

N° 419993

Communauté de communes de Sélestat

7^{ème} et 2^{ème} chambres réunies

Séance du 6 décembre 2019

Lecture du 20 décembre 2019

Conclusions

Mireille LE CORRE, rapporteure publique

La communauté de communes de Sélestat a lancé une procédure de passation d'un contrat de délégation de service public portant sur la gestion et l'exploitation des services de la petite enfance sur son territoire.

Par délibération du 3 juin 2013, le conseil de la communauté de communes a décidé d'approuver le choix de l'association La Farandole. Le contrat a été signé le 2 juillet 2013 et a pris effet le 3 août 2013. L'AGES, non retenue, a formé, par un courrier du 22 août 2013, un recours gracieux auprès de la communauté de communes, qui a été rejeté. Elle a alors saisi le tribunal administratif de Strasbourg d'une demande d'annulation de ce contrat et de condamnation de la communauté de communes à lui verser une somme de plus de 128 000 euros en réparation de son préjudice. Le tribunal administratif de Strasbourg, par un jugement du 12 juillet 2016, a d'une part résilié le contrat, avec effet différé au 1^{er} janvier 2017, d'autre part condamné la communauté de communes à verser à l'AGES une somme de 95 000 euros. Par un arrêt du 20 février 2018, la cour administrative d'appel de Nancy a notamment porté cette somme à un peu plus de 105 000 euros. La communauté de communes de Sélestat se pourvoit en cassation contre cet arrêt. Ce pourvoi pose trois questions intéressantes.

1. La première porte sur l'interruption du délai de recours contentieux.

La cour a écarté la fin de non-recevoir, soulevée par la communauté de communes, tirée de la tardiveté de la requête introductive de première instance, au motif que le recours gracieux formé par l'AGES contre le contrat litigieux le 22 août 2013 aurait interrompu le délai de recours contentieux jusqu'à la notification d'une décision expresse de rejet, intervenue le 30 octobre 2013 et qui s'est substituée à la décision implicite née du silence gardé sur le recours gracieux.

S'agissant du caractère interruptif d'un recours, s'applique le principe général ancien, selon lequel « sauf dans le cas où des dispositions législatives ou réglementaires ont organisé des procédures particulières, toute décision administrative peut faire l'objet, dans le délai imparti pour l'introduction d'un recours contentieux, d'un recours gracieux ou hiérarchique qui interrompt le cours dudit délai » (Section, 10 juillet 1964, Centre médico-pédagogique de Beaulieu, n° 60408, p. 399 pour ce considérant de principe ; auparavant : 12 janvier 1917,

M..., p. 42 ; Section, 30 juin 1950, Q..., p. 413, qualifiant ce principe de principe général du droit ; puis 18 avril 1986, Commissaire de la République d'Ille-et-Vilaine, n° 62470, aux Tables, pour son application au déféré préfectoral).

Ce principe figure aujourd'hui à l'article L. 411-2 du code des relations entre le public et l'administration, aux termes duquel : « *Toute décision administrative peut faire l'objet, dans le délai imparti pour l'introduction d'un recours contentieux, d'un recours gracieux ou hiérarchique qui interrompt le cours de ce délai.(...)* ».

Vous êtes évidemment ici dans le cadre particulier d'un contrat et non d'une décision administrative. Gilles Pellissier souligne, dans ses conclusions sur la récente décision Société Plastic Omnium du 28 juin 2019 (n° 420776, aux Tables) : « *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 (4 novembre 1996, Département de la Dordogne, n° 114956, au Recueil) 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 (15 mai 2013, Office public de l'habitat de Nice et des Alpes-Maritimes, n° 357032, aux Tables sur ce point)* ».

Par cette décision Société Plastic Omnium, vous avez ainsi jugé que lorsque le préfet, préalablement à l'introduction d'un recours en contestation de la validité d'un contrat, saisit l'autorité compétente d'un recours gracieux, ce recours gracieux interrompt le délai de recours contentieux. Vous avez ainsi estimé que l'évolution du régime contentieux de la contestation de ces contrats résultant de la jurisprudence Département de Tarn-et-Garonne ne justifiait pas de revenir sur le caractère interruptif du délai de recours contentieux du recours gracieux formé par le préfet à l'encontre du contrat.

