

## **Fiche n° 7**

# **LE RÉGIME DES CONTRATS PUBLICS I : LA PASSATION**

### **BIBLIOGRAPHIE**

Université de Paris 1, Colloque, « Liberté contractuelle des personnes publiques », *AJDA* sept. oct. 1998  
DREYFUS (J.-D.), BASSET (B.), « Autour de la notion de « droit commun de la commande publique », *AJDA* 2004, pp. 2256-2260  
DUFFY (A.), « La constitution et la liberté contractuelle », *RDP* 2006, p. 1569  
MODERNE (F.), « La liberté contractuelle est-elle vraiment et pleinement contractuelle ? », *RFDA* 2006, p. 12  
MOREAU (J.), « De l'interdiction faite à l'autorité de police d'utiliser une technique d'ordre contractuel. Contribution à l'étude des rapports entre police et contrat », *AJDA* 1965, p. 3  
SAUNIER (S.), « L'autonomie de la volonté en droit administratif français : une mise au point », *RFDA* 2007, p. 609  
TERNEYRE (P.), « Le législateur peut-il abroger les articles 6 et 1123 du Code civil ? Sur la valeur constitutionnelle de la liberté contractuelle », *Mélanges PEISER*, PUG, 1995, p. 473.

### **RÉFÉRENCES ET DOCUMENTS**

- Référence 1 :** Conclusions du rapporteur public sur CE, 3 juin 2020, Centre hospitalier d'Avignon et SHAM ;  
**Référence 2 :** CE, 3 juin 2020, Centre hospitalier d'Avignon et SHAM, n°428845 et 428847 ;  
**Référence 3 :** Conclusions du rapporteur public sur CE, 26 février 2020, Commune de St Julien-en-genevois  
**Référence 4 :** CE, 26 février 2020, Commune de St-Julien-en-genevois, n°436428 ;  
**Référence 5 :** Conclusions du rapporteur public sur CE, 28 février 2020, Société Régald des Îles  
**Référence 6 :** CE, 28 février 2020, Société Régald des Îles, n°426162 ;  
**Référence 7 :** CE, 25 mai 2018, Nantes Métropole, n°417580 ;

### **DÉCISIONS DU CORPUS**

CJCE, 12 juillet 2001, *Ordine degli architetti delle province di Milano*,  
CJCE, 7 décembre 2000, *Telaustria Verlags Gmbh*,  
CJCE, 3 décembre 2001, *Bent Mousten Vestergaard*,  
CJCE, 18 janvier 2007, *Auroux*,  
CC, 20 janvier 1993, *Loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques*,  
CC, 26 juin 2003, *Loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit*,  
CE, 17 juin 1932, *Ville de Castelnaudary*,  
CE, 29 avril 1970, *Société Unipain*,  
CE, Ass., 14 février 1975, *Époux Merlin*,  
CE, Sect., 12 octobre 1984, *Chambre syndicale des agents d'assurances des Hautes-Pyrénées*,  
CE, 1er avril 1994, *Ville de Menton c. Sté Scetauparc Exploitation*,  
CE, 18 mars 1988, *LOUPIAS c. Commune de Montreuil-Bellay*,  
CE, 3 novembre 1997, *Société Million et Marais*,  
CE, Sect., 28 janvier 1998, *Sté Borg-Warner*,  
CE, Sect., 20 mai 1998, *Communauté de communes du Piémont de Barr*,  
CE, 22 mars 2000, *Epoux Lasaulce*,  
CE, 5 mars 2003, *Ordre des avocats à la Cour d'appel de Paris*, et, *Union nationale des services publics industriels et commerciaux (UNSPIC)*,  
CE, 30 juin 2004, *Département de la Vendée c. la société Vedettes Inter-îles vendéennes*,  
CE 9 août 2006, *Compagnie générale des eaux*,  
CE, 30 janvier 2009, *ANPE*,  
CE, 16 octobre 2000, *Compagnie méditerranéenne d'exploitation des services d'eau*,

### **EXERCICES SUGGÉRÉS :**

**Épreuve théorique :** dissertation  
- Les principes généraux de la commande publique

**Épreuve pratique :** commentaire  
- CE, 25 mai 2018, Nantes Métropole, n°417580 (document n°7)

**Référence 1 : Conclusions du rapporteur public sur CE, 3 juin 2020, Centre hospitalier d'Avignon et SHAM**

Les décisions *Société Tropic Travaux Signalisation* puis *Département de Tarn-et-Garonne* par lesquelles vous avez institué et progressivement ouvert à tous les tiers le recours en contestation de la validité des contrats administratifs, à l'exclusion des contrats de recrutement d'agents publics, ont enfermé l'exercice de ce recours « dans un délai de deux mois à compter de l'accomplissement des mesures de publicité appropriées, notamment au moyen d'un avis mentionnant à la fois la conclusion du contrat et les modalités de sa consultation dans le respect des secrets protégés par la loi ».

Les affaires qui viennent d'être appelées ont été portées devant vos chambres réunies pour vous donner l'occasion de préciser les mentions que doit comporter l'avis pour faire partir le délai de recours contentieux à l'encontre du contrat. Elles ne vous y obligent pas, car un moyen de régularité de l'arrêt attaqué, dont le bien fondé ne fait aucun doute, suffit à en prononcer l'annulation. Mais même si le recours en contestation de la validité du contrat demeure marginal dans le contentieux contractuel, la question est d'une importance pratique suffisamment importante pour son exercice pour que vous saisissiez cette occasion d'y répondre, d'autant que plusieurs autres cours ont pris une position identique à celle mise en cause dans la présente affaire.

Les faits sont simples : le centre hospitalier d'Avignon a lancé en juin 2014 un appel d'offres en vue de l'attribution d'un marché public d'assurance divisé en quatre lots. Le lot n° 1, "responsabilité civile hospitalière", a été attribué à la société hospitalière d'assurances mutuelles (SHAM), signé le 24 novembre 2014 et notifié à l'attributaire deux jours plus tard. L'avis d'attribution a été publié au Journal officiel de l'Union européenne (JOUE) et au Bulletin officiel des annonces et des marchés publics (BOAMP) du 2 décembre 2014.

La société Bureau européen d'assurance hospitalière (BEAH), candidate évincée arrivée en deuxième position, a saisi, le 12 mars 2015 le TA de Nîmes de conclusions tendant d'une part à l'annulation du contrat, en application de la jurisprudence *Département de Tarn-et-Garonne*, d'autre part à la condamnation du centre hospitalier à l'indemniser du préjudice financier qu'elle estime avoir subi du fait de son éviction irrégulière. Le tribunal a rejeté ces conclusions par un jugement que la cour administrative d'appel de Marseille a annulé pour irrégularité. Évoquant l'affaire, elle a prononcé la résiliation du marché au 1er mai 2019, constaté que l'irrégularité qui entachait sa passation avait fait perdre une chance sérieuse à la société évincée d'obtenir le marché et ordonné avant dire-droit une expertise afin d'évaluer le préjudice subi.

Par deux pourvois que vous pourrez joindre, le CH d'Avignon et la SHAM vous demandent d'annuler cet arrêt. Ils soulèvent quatre moyens dont trois sont fondés. Le moins intéressant, qui porte sur la régularité de la procédure devant la cour, est aussi le plus efficace puisqu'il entraîne l'annulation de l'ensemble de l'arrêt. Nous l'évoquerons rapidement tout en vous proposant, pour les raisons que nous avons dites pour l'un d'entre eux, de retenir les deux autres.

Ce premier moyen est tiré de ce que la cour a irrégulièrement statué en omettant de clore l'instruction qu'elle avait ouverte en

communiquant aux parties une note en délibéré du centre hospitalier et d'organiser une nouvelle audience.

Cette irrégularité ne fait aucun doute. Vous savez que le fait de soumettre un mémoire ou un document au contradictoire après la clôture de l'instruction a pour effet de rouvrir cette dernière, sans qu'il soit besoin d'une décision expresse en ce sens (art R. 613-4 CJA ; CE, 15 décembre 2000, *Arillotta*, n° 186877) et que l'instruction doit être refermée avant que la juridiction ne statue, ce qui implique, si la réouverture a eu lieu, comme en l'espèce, après l'audience, qu'une nouvelle audience soit organisée (CE, 4 mars 2009, *Élections cantonales de Belle-Île-en-Mer*, n°s317473 et 317735, T. p. 896; 7 décembre 2011, *Département de la Haute-Garonne*, n° 330751, T. p. 1084).

Contrairement aux mémoires produits avant dont la communication aux autres parties ne vaut pas report de la date de clôture de l'instruction (CE, 7 juillet 2003, *Géniteau*, n° 224058, aux T sur un autre point; 24 juillet 2009, *SCI 40 Sevrans*, n° 316694, aux T sur ce point; 11 juillet 2012, *Sté Juwi énergies renouvelables*, n° 347001, aux T sur ce point, pour une communication le jour de la clôture).

Ces règles concourent à une bonne administration de la justice et peuvent donc, contrairement à ce que soutient la société défenderesse, être utilement invoquées par toute partie au litige (CE 30 mai 2018, *Mme Acolatse*, n° 410172, T. p. 557-841).

Le deuxième moyen est plus intéressant mais il ne peut entraîner que la cassation de l'arrêt en tant qu'il statue sur les conclusions en contestation de la validité du contrat, car il porte sur le point de départ du délai pour effectuer ce recours.

Pour écarter la fin de non recevoir tirée de ce que le recours aurait été formé plus de deux mois après la publication d'avis d'attribution du marché au Journal officiel de l'union européenne et au Bulletin officiel des annonces et des marchés publics, la cour a jugé que "ces avis, d'une part, faisaient état de « l'attribution » du contrat qui serait intervenue le 27 novembre 2014, d'autre part indiquaient les coordonnées de la cellule des marchés du centre hospitalier, sans toutefois mentionner la conclusion du contrat en cause ni les modalités de la consultation dont il résultait, en méconnaissance des principes énoncés au point 5", issus de votre jurisprudence *Département de Tarn-et-Garonne*. Les requérants soutiennent qu'en exigeant une publication de la date de conclusion du contrat et davantage d'informations sur les modalités de la consultation, la cour a commis des erreurs de droit et dénaturé les pièces du dossier. Nous partageons leur avis, au moins sur le terrain de l'erreur de droit.

Rappelons tout d'abord que l'information des tiers sur ces points constitue une modalité d'application de la règle plus générale selon laquelle le délai de recours part à compter de "l'accomplissement des mesures de publicité appropriées". En l'absence d'encadrement normatif des modalités de publicité des contrats, vous avez entendu, comme vous y incitait votre commissaire du gouvernement dans l'affaire *Tropic Travaux Signalisation*, retenir une "solution à la fois simple et souple", c'est à dire aisée pour les acheteurs et utile pour les tiers et c'est dans cet esprit-là qu'il convient de préciser le contenu de la publicité.

En ce qui concerne l'information relative à la conclusion du contrat, nous relevons tout d'abord que vos décisions n'imposent

pas la mention de la date mais seulement de ce qu'il a été conclu. En effet, le point de départ du délai étant la publicité de l'information et non la conclusion du contrat, peu importe aux tiers la date de sa conclusion.

Mais la question qui vous est posée est celle de savoir si l'indication de l'attribution du contrat au moyen de l'avis d'attribution réglementaire est suffisante ou s'il faut absolument mentionner sa conclusion.

Si l'on peut distinguer chronologiquement une décision d'attribuer le contrat intervenant au terme de la procédure de sélection, correspondant au choix de l'offre retenue, puis la conclusion du contrat, cette distinction n'est pas pertinente pour l'application de la règle selon laquelle le délai de 3 recours en contestation de la validité du contrat court à compter des mesures de publicité appropriées de la conclusion du contrat.

En effet, la décision de retenir une offre n'est pas formalisée et ne se traduit par aucune mesure de publicité. Elle n'est révélée qu'à contrario par la notification aux autres candidats du rejet de leurs offres (art R2181-1 du code de la commande publique). C'est cette notification, qui dans les procédures adaptées doit comporter les motifs du rejet (R 2181-2), fait courir le délai de suspension de la signature du contrat au cours de laquelle le référé précontractuel peut être exercé. La seule publication prévue par le code (art R 2183-1) est celle de l'avis d'attribution et elle intervient après la signature du marché et sa notification au titulaire (R 2182-1 et 2).

