

N° 420776

Société Plastic Omnium systèmes urbains

7<sup>ème</sup> et 2<sup>ème</sup> chambres réunies

Séance du 12 juin 2019

Lecture du 28 juin 2019

- B

## CONCLUSIONS

### M. Gilles PELLISSIER, rapporteur public

La communauté d'agglomération de la Riviera française, qui regroupe une quinzaine de communes, dont la plus importante est Menton, a lancé en mai 2014 une procédure d'appel d'offres tendant à l'attribution d'un marché public à bons de commande de fourniture, maintenance et lavage des moyens de pré-collecte des déchets ménagers, divisé en six lots. A l'exception du lot n° 5, pour lequel la procédure a été déclarée sans suite, les lots ont été attribués début septembre et les marchés transmis au représentant de l'Etat dans le département qui, après avoir vainement demandé à la communauté d'agglomération de les « retirer » en raison des irrégularités qui les entacheraient, les a déférés au TA de Nice, lequel a rejeté son recours comme tardif au motif que le recours gracieux formé par le préfet n'avait pas interrompu le délai de recours contentieux. Par un arrêt du 19 mars 2018, la CAA de Marseille a censuré ce motif, annulé le jugement, annulé le marché relatif au lot n° 3 et sursis à statuer sur les autres marchés afin de laisser aux parties la possibilité de justifier de la régularisation des autres marchés qui ne fixaient pas de maximum contrairement à ce que prévoyait la délibération autorisant le maire à les signer. Constatant quatre mois plus tard que cela avait été fait, elle a rejeté le déféré du préfet portant sur ces lots.

La société Plastic Omnium systèmes urbains, titulaire du lot n° 3, se pourvoit en cassation contre le premier arrêt de la cour en tant qu'il a prononcé l'annulation du marché.

Elle critique tout d'abord le motif d'annulation du jugement, fondé sur le caractère interruptif du recours gracieux formé par le préfet. Même si vous nous suivez pour retenir un autre moyen du pourvoi, vous pourrez saisir cette occasion pour juger ce point. Le recours du préfet est, compte tenu de la date de la signature du marché, celui ouvert par votre jurisprudence *Département de Tarn-et-Garonne*.

Vous avez qualifié la demande de retrait d'un acte qu'il estime illégal que le préfet adresse à la collectivité territoriale dont il émane de recours gracieux (CE, 18 avril 1986, *Commissaire de la République de l'Ille-et-Vilaine*, n° 62470, aux T sur ce point) et lui avez appliqué le principe général ancien selon lequel, sauf dispositions législatives ou réglementaires contraires, un recours administratif, gracieux ou hiérarchique, peut toujours précéder un recours contentieux et que son exercice, à condition bien entendu qu'il intervienne dans le délai de recours, a pour effet de l'interrompre (CE, 12 janvier 1917, *Marchelli*, p. 42 ; Section, 30 juin 1950, *Quéralt*, p. 413, qualifiant ce principe de principe

général du droit ; Section du 10 juillet 1964, *Centre médico-pédagogique de Beaulieu*, n° 60408, p. 399 ; décision *Commissaire de la République de l'Ille-et-Vilaine*, précitée, pour son application au déféré préfectoral).

Ces principes valent quelle que soit la nature de l'acte déféré, y compris lorsqu'il s'agit de contrats. Vous l'avez jugé lorsque le déféré préfectoral contre un contrat relevait du contentieux de l'excès de pouvoir (CE, 4 novembre 1996, *Département de la Dordogne*, n° 114956, au rec) et l'avez confirmé après avoir mis fin à cette exception en plaçant le déféré contre les contrats autres que ceux ayant pour objet le recrutement d'agents dans le champ du recours de plein contentieux (CE, 15 mai 2013, *Office public de l'habitat de Nice et des Alpes-Maritimes*, n° 357032, aux T sur ce point).

L'évolution du régime contentieux de la contestation de ces contrats résultant de la jurisprudence *Département de Tarn-et-Garonne* ne justifie absolument pas de revenir sur le caractère interruptif du délai de recours contentieux du recours gracieux formé par le préfet à l'encontre du contrat. Au contraire, cette jurisprudence a ouvert à tous les tiers, sous certaines conditions, une possibilité de contester le contrat qui n'était depuis 1982 ouverte qu'au préfet dans le cadre du contrôle de légalité, avant d'être étendue aux candidats évincés par votre décision *Tropic Travaux signalisations*. Le recours en contestation de la validité du contrat est désormais ouvert à tous les tiers, y compris au préfet qui bénéficie de conditions plus favorables, dans un délai de deux mois à compter des mesures de publicité appropriées. Vous n'avez aucunement entendu priver les tiers, ni a fortiori le préfet, de la possibilité de former préalablement à ce recours un recours gracieux ni revenir sur le principe général de l'effet interruptif d'un tel recours.

