

Conclusions sur l'affaire n° 2108657 Société ICCES

Rapporteure : Marjolaine Potin

Rapporteure publique : Julie Salenne-Bellet

Monsieur le président, madame et monsieur les conseillers,

La commune de Melun a lancé une procédure afin de conclure un marché de construction d'un groupe scolaire, d'un restaurant scolaire et d'une crèche au sein de son éco-quartier.

Elle a lancé une procédure de passation pour le lot n° 4 « Serrurerie », à la suite de sa résiliation pour faute.

La société ICCES a déposé une offre.

Par une décision du 27 juillet 2021, la commune de Melun a informé la société ICCES que son offre a été rejetée et que le marché a été attribué à la société UTB.

Par la présente requête, qui vient d'être appelée sous le numéro 218657, la société ICCES conteste la validité de ce marché.

A/ Les questions préalables ne posant pas de difficultés, vous pourrez examiner les moyens soulevés par la société requérante.

Vous le savez, si la jurisprudence Tarn-et-Garonne ouvre aux tiers le prétoire du juge du contrat, cette ouverture n'est pas absolue et est notamment limitée par les moyens pouvant être invoqués.

En effet, les tiers autres que le préfet ou les membres de l'organe délibérant 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.

Plus particulièrement, le tiers agissant en qualité de concurrent évincé ne peut 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.

Voyez : **CE 5 février 2016 Syndicat mixte des transports en commun de l'Hérault**, n° 383149, A.

En premier lieu, la société ICCES soutient que le contrat est entaché d'un vice d'incompétence, dès lors que son signataire ne dispose pas d'une délégation de signature.

Effectivement, vous constaterez que le contrat a été signé pour le maire par M. A..., conseiller municipal en charge des services techniques.

Toutefois, celui-ci bénéficie d'une délégation de signature accordée par un arrêté municipal n° 2020.686 du 24 juillet 2020.

Vous pourrez alors écarter ce premier moyen.

En deuxième lieu, la société requérante soutient que le conseil municipal n'a pas été suffisamment informé des conditions dans lesquelles le contrat a été signé, en méconnaissance des dispositions de l'article L. 2122-21 du code général des collectivités territoriales.

L'article L. 2122-21 du code général des collectivités territoriales dispose que *« Sous le contrôle du conseil municipal (...), le maire est chargé, d'une manière générale, d'exécuter les décisions du conseil municipal et, en particulier : (...) 6° De souscrire les marchés, de passer les baux des biens et les adjudications des travaux communaux dans les formes établies par les lois et règlements ; (...) »*.

Il résulte de ces dispositions *« que le maire ne peut valablement souscrire un marché au nom de la commune sans y avoir été préalablement autorisé par une délibération expresse du conseil municipal ; que ce dernier ne peut davantage, en dehors des cas limitativement énumérés à l'article L. 2122-22 du code général des collectivités territoriales, déléguer au maire le pouvoir qui lui appartient exclusivement de décider d'obliger la commune ; qu'ainsi, lorsqu'il entend autoriser le maire à souscrire un marché, le conseil municipal doit, sauf à méconnaître l'étendue de sa compétence, se prononcer sur tous les éléments essentiels du contrat à intervenir, au nombre desquels figurent notamment l'objet précis de celui-ci, tel qu'il ressort des pièces constitutives du marché, mais aussi son montant exact et l'identité de son attributaire ; (...) »*.

Voyez : **CE 13 octobre 2004 Commune de Montélimar**, n° 254007, A.

En l'espèce, le maire de la commune de Melun ne produit aucun élément permettant d'établir que le conseil municipal se serait prononcé sur les éléments essentiels du marché litigieux.

Il ne vous produit d'ailleurs aucune délibération, si bien qu'on peut douter de l'existence de l'autorisation donnée au maire de conclure le marché.

Le moyen nous semble donc fondé.