La publication d'un avis d'attribution du marché était obligatoire pour tous les marchés d'un montant supérieur à 207 000 euros en application de l'article 85 du code des marchés publics. Entendant alléger les procédures, le décret de 2016 (art 104-I al, 1er) et aujourd'hui l'article R. 2183-1 du code de la commande publique ne l'imposent plus que pour les marchés répondant à un besoin d'un montant égal ou supérieur aux seuils européens, dont l'attribution doit donner lieu à un avis publié au Bulletin officiel des annonces des marchés publics et au Journal officiel de l'Union européenne, avis conforme à un modèle fixé par un règlement européen.

Il ressort de ces dispositions, qui prévoient que l'avis est publié *"dans un délai maximal de trente jours (quarante-huit dans le CMP) à compter de la signature du marché"*, que la seule publication de l'avis d'attribution implique nécessairement que le marché a été conclu. Par conséquent, contrairement à ce que soutient la société défenderesse qui s'attache à vous convaincre que l'attribution précéderait la conclusion et n'indiquerait qu'une intention de l'acheteur de conclure le contrat à laquelle il pourrait toujours renoncer, l'avis d'attribution d'un marché est toujours postérieur à sa conclusion. En réalité, conclusion et attribution sont le plus souvent synonymes : ainsi, l'article R. 2185-2 du code de la commande publique dispose que *"lorsqu'il déclare une procédure sans suite, l'acheteur communique dans les plus brefs délais les motifs de sa décision de ne pas attribuer le marché..."*.

Nous vous proposons donc de juger que la publication d'un avis d'attribution, qu'il s'agisse de l'avis obligatoire et normalisé pour les marchés supérieurs aux seuils européens, ou de l'avis que l'acheteur publie spontanément sur un support dont la diffusion est adaptée à l'importance du marché pour faire courir le délai de recours, constitue toujours une information sur la conclusion du contrat, y compris s'il n'en précise pas la date. Cette solution ne comporte aucun risque que le délai de recours commence à courir avant que le contrat ne soit conclu, pendant le délai de suspension.

Elle est la plus simple pour les acheteurs soumis à l'obligation réglementaire de publier un avis d'attribution au niveau européen, car elle leur évite de penser à une publicité spécifique dans le seul but de faire courir le délai de recours en contestation de la validité du contrat, comme pour ceux qui ne sont pas soumis à cette obligation et elle est parfaitement suffisante pour les tiers, qu'il s'agit d'informer de l'existence d'un contrat dont les éléments constitutifs -objet, prix, durée, titulaire -doivent être sommairement décrits afin qu'ils soient en mesure d'y avoir accès.

Ce qui nous conduit à la seconde information, relative aux modalités de la consultation du contrat, que la cour a estimée insuffisante lorsque l'acheteur n'avait indiqué, conformément à ce qui est prévu dans l'avis d'attribution, que les coordonnées du service auprès duquel le marché pouvait être consulté.

Or nous ne voyons pas quelles indications plus précises la cour attendait de la publicité : les horaires d'ouverture du service ? l'identité des agents ? Sans même tenir compte du fait qu'en l'espèce le requérant était un candidat évincé qui connaissait parfaitement les coordonnées de l'acheteur, les coordonnées du service où le contrat peut être consulté constituent une information tout à fait suffisante. Comme pour l'information précédente, la mesure de publicité appropriée doit être celle qui est la plus simple pour l'acheteur en donnant aux tiers les informations dont ils ont besoin pour exercer utilement leur droit au recours.

La publication de l'avis d'attribution, qui comporte les informations que nous avons dites ainsi que les coordonnées du service où le contrat peut être consulté, remplit ces conditions.

Si vous nous suivez, vous annulerez l'arrêt de la cour en tant qu'il a statué sur les conclusions en contestation de la validité du contrat et, réglant l'affaire au fond, accueillerez la fin de non recevoir soulevée à leur encontre puisqu'elles ont été enregistrées au TA de Nîmes le 12 mars 2015, soit plus de deux mois après la publication de l'avis d'attribution du marché le 2 décembre 2014, qui valait publicité de la conclusion du marché et indiquait les coordonnées de la cellule des marchés du centre hospitalier.

Le troisième moyen concerne le motif d'irrégularité du contrat retenue par la cour et son appréciation de ses conséquences sur les chances de la candidate évincée d'obtenir le marché. Il fonde autant la résiliation du contrat que le constat de l'irrégularité de l'éviction de la société, dont dépend son droit à indemnisation.

Ce motif est tiré de ce que le Centre hospitalier a méconnu le règlement de la consultation en estimant sans incidence sur l'évaluation de l'offre de la SHAM au titre du critère relatif à "la nature et l'étendue des garanties -qualité des clauses contractuelles", pondéré à 30 %, la réserve selon laquelle l'extension des garanties au monde entier, prévue à l'article 5 du cahier des clauses techniques particulières, "ne s'applique pas aux conséquences d'actes médicaux ou de soins effectués aux Etats-Unis et au Canada, ainsi qu'aux dommages causés par les produits livrés dans ces deux pays".

Le règlement de la consultation permettait aux candidats de formuler des réserves ou des variantes, en précisant qu'elles seraient "appréciées au regard de leur incidence (notamment économique) sur l'offre dans sa globalité" (art 3.6.1). L'article 6.2.3 du règlement décrivait la notation de ces réserves, qui venaient en déduction d'une note de 100 ramenée à la note maximale de 30 points, en distinguant les réserves selon qu'elles sont : "-acceptées : car elles ne remettent pas en cause l'étendue

des garanties ; il s'agit le plus souvent de précisions apportées par l'assureur ; -moyennes ou fortes : réserve impactant simultanément un ou plusieurs aspects du marché technique, financier ou juridique, tout en dégradant partiellement la valeur économique, notée -15 ; -majeures : réserve diminuant, voire excluant une garantie et/ou modifiant les conditions financières et/ou la sécurité juridique de façon conséquente entraînant une dégradation réelle de la valeur économique du présent marché, notée -25 ; -non-conformité : -50, voire irrecevable pour réserve non conforme ».

La cour a jugé que l'offre de la SHAM "comportait une réserve refusant l'application de la garantie mondiale exigée par l'article 5 du cahier des clauses techniques particulières, qui ne peut être regardée comme une erreur formelle contrairement à ce que soutient la Société hospitalière d'assurance mutuelle. Elle ne pouvait dès lors être comprise que comme excluant ou réduisant une garantie au sens de l'article 6.2 du règlement de consultation du marché et devait en conséquence être regardée comme « majeure » au sens de ces dispositions, indépendamment de l'intérêt effectif de cette couverture pour l'établissement, seul important à cet égard le fait qu'il l'avait expressément exigée dans le dossier de consultation". Elle a en conséquence considéré que la note attribuée à cette offre sur ce critère devait être diminuée de 25 points et constaté qu'elle n'était plus classée première.

Les requérants soutiennent qu'elle a ce faisant commis une erreur de droit et dénaturé la portée du règlement de la consultation en jugeant que la réserve devait être regardée comme majeure dès lors qu'elle réduisait une garantie sans rechercher si elle entraînait une dégradation réelle de la valeur économique du marché, alors que cette circonstance est une condition de la qualification de réserve majeure.

Votre contrôle sur l'interprétation et l'application de clauses contractuelles par les juges du fond est limité à une dénaturation qui, une fois n'est pas coutume, nous paraît assez clairement établie en l'espèce. La condition tenant à la portée des réserves sur la valeur économique du marché nous semble s'appliquer à l'ensemble des "réserves diminuant voire excluant une garantie et/ou modifiant les conditions financières et/ou la sécurité juridique", et non uniquement à ces dernières. Certes, les réserves acceptées, qui n'entraînent aucune perte de points, sont définies comme celles qui "ne remettent pas en cause l'étendue des garanties". Mais nous ne pensons pas que cela implique que toute réserve remettant en cause l'étendue des garanties soit nécessairement majeure car cette interprétation rendrait inutile la précision, pourtant claire, selon laquelle les réserves majeures sont celles diminuant ou réduisant une garantie de façon conséquente entraînant une dégradation réelle de la valeur économique du marché. Il faut donc lire l'article 6.2.3 du règlement comme distinguant les réserves ne remettant pas en cause l'étendue des garanties, qui sont toujours acceptées, et celles qui diminuent ou modifient les garanties qui ne donnent lieu à une baisse de notation que si elles entraînent une dégradation réelle de la valeur économique du marché.

Cette lecture est conforme à l'article 3.6.1 qui stipule que "les réserves sans impact ou ayant un impact limité sur la qualité de l'offre seront sans incidence sur la notation".

La cour ne pouvait donc sans dénaturer ces stipulations juger que la réserve géographique de l'offre de la SHAM était majeure par elle-même, sans rechercher si elle entraînait une dégradation réelle de la valeur économique du marché.

Nous vous proposons par conséquent d'annuler également l'arrêt en tant qu'il statue sur les conclusions indemnitaires de la société BEAH et de renvoyer l'affaire, dans cette mesure, à la CAA de Marseille. Vous n'aurez pas à examiner le dernier moyen des pourvois qui, lui, n'est pas fondé.

Vous pourrez mettre à la charge du BEAH le versement au CH d'Avignon et à la SHAM d'une somme de 3 000 euros à chacun au titre des frais qu'ils ont exposés devant vous.

Tel est le sens de nos conclusions.

**Référence 2 : CE, 3 juin 2020, Centre hospitalier d'Avignon et SHAM, n°428845 et 428847**

Vu la procédure suivante :

Le Bureau européen d'assurance hospitalière (BEAH) a demandé au tribunal administratif de Nîmes, d'une part, d'annuler ou, à défaut, de résilier le marché public d'assurance relatif au lot n° 1 " responsabilité civile " conclu le 24 novembre 2014 entre le centre hospitalier d'Avignon et la Société hospitalière d'assurances mutuelles (SHAM) et, d'autre part, de condamner le centre hospitalier d'Avignon à lui verser une indemnité de 273 750 euros en réparation du préjudice lié à son éviction de la procédure de passation de ce marché. Par un jugement n° 1500792 du 19 octobre 2017, le tribunal administratif de Nîmes a rejeté sa demande.

Par un arrêt n° 17MA04927 du 14 janvier 2019, la cour administrative d'appel de Marseille a, sur appel du Bureau européen d'assurance hospitalière (BEAH), annulé ce jugement, ordonné la résiliation, à compter du 1er mai 2019, du marché conclu entre le centre hospitalier d'Avignon et la SHAM et décidé, avant dire droit, qu'il sera procédé à une expertise contradictoire pour évaluer le préjudice subi par le BEAH.

1° Sous le n° 428845, par un pourvoi sommaire, un mémoire complémentaire et un mémoire en réplique, enregistrés les 14 mars, 14 juin 2019 et 24 février 2020 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, le centre hospitalier d'Avignon demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler cet arrêt ;

2°) réglant l'affaire au fond, de faire droit à ses conclusions d'appel ;

3°) de mettre à la charge du Bureau européen d'assistance hospitalière (BEAH) la somme de 6 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

2° Sous le n° 428847, par un pourvoi sommaire, un mémoire complémentaire et un mémoire en réplique, enregistrés les 14 mars, 14 juin et 20 décembre 2019 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, la Société hospitalière d'assurances mutuelles (SHAM) demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler le même arrêt ;

2°) de mettre à la charge du Bureau européen d'assistance hospitalière (BEAH) la somme de 3 500 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Vu les autres pièces des dossiers ;  
Vu :

- le règlement d'exécution n° 842/2011 de la Commission du 19 août 2011 ;

- le code des assurances ;

- le code des marchés publics ; - le code de justice administrative et l'ordonnance n° 2020-305 du 25 mars 2020 modifiée ;

Considérant ce qui suit :

1. Les deux pourvois présentent à juger des mêmes questions. Il y a donc lieu de les joindre pour statuer par une même décision.

