



LETRE JURIDIQUE DES CONTRATS PUBLICS

Mai 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 L'exercice d'un recours devant un comité consultatif de règlement amiable des différends n'interrompt pas le délai du recours « Béziers II » contre la décision de résiliation ; la compétence des CCRA ne s'étend pas aux décisions de résiliation (CE 12 avril 2022, n°452601, <i>Société agence d'architecture Frederic Nicolas</i> , classé B).....	2
1.2 Le délai d'action de 10 ans de l'article 1792-4-3 du Code civil s'applique aux actions en responsabilité dirigées par le maître de l'ouvrage contre les constructeurs ou leurs sous-traitants (CE 12 avril 2022, n° 448946, <i>Société Arest</i> , classé B).....	3
1.3 La demande tendant à ce qu'il soit enjoint à une personne publique de mettre fin à son comportement fautif ou à un dommage de travaux publics est recevable si elle vient en complément d'une demande indemnitaire (CE 12 avril 2022, n°458176, <i>SCI La Closerie</i> , classé A).....	5
1.4 Une méthode d'évaluation consistant en l'attribution de flèches et non de notes est légale en cas de simple hiérarchisation des critères (CE 3 mai 2022, n°459678, 460089, 460090, 460154, 460155, 460724, <i>Commune de Saint-Cyr-sur-Mer</i>)	7
1.5 La jurisprudence Czabaj s'applique au recours Tarn-et-Garonne (CAA Marseille, 25 avril 2022, n°19MA05387, <i>Société Seateam Aviation</i> , classé C+)	8
2. Brèves	10

1. Actualité textuelle ou jurisprudentielle commentée

1.1 L'exercice d'un recours devant un comité consultatif de règlement amiable des différends n'interrompt pas le délai du recours « Béziers II » contre la décision de résiliation ; la compétence des CCRA ne s'étend pas aux décisions de résiliation (CE 12 avril 2022, n°452601, Société agence d'architecture Frederic Nicolas, classé B)

Cet arrêt du Conseil d'Etat confirme un arrêt de la Cour administrative d'appel de Marseille qui avait eu les honneurs du recueil Lebon, ce qui pouvait laisser présager, sans la garantir, cette issue.

L'apport de cet arrêt au droit des contrats administratifs est double.

En premier lieu, il juge que le recours exercé devant un comité consultatif de règlement amiable des marchés publics contre la décision de résiliation d'un contrat administratif n'interrompt pas le délai du recours contentieux de l'action en reprise des relations contractuelles, dit recours « Béziers II ». La solution était prévisible : si le principe tient à ce qu'un recours administratif a un effet interruptif (CE Section 10 juillet 1964, Centre médico-pédagogique de Beaulieu, n° 60408, Rec. p. 399, principe codifié à l'article L. 411-2 du Code des relations entre le public et l'administration (CRPA) et étendu à un recours en contestation de la validité d'un contrat par CE 28 juin 2019, Société Plastic Omnium, n° 420776, B), il a été écarté pour les recours administratifs contre des décisions de résiliation par l'arrêt Proresto (CE 30 mai 2012, n° 357151, Rec. p. 237), dont l'arrêt commenté reprend le considérant de principe : « *Eu égard aux particularités de ce recours contentieux, à l'étendue des pouvoirs de pleine juridiction dont le juge du contrat dispose et qui peut le conduire, si les conditions en sont satisfaites, à ordonner la reprise des relations contractuelles ainsi qu'à l'intervention du juge des référés pour prendre des mesures provisoires en ce sens, l'exercice d'un recours administratif pour contester cette mesure, s'il est toujours loisible au cocontractant d'y recourir, ne peut avoir pour effet d'interrompre le délai de recours contentieux. Il en va ainsi quel que soit le motif de résiliation du contrat et notamment lorsque cette résiliation est intervenue en raison des fautes commises par le cocontractant. Au demeurant, dans cette dernière hypothèse, la personne publique est toujours dans l'obligation de mettre le cocontractant en mesure de faire valoir ses observations avant l'intervention de cette décision* ». On pourrait certes discuter l'argument, présent dans les conclusions de 2012 et 2022, lié à l'absence d'utilité du recours gracieux, au moins dans le cas, qui n'existait pas en 2012, de la résiliation pour motif d'illégalité (CE 10 juillet 2020, Société comptoir négoce, n°430864) : étant considéré comme un motif d'intérêt général, la personne publique n'est pas tenue de mettre en demeure le cocontractant de donner son avis. Il est vrai, en revanche, que l'allongement des délais qui résulterait d'un effet interruptif est peu compatible avec le recours en reprise des relations contractuelles qui suppose que le contrat ne soit pas exécuté (ou réattribué cf. CE 27 février 2019, Département de Seine-Saint-Denis, n°414114, B) quand le juge se prononce, que ce soit sur le fond ou en référé suspension. Quoiqu'il en soit, le Conseil d'Etat n'a pas jugé nécessaire d'apporter une exception à l'exception en matière de saisine d'un comité consultatif de règlement amiable, dont les règles sont désormais codifiées aux articles R. 2197-1 et suivants du CCP. Ces règles ne plaident pas en leur faveur au regard de l'exigence de célérité puisque, selon l'article 8 du décret du 8 décembre 2010 applicable au marché en cause, le CCRA disposait d'un délai de 6 mois pour se prononcer sur le différend qui lui est soumis, ce délai pouvant être prorogé sur décision du président du comité (délai codifié aujourd'hui à l'article D. 2197-21 CCP).