Cette solution doit-elle être transposée aux recours gracieux effectués par les autres tiers ? Cela va a priori moins de soi que pour le déféré préfectoral pour lequel la jurisprudence antérieure à Tarn-et-Garonne était déjà en ce sens. Le recours gracieux a certes pour effet de préserver le délai de recours contentieux, mais il a pour objet de demander à la personne publique de retirer un acte. Lorsqu'il s'agit d'un contrat, avec des tiers en présence, la collectivité ne « retire » pas le contrat, mais elle peut le résilier avant même le commencement de son exécution (à l'exception du cas des marchés à exécution instantanée), ce qui va dans le sens de l'intérêt du principe même du recours gracieux et, partant, de son effet interruptif sur le délai de recours contentieux.

Gilles Pellissier invitait à une approche englobant l'ensemble des tiers dans ses conclusions précitées : « *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 avez, il est vrai, retenu une solution différente s'agissant des parties au contrat dans le cadre d'un recours Béziers II, puisque vous avez jugé avec votre décision Proresto (30 mai 2012, SARL Promotion de la restauration touristique (PRORESTO), n° 357151, conclusions

N. Escaut) que l'exercice d'un recours administratif pour contester la mesure de résiliation ne pouvait avoir pour effet d'interrompre le délai de recours contentieux. Mais vous avez justifié cette solution dérogatoire par les « particularités » du recours Béziers II, qui intervient entre les parties liées par une relation contractuelle, à propos d'une décision de résiliation. Le recours introduit contre la décision de résiliation tend non pas à faire établir l'illégalité de cette décision mais à ce que soit ordonnée la reprise des relations contractuelles, et cela justifie qu'il soit soumis à un régime propre en matière de recours.

Hormis ce cas, nous pensons que le principe général de l'effet interruptif doit s'appliquer, si aucune justification particulière ne conduit à privilégier une nouvelle dérogation.

Nous vous proposons donc de retenir que l'exercice d'un recours gracieux interrompt le délai de recours contentieux formé par les tiers à l'encontre du contrat et, par suite, de juger en l'espèce que la cour n'a pas commis d'erreur de droit en écartant la tardiveté de la demande de l'AGES.

2. Nous en venons à la seconde question. Elle concerne la possibilité – ou non – pour la personne publique de modifier une offre ou de la rendre comparable aux autres offres.

Il nous faut nous arrêter un instant sur ce que prévoyait, en l'espèce, à son article 5.1, le cahier des charges s'agissant de la rémunération du délégataire. Celle-ci comprenait trois éléments :

- les participations familiales
- la prestation de service unique (PSU) versée par la caisse d'allocations familiales (CAF) : il s'agit d'une aide au fonctionnement versée aux gestionnaires de crèches, dont le montant équivaut à 66 % du prix de revient de l'accueil de l'enfant déduction faite des participations familiales ; ce prix de revient est lui-même calculé à partir d'un prix plafond variant en fonction du niveau de prestations (fourniture des repas, des couches, taux de facturation, nombre d'heures facturées à la CAF) et évoluant chaque année¹
- la participation de la communauté de communes de Sélestat au titre du fonctionnement, dont le montant devait être fixé par la convention.

L'AGES a présenté une proposition établie sur la base d'un montant prévisionnel de la PSU sur les huit années de la délégation, et non sur la base du seul montant appliqué en 2012, année de la conception de son offre. La cour a estimé, par une appréciation souveraine exempte de dénégation, que cette proposition n'était pas interdite par les stipulations du cahier des charges. L'article 5.2. prévoyait que les tarifs pratiqués pour les usagers par le délégataire ne devaient pas dépasser le prix plafond par place fixé par la CAF, mais cela n'empêchait en rien de tenir compte de l'évolution de la PSU. Aucune précision sur le montant de la PSU ne figurant dans le cahier des charges, la cour n'a nullement dénaturé les faits en estimant que l'AGES avait pu procéder de la sorte.

¹ CAF, Circulaire n° 2014-009 du 26 mars 2014 relative à la prestation de service unique (PSU)

La cour a également, sans dénaturation, retenu qu'il n'était pas établi que l'AGES avait cherché à masquer une partie de ses coûts, en relevant notamment qu'elle avait détaillé ses comptes d'exploitation du service en précisant ses charges.

Ceci étant précisé, la communauté de communes pouvait-elle, comme elle l'a fait, modifier l'offre de l'AGES afin de tenir compte d'un montant fixe et non évolutif de la PSU pour la comparer avec celle de l'association La Farandole qui avait quant à elle retenu un tel montant fixe ?

