

Référé suspension : urgence à suspendre un marché conclu de gré à gré pour des motifs techniques non justifiés !

CE 10 octobre 2018, CIREST, req.n°419406

Le Conseil d'Etat donne des indications intéressantes sur trois points : (I) sur les modalités d'appréciation de la condition d'urgence à suspendre l'exécution d'un marché public, (II) sur les motifs techniques qui autorisent la passation d'un marché public sans publicité ni mise en concurrence et enfin (III) sur les risques d'opter pour une durée excessive du marché.

Enseignement n°1 : nouvelles précisions sur les modalités d'appréciation de la condition d'urgence à suspendre l'exécution d'un marché public

Pour rappel, dans son arrêt du 18 septembre 2017, M.H et autres, le Conseil d'Etat a déjà eu l'occasion de rappeler que la condition d'urgence doit être appréciée uniquement au regard des conséquences de l'exécution du contrat dont la suspension est demandée et non au regard des éventuelles irrégularités qui peuvent entacher sa procédure de passation (CE 18 septembre 2017, M.H et autres, req.n°408894).

Comme le souligne le Rapporteur public Gilles Pellissier dans ses conclusions sur cet arrêt du Conseil d'Etat « *Le coût du marché pour la collectivité n'est pas étranger à l'urgence à condition qu'il soit appréhendé non pas en lui-même mais au regard des conséquences de l'exécution immédiate dont la suspension est demandée* ». Dans cette affaire, les membres de l'assemblée délibérante contestaient le montant de l'opération de travaux qui selon eux, dépassait « *les prévisions initiales* » du projet. Les requérants considéraient qu'il y avait, de ce fait, urgence à suspendre l'exécution du contrat au regard des impacts sur les finances locales. Sur la base de cet argumentaire, le Conseil d'Etat a pu considérer que le dépassement d'environ 17% par l'opération de l'estimation initiale n'impactait pas de manière suffisamment grave les finances locales et qu'il n'y avait donc pas urgence à suspendre le contrat.

Dans son arrêt du 10 octobre 2018, le Conseil d'Etat donne de nouvelles précisions sur les éléments qui peuvent être pris en considération par le juge du référé suspension pour apprécier la condition d'urgence à suspendre l'exécution d'un marché public. Dans cette nouvelle affaire, le Conseil d'Etat juge au contraire que la suspension du marché est fondée dès lors qu'il a été conclu pour un montant de 243 millions d'euros en constatant qu'un tel montant affecte de façon substantielle les finances du syndicat en créant, à brève échéance, une situation difficilement réversible si les investissements liés à l'exécution du marché sont réalisés.

On remarquera que contrairement à l'arrêt du 18 septembre 2017, la Haute juridiction ne compare plus le pourcentage du montant des prestations par rapport aux finances locales mais se garde une marge d'appréciation sous le vocable « substantiel ». En outre, le Conseil d'Etat tient également compte des conséquences indemnitaires d'une éventuelle annulation ou résiliation du contrat par le juge du fond sur les finances du syndicat dès lors que les investissements liés à l'exécution du marché seraient certainement déjà réalisés le jour où le juge du fond serait amené à statuer. Pour toutes ces raisons, le Conseil d'Etat considère que ces circonstances caractérisent une atteinte grave et immédiate aux intérêts du syndicat et caractérise une situation d'urgence.

Enseignement n°2 : la passation d'un marché négocié sans publicité ni mise en concurrence pour des raisons techniques ne doit pas résulter d'une négligence de l'acheteur public

Aux termes de l'article 30-I du décret du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics, les acheteurs publics peuvent passer un marché public négocié sans publicité ni mise en concurrence préalables lorsque par exemple les travaux, fournitures ou services ne peuvent être fournis que par un opérateur économique déterminé notamment pour des raisons techniques. Toutefois, il est précisé que ces raisons ne peuvent trouver à s'appliquer que lorsqu'il n'existe aucune solution alternative ou de remplacement raisonnable et que l'absence de concurrence ne résulte pas d'une restriction artificielle des caractéristiques du marché public.

La possibilité de recourir à la procédure de passation d'un marché négocié sans publicité ni mise en concurrence préalables a toujours été très limitée. Cette procédure ne s'applique qu'à des cas dans lesquels on peut considérer qu'il serait inutile d'inviter des opérateurs économiques à soumissionner en raison du fait qu'il n'existe qu'un seul opérateur en mesure de fournir la prestation particulière demandée pour des raisons techniques. En conséquence, en cas de contentieux, l'acheteur qui décide malgré tout de recourir à cette procédure dérogatoire doit être en mesure d'apporter au juge la preuve que l'entreprise qui a été retenue est la seule capable de réaliser les prestations du marché de sorte que la mise en concurrence ne servait à rien.