La solution dégagée à propos du décret de 2010 est sans aucun doute transposable aujourd'hui, en dépit de la présence d'une règle qui n'existait pas en 2010 : l'article R. 2197-16 CCP dispose que « *La saisine*

d'un comité consultatif de règlement amiable des différends interrompt les délais de recours contentieux pour les marchés qui sont des contrats administratifs jusqu'à la notification de la décision prise par l'acheteur sur l'avis du comité ». C'est là que le deuxième apport de l'arrêt prend tout son sens.

En deuxième lieu en effet, le Conseil d'Etat juge dans cet arrêt *Société agence d'architecture Frederic Nicolas* que « *la compétence de ce comité ne s'étend toutefois pas aux litiges tendant exclusivement à la reprise des relations contractuelles, qui relèvent de la seule compétence du juge du contrat* », sans trop s'étendre sur les raisons qui l'ont poussé à cette approche. Marc Pichon de Vendeuil s'est épanché plus longuement dans ces conclusions sur ces raisons : le concept d'exécution « *recoupe plusieurs catégories d'actes : les mesures d'application proprement dites, les mesures de modification et les mesures de résiliation (...) nous n'avons guère de doutes à vous proposer de retenir en l'espèce une conception stricte de la notion d'exécution du marché s'agissant de la compétence des CCRA. Pour le dire simplement, l'exécution du marché, au sens des dispositions que nous avons citées, n'inclut pas cette mesure particulière que constitue la décision de résiliation du marché, et encore moins une éventuelle action subséquente en reprise des relations contractuelles. Cette position nous paraît solidement fondée, tant en théorie qu'en pratique. Sur le plan théorique, une éventuelle reprise des relations contractuelles intervient après qu'il a été mis fin, par une mesure de résiliation, à la vie du contrat. Il ne s'agit donc plus de se prononcer sur la façon d'exécuter le contrat, mais seulement sur celle de savoir s'il est possible de le remettre en vigueur : ce n'est pas une question d'exécution du contrat stricto sensu mais une question d'extinction (et, le cas échéant, de résurrection !). De manière plus pragmatique, nous ne pouvons que souligner que dès lors que la décision de résiliation a été prise par l'administration, la conciliation n'a plus vraiment de sens, seul le recours Béziers II devant le juge du contrat permettant, le cas échéant, de débloquer la situation en faveur du cocontractant* ».

Le Conseil d'Etat réserve toutefois le cas de la contestation du décompte de résiliation, qui relève donc de la compétence des CCRA, ce que n'avait pas fait le rapporteur public. Mais il lui donne raison pour le reste. La position pouvait surprendre puisque la jurisprudence Béziers II a fait de la résiliation une mesure d'exécution du contrat, ce qui paraît donc difficilement conciliable avec le fait de dire que, pour la compétence des CCRA, elle n'est pas une mesure d'exécution du contrat, sauf en considérant que c'est « au sens de ». Le plus surprenant est probablement d'avoir jugé, avec l'arrêt Béziers II du 21 mars 2011, que la mesure de résiliation est une mesure d'exécution.

1.2 Le délai d'action de 10 ans de l'article 1792-4-3 du Code civil s'applique aux actions en responsabilité dirigées par le maître de l'ouvrage contre les constructeurs ou leurs sous-traitants (CE 12 avril 2022, n° 448946, Société Arest, classé B)

La réforme des prescriptions du Code civil portée par la loi du 17 juin 2008 n'en finit pas de poser des questions au juge administratif, en particulier en matière contractuelle. Si le principe d'application de cette réforme aux personnes publiques, en dépit de la disparition de leur mention dans le Code civil à la suite d'une erreur de plume de ladite loi, ne fait plus débat, il n'est pas exclu que le juge administratif puisse y déroger. C'est ce qu'il a fait, par exemple, à propos de l'action en contestation de validité des contrats administratifs par les parties qui courent, a minima, pendant toute la durée du contrat (CE Sect. 1^{er} juillet 2019, n°412243, Association pour le musée des Iles Saint-Pierre et Miquelon).

