

## LETRE JURIDIQUE DES CONTRATS PUBLICS

Avril 2022

Rédigée par François Lichère  
Professeur agrégé de droit public à l'Université Jean Moulin Lyon 3  
Directeur de la Chaire de droit des contrats publics

### SOMMAIRE

<b>1. Actualité textuelle ou jurisprudentielle commentée.....</b>	<b>2</b>
1.1 Un candidat à une concession peut être exclu s'il a, dans le cadre de la procédure de passation en cause ou dans le cadre d'autres procédures récentes de commande publique, entrepris d'influencer la prise de décision de l'acheteur, ce qui n'est pas le cas s'il y a seulement risque de confusion entre les candidats ; l'élément d'appréciation portant sur le « compte prévisionnel d'exploitation » n'est pas dépourvu de tout lien avec le critère « Qualité et cohérence de l'offre au plan financier » (CE 24 mars 2022, n°457733, <i>Société EPI et autres</i> , classé B) .....	2
1.2 Le vice consistant à avoir retenu l'offre d'une société dont la candidature était irrégulière n'entraîne pas toujours la résiliation du contrat mais un formulaire DC1 mal rempli et non signé doit conduire à la résiliation (CE 28 mars 2022, n°454341, <i>Commune de Ramatuelle et Société Tropezina Beach Development</i> , classé B) .....	3
1.3 Une clause interdisant illégalement de constituer un fonds de commerce sur le domaine public n'est pas indivisible des autres stipulations mais ne constitue pas un vice d'une particulière gravité justifiant l'annulation du contrat (CE 11 mars 2022, n°453440, <i>M. G...et M. H...</i> , classé B) .....	5
1.4 La requalification de conventions en concessions relève du contrôle du juge de cassation ; des conventions successives passées entre une commune et une association relatives à un musée de la photographie sont des délégations de service public et les fonds photographique et documentaire constitués par l'association sont des biens de retour (CE 24 mars 2022, n°449826, <i>Commune de Toulouse</i> , classé B).....	7
1.5 Le caractère définitif du décompte n'implique pas que le maître d'ouvrage ait déjà passé le marché de substitution pour pouvoir en imputer le coût à l'entrepreneur en cas de réserves non levées (CE 28 mars 2022, n° 450477, <i>Commune de Sainte-Flaive-des-Loups</i> , classé B).....	8
<b>2. Brèves .....</b>	<b>9</b>

## 1. Actualité textuelle ou jurisprudentielle commentée

---

### 1.1 Un candidat à une concession peut être exclu s'il a, dans le cadre de la procédure de passation en cause ou dans le cadre d'autres procédures récentes de commande publique, entrepris d'influencer la prise de décision de l'acheteur, ce qui n'est pas le cas s'il y a seulement risque de confusion entre les candidats ; l'élément d'appréciation portant sur le « compte prévisionnel d'exploitation » n'est pas dépourvu de tout lien avec le critère « Qualité et cohérence de l'offre au plan financier » (CE 24 mars 2022, n°457733, *Société EPI et autres*, classé B)

La plage de Pampelonne, située à Ramatuelle, mériterait à elle seule une édition spéciale des grands arrêts de la jurisprudence administrative puisque pas moins de 18 arrêts du Conseil d'Etat lui sont consacrés depuis 2005, certains au titre du droit de l'urbanisme mais la plupart au titre des attributions de lots d'exploitation de plage.

L'arrêt du 24 mars 2022 apporte plusieurs précisions intéressantes en matière de règles de passation de ces concessions particulières mais qui valent pour toutes les concessions voire les marchés publics.

En premier lieu, l'arrêt étend aux concessions l'interprétation large du motif d'exclusion relatif à l'influence que le Conseil d'Etat avait retenu dans son arrêt Département des Bouches-du-Rhône à propos des marchés publics (CE 24 juin 2019, n° 428866, Rec.). Il reprend en effet une interprétation constructive, pour ne pas dire audacieuse, des dispositions de la directive et de leur transposition dans le Code de la commande publique, dont la lecture semble bien impliquer que seule la procédure de passation contestée devait être concernée : L. 3123-8 du Code de la commande publique dispose en effet que « *L'autorité concédante peut exclure de la procédure de passation d'un contrat de concession les personnes qui ont entrepris d'influer indûment le processus décisionnel de l'autorité concédante ou d'obtenir des informations confidentielles susceptibles de leur donner un avantage indu lors de la procédure de passation du contrat de concession, ou ont fourni des informations trompeuses susceptibles d'avoir une influence déterminante sur les décisions d'exclusion, de sélection ou d'attribution* ». Or, pour le Conseil d'Etat, « *Les dispositions citées au point précédent permettent à l'autorité concédante d'exclure de la procédure de passation d'un contrat de concession une personne qui peut être regardée, au vu d'éléments précis et circonstanciés, comme ayant, dans le cadre de la procédure de passation en cause ou dans le cadre d'autres procédures récentes de commande publique, entrepris d'influencer la prise de décision de l'acheteur et qui n'a pas établi, en réponse à la demande que l'acheteur lui a adressée à cette fin, que son professionnalisme et sa fiabilité ne peuvent plus être mis en cause et que sa participation à la procédure n'est pas de nature à porter atteinte à l'égalité de traitement entre les candidats* » (c'est nous qui soulignons). On remarquera l'erreur de plume relative à « l'acheteur », et surtout le flou relatif à l'appréciation du caractère « récent » des procédures. En revanche, il semble bien que seules peuvent être concernées des procédures passées par l'autorité contractante en cause et non par d'autres autorités contractantes.

