

LETTRE JURIDIQUE DES CONTRATS PUBLICS

Février 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

1. Actualité textuelle ou jurisprudentielle commentée	2
1.1 Le référé précontractuel contre une procédure de passation lancée par un groupement de commande qui comporte une personne publique relève du juge administratif (TC 10 janvier 2022, n°C4230, <i>SNCF Mobilités</i>)	2
1.3 Les caractéristiques et les avantages relatifs à l'offre retenue doivent inclure les raisons pour lesquelles l'offre n'a pas été considérée comme étant anormalement basse (TUE, 1 ^{er} décembre 2021, T-546/20, <i>Sopra Steria Benelux et Unisys Belgium / Commission</i>)	5
1.4 La disposition de la directive 2014/24 relative aux marchés réservés ne s'oppose pas à ce qu'un État membre impose des conditions supplémentaires par rapport à celles énoncées dans cette disposition (CJUE 6 octobre 2021, C-598/19, <i>Conacee</i>)	6
1.5 Une candidature incomplète à une concession est un vice régularisable par le juge et l'arrêt de CAA jugeant le contraire peut faire l'objet d'un sursis à exécution ; un envoi complémentaire ne peut être considéré comme une nouvelle offre en dépit du renvoi à un site internet (CE 27 décembre 2021, n°455930, <i>Société Tropezina Beach</i> ; CE 20 décembre 2021, n°454801, <i>Société TDS</i>)	8
1.6 Une convention passée entre la région PACA et SNCF Mobilités lui confiant l'exploitation des services ferroviaires régionaux est contraire aux critères de la jurisprudence <i>Altmark</i> et doit être annulée (CAA Marseille 19 janvier 2002, n°19MA05647, <i>SNCF Mobilités</i>)	9
2. Brèves	12

1. Actualité textuelle ou jurisprudentielle commentée

1.1 Le référé précontractuel contre une procédure de passation lancée par un groupement de commande qui comporte une personne publique relève du juge administratif (TC 10 janvier 2022, n°C4230, SNCF Mobilités)

La question du juge compétent en pareille circonstance se posait dans ce cas particulier car, au moment où allait être conclu un accord-cadre, les deux entités membres du groupement n'étaient pas de même nature. En effet, bien qu'initialement lancée en 2018, la procédure d'achat de matériels roulants pour la ligne B engagée par un groupement regroupant la RATP et SNCF mobilités, devenue une société et rebaptisée SNCF Voyageurs à compter du 1^{er} janvier 2020, n'avait pas encore aboutie à cette dernière date. Dans la mesure où l'attribution légale de compétence au juge administratif ne concerne que les marchés de SNCF Réseau et non ceux de SNCF Voyageurs (art. L. 2111-9-4 du Code des transports) et que la RATP est un EPIC, les marchés passés par ces deux entités ne relèvent donc plus du même ordre juridictionnel. Quel est donc l'ordre compétent pour juger de la légalité d'une procédure de passation qui regroupe des acheteurs d'une nature différente et susceptibles de conclure des contrats de nature différente à l'issue de cette procédure ?

Le Tribunal des conflits commence par rappeler la solution classique : l'ordre juridictionnel compétent, en matière de référé précontractuel, dépend de la nature du futur contrat qui sera conclu à l'issue de cette procédure. Mais la solution que dégage ici le Tribunal de conflits vient apporter une légère entorse à ce principe, et cette solution dépasse le cadre du contrat en cause et même le cadre d'une personne morale qui change de nature en cours de procédure de passation : *« Dans le cadre d'un groupement de commandes constitué entre des acheteurs publics et des acheteurs privés en vue de passer chacun un ou plusieurs marchés publics et confiant à l'un d'entre eux le soin de conduire la procédure de passation, et où, l'un des acheteurs membres du groupement étant une personne publique, le marché qu'il est susceptible de conclure sera un contrat administratif par application de l'article 3 de l'ordonnance du 23 juillet 2015, le juge du référé précontractuel compétent pour connaître de la procédure est le juge administratif, sans préjudice de la compétence du juge judiciaire pour connaître des litiges postérieurs à la conclusion de ceux de ces contrats qui revêtent un caractère de droit privé ».*

Autrement dit, le seul fait que, parmi les membres du groupement, se trouve une personne publique qui sera amenée nécessairement à conclure un contrat administratif en application de cette procédure fonde la compétence de la juridiction administrative pour se prononcer sur le référé précontractuel, alors même que les marchés qui seront conclus par l'acheteur privé relèveront du juge judiciaire.

La solution a le mérite de la simplicité et rejoint la tendance actuelle à faire jouer un effet de contagion en cas de présence d'un contrat administratif (voir, pour une action en responsabilité délictuelle pour rupture prétendument abusive de relations commerciales par une personne publique, TC 8 Février 2021, SNCF Réseau, 4201, JCP G, 2021, 406, obs. Erstein ; Ctts et MP, 2021, n°4, 27, note Ubaud-Bergeron). Pourtant, le rapporteur public (et non le commissaire du gouvernement comme écrit par erreur dans la décision) avait envisagé plusieurs autres pistes.

La première consistait à tenir compte exclusivement de la nature du coordonnateur du groupement. Mais outre le fait que cela aurait ainsi permis de choisir l'ordre juridictionnel compétent, cela paraissait contraire à l'idée que le coordonnateur peut agir au nom et pour le compte des membres, c'est-à-dire en les représentant. Et s'en tenir aux seuls pouvoirs confiés au coordonnateur, indépendamment de son éventuel rôle de représentant, aurait compliqué la tâche du juge.