En revanche, dès lors que plusieurs opérateurs économiques sont susceptibles de fournir les prestations requises, qu'il ne peut pas être démontré que ces prestations ne peuvent être assurées que par le titulaire du marché en cours ou qu'il n'est pas établi qu'elles n'auraient pas pu être exécutées par d'autres opérateurs avec des compétences et des moyens techniques équivalents, en vue de résultats comparables, il n'est pas envisageable de mettre en œuvre la procédure négociée prévue par l'article 30-I du décret du 25

mars 2016.

Dans son arrêt du 10 octobre 2018, le Conseil d'Etat confirme que les motifs d'ordre techniques permettant de recourir à la procédure négociée sans publicité ni mise en concurrence préalable restent d'interprétation stricte sous l'empire de la nouvelle réglementation et que le non-respect des conditions requises par les textes est un moyen sérieux de nature à justifier la cessation de son exécution et son annulation.

En l'espèce, l'avis d'attribution du marché mettait en avant un risque de saturation de l'installation de stockage des déchets non dangereux dès 2020 et le fait que la société attributaire, qui avait obtenu un permis de construire et une autorisation d'exploiter portant sur un centre de valorisation des déchets non dangereux, était le seul opérateur en capacité de répondre aux besoins du SYDNE et d'apporter une solution de tri et de valorisation des déchets non dangereux pouvant être mise en œuvre courant 2019. Ce motif est sanctionné par le Conseil d'Etat¹ qui relève « *que compte tenu des flux actuels d'enfouissement des déchets et des capacités de l'installation de stockage, celle-ci ne devrait pas être saturée avant la fin de 2021 ; que l'objectif tenant à ce que l'exploitation du nouveau centre de traitement des déchets soit effective au plus tard en septembre 2019 est lié à la circonstance que l'autorisation délivrée à la société [attributaire] par un arrêté préfectoral du 15 septembre 2016 est susceptible d'être frappée de caducité au terme d'un délai de trois ans ; qu'il n'apparaît pas qu'aucun autre opérateur économique n'aurait pu se manifester si le calendrier retenu par le SYDNE avait été différent* ». Le recours à la procédure négociée sans publicité ni mise en concurrence préalable est donc censuré dès lors que c'est le calendrier choisi par le pouvoir adjudicateur lui-même qui est à l'origine des obstacles techniques fondant la mise en œuvre de cette procédure d'exception.

Enseignement n°3 : une durée excessive du marché peut justifier la suspension et l'annulation du contrat

L'article 16-I du décret du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics rappelle que sous réserve des dispositions relatives à la durée maximale de certains marchés publics, la durée d'un marché public est fixée en tenant compte de la nature des prestations à réaliser et de la nécessité d'une remise en concurrence périodique. Dans son arrêt du 10 octobre 2018, le Conseil d'Etat précise qu'une durée excessive d'un marché public de services non justifié est un moyen sérieux de nature à justifier la cessation de son exécution et son annulation. L'irrégularité tirée de la durée excessive d'un tel marché peut être invoquée dans le cadre d'une action au fond en contestation de la validité du contrat, que ce soit par un candidat évincé, un élu de l'opposition ou bien le Préfet dans le cadre de son contrôle de légalité.

Il est certain qu'une durée excessive peut être de nature à empêcher tout renouvellement périodique d'un contrat et donc à restreindre la liberté d'accès à la commande publique ou fausser le libre jeu de la concurrence entre les opérateurs économiques. Outre le risque de suspension et/ou d'annulation du contrat, le moyen tiré de la durée excessive d'un marché est également susceptible d'engager la responsabilité de l'acheteur public au regard de ses effets anticoncurrentiels. Il appartient en effet aux acheteurs publics d'adopter des comportements conformes aux dispositions des articles L 420-1 et L 420-2 du Code de commerce (CE 26 mars 1999, Sté EDA, AJDA 1999, p.427) mais également de ne pas participer ou de ne pas consacrer par ses décisions l'existence de comportements anticoncurrentiels (CE 3 novembre 1997, Sté Million et Marais, rec.p.406, TA Rouen 28 avril 2000, Entreprise Jean Lefebvre Normandie, req.n°000697, AJDA 2000, p.842).