En deuxième lieu, le Conseil d'Etat sanctionne le juge du référé précontractuel d'avoir jugé que la dénomination sociale de la société attributaire pressentie du contrat de sous-concession en litige, créait un « grave risque de confusion » avec une autre société également candidate et aurait dû conduire à son exclusion. Pour le Conseil, « *le choix par un opérateur économique d'une dénomination sociale ne saurait, au seul motif que celle-ci est susceptible d'induire un risque de confusion avec une autre société également*

*candidate à l'attribution de la sous-concession en litige, justifier son exclusion* ». Il est vrai que n'était pas en cause la première hypothèse d'influence, celle d'influence induite sur le processus décisionnel comme dans l'arrêt *Département des Bouches-du-Rhône* (corruption en l'occurrence), mais la troisième relative aux « informations trompeuses susceptibles d'avoir une influence déterminante ». On peut néanmoins approuver le Conseil car un simple risque de confusion, fût-il entretenu par un candidat, ne saurait caractériser de fausses informations. On remarquera au passage que ni le Conseil ni la rapporteure publique ne reprochent au juge du référé d'avoir exigé de l'autorité contractante qu'elle exclue le candidat. Cela confirme bien que les motifs d'exclusion dit « à l'appréciation de l'acheteur » ne laissent pas toujours une pleine faculté d'exclure.

En troisième lieu, après cassation, le Conseil examine les différents moyens d'annulation de la procédure et juge l'offre du candidat retenu irrégulière en raison du non-respect du cahier des charges relativement à la répartition surface de restauration/surface de bains de soleil. Mais c'est en examinant l'ensemble des autres moyens, afin de déterminer à quel stade reprendre la procédure de passation, qu'il est amené à préciser la place du compte prévisionnel d'exploitation. Dans son arrêt *Commune de Cannes* (8 avril 2019, n° 425373), le Conseil a jugé qu'un sous-critère relatif à l'estimation du montant du chiffre d'affaire pendant la durée de la concession reposait sur les seules déclarations des soumissionnaires, sans engagement contractuel de leur part et sans possibilité pour la personne publique d'en contrôler l'exactitude, et qu'il n'était donc pas de nature à permettre la sélection de la meilleure offre au regard de l'avantage économique global pour l'autorité concédante. L'arrêt commenté, sans remettre en cause cette jurisprudence, précise néanmoins que le CPE peut constituer un élément d'appréciation présentant alors un lien avec le critère « Qualité et cohérence de l'offre au plan financier ».

En quatrième lieu, le Conseil d'Etat estime que la société EPI plage de Pampelonne, dont l'offre a été classée en deuxième position derrière la société EPI à la suite de l'examen des offres finales, n'est pas susceptible d'avoir été lésée par d'éventuels manquements relatifs à la candidature de la société EPI, dès lors que l'offre de cette société devait être écartée en raison de son irrégularité. Ce n'était pas la position de la rapporteure publique qui estimait que, pour certains manquements « transversaux », tels que les critères de sélection, la solution pourrait être différente. En effet, en cas d'élimination de la 1<sup>ère</sup> offre, les méthodes d'évaluation pourraient conduire à ce que ce ne soit pas l'offre classée initialement 2<sup>ème</sup> qui finisse 1<sup>ère</sup>. Le Conseil a préféré ne pas rentrer dans le raffinement de ce raisonnement, du moins dans le cas d'espèce.