Dans l'arrêt *Société Arest* ici commenté, était en cause une action en responsabilité contractuelle d'un maître d'ouvrage contre un maître d'œuvre, lequel a la qualité de constructeur au sens de l'action en garantie décennale. Mais cette dernière n'était pas ici en jeu, s'agissant d'une action en responsabilité contractuelle faisant suite à la condamnation d'un département à indemniser un constructeur du fait des surcoûts résultant de la réalisation de plans d'exécution et de notes de calcul et de la moitié des surcoûts générés par la modification du plan constructif initial. Deux prescriptions pouvaient trouver à s'appliquer : celle de droit commun, fixée désormais à 5 ans en vertu de l'article 2224 du Code civil et celle de 10 ans à compter de la réception des travaux, fixée à l'article 1792-4-3 du Code civil, qui concerne les actions exercées à l'encontre des constructeurs et de leurs sous-traitants à l'exception de la garantie biennale et de la garantie décennale.

Le rapporteur public n'a pas eu de mal à convaincre le Conseil d'Etat de rejeter deux moyens du requérant qui estimait que cet article n'était personnellement et matériellement pas applicable.

Sur l'application *ratione personae*, on comprend des conclusions que le pourvoi estimait que l'article 1792-4-3 ne s'appliquait qu'aux actions entre constructeurs ou entre constructeurs et sous-traitants. Or la Cour de cassation (Civ. 3ème, 16 janvier 2020, M. Jeanjean, n° 18-25.915, Bull. III) l'a elle-même exclu, explique le rapporteur public, « *au regard de la place qu'occupe cette règle dans le code civil, où elle s'inscrit dans un ensemble normatif consacré aux contrats de louage d'ouvrage et d'industrie, et, d'autre part, par le fait que la réception des travaux ne peut être le point de départ du délai d'une action d'un constructeur contre un autre constructeur car il s'agit d'un acte relatif à l'exécution d'un contrat qui n'a d'effet que sur les relations contractuelles entre les parties au contrat (3ème Civ., 8 février 2012, n° 11-11.417, Bull. III, n° 23)* ». C'est le premier argument qui convainc le Conseil d'Etat puisqu'il indique que « *ces dispositions, figurant dans une section du Code civil relative aux devis et marchés et insérées dans un chapitre consacré aux contrats de louage d'ouvrage et d'industrie, ont vocation à s'appliquer aux actions en responsabilité dirigées par le maître de l'ouvrage contre les constructeurs ou leurs sous-traitants* », après avoir précisé que le délai de droit commun de 5 ans s'applique dans les actions entre constructeurs. Le rapporteur public ajoutait que « *La solution n'était certes pas tout à fait évidente au vu de la généralité des termes de l'article 1792-4-3, mais la jurisprudence judiciaire étant désormais fixée, nous ne voyons aucun motif propre au droit public qui vous conduirait à vous en éloigner sur ce point* ». Autrement dit, les actions du maître de l'ouvrage, qu'il soit public ou privé, contre les constructeurs ou sous-traitants relèvent du délai de 10 ans (à l'exception de la garantie biennale)

Sur l'application *ratione materiae*, le rapporteur public notait qu'il ressort tant des conditions d'adoption de ces dispositions que de leur lettre-même que leur champ d'application est plus large que celui de l'article 1792 du Code civil relatif à la garantie décennale. Le rapporteur public soulignait aussi que la loi du 17 juin 2008 avait codifié ce délai spécifique de 10 ans qui avait été dégagé par la Cour de cassation par dérogation à l'ancien délai de droit commun de 30 ans (Civ. 3ème 16 octobre 2002). Cette action est donc bien distincte de l'action en garantie décennale, même si elle est actuellement soumise au même délai d'action. La garantie décennale n'en présente pas moins toujours un intérêt puisqu'elle n'implique pas d'établir une faute du constructeur contrairement donc à l'action de l'article 1792-4-3, lequel permet toutefois d'aller rechercher la responsabilité des sous-traitants et ne requiert pas d'établir que l'ouvrage est impropre à sa destination.

La Cour de cassation a récemment jugé que le délai de l'article 1792-4-3 du Code civil est un délai de forclusion et que la reconnaissance par le débiteur du droit de celui contre lequel il prescrivait n'interrompt pas le délai de forclusion (Civ. 3e, 10 juin 2021, FS-P+R, n° 20-16.837). Le Conseil d'Etat appliquant la distinction entre forclusion et prescription, on peut penser qu'il adopterait la même position.

1.3 La demande tendant à ce qu'il soit enjoint à une personne publique de mettre fin à son comportement fautif ou à un dommage de travaux publics est recevable si elle vient en complément d'une demande indemnitaire (CE 12 avril 2022, n°458176, SCI La Closerie, classé A)

Cet avis contentieux concerne indirectement les contrats administratifs, en tant que la personne publique n'a pas réalisé des travaux publics. Il est en outre classé A et a été rendu contrairement aux conclusions du rapporteur public, ce qui est toujours de nature à accroître l'intérêt.