Le juge administratif est compétent pour sanctionner les pratiques ayant pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence, de même que des comportements abusifs d'un acheteur public ayant pour objet de porter atteinte au principe de liberté d'accès à la commande publique et/ou de favoriser directement ou indirectement des pratiques anticoncurrentielles (TA Bastia, 6 février 2003, SARL Autocars Mariani, req.n°1000231, CE 3 novembre 1997, Société Million et Marais, Rec. 406 concl. J.-H. Stahl). Or, en attribuant un marché public à un opérateur économique pour une durée excessive sans rapport avec l'objet ou les conditions d'exécution du marché, l'acheteur public participe directement et consciemment à la constitution d'une pratique anticoncurrentielle qui est de nature à engager sa responsabilité. Un pouvoir adjudicateur qui fausse le jeu de la concurrence est susceptible d'engager sa responsabilité et cela y compris lorsqu'elle n'est pas l'auteur de la pratique anticoncurrentielle incriminée (CAA Paris 4 décembre 2003, Sté d'équipement de Tahiti et des îles, req.n°00PA02740 : « *Considérant, enfin, que s'il appartient à l'autorité administrative affectataire de dépendances du domaine public de gérer celles-ci tant dans l'intérêt du domaine et de son affectation que dans l'intérêt général, il lui incombe en outre, lorsque, conformément à l'affectation de ces dépendances, celles-ci sont le siège d'activités de production, de distribution ou de services, de prendre en considération le principe de liberté du commerce et de l'industrie ainsi que les règles de concurrence dans le cadre desquelles s'exercent ces activités* »). Dans sa décision n°98-D-52 du 7 juillet 1998 relative à des pratiques relevées dans le secteur du mobilier urbain, l'Autorité de la concurrence a pu considérer, avant qu'il ne soient requalifiés en concessions de services, comme excessive une durée de marché supérieure à 12 ans (Cons.conc.D n°98-D-52 du 7 juillet 1998-également Cons.conc.D n°05-D-36 du 30 juin 2005).

1. Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis au juge des référés que le syndicat mixte de traitement des déchets du Nord et de l'Est (SYDNE) a conclu, le 10 novembre 2017, avec la société Inovert, sans publicité ni mise en concurrence préalables, un marché de services de tri, traitement, stockage et enfouissement des déchets non dangereux, pour un montant de 243 millions d'euros et une durée de quinze ans ; que la communauté intercommunale Réunion Est (CIREST), membre du SYDNE, et son président M. Virapoullé, premier vice-président du comité syndical du SYDNE, ont présenté un recours en contestation de la validité de ce marché devant le tribunal administratif de La Réunion ; qu'ils ont également présenté, devant le juge des référés de ce tribunal, sur le fondement de l'article L. 521-1 du code de justice administrative, une demande de suspension de l'exécution du marché et de communication de l'ensemble des documents contractuels ; que le juge des référés du tribunal administratif de La Réunion a rejeté cette demande par une ordonnance du 13 février 2018 contre laquelle la CIREST et M. Virapoullé se pourvoient en cassation ;
2. Considérant qu'aux termes de l'article L. 521-1 du code de justice administrative : " Quand une décision administrative, même de rejet, fait l'objet d'une requête en annulation ou en réformation, le juge des référés, saisi d'une demande en ce sens, peut ordonner la suspension de l'exécution de cette décision, ou de certains de ses effets, lorsque l'urgence le justifie et qu'il est fait état d'un moyen propre à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité de la décision (...) " ; que, lorsque le tribunal administratif est saisi d'une demande contestant la validité d'un contrat, le juge des référés peut être saisi, sur ce fondement, d'une demande tendant à la suspension de son exécution ; que lorsque l'urgence le justifie et qu'il est fait état d'un moyen propre à faire naître un doute sérieux quant à la validité de ce contrat et à conduire à la cessation de son exécution ou à son annulation, eu égard aux intérêts en présence, il peut ordonner la suspension de son exécution ;
3. Considérant qu'il ressort des énonciations de l'ordonnance attaquée qu'après avoir relevé que le comité syndical du SYDNE avait, par une délibération du 9 novembre 2017, autorisé son président à signer le contrat litigieux au vu d'un rapport qui ne comportait pas le prix du marché et sans disposer du projet de contrat ni d'aucun document préparatoire ou annexe, et sans pouvoir, en conséquence, appréhender la totalité des modalités d'exécution et les risques financiers de ce contrat, le juge des référés s'est fondé sur la circonstance qu'un tel vice, alors même qu'il serait de nature à entraîner l'annulation du contrat, était au nombre de ceux qui peuvent être régularisés par l'adoption d'une nouvelle délibération, pour en déduire qu'il n'était pas de nature à susciter un doute sérieux quant à la légalité du marché en litige ; qu'en jugeant ainsi qu'un vice affectant les conditions dans lesquelles la personne publique a donné son consentement à être liée par un contrat ne saurait conduire à sa suspension, au seul motif qu'il est susceptible d'être régularisé et n'est donc pas de nature à entraîner inéluctablement l'annulation du contrat, le juge des référés a entaché son ordonnance d'erreur de droit ; que, par suite, les requérants sont fondés, sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens du pourvoi, à en demander l'annulation ;
4. Considérant que, dans les circonstances de l'espèce, il y a lieu, en application de l'article L. 821-2 du code de justice administrative, de régler l'affaire au titre de la procédure de référé engagée ;