**1.2 Le vice consistant à avoir retenu l'offre d'une société dont la candidature était irrégulière n'entraîne pas toujours la résiliation du contrat mais un formulaire DC1 mal rempli et non signé doit conduire à la résiliation (CE 28 mars 2022, n°454341, *Commune de Ramatuelle et Société Tropezina Beach Development*, classé B)**

Nouvelle illustration de la notoriété contentieuse de la plage de Pampelonne, cet arrêt du 28 mars 2022 conduit le Conseil d'Etat à préciser dans quel cas la signature d'un contrat avec un candidat dont la candidature était irrégulière doit conduire à la résiliation du contrat dans le cadre d'un recours « Tarn-et-Garonne ». On notera au préalable que n'était pas principalement en jeu la question de l'annulation du

contrat, qui suppose un contenu illicite ou un vice de consentement ou tout autre vice d'une particulière gravité, ce que n'est pas une irrégularité de candidature (CE 21 octobre 2016, Commune de Chaumont, n° 416616 et CE 28 juin 2019, Société Plastic Omnium systèmes urbains, n°420776). La résiliation n'est pas autant fermée que l'annulation mais elle dépend quand même de la nature du ou des vices, des mesures de régularisation possibles et des motifs d'intérêt général justifiant le maintien du contrat. Le Conseil d'Etat censure ici le raisonnement de la CAA de Marseille qui avait, en quelques sortes, systématisé la résiliation en présence d'un contrat signé avec un candidat dont la candidature était irrégulière. Dans un deuxième temps, il estime que le fait de mal remplir et ne pas signer un DC1 doit conduire à la résiliation du contrat. Ces deux affirmations posent question.

Les arguments en faveur ou en défaveur d'une approche systématique comme celle retenue par la CAA ont bien été exposés par la rapporteure publique Mireille Le Corre dans ses conclusions. Au titre des arguments contre, on peut admettre, avec elle, qu'il ne faut pas traiter de la même façon référé précontractuel et recours Tarn-et-Garonne. Aussi, le fait qu'une irrégularité de candidature conduite à une annulation de procédure en référé précontractuel ne doit pas conduire, *mutatis mutandis*, à une résiliation en Tarn-et-Garonne. L'autre argument avancé par elle consiste à dire que la logique de la jurisprudence Tarn-et-Garonne peut conduire à une sorte de « Danthonisation » des irrégularités de candidature : certaines irrégularités non régularisées ne devraient pas, au regard de leur caractère mineur, engendrer la résiliation et c'est bien dans cette logique que s'inscrit l'arrêt. Pourtant, les arguments pour la systématisation présentaient plusieurs intérêts notables, d'ailleurs relevés par la rapporteure publique : la simplicité, qui évite aux juges – voire, peut-on ajouter, à la personne publique puisque celle-ci peut décider unilatéralement de la résiliation pour motif d'illégalité (CE 10 juillet 2020, Société comptoir Négoce) - « d'avoir à déterminer celles qui seraient ou non mineures ou vénielles ». Elle permet aussi de donner toute sa portée aux exigences du règlement de la consultation. La rapporteure publique notait aussi l'importance de ne pas inciter les autorités contractantes à un certain relâchement dans l'examen des candidatures. On peut ajouter un autre intérêt : puisque le Code de la commande publique offre la possibilité de demander une régularisation, cette faculté – qui le demeure – implique, nous semble-t-il, que son non exercice empêche de choisir le candidat dont la candidature est irrégulière et ne pas conduire à la résiliation systématique ne permet pas de sanctionner efficacement ce qui s'apparente à une rupture d'égalité entre les candidats. Une vigilance accrue aurait donc été impliquée par la systématisation de la résiliation, sous une seule réserve, déjà jugée et que reprend ici le Conseil d'Etat : ne doit pas être considérée comme irrégulière la candidature qui ne respecte pas les exigences manifestement dépourvues de toute utilité pour l'examen des candidatures ou des offres (22 mai 2019, Société Corsica Ferries, n° 426763, aux Tables sur ce point). La solution adoptée, sur le plan des principes, par le Conseil d'Etat signifie que certaines irrégularités de candidature – mais lesquelles ? – ne conduiront pas systématiquement à la résiliation en cas de recours d'un tiers une fois le contrat conclu, alors même qu'elles ne sont pas dépourvues de toute utilité.

Puisque la décision du Conseil d'Etat n'a pas été celle de la systématisation, se pose la question de savoir si, dans les circonstances de l'espèce, l'irrégularité devait conduire à la résiliation. En effet, s'il ressort des conclusions que si le DC1 n'était pas signé, d'autres éléments de la candidature l'étaient. En outre et surtout, le fait de ne pas avoir coché les cases relatives à l'absence de motifs d'exclusion auraient pu être considéré comme véniel puisque certaines ne sont que purement déclaratives (absence de condamnation pénale des personnes morales par exemple), quand d'autres doivent être complétées par diverses