Vous l'avez fait pour le recours en reprise des relations contractuelles (Section, 21 mars 2011, *Commune de Béziers*, n° 304806, p. 117), de manière explicite, eu égard aux particularités de ce recours contentieux, qui intervient entre les parties liées par une relation contractuelle, à propos d'une décision de résiliation qui ne peut le plus souvent être prise qu'après une phase contradictoire (CE, 30 mai 2012, *SARL promotion de la restauration touristique (PROPESTO)*, n° 357151, au rec ; CE, 15 décembre 2016, *Commune de Saint-Denis d'Oléron*, n° 389141). Une telle dérogation au principe général du recours gracieux et de son effet interruptif ne saurait donc être étendue au contentieux de la contestation de la validité du contrat.

La cour a relevé cinq irrégularités entachant les cinq marchés dont l'avait saisie le préfet : l'absence d'indications, dans l'avis d'appel à la concurrence, sur l'étendue des prestations à réaliser et les modalités de paiement du titulaire ; l'information des candidats au cours de la procédure sur une erreur affectant la pondération des critères de jugement des offres, sans publication d'un avis rectificatif ; l'imprécision quant au contenu du sous-critère « qualité du mémoire » ; l'utilisation d'une méthode de notation du critère du prix différente de celle annoncée dans le règlement de la consultation et la méconnaissance de la délibération autorisant la signature du marché qui avait prévu un marché à bons de commande avec maximum alors que les marchés avaient été signés sans maximum.

Pour les autres lots que lot n° 3, elle a estimé que les quatre premiers manquements n'étaient susceptibles d'entraîner que la résiliation du marché, qu'elle ne pouvait prononcer puisque les marchés étaient entièrement exécutés et que la dernière irrégularité était régularisable et, comme nous l'avons dit, qu'elle l'avait été.

Mais pour le lot n° 3, elle a donné à l'irrégularité tenant à l'utilisation d'une méthode de notation du critère du prix différente de celle annoncée dans le règlement de la consultation une portée différente après avoir constaté qu'elle avait eu un effet sur le classement final des offres et conduit à retenir un candidat différent de celui qui aurait été retenu si la méthode annoncée avait été utilisée. Elle en a déduit que « ce vice affectant directement la personne même de l'attributaire du contrat et ayant conduit à favoriser le précédent attributaire à qui le marché a ainsi été réalloué, il a, par suite affecté les conditions dans lesquelles la personne publique a exprimé son consentement » et en a prononcé l'annulation après avoir indiqué que, le marché ayant été exécuté dans son intégralité, cette annulation n'était pas de nature à porter atteinte à un intérêt général.

Nous pensons comme la société requérante que ces motifs sont entachés d'une erreur de droit sur le contenu de la notion de vice de consentement de nature à entraîner, aux termes de votre décision *Département de Tarn-et-Garonne*, l'annulation du contrat.

L'annulation du contrat ne sanctionne plus désormais, quelle que soit la voie de recours ayant conduit à saisir le juge du contrat, que les irrégularités les plus graves tenant à l'illicéité du contenu du contrat, à un vice de consentement ou à tout autre vice d'une particulière gravité que le juge doit relever d'office.

Ces différentes irrégularités doivent être bien distinguées. L'illicéité du contenu du contrat porte, comme vous l'avez récemment précisé, sur l'objet même du contrat qui doit être contraire à la loi, de sorte qu'en s'engageant pour un tel objet le cocontractant de la personne publique la méconnaît nécessairement (CE, 9 novembre 2018, *Sté Cerba et CNAM*, n° 420654, au rec).

Plusieurs de vos décisions ont montré que la méconnaissance des règles de passation du contrat ne constitue pas, sauf circonstances particulières, un vice d'une particulière gravité justifiant que le juge du contrat n'en fasse pas application, y compris lorsqu'aucune mise en concurrence n'avait été effectuée (12 janvier 2011, *M...*, n° 338551, au rec ; *Sté des autoroutes du Nord et de l'est de la France*, n° 332136, du même jour ; CE, 19 janvier 2011, *Syndicat mixte pour le traitement des résidus urbains*, n° 332330, aux T, s'agissant d'une délégation de service public ; CE, 23 mai 2011, *Dépt de la Guyane*, n° 314715, aux T ; CE, 4 mai 2015, *Sté Bueil Publicité mobilier urbain*, n° 371455). Par ces circonstances particulières, vous avez seulement voulu réserver le cas d'un contrat conclu dans des circonstances frauduleuses, pénalement répréhensibles, qui font résolument obstacle à ce qu'un juge qui en serait saisi puisse en faire application ou le maintenir en vigueur.