Le contexte était le suivant : la SCI La Closerie, propriétaire d'un bien immobilier régulièrement inondé lors des crues du ruisseau voisin, a saisi le tribunal administratif de Pau de conclusions tendant à ce qu'il soit enjoint à la commune et au syndicat intercommunal des rivières des bassins de l'Adour landais d'installer des clapets anti-retours sur les exutoires des réseaux d'eau de pluie et de procéder au nettoyage complet de ce cours d'eau non domanial, sans toutefois demander des indemnités. Le TA a saisi le Conseil d'Etat d'une demande d'avis, auquel le CE répond de la manière suivante :

« 1. La personne qui subit un préjudice direct et certain du fait du comportement fautif d'une personne publique peut former devant le juge administratif une action en responsabilité tendant à ce que cette personne publique soit condamnée à l'indemniser des conséquences dommageables de ce comportement.

2. Elle peut également, lorsqu'elle établit la persistance du comportement fautif de la personne publique responsable et du préjudice qu'elle lui cause, assortir ses conclusions indemnitaires de conclusions tendant à ce qu'il soit enjoint à la personne publique en cause de mettre fin à ce comportement ou d'en pallier les effets. De telles conclusions à fin d'injonction ne peuvent être présentées qu'en complément de conclusions indemnitaires.

3. De la même façon, le juge administratif ne peut être saisi, dans le cadre d'une action en responsabilité sans faute pour dommages de travaux publics, de conclusions tendant à ce qu'il enjoigne à la personne publique de prendre les mesures de nature à mettre fin au dommage ou à en pallier les effets, qu'en complément de conclusions indemnitaires ».

Le premier paragraphe n'appelle pas de commentaire tant il est évident...depuis au moins l'arrêt Blanco de 1873.

Les deux suivants s'inscrivent dans une certaine continuité de deux précédents jurisprudentiels. Le premier concerne la décision du 27 juillet 2015, n° 367484, M. Baey, (rec. p. 285), qui a, pour la première fois, reconnu un pouvoir d'injonction à titre principal dans le cadre d'un recours en responsabilité dans

ces termes : « lorsque le juge administratif statue sur un recours indemnitaire tendant à la réparation d'un préjudice imputable à un comportement fautif d'une personne publique et qu'il constate que ce comportement et ce préjudice perdurent à la date à laquelle il se prononce, il peut, en vertu de ses pouvoirs de pleine juridiction et lorsqu'il est saisi de conclusions en ce sens, enjoindre à la personne publique en cause de mettre fin à ce comportement ou d'en pallier les effets ». Le pouvoir d'injonction était donc en l'espèce lié, d'une part, au caractère continu de la faute et du préjudice et, d'autre part, à la présence d'une demande indemnitaire.

Le deuxième précédent touche à la mise en œuvre du premier dans le domaine particulier des dommages de travaux publics. Il juge que, « pour apprécier si la personne publique commet, par son abstention, une faute, il lui incombe, en prenant en compte l'ensemble des circonstances de fait à la date de sa décision, de vérifier d'abord si la persistance du dommage trouve son origine non dans la seule réalisation de travaux ou la seule existence d'un ouvrage, mais dans l'exécution défectueuse des travaux ou dans un défaut ou un fonctionnement anormal de l'ouvrage et, si tel est le cas, de s'assurer qu'aucun motif d'intérêt général, qui peut tenir au coût manifestement disproportionné des mesures à prendre par rapport au préjudice subi, ou aucun droit de tiers ne justifie l'abstention de la personne publique. En l'absence de toute abstention fautive de la personne publique, le juge ne peut faire droit à une demande d'injonction, mais il peut décider que l'administration aura le choix entre le versement d'une indemnité dont il fixe le montant et la réalisation de mesures dont il définit la nature et les délais d'exécution. Pour la mise en œuvre des pouvoirs décrits ci-dessus, il appartient au juge, saisi de conclusions tendant à ce que la responsabilité de la personne publique soit engagée, de se prononcer sur les modalités de la réparation du dommage, au nombre desquelles figure le prononcé d'injonctions, dans les conditions définies au point précédent, alors même que le requérant demanderait l'annulation du refus de la personne publique de mettre fin au dommage, assortie de conclusions aux fins d'injonction à prendre de telles mesures. Dans ce cas, il doit regarder ce refus de la personne publique comme ayant pour seul effet de lier le contentieux » (CE Section du 6 décembre 2019, Syndicat des copropriétaires du Monte-Carlo Hill, n° 417167, Rec. p. 445).