attestations délivrées par les administrations compétentes. La rapporteure publique notait en particulier que rien n'indiquait qu'il n'était pas soumis à l'exclusion du fait d'un travail dissimulé, sans s'interroger toutefois sur le fait de savoir s'il avait fourni ultérieurement la preuve en cause. S'il est vrai que le texte alors applicable, l'article 23 du décret du 1<sup>er</sup> février 2016, ne mentionnait pas, contrairement à l'actuel article R. 3123-17 du CCP, que le candidat fournit les documents en cause « au plus tard avant l'attribution du contrat », rien ne nous paraissait interdire une telle interprétation. En tout état de cause, le Conseil d'Etat se borne à dire qu'« *il résulte de l'instruction que la société Tropezina Beach Development a produit un imprimé DC1 dont la majorité des champs n'étaient pas remplis et qui n'était pas signé. Sa candidature était, dès lors, incomplète, sans qu'ait d'incidence la circonstance que d'autres documents auraient comporté les informations requises* ». Il se montre à notre sens excessivement formaliste puisqu'il ne vérifie pas si des informations complémentaires ont été fournies postérieurement à la production du DC1 alors que son approche non systématique quant à la résiliation aurait pu le conduire à une approche plus réaliste.

### **1.3 Une clause interdisant illégalement de constituer un fonds de commerce sur le domaine public n'est pas indivisible des autres stipulations mais ne constitue pas un vice d'une particulière gravité justifiant l'annulation du contrat (CE 11 mars 2022, n°453440, M. G...et M. H..., classé B)**

Cet arrêt présente plusieurs intérêts, tant sur le plan de la notion de vice d'une particulière gravité – ici dans le cadre d'un recours Béziers 1 par voie d'action - qu'au regard de la domanialité publique.

Sur la domanialité publique, l'arrêt prend soin de vérifier qu'on était bien en présence d'une parcelle du domaine public, dans le contexte antérieur au 1<sup>er</sup> juillet 2006 c'est-à-dire avant l'entrée en vigueur du CG3P. Pour le Conseil d'Etat, « *il résulte des pièces du dossier soumis aux juges du fond que la parcelle sur laquelle est situé l'établissement des requérants appartient à un terrain acquis par la commune de Cap-d'Ail à la suite d'un arrêté préfectoral du 7 avril 1951 portant déclaration d'utilité publique pour la création d'un espace libre ouvert au public, que des escaliers ont été construits sur ce terrain pour permettre au public de rejoindre, depuis la voie communale, le chemin des douaniers aménagé sur les rochers surplombant la mer et que la commune y a installé une aire de pique-nique, des toilettes et une douche. En déduisant de ces faits, qu'elle a souverainement appréciés sans les dénaturer, que ce terrain était directement affecté à l'usage du public et appartenait par suite au domaine public de la commune, la cour administrative d'appel de Marseille, par un arrêt suffisamment motivé, ne les pas inexactement qualifiés* ». Il résulte des conclusions que le requérant invoquait le caractère dissociable d'une partie de la parcelle, affectée à l'exploitation de son restaurant, mais on peut percevoir dans le raisonnement du Conseil d'Etat une certaine application de l'idée de domanialité publique globale.

Quant à la question de la constitution d'un fonds de commerce sur le domaine public, permise par la loi Pinel du 18 juin 2014, les conclusions confirment qu'il ne s'agit pas d'une faculté laissée à l'appréciation de la personne publique mais bien d'un droit de l'occupant, dès lors qu'il prouve l'existence d'une clientèle propre. Les conclusions apportent toutefois un éclairage intéressant sur le caractère relativement limité de ce droit, même si les propos du rapporteur public vont peut-être trop loin en la matière : « *Ce que l'affaire nous fait toucher du doigt, c'est le caractère dérisoire, si ce n'est illusoire, des dispositions de la*

*loi « Pinel » qui, ainsi que le montrent d'ailleurs les travaux préparatoires, doivent être combinées avec les principes généraux de la domanialité publique d'hier et d'aujourd'hui : précarité du titre, droit de résiliation de la personne publique, sélection des occupants pour valoriser les propriétés publiques ».*

