

N°s 420654, 420663
Société Cerba

Caisse nationale d'assurance maladie

7ème et 2ème chambres réunies
Séance du 12 octobre 2018
Lecture du 9 novembre 2018

- A

CONCLUSIONS

M. Gilles PELLISSIER, rapporteur public

Si vous avez très tôt admis le principe d'une application aux contrats administratifs des vices du consentement tels qu'ils sont définis par le code civil, les occasions de le faire ont toujours été rares et les illustrations qu'en comportent votre jurisprudence se comptent, pour les plus fréquents, sur les doigts d'une main. Cela ne rend que plus remarquable la succession, en moins d'une année, de deux affaires portant sur la notion d'erreur de nature à vicer le consentement d'une partie à un contrat administratif. La première a donné lieu à la décision *sté Aréa Impianti* du 20 décembre 2017 (n° 408562, aux T sur ce point). La seconde est celle qui vient d'être appelée, qui vous permettra également de préciser les modalités d'appréciation de l'intérêt de candidats évincés à contester la validité d'un contrat et des moyens qu'ils peuvent utilement soulever à cette fin.

Au mois de janvier 2014, la Caisse Nationale d'Assurance Maladie des Travailleurs Salariés, devenue la Caisse Nationale d'Assurance Maladie (CNAM), a, en qualité de coordonnateur d'un groupement de commande constitué de l'ensemble des organismes d'assurance maladie nationaux ou spéciaux, lancé une procédure d'appel d'offres ouvert pour l'attribution d'un marché public ayant pour objet la fourniture, durant quatre ans, de kits de dépistage immunologique du cancer colorectal et la gestion de la solution d'analyse de ces tests, depuis la réception des prélèvements jusqu'à la transmission des résultats. Ce marché, de plus de 146 millions d'euros, a été attribué à un groupement composé des sociétés Cerba, mandataire, et Minigrip Néderlande BV, devenue Daklapack Europe BV, après que les trois autres groupements candidats ont vu leurs offres rejetées comme irrégulières. Deux de ces candidats évincés ont formé des référés précontractuels qui ont été rejetés au motif que l'irrégularité de leurs offres faisait obstacle à ce qu'ils soient regardés comme lésés par les manquements qu'ils invoquaient. Ils ont alors présenté des conclusions aux fins d'annulation ou de résiliation du contrat, sur le fondement de la jurisprudence *Département de Tarn-et-Garonne* (Ass, 4 avril 2014, n° 358994) et de communication de documents relatifs à la passation du marché. Le tribunal a rejeté leurs recours mais la CAA de Paris, par deux arrêts du 24 avril 2018, a annulé le marché à compter du 1^{er} août dernier, c'est-à-dire pour les cinq derniers mois de son exécution. Elle a revanche confirmé le rejet des conclusions aux fins de communication de certains documents. La société Cerba, mandataire du groupement titulaire et la CNAM ont formé deux pourvois contre cet arrêt en tant qu'il avait annulé le marché,

qu'elles ont assorti de demandes tendant à ce qu'il soit sursis à leur exécution. Vous avez fait droit à ces dernières conclusions. Vous devez maintenant statuer sur leurs pourvois, que vous pourrez joindre.

Nous nous concentrerons sur les deux ensembles de moyens qui nous paraissent les plus intéressants et qui portent respectivement sur le vice du consentement retenu par la cour et sur l'appréciation portée par cette dernière des conséquences de l'annulation du contrat pour la sauvegarde des intérêts généraux qu'il contribue à satisfaire.

Même si elle n'a pas employé le terme d'erreur, c'est bien sur l'existence, « dans les circonstances particulières de l'espèce », d'un tel vice du consentement de l'acheteur public que la cour a fondé l'annulation du contrat.

Les vices du consentement sont, vous le savez, avec l'illicéité de l'objet du contrat et les vices d'une particulière gravité, les seules causes d'annulation du contrat, que le juge doit d'ailleurs soulever d'office, qu'il soit saisi par les parties (Ass, 28 décembre 2009, *Commune de Béziers*, n° 304802, p. 509) ou, comme en l'espèce, par des tiers contestant la validité du contrat (décision *Dépt de Tarn-et-Garonne*, précitée).

Le choix de faire des vices du consentement des irrégularités d'ordre public, ce qui permet non seulement au juge de les soulever d'office mais aussi comme en l'espèce à des tiers au contrat de les invoquer voire à une partie qui n'en serait pas victime pour faire obstacle à l'application du contrat, ressort clairement des décisions d'Assemblée que nous venons de citer (voir également Section du 5 février 2016, *Syndicat mixte des transports en commun Hérault transport*) et nous ne le discuterons pas longtemps ici. Le droit civil a en revanche toujours classé ces règles protégeant l'expression de la volonté des parties au contrat parmi les nullités relatives, réservant à la partie qui en est victime la possibilité de s'en prévaloir (art 1131 code civil, pour l'erreur; Cass. Civ.1^{ère}, 1^{er} mars 1988, Bill. Civ. I, n°56). Mais vous n'avez jamais transposé aux contrats administratifs cette distinction entre nullités relatives et absolues qu'il serait difficile d'appliquer de manière identique aux personnes publiques et aux personnes privées dont la rencontre des volontés forment la plupart des contrats administratifs. La protection particulière de l'intégrité du consentement que constitue le régime d'ordre public des vices du consentement dans les contrats administratifs est justifiée pour les personnes publiques qui ne disposent pas de leurs droits comme les personnes privées et par l'intérêt légitime de certains tiers à défendre la sincérité et la régularité de l'action publique. Il n'en demeure pas moins que cela aboutit dans certains cas à une instrumentalisation du vice du consentement lorsqu'il est comme en l'espèce invoqué par des requérants qui n'y ont pas particulièrement d'intérêt, alors que la partie qui pourrait en être victime défend au contraire la validité du contrat. Dans le cas du dol, la nullité du contrat est ainsi subordonnée à la volonté de la partie qui en a été victime de l'obtenir (19 décembre 2007, *Société Campenon-Bernard et autres*, n°268918 au rec.).