La deuxième, celle finalement retenue par le Tribunal, consistait à tenir compte de la nature des personnes membres du groupement et, en application de l'ordonnance du 15 juillet 2015 qui attribuait compétence à la juridiction administrative pour les marchés passés par des personnes publiques, donner « *une interprétation extensive en étendant la nature administrative aux membres du groupement tout entier, puisque ce groupement est dépourvu de la personnalité morale* ». Mais selon lui, cela revenait à contrevenir à la récente décision *Société Cadres en mission* (TC 13 septembre 2021, n° 4224). Celle dernière a, en effet, jugé que « *la procédure de passation de l'accord-cadre en cause a été lancée par la SNCF en son nom et pour son compte, ainsi que pour celui de quatre filiales, parmi lesquelles figure SNCF Réseau. Cet accord-cadre est majoritairement destiné à répondre aux besoins de SNCF Réseau, l'un des bénéficiaires des prestations de portage salarial faisant l'objet de la passation de l'accord-cadre. Si SNCF Réseau est désormais elle aussi une société anonyme, il résulte de l'article L. 2111-9-4 du code des transports que les contrats que conclut cette société pour l'exercice de ses missions prévues à l'article L. 2111-9 du même code sont des contrats administratifs par détermination de la loi* ».

La troisième, qui avait sa préférence, consistait à s'inscrire dans la lignée de cette dernière jurisprudence en se fondant sur le nombre majoritaire de marchés à passer par chaque entité membre du groupement, ce qui en l'occurrence revenait au même puisqu'il était prévu que la RATP en passerait presque deux fois plus que SNCF Voyageurs. Il est sans doute préférable que le Tribunal des conflits se soit finalement appuyé sur le second critère, ne serait-ce que parce que le juge administratif est plus habitué à manier le référé précontractuel et le droit de la passation que son homologue judiciaire. On peut aussi ajouter un argument : il n'est pas toujours évident, au stade du lancement d'un accord-cadre par un groupement mixte, de savoir quels seront les achats majoritaires à venir.

On notera pour finir que cet arrêt illustre aussi une autre exception : en vertu de la jurisprudence, propre aux EPIC et issue de l'arrêt *Caisse centrale de réassurance c/ Mutuelle des architectes français* (TC 16 octobre 2006, , n° C3506) « *sauf disposition législative contraire, lorsqu'un établissement public tient de la loi la qualité d'établissement public industriel et commercial, les contrats conclus pour les besoins de ses activités relèvent de la compétence de la juridiction judiciaire, à l'exception de ceux comportant des clauses exorbitantes de droit commun ou relevant d'un régime exorbitant du droit commun ainsi que de ceux relatifs à celles de ses activités qui ressortissent par leur nature de prérogatives de puissance publique* ». Or la disposition législative contraire n'était autre que l'article 3 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015, lequel énonce que « *les marchés publics relevant de la présente ordonnance passés par des personnes morales de droit public sont des contrats administratifs* », disposition reprise désormais au Code de la commande publique dans son article L 6.

1.2 Les accords-cadres sans maximum sont illégaux et le différé d'application du décret du 23 août 2021, qui a imposé d'indiquer un maximum dans les accords-cadres à l'article R. 2162-4 du Code de la commande publique à compter du 1er janvier 2022, ne concerne que les accords-cadres hors champ d'application de la directive 2014/24 (CE 28 janvier 2022, n°456418, *Communauté de communes Convergence Garonne c/Société COVED*).

Cet arrêt a pu surprendre certains mais la solution s'inscrit dans une certaine logique, cependant que les conséquences ne sont pas toutes connues.

Pour le Conseil, il résulte de l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 17 juin 2021, *Simonsen Weel A/S c/ Region Nordjylland og Region Syddanmark* (C-23/20) « *que, pour tout appel à concurrence relatif à un marché destiné à être passé sous la forme d'un accord-cadre qui, eu égard à son montant, entre dans le champ d'application de cette directive, l'avis publié à cet effet doit comporter la mention du montant maximal en valeur ou en quantité que prévoit le pouvoir adjudicateur, cette indication pouvant figurer indifféremment dans l'avis de marché ou dans les documents contractuels mentionnés dans l'avis de marché et librement accessibles à toutes les personnes intéressées. Il n'en va différemment que pour les accords-cadres qui ne sont pas régis par cette directive, pour lesquels le décret du 23 août 2021, modifiant notamment les dispositions de l'article R. 2162-4 du code de la commande publique, a supprimé la possibilité de conclure un accord-cadre sans maximum, en différant, en son article 31, l'application de cette règle aux avis de marché publiés à compter du 1er janvier 2022 afin de ne pas porter une atteinte excessive aux intérêts privés et publics en cause* ».