La cour a estimé que ce n'était pas possible. Elle a constaté que la communauté de communes avait recalculé l'offre de l'AGES en substituant au montant moyen envisagé de PSU horaire de 4,72 euros celui retenu par l'association La Farandole, soit 4,44 euros, étant rappelé que les documents de consultation n'indiquaient pas le taux de PSU de référence. Cette minoration du montant attendu des recettes provenant de la PSU dans l'offre modifiée de l'AGES s'est accompagnée - dans le calcul refait par la communauté de communes, qui a supposé un effet de vases communicants - d'une majoration de la contribution de la collectivité (de 11,4 Me à 12,2 Me). En conséquence, l'offre de l'AGES devenait, à volume horaire équivalent, moins attractive que celle de l'association La Farandole. La cour y a vu une neutralisation de la différence de taux proposé par les deux candidats, au détriment de l'AGES, constitutive d'une rupture d'égalité de traitement entre les candidats.

En matière de marchés publics, vous avez dégagé un principe d'intangibilité de l'offre. Vous vous êtes fondé sur l'article 59 (I) du code des marchés publics alors en vigueur aux termes duquel « *Il ne peut y avoir de négociation avec les candidats. Il est seulement possible de demander aux candidats de préciser ou de compléter la teneur de leur offre* ».

Vous en avez déduit que ces dispositions « s'opposent en principe à toute modification du montant de l'offre à l'initiative du candidat ou du pouvoir adjudicateur », sauf dans « le cas exceptionnel où il s'agit de rectifier une erreur purement matérielle, d'une nature telle que nul ne pourrait s'en prévaloir de bonne foi dans l'hypothèse où le candidat verrait son offre retenue » (21 septembre 2011, Département des Hauts-de-Seine, n° 349149, au Recueil, conclusions Pdt Boulouis ; 16 janvier 2012, Département de l'Essonne, n° 353629, conclusions Pdt Boulouis, C).

Vous avez confirmé ce principe en indiquant que « ces dispositions interdisent au pouvoir adjudicateur de modifier ou de rectifier lui-même une offre incomplète, comme telle irrégulière » (25 mars 2013, Département de l'Hérault, n° 364824, conclusions Gilles Pellissier, C).

S'agissant des délégations de service public, il n'existe pas dans le code général des collectivités territoriales de dispositions équivalentes à celles de l'article 59 du code des marchés publics sur lequel s'est fondée votre jurisprudence. De plus, l'article L. 1411-1 – dans sa version applicable au litige – dispose que « *Les offres (...) présentées sont librement négociées par l'autorité responsable de la personne publique délégante qui, au terme de ces négociations, choisit le délégataire* ».

Si le principe d'intangibilité de l'offre ne résulte ainsi pas aussi nettement des textes que dans le cas des marchés publics, nous pensons néanmoins que l'autorité délégante ne saurait modifier unilatéralement l'offre. Et c'est même par a fortiori, car elle a la possibilité d'entrer en négociation avec le candidat et d'obtenir de lui des modifications ou des précisions si elle les estime nécessaires.

Nous vous proposons donc de juger que dans le cas où l'autorité délégante estime qu'une offre ne respecte pas les caractéristiques quantitatives ou qualitatives qu'elle a définies, elle peut évidemment évoquer ce point dans le cadre de la négociation avec les candidats, en vue d'une clarification ou d'une modification, mais elle ne peut pas rectifier elle-même l'offre.

La possibilité de négocier nous incite même à être encore plus restrictif que ce que vous avez retenu en matière de marchés en réservant l'hypothèse de l'erreur matérielle. Le constat d'une erreur matérielle peut, en effet, dans le cadre de la délégation de service public, être rectifié par le candidat lui-même auquel l'autorité délégante en fait part, sans qu'il soit besoin de prévoir cette petite soupape à la main de la personne publique elle-même.

Un point nous a toutefois fait hésiter : ne pourrait-on pas considérer que la modification introduite par l'autorité délégante ne visait qu'à une comparaison des offres, de façon temporaire, dans le cadre de leur examen et dans le seul but de les classer sur des critères comparables, sans pour autant modifier *in fine* l'offre engageant le candidat retenu. Toutefois, la frontière de ce qu'il est permis de modifier, même à titre seulement comparatif et de classement, ne nous paraît pas évidente.

