuant au contentieux

Sur le rapport de la 7ème sous-section

M. Jean-Dominique Nuttens, rapporteur, M. Bertrand Dacosta, rapporteur public,

SCP DELVOLVE ; FOUSSARD, avocat

Séance du **21 mars 2014** - Lecture du **4 avril 2014**

Vu le pourvoi sommaire et le mémoire complémentaire, enregistrés les 30 avril et 11 juillet 2012 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, présentés pour le **département de département de Tarn-et-Garonne**, représenté par le président du conseil général ; le département de Tarn-et-Garonne demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler l'arrêt n° 10BX02641 du 28 février 2012 par lequel la cour administrative d'appel de Bordeaux a rejeté sa requête tendant à l'annulation du jugement n° 0700239 du 20 juillet 2010 par lequel le tribunal administratif de Toulouse a, à la demande de M. François Bonhomme, annulé la délibération en date du 20 novembre 2006 de la commission permanente du conseil général de Tarn-et-Garonne autorisant le président du conseil général à signer avec la société Sotral un marché à bons de commande ayant pour objet la location en longue durée de véhicules de fonction pour les services du conseil général et enjoint au département d'obtenir la résolution du contrat ;

2°) réglant l'affaire au fond, de faire droit à sa requête d'appel ;

3°) de mettre à la charge de M. A... le versement d'une somme de 5 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ainsi que les frais de contribution à l'aide juridique ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu le règlement (CE) n° 1564/2005 de la Commission du 7 septembre 2005 ;

Vu le code des marchés publics ;

Vu le code de justice administrative ;

Après avoir entendu en séance publique :

- le rapport de M. Jean-Dominique Nuttens, maître des requêtes en service extraordinaire,

- les conclusions de M. Bertrand Dacosta, rapporteur public ;

La parole ayant été donnée, avant et après les conclusions, à Me Foussard, avocat du département du Tarn-et-Garonne et à la SCP Delvolvé, avocat de M. François Bonhomme ;

1. Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que, par un avis d'appel public à la concurrence du 26 juin 2006, le département de Tarn-et-Garonne a lancé un appel d'offres ouvert en vue de la conclusion d'un marché à bons de commande ayant pour objet la location de longue durée de véhicules de fonction pour les services du conseil général ; que, par une délibération en date du 20 novembre 2006, la commission permanente du conseil général a autorisé le président de l'assemblée départementale à signer le marché avec la société Sotral, retenue comme attributaire par la commission d'appel d'offres ; que le 18 janvier 2007, M. François Bonhomme, conseiller général de Tarn-et-Garonne, a saisi le tribunal administratif de Toulouse d'une demande d'annulation pour excès de pouvoir de la délibération du 20 novembre 2006 ; que le conseil général de Tarn-et-Garonne se pourvoit en cassation contre l'arrêt du 28 février 2012 par lequel la cour administrative d'appel de Bordeaux a rejeté sa requête tendant à l'annulation du jugement du tribunal administratif de Toulouse du 20 juillet 2010 annulant la délibération attaquée et invitant les parties, à défaut de résolution amiable du contrat, à saisir le juge du contrat ;

Sur les recours en contestation de la validité du contrat dont disposent les tiers :

2. Considérant qu'indépendamment des actions dont disposent les parties à un contrat administratif et des actions ouvertes devant le juge de l'excès de pouvoir contre les clauses réglementaires d'un contrat ou devant le juge du référé contractuel sur le fondement des articles L. 551-13 et suivants du code de justice administrative, tout tiers à un contrat administratif susceptible d'être lésé dans ses intérêts de façon suffisamment directe et certaine par sa passation ou ses clauses est recevable à former devant le juge du contrat un recours de pleine juridiction contestant la validité du contrat ou de certaines de ses clauses non réglementaires qui en sont divisibles ; que cette action devant le juge du contrat est également ouverte aux membres de l'organe délibérant de la collectivité territoriale ou du groupement de collectivités territoriales concerné ainsi qu'au représentant de l'Etat dans le département dans l'exercice du contrôle de légalité ; que les requérants peuvent éventuellement assortir leur recours d'une demande tendant, sur le fondement de l'article L. 521-1 du code de justice administrative, à la suspension de l'exécution du contrat ; que ce recours doit être exercé, y compris si le contrat contesté est relatif à des travaux publics, dans un délai de deux mois à compter de l'accomplissement des mesures de publicité appropriées, notamment au moyen d'un avis mentionnant à la fois la conclusion du contrat et les modalités de sa consultation dans le respect des secrets protégés par la loi ; que la légalité du choix du cocontractant, de la délibération autorisant la conclusion du contrat et de la décision de le signer, ne peut être contestée qu'à l'occasion du recours ainsi défini ; que, toutefois, dans le cadre du contrôle de légalité, le représentant de l'Etat dans le département est recevable à contester la légalité de ces actes devant le juge de l'excès de pouvoir jusqu'à la conclusion du contrat, date à laquelle les recours déjà engagés et non encore jugés perdent leur objet ;