Nous refermons donc cette parenthèse, avec d'autant moins de regret que le problème posé par l'arrêt attaqué se situe en amont, sur l'identification même du vice du consentement.

Pour juger que la CNAM avait été victime d'une erreur ayant vicié son consentement, la cour a relevé que les prix figurant dans l'offre retenue, à savoir le prix unitaire des kits de dépistage, ne comportaient pas la TVA, laquelle était indiquée comme « non applicable », alors que, s'agissant d'une offre présentée par des sociétés néerlandaises, elle était bien applicable au marché mais devait être acquittée par l'acquéreur. Elle a considéré que le

pouvoir adjudicateur avait évalué le coût de l'offre en fonction de ce prix hors taxe, se méprenant ainsi sur le coût total du marché et en a conclu « que si la présentation erronée de l'offre de la société Cerba, ne peut être regardée comme constitutive d'une manœuvre dolosive, il n'en demeure pas moins, eu égard au prix du marché, au montant des crédits autorisés et à la circonstance que le pouvoir adjudicateur ne pouvait procéder à aucune comparaison de prix, les autres offres ayant été déclarées irrecevables, que l'absence de prise en compte de la TVA dans le coût du marché a été de nature, dans les circonstances particulières de l'espèce, à vicier le consentement du pouvoir adjudicateur ».

Les requérantes soutiennent que ces motifs sont entachés d'erreurs de droit, car une erreur sur le prix ne constitue pas un vice du consentement et que ni le montant des crédits autorisés ni l'absence d'offres concurrentes ne permettent de caractériser une erreur, et de qualification juridique des faits, que vous contrôlez en cassation (tel est l'apport de votre décision *sté Aréa Impianti* précitée), car une telle erreur n'a pu altérer le consentement de l'acheteur.

La jurisprudence administrative, beaucoup moins fournie sur ce sujet que la jurisprudence judiciaire, s'est largement inspirée des dispositions du code civil, souvent visées, retenant trois vices du consentement, l'erreur, le dol et la violence.

L'article 1130 du code civil indique de manière générale que « *L'erreur, le dol et la violence vicient le consentement lorsqu'ils sont de telle nature que, sans eux, l'une des parties n'aurait pas contracté ou aurait contracté à des conditions substantiellement différentes./ Leur caractère déterminant s'apprécie eu égard aux personnes et aux circonstances dans lesquelles le consentement a été donné.* ». L'article 1132 du même code dispose que « *L'erreur de droit ou de fait, à moins qu'elle ne soit inexcusable, est une cause de nullité du contrat lorsqu'elle porte sur les qualités essentielles de la prestation due ou sur celles du cocontractant.* »

Contrairement au dol et à la violence qui impliquent que le consentement d'une partie ait été forcé par des manœuvres de l'autre partie ou de tiers, l'erreur résulte du constat qu'une partie s'est tellement méprise sur ce sur quoi elle s'engageait que l'accord des volontés qui forme le contrat ne peut être regardé comme établi.

Vous êtes comme le juge judiciaire très réticents à admettre qu'une erreur sur le prix puisse entraîner l'annulation du contrat. Il est certain qu'une mauvaise évaluation par le prestataire des coûts et recettes de l'exécution du contrat n'est jamais constitutive d'une erreur. Vous l'avez affirmé à plusieurs reprises : 30 mai 1980, « *sté de la piscine de la dame blanche* », n° 12016 ; 25 novembre 1910, *Société Gille, Brahic et Thomas*, n° 29531, Rec. p. 687 ; CE, Sect., 21 janvier 1944, *Société d'entreprises et de constructions en béton armé*, Rec. p. 23. La Cour de cassation juge également que « l'erreur sur la valeur par laquelle, sans se tromper sur les qualités essentielles de la prestation, un contractant fait seulement de celle-ci une appréciation économique inexacte, n'est pas une cause de nullité. » (Com., 18 février 1997, Bull. 1997, IV, n°55). La nouvelle rédaction de l'article 1136 du code civil est la reprise presque littérale de cette jurisprudence : « *L'erreur sur la valeur par laquelle, sans se tromper sur les qualités essentielles de la prestation, un contractant fait seulement de celle-ci une appréciation économique inexacte, n'est pas une cause de nullité.* ». Vous vous en êtes récemment inspirés pour juger qu'une erreur ne portant que sur le prix et non sur les qualités substantielles du contrat ne pouvait constituer un vice du consentement (20 déc 2017, *sté Area Impianti*, n° 408562, aux T). Comme le soulignait notre collègue Olivier Henrard dans ses

conclusions sur cette dernière affaire, « l'idée sous-jacente est qu'une telle erreur n'est pas excusable de la part d'un professionnel normalement diligent ».