Citant cet arrêt, le rapporteur public explique, dans ses conclusions sur l'avis commenté, que la question posée par le TA de Pau de savoir s'il faut « étendre » cette solution à la responsabilité pour faute, n'a pas lieu d'être puisqu'elle l'est déjà étendue dans le cadre des dommages de travaux publics, ces derniers pouvant concerner tant la responsabilité pour faute que sans faute.

Mais il proposait de se servir de la demande d'avis pour aller plus loin et reconnaître la possibilité pour la victime d'un préjudice continu de choisir entre action indemnitaire et injonction pour faire cesser la cause du préjudice. Il avançait des arguments assez convaincants : « En effet, dès lors que, comme le retiennent tant vos décisions Baey que Monte-Carlo Hill, la victime d'un préjudice persistant a désormais le choix et peut solliciter du juge administratif une mesure tendant à ce qu'il soit mis fin à ce qui cause la persistance de ce préjudice, on ne voit plus très bien pourquoi il faudrait, préalablement à cette demande, qu'elle présente des conclusions indemnitaires au sens strict de ce terme. En réalité, à travers ses pouvoirs d'injonction, le juge de la responsabilité administrative manie désormais lui aussi – indirectement, certes – la plume ou la gomme : la plume qui signe le chèque pour réparer le dommage ou la gomme qui efface la cause du dommage. C'est au demeurant logique : si la condamnation indemnitaire répare un préjudice passé, l'injonction a, elle, pour objet de prévenir sa réitération présente ou future. Il s'agit donc de deux

modalités différentes, qu'elles soient complémentaires ou alternatives, d'assurer le droit de la victime à ne pas subir un préjudice ».

Le Conseil d'Etat ne l'a pas suivi et précise donc que la demande indemnitaire est un préalable, tant pour les demandes d'injonction dans le cadre d'une responsabilité pour faute persistante, dans tous domaines, que pour les demandes d'injonction dans le cadre d'une responsabilité sans faute dans le domaine des travaux publics, signifiant au passage qu'il n'entend pas étendre cette possibilité dans les autres cas de responsabilité sans faute.

L'explication n'est pas à rechercher dans le souci de ne pas multiplier les demandes d'injonction dans des domaines où le préjudice n'est pas avéré puisqu'en tout état de cause, il faut un préjudice. La position du Conseil d'Etat peut s'expliquer par son désir de distinguer les procédures au fond des procédures de référé puisque la victime pourrait actionner le référé mesure utile voire le référé liberté si les conditions sont remplies. Elle pousse néanmoins les requérants à rechercher systématiquement l'indemnisation, là où ils pourraient se contenter de simplement demander à mettre fin à la cause de leur préjudice, ce qui n'est pas de nature à préserver les finances publiques...

1.4 Une méthode d'évaluation consistant en l'attribution de flèches et non de notes est légale en cas de simple hiérarchisation des critères (CE 3 mai 2022, n°459678, 460089, 460090, 460154, 460155, 460724, Commune de Saint-Cyr-sur-Mer)

La jurisprudence en matière de méthodes de notation (ou d'évaluation) des offres est bien balisée dans le domaine des marchés publics. La Cour de justice a indiqué qu'elles ne devaient pas modifier les critères d'attribution du marché définis dans le cahier des charges ou leur pondération relative ni induire un effet discriminatoire à l'égard de l'une des offres (CJUE, 24 novembre 2005, ATI EAC e Viaggi di Maio, aff. C-331/04 ; CJUE, 14 juillet 2016, TNS Dimarso, aff. C-6/15). Le Conseil d'Etat lui a emboîté le pas (CE 3 novembre 2014, n°373362, Commune de Belleville-sur-Loire, au Recueil) et a sanctionné, par exemple, une méthode conduisant à ne pas attribuer la meilleure note, sur le critère prix, à l'offre la moins chère (CE 29 octobre 2013, Val d'Oise Habitat, n° 370789, aux Tables) ou attribuant la note de 20/20 à l'offre la moins chère et de 0/20 à l'offre la plus chère quel que soit l'écart de prix entre les deux (CE 24 mai 2017, ministre de la défense c/ société techno Logistique, n° 405787), tout en admettant qu'il n'y ait pas de proportion parfaite entre les notations des offres (CE 15 décembre 2013, Société SFR, n° 363854, aux Tables).