Sur le recours Béziers I, il s'agissait en l'espèce d'un recours par voie d'action, chose suffisamment rare en pratique pour être soulignée tant le recours en contestation de validité du contrat par une partie intervient généralement par voie d'exception à l'occasion d'un litige relatif à l'exécution d'un contrat administratif, qui peut s'expliquer ici par le fait que le requérant aurait fait l'objet, d'après ses dires relayés par le rapporteur public, d' « extorsion » de la part de la commune. Mais l'intérêt de l'arrêt se trouve surtout dans le refus du Conseil d'Etat de suivre son rapporteur public Romain Victor sur un point. Ce dernier proposait d'annuler l'arrêt de la CAA de Marseille qui avait jugé que le vice invoqué n'était pas d'une particulière gravité, non pas parce qu'il serait d'une particulière gravité, mais parce que le recours aurait perdu son objet. Selon le rapporteur public en effet, un recours en annulation une fois le contrat achevé, s'il est juridiquement admis, du moins dans certains cas comme en présence d'entente dolosive (CE 10 juillet 2020, Société Lacroix signalisation), ne devait pas l'être en l'espèce. Le requérant demandait à titre principal l'annulation du contrat et à titre subsidiaire l'annulation de la clause litigieuse. On peut être surpris, comme le rapporteur public, de la demande principale dans la mesure où elle n'était pas assortie d'une demande pécuniaire. Or pour le rapporteur public, « nous doutons qu'il entre dans l'office du juge du contrat de régler les conséquences financières de l'anéantissement du contrat en l'absence de toute demande des parties en ce sens ». Il poursuivait néanmoins ainsi : « Vous pourriez néanmoins vous demander si, même en l'absence de conclusions financières, l'annulation totale ou partielle de la convention expirée ne conserverait pas tout de même un objet, dans la perspective d'un litige d'exécution futur que le cocontractant pourrait éventuellement introduire après coup. Pour notre part, nous ne sommes pas parvenu à nous en convaincre », tant sur la demande principale que sur la demande subsidiaire. Sur la demande principale (annulation du contrat), il estimait que la commune pourrait certes restituer les redevances qu'elle a perçues mais l'occupant ayant occupé le domaine, la restitution en nature de la prestation dont il a bénéficié serait impossible et il devrait restituer la valeur des avantages qu'il a retirés de l'occupation privative du domaine public. Quant à la clause litigieuse, s'il l'estimait illégale, il l'a jugeait aussi divisible en s'appuyant bizarrement sur un arrêt de 2011 (CE 4 mai 2011, Communauté de communes du Queyras, n° 340089, rec. p. 200), c'est-à-dire antérieur à la loi Pinel. On a vu que le Conseil d'Etat a estimé au contraire que la CAA avait eu raison de la considérer comme indivisible, au motif selon la Cour que la clause « a été déterminante dans la conclusion du contrat par la commune et trouve nécessairement une contrepartie pour les bénéficiaires de la convention dans le montant de la redevance d'occupation du domaine public mise par celle-ci à leur charge ». Sans doute est-ce là l'explication de la divergence entre le Conseil d'Etat et son rapporteur public. Il reste que, s'il avait jugé le vice d'une particulière gravité, on imagine mal quel aurait été la conséquence pécuniaire de l'annulation de l'ensemble du contrat, sauf à remettre en cause la conception mise en avant par le rapporteur public de la restitution.

Cela étant, le Conseil d'Etat a jugé que le vice en cause n'était pas d'une particulière gravité. Au regard de la notion de vice d'une particulière gravité et de sa rigueur, ce n'est *a priori* pas très surprenant. Il reste qu'on aurait pu avoir une autre approche, tenant au vice de consentement. La cour avait certes rejeté cet argument au motif que le requérant invoquait la contrainte de signer le contrat afin de ne pas perdre les investissements réalisés précédemment, c'était avant la loi Pinel, à une époque où la jurisprudence, bien

connue de tous avait dit la Cour, interdisait la constitution de fonds de commerce sur le domaine public. Mais sans avoir cette vision rétrospective, on aurait pu considérer que le fait même d'insérer une telle clause manifestement illégale pouvait révéler une certaine « contrainte » à signer la convention.

Il semble ainsi que, pour le Conseil d'Etat comme pour son rapporteur public, il y a en filigrane un certain rejet de cette loi Pinel qui leur paraît finalement assez contraire aux principes de la domanialité publique.

**1.4 La requalification de conventions en concessions relève du contrôle du juge de cassation ; des conventions successives passées entre une commune et une association relatives à un musée de la photographie sont des délégations de service public et les fonds photographique et documentaire constitués par l'association sont des biens de retour (CE 24 mars 2022, n°449826, Commune de Toulouse, classé B).**

Saisi d'une question préjudicielle posée indirectement par le juge commissaire d'un tribunal judiciaire de Toulouse suite au redressement judiciaire d'une association, le tribunal administratif puis le Conseil d'Etat apportent des réponses différentes aux questions posées.

Le premier apport de l'arrêt du Conseil d'Etat est implicite mais résulte des conclusions et plus encore du fichage de l'arrêt. La qualification d'une convention en délégation de service public relève du contrôle de juge de cassation. Certes, la rapporteure publique a pu souligner, dans ses conclusions, qu'un tel contrôle avait déjà été admis par le Conseil d'Etat. Mais les arrêts qu'elle cite concernaient soit la requalification d'un avenant en nouveau marché (CE Section, 11 juillet 2008, Ville de Paris, n° 312354), soit la qualification d'un service public et sa dévolution à un cocontractant (CE Section, 3 décembre 2010, Ville de Paris et association Paris Jean Bouin, n° 338272), soit évoquait une méconnaissance du champ d'application de la loi en cas de qualification de marché en présence d'une concession (CE 9 juin 2021, Ville de Paris c/ Allo Casse Auto, n°448948). L'arrêt commenté a le mérite de nommer clairement l'erreur du juge de fond sur la qualification juridique, y compris s'agissant de la question de savoir s'il y avait transfert ou non d'un risque d'exploitation.