Toute erreur sur le prix n'est cependant pas exclue, à condition qu'elle ne porte pas sur l'appréciation par les parties de la valeur de ce qu'elles échangent. La jurisprudence judiciaire a ainsi retenu comme telle des erreurs sur la monnaie dans laquelle était formulé le prix : francs ou euros (CA Orléans, 13 mai 2004, JCP E 2005, p. 1060, RTD civ. 2005, p. 589, obs. J. Mestre et B. Fages ; CA Paris, 6 juin 2005, JCP 2005.IV.3420), anciens ou nouveaux francs (Com., 14 janvier 1969, Bull. civ. IV, n° 13). Dans ces cas, que la doctrine qualifie « d'erreur obstacle », les consentements ne peuvent être regardés comme s'étant accordés sur le même prix puisque celui-ci n'était pas exprimé pour les parties dans la même unité de compte.

Si l'erreur commise en l'espèce se distingue de ces différents types d'erreurs, elle se rapproche davantage de l'erreur sur la valeur que de l'erreur sur l'unité de compte du prix.

Elle ne procède certainement pas d'un malentendu sur la monnaie dans laquelle était indiqué le prix, qui était bien l'euro. Elle porte sur le régime fiscal applicable à la transaction et plus précisément sur les obligations fiscales de l'acheteur dans l'exécution du contrat, qui sont de nature à influencer le coût effectif du marché. Bien que, contrairement aux précédents que nous avons cités, ce n'est pas le prestataire qui fait une mauvaise appréciation économique de la valeur des prestations auxquelles il s'engage, il s'agit bien à notre sens d'une erreur de même nature commise par l'acheteur, qui s'est trompé sur les obligations fiscales qui seraient les siennes dans l'exécution du marché. Et l'origine de cette erreur n'est pas tant la formulation du prix dans l'offre que l'absence de prise en compte, par l'acheteur, du fait que les sociétés candidates avaient leur siège dans un autre Etat membre de l'Union européenne.

Or, en application de l'article 238 du CGI, *"Pour les acquisitions intracommunautaires de biens imposables mentionnées à l'article 258 C, la taxe doit être acquittée par l'acquéreur"*. L'acheteur pouvait d'autant moins l'ignorer que l'article 27 du CCAP rappelait que « (...) Si le Titulaire est établi dans un autre pays de l'union européenne sans avoir d'établissement en France, il facturera ses prestations hors TVA et aura droit à ce que le pouvoir adjudicateur lui communique un numéro d'identification fiscal. » Le groupement retenu, en indiquant des prix HT dans son offre, s'est conformé à ces stipulations et il n'y aurait eu aucune ambiguïté si les documents de la consultation n'avaient pas prévu une ligne pour les prix TTC que le groupement candidat a pu légitimement estimer devoir remplir pour ne pas s'exposer au risque de voir son offre rejetée comme irrégulière. Il a donc reporté le même prix HT tout en indiquant que la TVA n'était pas applicable. Il était donc clair que le prix indiqué était un prix HT et que la TVA n'était pas applicable à ses prix et non au marché.

Les différentes erreurs reprochées à la cour nous paraissent donc constituées : tout d'abord, l'erreur retenue n'était pas une erreur sur l'unité de compte du prix mais sur son régime juridique qui n'est jamais de nature à vicier le consentement des parties. Sauf à ce qu'elle procède de manœuvres dolosives en vue de cacher à un contractant des éléments de nature à lui permettre de déterminer le régime juridique applicable aux obligations qu'il contracte, une telle erreur est toujours imputable à celui qui la commet. Ainsi, en l'espèce, un acheteur public comme la CNAM s'appêtant à conclure un contrat de cette importance ne pouvait ou en tout état de cause ne devait ignorer le régime fiscal applicable à cette transaction lorsqu'elle était conclue avec une société ayant son siège dans un autre Etat membre de l'Union européenne, ce qui ressortait de son offre. Et s'il avait le moindre doute

sur les établissements qu'elle possédait éventuellement en France, il lui appartenait de se renseigner auprès d'elle.

Ensuite, deux des trois circonstances retenues par la cour pour caractériser une erreur sont sans incidence sur cette qualification : l'absence d'offres concurrentes ne justifie ni n'excuse en rien l'erreur commise sur un régime juridique qui ressortait des caractéristiques propres du contrat qu'elle s'apprêtait à conclure; le fait que cette erreur l'ait conduite à sous-estimer le coût effectif du marché et à dépasser ses crédits est le propre de toute erreur et ne saurait la faire regarder comme ayant vicié son consentement.

Ces erreurs de droit ont enfin conduit la cour à qualifier à tort l'erreur commise par la CNAM sur le régime fiscal des prestations achetées de vice du consentement de nature à entraîner la nullité du contrat.

L'appréciation des conséquences de l'annulation du marché sur les intérêts généraux qu'il poursuivait est également critiquée, à juste titre nous semble-t-il, par les requérantes.