3. Considérant que le représentant de l'Etat dans le département et les membres de l'organe délibérant de la collectivité territoriale ou du groupement de collectivités territoriales concerné, compte tenu des intérêts dont ils ont la charge, peuvent invoquer tout

moyen à l'appui du recours ainsi défini ; que les autres tiers ne peuvent invoquer que des vices en rapport direct avec l'intérêt lésé dont ils se prévalent ou ceux d'une gravité telle que le juge devrait les relever d'office ;

4. Considérant que, saisi ainsi par un tiers dans les conditions définies ci-dessus, de conclusions contestant la validité du contrat ou de certaines de ses clauses, il appartient au juge du contrat, après avoir vérifié que l'auteur du recours autre que le représentant de l'Etat dans le département ou qu'un membre de l'organe délibérant de la collectivité territoriale ou du groupement de collectivités territoriales concerné se prévaut d'un intérêt susceptible d'être lésé de façon suffisamment directe et certaine et que les irrégularités qu'il critique sont de celles qu'il peut utilement invoquer, lorsqu'il constate l'existence de vices entachant la validité du contrat, d'en apprécier l'importance et les conséquences ; qu'ainsi, il lui revient, après avoir pris en considération la nature de ces vices, soit de décider que la poursuite de l'exécution du contrat est possible, soit d'inviter les parties à prendre des mesures de régularisation dans un délai qu'il fixe, sauf à résilier ou résoudre le contrat ; qu'en présence d'irrégularités qui ne peuvent être couvertes par une mesure de régularisation et qui ne permettent pas la poursuite de l'exécution du contrat, il lui revient de prononcer, le cas échéant avec un effet différé, après avoir vérifié que sa décision ne portera pas une atteinte excessive à l'intérêt général, soit la résiliation du contrat, soit, si le contrat a un contenu illicite ou s'il se trouve affecté d'un vice de consentement ou de tout autre vice d'une particulière gravité que le juge doit ainsi relever d'office, l'annulation totale ou partielle de celui-ci ; qu'il peut enfin, s'il en est saisi, faire droit, y compris lorsqu'il invite les parties à prendre des mesures de régularisation, à des conclusions tendant à l'indemnisation du préjudice découlant de l'atteinte à des droits lésés ;

5. Considérant qu'il appartient en principe au juge d'appliquer les règles définies ci-dessus qui, prises dans leur ensemble, n'apportent pas de limitation au droit fondamental qu'est le droit au recours ; que toutefois, eu égard à l'impératif de sécurité juridique tenant à ce qu'il ne soit pas porté une atteinte excessive aux relations contractuelles en cours, le recours ci-dessus défini ne pourra être exercé par les tiers qui n'en bénéficiaient pas et selon les modalités précitées qu'à l'encontre des contrats signés à compter de la lecture de la présente décision ; que l'existence d'un recours contre le contrat, qui, hormis le déferé préfectoral, n'était ouvert avant la présente décision qu'aux seuls concurrents évincés, ne prive pas d'objet les recours pour excès de pouvoir déposés par d'autres tiers contre les actes détachables de contrats signés jusqu'à la date de lecture de la présente décision ; qu'il en résulte que le présent litige a conservé son objet ;

Sur le pourvoi du département de Tarn-et-Garonne :

6. Considérant que, pour confirmer l'annulation de la délibération du 20 novembre 2006 par laquelle la commission permanente du conseil général a autorisé le président de l'assemblée départementale à signer le marché avec la société Sotral, la cour administrative d'appel de Bordeaux a énoncé qu'en omettant de porter les renseignements requis à la rubrique de l'avis d'appel public à la concurrence consacrée aux procédures de recours, le département avait méconnu les obligations de publicité et de mise en concurrence qui lui incombait en vertu des obligations du règlement de la Commission du 7 septembre 2005 établissant les formulaires standard pour la publication d'avis dans le cadre des procédures de passation des marchés publics conformément aux directives 2004/17/CE et 2004/18/CE du Parlement et du Conseil ; qu'en statuant ainsi, sans rechercher si l'irrégularité constatée avait été susceptible d'exercer, en l'espèce, une influence sur le sens de la délibération contestée ou de priver d'une garantie les personnes susceptibles d'être concernées par l'indication des procédures de recours contentieux, la cour administrative d'appel

a commis une erreur de droit ; que, par suite, et sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens du pourvoi, le département de Tarn-et-Garonne est fondé à demander l'annulation de l'arrêt attaqué ;

7. Considérant qu'il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de régler l'affaire au fond en application des dispositions de l'article L. 821-2 du code de justice administrative ;