Vous devrez vous demander s'il est opérant. Si nous dérogeons à l'orthodoxie juridique, car en théorie vous devez examiner l'opérance avant le bien-fondé, l'examen de l'opérance du moyen ne nous semble nécessaire que si le moyen est effectivement fondé.

Comme nous l'avons rappelé précédemment, le concurrent évincé ne peut utilement invoquer que les manquements aux règles applicables à la passation de ce contrat qui sont en rapport direct avec son éviction et les vices d'ordre public.

C'est cette dernière catégorie qui nous intéresse, le vice n'étant pas en rapport direct avec l'éviction de la société ICCES.

Il résulte de la décision Tarn-et-Garonne que les vices d'ordre public sont au nombre de trois :

- le contenu illicite du contrat ;
- le vice de consentement ;
- les autres vices d'une particulière gravité que le juge doit ainsi relever d'office.

Selon Gilles Pellissier, dans ses conclusions sur l'affaire **Société Plastic Omnium systèmes urbains du 28 juin 2019**, n° 420776, B, « (...) *Les vices de 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. (...)* ».

Emmanuelle Cortot-Boucher, dans ses conclusions sur l'affaire Béziers I, déclarait que « *Cette catégorie [des irrégularités entachant les conditions dans lesquelles la personne publique a conclu le contrat] est particulièrement vaste, le droit administratif ayant transposé la théorie civiliste des vices du consentement, tout en y ajoutant des vices propres au droit administratif, puisque vous censurez rigoureusement toutes les irrégularités touchant de près ou de loin à la compétence du signataire du contrat.* ».

Elle ajoute que « *S'agissant (...) des irrégularités de consentement propres au droit administratif, elles découlent principalement de l'application aux contrats de votre jurisprudence rigoureuse sur la compétence en matière d'actes unilatéraux. / Vous censurez, ainsi, l'incompétence du signataire du contrat, quelle qu'en soit la forme (...) / Cette jurisprudence est particulièrement sévère pour les collectivités territoriales dès lors que la compétence pour conclure le contrat y est partagée entre l'organe délibérant et l'exécutif. L'absence totale d'autorisation donnée par l'assemblée délibérante est évidemment une irrégularité (...). Il en va de même si le contrat signé par l'exécutif est différent de celui qui a été autorisé (...), si l'assemblée délibérante n'a pas bénéficié d'une information suffisante (...) ou que les motifs réels de passation du contrat lui ont été dissimulés (...)* ».

Pour autant, le Conseil d'Etat, à notre connaissance, n'a pas expressément qualifié l'absence de délibération du conseil municipal de vice du consentement, que ce soit d'une manière générale ou dans le cadre de la jurisprudence Tarn-et-Garonne.

Il a toutefois jugé que l'absence de transmission au préfet des délibérations autorisant le maire à signer les conventions constitue un vice affectant les conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement.

Voyez : **CE Ass. 28 décembre 2009 Commune de Béziers**, n° 304802, A.

Les cours administratives d'appel considèrent que l'absence d'autorisation du maire à signer les contrats constitue un vice du consentement et en ont tiré les conséquences.

Voyez par exemple : **CAA Bordeaux 5 mai 2022**, n° 19BX04960 ; sous l'empire de la jurisprudence Epoux Martin : **CAA Versailles 5 janvier 2012**, n° 09VE01887.

Nous vous proposons de suivre ces solutions et de considérer le moyen comme étant opérant, dès lors qu'il se rattache à un vice d'ordre public tenant au consentement de la commune de Melun.

Vous pourrez alors considérer que le contrat est entaché d'une première irrégularité.

En troisième et dernier lieu, la société ICCES soutient que l'analyse des offres est entachée d'une erreur manifeste d'appréciation s'agissant du critère de la valeur technique.

Le juge exerce un contrôle restreint à l'erreur manifeste sur l'appréciation portée sur les offres des candidats.

Voyez : **CE 8 février 2010 Commune de la Rochelle**, n° 314075, A sur un autre point.