Vous avez jugé, dans le cadre d'un litige entre les parties au contrat, que "l'appréciation des conséquences qu'il convient de tirer des irrégularités sur le contrat compte tenu de l'objectif de stabilité des relations contractuelles est soumise à un contrôle de la qualification juridique par le juge de cassation" (10 juillet 2013, *Commune de Vias*, n° 362304, aux T. notamment sur ce point). Les pouvoirs d'appréciation du juge du contrat quant aux conséquences à tirer des irrégularités qu'il constate étant les mêmes qu'il soit saisi par les parties ou par des tiers, vous effectuerez le même contrôle sur cette appréciation portée dans le cadre d'un recours en contestation de la validité du contrat formé par des tiers et concernant les effets de l'annulation du contrat sur l'intérêt général.

La cour a estimé "que compte tenu de l'existence de tests de dépistage aisément accessibles et de la circonstance que la campagne de prévention arrive à son terme sans avoir obtenu les résultats escomptés, l'annulation du contrat ne peut être regardée comme portant une atteinte excessive à l'intérêt général".

Nous ne partageons pas cette appréciation des effets de l'annulation du contrat.

Outre que nous ne voyons pas dans les pièces du dossier ce qui permettait à la cour de juger de l'efficacité de la campagne de prévention, l'existence de tests de dépistage dans le commerce ne compense absolument pas une campagne de prévention de grande ampleur comme celle qui était menée. Alors que l'acquisition de ces tests, dont l'usage est plus compliqué, implique une démarche individuelle volontaire de chaque personne, le programme national de dépistage a permis de toucher une très large population de 32 millions de personnes. L'annulation du marché quelques mois avant son terme normal, y compris avec un effet différé qui ne permettait pas de passer un nouveau marché, aurait eu pour effet d'interrompre ce programme qui répond à un enjeu de santé publique majeure, le cancer colorectal, qui est le 2^{ème} cancer le plus meurtrier en France, pouvant être prévenu par un dépistage précoce, privant un grand nombre de personnes du bénéfice de ce dépistage ou de l'analyse de leurs échantillons.

Si vous nous suivez, vous annulerez l'arrêt attaqué en tant qu'il a prononcé l'annulation du marché litigieux. Il nous semble opportun, compte tenu de la proximité du terme du marché, de régler l'affaire au fond.

Vous devrez commencer par statuer sur les fins de non recevoir opposées par la société Cerba et tirées de ce que les candidats évincés, dont les offres étaient irrégulières et dont les référés précontractuels ont été rejetés, ne seraient pas recevables à contester la validité du contrat.

Comme l'indique votre décision *Département de Tarn-et-Garonne* précitée, "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". Les candidats évincés, auxquels vous aviez déjà ouvert un tel recours sept ans plus tôt par votre décision *Société Tropic Travaux Signalisation* (Assemblée, 16 juillet 2007, n° 291545, p. 360) sont évidemment au nombre de ces tiers (Sect, *Syndicat mixte des transports en commun Hérault transport*, précitée). Ce recours est ouvert, comme le précise encore la décision *Dépt de Tarn-et-Garonne*, indépendamment des autres recours que peuvent exercer les mêmes requérants, notamment le référé précontractuel. La circonstance qu'ils l'aient exercé sans succès est donc sans incidence sur leur recevabilité à contester la validité du contrat conclu.

Comme tous les tiers à l'exception des membres des assemblées délibérantes et du représentant de l'Etat dans le département qui n'ont pas à établir d'intérêt particulier, les candidats évincés de l'attribution du contrat qu'ils contestent doivent établir être lésés dans leurs intérêts de façon suffisamment directe et certaine par la passation ou par les clauses du contrat. Cette condition de recevabilité, qui traduit l'exigence d'un intérêt pour agir plus fort que celui traditionnellement attendu des requérants en excès de pouvoir, ne doit pas être confondue avec la condition également posée par cette décision relative aux moyens qui peuvent être utilement soulevés, selon laquelle "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". Vous avez précisé que "le tiers agissant en qualité de concurrent évincé de la conclusion d'un contrat administratif ne peut ainsi, à l'appui d'un recours contestant la validité de ce contrat, utilement invoquer, outre les vices d'ordre public, que les manquements aux règles applicables à la passation de ce contrat qui sont en rapport direct avec son éviction" (Sect, *Syndicat mixte des transports en commun Hérault transport*, précitée). Cette règle est, comme nous le verrons bientôt, de nature à limiter les moyens que peut soulever un candidat qui a été évincé en raison de l'irrégularité de son offre. Mais nous ne pensons pas qu'elle doive influencer sur l'appréciation de son intérêt pour agir, qui ne doit dépendre que des bénéfices qu'il peut personnellement et légitimement attendre de la résiliation ou de l'annulation du contrat à laquelle tend son recours. Or, en tant que candidat évincé à l'obtention d'un contrat, il a intérêt à ce qu'il soit mis fin à l'exécution de ce contrat attribué à l'un de ses concurrents afin notamment de retrouver, lors d'une éventuelle nouvelle mise en concurrence, une chance de l'obtenir.