2. Il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que, par un avis d'appel public à la concurrence publié le 25 juin 2014 au Journal officiel de l'Union européenne et au Bulletin officiel des annonces de marchés publics, le centre hospitalier d'Avignon a lancé une procédure d'appel d'offres ouvert en vue de l'attribution de quatre lots destinés à couvrir ses besoins en matière d'assurances pour une durée de cinq ans. Le lot n° 1 " responsabilité civile hospitalière " a été attribué à la Société hospitalière d'assurances mutuelles (SHAM). Le Bureau européen d'assistance hospitalière (BEAH), dont l'offre, classée en deuxième position, a été rejetée, a contesté la validité du marché public conclu par le centre hospitalier d'Avignon avec la SHAM et demandé la condamnation de l'établissement public de santé à lui verser la somme de 273 750 euros en réparation des préjudices résultant de son éviction irrégulière. Par un jugement du 19 octobre 2017, le tribunal administratif de Nîmes a rejeté ses demandes. Le centre hospitalier d'Avignon et la SHAM se pourvoient en cassation contre l'arrêt de la cour administrative d'appel de Marseille qui, sur appel du BEAH, a annulé ce jugement, ordonné la résiliation, à compter du 1er mai 2019, du marché litigieux et décidé, avant dire droit, de procéder à une expertise contradictoire pour évaluer le préjudice subi par le BEAH.

Sur les conclusions contestant la validité du contrat :

3. Indépendamment des actions dont disposent les parties à un contrat administratif et des actions ouvertes devant le juge de l'excès de pouvoir contre les clauses réglementaires d'un contrat ou devant le juge du référé contractuel sur le fondement des articles L. 551-13 et suivants du code de justice administrative, 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 recevable à former devant le juge du contrat un recours de pleine juridiction contestant la validité du contrat ou de certaines de ses clauses non réglementaires qui en sont divisibles. Ce recours doit être exercé, y compris si le contrat contesté est relatif à des travaux publics, dans un délai de deux mois à compter de l'accomplissement des mesures de publicité appropriées, notamment au moyen d'un avis mentionnant à la fois la conclusion du contrat et les modalités de sa consultation dans le respect des secrets protégés par la loi. La circonstance que l'avis ne mentionne pas la date de la conclusion du contrat est sans incidence sur le point de départ du délai de recours contentieux qui court à compter de cette publication.

4. Ainsi qu'il a été dit au point précédent, la publication d'un avis mentionnant à la fois la conclusion du contrat et les modalités de sa consultation dans le respect des secrets protégés par la loi permet de faire courir le délai de recours contre le contrat, la circonstance que l'avis ne mentionnerait pas la date de la conclusion du contrat étant sans incidence sur le point de départ du délai qui court à compter de cette publication. Par suite, en estimant, pour écarter la fin de non-recevoir tirée de ce que les conclusions du BEAH contestant la validité du contrat litigieux, déposées le 12 mars 2015 au greffe du tribunal administratif de Nîmes, étaient tardives, que les " avis d'attribution " du marché, publiés le 2 décembre 2014 au Journal officiel de l'Union européenne et au Bulletin officiel des annonces de marchés publics, conformément aux dispositions de l'article 85 du code des marchés publics alors applicable, figurant aujourd'hui à l'article R. 2183-1 du code de la commande publique, ne constituaient pas une mesure de publicité appropriée susceptible de faire courir le délai de recours contentieux, au motif que ces publications ne faisaient état que de l'attribution du marché, et non de sa conclusion, et ne mentionnaient que les coordonnées de la cellule des marchés du centre hospitalier, mention qui pourtant relevait des modalités de la consultation du contrat, la cour administrative

d'appel de Marseille a commis une erreur de droit.

Sur les conclusions indemnitaires :

5. Aux termes de l'article 3.6.1 du règlement de la consultation du marché : " Conformément aux dispositions de la circulaire du 24 décembre 2007 relative à la passation des marchés publics d'assurances, les éventuelles réserves ou amendements formulés par les candidats aux clauses des CCAP et CCTP seront appréciés au regard de leur incidence (notamment économique) sur l'offre dans sa globalité et ce, afin de déterminer s'ils sont susceptibles de rendre cette dernière irrégulière : / - les réserves sans impact ou ayant un impact limité sur la qualité de l'offre seront sans incidences sur la notation ; / - les réserves ayant pour effet de baisser la qualité de l'offre entraîneront une réduction de la note (...) ; / les réserves rendant l'offre insatisfaisante au regard des besoins exprimés entraîneront un rejet pur et simple de l'offre jugée irrégulière (...) " . L'article 6.2.3 du même règlement précise, s'agissant du critère n° 3 " nature et étendue des garanties - qualité des clauses contractuelles ", que : " Les réserves éventuelles apportées par le candidat sont de quatre ordres. Ces dernières viendront, par rapport au CCAP et au CCTP propre au lot, en déduction d'une note de 100 ramenée à la note maximale de 30 points, à raison de : / - acceptées : car elles ne remettent pas en cause l'étendue des garanties ; il s'agit le plus souvent de précisions apportées par l'assureur ; / - moyennes ou fortes : réserve impactant simultanément un ou plusieurs aspects du marché technique, financier ou juridique, tout en dégradant partiellement la valeur économique, notée - 15 ; / - majeures : réserve diminuant, voire excluant une garantie et/ou modifiant les conditions financières et/ou la sécurité juridique de façon conséquente entraînant une dégradation réelle de la valeur économique du présent marché, notée - 25 ; / - non-conformité : - 50, voire irrecevable pour réserve non conforme ". Enfin, aux termes de l'article 5 du cahier des clauses techniques particulières : " territorialité du contrat : les garanties doivent s'exercer dans le monde entier " .

6. Pour estimer que la note attribuée à l'offre de la SHAM au titre du critère n° 3 aurait dû être pénalisée de vingt-cinq points, les juges d'appel ont relevé que l'annexe financière à l'acte d'engagement relatif à la variante n° 1 de son offre comportait une réserve ainsi libellée : " les garanties sont étendues au monde entier (...) / Cette extension ne s'applique pas aux conséquences d'actes médicaux ou de soins effectués aux Etats-Unis et au Canada, ainsi qu'aux dommages causés par les produits livrés dans ces deux pays ". En estimant que l'offre litigieuse ne pouvait dès lors être comprise que comme excluant ou réduisant une garantie au sens de l'article 6.2 du règlement de consultation du marché et devait en conséquence être regardée comme comportant une réserve " majeure " au sens de ces dispositions, " indépendamment de l'intérêt effectif de cette couverture pour l'établissement ", sans rechercher si cette réserve entraînait une dégradation réelle de la valeur économique du marché alors qu'elle avait relevé les stipulations du contrat lui imposant de procéder à cette analyse, la cour administrative d'appel de Marseille a commis une erreur de droit.

7. Il résulte de tout ce qui précède, et sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens des pourvois, que l'arrêt attaqué doit être annulé.

D E C I D E :

-----

Article 1er : L'arrêt du 14 janvier 2019 de la cour administrative d'appel de Marseille est annulé.

Article 2 : L'affaire est renvoyée à la cour administrative d'appel de Marseille.

**Référence 3 : Conclusions du rapporteur public sur CE 26 février 2020, Commune S-Julien-en-Genevois ;**

Au mois de février 2019, la commune de Saint-Julien-en-Genevois (Haute-Savoie), a lancé un avis d'appel public à la concurrence en vue de l'attribution d'une concession de service portant sur la mise à disposition, l'installation, la maintenance, l'entretien et l'exploitation commerciale de mobiliers urbains. Au terme de la procédure, à laquelle deux sociétés ont participé, la commune a retenu la candidature de la société Girod médias, titulaire sortant. Son concurrent, la société Jean-Claude Decaux France, a saisi le juge du référé précontractuel du TA de Grenoble de conclusions aux fins d'annulation de la procédure, auxquelles il a fait droit par l'ordonnance contre laquelle la commune se pourvoit à présent en cassation.

Il a estimé qu'en l'absence d'indication des quantités maximales des mobiliers supplémentaires que la commune pourrait être amenée à acquérir auprès du titulaire, le critère n° 8, intitulé "coût supplémentaire pour la commune", pondéré à hauteur de 34 %, et portant sur le prix unitaire de ces différents mobiliers, laissait à la commune une marge de choix discrétionnaire constitutive d'une méconnaissance de ses obligations de publicité et de mise en concurrence.

Ce motif est contesté sous l'angle de l'erreur de droit, à juste titre nous semble-t-il. Le principe d'une détermination par l'acheteur public de la nature et de l'étendue des besoins à satisfaire avant le lancement de la procédure est évidemment commun aux marchés publics (L.2111-1 CCP) et aux concessions (L. 3111-1 CCP). Les termes "avec précision" qui ne figurent que dans l'article relatif aux marchés publics ne semblent pas ouvrir davantage de latitude aux autorités concédantes que celle qui est inhérente à ce dispositif contractuel et à la place qu'occupe la négociation dans le processus de sélection. Le contenu des avis de concessions et de marchés dans les annexes des directives relatives à ces contrats est d'ailleurs décrit dans les mêmes termes.

L'exigence de détermination préalable de la nature et de l'étendue des besoins répond dans les deux catégories de contrat à la même finalité, qui est à la fois de permettre aux candidats d'y répondre le mieux possible et de pouvoir comparer leurs offres dans des conditions d'égalité et de transparence.

Il ne ressort d'ailleurs pas des motifs de votre décision *Cne du Havre*, du 15 novembre 2017 (n°412644, aux T), par laquelle vous avez censuré l'insuffisante détermination du périmètre géographique et temporel d'une concession, que vous ayez entendu marquer une nuance dans l'application de cette exigence fondamentale.

Une insuffisante définition des besoins ne peut que rejaillir sur les critères de sélection, qui ont pour fonction d'identifier l'offre qui y répondra le mieux et dont l'application ne doit pas, comme le rappelle souvent la CJUE, conférer à l'acheteur, par leur imprécision, une liberté de choix inconditionnée (CJCE, 17 déc 2002, *Concordia Bus Finland*, C-513/99, § 61 ; CJUE, 10 mai 2012, *Comm c/ Pays-Bas*, C-368/10, § 87-88). C'est ce qu'illustre votre décision inédite du 15 décembre 2008, *communauté urbaine de Dunkerque* (n° 310380), dont s'est visiblement inspiré l'auteur de l'ordonnance attaquée, par laquelle vous avez jugé que faute de définir autrement que par quelques exemples les "services annexes" que les candidats étaient autorisés à présenter et sur lesquels la valeur technique de leurs offres étaient évaluées à hauteur de 30 %, les acheteurs n'avaient pas, "eu égard à l'insuffisante définition de la nature et de l'étendue de leurs besoins, et à la marge de choix discrétionnaire qu'elles s'étaient

ainsi réservée, prévu des modalités d'examen des offres garantissant l'égalité de traitement des candidats et la transparence de la procédure ».

Mais dans cette décision, l'imprécision affectait l'objet même de la prestation. Il n'en va pas de même de l'absence de quantité maximale pour l'achat de matériels à un prix unitaire, lorsque ces matériels sont identifiés. Rappelons l'économie générale du contrat que la commune entendait conclure. Il s'agissait, comme vous l'avez jugé à plusieurs reprises pour des contrats similaires tant par leur objet que par les modalités de rémunération du titulaire, d'une concession de service (CE, 5 février 2018, *Ville de Paris et SOMUPI*, n° 416579, aux Tables ; 25 mai 2018, *Société Philippe Védiaud Publicité, commune de Saint-Thibault-des-Vignes*, n°416825, au recueil).

La plupart des mobiliers étant en place, les prestations portaient sur leur exploitation et leur entretien, avec une petite part de remplacement. Le cahier des charges de la concession prévoyait l'éventualité d'une extension du périmètre de la concession (extension du périmètre urbain, création d'une commune nouvelle, transfert de la compétence à un EPCI, etc.) et de "l'implantation ou du remplacement de certains mobiliers par une nouvelle catégorie de mobilier non prévue par le présent contrat".

Il n'y a rien d'étonnant à ce qu'un contrat de concession, qui s'étale sur une certaine durée, en l'occurrence douze ans, envisage l'éventualité de modifications. L'article 36 du décret du 1er février 2016 (aujourd'hui codifié à l'article R. 3131-1 du CCP) le prévoit "sous la forme de clauses de réexamen ou d'options claires, précises et sans équivoque" qui "indiquent le champ d'application et la nature des modifications ou options envisageables, ainsi que les conditions dans lesquelles il peut en être fait usage." Les clauses relatives à ces éventuelles extensions s'inscrivaient dans ce cadre.