Sur la recevabilité de la demande :

5. Considérant, d'une part, que les membres de l'organe délibérant de la collectivité territoriale ou du groupement de collectivités territoriales qui a conclu un contrat administratif sont recevables à former devant le juge du contrat un recours de pleine juridiction contestant la validité de celui-ci, dès lors que ce recours est exercé dans un délai de deux mois à compter de l'accomplissement des mesures de publicité appropriées relatives à sa conclusion, et peuvent l'assortir d'une demande tendant, sur le fondement de l'article L. 521-1 du code de justice administrative, à la suspension de son exécution ; que M. Virapoullé, membre du comité syndical du SYDNE, est, par suite, recevable à demander la suspension du marché conclu par le SYDNE ;
6. Considérant, d'autre part, que 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 également recevable à former un tel recours et à l'assortir d'une demande tendant à la suspension du contrat ; qu'il ressort des pièces du dossier que la CIREST et la communauté intercommunale du Nord de la Réunion ont constitué, en 2014, le SYDNE pour exercer leurs compétences en matière de traitement des déchets ; que la CIREST finance une part importante du budget du SYDNE, en fonction notamment du tonnage de déchets traités ; que la passation du marché, compte tenu notamment de son montant et de sa durée, est susceptible de la léser dans ses intérêts de façon directe et certaine ; qu'ainsi, la fin de non recevoir soulevée par la société Inovert à l'encontre du SYDNE doit être écartée ;

Sur l'urgence :

7. Considérant qu'ainsi qu'il a été dit au point 1, le marché dont la suspension est demandée a été conclu pour un montant de 243 millions d'euros et une durée de quinze ans afin de permettre la mise en oeuvre de l'objet statutaire du syndicat, dont il engage une part importante des ressources ; qu'il implique que soient entrepris dans un bref délai les travaux de construction d'un centre de valorisation des déchets, pour lequel la société Inovert a parallèlement obtenu une autorisation préfectorale au titre de la législation sur les installations classées pour la protection de l'environnement ; que l'exécution du marché risque ainsi d'affecter de façon substantielle les finances du SYDNE et est susceptible de créer, à brève échéance, une situation difficilement réversible ; que les requérants soutiennent en outre, sans être sérieusement contestés, que les conséquences indemnitaires d'une annulation ou d'une résiliation du contrat par le juge du fond

seraient d'autant plus graves pour les finances du syndicat que les investissements liés à l'exécution du marché auraient déjà été réalisés ; que ces circonstances caractérisent une atteinte grave et immédiate aux intérêts du SYDNE dont peuvent se prévaloir tant M. Virapoullé que, dans les circonstances de l'espèce, la CIREST ;

8. Considérant, par ailleurs, qu'il ne résulte pas de l'instruction que le site actuel de stockage des déchets arriverait à saturation dans un délai tel que la suspension du marché contesté porterait une atteinte grave et immédiate à un intérêt public ;
9. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que la condition d'urgence prévue par l'article L. 521-1 du code de justice administrative doit être regardée comme remplie ;

Sur l'existence d'un moyen propre à faire naître un doute sérieux quant à la légalité du contrat et à conduire à la cessation de son exécution ou à son annulation :