Lui dénier un intérêt pour agir au motif que son offre a été éliminée ou que sa candidature a été rejetée le priverait en outre de toute possibilité de contester la régularité de la cause de son éviction en dehors des référés précontractuels et contractuel. Mais le premier peut-être fermé par la signature du contrat et le second est aussi étroit dans ses conditions d'accès que de succès. Une conception trop restrictive de l'intérêt à contester la validité du contrat porterait donc une atteinte excessive au droit au recours du candidat évincé.

Une personne qui s'est portée candidate à l'obtention d'un contrat de la commande publique ou qui a été empêchée de le faire nous semble donc avoir de ce fait un intérêt suffisant à contester la validité du contrat. En revanche, la personne qui ne s'est pas portée candidate et qui ne soutient pas avoir été privée de la possibilité de le faire, qui ne peut donc se prévaloir d'aucun intérêt tiré d'une éviction de la procédure, devra établir être lésée dans d'autres de ses intérêts pour être recevable à agir.

Si l'irrégularité de son offre qui a motivé son éviction ne saurait priver un candidat d'intérêt à contester la validité du contrat, elle aura en revanche une incidence sur l'appréciation des moyens qu'il peut utilement invoquer à l'appui de ses conclusions.

Comme nous venons de le dire, l'exigence générale posée par votre décision *Département de Tarn-et-Garonne* selon laquelle les moyens invoqués pour contester la validité du contrat doivent, sauf s'ils sont d'ordre public, être en rapport direct avec l'intérêt lésé dont se prévaut le requérant se traduit, pour celui qui agit en qualité de candidat évincé, par le fait qu'il ne peut invoquer que des "manquements aux règles applicables à la passation de ce contrat qui sont en rapport direct avec son éviction".

L'application de cette règle a conduit le tribunal à raisonner en deux temps. Il a d'abord examiné les moyens par lesquels les requérants candidats évincés critiquaient les motifs du rejet de leurs offres. Puis, ayant estimé que leurs offres étaient irrégulières et avaient été éliminées à bon droit, il a jugé "qu'eu égard au caractère irrégulier de l'offre que les sociétés requérantes ont présentée, les autres manquements dont les sociétés requérantes se prévalent ne sont pas susceptibles de les avoir lésées".

Ce raisonnement et sa conclusion sont directement inspirés de l'appréciation de l'opérance des moyens en référé précontractuel, qui n'est expressément ouvert, aux termes de l'article L. 551-10 du code de justice administrative, qu'aux personnes qui ont un intérêt à conclure le contrat et "*qui sont susceptibles d'être lésées par le manquement invoqué*". Vous en avez déduit de manière générale, par votre décision *SMIRGOMES* (Section, 3 octobre 2008, n° 305420, p. 324), que seuls peuvent être invoqués à l'appui de ce recours les manquements "qui, eu égard à leur portée et au stade de la procédure auquel ils se rapportent, sont susceptibles de l'avoir lésé ou risquent de le léser", la lésion s'entendant, pour le candidat à l'obtention d'une commande publique, de la perte de la chance de l'obtenir. La conséquence de cette règle est qu'un candidat qui ne pouvait se voir attribuer le contrat parce que sa candidature "devait elle-même être écartée ou que l'offre qu'il présentait ne pouvait qu'être éliminée comme inappropriée, irrégulière ou inacceptable" ne peut jamais être regardé comme lésé par le choix de l'offre d'un candidat irrégulièrement retenu, puisque l'irrégularité de ce choix n'est pas la cause de son éviction (11 avril 2012, *Syndicat Ody 1218 Newline du Lloyd's de Londres et a.*, n° 354652, aux T sur ce point).

Les requérantes ne reprochent pas au tribunal de s'être inspiré de cette jurisprudence pour l'appréciation de l'opérance des moyens dans un autre cadre contentieux, celui de la contestation de la validité du contrat. Vous vous en étiez vous-mêmes inspirés pour poser, pour ce dernier contentieux, l'exigence du lien direct entre les moyens invoqués et l'intérêt lésé par les requérants.

Mais elles critiquent l'application qui en a été faite dans le cas particulier où, comme elles le soutiennent, l'offre retenue est elle-même irrégulière. Elles font valoir que dans cette hypothèse la résiliation du contrat leur permettra de candidater à une nouvelle procédure de

mise en concurrence et d'avoir ainsi une chance d'obtenir le marché. Elles se prévalent de plusieurs arrêts par lesquels la CJUE a jugé que l'action incidente de l'adjudicataire tendant à déclarer irrecevable le recours du candidat évincé, « ne peut pas conduire à écarter le recours d'un soumissionnaire dans l'hypothèse où la régularité de l'offre de chacun des opérateurs est mise en cause dans le cadre de la même procédure et pour des motifs de nature identique. En effet, dans une telle situation, chacun des concurrents peut faire valoir un intérêt légitime équivalent à l'exclusion de l'offre des autres, pouvant aboutir au constat de l'impossibilité, pour le pouvoir adjudicateur, de procéder à la sélection d'une offre régulière » (CJUE, 4 juillet 2013, *Fastweb*, n° C-100/12, § 33 ; CJUE, Gde Ch, 5 avril 2016, *PFE*, aff. C-689/13, § 24-30). La cour reconnaît ainsi au candidat évincé un intérêt suffisant à invoquer l'irrégularité de l'offre retenue alors même que la sienne était irrégulière car ce manquement peut alors faire obstacle à la conclusion du contrat et obliger l'acheteur à reprendre la procédure à un stade antérieur où le candidat évincé pourra présenter une nouvelle offre régulière et obtenir ainsi une chance de se voir attribuer le marché. Certes, tout manquement peut avoir cet effet. Mais le principe d'égalité entre les candidats s'oppose seulement à ce que l'irrégularité d'une offre soit opposée à un seul candidat. L'identité de nature du motif d'éviction d'une offre permet à celui à qui elle a été opposée, même à raison, de soutenir qu'elle aurait dû l'être aussi à son concurrent, afin que l'annulation de la procédure qui en résulte les remette dans la compétition sur un pied d'égalité.