Il ne s'agit finalement que d'appliquer la solution très classique de la rétroactivité de la jurisprudence (CJCE 27 mars 1980, *Denkavit Italiana*, Aff. C-61/79), y compris comme en l'espèce pour une procédure de passation d'accord-cadre lancée avant l'arrêt de la CJUE en question. Il est vrai que le rapporteur public, Marc Pichon de Vendeuil, a pu souligner dans ses conclusions que la Cour elle-même avait bien eu conscience de l'audace de son interprétation de la directive en indiquant qu'une autre interprétation était tout à fait possible, ce qui la conduisit à adopter une position souple des conséquences sur les accords-cadres existants comme il sera vu. Mais il notait, d'une part, qu'elle n'avait pas modulé l'application de sa jurisprudence dans le temps, comme elle peut le faire depuis longtemps, et, d'autre part, qu'il serait contreproductif de poser une question préjudicielle concernant l'existence d'un éventuel motif impérieux d'intérêt général justifiant de différer, compte tenu de la nature de la procédure en cause, un référé précontractuel.

S'agissant de ce dernier, le Conseil d'Etat approuve donc le juge du référé d'avoir jugé que la requérante « avait pu être lésée » par l'absence de maximum pour le lot pour lequel elle avait présenté sa candidature (collecte des déchets). Il semble que la susceptibilité de lésion soit ici quasiment automatique, car il résulte des conclusions que les candidats connaissaient le montant total du marché, ainsi que l'historique de tonnage des déchets collectés. Pour le rapporteur public, « *les évolutions démographiques, sociologiques et réglementaires sont susceptibles d'affecter lourdement ce type d'activité, notamment la clef de répartition entre les différents types de collecte* ». Il résulte également des conclusions que le fait que le requérant avait déposé une offre ne prouve pas qu'il n'avait pas été lésé par le manquement, comme le Conseil d'Etat l'a déjà jugé (CE 14 décembre 2009, Département du Cher, n° 330052, T. p. 829).

S'agissant des conséquences de cette illégalité, il est clair qu'en référé, le juge ne peut rien faire d'autre qu'annuler la procédure. En revanche, la question se pose des conséquences de cet arrêt dans le cadre d'un recours Béziers I ou d'un recours Tarn-et-Garonne sur tous les accords-cadres déjà passés en méconnaissance de cette obligation de maximum. La Cour de justice a indiqué que sa position n'impliquait pas que le contrat soit « privé d'effet », c'est-à-dire qu'il subisse une annulation ou une résiliation. Le Conseil ne se prononce pas, bien évidemment, sur ce point, mais il est intéressant de noter que, pour le rapporteur public, il devrait en aller de même dans un contexte français, alors même que le juge national pourrait en théorie être plus strict que le juge européen. On approuvera cette perspective s'agissant de l'annulation, en l'absence de vice d'une particulière gravité. On pourrait avoir une autre approche s'agissant de la résiliation. A strictement parler, un tel vice ne paraît pas régularisable et il n'est pas évident qu'il y ait toujours un motif d'intérêt général à maintenir le contrat, surtout si le juge du contrat prononce une résiliation avec effet différé. On pourrait toutefois avoir une autre approche, s'agissant des accords-cadres sans maximum passés antérieurement au 1^{er} janvier 2022, date d'entrée en vigueur du nouveau texte, et dont l'illégalité n'était pas évidente pour les acheteurs avant que le Conseil d'Etat ne l'établisse par cet arrêt. En effet, l'indication selon laquelle ce différé ne s'applique qu'aux accords-cadres hors champ de la directive ne résulte pas du décret du 23 août 2021 lui-même, mais de la lecture qu'en fait le Conseil d'Etat en accord avec la position qu'il adopte ici... Aussi, il pourrait être jugé que l'illégalité ne se traduit que par des éventuels dommages et intérêts pour ceux qui, de bonne foi, ont passé des accords-cadres sans maximum jusqu'au 31 décembre 2021. En revanche, la résiliation voire l'annulation s'imposerait pour les accords-cadres ne respectant pas le texte entré en vigueur au 1^{er} janvier 2022. Mais la première solution étant assez innovante, il n'est pas non plus exclu que le juge adopte une résiliation avec effet différé pour tous les accords-cadres sans maximum passés antérieurement au 1^{er} janvier 2022.

1.3 Les caractéristiques et les avantages relatifs à l'offre retenue doivent inclure les raisons pour lesquelles l'offre n'a pas été considérée comme étant anormalement basse (TUE, 1^{er} décembre 2021, T-546/20, *Sopra Steria Benelux et Unisys Belgium / Commission*)

Cet arrêt concerne un marché passé par la Commission de Bruxelles mais son interprétation a vocation à s'étendre à tous les marchés passés en application des directives 2014/25 et 2014/25. En effet, la Commission européenne est tenue de respecter, pour ses propres marchés, des règles grandement inspirées des directives marchés par l'effet du règlement n°2018/1046 du 18 juillet 2018, relatif aux règles financières applicables au budget général de l'Union. En l'occurrence, il résulte de l'article 170, paragraphe 3 et du point 31.2 de l'annexe I dudit règlement que « *si un soumissionnaire évincé qui ne se trouve pas dans une situation d'exclusion et satisfait aux critères de sélection en fait la demande par écrit, le pouvoir adjudicateur communique, le plus tôt possible et en tout état de cause dans un délai de quinze jours à compter de la réception de cette demande, les caractéristiques et les avantages relatifs de l'offre retenue, le prix payé ou la valeur du marché ainsi que le nom de l'attributaire* » (§ 39 du jugement). Il s'agit d'une disposition miroir de l'article 55, c, de la directive 2014/24, de l'article 75.2, c de la directive 2014/25 et de l'article 40.1 de la directive concessions n°2014/23.