D'une part, le caractère éventuel de cette extension ne saurait faire obstacle, par lui-même, à ce que l'autorité concédante introduise un critère de sélection des offres portant sur le coût de sa réalisation. Il s'agit bien d'un besoin, même s'il n'est pas certain, et sa satisfaction représentera un coût pour la commune.

D'autre part, nous ne voyons pas de raison de subordonner la régularité d'un critère fondé sur le prix unitaire à l'indication d'un volume de commande, par définition inconnu s'agissant d'une éventualité, ni même d'un maximum.

De manière générale, la détermination d'une quantité maximale ne nous paraît être une condition pour comparer des prix unitaires. Elle n'est par exemple pas requise pour la passation des accords-cadres, qui peuvent être attribués sur la base de prix unitaires pour l'achat de fournitures sans nécessairement fixer de quantités maximales.

Plus particulièrement en l'espèce, l'absence d'indication sur ce point n'entraînait pas de rupture d'égalité de traitement entre les candidats et ne conférait pas à l'acheteur une liberté de choix inconditionnée.

Sur le premier aspect, les candidats étaient placés sur un pied d'égalité face au caractère éventuel de l'extension du périmètre de la concession et aux besoins qu'elle pourrait créer. Ces données étaient d'ailleurs tout autant ignorées de la collectivité. L'acheteur comme les candidats pouvaient par ailleurs, au vu du périmètre actuel de la concession, se faire une idée des marges d'extension : il s'agit d'une commune de 14 000 habitants, actuellement couverte par 47 mobiliers d'information municipale, 8 abris destinés au public, 3 écrans numériques.

Les acquisitions nécessaires en vue d'une extension du périmètre de la concession n'auraient probablement pas excédé quelques dizaines d'unités. Les candidats étaient ainsi en mesure d'évaluer le risque de leurs propositions, au regard des recettes publicitaires attendues de la concession.

Sur le second aspect, les différentes propositions de prix que les candidats pouvaient faire étaient objectivement comparables, qu'elles prennent la forme de prix unitaire, de forfaits, de dégressivité au-delà d'une certaine quantité, etc., sans ouvrir à l'acheteur une liberté de choix inconditionnée, puisque celui-ci se trouvait dans la même situation d'ignorance de l'éventualité d'une extension du périmètre de la concession et des besoins qui en résulteraient que les candidats.

Ajoutons enfin que la position du juge des référés rendrait tout simplement impossible l'introduction d'un critère de sélection portant sur une prestation éventuelle du contrat de concession, dont par définition les modalités précises d'exécution ne sont pas connues. Or des contrats de longue durée ne peuvent déterminer avec précision tous les besoins qui se feront jour au cours de son exécution et il est préférable de permettre à la collectivité d'envisager ces adaptations et de s'assurer de leur coût, plutôt que de rendre impossibles de telles évolutions par des exigences excessives de précision dans la détermination des besoins et de provoquer des résiliations anticipées suivies de nouvelles conventions.

Nous vous proposons donc de juger que l'auteur de l'ordonnance attaquée a commis une erreur de droit en jugeant que l'absence de quantité maximale de mobiliers à acquérir éventuellement faisait obstacle à l'application régulière d'un critère fondé sur leur prix unitaire et d'annuler l'ordonnance attaquée. Vous n'aurez ainsi pas besoin d'examiner l'autre moyen du pourvoi, également fondé, tiré d'une contradiction entre les motifs de l'ordonnance attaquée, qui envisage une reprise de la procédure au stade l'avis d'appel public à la concurrence, et son dispositif, qui enjoint à la commune, si elle entend poursuivre son projet, de reprendre la procédure au stade de l'analyse des candidatures.

Réglant l'affaire au titre de la procédure de référé, vous devrez examiner les autres manquements invoqués par la société Jean-Claude Decaux. Vous écarterez sans difficulté celui tiré de ce que la commune aurait dû lui attribuer la note maximale de 5/5 sur un sous-critère du critère n° 8 dont nous venons de parler, au motif qu'elle proposait de les fournir gratuitement, car, à le supposer fondé, ce manquement n'a pu léser la société évincée, puisque la note maximale qu'elle aurait obtenue ne lui aurait en tout état de cause pas permis de devancer la candidate retenue.

Le moyen tiré de ce que le critère n° 8 serait sans lien avec l'objet du marché et excessivement pondéré n'est pas plus fondé. Comme nous l'avons dit, les parties au contrat peuvent prévoir de futures adaptations du contrat. Le critère n° 8 porte sur les besoins susceptibles de naître de ces futures adaptations. Il est bien en rapport avec l'objet du contrat et sa pondération à 34 %, qui relève d'un choix de l'acheteur de la valorisation des qualités qu'il attend des offres sur lequel vous n'effectuez qu'un contrôle très distancié (CE, 7 mai 2013, *Département de Paris*, n° 364833), n'est pas manifestement excessive. Compte tenu du caractère en général très lucratif de l'activité concédée, il n'est pas illogique que la collectivité, qui devra faire l'acquisition des mobiliers supplémentaires, cherche à en reporter le plus possible la charge sur le titulaire.

Les deux moyens suivants sont plus intéressants.

Le premier est tiré de ce que l'offre retenue était anormalement basse, car elle proposait l'achat de mobiliers à 1 euro sans

limitation de leur quantité (alors que la société évincée proposait de n'en fournir gratuitement que trois, les suivants étant facturés 700 euros), ce qui représenterait un coût d'autant moins réaliste que certains mobiliers, destinés exclusivement à de l'affichage municipal, ne généreront pas de recettes.

Vous n'avez à notre connaissance jamais eu l'occasion de vous prononcer sur l'opérance et, dans l'affirmative, l'application, de la notion d'offre anormalement basse en matière de concessions.

Le rejet d'une offre en raison de son caractère anormalement bas est prévu depuis longtemps par les dispositions applicables aux marchés publics (art 55 code des marchés publics ; il figure aujourd'hui aux articles L. 2152-5 et 6 du code de la commande publique), mais celles applicables aux concessions, de droit interne comme européennes, ne comportent aucune disposition similaire.

Il est vrai que la notion même semble a priori peu pertinente dans un dispositif contractuel qui fait peser le risque d'exécution sur le titulaire. L'offre anormalement basse est définie par l'article précité du code de la commande publique, qui a repris votre jurisprudence, comme une « *offre dont le prix est manifestement sous-évalué et de nature à compromettre la bonne exécution du marché* ».

C'est expressément, en ce qui concerne les marchés publics, une notion qui ne concerne qu'un élément de l'offre, le prix, et non l'ensemble de l'appréciation de l'avantage économique qu'elle représente. On pourrait ainsi se demander, mais la question est largement théorique, si cette notion trouve à s'appliquer à un marché qui ne comporte pas de critère de prix. Le prix fait presque toujours partie des critères de choix, et c'est bien sur le rapport entre les prestations proposées et le prix qui en est demandé que porte l'appréciation du caractère éventuellement manifestement bas de ce dernier.

Or, dans les concessions, le prix versé par l'acheteur ne peut, par définition, qu'avoir un rôle marginal dans l'équilibre économique du contrat et ne peut certainement pas, aussi bas soit-il, en compromettre la bonne exécution. Transposer la notion d'offre anormalement basse aux concessions implique donc de l'appliquer non pas au prix mais à l'équilibre économique général du contrat, la sous-évaluation manifeste qui caractérise l'offre anormalement basse portant sur le risque assumé par le concessionnaire au regard des prestations qu'il s'engage à accomplir. Pour le dire autrement, l'offre anormalement basse pour l'obtention d'une concession consisterait à proposer des prestations dont le coût pour l'opérateur est bien supérieur aux recettes de l'exploitation du service.

Cette transposition de la notion au droit des concessions n'est ni impossible, au prix d'une certaine adaptation, nous venons de le voir, ni inutile, dans la mesure où les objectifs qu'elle poursuit, à savoir de garantir la bonne exécution du contrat, sont tout aussi prégnants lorsque c'est l'exploitation même d'un service qui est externalisé, voire davantage lorsque ce service est un service public dont la personne publique doit garantir à ses usagers la continuité et la qualité. Vous pourriez donc admettre qu'une autorité concédante ayant reçu une offre qui lui apparaît manifestement structurellement déficitaire demande à son auteur des justifications sur sa viabilité économique et puisse la rejeter si ses explications ne l'ont pas convaincu. Cette hypothèse sera exceptionnelle car, a priori, il appartient aux candidats de mesurer leurs risques et de les assumer.

Et le contrôle du juge sur la décision de l'autorité concédante sur ce point sera aussi voire encore plus distancié que celui qu'il

exerce déjà en matière de marchés publics. Si vous partagez cet avis, vous examinerez le moyen tiré de ce que l'offre était anormalement basse mais vous l'écarterez sans difficulté car il ne porte que sur le prix des mobiliers supplémentaires. Il faudrait que les commandes de ces mobiliers non publicitaires à 1 euro soient considérables pour ruiner la société Girod et compromettre la bonne exécution d'un contrat dont elle évaluait le résultat à 230 000 euros, éventualité qui apparaît d'autant plus improbable que les modalités de l'extension du périmètre de la concession doit faire l'objet d'un réexamen par les parties.

Le dernier manquement relevé par la société évincée est tiré de l'absence d'indication de la valeur estimée du contrat de concession qui, selon elle, ne lui aurait pas permis d'évaluer le nombre de mobiliers supplémentaires. Cette question est distincte de celle de l'imprécision du critère du prix faute d'indication d'une quantité maximum de commandes car elle porte sur la valeur estimée du contrat dans son ensemble.

Cette estimation est d'abord nécessaire à l'acheteur pour déterminer les règles de publicité et de mise en concurrence applicables lorsqu'elles dépendent du montant du contrat. Même si ces règles sont moins nombreuses en matière de concessions que pour les marchés, elles conditionnent tout de même le choix entre la procédure normale et la procédure allégée et l'ampleur de la publicité.

Cette valeur totale estimée doit ensuite figurer dans l'avis de concession, en application de l'article 14 du décret du 1er février 2016 relatif aux concessions, applicable en l'espèce (art R 3122-1 CCP), aux termes duquel *"l'autorité concédante publie un avis de concession conforme au modèle fixé par le règlement d'exécution du 11 novembre 2015 susvisé"*, lequel (annexe XXI du règlement) comporte une ligne (II.1.5) *"Valeur totale estimée"*, avec en note *"le cas échéant"*. Ce règlement d'exécution de la Commission (2015/1986) est pris pour l'application de l'article 31.2 de la directive 2014/23 relative aux concessions qui dispose que les avis de concessions contiennent les informations visées à l'annexe V, laquelle mentionne au titre de la *"description de la concession"* son *"ordre de grandeur - valeur indicative"*.

La portée exacte de l'indication *"le cas échéant"* en note sur le formulaire n'est pas très claire, mais il nous paraît difficile de l'interpréter comme rendant l'information sur ce point facultative, compte tenu d'un récent arrêt de la CJUE (CJUE, 19 décembre 2018, *Autorita Garante della concorrenza e del mercato*, aff. C-216/17) qui a écarté cette interprétation des mêmes termes à propos de l'indication dans les avis de marchés d'accords-cadres des quantités envisagées. Elle a justifié le caractère impératif de cette indication par quatre raisons : l'existence de plusieurs autres dispositions imposant aux acheteurs de déterminer le montant maximal des fournitures ou services ; l'obligation pour les marchés subséquents de respecter une limite fixée par l'accord-cadre ; la nécessité d'une information claire, précise et univoque des opérateurs économiques sur l'objet du marché ; la prévention du risque d'un recours abusif à ce type de marchés. Vous aviez vous-mêmes jugé sous l'empire des dispositions de la directive 2004/18/CE et de son règlement d'exécution qui prévoyait une indication dans l'avis d'appel d'offres des quantités globales d'un marché à bons de commande sans minimum ni maximum, qu'elle était obligatoire (CE, 24 octobre 2008, *cté d'agglomération de l'Artois*, n° 313600, aux T sur ce point).