Cette logique est confirmée a contrario par la solution différente retenue par la cour dans le cas où la décision d'exclusion du soumissionnaire évincé a été « confirmée par une décision ayant acquis l'autorité de la chose jugée avant que la juridiction saisie du recours contre la décision d'attribution du marché ne statue, de telle sorte que ledit soumissionnaire devait être considéré comme étant définitivement exclu de la procédure de passation du marché public en cause » (CJUE, 11 mai 2017, *Archus et Gama*, aff. C-131/16, § 57, explicitant la solution retenue par son précédent arrêt *Caverion* du 21 décembre 2016, aff. C-355/15). Son exclusion définitive de la procédure fait alors perdre au candidat évincé tout intérêt à l'annulation d'une procédure à laquelle, même si elle devait reprendre à un stade antérieur, il n'aurait aucun droit à participer.

Cette jurisprudence devrait probablement vous conduire à nuancer la rigueur de l'application en référé précontractuel de votre jurisprudence *Syndicat Ody 1218 Newline du Lloyd's de Londres* dans l'hypothèse particulière d'une contestation de la régularité de toutes les offres dans une même instance. Mais s'impose-t-elle également à l'appréciation de l'opérance des moyens dans le cadre du contentieux de la validité du contrat ?

Nous ne le pensons pas, et pas seulement parce que ce contentieux ne relève pas du champ de la directive européenne portant coordination des procédures de recours en matière de passation des marchés publics, dans lequel se situent les arrêts de la CJUE. La raison est plus substantielle.

L'extension de cette jurisprudence peut sembler à première vue logique. Comme nous l'avons dit, la condition selon laquelle les candidats évincés ne peuvent utilement invoquer à l'appui de leur contestation de la validité du contrat que les "manquements aux règles applicables à la passation de ce contrat qui sont en rapport direct avec son éviction" est fortement inspirée de la règle applicable au référé précontractuel selon laquelle le requérant ne peut faire valoir que les manquements qui l'ont lésé ou ont été susceptibles de le léser. Si l'irrégularité de son offre ne fait pas obstacle à ce qu'un candidat évincé soit regardé, dans le cadre d'un référé précontractuel, comme lésé par la décision de retenir une offre concurrente

irrégulière, pour quelle raison le ferait-elle dans le cadre d'un recours en contestation de la validité du contrat, dont la finalité est également d'obtenir la remise en cause de l'attribution du marché et, à terme, l'organisation d'une nouvelle procédure d'attribution ?

Cette raison nous paraît tenir à la différence d'objet des deux recours contentieux. Le référé précontractuel porte sur une procédure de passation qui n'est pas achevée, de sorte que son annulation permet de la reprendre régulièrement en réintégrant dans la compétition le candidat évincé. Le recours en contestation de la validité du contrat porte en revanche sur un contrat conclu, dont l'éventuelle résiliation ou résolution ne rouvrira pas la procédure d'attribution dont le requérant a été évincé. La situation du candidat évincé dans le cadre du recours en contestation de la validité du contrat est plus proche de celle du candidat définitivement évincé qu'a réservée la Cour de justice dans ses décisions *Caverion* et *Archus et Gama* : il a perdu toute chance de participer à la procédure de sélection, non pas parce que la décision qui l'a exclu est devenue définitive, mais parce que la conclusion du contrat a définitivement clos la procédure d'attribution. Certes, son intérêt à agir tient à l'éventualité d'une remise en concurrence de l'achat public. Mais cette éventualité est ici trop incertaine et surtout ne justifie pas de faire un sort particulier au cas où l'offre retenue était irrégulière. Tout manquement peut conduire à une résiliation du marché sans pour autant être en rapport direct avec l'éviction du requérant. En posant cette condition, vous avez entendu limiter les manquements invocables par les candidats évincés à ceux qui leur avaient fait perdre une chance d'obtenir le marché dans la procédure dont ils ont été évincés. Un manquement qui, invoqué avant le terme de la procédure, est opérant parce qu'en conduisant à son annulation, il peut permettre aux candidats de présenter de nouvelles offres qui seront peut-être régulières, c'est-à-dire parce qu'il peut avoir une influence sur une procédure en cours, ne l'est pas nécessairement lorsqu'il s'agit d'apprécier la régularité d'une procédure achevée à l'occasion de la contestation du contrat. Pour cette raison, la jurisprudence de la CJUE dont se prévalent les candidats évincés ne nous semble pas transposable au contentieux de la validité du contrat, où seuls demeurent opérants les manquements en rapport direct avec les motifs de leur éviction. Nous vous invitons donc à confirmer le raisonnement du tribunal consistant à n'examiner que les moyens dirigés contre les motifs de l'éviction des candidats évincés ainsi que les moyens d'ordre public.