Le deuxième apport de l'arrêt est d'illustrer justement, et une fois encore, la difficulté à faire le départ entre une convention d'occupation du domaine public ou un contrat de subvention avec un contrat de la commande publique, en l'espèce une délégation de service public. Etaient ici en cause plusieurs conventions successives dont le TA avait jugé que certaines étaient des marchés publics (celles de 1985 et 1987) d'autres de simples conventions d'objectifs et de moyens assorties de subventions (celles de 1998, 2003, 2008 et 2013). Le Conseil d'Etat commence par censurer le fait que le TA ait pu juger, pour l'ensemble des conventions, qu'aucune n'était une délégation de service public en raison de l'absence de risque d'exploitation, au motif que « *si la commune de Toulouse a apporté des soutiens financiers significatifs et quantitativement importants à son cocontractant, celui-ci a toujours conservé un risque lié à l'exploitation de la galerie, son équilibre financier n'étant pas garanti par les sommes apportées par la commune. L'association a ainsi supporté les aléas de la gestion du musée et a subi des pertes d'exploitation ayant conduit à son placement en procédure de redressement judiciaire* ». On peut noter que le

redressement judiciaire vient ainsi conforter l'identification du risque d'exploitation qui existait *ab initio*, en dépit de la présence de subventions importantes.

Réglant l'affaire au fond, le Conseil d'Etat juge que l'ensemble des conventions successives a bel et bien entendu répondre à un besoin de la personne publique à travers l'identification d'un service public : « *L'association PACE a assuré cette exploitation sous le contrôle de la commune de Toulouse, qui a défini ses missions et objectifs en cohérence avec ceux de la politique culturelle municipale, veillé à ce que l'action et la communication de la galerie s'opèrent en coordination étroite avec les services de la commune et conditionné ses soutiens matériels et financiers à la production régulière de comptes rendus d'activité et états financiers. La commune a ainsi confié la gestion d'un service public muséal à l'association PACE* ». Quoique logique, il est toutefois assez inhabituel de nos jours que le Conseil d'Etat fasse de l'existence d'un service public confié à un cocontractant le moyen de prouver que le contrat répond aux besoins de la personne publique.

Le troisième apport est de tirer de cette qualification de service public le fait que les biens au cœur du service public soit des biens de retour. L'originalité tient au fait qu'il s'agit ici de biens mobiliers mais ce n'est pas surprenant puisque, dans un autre ordre d'idée, le CG3P admet qu'il puisse y avoir un domaine public mobilier. La conséquence concrète de cette qualification tient à ce que le juge commissaire ne pourra en tirer un quelconque revenu puisque la propriété en revient à la commune.

On notera au passage le caractère paradoxal de réserver, comme le fait le Code de la commande publique, la qualification de biens de retour à des concessions de service public alors que certains marchés publics peuvent très bien avoir pour objet de confier un service public à un cocontractant. Le contrat aurait-il été qualifié de marchés publics que les fonds photographiques et documentaire n'auraient pas eu le caractère de biens de retour ? On notera d'ailleurs que, en pratique, des marchés de partenariat peuvent prévoir l'existence de biens de retour.

### **1.5 Le caractère définitif du décompte n'implique pas que le maître d'ouvrage ait déjà passé le marché de substitution pour pouvoir en imputer le coût à l'entrepreneur en cas de réserves non levées (CE 28 mars 2022, n° 450477, Commune de Sainte-Flaive-des-Loups, classé B)**

On rappellera au préalable les conséquences que le juge tire du caractère « définitif » du décompte général et définitif. Pour le Conseil, « *l'ensemble des opérations auxquelles donne lieu l'exécution d'un marché de travaux publics est compris dans un compte dont aucun élément ne peut être isolé et dont seul le solde arrêté lors de l'établissement du décompte définitif détermine les droits et obligations définitifs des parties* » (CE 8 décembre 1961, Société Nouvelle Compagnie générale des travaux, p. 701).