Les vices de consentement, qui dans les premières formulations de la règle figurait au nombre des « vices d'une particulière gravité relatif notamment aux conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement », forment une troisième catégorie de vices tenant d'une part aux vices du consentement, au sens civiliste de l'expression, d'autre part aux illégalités les plus graves affectant la compétence du signataire du contrat, en particulier le fait qu'il n'a pas été valablement autorisé à le faire par l'organe délibérant de la collectivité. Ce vice est néanmoins, comme vous l'avez jugé à plusieurs reprises, régularisable (ex : CE, 23 décembre 2011, *Ministre de l'intérieur*, n° 348647, au rec).

Un manquement de l'acheteur public aux règles de transparence et de mise en concurrence au cours de la procédure de sélection, quels que soient ses effets sur l'issue de cette procédure, ne peut constituer ni un vice du consentement au sens du code civil, qui ne

peut procéder que d'une manœuvre d'un candidat destiné à forcer le consentement de l'acheteur, et non d'un manquement commis par ce dernier, ni affecter la compétence de celui-ci.

L'erreur de droit commise par la cour est de qualifier de vice affectant les conditions dans lesquelles la personne publique a donné son consentement une irrégularité de procédure en raison de ses effets sur le résultat de la compétition.

La comparaison des motifs de l'arrêt relatifs aux différents marchés dont la cour était saisie montre qu'elle a donné au même manquement une qualification différente selon son incidence sur le classement des offres. Ce n'est que parce qu'il a eu pour effet de modifier le classement des offres sur le lot n° 3 qu'elle a considéré qu'il avait affecté directement la personne même de l'attributaire et « par suite ... les conditions dans lesquelles la personne publique a exprimé son consentement ». Mais un manquement conduisant à retenir un candidat dont l'offre n'était pas la meilleure ne constitue pas une erreur de l'acheteur sur la personne avec laquelle il entendait contracter. Son consentement n'a en rien été trompé.

La solution retenue par la cour, qui n'est pas isolée dans sa jurisprudence, aboutit à étendre la notion de vice de consentement à toute attribution du contrat à un candidat qui n'aurait pas dû l'obtenir car il a bénéficié d'une irrégularité dans la procédure de sélection. Alors que votre jurisprudence a exclu en principe qu'une irrégularité de procédure puisse entraîner, sauf circonstances exceptionnelles, l'annulation du contrat, le raisonnement de la cour conduit à leur donner une telle portée dès lors qu'elle a eu un effet sur le choix de l'attributaire. Or tout manquement susceptible de léser le candidat évincé, ce qui est, vous le savez, une condition pour qu'il puisse utilement l'invoquer à l'appui de sa contestation de la validité du contrat, peut avoir un tel effet.

Non seulement une telle extension ne correspond pas à la notion de vice de consentement, brouille les différences entre les causes d'annulation du contrat mais elle prend clairement le contrepied de la reconstitution des recours contractuels à laquelle vous procédez depuis une dizaine d'années, qui fait du référé précontractuel la voie de recours normale pour contrôler le respect des règles de transparence et de mise en concurrence dans la passation des contrats de la commande publique.

Si vous partagez cet avis, vous annulerez l'arrêt, ce qui vous dispensera d'examiner les autres moyens du pourvoi, alors même que l'un d'entre eux, tiré de l'erreur de droit qu'aurait commise la cour en estimant qu'il ne pouvait y avoir d'intérêt général faisant obstacle à l'annulation du contrat dès lors qu'il était exécuté, n'est pas sans intérêt. Mais nous vous proposons déjà de répondre à un moyen non fondé. A chaque décision suffit son obiter dictum.

**EPCMNC** : - Annulation de l'arrêt en tant qu'il a prononcé l'annulation du marché relatif au lot n° 3 et renvoi de l'affaire à la CAA de Marseille ;

- Mettiez à la charge de la communauté d'agglomération de la Riviera française le versement à la société Plastic Omnium d'une somme de 4 000 euros au titre des frais exposés.