

[Jurisprudence] Le changement illicite de méthode de notation en cours de procédure ne révèle pas un vice du consentement

Ref. : CE 2° et 7° ch.-r., 28 juin 2019, n° 420776, mentionné aux tables du recueil Lebon ([N° Lexbase : A2201ZHY](#))



par **Elisabeth Fernandez Begault, Avocat associé, spécialiste en droit public** et **Romain Denilauer, Avocat à la Cour, cabinet Seban Occitanie**

Dans un arrêt rendu le 28 juin 2019, la Haute juridiction a dit pour droit que la circonstance que l'acheteur a mis en oeuvre une méthode de notation différente de celle qui avait été annoncée dans les documents de la consultation, ce qui a eu une incidence sur le classement des offres, ne peut être regardée comme caractérisant un vice de consentement. La décision rapportée est l'occasion pour le Conseil d'Etat de préciser encore le régime applicable au recours en contestation de la validité du contrat.

Le pouvoir adjudicateur avait lancé une procédure d'appel d'offres pour l'attribution d'un marché public à bons de commande de fourniture, maintenance et lavage des moyens de pré-collecte des déchets ménagers, décomposé en six lots, dont cinq seulement ont été attribués. Le préfet des Alpes-Maritimes, après un recours gracieux resté vain, a déféré les cinq lots attribués au tribunal administratif de Nice, lequel a rejeté son recours comme tardif, au motif que le recours gracieux n'aurait pas interrompu le délai du recours contentieux (TA Nîmes, 8 avril 2016, n° 1500101 [N° Lexbase : A6436XLX](#)). Le préfet ayant interjeté appel, la cour administrative d'appel de Marseille a, par un arrêt du 19 mars 2018, censuré le motif retenu par les premiers juges et annulé le jugement (CAA Marseille, 19 mars 2018, n° 16MA02355 [N° Lexbase : A5646XLP](#)). Se prononçant sur le fond, elle a annulé le marché relatif au lot n° 3. La société titulaire de ce lot s'est pourvue en cassation.

En premier lieu, en ce qui concerne la fin de non recevoir, le Conseil d'Etat approuve la juridiction d'appel et confirme le rejet de l'irrecevabilité tirée de la prétendue tardiveté du déféré préfectoral.

Avant de saisir le tribunal administratif, le préfet des Alpes-Maritimes avait adressé un recours gracieux au pouvoir adjudicateur, par lequel il demandait «le retrait» des contrats litigieux. Les premiers juges avaient considéré que l'exercice d'un tel recours gracieux, dans le contexte du recours en contestation de la validité du contrat, n'avait pas pour effet de prolonger le délai du recours contentieux.

Le Conseil d'Etat approuve la cour administrative d'appel qui a censuré cette interprétation. L'on sait en effet que les dispositions de l'article L. 2131-6 du Code général des collectivités territoriales ([N° Lexbase : L8661AAZ](#)) fixent le délai du déféré préfectoral à deux mois à compter de la transmission de l'acte litigieux au contrôle de légalité. Il est traditionnellement admis que l'exercice, par le préfet, d'un recours gracieux, a pour effet de prolonger le délai imparti au représentant de l'Etat pour déférer la décision au juge administratif, y compris en matière contractuelle (CE, 4 novembre 1996, n° 114956 [N° Lexbase : A1507API](#) ; CE, 15 mai 2013, n° 357031 [N° Lexbase : A5394KD7](#)). Le Conseil d'Etat confirme l'application de ce principe dans le cadre du recours en contestation de la validité du contrat. L'on voit mal quelles particularités de ce recours -ouvert à tous les tiers, dont le préfet- auraient pu justifier qu'il y soit dérogé.

L'exception au principe selon lequel le recours gracieux prolonge le recours contentieux reste donc circonscrite au recours en reprise des relations contractuelles (CE, 21 mars 2011, n° 304806 [N° Lexbase : A5712HIE](#)), pour lequel la Haute juridiction dénie explicitement tout effet interruptif à l'exercice d'un recours gracieux, «*eu égard aux particularités de ce recours contentieux, à l'étendue des pouvoirs de pleine juridiction dont le juge du contrat dispose et qui peut le conduire, si les conditions en sont satisfaites, à ordonner la reprise des relations contractuelles ainsi qu'à l'intervention du juge des référés pour prendre des mesures provisoires en ce sens*» (CE, 15 décembre 2015, n° 389141 [N° Lexbase : A2382SXI](#)). Il est désormais également établi de manière expresse que l'effet interruptif du recours gracieux trouve à s'appliquer dans le cadre du recours «Tarn-et-Garonne» (CE Ass., 4 avril 2014, n° 358994 [N° Lexbase : A6449MIP](#)).