Si vous partagez cet avis, vous écarterez comme inopérants les moyens tendant à contester la régularité de l'offre retenue ainsi, a fortiori, que son acceptabilité au regard des crédits que l'acheteur aurait décidé d'allouer à ce marché.

Commençons par la critique du motif d'élimination des offres des candidats évincés. Ceux-ci reprenaient devant le juge d'appel les mêmes arguments qu'ils avaient développés sur ce point devant le tribunal.

Leurs offres ont été éliminées en raison de leur non-conformité aux stipulations de l'article 2.1 du cahier des clauses techniques particulières qui prévoyait bien, contrairement à ce qu'ils affirment, que chaque kit de dépistage livré par le prestataire aux médecins devait comporter une fiche d'identification personnalisée comportant les coordonnées du médecin renseignées par le prestataire. Or ils ne contestent pas que leurs offres comportaient une fiche vierge contenue dans le kit lui-même et que la fiche mentionnant les éléments d'identification personnalisée du médecin ne se trouvait pas dans le kit mais à l'extérieur, dans le coffret de livraison des kits. Leurs offres ne respectaient donc effectivement pas une condition du règlement de la consultation qui, contrairement à ce qu'ils soutiennent, n'était pas superflue, dans la mesure où ce sont les patients qui doivent coller les fiches d'identification avant de

renvoyer le test au laboratoire dans l'enveloppe prévue à cet effet. En séparant la fiche d'identification du médecin du kit, les offres éliminées contraignaient le médecin à penser à donner à leurs patients la fiche en plus du kit et à ceux-ci à veiller à ne pas l'égarer, alors que tout le dispositif repose sur sa facilité d'utilisation, qui permet au patient de trouver à l'ouverture du kit tous les éléments nécessaires à la réalisation du test. Les appelantes ne sont donc pas fondées à soutenir que le tribunal aurait jugé à tort que leurs offres devaient être éliminées.

Outre les manquements en rapport direct avec leur éviction, les candidats évincés peuvent ensuite, comme tout requérant, soulever tous les vices susceptibles d'entacher la validité du contrat ayant un caractère d'ordre public. Outre les vices de consentement, ces vices tiennent soit à l'illicéité du contenu du contrat, soit à l'existence d'une irrégularité d'une particulière gravité.

Les sociétés évincées, qui soutiennent que les différents manquements qu'elles ne peuvent utilement soulever, notamment le caractère prétendument inacceptable de l'offre retenue, sont d'une particulière gravité, reprochent au tribunal d'avoir irrégulièrement omis de « s'interroger sur la gravité des manquements commis par la CNAMTS ». Toutefois, en jugeant inopérants les moyens relatifs à ces manquements, le tribunal a implicitement mais nécessairement considéré qu'ils n'étaient pas d'une gravité telle qu'ils présentaient un caractère d'ordre public. La réserve des manquements d'une particulière gravité visant les cas tout à fait exceptionnels où le juge ne saurait s'abstenir d'annuler un contrat qui, par exemple, constituerait une infraction pénale, il n'y a pas lieu d'exiger de lui qu'il indique systématiquement que les manquements invoqués devant lui ne présentent pas un caractère de particulière gravité.

Les sociétés requérantes soutiennent enfin que les circonstances que le marché n'indiquait pas le montant de la TVA, que n'était pas prévu « l'octroi de mer », ancienne taxe portant sur l'importation de biens dans les départements d'outre-mer (Martinique, Guadeloupe, Guyane et La Réunion) aujourd'hui prévue par une loi du 2 juillet 2004, et que le contrat méconnaîtrait les dispositions d'un arrêté du 23 septembre 2014 portant introduction du test immunologique dans le programme de dépistage organisé du cancer colorectal qui, selon elle, impose une lecture des prélèvements par au moins de deux centres de traitement, constitueraient aucun d'illicéités qui entacheraient le contenu du contrat.

La réponse que vous ferez à ces moyens vous permettra de préciser quelles sont les illicéités affectant le contenu du contrat qui revêtent un caractère d'ordre public et entraînent en principe son annulation, que le juge soit saisi par les parties ou par les tiers. La présence d'une telle illicéité fait également obstacle à ce que le juge ordonne la reprise des relations contractuelles (1^{er} octobre 2013, *sté Espace Habitat construction*, n° 349099, aux T sur ce point) et impose en principe à la personne publique cocontractante de faire droit à une demande de résiliation du contrat (Section, 3 juin 2017, *Syndicat mixte de promotion de l'activité transmanche*, n° 398445) ainsi qu'à la juridiction arbitrale internationale d'écarter le contrat, l'application d'un contrat dont l'objet est illicite méconnaissant l'ordre public (Ass, 9 novembre 2016, *sté Fosmax LNG*, n° 388806).