Dans l'arrêt commenté, il se prononce pour la première fois sur une méthode d'évaluation adoptée en matière de concession, en l'occurrence de plage. L'arrêt reprend, en substance, la formule adoptée pour les marchés publics par l'arrêt Belleville précité : *« Une méthode d'évaluation est toutefois entachée d'irrégularité si, en méconnaissance des principes fondamentaux d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, les éléments d'appréciation pris en compte pour évaluer les offres au titre de chaque critère de sélection sont dépourvus de tout lien avec les critères dont ils permettent l'évaluation ou si les modalités d'évaluation des critères de sélection par combinaison de ces éléments sont, par elles-mêmes, de nature à priver de leur portée ces critères ou à neutraliser leur hiérarchisation ou, le cas échéant, leur pondération et sont, de ce fait, susceptibles de conduire, pour la mise en œuvre de chaque critère, à ce que la meilleure offre ne soit pas la mieux classée, ou, au regard de l'ensemble des critères, à*

ce que l'offre présentant le meilleur avantage économique global ne soit pas choisie ». C'était d'ailleurs ce que lui proposait la rapporteure publique, en dépit de la plus grande « souplesse » dont font preuve dans les textes applicables aux concessions (L. 3124-5 et R 3124-6 CCP). La seule différence résulte finalement de la référence au « meilleur avantage économique global » et non à l' « offre économiquement la plus avantageuse ».

La conséquence qu'en tire le Conseil d'Etat est de censurer le juge du référé précontractuel qui avait jugé illégal une méthode d'évaluation qui se traduisait par l'attribution de quatre flèches sur chaque critère et non par une note, car le juge du référé y voyait un trop grand « arbitraire » (sic !). Pour le Conseil d'Etat, cette méthode est légale car elle permet quand même d'identifier quatre niveaux d'appréciation des offres, qui aurait donc pu tout autant se traduire, comme le dit la rapporteure publique, par des notes allant de 1 à 4. Si le Conseil d'Etat valide cette méthode, c'est bien, ainsi qu'il résulte des conclusions, non parce qu'on était en matière de concession mais parce qu'on était en présence d'une simple hiérarchisation des critères. Pour la rapporteure publique, la mise en œuvre de la pondération implique, en revanche, l'attribution de notes mais elle considèrerait que ce système de flèches serait tout aussi possible dans l'hypothèse où, en matière de marchés publics, la pondération est objectivement impossible (R. 2152-12 CCP).

Cette affaire pose néanmoins la question de la pertinence de l'absence de pondération prévue par les textes : quand est-ce que la pondération n'est pas possible en matière de marchés publics ? De manière plus générale, l'absence de pondération ne conduit-elle pas à une trop grande marge d'appréciation laissée aux autorités contractantes ? Il n'appartient certes pas à la jurisprudence de modifier les textes mais peut-être d'entrer un peu plus dans l'examen approfondi des appréciations portées sur les offres des candidats.

1.5 La jurisprudence Czabaj s'applique au recours Tarn-et-Garonne (CAA Marseille, 25 avril 2022, n°19MA05387, Société Seateam Aviation, classé C+)

A notre connaissance, il s'agit de la première application de la jurisprudence Czabaj dans le domaine contractuel par une cour administrative d'appel et le fait qu'elle soit classée C+ par la Cour peut laisser augurer qu'elle sera endossée par le Conseil d'Etat. Concrètement, la CAA de Marseille juge que « *Le principe de sécurité juridique, qui implique que ne puissent être remises en cause sans condition de délai des situations consolidées par l'effet du temps, fait obstacle à ce que puisse être contesté indéfiniment un contrat administratif. Dans le cas où l'administration a omis de mettre en œuvre les mesures de publicité appropriées permettant de faire courir le délai de recours de deux mois, un recours contestant la validité du contrat doit néanmoins, pour être recevable, être présenté dans un délai raisonnable à compter de la publication de l'avis d'attribution du contrat. En règle générale, et sauf circonstance particulière dont se prévaudrait le requérant, un délai excédant un an ne peut être regardé comme raisonnable* ».

La formule est inspirée de celle de l'arrêt d'Assemblée du 13 juillet 2016 n°387763, publié au recueil Lebon, connu sous le nom de Czabaj. Elle ne reprend pas toutefois, et pour cause, la référence à une « *décision administrative individuelle qui a été notifiée à son destinataire, ou dont il est établi, à défaut d'une telle notification, que celui-ci a eu connaissance et qui n'a pas mentionné les voies et les délais de recours* », puisque telle n'est pas l'obligation légale en matière de contrats. La solution de principe ainsi