Imaginons le cas – qui n'est pas celui du litige et est volontairement plus simple – de deux offres de gestionnaires de crèches dont l'un proposerait par exemple une ouverture le samedi, l'autre non, dans le silence du cahier des charges. Serait-il possible de ramener les coûts sur cinq jours au lieu de six pour comparer deux offres ? Ceci est loin d'être évident et purement arithmétique, car l'offre d'ouverture le samedi peut s'accompagner d'un coût journalier différencié tenant compte par exemple d'un coût du travail des salariés affectés supérieur. Ramener une telle offre en divisant basiquement un coût total par le nombre correct de jours attendu pourrait la défavoriser et aller au-delà d'une opération de « neutralisation » des paramètres. L'autorité délégante devrait, dans un tel cas, se tourner vers les candidats pour leur faire préciser leur offre sans pouvoir y procéder seule.

Notre cas, en apparence plus complexe, ne l'est pas tant que cela. L'AGES a fait un pari, du moins une prévision, liée au montant évolutif de la PSU. Elle n'a pas prévu de solliciter une contribution supérieure de la part de la communauté de communes dans le cas où ses prévisions se révéleraient trop optimistes. D'ailleurs, un autre impact peut être, le cas échéant, la variation du prix supporté par les familles (sous les limites déjà évoquées) ou encore la variation de la rémunération du délégataire. L'AGES, en retenant ce niveau de PSU plus élevé, a donc pris un engagement quant aux différents aspects de sa proposition financière. Ce n'était pas un paramètre objectif et éventuellement modifiable pour procéder à une comparaison des offres sur des bases identiques. C'était un engagement, constitutif de l'offre et comportant une prise de risque assumée.

Dès lors, en neutralisant la différence de taux, et en alignant les offres sur celle de l'association finalement retenue, la communauté de communes a, comme l'a jugé la cour sans erreur de droit et sans dénaturation, rompu l'égalité entre les candidats au détriment de l'AGES.

3. La dernière question concerne l'influence éventuelle sur l'indemnisation du concurrent évincé de la circonstance d'une part qu'il présente ou non sa candidature à un nouveau contrat après résiliation, d'autre part qu'il ait conclu d'autres contrats par ailleurs.

Vous jugez que « lorsqu'une entreprise candidate à l'attribution d'un marché public demande la réparation du préjudice né de son éviction irrégulière de ce dernier, il appartient au juge de vérifier si l'entreprise était dépourvue de toute chance de remporter le marché ; que, dans l'affirmative, l'entreprise n'a droit à aucune indemnité ; que, dans la négative, elle a droit en principe au remboursement des frais qu'elle a engagés pour présenter son offre ; qu'il convient ensuite de rechercher si l'entreprise avait des chances sérieuses d'emporter le marché ; que, dans un tel cas, l'entreprise a droit à être indemnisée de son manque à gagner, incluant nécessairement, puisqu'ils ont été intégrés dans ses charges, les frais de présentation de l'offre qui n'ont donc pas à faire l'objet, sauf stipulations contraires du contrat, d'une indemnisation spécifique » (18 juin 2003, Groupement d'entreprises solidaires ETPO Guadeloupe, Société Biwater et Société Aqua, n° 249630, aux Tables ; rappelée régulièrement, 8 février 2010, Commune de la Rochelle, au Recueil, n° 314075, conclusions B. Dacosta ; et appliquée aux délégations de service public : 19 décembre 2012, S..., n° 355139, aux Tables).

Dit autrement, l'existence d'une chance sérieuse ouvre droit à l'indemnisation du manque à gagner alors que l'existence d'une chance « tout court » n'ouvre droit qu'au remboursement des frais de présentation de l'offre.

Afin de limiter ce qui a pu être considéré comme des effets d'aubaine de cette jurisprudence sur l'indemnisation du manque à gagner du candidat évincé, vous avez jugé, dans le cas particulier de la résiliation unilatérale pour motif d'intérêt général d'un marché public, qu'il appartenait au juge, pour apprécier l'existence d'un préjudice et en évaluer le montant, de tenir compte du bénéfice que le requérant a, le cas échéant, tiré de la résiliation, en qualité de titulaire ou de sous-traitant d'un nouveau marché passé par le pouvoir adjudicateur, de tout ou partie des prestations qui lui avaient été confiées par le marché résilié (26 mars 2018, Soc. Balineau, n° 401060, conclusions O. Henrard, aux Tables).