Ces raisons ne valent pas toutes pour les concessions. A vrai dire, la seule qui apparaît transposable est celle relative à l'information des opérateurs économiques, afin de susciter la plus large concurrence possible. Mais elle pèse probablement d'un poids particulier, ainsi que cela ressort des conclusions de l'avocat

général qui soulignait que "si la mention du volume total de prestations (estimées) n'apparaît pas ou que les bases pour calculer celles-ci sont hypothétiques, il est peu probable que les soumissionnaires puissent apprécier s'ils ont intérêt à concourir".

Par ailleurs, on voit mal à quelle hypothèse pourrait renvoyer « le cas échéant », puisqu'à priori, il est toujours possible, parce qu'il est toujours nécessaire, de déterminer une valeur estimative totale de la concession. L'indication de la valeur estimative du contrat est donc obligatoire dans les avis de concessions et, en l'espèce, elle n'y figurait pas.

Mais cette absence ne nous paraît pas susceptible d'avoir lésé la candidate évincée car, comme nous venons de le dire, elle a pour but de donner aux opérateurs économiques une information qui peut leur être utile pour savoir s'ils ont intérêt à concourir. Seules les personnes qui font valoir qu'elles ont été dissuadées de candidater à un contrat dont elles ignoraient la valeur globale nous semblent donc susceptibles d'être lésées par ce manquement. Pour celles qui se sont portées candidates, cette absence d'information n'a pas affecté leur appréciation de leur intérêt à candidater et elles pouvaient toujours, au cours de la procédure, demander à l'autorité concédante des informations complémentaires pour construire leurs offres. Vous avez récemment adopté ce raisonnement pour la passation d'un accord-cadre (CE, 12 juin 2019, *sté Prezioso Linjebygg*, n° 427397) et elle nous semble valoir a fortiori pour la passation d'une concession.

Ajoutons qu'au demeurant la société Decaux ne se plaint de l'absence d'indication de la valeur estimée du contrat qu'en tant qu'il ne précise pas de volume des mobiliers supplémentaires. Mais ce degré de précision excède probablement ce qui est exigé au titre de la valeur estimative totale de la concession, valeur dans laquelle l'acquisition éventuelle de mobiliers supplémentaires ne devrait pas représenter une part significative, sauf à modifier la qualification du contrat, ce que personne ne soutient.

#### **EPCMNC :**

- Annulation des articles 2 et 3 de l'ordonnance attaquée (l'article 1er donnant acte du désistement de la société Decaux de certaines conclusions) ;
- Rejet du référé ;
- Mettiez à la charge de la société Decaux le versement à la commune de St Julien en Genevois d'une somme de 4 500 euros au titre des frais qu'elle a engagés devant vous et devant le juge des référés.

#### **Référence 4 : CE, 26 février 2020, Commune de St-Julien-en-Genevois, n°436428**

Vu la procédure suivante :

La société JC Decaux France a demandé au juge des référés du tribunal administratif de Grenoble, sur le fondement des dispositions de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, premièrement, d'enjoindre à la commune de Saint-Julien-en-Genevois de lui communiquer les notes respectivement obtenues par l'offre de la société JC Decaux France et l'offre de l'attributaire dans le cadre de la passation par la commune d'une concession de services relative aux mobiliers urbains, deuxièmement, d'annuler la procédure de passation de cette concession et, à tout le moins, d'annuler les décisions de rejet de l'offre de la société JC Decaux France et d'attribution de la concession à la société Girod Médias.

Par une ordonnance n° 1907101 du 15 novembre 2019, le juge des référés du tribunal administratif de Grenoble a annulé la procédure de passation de la concession et enjoint à la commune de Saint-Julien-en-Genevois, si elle entend poursuivre son projet de concession de services, de reprendre la procédure de passation,



au stade de l'analyse des candidatures, en se conformant à ses obligations de publicité et de mise en concurrence.

Par un pourvoi sommaire, un mémoire complémentaire et un mémoire en réplique, enregistrés les 3 et 19 décembre 2019 et le 6 février 2020 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, la commune de Saint-Julien-en-Genevois demande au Conseil d'Etat:

- 1°) d'annuler cette ordonnance ;
- 2°) statuant en référé, de rejeter la demande de la société JCDecaux France ;
- 3°) de mettre à la charge de la société JCDecaux France la somme de 6 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Vu les autres pièces du dossier ;

- Vu :
- la directive 2014/23/UE du parlement européen et du conseil du 26 février 2014 ;
  - le règlement d'exécution (UE) n° 2015/1986 de la Commission du 11 novembre 2015 ;
  - le code général des collectivités territoriales ;
  - l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession ;
  - le décret n° 2016-86 du 1er février 2016 relatif aux contrats de concession ;
  - le code de justice administrative ;

La parole ayant été donnée, avant et après les conclusions, à la SCP Potier de la Varde, Buk Lament, Robillot, avocat de la commune de Saint-Julien-en-Genevois et à la SCP Lyon-Caen, Thiriez, avocat de la société JC Decaux France ;

Vu la note en délibéré, enregistrée le 12 février 2020, présentée par la société JC Decaux France.

Considérant ce qui suit :

1. Il ressort des pièces du dossier soumis au juge du référé précontractuel du tribunal administratif de Grenoble que, par un avis d'appel public à la concurrence du 11 février 2019, la commune de Saint-Julien-en-Genevois a lancé une procédure de concession de services portant sur la mise à disposition, l'installation, la maintenance, l'entretien et l'exploitation commerciale d'abris voyageurs et de mobiliers urbains, publicitaires ou non. Deux entreprises se sont portées candidates à l'attribution de ce contrat et ont été admises à concourir. Une fois achevée la phase de négociation et après analyse des offres, le maire de la commune de Saint-Julien-en-Genevois a décidé d'attribuer le contrat à la société Girod Médias. Par délibération du 18 septembre 2019, le conseil municipal de la commune de Saint-Julien-en-Genevois a autorisé le maire à signer le contrat avec cette société. Par l'ordonnance attaquée, le juge du référé précontractuel du tribunal administratif de Grenoble, saisi par la société JCDecaux France sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, après avoir donné acte à la société du désistement de ses conclusions tendant à ce que la signature du marché soit différée dans l'attente de la communication des notes obtenues par elle et l'attributaire au titre de certains sous-critères, a annulé la procédure de passation de la concession et enjoint à la commune de Saint-Julien-en-Genevois, si elle entendait poursuivre son projet, de reprendre la procédure de passation au stade de l'analyse des candidatures.

2. Aux termes de l'article L. 551-1 du code de justice administrative : " Le président du tribunal administratif, ou le magistrat qu'il délègue, peut être saisi en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation par les pouvoirs adjudicateurs de contrats administratifs ayant pour objet l'exécution de travaux, la livraison

de fournitures ou la prestation de services, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation, la délégation d'un service public ou la sélection d'un actionnaire opérateur économique d'une société d'économie mixte à opération unique. (...) Le juge est saisi avant la conclusion du contrat ". En vertu de cet article, les personnes habilitées à agir pour mettre fin aux manquements du pouvoir adjudicateur à ses obligations de publicité et de mise en concurrence sont celles qui sont susceptibles d'être lésées par de tels manquements. Il appartient, dès lors, au juge des référés précontractuels de rechercher si l'opérateur économique qui le saisit se prévaut de manquements qui, eu égard à leur portée et au stade de la procédure auquel ils se rapportent, sont susceptibles de l'avoir lésé ou risquent de le léser, fût-ce de façon indirecte en avantageant un opérateur économique concurrent.

3. Aux termes de l'article 1er de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession, alors applicable : " I. - Les contrats de concession soumis à la présente ordonnance respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures. / Ces principes permettent d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics (...) ". Aux termes de l'article 36 de cette ordonnance : " Sans préjudice des dispositions du chapitre préliminaire et du chapitre Ier du titre Ier du livre IV de la première partie du code général des collectivités territoriales, l'autorité concédante organise librement la procédure qui conduit au choix du concessionnaire, dans le respect des principes énoncés à l'article 1er de la présente ordonnance, des dispositions du présent chapitre et des règles de procédure fixées par voie réglementaire (...) ". Aux termes de son article 27 : " La nature et l'étendue des besoins à satisfaire sont déterminées avant le lancement de la consultation en prenant en compte des objectifs de développement durable dans leurs dimensions économique, sociale et environnementale ".

4. Pour annuler la procédure de passation de la concession en litige, le juge du référé précontractuel du tribunal administratif de Grenoble a relevé que le règlement de la consultation mentionnait la possibilité de commander des prestations supplémentaires, évaluées au titre du critère de jugement des offres n° 8, mais qu'en l'absence de limite quantitative pour ces prestations, la commune avait insuffisamment défini l'étendue des besoins et s'était ainsi réservé une marge de choix discrétionnaire ne garantissant pas l'égalité de traitement des candidats et la transparence de la procédure. Il est toutefois loisible à l'autorité concédante, lorsqu'elle estime qu'elle pourra être placée dans la nécessité de commander des prestations supplémentaires au cours de l'exécution du contrat, sans être en mesure d'en déterminer le volume exact, de prévoir, au stade de la mise en concurrence initiale, un critère d'appréciation des offres fondé sur la comparaison des prix unitaires proposés par les candidats pour ces prestations. Il ressort des pièces du dossier soumis au juge du référé précontractuel que le critère de jugement des offres n° 8, intitulé " coûts supplémentaires pour la commune ", portait sur le coût d'achat de diverses prestations supplémentaires. A cette fin, le bordereau des prix unitaires figurant à l'annexe 3 du cahier des charges de la concession comportait un tableau de prix de mise à disposition s'appliquant " au déploiement de mobiliers supplémentaires par rapport au nombre de mobiliers à déployer fixé dans le cahier des charges et dont la charge incombe au titulaire ", dont les cinq lignes correspondaient à des mobiliers existants précisément décrits dans le cahier des charges, que les candidats devaient remplir en indiquant un " prix unitaire ". En jugeant que l'absence de limite quantitative à ces prestations avait méconnu le principe de la définition préalable par l'autorité concédante de l'étendue de ses besoins et avait laissé à la commune une marge de choix discrétionnaire, alors que ce tableau permettait de comparer les prix unitaires des différentes

offres, et, au surplus, que les candidats admis à concourir étaient à même de demander des précisions sur ce point à l'autorité concédante s'ils l'estimaient souhaitable, le juge du référé précontractuel du tribunal administratif de Grenoble a commis une erreur de droit. Il suit de là, sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens du pourvoi, que son ordonnance doit être annulée en tant qu'elle statue sur les conclusions tendant à l'annulation de la procédure de passation et des décisions de rejet de la candidature de la société JCDecaux France.

5. Dans les circonstances de l'espèce, il y a lieu, en application des dispositions de l'article L. 821-2 du code de justice administrative, de régler l'affaire au titre de la procédure de référé engagée.

6. En premier lieu, doit être écarté, pour les motifs précédemment exposés, le moyen tiré de l'absence de quantités maximales pour les prestations supplémentaires évaluées au titre du critère n° 8.

7. En deuxième lieu, si la société JCDecaux France soutient que le pouvoir adjudicateur lui aurait à tort attribué une note " satisfaisante " sur le sous-critère " mobilier 2 m2 avec deux faces dédiées à la communication ", alors que son prix était de 0 euro, il résulte de l'instruction que même si elle avait obtenu la note de 5 sur 5 et non de 3 sur 5 qui lui a été attribuée, sa note globale serait restée inférieure à celle de la société Girod médias. Le manquement, à le supposer établi, n'est donc, en tout état de cause, pas susceptible de l'avoir lésée.

8. En troisième lieu, aux termes de l'article 47 de l'ordonnance du 29 janvier 2016 : " Le contrat de concession est attribué au soumissionnaire qui a présenté la meilleure offre au regard de l'avantage économique global pour l'autorité concédante sur la base de plusieurs critères objectifs, précis et liés à l'objet du contrat de concession ou à ses conditions d'exécution. Lorsque la gestion d'un service public est concédée, l'autorité concédante se fonde également sur la qualité du service rendu aux usagers. / Les critères d'attribution n'ont pas pour effet de conférer une liberté de choix illimitée à l'autorité concédante et garantissent une concurrence effective. Ils sont rendus publics dans des conditions prévues par décret en Conseil d'État ".