adoptée a sa logique : il n'y a pas de raison de ne pas faire jouer le principe de sécurité juridique aussi en matière contractuelle et cela avait déjà été admis par des tribunaux administratifs (par exemple, TA Lille, 15 oct. 2019, Société Berobe, n° 1706673, C+, cité par le rapporteur public Renaud Thiélé). On peut toutefois se demander si la Cour n'aurait pas dû faire référence à la théorie de la connaissance acquise comme dans l'arrêt Czabaj. D'ailleurs, cet arrêt a été étendu à une décision implicite de rejet née du silence gardé par l'administration sur une demande présentée devant elle, à la condition qu'il est établi que le demandeur a eu connaissance de la décision, ce qui ne peut résulter du seul écoulement du temps postérieurement à sa demande mais des échanges avec l'administration (CE 13 mars 2019, M. Jounda Nguegoh, n° 417270 au Recueil). Or, la Cour fait ici courir le délai Czabaj à compter de la seule publication de l'avis d'attribution. Il est vrai, d'une part, que cela correspondait aux faits de l'espèce, le défaut de publicité consistant à ne pas avoir indiqué les modalités de consultation du contrat dans l'avis d'attribution et que, d'autre part, le Conseil d'Etat a pu juger que la jurisprudence Czabaj s'applique à des contestations par des tiers d'actes créateurs de droit comme des permis de construire à compter de l'affichage (irrégulier) d'une autorisation d'urbanisme, sans faire référence à la théorie de la connaissance acquise non plus (CE 9 novembre 2018, M. Valière et autres, n° 409872, aux Tables). Il reste qu'elle aurait pu se prononcer, par un *obiter dictum*, sur le cas d'absence de publication d'un avis d'attribution, que celui-ci soit obligatoire (procédures formalisées) ou non (procédures adaptées) en faisant référence à la connaissance du contrat, comme l'avait fait le TA dans l'affaire précitée. On rappellera en effet que le Conseil d'Etat avait lui-même procédé à un *obiter dictum* dans l'arrêt Czabaj (« ... ou dont il est établi, à défaut d'une telle notification, que celui-ci a eu connaissance »). La matière contractuelle, plus que l'urbanisme, devrait sans doute justifier une telle extension en raison de l'objectif de stabilité contractuelle et de l'intérêt général auquel contribuent toujours, plus ou moins directement, les contrats administratifs.

Un autre aspect de l'arrêt mérite un commentaire. La cour rappelle que la jurisprudence Czabaj ne saurait s'appliquer en matière indemnitaire, ainsi que l'avait déjà jugé le Conseil d'Etat en dehors de la matière contractuelle (CE 17 juin 2019, Centre hospitalier de Vichy, n° 413097, au Recueil, cette jurisprudence ne s'appliquant pas toutefois au cas de la demande indemnitaire portant sur l'illégalité d'une décision purement pécuniaire, cf. CE 9 mars 2018, Communauté de communes du pays roussillonnais, n° 405355, aux Tables). Puis elle voit une modification substantielle des conditions initiales de concurrence ouvrant droit à indemnisation pour perte de chance sérieuse d'emporter le marché. Il est vrai que le rapporteur public faisait état d'une modification très opportune, à propos de la fourniture d'heures de vols d'aéronefs pour le ministère de la Défense : « *l'offre de la société Apache, attributaire, était irrégulière au regard du CCTP initial, qui prévoyait une vitesse de 0,75 Mach. Ce n'est que grâce à la modification du CCTP et à l'abaissement de la vitesse minimale à 0,6 Mach que l'avion proposé par la société Apache, un L. 39 (dit « Albatros »), qui présente une vitesse de 0,65 Mach a pu être retenu* ». La Cour fait référence à cet élément de fait sans pour autant y voir un détournement de pouvoir, et estime plus généralement que « *Les modifications en cause, qui avaient trait aux caractéristiques des avions et pouvaient avoir une incidence sur la présentation des offres des candidats, avaient dès lors un caractère substantiel* », signifiant aussi que la modification aurait pu permettre potentiellement la présentation d'offres d'autres candidats.

2. Brèves

1. Décret n° 2022-767 du 2 mai 2022 portant diverses modifications du Code de la commande publique, publié le 3 mai 2022

Ses dispositions entreront en vigueur de manière très tardive, à l'exception de l'abaissement du seuil d'obligation d'établir un SPASER à compter du 1^{er} janvier 2023, qui passe de 100 à 50 millions d'euros, sachant que les modalités de calcul de ce seuil ont été modifiées pour prendre en compte les avenants. Pour le reste, les dispositions entreront en vigueur :

- Le 1^{er} août 2026 : articles 2 (critère unique du coût, qui prend en compte les caractéristiques environnementales de l'offre et remplace le prix comme critère unique), 3 (possibilité d'enchères électroniques sur d'autres critères quantifiables que le prix), 5 (possibilité du critère unique du prix pour les enchères électroniques), 7 (obligation d'un critère prenant en compte les considérations environnementales de l'offre en matière de concession) et 9 (description des mesures mises en œuvre par le concessionnaire pour garantir la protection de l'environnement et l'insertion par l'activité économique dans le cadre de l'exécution du contrat)
- A une date qui sera fixée par arrêté du ministre chargé de l'économie et au plus tard le 1^{er} janvier 2024 pour les articles 4 (qui porte surtout sur l'obligation pour l'acheteur de publier sur le portail national de données ouvertes les données essentielles des marchés répondant à un besoin dont la valeur est égale ou supérieure à 40 000 euros hors taxes dans les deux mois suivant la notification du marché ou sa modification), 6 (la liste des données communiquées à l'observatoire économique de la commande publique est fixée par arrêté) et 8 (obligation pour l'autorité concédante de publier sur le portail national de données ouvertes les données essentielles du contrat de concession).
- En revanche, sont rentrés en vigueur le lendemain de la publication du décret les dispositions des articles 5° du II et 6° du III de l'article 35 de la loi Climat et résilience (possibilité pour les autorités contractantes d'exclure de la procédure de passation d'un marché ou d'une concession les personnes soumises qui ne satisfont pas à l'obligation d'établir un plan de vigilance, lequel comporte les mesures de vigilance raisonnable propres à identifier les risques et à prévenir les atteintes graves envers les droits humains et les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes ainsi que l'environnement, résultant des activités de la société et de celles des sociétés qu'elle contrôle).