L'article 8-2 du règlement de la consultation mentionne que les offres seront jugées au regard de trois critères, dont un critère « valeur technique » pondéré à 45 %.

Il précise que ce critère est noté sur chaque sous-critère par application d'un barème, allant de 0 pour une offre ne comportant aucune indication à 5 pour une offre très intéressante.

Un coefficient est ensuite appliqué.

S'agissant du sous-critère « *Indications concernant la provenance des principales fournitures et les références des fournisseurs correspondants* », il résulte du rapport d'analyse des offres que la société requérante a obtenu la note de 3/5 et la société attributaire la note de 2/5.

Après l'application du coefficient, elle a obtenu la note de 6/10 et la société attributaire la note de 4/10.

Si elle soutient qu'elle aurait dû avoir la note de 4/5, ce qui correspondrait à une offre bonne et avantageuse selon le barème mentionné dans le règlement de la consultation, elle n'apporte aucune justification à ce titre.

Il nous semble que le maire de la commune de Melun n'a pas commis d'erreur manifeste dans l'appréciation de l'offre de la société requérante.

Vous pourrez alors écarter cette première branche du moyen.

S'agissant du sous-critère « *Programme d'exécution des ouvrages, indiquant la durée prévisionnelle détaillée des différentes phases* », le rapport d'analyse des offres mentionne que la société requérante a présenté un « *planning cohérent, détaillé par bâtiments, par phases et par ouvrages. Celui-ci sera à*

remettre à jour en fonction des besoins actuels. ». Elle a obtenu la note de 3/5, puis de 9/15 après application du coefficient.

Il mentionne que l'offre de la société attributaire a présenté un « *planning cohérent, détaillé avec le temps de réalisation de chaque ouvrage et le personnel mis en place pour chaque tâche. Phase d'étude et de préparation donnés.* ». Elle a obtenu la note maximale.

Vous constaterez que le mémoire technique de la société UTB ne comporte pas de planning. Il se borne à mentionner, dans un tableau, la durée prévisionnelle des différents travaux, avec le nombre de personnes présentes sur le chantier, ainsi que le nombre et la qualité des personnes chargées de suivre le chantier.

Toutefois, le planning annexé au CCAP, mentionné à l'article 6.3 « *Calendrier prévisionnel et détaillé d'exécution* », qui stipule que « *Les délais d'exécution des travaux sont définis conformément au calendrier prévisionnel d'exécution annexé au présent CCAP. (...)* », fait la distinction entre le chantier relatif à la crèche, celui relatif au groupe scolaire et celui relatif au restaurant scolaire.

Le mémoire technique de la société UTB ne fait pas cette distinction.

Par ailleurs, il se borne à mentionner le nombre de jours affectés aux travaux sans mentionner la date à laquelle la société pourrait intervenir, ce qui permettrait de s'assurer que son intervention s'insère bien dans le planning et est compatible avec les interventions des autres entreprises.

Il nous semble alors que le planning proposé n'est pas conforme à l'article 6.3 du CCAP.

En outre, il résulte du CCTP que la société attributaire n'avait pas prévu toutes les prestations prévues, telles que l'escalier métallique dans la crèche.

Manifestement, il nous semble que l'offre de la société attributaire ne mérite pas la note maximale sur ce sous-critère.

Cette dernière ne défend pas sur ce point, se contentant de citer la jurisprudence, applicable au référé précontractuel et inopérante en Tarn-et-Garonne, selon laquelle il n'appartient pas au juge d'apprécier les mérites des offres.

Nous vous proposons donc de considérer que le maire de la commune de Melun a commis une erreur manifeste dans l'appréciation de ce sous-critère et que le marché est entaché d'une deuxième irrégularité.

S'agissant du sous-critère « *Indications concernant les procédés d'exécution envisagés et les moyens qui seront utilisés pour la réalisation des travaux* », le rapport d'analyse des offres mentionne que « *l'entreprise a bien conscience du caractère urgent de ce lot. Elle prévoit des effectifs en conséquence et indique leur rôle. Rappel des réalisations faites en atelier. Description succincte. Rappel de la gestion du Covid. Moyens humains et matériels décrits et suffisants pour le chantier.* ». Elle a obtenu la note de 3/5, soit 9/15 après l'application du coefficient.