9. Il résulte de l'instruction qu'aux termes de l'article 1er du cahier des charges de la concession, celle-ci " a pour objet la mise à disposition, l'installation, la maintenance, l'entretien et l'exploitation commerciale de mobiliers urbains publicitaires et non publicitaires ", qui y sont dénombrés par catégorie de mobilier. Le même article précise qu'" aucun mobilier supplémentaire ne pourra être implanté sans l'autorisation préalable de l'autorité concédante ". L'article 7 du même cahier des charges indique que " l'ensemble des mobiliers sera à fournir dès le début du contrat ". L'article 22 du même cahier des charges définit comme suit les conditions de modification du contrat : " Le présent contrat pourra être modifié par avenant conformément au 1° de l'article 36 du décret n° 2016-86 afin de prévoir l'ajout, le retrait ou le remplacement de mobiliers urbains, toutes catégories confondues. Les parties pourront, ainsi, décider de l'implantation ou du remplacement de certains mobiliers par une nouvelle catégorie de mobilier non prévue par le présent contrat. / Cet avenant pourra, également, prévoir de modifier le nombre et la consistance des campagnes de publicité municipales prises en charges par le concessionnaire. / De telles modifications peuvent, notamment, intervenir en cas de modification du périmètre de l'autorité concédante (extension du périmètre urbain, création d'une commune nouvelle, transfert de la compétence à un EPCI, etc.) afin d'assurer l'harmonisation des mobiliers présents à l'échelle du nouveau territoire. " Ainsi qu'il a été dit au point 4, en vertu de l'annexe 3 du même cahier des charges, les candidats à la concession doivent remplir un tableau des prix unitaires des mobiliers supplémentaires qui pourraient faire l'objet d'un tel avenant. Ces prix sont évalués par le critère n° 8 figurant à

l'annexe au règlement de consultation et contribuent ainsi à apprécier l'offre économiquement la plus avantageuse. Si les prestations faisant l'objet du critère n° 8 ne relèvent pas du contrat initial mais d'un éventuel avenant, elles correspondent toutefois à l'objet du marché et constituent une modalité d'exécution du contrat. Dès lors, le moyen tiré de ce que le critère n° 8 n'est pas lié à l'objet du contrat et, par suite, illégal doit être écarté. Par ailleurs, si ce critère fait l'objet d'une pondération à hauteur de 34 %, le choix de la collectivité d'attacher une importance particulière aux conditions financières dans lesquelles des prestations supplémentaires seraient susceptibles d'être commandées n'est pas entaché d'erreur manifeste d'appréciation.

10. En quatrième lieu, si la société JCDecaux France soutient que l'offre de la société Girod Médias serait " anormalement basse ", la prohibition des offres anormalement basses et le régime juridique relatif aux conditions dans lesquelles de telles offres peuvent être détectées et rejetées ne sont pas applicables, en tant que tels, aux concessions. Au demeurant il ne résulte pas de l'instruction qu'à supposer que des prestations supplémentaires soient effectivement commandées à la société Girod Médias aux conditions figurant dans son bordereau de prix unitaires, une telle circonstance serait, à l'évidence, de nature à compromettre la bonne exécution de la concession. Par suite, le moyen tiré de ce que la commune de Saint-Julien-en-Genevois aurait commis une erreur manifeste d'appréciation en retenant la candidature de la société Girod Médias doit être écarté.

11. Enfin, aux termes du I de l'article 34 du décret n° 2016-86 du 1er février 2016 : " I. - L'autorité concédante offre, sur son profil d'acheteur (...), un accès libre, direct et complet aux données essentielles du contrat de concession, notamment aux données suivantes : / (...) f) La valeur globale et les principales conditions financières du contrat ; (...) ". Le modèle d'avis de concession établi par l'annexe XXI au règlement n° 2015/1986 établissant les formulaires standard pour la publication d'avis dans le cadre de la passation de marchés publics, prévoit que doivent figurer dans l'avis de marché, la nature et la quantité des travaux ou services, ou l'indication des besoins et exigences, ainsi que la valeur estimée du contrat.

12. Il résulte de l'instruction que l'avis de concession publié par la commune de Saint-Julien-en-Genevois ne comportait aucune indication sur la nature et l'étendue des prestations et sur leur valeur estimée. Toutefois, le moyen tiré de ce que la commune n'a pas mentionné la valeur estimée du contrat de concession ne peut être regardé, dans les circonstances de l'espèce, comme ayant été susceptible de léser la société JCDecaux France qui n'a pas été dissuadée de remettre une candidature, et qui était, au surplus, en mesure de demander des précisions au cours des négociations.

13. Il résulte de tout ce qui précède que les conclusions de la société JCDecaux France tendant à l'annulation de la procédure ou du rejet de son offre doivent être rejetées.

**Référence 5 : Conclusions du rapporteur public sur CE, 28 février 2020, Société Régal des Iles**

La société Régal des Iles, entreprise de restauration collective, évincée à plusieurs reprises des contrats irrégulièrement conclus par la commune de Saint-Benoit, à La Réunion, depuis 2014, pour la gestion du service de la restauration municipale, ne vous est pas inconnue. Vous avez par une décision du 24 mai 2017 (n° 407213, aux T), à son instigation, annulé la convention conclue par la commune en 2016 sans publicité ni mise en concurrence à la suite de l'annulation, toujours à son initiative, de la précédente

convention qu'elle avait passée en suivant la procédure applicable aux délégations de service public alors qu'il s'agissait, comme l'a jugé le TA de La Réunion, d'un marché public de service. La CAA de Bordeaux, saisie d'un appel principal de la commune dirigé contre le jugement en tant qu'il prononce l'annulation du contrat et d'un appel incident de la société Régal des Iles en tant qu'il rejette ses conclusions indemnitaires au titre de l'irrégularité de son éviction, a rejeté l'ensemble de ces conclusions. Elle a confirmé tant la qualification du contrat de marché et l'irrégularité subséquente de sa passation, qualification que vous aviez entre temps retenue, par la décision précitée, pour le nouveau contrat qui avait le même objet et des modalités de rémunération similaires, que l'absence tant de lien de causalité direct entre l'irrégularité commise et l'éviction de la société Régal des Iles que de chances sérieuses pour elle d'obtenir le marché.

Seule la société se pourvoit en cassation contre cet arrêt, pourvoi qui doit donc être regardé comme ne portant que sur le rejet de son appel incident. Vous n'aurez aucune difficulté à écarter son premier moyen, qui profite d'une rédaction quelque peu confuse de l'arrêt qui renvoie aux motifs d'irrégularité de la procédure de passation retenus par les premiers juges en indiquant, après avoir résumé les principaux arguments de la société, qu'elle ne les remettait pas utilement en cause.

Elle fait valoir qu'elle invoquait encore d'autres motifs d'irrégularité, mais, à supposer qu'ils fussent nouveaux, ces motifs n'auraient changé ni la nature de l'irrégularité de la passation, ni l'appréciation des droits de la requérante à indemnisation. Et la cour s'est expressément prononcée sur l'argument nouveau tiré de ce qu'elle avait obtenu un marché ultérieur.

Nous traiterons ensemble des trois moyens suivants qui critiquent sous les angles de l'insuffisance de motivation, de la dénaturation et de l'erreur de droit ou de qualification juridique les motifs par lesquels la cour a jugé que l'irrégularité commise n'était pas la cause directe de son éviction. Ils se recoupent largement car ils reviennent à contester, sur la forme et sur le fond, l'appréciation portée par la cour sur le lien de causalité entre l'irrégularité commise et son éviction.

Le cadre juridique des droits à indemnisation du candidat irrégulièrement évincé de l'attribution d'un contrat public vous est bien connu. Il a été posé par votre décision du 18 juin 2003, *Groupement d'entreprises solidaires ETPO Guadeloupe et autres* (n° 249630, T. pp. 865-909) en des termes dont nous citons le dernier état, issu de votre décision du 14 octobre 2019, *Société Les Téléskis de la Croix Fry* (n° 418317, aux T sur un autre point : "Lorsqu'un candidat à l'attribution d'un contrat public demande la réparation du préjudice né de son éviction irrégulière de ce contrat et qu'il existe un lien direct de causalité entre la faute résultant de l'irrégularité et les préjudices invoqués par le requérant à cause de son éviction, il appartient au juge de vérifier si le candidat était ou non dépourvu de toute chance de remporter le contrat. En l'absence de toute chance, il n'a droit à aucune indemnité. Dans le cas contraire, il a droit en principe au remboursement des frais qu'il a engagés pour présenter son offre. Il convient en outre de rechercher si le candidat irrégulièrement évincé avait des chances sérieuses d'emporter le contrat conclu avec un autre candidat. Si tel est le cas, il a droit à être indemnisé de son manque à gagner".

Contrairement à ce que pourrait laisser penser une lecture rapide de ces motifs, l'exigence de lien direct de causalité entre l'irrégularité et les préjudices invoqués n'est pas une condition distincte de la perte de chance qui sera indemnisée. Comme pour toute action en responsabilité tendant à la réparation d'un préjudice causé par une faute, les éléments constitutifs du droit à

réparation sont intimement liés et indissociables : ainsi, la perte de chance d'obtenir le contrat n'est indemnisable qu'en tant qu'elle est la conséquence directe de l'irrégularité commise et dans la mesure où elle l'est, ce qui explique la graduation du droit à indemnisation.

Lorsque le contrat ne pouvait, indépendamment de l'irrégularité commise, être attribué à la requérante, notamment parce que sa candidature ou son offre était irrégulière, la cause exclusive de son éviction est ce qui aurait de toutes façons fait obstacle à ce que le contrat lui soit attribué. C'est l'équivalent de la faute de la victime cause exclusive du dommage. Lorsque la candidature ou l'offre de la société évincée était régulière mais qu'elle n'établit pas que si la procédure s'était régulièrement déroulée, elle aurait été l'attributaire du contrat, elle ne peut tout au plus se plaindre que de ce que l'irrégularité commise l'a privée de l'opportunité de voir son offre comparée aux autres ou régulièrement comparée, et de ce qu'elle a donc engagé inutilement des frais pour sa présentation, à condition toujours que l'irrégularité soit la cause directe de cette perte de chance, ce qui n'est pas le cas lorsque, par exemple, l'irrégularité n'a pu affecter ni la construction de son offre, ni la sélection de l'offre économiquement la plus avantageuse (CE, 10 février 2017, *sté Bancel*, n° 393720, aux T sur ce point).

Enfin, lorsqu'elle établit que sans l'irrégularité, elle aurait eu de grandes chances d'obtenir le contrat, le lien de causalité entre l'irrégularité et la perte des profits qu'elle aurait tiré de l'exécution du contrat est bien direct et peut être indemnisé. Même dans ce dernier cas, il ne conduit qu'à indemniser la perte de profits sur une période d'exécution garantie : minimum garanti dans le cas d'un marché à bons de commande (CE, 10 octobre 2018, *Société du Docteur Jacques Franc*, n°410501, aux T sur ce point); période ferme dans le cas d'un marché tacitement reconductible (CE, 2 décembre 2019, *Groupement de coopération sanitaire du Nord-Ouest Touraine*, n° 423936, aux T sur ce point). L'exigence d'un lien direct de causalité permet de relier chaque préjudice à l'irrégularité commise.

Le plus souvent, la mise en oeuvre de cette grille d'analyse conduit à apprécier l'incidence de la méconnaissance d'une ou plusieurs dispositions régissant la procédure de sélection des candidats sur leurs chances d'obtenir le contrat. L'analyse prospective qu'implique toute évaluation d'une chance est possible lorsqu'il ne s'agit que de corriger un élément d'une procédure qui, s'étant par ailleurs déroulée correctement, a produit des résultats pertinents sur lesquels le juge peut s'appuyer.

Elle est beaucoup plus difficile, voire impossible, lorsque comme en l'espèce, l'irrégularité affecte la totalité de la procédure suivie. Cette impossibilité, toutefois, ne touche pas nécessairement les trois degrés de l'appréciation de la perte de chance.