8. Considérant que si M. A... soutient que l'avis d'appel public à la concurrence publié par le département de Tarn-et-Garonne ne comportait pas la rubrique « Procédures de recours » en méconnaissance des dispositions du règlement de la Commission du 7 septembre 2005, il ne ressort pas des pièces du dossier que cette irrégularité ait été, dans les circonstances de l'espèce, susceptible d'exercer une influence sur le sens de la délibération contestée ou de priver des concurrents évincés d'une garantie, la société attributaire ayant été, d'ailleurs, la seule candidate ; que, par suite, le département de Tarn-et-Garonne est fondé à soutenir que c'est à tort que, pour annuler la délibération du 20 novembre 2006, le tribunal administratif de Toulouse s'est fondé sur la méconnaissance des obligations de publicité et de mise en concurrence qui incombait au département en ne portant pas les renseignements requis à la rubrique « Procédures de recours » de l'avis d'appel public à la concurrence ;

9. Considérant toutefois qu'il appartient au Conseil d'Etat, saisi par l'effet dévolutif de l'appel, d'examiner les autres moyens soulevés par M. A... devant le tribunal administratif de Toulouse ;

10. Considérant, en premier lieu, qu'il ressort des pièces du dossier que les membres de la commission permanente ont été, contrairement à ce que soutient M. A..., destinataires d'un rapport mentionnant les principales caractéristiques du marché ;

11. Considérant, en deuxième lieu, qu'aux termes de l'article 71 du code des marchés publics alors en vigueur : « Lorsque, pour des raisons économiques, techniques ou financières, le rythme ou l'étendue des besoins à satisfaire ne peuvent être entièrement arrêtés dans le marché, la personne publique peut passer un marché fractionné sous la forme d'un marché à bons de commande » ; que si M. A... fait valoir que le département de Tarn-et-Garonne a méconnu ces dispositions en recourant au marché fractionné pour la location de ses véhicules de service, il ressort des pièces du dossier que, compte tenu du renouvellement à venir de l'assemblée départementale et de la perspective du transfert de nouvelles compétences aux départements, le département de Tarn-et-Garonne n'était pas en mesure d'arrêter entièrement l'étendue de ses besoins dans le marché ;

12. Considérant, en dernier lieu, qu'aux termes du deuxième alinéa de l'article 57 du code des marchés publics alors en vigueur : « Le délai de réception des offres ne peut être inférieur à 52 jours à compter de l'envoi de l'appel public à la concurrence (...) » ; que si M. A... soutient que le département de Tarn-et-Garonne aurait méconnu ces dispositions en fixant le délai de réception des offres à dix-sept heures le cinquante-deuxième jour suivant l'envoi de l'avis d'appel public à la concurrence, il ne ressort pas des pièces du dossier, et il n'est pas même soutenu, qu'un candidat aurait été empêché de présenter utilement son offre en raison de la réduction alléguée de quelques heures du délai de 52 jours de réception des offres ; qu'ainsi, le vice allégué affectant la procédure de passation du marché n'a été susceptible, dans les circonstances de l'espèce, ni d'exercer une influence sur le sens de la délibération contestée ni de priver d'autres candidats d'une garantie ;

13. Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède, sans qu'il soit besoin de statuer sur les fins de non-recevoir opposées à la

demande de M. A... par le département de Tarn-et-Garonne, que ce dernier est fondé à soutenir que c'est à tort que par son jugement du 10 juillet 2010, le tribunal administratif de Toulouse a annulé la délibération du 20 novembre 2006 par laquelle la commission permanente du conseil général a autorisé le président de l'assemblée départementale à signer le contrat ;

14. Considérant que les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce que soient mises à la charge du département de Tarn-et-Garonne, qui n'est pas la partie perdante dans la présente instance, les sommes demandées par M. A... devant la cour administrative d'appel au titre des frais exposés par lui et non compris dans les dépens ; qu'il n'y a pas lieu, dans les circonstances de l'espèce, de faire droit aux conclusions présentées par le département de Tarn-et-Garonne au titre des mêmes dispositions et de l'article R. 761-1 du code de justice administrative dans sa rédaction applicable à la présente affaire ;

DECIDE :

Article 1er : L'arrêt du 28 février 2012 de la cour administrative d'appel de Bordeaux et le jugement du 20 juillet 2010 du tribunal administratif de Toulouse sont annulés.

Article 2 : La demande présentée par M. A... devant le tribunal administratif de Toulouse et ses conclusions tendant à l'application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative, présentées devant la cour administrative d'appel de Bordeaux, sont rejetées.

Article 3 : Le surplus des conclusions du pourvoi du département de Tarn-et-Garonne est rejeté.

Article 4 : La présente décision sera notifiée au département de Tarn-et-Garonne, à M. A... et à la société Sotral.