Pour le Tribunal, en substance, cet article doit être lu en combinaison avec le point 23.1 de l'annexe I du règlement financier prévoyant que, « *si, pour un marché donné, le prix ou les coûts proposés dans l'offre apparaissent anormalement bas, le pouvoir adjudicateur demande, par écrit, les précisions qu'il juge*

opportunes sur la composition du prix ou des coûts et donne au soumissionnaire concerné la possibilité de présenter ses observations ». Or, il a déjà jugé que, lorsqu'un acheteur s'interroge sur le caractère anormal d'une offre et qu'il demande des précisions au soumissionnaire, il doit ensuite communiquer au soumissionnaire évincé les raisons qui l'ont conduit à estimer que cette offre n'était pas anormalement basse (CJUE 15 octobre 2013, European Dynamics Belgium e.a./EMA, T-638/11, non publié, EU:T:2013:530, points 64 et 65) ou qu'elle l'était (CJUE 5 novembre 2014, Computer Resources International (Luxembourg)/Commission, T-422/11, EU:T:2014:927, points 39 et 40). En revanche, s'il ne s'interroge pas sur ce caractère anormalement bas, « il n'est pas tenu d'indiquer explicitement, en réponse à toute demande de motivation qui lui est présentée en application de l'article 113, paragraphe 2, du règlement financier, les raisons pour lesquelles l'offre qu'il a retenue ne lui est pas apparue comme anormalement basse. En effet, si ladite offre est retenue par le pouvoir adjudicateur, il s'ensuit implicitement mais nécessairement qu'il a considéré qu'il n'existait pas d'indices que ladite offre était anormalement basse » (TUE, 4 juillet 2017, European Dynamics Luxembourg e.a./Agence de l'Union européenne pour les chemins de fer », T-392/15, EU:T:2017:462, point 93).

Mais le Tribunal apporte une exception dans les circonstances de l'espèce : « *En effet, étant donné que le critère du prix a été déterminant dans le classement des offres et que le prix de l'offre retenue était le seul avantage relatif ayant caractérisé celle-ci, la Commission aurait dû, afin de répondre adéquatement à la demande des requérantes, fournir à tout le moins les informations ayant trait au pourcentage correspondant à la part du marché qui serait exécutée en sous-traitance ainsi qu'aux pays à partir desquels les services en cause seraient exécutés, ainsi qu'elle l'a fait dans le mémoire en défense et lors de l'audience, ce qui aurait permis aux requérantes de mieux comprendre les raisons de l'écart existant entre les prix des deux offres. De telles informations leur auraient également permis de disposer de suffisamment d'éléments pour connaître les raisons pour lesquelles la Commission avait considéré que l'offre retenue n'apparaissait pas anormalement basse et, dès lors, de contester éventuellement le bien-fondé de cette appréciation » (point 60).*

Il reste que ce jugement doit encore être confirmé par la CJUE pour que l'on puisse être certain qu'il y a lieu de l'appliquer dans le contexte des directives marchés et concessions. Le fait que la CJUE a déjà admis, sur appel d'un jugement du Tribunal, cette obligation de motivation auprès des candidats évincés lorsqu'il y a eu analyse approfondie du caractère anormalement bas d'une offre, pourrait faire pencher dans le sens de la confirmation de cette extension, même si - et surtout parce que - elle est circonscrite.

1.4 La disposition de la directive 2014/24 relative aux marchés réservés ne s'oppose pas à ce qu'un État membre impose des conditions supplémentaires par rapport à celles énoncées dans cette disposition (CJUE 6 octobre 2021, C-598/19, Conacee)

L'article en cause est le 20.1 de la directive 2014/24 qui dispose : « *Les États membres peuvent réserver le droit de participer aux procédures de passation de marchés publics à des ateliers protégés et à des opérateurs économiques dont l'objet principal est l'intégration sociale et professionnelle de personnes handicapées ou défavorisées, ou prévoir l'exécution de ces marchés dans le contexte de programmes d'emplois protégés, à condition qu'au moins 30 % du personnel de ces ateliers, opérateurs économiques ou programmes soient des travailleurs handicapés ou défavorisés ».*

La Cour juge que cet article n'empêche pas les Etats-membres d'ajouter des conditions plus strictes encore, même si cela peut conduire à exclure « *de ce fait des procédures de passation de marchés publics réservés certains opérateurs économiques qui remplissent les conditions prévues à ladite disposition* ».

Le raisonnement suivi par la Cour est intéressant à plusieurs égards et, même si elle concerne la législation espagnole, pourrait avoir un certain retentissement sur la législation française.