En effet, il peut arriver que, quelle que soit la procédure suivie, que ce soit celle applicable aux marchés publics ou aux concessions, la société évincée n'aurait eu absolument aucune chance, par exemple parce qu'elle est sous le coup de l'une des interdictions de candidater aux deux catégories de contrats, ou parce qu'il est évident qu'elle ne remplit pas les conditions professionnelles de capacité. Mais lorsque ce n'est pas le cas, lorsqu'il n'est pas possible d'affirmer avec certitude que la société évincée n'aurait pu se voir pour une cause qui lui est propre attribuer aucun contrat au terme de quelque procédure que ce soit, l'irrégularité affectant le choix de la procédure lui a toujours fait perdre une chance de participer à une procédure régulière et engager en vain des frais pour sa candidature. Il en irait d'ailleurs de même, sous réserve d'un éventuel partage de responsabilité,

d'une irrégularité affectant l'objet même du contrat, qui n'aurait pas pu être passé.

En revanche, l'évaluation de la perte de chance d'obtenir le contrat au terme d'une procédure aussi radicalement différente que celle qui s'applique aux marchés publics lorsque la procédure suivie était celle applicable aux concessions nous semble effectivement impossible. La qualification du contrat implique des différences non seulement de procédure mais d'équilibre économique qui font obstacle à ce que l'offre remise dans le cadre de la procédure irrégulière puisse servir de base à une estimation de ses chances d'être retenues pour l'attribution d'un contrat relevant d'une autre catégorie contractuelle : pour ne citer que les différences les plus notables, d'autres candidatures auraient pu être présentées; la construction des offres n'aurait pas du tout été la même; les critères de choix non plus ; les possibilités de négociation ne sont pas les mêmes dans les différentes procédures. Il est déjà difficile de peser les chances respectives de candidats en faisant abstraction d'un sous-critère irrégulier. Essayer de reconstituer, à partir des données tirées des dossiers de candidatures à une procédure qui n'était pas la bonne, une procédure totalement différente, non seulement serait très compliqué mais obligerait le juge à faire les choix d'un acheteur, au demeurant fictif. L'impossibilité d'évaluer des chances sérieuses d'obtenir un contrat de nature différente ou soumis à une procédure complètement différente n'empêche donc pas de constater que l'irrégularité du choix de la procédure a conduit les candidats à présenter des offres en vain et donc à engager des frais dans une compétition qui ne pouvait aboutir par la faute de la personne publique.

Ainsi, la radicalité de l'irrégularité ouvre un champ large à l'indemnisation de la perte de chance simple et ferme probablement complètement celui de l'indemnisation de la perte sérieuse. Il en résulte que l'irrégularité tenant au choix de la procédure ne saurait conduire le juge à exclure par principe tout lien direct de causalité entre l'irrégularité et le préjudice provoqué par l'éviction, car la société aura le plus souvent perdu une chance simple. Comme vous l'avez jugé à propos du recours irrégulier à une procédure de dialogue compétitif pour l'attribution d'un marché public, par une décision *société Snidaro*, du 19 novembre 2018 (n° 413305, inédite), la juridiction qui s'abstient de vérifier si le recours irrégulier à une procédure était susceptible d'avoir eu une incidence sur l'éviction du candidat commet une erreur de droit.

Dans cette affaire, la cour avait fondé l'absence de lien direct de causalité sur la circonstance que la candidate avait remis une offre finale. Mais la même erreur entache l'arrêt qui, comme en l'espèce, ne recherche pas précisément quelle est l'incidence de l'irrégularité sur les préjudices subis par la société du fait de son éviction et rejette globalement ses demandes.

Ce n'est cependant pas une erreur de droit qui est soulevée mais une dénaturation sur l'appréciation de la perte de chance indemnisable. Comme nous l'avons dit, il apparaît très artificiel d'essayer de distinguer ce qui relèverait, en la matière, de l'analyse du lien de causalité et de la perte de chance et donc d'appliquer votre jurisprudence subtile, peut-être même trop subtile, qui laisse au pouvoir souverain des juges du fond l'appréciation de l'existence du lien de causalité (CE Sect., 28 juillet 1993, *Consorts Dubouloz*, n° 117449, au rec) mais soumet au contrôle de la qualification juridique des faits celle de son caractère direct (CE, 26 novembre 1993, *SCI Les jardins de Bibémus*, n° 108851, au rec), cela sur fond d'appréciation souveraine de la perte de chance (par analogie, CE, 24 janvier 2014, *Conseil supérieur de l'audiovisuel*, n° 351274, aux T, à propos de la perte de chance d'obtenir une autorisation d'exploiter un service de radiodiffusion

sonore par voie hertzienne et CE 11 juillet 2011, *Audinot*, n° 328183, aux T, en matière de responsabilité hospitalière).

Nous serions donc assez enclins à vous proposer de laisser les juges du fond apprécier souverainement si l'irrégularité commise a fait perdre au candidat évincé une chance et si cette chance a été ou non sérieuse, l'erreur de droit étant par ailleurs à même d'appréhender les biais méthodologiques, comme l'illustrent les décisions précitées portant sur le lien de causalité.

Ainsi, la requérante aurait pu soulever l'erreur de droit à n'avoir pas recherché si l'irrégularité commise n'avait pas eu au moins pour conséquence de lui avoir fait engager en vain des frais de présentation de son offre. Mais vous pourrez accueillir son moyen de dénaturation à ne l'avoir pas indemnisé de ces frais, d'un montant de 4 000 euros, car dès lors qu'il n'était pas soutenu que sa candidature à un marché aurait nécessairement été rejetée, elle a certainement engagé ces frais en vain.

En revanche, pour les raisons que nous avons dites tenant à l'impossibilité d'évaluer ces chances dans une compétition aussi différente que celle devant aboutir à la conclusion d'un marché public au lieu d'une concession, la cour n'a certainement pas dénaturé les pièces du dossier en rejetant ses conclusions tendant à l'indemnisation d'une perte de chance sérieuse d'obtenir un tel marché.

La circonstance, dont se prévaut la requérante, qu'elle a été attributaire en 2017 d'un marché portant sur l'exploitation de la cuisine centrale de la commune, ne suffit pas, comme l'a jugé la cour sans encourir les critiques d'insuffisance de motivation, d'erreur de qualification juridique ou de dénaturation qui lui sont faites, à établir qu'elle avait des chances sérieuses d'obtenir le marché.

Non parce que cette circonstance est postérieure à son éviction, votre décision du 26 mars 2018, *Société Balineau* (n° 401060, aux T), par laquelle vous avez tenu compte d'un nouveau marché obtenu par la candidate évincée pour apprécier l'existence de son préjudice, montrant au contraire que ce ne serait pas un obstacle, mais parce qu'au regard du très haut degré de probabilité auquel est subordonnée la reconnaissance d'une perte de chance sérieuse d'obtenir le marché, l'obtention plusieurs années plus tard d'un marché ayant le même objet ne suffit pas à établir qu'elle l'aurait très probablement obtenu compte tenu de l'offre qu'elle avait faite pour l'attribution d'une concession et certainement pas que les juges du fond ont dénaturé les pièces du dossier en estimant qu'elle ne l'établissait pas.

Si vous nous suivez pour considérer que la cour a seulement dénaturé les pièces du dossier en rejetant les conclusions tendant à la condamnation de la commune de Saint-Benoît à indemniser la requérante de ses frais de candidature, vous annulerez l'arrêt en tant qu'il a statué sur ces conclusions, qui étaient bien identifiées et chiffrées spécifiquement, renverrez l'affaire dans cette mesure à la CAA de Bordeaux et rejetterez le surplus de conclusions du pourvoi, à l'exception de celles relatives aux frais de l'instance, auxquelles vous pourrez faire droit en mettant à la charge de la commune le versement à la société Régal des Iles d'une somme de 3 000 euros. Tel est le sens de nos conclusions.

**Référence 6 : CE, 28 février 2020, Société Régal des Îles, n°426162**

Vu la procédure suivante :  
La société Régal des Iles a demandé au tribunal administratif de La Réunion d'annuler le contrat de délégation de service public

relatif à la gestion du service de restauration municipale, conclu le 8 janvier 2014 par la commune de Saint-Benoît avec la société Gestion des Cuisines Centrales Réunion, et de condamner la commune à lui verser la somme de 8 758 890 euros en réparation des préjudices subis du fait de son éviction. Par un jugement n° 1400212 du 31 mars 2016, rectifié par une ordonnance du 13 juin 2016, le tribunal administratif de La Réunion a prononcé la résiliation du contrat, qu'elle a requalifié en marché public, à compter du premier jour du sixième mois suivant la notification de son jugement et rejeté le surplus des conclusions de la société.

Par un arrêt n° 16BX02772 du 8 octobre 2018, la cour administrative d'appel de Bordeaux a rejeté l'appel principal et l'appel incident formés contre ce jugement, respectivement par la commune de Saint-Benoît et la société Régal des Îles.

Par un pourvoi sommaire et un mémoire complémentaire, enregistrés les 10 décembre 2018 et 11 mars 2019 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, la société Régal des Îles demande au Conseil d'Etat :

- 1°) d'annuler cet arrêt en tant qu'il a rejeté son appel incident ;
- 2°) réglant l'affaire au fond, de faire droit à ses conclusions d'appel ;
- 3°) de mettre à la charge de la commune de Saint-Benoît la somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu :

- le code des marchés publics ;
- le code de justice administrative ;

La parole ayant été donnée, avant et après les conclusions, à la SCP Célice, Texidor, Perier, avocat de la société Régal des Îles et à la SCP Colin-Stoclet, avocat de la commune de Saint-Benoît ;

Considérant ce qui suit :

1. Il ressort des pièces du dossier du dossier soumis aux juges du fond que la commune de Saint-Benoît a, par un avis d'appel public à la concurrence publié le 30 juillet 2013, lancé une procédure ouverte de passation d'une convention de délégation de service public pour la gestion de son service de restauration municipale. Par une lettre du 2 décembre 2013, la société Régal des Îles a été informée par le maire de cette commune que son offre n'avait pas été retenue. La société Régal des Îles a présenté devant le tribunal administratif de La Réunion un recours en contestation de la validité de ce contrat, conclu le 8 janvier 2014 par la commune de Saint-Benoît avec la société SOGECCIR, assorti d'une demande indemnitaire d'un montant de 8 758 890 euros en réparation de son préjudice résultant, d'une part, de son manque à gagner sur dix ans et, d'autre part, des frais engagés pour la présentation de son offre. Par un jugement du 31 mars 2016, rectifié par une ordonnance du 13 juin 2016, le tribunal administratif de La Réunion, après avoir requalifié le contrat litigieux en marché public et estimé que celui-ci était affecté de plusieurs vices présentant un caractère d'une particulière gravité, a prononcé la résiliation du contrat à compter du premier jour du sixième mois suivant la notification du jugement et rejeté le surplus de sa demande. Par l'arrêt du 8 octobre 2018, la cour administrative d'appel de Bordeaux a rejeté l'appel principal et l'appel incident formés contre ce jugement, respectivement, par la commune de Saint-Benoît et la société Régal des Îles. Cette dernière se pourvoit en cassation contre cet arrêt en tant qu'il a rejeté ses conclusions d'appel incident tendant à la condamnation de la commune à lui verser une somme de 8 758 890 euros.

2. Lorsqu'un candidat à l'attribution d'un contrat public demande la réparation du préjudice né de son éviction irrégulière de ce

contrat et qu'il existe un lien direct de causalité entre la faute résultant de l'irrégularité et les préjudices invoqués par le requérant à cause de son éviction, il appartient au juge de vérifier si le candidat était ou non dépourvu de toute chance de remporter le contrat. En l'absence de toute chance, il n'a droit à aucune indemnité. Dans le cas contraire, il a droit en principe au remboursement des frais qu'il a engagés pour présenter son offre. Il convient en outre de rechercher si le candidat irrégulièrement évincé avait des chances sérieuses d'emporter le contrat conclu avec un autre candidat. Si tel est le cas, il a droit à être indemnisé de son manque à gagner, incluant nécessairement, puisqu'ils ont été intégrés dans ses charges, les frais de présentation de l'offre, lesquels n'ont donc pas à faire l'objet, sauf stipulation contraire du contrat, d'une indemnisation spécifique. En revanche, le candidat ne peut prétendre à une indemnisation de ce manque à gagner si la personne publique renonce à conclure le contrat pour un motif d'intérêt général.