Ce n'est que dans l'hypothèse dans laquelle la mention de réserves est portée au décompte que des réclamations sont ultérieurement possibles (CE 6 novembre 2013, Région d'Auvergne, n° 361837, aux Tables sur ce point), à moins que le maître d'ouvrage ne fût pas en capacité d'assortir de réserves le décompte du maître d'œuvre (CE 15 novembre 2012, Commune de Dijon n° 349107, aux Tables). Par ailleurs, la circonstance que le décompte général d'un marché public soit devenu définitif ne fait pas, par elle-même, obstacle à la recevabilité de conclusions d'appel en garantie du maître d'ouvrage contre le titulaire du marché, sauf s'il est établi que le maître d'ouvrage a eu connaissance de l'existence du litige

avant qu'il n'établisse le décompte général du marché et qu'il n'a pas assorti le décompte d'une réserve concernant ce litige. Cette réserve n'a pas nécessairement à être chiffrée (CE 6 mai 2019, Société Icade Promotion n° 420765, aux Tables). Cette interprétation a d'ailleurs été explicitement reprise par l'article 12.4.2 du CCAG Travaux de 2021.

Dans le nouveau CCAG comme dans celui de 1976, applicable aux faits de l'affaire ici commentée, lorsque des réserves sont émises et ne sont pas levées dans le délai imparti, le maître de l'ouvrage a le choix : il peut les faire exécuter aux frais et risques de l'entrepreneur ou décider de renoncer à ordonner la réfection des ouvrages défectueux, lorsque la sécurité et l'utilisation ne sont pas en jeu, et dans cette hypothèse, proposer une réfaction sur les prix à l'entrepreneur qui, s'il l'accepte, conduit au caractère définitif du décompte et à la levée des réserves.

Mais la CAA avait ajouté que la commune n'avait pas passé un marché de substitution ni obtenu l'accord sur une réfaction du prix. Comme le dit la rapporteure publique, elle a ainsi imposé que le maître d'ouvrage ait déjà passé le marché de substitution pour pouvoir en imputer le coût à l'entrepreneur ce qui, selon elle, posait notamment plusieurs difficultés : ce n'est pas imposé par le CCAG et surtout ce n'est pas matériellement réaliste compte tenu de ce que l'établissement du décompte doit être réalisé dans des délais contraints en vertu des CCAG, même en cas de réception avec réserves ; il faut en effet compter 2 à 3 mois après la réception avec réserves de l'article 41.6 (à ne pas confondre avec la réception « sous réserves » de l'article 41.5 qui est une réception conditionnelle, cf. Marc Pichon de Vendeuil dans ses conclusions sur la décision Sogetra du 8 décembre 2020, n° 437983, aux Tables). Or le délai laissé à l'entrepreneur pour les reprises suite aux réserves est de trois mois avant l'expiration de la garantie de parfait achèvement d'un an, soit 9 mois. En outre, si le maître de l'ouvrage les fait réaliser par un tiers, il peut ne pas avoir encore lancé le marché de substitution, compte tenu des délais de passation et les travaux d'un tel marché peuvent ne pas être achevés dans le délai du décompte. Le Conseil d'Etat précise enfin que « *Les réserves ainsi mentionnées dans le décompte peuvent être chiffrées ou non. Lorsque les réserves sont mentionnées dans le décompte sans être chiffrées, celui-ci ne devient définitif que sur les éléments n'ayant pas fait l'objet de réserves* ». Cette solution paraît de bon aloi, même si elle écorne un peu plus le caractère définitif du décompte.

## 2. Brèves

---

1. Circulaire du 30 mars 2022 relative à l'exécution des contrats de la commande publique dans le contexte actuel de hausse des prix de certaines matières premières (JORF 1<sup>er</sup> avril 2022). Sur l'imprévision, elle définit un seuil de bouleversement à « en principe » 1/15<sup>ème</sup> du montant du marché - pour les concessions, on parle de déficit. La part laissée à la charge du cocontractant varie entre 5 et 25 % « en fonction des circonstances et notamment des éventuelles diligences mises en œuvre par l'entreprise pour se couvrir raisonnablement contre les risques inhérents à toute activité économique ». Enfin, « Si le montant des charges extracontractuelles doit être évalué sur l'ensemble du contrat, et donc à la fin de l'exécution de celui-ci, cette indemnité doit, au moins pour partie, être versée de façon aussi proche que possible du moment où le bouleversement temporaire de l'économie du contrat en affecte l'exécution ». Elle est à

formaliser dans une convention et non un avenant et le montant sera définitivement fixé qu'en fin de contrat.