Pour admettre le principe de conditions supplémentaires, la Cour se fonde sur la genèse de l'article 20 § 1 de la directive 2014/24 : le législateur de l'Union, lorsqu'il a élargi le champ d'application personnel des procédures de passation de marchés publics réservés par cet article par rapport à ce qui existait dans la directive 2004/18, n'a pas eu pour intention d'aboutir à ce que les opérateurs économiques visés par cette disposition, qui emploient un pourcentage plus faible de personnes handicapées ou défavorisées, supplantent les opérateurs économiques répondant aux exigences plus strictes de l'article 19, paragraphe 1, de la directive 2004/18 qui lui précédait. « *Un tel résultat irait, d'ailleurs, à l'encontre de l'objectif poursuivi par l'article 20, paragraphe 1, de la directive 2014/24, qui, ainsi qu'il ressort du point 26 du présent arrêt, vise l'insertion des personnes handicapées ou défavorisées dans la société au moyen de l'emploi et du travail (...), ce qui risquerait de se produire si les États membres étaient tenus d'accepter la participation de tous les opérateurs économiques remplissant les conditions fixées à cet article 20, paragraphe 1, aux procédures de passation de marchés publics réservés. En effet, il existerait un risque que, dans une telle situation, des opérateurs économiques répondant aux exigences plus strictes qui étaient posées à l'article 19, paragraphe 1, de la directive 2004/18 soient contraints de licencier certains travailleurs handicapés ou défavorisés parmi les moins productifs afin d'être en mesure de participer à ces procédures de passation de marchés publics sur un pied d'égalité concurrentiel avec les opérateurs économiques dont seulement 30 % du personnel est constitué de travailleurs handicapés ou défavorisés* ».

Tout en adoptant le principe de conditions plus strictes, la Cour pose des bornes, tenant au nécessaire respect des principes d'égalité et de proportionnalité. Ainsi, le principe d'égalité signifie, notamment, que les soumissionnaires doivent se trouver sur un pied d'égalité au moment où ils préparent leurs offres et a pour objectif de favoriser le développement d'une concurrence saine et effective entre les entreprises participant à un marché public (CJUE 11 juillet 2019, Telecom Italia, C-697/17, EU:C:2019:599, points 32 et 33). Il convient donc de vérifier que les entreprises qui bénéficient de marchés réservés sont placées dans une situation différente des autres, ce qui peut être démontré notamment « *si elles sont en mesure de mettre en œuvre plus efficacement l'objectif d'insertion sociale poursuivi* » (point 41 de l'arrêt commenté). La juridiction de renvoi devra aussi déterminer si le principe de proportionnalité est respecté mais il est à noter que pour l'avocat général, la limitation aux seules entités dépourvues de but lucratif ou détenues par de telles entités sans but lucratif excède ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif en cause. La Cour constate enfin que la législation espagnole ne semble pas exclure des entreprises équivalentes provenant d'autres Etats-membres de l'Union européenne.

Les dispositions françaises sont certes bien différentes. Les articles L. 2113-12 à L. 2113-16 prévoient deux types de marchés réservés, pour les opérateurs économiques qui emploient des travailleurs handicapés et défavorisés ou pour les entreprises de l'économie sociale et solidaire. Certes, le Code prévient toute critique relative au risque de discrimination nationale en indiquant à chaque fois « ou équivalent ». Mais, au vu de la jurisprudence Conacee, on peut se poser la question de l'inégalité qui peut résulter, pour un

marché réservé à l'une de ces deux catégories, par rapport aux entreprises appartenant à l'autre catégorie de marché réservé.

1.5 Une candidature incomplète à une concession est un vice régularisable par le juge et l'arrêt de CAA jugeant le contraire peut faire l'objet d'un sursis à exécution ; un envoi complémentaire ne peut être considéré comme une nouvelle offre en dépit du renvoi à un site internet (CE 27 décembre 2021, n°455930, Société Tropezina Beach ; CE 20 décembre 2021, n°454801, Société TDS)

Les deux affaires ont pour points communs de concerner des attributions de sous-traités de concessions de plages sur la côte d'Azur et de faire montre de compréhension à l'égard des candidatures ou des offres incomplètes.

La première ajoute un élément contentieux inédit à notre connaissance, celui du prononcé d'un sursis à exécution d'un arrêt de CAA dans le cadre d'un recours Tarn-et-Garonne. L'article R. 821-5 du Code de justice administrative dispose en effet : « *La formation de jugement peut, à la demande de l'auteur du pourvoi, ordonner qu'il soit sursis à l'exécution d'une décision juridictionnelle rendue en dernier ressort si cette décision risque d'entraîner des conséquences difficilement réparables et si les moyens invoqués paraissent, en l'état de l'instruction, sérieux et de nature à justifier, outre l'annulation de la décision juridictionnelle, l'infirmer de la solution retenue par les juges du fond* ».

Or, le Conseil estime que « *l'exécution de l'arrêt attaqué, qui prononce la résiliation du contrat de concession, risque d'entraîner des conditions difficilement réparables pour la commune de Ramatuelle et la société Tropezina Beach Development, dès lors que cette résiliation imposerait la remise en état du lot de plage faisant l'objet du sous-traité de concession, et eu égard aux conséquences financières qu'elle emporterait pour le concessionnaire* ». Sur ce point, on peut suivre le juge administratif suprême et sa rapporteure publique en raison des investissements importants déjà réalisés par le candidat retenu (plus de trois millions d'euros), du coût d'une remise en état et de la perte de redevance d'occupation du domaine public que la résiliation pourrait entraîner. Il n'en va pas nécessairement de même quant aux moyens susceptibles de justifier l'annulation de l'arrêt de la CAA, même s'il est vrai qu'ils ne sont pas, par hypothèse, très détaillés dans l'arrêt du Conseil. Ils sont fondés sur le fait que la cour administrative d'appel de Marseille aurait, d'une part, commis une erreur de droit en jugeant que l'irrégularité affectant la présentation de l'offre de la société Tropezina Beach Development, qui a finalement été désignée attributaire, n'était pas susceptible d'être couverte par une mesure de régularisation ordonnée par le juge du contrat et, d'autre part, inexactement qualifié les faits de l'espèce en estimant que le vice qu'elle avait relevé devait entraîner la résiliation du traité de sous-concession paraissent sérieux et, en l'espèce, de nature à justifier, outre l'annulation de la décision juridictionnelle attaquée, son infirmer.