La société attributaire « *évoque de manière détaillée une méthodologie des études préparatoires aux travaux. L'entreprise s'est rendue sur le site pour avoir une idée de l'avancement. L'entreprise a bien conscience du caractère urgent de ce lot. Les moyens humains sont corrects et adaptés pour le chantier. Organigramme.* ». Elle a obtenu la note de 4/5, soit 12/15.

Vous constaterez que le mémoire technique de la société UTB décrit les moyens humains mobilisés pour la partie travaux, les moyens humains et leurs qualifications, les moyens matériels, que ce soit le matériel lourd ou le matériel léger à disposition des équipes sur place ou le matériel d'atelier et de fabrication, le matériel de transport, de manutention, pour l'élévation et les travaux en hauteur.

Il en résulte qu'il a bien décrit les moyens matériels et humains mis à disposition pour l'exécution des travaux.

Par ailleurs, le mémoire technique détaille la méthodologie d'intervention, la préparation et les études d'exécution.

Le maire de la commune de Melun ne nous semble donc pas avoir commis d'erreur manifeste dans l'appréciation de ce sous-critère.

Enfin, s'agissant du sous-critère « *Informations complémentaires permettant d'apprécier la qualité de l'offre durant l'exécution du marché* », les société requérante et attributaire ont obtenu la même note de 3/5 avec la même appréciation selon laquelle elles ont indiqué « *une connaissance de ce type de chantier avec des exemples d'ERP réalisés. Des références sont données.* ».

Le mémoire technique de la société requérante mentionne qu'elle est habituée à ce type de chantier car elle est intervenue sur deux éco-constructions à Rosny-sous-Bois.

Celui de la société attributaire mentionne également plusieurs références.

La circonstance que ces références ne concernent pas des éco-quartier ne peut suffire à établir qu'elles seraient de moins bonne qualité et que le maire de la commune de Melun aurait commis une erreur manifeste dans l'appréciation de ce critère.

Eu égard à tout ce qui précède, nous vous proposons de considérer que le marché est entaché de deux irrégularités.

B/ Venons-en maintenant à votre office, pour savoir quelles conséquences tirer de cette irrégularité.

Aux termes de la jurisprudence Tarn-et-Garonne, trois possibilités s'offrent à vous, eu égard à la nature du vice constaté :

- soit vous décidez de la poursuite du contrat, sous réserve d'éventuelles mesures de régularisation ;

- soit vous décidez de résilier le contrat ;

- soit vous décidez d'annuler le contrat s'il 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.

En l'espèce, la première irrégularité constatée est un vice du consentement. Eu égard à la jurisprudence Tarn-et-Garonne, ce vice justifie l'annulation du contrat.

Cette annulation ne nous semble pas porter atteinte à l'intérêt général et ne justifie pas le prononcé d'un effet différé.

Eu égard à tout ce qui précède, nous vous proposons d'annuler le marché conclu entre le maire de la commune de Melun et la société UTB.

C/ Enfin, vous pourrez mettre à la charge de la commune de Melun la somme de 1 500 euros à verser à la société ICCES au titre des frais exposés et non compris dans les dépens.

La société ICCES n'étant pas la partie perdante dans la présente instance, vous pourrez rejeter les conclusions présentées par la société UTB sur ce même fondement.

PAR CES MOTIFS, NOUS CONCLUONS :

- à l'annulation du marché conclu avec la société UTB, le maire de la commune de Melun n'ayant pas été autorisé à signer le marché par une délibération du conseil municipal ;

- à la mise à la charge de la commune de Melun la somme de 1 500 euros au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

- au rejet du surplus des conclusions de la requête ;

- au rejet des conclusions de la société UTB.