2. La loi dite « 3DS » a quelques impacts sur les contrats publics : transfert de maîtrise d'ouvrage publique dans certains cas d'aménagement ou de voie publique, mise à disposition des régions du domaine public routier national non concédé sur la base du volontariat et à titre expérimental, possibilité de faire jouer la quasi-régie pour les collectivités territoriales adhérentes au centre d'études et d'expertise sur les risques, l'environnement, la mobilité et l'aménagement (Cérema) , mutualisation des fonctions support de certains établissements publics de l'État qui avait été censurée par la décision du Conseil constitutionnel sur la loi ASAP pour cause de cavalier législatif, exclusion des conflits d'intérêts et prises illégales d'intérêts pour les représentants d'une collectivité territoriale participant à ce titre aux organes décisionnels d'une autre personne morale, possibilité pour les régions, sur avis conforme de leur comptable public, de confier l'attribution d'aides ainsi que l'encaissement de recettes ou le paiement de certaines dépenses, possibilité sous conditions de participation de collectivités territoriales étrangères au capital de SPL, accord exprès de toutes collectivités membres d'une SEML avant toute prise de participation dans le capital d'autres sociétés, possibilité pour les collectivités territoriales de participation au capital d'une société coopérative d'intérêt collectif (loi n° 2022-217 du 21 février 2022).
3. Pour juger que le pouvoir adjudicateur avait manqué à ses obligations de mise en concurrence en ne portant pas ces informations à la connaissance des candidats, l'auteur de l'ordonnance attaquée a considéré que le pouvoir adjudicateur avait entendu noter sur 2,5 points la qualité architecturale et sur 5 points la qualité fonctionnelle et que « ces éléments d'appréciation, distincts par leur nature et leur pondération respective, ne constituaient donc pas une simple méthode d'évaluation mettant en œuvre le sous-critère de sélection 3-1 ». En statuant ainsi, alors que le barème de notation, qu'il n'appartenait pas au juge du référé précontractuel de recomposer, distinguait trois éléments d'appréciation pondérés à la même hauteur, l'auteur de l'ordonnance attaquée a dénaturé les pièces du dossier. Par suite et sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens du pourvoi, le ministre de l'économie, des finances et de la relance et la société Bourdarios sont fondés à demander l'annulation de l'ordonnance attaquée (CE 1<sup>er</sup> avril 2022, n°458793, SOCIETE BOURDARIOS, classé C, jugeant seule).
4. La particulière gravité d'une faute justifie l'absence de protection fonctionnelle (art. L 2123-34 CGCT). Elle est illustrée ici par une « répétition » de plusieurs manquements (aux principes d'égalité de traitement et d'impartialité, au principe de transparence dans l'attribution de marchés de faible montant, enfin à la règle de l'allotissement) « dans un contexte que [le maire] ne pouvait ignorer où un précédent maire de la commune avait fait l'objet d'une condamnation pénale pour des faits de favoritisme concernant l'attribution de marchés publics, et qui donc auraient dû inciter à une rigueur accrue » (CAA Douai, 20 janv. 2022, n° 21DA000717 , M. A).
5. Le critère de choix relatif au délai d'exécution d'un marché de substitution est licite (CAA Marseille, 19 janv. 2022, n° 19MA02506, SAS SPT MI)
6. La liquidation d'une entreprise donne lieu à la cession de son marché sans publicité ni mise en concurrence préalable : l'exception de succession universelle vaut aussi en cas de « transfert

seulement d'un marché public ou d'un accord-cadre relevant du patrimoine du contractant initial » (pt 23) (CJUE, 3 févr. 2022, aff. C-461/20, Advania Sverige AB e. a. c/ Dustin Sverige)

7. Un sous-concessionnaire exploitant des aires d'autoroute ne peut invoquer les stipulations du contrat de concession d'autoroute mettant à la charge du concessionnaire des travaux d'extension desdites aires, en l'absence de caractère réglementaire de ces stipulations et fautes d'avoir été expressément reprises dans le contrat de sous-concession (CAA Bordeaux, 13 janvier 2022, n° 20BX00145, SAS Picoty Autoroutes).
8. Il suffit « d'avoir mis en ligne un appel à manifestation d'intérêt concurrente » avant de donner suite à la demande d'occupation d'une entreprise qui l'avait préalablement contactée, pour juger que l'association contestant l'octroi de ce titre d'occupation « n'est pas fondée à soutenir que la convention en litige n'aurait pas été précédée d'une procédure de sélection » (CAA Paris, 3 février 2022, n° 21PA02668, Assoc. Les Amis des Tuileries).
9. Le juge administratif n'est pas compétent pour connaître d'une transaction ayant pour objet un litige principalement relatif à l'exécution de marchés privés, survenu entre une société publique locale et un opérateur car la SPL n'est pas transparente (TC, 7 février 2022, n° 4233).
10. Le délai d'action en contestation de validité d'une partie victime d'un dol ou d'une violence ayant vicié son consentement, même postérieurement au terme de l'exécution du contrat est de 5 ans à compter de la date à laquelle elle a une connaissance suffisante de son dommage (CAA Paris, 18 janvier 2022, n° 18PA20379).