On peut trouver tout d'abord surprenant que les deux moyens paraissent séparés. En tant que tel, cela voudrait dire que même si le vice affectant la candidature de l'attributaire n'était pas régularisable par le juge, il ne pouvait néanmoins pas conduire à une résiliation du contrat. En l'occurrence, il résulte de l'arrêt d'appel que le formulaire DC1 n'était ni complété ni signé. Or la signature de ce formulaire était imposée par le règlement de la consultation, qui est obligatoire dans toutes ses dispositions (CE 23 novembre 2005, Société Axialogic, n°267494, Lebon T) et le caractère incomplet d'un formulaire DC1 entraîne l'irrégularité

de la candidature (v. pour l'absence de la signature d'un seul membre d'un groupement candidat : CE 3 octobre 2012, Département des Hauts-de-Seine, n°359921, Lebon T). Certes, le décret du 1^{er} février 2016 (et le Code de la commande publique à sa suite), applicable à l'espèce, offrait la possibilité à un pouvoir adjudicateur d'inviter un candidat à régulariser sa candidature, mais il ne s'agissait que d'une simple faculté.

A supposer même qu'il faille lire l'arrêt comme ne séparant pas les deux, c'est-à-dire comme signifiant que le fait que le vice était régularisable par le juge et qu'il ne pouvait donc prononcer la résiliation, il reste qu'il s'agit d'une position nouvelle. Dire que le caractère incomplet d'une candidature est un vice régularisable signifie que les pouvoirs adjudicateurs peuvent librement attribuer le contrat à une candidature incomplète du moment qu'en cas de recours, elle sera régularisable. Il est vrai qu'en l'espèce, il résulte de l'arrêt d'appel que le candidat avait produit les pièces manquantes dans son offre, ce qui pourrait expliquer la position du Conseil d'Etat. Mais même si ce fait a fondé sa position, cela conduit à une extension notable de la notion de vice régularisable par le juge du recours Tarn-et-Garonne.

La deuxième affaire concernait un référé précontractuel. La commune avait rejeté une offre comme irrecevable au motif du caractère incomplet de la deuxième offre. Elle se fondait sur l'article R. 2151-6 du Code de la commande publique, aux termes duquel « *Le soumissionnaire transmet son offre en une seule fois. Si plusieurs offres sont successivement transmises par un même soumissionnaire, seule est ouverte la dernière offre reçue par l'acheteur dans le délai fixé pour la remise des offres.* ». Pour le Conseil, « *d'une part, ces dispositions, outre qu'elles ne sont pas applicables à la passation des concessions, n'ont pas pour effet de conduire à regarder toute transmission comme une offre. D'autre part, le seul renvoi par le règlement de la consultation à un guide d'utilisation de la plateforme où devaient être déposées les offres sur lequel figurait la mention selon laquelle « Si vous devez modifier ou rajouter une pièce à votre réponse déjà déposée : tout déposer à nouveau et au complet car le dernier envoi prévaut !!!* ». Pour le Conseil, un tel renvoi ne pouvait, en tout état de cause, dispenser l'autorité concédante de constater que la seconde transmission ne comportait qu'un document et ne pouvait être raisonnablement regardée comme se substituant au dossier de candidature transmis antérieurement. Autrement dit, il ne saurait y avoir de règlement de consultation par renvoi à un site internet.

Les conclusions précisent, au demeurant, que même dans l'hypothèse d'un marché public, l'article R. 2151-6 précité ne dispenserait pas de vérifier que le dernier envoi constitue bel et bien une nouvelle offre. Il s'appuyait sur le fait que, en dépit du principe d'intangibilité des offres, le Conseil a déjà admis la possibilité de rectifier une erreur matérielle qui ne saurait être invoquée de bonne foi par un candidat évincé (CE 21 septembre 2011, Département des Hauts-de-Seine, n° 349149, A). Il n'aurait pu en aller autrement, pour le rapporteur public, que si le règlement de consultation avait précisé explicitement l'impossibilité de compléter une offre.

1.6 Une convention passée entre la région PACA et SNCF Mobilités lui confiant l'exploitation des services ferroviaires régionaux est contraire aux critères de la jurisprudence *Altmark* et doit être annulée (CAA Marseille 19 janvier 2002, n°19MA05647, *SNCF Mobilités*)

Cet arrêt d'une cour administrative d'appel risque de faire l'effet d'une « bombe » dans le landernau des conventions du transport ferroviaire régional de personnes.