En second lieu, et c'est là le point qui va conduire à la cassation de l'arrêt de la cour administrative d'appel, le Conseil d'Etat revient sur les mesures que peut prononcer le juge administratif dans le cadre du recours en contestation de la validité du contrat.

La décision reprend ainsi les termes sacramentels qui définissent les contours du pouvoir des juges dans le cadre du recours «Tarn-et-Garonne» : il revient au juge après avoir pris en considération la nature des vices qui entachent la validité du contrat, «*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*». Si les irrégularités relevées sont insusceptibles d'être rectifiées et ne permettent pas la poursuite de l'exécution du contrat, il appartient au juge de prononcer, après avoir vérifié que la mesure ne porte 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*».

La décision rapportée insiste particulièrement sur les motifs de nature à justifier l'annulation du contrat, puisque ceux-ci sont repris à deux reprises. L'annulation -sanction suprême- n'est prononcée que pour les irrégularités les plus graves ; ce qui recouvrent trois hypothèses.

La première hypothèse d'annulation est le contrat qui a «*un contenu illicite*». L'illicéité du contenu du contrat vise, plus précisément, le cas où l'objet du contrat serait illicite (CE, 9 novembre 2018, n° 420654 [N° Lexbase : A6422YK3](#)).

La deuxième hypothèse vise le contrat affecté d'un «*vice d'une particulière gravité que le juge doit ainsi relever d'office*». Cette hypothèse a fait l'objet d'une interprétation relativement stricte par le juge administratif, qui considère généralement que les simples manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence ne présentent pas, sauf circonstances particulières, le degré de gravité requis. Les circonstances particulières justifiant l'annulation couvriront, le plus souvent, les cas de fraude et les cas qui pourraient donner lieu à des sanctions pénales (v., pour un exemple récent d'annulation : CE, 15 mars 2019, n° 413584 [N° Lexbase : A0761Y4X](#)).

La troisième et dernière hypothèse concerne le contrat qui se trouve «*affecté d'un vice de consentement*», expression à prendre dans son acception civiliste et qui couvre, donc, selon les termes de l'article 1130 du Code civil ([N° Lexbase : L0842KZ9](#)), «*l'erreur, le dol et la violence*».

La cour administrative d'appel avait retenu, en l'espèce, que la mise en œuvre, par le pouvoir adjudicateur, d'une méthode de notation différente de celle qui avait été annoncée dans les documents de la consultation, ce qui avait eu une incidence sur le classement des offres en favorisant le soumissionnaire sortant, caractérisait un vice de nature à affecter les conditions dans lesquelles le pouvoir adjudicateur a manifesté son consentement.

Cette qualification est censurée par le Conseil d'Etat, qui considère que le changement de méthode de notation d'un critère ne caractérise par un vice du consentement. Il est vrai que l'on voit mal à en quoi le manquement commis par le pouvoir adjudicateur pourrait se rapprocher d'une erreur, d'un dol ou de violences. Dans ses conclusions sous l'arrêt rapporté, le Rapporteur public soulignait justement qu'à suivre le raisonnement de la cour administrative d'appel, *«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»* devrait être regardée comme manifestant un vice du consentement, et emporter l'annulation du contrat. Cela aboutirait à généraliser les cas d'annulation, en amenant à considérer que toute irrégularité dans la procédure d'attribution constitue un vice du consentement, commandant, nonobstant l'absence de circonstances particulières, l'annulation du contrat.

La solution dégagée par la cour administrative ne pouvait manquer d'étonner : l'irrégularité entachant la procédure est, à première vue, entièrement imputable au comportement du pouvoir adjudicateur, et l'on comprend mal en quoi le consentement de ce dernier aurait pu être vicié par une irrégularité qu'il a lui-même mise en œuvre, de son seul chef. De manière très prosaïque, le manquement relevé fait davantage suspecter de la part du pouvoir adjudicateur une intention de favoriser indûment -et illégalement- un soumissionnaire.

La cour administrative d'appel se placera peut-être sur ce terrain pour justifier l'annulation du marché, lorsqu'elle connaîtra à nouveau de l'affaire, sur renvoi.