La constante de cette réserve de l'illicéité du contenu ou de l'objet du contrat, les deux termes étant à notre avis équivalents, la force que lui donne son caractère d'ordre public dans un contentieux où ces moyens sont devenus exceptionnels et l'importance des effets qui y sont attachés, indiquent que cette qualification ne saurait s'appliquer qu'aux contrats dont

l'objet même ou une clause est contraire à une norme supérieure ou, pour le dire autrement, dont les obligations qu'il fait naître sont directement contraire à la loi. Dans ses conclusions sur votre décision d'Assemblée *Cne de Béziers* de 2009 par laquelle vous avez pour la première fois défini restrictivement les catégories de vices d'ordre public susceptibles d'entraîner l'annulation du contrat, Emmanuel Glaser indiquait que le juge ne pourra annuler le contrat que dans certains cas qui ne peuvent être qu'exceptionnels, notamment « lorsque l'objet du contrat porte sur une matière où la personne publique ne peut pas contracter ou contient des stipulations contraires à l'ordre public, comme dans les affaires Ville de Castelnaudary ou Eurolat, précitées. Le juge ne peut pas, en effet, maintenir un contrat dont l'objet est illicite car cela le conduirait à faire application lui-même, dans le litige contractuel, des stipulations illicites ». Les quelques rares cas où vous avez identifié une telle irrégularité vont dans ce sens. Vous avez ainsi jugé illicite l'objet d'une convention confiant la réalisation d'une opération d'aménagement urbain d'une zone littorale, inconstructible (10 juillet 2013, *Cne de Vias*, n° 362304, aux T sur ce point) ou concédant à une société un droit réel sur une dépendance de son domaine public, à une date à laquelle elle ne le pouvait pas légalement (1^{er} octobre 2013, *sté Espace Habitat construction*, précitée).

L'illicéité de l'objet du contrat ne couvre donc pas toute méconnaissance d'une règle de droit à laquelle pourrait conduire l'exécution du contrat, dès lors que l'obligation qu'il institue n'est pas, par elle-même, interdite par une norme supérieure. Par exemple, l'objet d'un marché classique de travaux publics pour la rénovation d'une école ne sera pas illicite du fait que le titulaire a prévu l'utilisation de matériaux non conformes à telle ou telle norme réglementaire, car ce n'est pas le contrat qui fait naître l'obligation d'utiliser ce matériau non réglementaire. Son offre était irrégulière, elle devait être éliminée, mais le contrat qui la retient n'en est pas pour autant entaché d'une illicéité d'ordre public relative à son objet. Cette irrégularité peut être saisie en référé précontractuel ou invoquée par les parties si ce manquement est en rapport avec leur intérêt lésé, mais il n'appartient pas au juge de s'en saisir d'office. Une solution différente consacrerait une extension considérable de la catégorie des irrégularités d'ordre public qui romprait l'équilibre que vous avez élaboré depuis votre première décision *Cne de Béziers* de 2009, alourdirait considérablement l'office du juge du contrat et nourrirait un contentieux qui n'en a nullement besoin.

Si vous partagez cette conception de l'illicéité du contenu du contrat, vous constaterez qu'aucune des prétendues irrégularités soulevées par les candidates évincées ne présentent ce caractère.

En premier lieu, la circonstance qu'un contrat ne mentionne pas telle ou telle imposition à laquelle son exécution donnera lieu n'affecte pas la licéité de son objet. Il faudrait que le contrat ait pour objet ou pour effet nécessaire de méconnaître la législation fiscale, par exemple en organisant un système d'évasion fiscale, pour que l'on puisse considérer que son objet est illicite. Ne pas mentionner la TVA ou l'octroi de mer, deux impositions qui seront dues lors de l'exécution du contrat et qui, pour la première au moins, a été acquittée régulièrement par l'acheteur, est donc insusceptible d'entacher la licéité de l'objet du contrat.

En second lieu, la circonstance que l'offre retenue ne respecterait pas un arrêté prévoyant un certain nombre de centres de traitement porte sur une modalité d'exécution de prestations dont l'objet n'est contraire à aucune norme supérieure. Elle ne concerne donc pas davantage la licéité de l'objet du contrat. Au demeurant, l'arrêté invoqué par les appelantes

n'était pas applicable au marché¹ et n'impose pas, contrairement à ce qu'elles soutiennent, la participation d'au moins deux centres de traitement.

Nous vous proposons donc de juger que les appelants ne peuvent utilement invoquer ces manquements qui, d'ailleurs, n'en sont pas et qu'ils ne sont par suite pas fondés à se plaindre de ce que le tribunal aurait, à tort, rejeté leurs conclusions aux fins d'annulation du marché litigieux.

Vous rejetterez donc les appels de la société GLBM et du GIE Labco Gestion, à la charge desquels vous pourrez mettre le versement aux sociétés Cerba et Dakelapack Europe B.V., d'une part, et à la CNAM, d'autre part, d'une somme de 4 500 euros chacune, au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Tel est le sens de nos conclusions.

¹ La législation applicable à un marché est, sauf disposition législative contraire, celle en vigueur à la date des mesures de publicité dont sa passation a fait l'objet : 3 juin 2009, *Groupement d'intérêt public - Carte du professionnel de santé*, n° 319103, aux T sur ce point.