En application de la convention ayant confié les services ferroviaires régionaux à la SNCF pour dix ans, le conseil régional PACA avait décidé de fixer le montant de la contribution prévisionnelle régionale annuelle au titre du service de 2016 à 241 610 588 euros TTC, sous réserve de réajustements en fonction des services réellement effectués et des recettes connues à la fin de l'année 2016, et a, au vu d'un trop-perçu de 10 148 071 euros TTC au titre de 2014, refusé tout versement complémentaire. SNCF Mobilités ayant vu sa demande de supplément de 40 328 682 euros rejetée, elle attaqua ce refus devant le tribunal administratif de Marseille sur un fondement contractuel ou, à titre subsidiaire, sur un fondement quasi-contractuel. Celui-ci rejeta cette demande en annulant, comme illicite, le contrat, au motif que le mécanisme de prise en charge par la région des charges forfaitaires ne permettait pas de s'assurer de ce que la compensation ne dépasserait pas les charges résultant des obligations de service public. Il décida en outre, avant de statuer sur la demande présentée par la SNCF Mobilité sur un fondement quasi-délictuel, de prescrire une expertise pour déterminer le montant des charges de SNCF Mobilités et, le cas échéant, le préjudice financier indemnisable subi par cette dernière. SNCF Mobilités ayant fait appel de ce jugement, elle s'est ensuite désistée de ses demandes de condamnations, ne maintenant que sa contestation de l'annulation du contrat.

La cour administrative d'appel confirme le jugement selon un raisonnement qui paraît parfaitement orthodoxe, conformément aux conclusions de son rapporteur public Renaud Thiélé. Sans entrer dans le détail d'une rédaction particulièrement motivée, il résulte de l'arrêt que le système de subventions régionales en cause ne permet pas de caractériser une véritable compensation pour obligations de service public (COSP). On sait que cette notion a été introduite par la jurisprudence *Altmark Trans GmbH* du 24 juillet 2003 (n° C 280/00) qui, par dérogation à l'obligation de notification préalable de toute aide nouvelle, considère qu'une véritable COSP n'est pas qualifiable d'aide d'Etat. Mais les quatre conditions posées sont assez strictes : l'entreprise bénéficiaire doit effectivement être chargée de l'exécution d'obligations de service public et ces obligations doivent être clairement définies, les paramètres sur la base desquels est calculée la compensation doivent être préalablement établis de façon objective et transparente, afin d'éviter qu'elle comporte un avantage économique susceptible de favoriser l'entreprise bénéficiaire par rapport à des entreprises concurrentes, la compensation ne saurait dépasser ce qui est nécessaire pour couvrir tout ou partie des coûts occasionnés par l'exécution des obligations de service public, en tenant compte des recettes y relatives ainsi que d'un bénéfice raisonnable pour l'exécution de ces obligations et enfin, lorsque le choix de l'entreprise à charger de l'exécution d'obligations de service public, dans un cas concret, n'est pas effectué dans le cadre d'une procédure de marché public permettant de sélectionner le candidat capable de fournir ces services au moindre coût pour la collectivité, le niveau de la compensation nécessaire doit être déterminé sur la base d'une analyse des coûts qu'une entreprise moyenne, bien gérée et adéquatement équipée en moyens de transport afin de pouvoir satisfaire aux exigences de service public requises, aurait encourus pour exécuter ces obligations, en tenant compte des recettes y relatives ainsi que d'un bénéfice raisonnable pour l'exécution de ces obligations.

La jurisprudence *Altmark* a fait l'objet d'une explicitation par un règlement CE 1370/2007 du 23 octobre 2007, règlement que SNCF Mobilités jugeait inapplicable *ratione temporis* au contrat conclu en 2006. Mais la Cour de justice de l'Union européenne a jugé, dans sa décision du 6 octobre 2015, *Commission*

européenne c. Jørgen Andersen (C 303 13/P, point 54), que les règles du règlement CE 1370/2007 du 23 octobre 2007 relatives aux aides d'Etat s'appliquaient aux aides versées à compter du 3 décembre 2009, même en vertu d'un contrat conclu antérieurement à la date d'entrée en vigueur de ce règlement, comme le rappelle la CAA. En tout état de cause, cette dernière indique que, même si le règlement avait été inapplicable, la jurisprudence *Altmark* s'imposait directement. On ne saurait qu'approuver cette position puisque, à juger le contraire, il aurait fallu ne pas faire application de la notion de COSP, estimer que l'aide en question était nouvelle et, n'ayant pas fait l'objet d'une notification préalable, la considérer comme illégale au sens du droit européen des aides d'Etat. Or, on sait qu'une telle aide illégale doit conduire le juge à annuler un contrat qui la met en œuvre, à moins que la Commission n'ait, entre temps, jugé l'aide compatible avec le droit de l'Union européenne (CE 25 juin 2020, Société Transports Rapides Automobiles, n°418446).

Du point de vue contentieux, on notera que l'annulation avait été prononcée par le tribunal administratif sans qu'une partie la demande. Il a donc statué *ultra petita* mais aucune partie n'a soulevé ce point et il ne s'agit pas d'un moyen d'ordre public (CE Section, 13 octobre 1961, Ville de Marseille, au recueil Lebon p. 567). Au demeurant, il a été jugé récemment que le juge peut prononcer l'annulation alors même que la demande ne portait que sur une demande de résiliation (CE 9 juin 2021, n° 438047, commenté dans une précédente chronique). Il est vrai qu'en l'espèce, le TA avait franchi un pas supplémentaire car dans l'affaire du 9 juin 2021, le requérant s'était placé explicitement dans le cadre d'un recours Béziers 1, contrairement à l'affaire ici commentée.