3. Il ressort des énonciations de l'arrêt attaqué que, par des motifs non contestés dans le cadre du présent pourvoi, la cour administrative d'appel de Bordeaux a requalifié le contrat de délégation de service public en marché public et a relevé que ce contrat, conclu sans que le contenu et les conditions de mise en oeuvre des critères de sélection des offres n'aient été définis et sans publication d'un avis d'attribution de niveau européen, était affecté de plusieurs vices présentant un caractère d'une particulière gravité.

4. Il ressort des pièces du dossier qui lui était soumis que la cour n'a pas commis d'erreur de droit ni dénaturé les pièces du dossier en estimant que les irrégularités mentionnées ci-dessus n'avaient pas privé la société Régal des Îles d'une chance sérieuse d'emporter le marché en litige, alors même que cette société a, postérieurement à la résiliation du contrat en litige, conclu avec la commune de Saint-Benoît un marché public pour la gestion du service de restauration municipale. La cour, qui a suffisamment motivé son arrêt, n'a pas davantage méconnu la portée des écritures de la requérante sur ce point.

5. En revanche, il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que la société Régal des Îles a été admise à présenter une offre dans le cadre de la procédure de conclusion du contrat de délégation en litige, que cette offre a été classée en deuxième position et, ainsi qu'il vient d'être dit, que la société requérante s'est vue attribuer le marché public pour la gestion du service de restauration municipale de la commune de Saint-Benoît. Dans ces conditions, la cour administrative d'appel de Bordeaux a dénaturé les pièces du dossier en estimant, pour rejeter les conclusions indemnitaires de la société Régal des Îles au titre des frais qu'elle a engagés pour présenter son offre, que le recours irrégulier à la procédure de passation des délégations de service public par la commune de Saint-Benoît n'était pas susceptible d'avoir eu une incidence sur l'éviction de la société Régal des Îles et que celle-ci était dépourvue de toute chance d'obtenir ce marché.

6. Il résulte de ce qui précède que la société Régal des Îles est fondée à demander l'annulation de l'arrêt qu'elle attaque en tant seulement qu'il a rejeté ses conclusions, présentées par la voie de l'appel incident, tendant à l'indemnisation des frais engagés pour la présentation de son offre. [renvoi CAA]

**Référence 7 : CE, 25 mai 2018, Nantes Métropole, n°417580**

Vu la procédure suivante :

La société Imprimerie Chiffolleau a demandé au juge des référés du tribunal administratif de Nantes d'annuler, sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, l'appel d'offres

engagé par Nantes Métropole en vue de la passation d'un accord-cadre multi-attributaire pour la réalisation de travaux d'impression. Par une ordonnance n° 171125 du 9 janvier 2018, le juge des référés a annulé cet appel d'offres.

Par un pourvoi sommaire, un mémoire complémentaire et un mémoire en réplique, enregistrés les 24 janvier, 7 février et 13 avril 2018 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, Nantes Métropole demande au Conseil d'Etat :

- 1°) d'annuler cette ordonnance ;
- 2°) statuant en référé, de rejeter la demande de la société Imprimerie Chiffolleau ;
- 3°) de mettre à la charge de la société Imprimerie Chiffolleau la somme de 4 500 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu :

- la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 ;
- l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 ;
- le décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 ;
- le code de justice administrative ;

1. Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis au juge des référés du tribunal administratif de Nantes que, par un avis d'appel public à la concurrence publié le 2 octobre 2017, Nantes Métropole, agissant au nom et pour le compte d'un groupement de commandes constitué avec la commune de Nantes, son centre communal d'action sociale et l'école supérieure des beaux-arts de Nantes Métropole, a engagé la procédure de passation d'un accord-cadre multi-attributaires portant sur la réalisation de travaux d'impression ; que, par un courrier du 7 décembre 2017, la société Imprimerie Chiffolleau s'est vu notifier le rejet de son offre ; que, par l'ordonnance attaquée du 9 janvier 2018, le juge des référés du tribunal administratif de Nantes, saisi par la société Imprimerie Chiffolleau sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, a annulé l'appel d'offres engagé par Nantes Métropole ;

Sur la régularité de l'ordonnance :

2. Considérant qu'aux termes de l'article L. 551-1 du code de justice administrative : « *Le président du tribunal administratif, ou le magistrat qu'il délègue, peut être saisi en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation par les pouvoirs adjudicateurs de contrats administratifs ayant pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures ou la prestation de services, avec une contrepartie économique constituée par un prix (...)* » ; qu'aux termes de l'article 5 du même code : « *L'instruction des affaires est contradictoire. Les exigences de la contradiction sont adaptées à celles de l'urgence* » ;

3. Considérant, d'une part, que les décisions prises par le juge des référés sur le fondement des dispositions précitées de l'article L. 551-1 du code de justice administrative sont rendues à la suite d'une procédure particulière qui, tout en étant adaptée à la nature des demandes et à la nécessité d'assurer une décision rapide, doit garantir le caractère contradictoire de l'instruction ; que, si les parties peuvent présenter en cours d'audience des observations orales à l'appui de leurs écrits, elles doivent, si elles entendent soulever des moyens nouveaux, les consigner dans un mémoire écrit ; que le juge ne saurait accueillir de tels moyens sans avoir mis le défendeur à même de prendre connaissance du mémoire qui les soulève ;

4. Considérant qu'il ressort du deuxième mémoire en réplique produit par la société Imprimerie Chiffolleau devant le juge des

référés et communiqué à Nantes Métropole que la société soutenait que des critères relatifs à la politique générale de l'entreprise ne pouvaient pas être mis en œuvre pour le choix de l'attributaire du marché, faute de lien avec l'objet du marché ; que, dès lors, le moyen tiré de ce que le juge des référés aurait retenu sur ce point un moyen soulevé oralement lors de l'audience et non repris dans les écritures de la société pour annuler la procédure d'appel d'offres manque en fait ;

5. Considérant, d'autre part, que la circonstance que le juge des référés du tribunal administratif de Nantes n'ait pas communiqué à Nantes Métropole un troisième mémoire en réplique présenté par la société Imprimerie Chiffolleau, postérieurement à la tenue de l'audience, mais avant la clôture de l'instruction, n'entache pas d'irrégularité l'ordonnance attaquée dès lors que ce mémoire ne comportait aucun élément de droit ou de fait lié au motif sur lequel ce juge s'est fondé pour annuler la procédure de passation du marché ;

Sur le bien-fondé de l'ordonnance :

6. Considérant qu'aux termes de l'article 52 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics : « *Le marché public est attribué (...) sur la base d'un ou plusieurs critères objectifs, précis et liés à l'objet du marché public ou à ses conditions d'exécution. / Le lien avec l'objet du marché public ou ses conditions d'exécution s'apprécie conformément à l'article 38* » ; qu'aux termes de l'article 38 de cette ordonnance : « *Sont réputées liées à l'objet du marché les conditions d'exécution qui se rapportent aux travaux, fournitures ou services à fournir en application du marché public, à quelque égard que ce soit et à n'importe quel stade de leur cycle de vie, y compris les facteurs intervenant dans le processus spécifique de production, de fourniture ou de commercialisation de ces travaux, fournitures ou services ou un processus spécifique lié à un autre stade de leur cycle de vie, même lorsque ces facteurs ne ressortent pas des qualités intrinsèques de ces travaux fournitures ou services* » ; qu'aux termes de l'article 62 du décret du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics : « *II. - Pour attribuer le marché public au soumissionnaire ou, le cas échéant, aux soumissionnaires qui ont présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, l'acheteur se fonde : / 1° Soit sur un critère unique qui peut être : a) Le prix (...); b) Le coût (...)* / 2° Soit sur une pluralité de critères non-discriminatoires et liés à l'objet du marché public ou à ses conditions d'exécution au sens de l'article 38 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 susvisée, parmi lesquels figure le critère du prix ou du coût et un ou plusieurs autres critères comprenant des aspects qualitatifs, environnementaux ou sociaux. Il peut s'agir, par exemple, des critères suivants : / a) La qualité, y compris la valeur technique et les caractéristiques esthétiques ou fonctionnelles, l'accessibilité, l'apprentissage, la diversité, les conditions de production et de commercialisation, la garantie de la rémunération équitable des producteurs, le caractère innovant, les performances en matière de protection de l'environnement, de développement des approvisionnements directs de produits de l'agriculture, d'insertion professionnelle des publics en difficulté, la biodiversité, le bien-être animal ; / (...) / D'autres critères peuvent être pris en compte s'ils sont justifiés par l'objet du marché public ou ses conditions d'exécution » ;

7. Considérant qu'il résulte de ces dispositions que si l'acheteur peut, pour sélectionner l'offre économiquement la plus avantageuse, mettre en œuvre des critères comprenant des aspects sociaux, c'est à la condition, notamment, qu'ils soient liés à l'objet du marché ou à ses conditions d'exécution ; qu'à cet égard, des critères à caractère social, relatifs notamment à l'emploi, aux conditions de travail ou à l'insertion professionnelle des personnes en difficulté, peuvent concerner toutes les activités des entreprises soumissionnaires, pour autant qu'elles concourent à la

réalisation des prestations prévues par le marché ; que ces dispositions n'ont, en revanche, ni pour objet ni pour effet de permettre l'utilisation d'un critère relatif à la politique générale de l'entreprise en matière sociale, apprécié au regard de l'ensemble de son activité et indistinctement applicable à l'ensemble des marchés de l'acheteur, indépendamment de l'objet ou des conditions d'exécution propres au marché en cause ;

8. Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis au juge des référés du tribunal administratif de Nantes que Nantes Métropole a prévu un critère de sélection relatif à la « performance en matière de responsabilité sociale », pondéré à hauteur de 15 % de la note totale, décomposé en cinq sous-critères relatifs à la « protection de l'environnement », aux « aspects sociaux », aux « aspects sociétaux », à la « performance économique durable » ainsi qu'aux « aspects gouvernance » des entreprises candidates ; que l'article 2.5 du règlement de la consultation précise que l'utilisation de ce critère s'inscrit dans le cadre d'une politique dite « Achats Durables » de l'acheteur qui « implique que l'entreprise doive, tout en assurant sa performance économique, assumer ses responsabilités au regard des objectifs du développement durable c'est-à-dire dans les domaines environnementaux, sociaux et sociétaux » ; qu'il ressort du « cadre de réponse diagnostique RSE » prévu par le dossier de consultation, que ce critère est évalué sur la base d'une appréciation d'éléments généraux, tels que la « lutte contre les discriminations » et le « respect de l'égalité hommes / femmes », appréciés au regard du taux d'emploi et de la rémunération des travailleurs handicapés et féminins, la « sécurité et la santé du personnel », évaluées sur la base du nombre d'accidents du travail pendant les trois dernières années et de la durée totale des arrêts de travail sur le dernier exercice, les dépenses de formation du personnel engagées par l'entreprise, la « stabilité des effectifs » et la limitation du recours aux contrats d'intérim, ou encore la formation active des stagiaires et apprentis par des tuteurs certifiés ; que, contrairement à ce que soutient Nantes Métropole, le juge des référés du tribunal administratif de Nantes n'a pas dénaturé les pièces du dossier en estimant que le critère de « performance en matière de responsabilité sociale » ne concerne pas seulement les conditions dans lesquelles les entreprises candidates exécuteraient l'accord-cadre en litige mais porte sur l'ensemble de leur activité et a pour objectif d'évaluer leur politique générale en matière sociale, sans s'attacher aux éléments caractérisant le processus spécifique de réalisation des travaux d'impression prévus par le contrat ; qu'il résulte de ce qui a été dit au point précédent que le juge des référés n'a pas commis d'erreur de droit en en déduisant que ce critère n'a pas un lien suffisant avec l'objet du marché ou ses conditions d'exécution ;

9. Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que Nantes Métropole n'est pas fondée à demander l'annulation de l'ordonnance qu'elle attaque ;

D E C I D E :

-----

Article 1<sup>er</sup> : Le pourvoi de Nantes Métropole est rejeté.