Mais nous ne sommes pas, en l'espèce, dans le cas de figure de cette jurisprudence, qui est bien circonscrit. Et nous ne pensons pas opportun d'aller au-delà en réduisant le montant de l'indemnisation qu'un concurrent évincé est susceptible d'obtenir, du moins pas en tenant compte de son comportement postérieur. Un concurrent évincé peut, pour diverses raisons, ne pas souhaiter présenter une offre dans le cadre d'une nouvelle procédure faisant suite à la résiliation. Outre le fait qu'une candidature a en elle-même un coût, il peut, du fait des relations litigieuses apparues avec la personne publique, ne pas souhaiter s'engager dans un

lien contractuel avec elle ou estimer, non sans fondement, que ses chances de succès seront faibles.

Faire dépendre l'indemnisation du préjudice causé par l'éviction irrégulière de l'obligation pour le candidat évincé de se présenter au nouveau contrat ne nous paraît guère opportun et trop dérogatoire par rapport au droit commun de la responsabilité.

En outre, si une telle piste était envisagée, comment s'assurer que la nouvelle offre est sérieuse ou qu'elle vise seulement à répondre à une exigence que vous auriez posée et qui deviendrait ainsi un formalisme inutile ?

Par ailleurs, la circonstance que le candidat a, ou non, exécuté d'autres contrats ne saurait interférer sur la fixation du montant de l'indemnisation du préjudice. Vous avez déjà jugé que « la réalisation par une entreprise, après qu'elle a été irrégulièrement évincée d'un marché, d'un chiffre d'affaires sur d'autres marchés est sans incidence sur l'évaluation du manque à gagner résultant de cette éviction irrégulière. Par suite, alors même que l'entreprise engageant l'action en responsabilité aurait vu son chiffre d'affaires progresser au cours de la période postérieure à l'éviction illégale, la collectivité publique ne saurait se prévaloir de cette circonstance pour contester le droit de l'entreprise à l'indemnisation de son manque à gagner » (27 janvier 2006, Commune d'Amiens, n° 259374, au Recueil, conclusions Pdt Boulouis).

Il serait assez acrobatique de déterminer dans quelle mesure un autre contrat aurait pu ou non être exécuté parallèlement à celui qui n'a pu l'être. Une entreprise peut toujours, en théorie du moins, recruter et accroître ses moyens matériels et humains. Comment pouvoir affirmer qu'il est certain qu'elle n'aurait pas conclu d'autres contrats si elle avait été retenue sur le contrat litigieux ? Malgré les effets d'aubaine de cette indemnisation qui pourrait vous conduire à envisager d'autres évolutions, nous ne pensons pas pertinent de revenir sur votre jurisprudence Commune d'Amiens en tenant compte du comportement postérieur du candidat évincé. Les moyens d'erreur de droit peuvent donc être écartés.

En tout état de cause, la communauté de communes n'a pas invoqué devant les juges du fond la circonstance que devaient être déduits de l'indemnisation de l'AGES les bénéfices obtenus dans le cadre d'autres contrats. Elle ne peut donc, sous couvert d'invoquer la jurisprudence G...², soulever désormais ce moyen devant vous. La jurisprudence G..., selon laquelle une personne publique ne peut être condamnée à payer une somme qu'elle ne doit pas, est certes d'ordre public, mais elle ne permet pas d'invoquer en cassation tout moyen conduisant à une éventuelle diminution du montant d'une somme mise à la charge d'une personne publique³

² Section, 19 mars 1971, Sieurs G..., n° 79962, p. 235

³ Section, 26 juin 1992, Commune de Béthoncourt, n° 114728, aux Tables : une personne publique ne peut soulever pour la première fois devant le juge de cassation un moyen d'ordre public tirée de ce qu'elle ne pouvait être condamnée à payer une somme qu'elle ne doit pas si ce moyen ne ressortait pas des pièces du dossier soumis aux juges du fond ; 30 mars 2009, Commune de Lamalou-les-Bains, n° 293498, aux Tables : le moyen tiré de ce qu'une commune ne peut pas être condamnée à payer une somme qu'elle ne doit pas en réparant un préjudice couvrant une période de temps pendant laquelle sa responsabilité n'était pas engagée ne peut être soulevé d'office en cassation, à l'encontre d'un jugement qui n'a pas examiné ce moyen

(Section, 26 juin 1992, Commune de Béthoncourt, n° 114728 ; 30 mars 2009, Commune de Lamalou-les-Bains, n° 293498, aux Tables).

4. Enfin, la cour n'a pas dénaturé les faits en estimant que le préjudice subi par l'AGES devait être fixé en appliquant un taux de marge nette de 10 %, eu égard aux pièces produites devant elle.

Par ces motifs, nous concluons :

- au rejet du pourvoi
- à ce que la communauté de communes de Sélestat verse à l'AGES une somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.