En tout état de cause, la solution rendue ici est susceptible de connaître de nombreuses applications dans le cadre du deuxième volet de la jurisprudence Béziers I – le plus souvent invoqué en pratique – que l'on se bornera ici à rappeler : « *Considérant, en second lieu, que, lorsque les parties soumettent au juge un litige relatif à l'exécution du contrat qui les lie, il incombe en principe à celui-ci, eu égard à l'exigence de loyauté des relations contractuelles, de faire application du contrat ; que, toutefois, dans le cas seulement où il constate une irrégularité invoquée par une partie ou relevée d'office par lui, tenant au caractère illicite du contenu du contrat ou à un vice d'une particulière gravité relatif notamment aux conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement, il doit écarter le contrat et ne peut régler le litige sur le terrain contractuel* ». Il est donc permis aux autres régions, le cas échéant, et même pour les nouvelles conventions placées après mise en concurrence, de se placer dans ce sillon...

2. Brèves

1. L'ordonnance n° 2021-1490 du 17 novembre 2021 étend, pour les autorités contractantes, le champ d'application de l'obligation d'achat et d'utilisation de véhicules à faibles et à très faibles émissions tout en rehaussant les proportions minimales et quatre décrets du 17 novembre 2021 précisent ces notions et critères. Ces textes transposent la directive (UE) 2019/1161 du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2019.
2. La loi n° 2021-1485, 15 novembre 2021, visant à réduire l'empreinte environnementale du numérique en France, impose, en son article 15, à l'État et aux collectivités territoriales et leurs à leurs groupements, à compter du 1er janvier 2023, à prendre en compte l'indice de réparabilité lors de l'achat public de produits numériques disposant d'un tel indice (V. C. envir., art. L. 541-9-2). A compter du 1er janvier 2026, ils devront prendre en compte l'indice de durabilité lors de l'achat public de produits numériques disposant d'un tel indice (V. C. envir., art. L. 541-9-2).
3. Les marchés globaux de performance énergétique à financement privé déclarés inconstitutionnels...temporairement. L'amendement gouvernemental au projet de loi de finances, évoqué longuement dans la précédent chronique, a été déclaré inconstitutionnel comme constituant un « cavalier législatif » (Décision n° 2021-833 DC du 28 décembre 2021). Il n'est pas impossible qu'il soit réintroduit ultérieurement d'après nos informations.
4. **Les dispositions relatives aux motifs pénaux d'exclusion de la commande publique ne sont pas inconstitutionnelles car ces cas d'exclusions ne sont pas constitutifs de punitions et ne portent pas atteinte à des principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France (Décision n° 2021-966 QPC du 28 janvier 2022).**
5. Ont le caractère de travaux publics les travaux immobiliers répondant à une fin d'intérêt général et qui comportent l'intervention d'une personne publique, soit en tant que collectivité réalisant les travaux, soit comme bénéficiaire de ces derniers. Les travaux de démolition à l'origine du dommage allégué ont été opérés sur un terrain privé destiné à accueillir une opération de promotion immobilière comprenant la réalisation de logements et de commerces, sous la maîtrise d'ouvrage d'une société, et n'ont donc pas été réalisés pour le compte d'une personne publique (TC 10 janvier 2022, n°C4228, classé C).
6. Une commune concédante est recevable à demander l'annulation d'une convention conclu par son concessionnaire sans son autorisation (CE 12 octobre 2021, n° 446457, Commune du Lavandou).
7. Les documents relatifs à la cession par l'État de biens appartenant au domaine privé sont communicables, sauf pour les informations protégées par le secret des affaires qui révéleraient la stratégie commerciale des cessionnaires. Il s'agissait en l'occurrence des documents relatifs à la cession des équipements (boîtiers et badges) acquis lors de la résiliation du contrat de partenariat sur l'Écotaxe (CE 14 octobre 2021, n° 437004, Sté Axxès).

8. Le droit exclusif d'exploiter un bien du domaine privé d'une commune, en l'occurrence un palace 5 étoiles de Biarritz, ne constitue pas nécessairement une autorisation d'exercer une activité de service dont le nombre est limité et peut donc être concédé sans mise en concurrence préalable (CAA Bordeaux, 2 novembre. 2021, n° 19BX03590) ; Voir, dans le même sens, CAA Nancy, 21 octobre 2021, n° 20NC00365.
9. Un marché public confié à une société privée des missions administratives incombant à un secrétaire de mairie doit être annulé car seul le recrutement d'un agent contractuel permet de remédier, à titre temporaire, à la vacance d'un poste de secrétaire de mairie (CAA Nantes 29 octobre 2021, n° 20NT02088).
10. Une déclaration sans suite en raison d'une mauvaise évaluation du besoin – la prestation informatique était déjà couverte par un autre marché – est constitutive d'un motif d'intérêt général n'ouvrant pas droit à l'indemnisation du manque à gagner (CAA Marseille, 25 oct. 2021, n° 19MA02455, Sté W4W)
11. La modification de l'index de révision des prix ne bouleverse pas, en l'espèce, l'économie d'un marché (CAA Marseille, 25 oct. 2021, n° 20MA00348)
12. La méconnaissance du principe d'inaliénabilité du domaine public ne constitue pas une cause d'inexistence de l'acte détachable » de la cession (CAA Nancy, 21 oct. 2021, n° 19NC03523)
13. En retenant une offre comportant un produit biocide dépourvu d'autorisation de mise sur le marché, le pouvoir adjudicateur a entaché le marché d'illicéité et celui-ci doit être annulé (CAA Marseille, 25 octobre 2021, n° 20MA03008).