10. Considérant qu'aux termes du I de l'article 30 du décret du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics : " Les acheteurs peuvent passer un marché public négocié sans publicité ni mise en concurrence préalables dans les cas suivants : (...) / 3° Lorsque les travaux, fournitures ou services ne peuvent être fournis que par un opérateur économique déterminé, pour l'une des raisons suivantes : (...) / b) Des raisons techniques. (...) / Les raisons mentionnées aux b et c ne s'appliquent que lorsqu'il n'existe aucune solution alternative ou de remplacement raisonnable et que l'absence de concurrence ne résulte pas d'une restriction artificielle des caractéristiques du marché public " ;
11. Considérant, en premier lieu, que, pour justifier le recours à une procédure de négociation sans publicité ni mise en concurrence, l'avis d'attribution du marché se fonde sur un risque de saturation de l'installation de stockage des déchets non dangereux dès 2020 et sur le fait que la société Inovert, qui a obtenu un permis de construire et une autorisation d'exploiter portant sur un centre de valorisation des déchets non dangereux, serait le seul opérateur en capacité de répondre aux besoins du SYDNE et d'apporter une solution de tri et de valorisation des déchets non dangereux pouvant être mise en oeuvre courant 2019 ; qu'il résulte toutefois de l'instruction que compte tenu des flux actuels d'enfouissement des déchets et des capacités de l'installation de stockage, celle-ci ne devrait pas être saturée avant la fin de 2021 ; que l'objectif tenant à ce que l'exploitation du nouveau centre de traitement des déchets soit effective au plus tard en septembre 2019 est lié à la circonstance que l'autorisation délivrée à la société Inovert par un arrêté préfectoral du 15 septembre 2016 est susceptible d'être frappée de caducité au terme d'un délai de trois ans ; qu'il n'apparaît pas qu'aucun autre opérateur économique n'aurait pu se manifester si le calendrier retenu par le SYDNE avait été différent ; que, par suite, le moyen tiré de ce qu'il existait une solution alternative ou de remplacement raisonnable, de ce que l'absence de concurrence résultait d'une restriction artificielle des caractéristiques du marché public et de ce que, par voie de conséquence, le SYDNE, en passant le marché sans publicité ni mise en concurrence, a méconnu les dispositions de l'article 30 du décret est de nature, en l'état de l'instruction, à créer un doute sérieux sur sa validité et à conduire à la cessation de son exécution ou à son annulation ;
12. Considérant, en second lieu qu'aux termes du I de l'article 16 du décret du 25 mars 2016 : " Sous réserve des dispositions de l'ordonnance du 23 juillet 2015 susvisée et du présent décret relatives à la durée maximale de certains marchés publics, la durée d'un marché public est fixée en tenant compte de la nature des prestations et de la nécessité d'une remise en concurrence périodique " ; qu'eu égard à la circonstance que le contrat litigieux est un marché de services, au terme duquel le centre de tri qui doit être réalisé par la société Inovert n'est pas destiné à faire retour à la collectivité, le moyen tiré de ce que sa durée, fixée à quinze ans, méconnaît ces dispositions, est également de nature, en l'état de l'instruction, à créer un doute sérieux sur la validité du marché et à conduire à la cessation de son exécution ou à son annulation ;
13. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que la CIREST et M. Virapoullé sont fondés à demander la suspension de l'exécution du marché de services de tri, traitement, stockage, enfouissement et valorisation des déchets non dangereux au centre de valorisation des déchets situé sur la commune de Sainte-Suzanne, signé le 10 novembre 2017 ;

Sur les autres conclusions de la demande :

14. Considérant que la communication aux requérants de certains documents contractuels dont ils soutiennent n'avoir pu obtenir connaissance ne se révélant pas nécessaire dans le cadre de la présente instance, les conclusions de la CIREST et de M. Virapoullé tendant à ce qu'il soit enjoint au SYDNE de les leur communiquer ne peuvent qu'être rejetées ;
15. Considérant, enfin, que le mémoire complémentaire de la CIREST et de M. Virapoullé ne contient pas d'imputation à caractère injurieux, outrageant ou diffamatoire, au sens des dispositions de l'article L. 741-2 du code de justice administrative, de nature à en faire prononcer la suppression ; qu'il n'y a pas lieu, par suite de faire droit aux conclusions de la société Inovert tendant à une telle suppression ;
16. Considérant qu'il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge du SYDNE et de la société Inovert la somme de 2 000 euros chacun à verser à la CIREST et à M. Virapoullé au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

DECIDE :

Article 1er : L'ordonnance du 13 février 2018 du juge des référés du tribunal administratif de La Réunion est annulée.

Article 2 : L'exécution du marché de services de tri, traitement, stockage, enfouissement et valorisation des déchets non dangereux au centre de valorisation des déchets situé sur la commune de Sainte-Suzanne, signé le 10 novembre 2017, est suspendue.

Article 3 : Le syndicat mixte de traitement des déchets du Nord et de l'Est et la société Inovert verseront à la communauté intercommunale Réunion Est et à M. Virapoullé une somme de 2 000 euros chacun au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 4 : Le surplus des conclusions de la communauté intercommunale Réunion Est et de M. Virapoullé est rejeté.

Article 5 : Les conclusions de la société Inovert et du syndicat mixte de traitement des déchets du Nord et de l'Est tendant à l'application de l'article L. 741-2 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 6 : La présente décision sera notifiée à la communauté intercommunale Réunion Est, à M. A...Virapoullé, au syndicat mixte de traitement des déchets du Nord et de l'Est et à la société Inovert.