2. Une offre ne comportant pas l'identité des sous-contractants pressentis d'une concession est irrégulière (CE 2 mars 2022, n° 458354, CCISM de la Polynésie française,)
3. Si les tiers peuvent se prévaloir des clauses réglementaires des contrats administratifs, en l'espèce, les clauses d'une concession d'autoroute qui a eu pour effet de séparer en deux une exploitation forestière n'implique pas que le concessionnaire ajoute des parapets sur un pont afin de sécuriser le transport de bois. En effet, le pont litigieux n'est pas incorporé au domaine public autoroutier dont l'entretien relève des obligations du concessionnaire (CAA Douai 8 février 2022, n° 20DA01443, M. C.).
4. Le rapport sur la base duquel l'assemblée délibérante se prononce sur le principe de la délégation de service public ne doit pas comporter d'information sur les choix de gestion : « Il résulte de

l'article L. 1411-4 qu'un tel rapport porte sur " les caractéristiques des prestations que doit assurer le délégataire ", et non sur les choix de gestion s'offrant à la communauté d'agglomération, l'analyse des contrats en cours, ou l'inventaire des biens affectés au service public de l'eau potable. Le rapport ne peut donc être insuffisant sur ces derniers points. En outre, en l'absence d'exercice par un conseiller du droit d'information qu'il tient de l'article L. 2121-13 du Code général des collectivités territoriales, les dispositions citées au point 5 imposent seulement la transmission des deux documents déjà mentionnés aux membres de l'organe délibérant. L'absence de transmission d'autres documents, tels que ceux établis par un cabinet d'études, n'est pas constitutive d'une irrégularité. L'information des membres du conseil d'agglomération n'a donc pas été insuffisante » (CAA Marseille, n° 20MA00706, 28 Février 2022).

5. A supposer que les procès-verbaux, annexés à l'acte notarié de 1935 par lequel une association a cédé les immeubles en cause à la commune et en vertu desquels l'association conserverait la jouissance de ces installations, puissent être regardés comme constituant une clause du contrat de vente, une telle clause, qui emporte pour l'association un droit d'utilisation perpétuel des installations, serait incompatible avec le régime de la domanialité publique. Aussi, l'association n'est pas fondée à se prévaloir de l'existence de cette clause pour soutenir qu'elle disposait, en vertu du contrat de vente, d'un droit d'occuper le complexe sportif en cause à titre gratuit (CAA Bordeaux, 17 févr. 2022, n° 20BX00232, Assoc. Stand angoumois).
6. En vertu de l'incompatibilité des baux commerciaux avec les règles de la domanialité publique, l'autorité gestionnaire qui conclut un bail commercial ou laisse croire à un exploitant qu'il bénéficie des garanties prévues par la législation sur les baux commerciaux peut engager sa responsabilité sauf si le titulaire du bail avait une parfaite connaissance de la nature du domaine public en cause, ce qui est le cas en l'espèce : la cour s'appuie tant sur les termes des courriers échangés entre les requérants et le concessionnaire que sur le fait qu'ils avaient déjà demandé et obtenu par le passé une autorisation d'occupation du domaine public pour conclure qu'en signant le contrat en cause, les requérants ont commis une faute qui est de nature à exonérer totalement le concessionnaire de sa responsabilité (CAA Bordeaux, 17 févr. 2022, n° 19BX02811 , M. A. e. a.)
7. Si l'« exposé synthétique des motifs pertinents » qui doit accompagner la communication de la décision d'attribution vise à garantir une connaissance suffisante permettant de déclencher le délai de recours, et si en l'espèce les « motifs pertinents » pouvaient être déduits par le requérant du rapport de la procédure de passation qui lui était rendu accessible au moyen d'une consultation sur place, « une telle garantie juridique d'accès [...] n'équivaut pas à une communication » au sens des dispositions de la directive recours (CJUE 24 février 2022, aff. C-532/20, Alstom Transport SA c/ Compania Națională de Căi Ferate CFR SA e. a.).