



## LETRE JURIDIQUE DES CONTRATS PUBLICS

Mars 2022

Rédigée par François Lichère

Professeur agrégé de droit public – Directeur de la Chaire de droit des contrats publics

### SOMMAIRE

<b>1. Actualité textuelle ou jurisprudentielle</b> .....	2
1.1 L'articulation entre le référé secret des affaires et le référé précontractuel se fait au profit de ce dernier (CE 10 février 2022, n° 456503, <i>Centre hospitalier universitaire (CHU) de Pointe-à-Pitre/ Abymes</i> , classé A) .....	2
1.2 La prolongation des délais de recours pour cause de Covid 19 prévue à l'article 2 de l'ordonnance n° 2020-306 du 25 mars 2020 s'applique au recours d'origine prétorienne « Tarn-et-Garonne » (CE 3 février 2022, n° 457527, <i>Société Osiris Sécurité Run</i> , classé B).....	4
1.3 La détermination du responsable des dommages liés à la seule présence d'un ouvrage public, dans un contrat de partenariat, dépend des clauses du contrat (CE 8 février 2022, n° 452985, <i>SNCF Réseau</i> , classé C, chambres réunies).....	5
1.4 Le décret fixant une dispense de jury pour deux catégories particulières de marchés globaux de conception-réalisation ou de performance n'est pas illégal (CE 11 février 2022, n° 453111, <i>Conseil national de l'ordre des architectes</i> , classé C, chambre jugeant seule).....	8
1.5 La possibilité, pour le titulaire d'un marché public, de le résilier suppose non seulement qu'il mette à même la personne publique de s'opposer à la rupture des relations contractuelles pour un motif d'intérêt général mais également qu'une clause prévoie cette procédure (CAA Marseille, 21 février 2022, n°19MA05674, <i>Commune de Rians</i> ).....	10
<b>2. Brèves</b> .....	12

## 1. Actualité textuelle ou jurisprudentielle

---

### 1.1 L'articulation entre le référé secret des affaires et le référé précontractuel se fait au profit de ce dernier (CE 10 février 2022, n° 456503, *Centre hospitalier universitaire (CHU) de Pointe-à-Pitre/Abymes*, classé A)

C'est la première fois que le Conseil d'Etat se prononçait sur le référé secret des affaires introduit dans le Code de justice administrative à L. 77-13-1 par la loi n° 2018-670 du 30 juillet 2018 modifiée et transposant la directive 2016/943 du 8 juin 2016 dont l'article 10 prévoit que : « *Les États membres veillent à ce que les autorités judiciaires compétentes puissent, à la demande du détenteur de secrets d'affaires, ordonner une ou plusieurs des mesures provisoires et conservatoires (...) à l'encontre du contrevenant supposé* ». L'article L 77-13-1 du CJA renvoie à l'article L. 151-1 du Code de commerce qui pose trois conditions cumulatives pour caractériser une information protégée par le secret des affaires :

- elle doit être « secrète », au sens assez lâche de ce terme, c'est-à-dire malaisément accessible à un professionnel ;
- elle doit revêtir une valeur commerciale, du fait-même de son caractère secret ;
- enfin, son caractère secret doit être raisonnablement mais effectivement protégé par son détenteur.

L'article R. 557-3 du Code de justice administrative, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2020, précise que « *le juge des référés peut prescrire toute mesure provisoire et conservatoire proportionnée, y compris sous astreinte. Il peut notamment ordonner l'ensemble des mesures mentionnées à l'article R. 152-1 du Code de commerce* », lequel inclut notamment le pouvoir d'« *interdire la réalisation ou la poursuite des actes d'utilisation ou de divulgation d'un secret des affaires* ».

Dans le cadre d'une mission d'audit et d'assistance à maîtrise d'ouvrage (AMO) pour la passation des marchés d'assurance, une consultation a été lancée pour un marché de services d'assurances au bénéfice d'un centre hospitalier. Une entreprise candidate, estimant que l'AMO était partial en raison de ses liens avec une concurrente à laquelle elle craignait qu'il ne communique des éléments de son offre, saisit le juge des référés sur le fondement de cet article R. 557-3, afin que l'analyse des offres soit suspendue et qu'il soit enjoint au CHU d'interdire l'accès de l'AMO aux pièces déposées par les soumissionnaires.

Alors que le juge des référés du tribunal administratif de la Guadeloupe avait fait droit à ces conclusions, le Conseil d'Etat annule cette ordonnance en cassation, sur conclusions contraires de son rapporteur public, tout en jugeant que les informations communiquées par la requérante étaient bel et bien protégées par le secret des affaires.

Le Conseil d'Etat commence par rappeler le premier alinéa de l'article L. 2132-1 du Code de la commande publique qui dispose que « *L'acheteur ne peut communiquer les informations confidentielles dont il a eu connaissance lors de la procédure de passation, telles que celles dont la divulgation violerait le secret des affaires, ou celles dont la communication pourrait nuire à une concurrence loyale entre les opérateurs économiques, telle que la communication en cours de consultation du montant total ou du prix détaillé des offres* ». Il juge ensuite que l'AMO était « *tenu, dans le cadre de l'exécution de ce marché, à une*

*obligation professionnelle de confidentialité. Par suite, en jugeant qu'il n'y avait pas lieu de prendre en compte cette obligation de confidentialité dans l'appréciation du risque d'une atteinte imminente au secret des affaires susceptible d'être imputable au centre hospitalier, contre lequel la SHAM a engagé son action, à raison de l'intervention de la société ACAOP dans la procédure de passation du marché d'assurance auquel la requérante a candidaté, le juge des référés a commis une erreur de droit ». Après annulation et évocation, il juge, à propos des relations étroites alléguées de l'AMO avec une société concurrente, « cette seule circonstance ne suffit pas, par elle-même, à caractériser un risque d'atteinte imminente au secret des affaires dès lors que la société ACAOP ainsi que son dirigeant et ses personnels sont tenus à une obligation contractuelle de confidentialité dans le cadre de leur mission d'assistance au maître de l'ouvrage ». Enfin, par un obiter dictum, il indique qu' « il appartiendra à la requérante, si elle s'y croit fondée, de faire valoir notamment devant le juge du référé précontractuel tout manquement qu'elle aura relevé aux règles de publicité et de concurrence, tenant, le cas échéant, en une violation par le pouvoir adjudicateur du secret commercial ou de l'impartialité à laquelle celui-ci est tenu ».*

La position du Conseil d'Etat semble méconnaître le caractère préventif de ce référé secret des affaires et pourrait même fermer très largement la porte à son utilisation dans le cadre de la passation des marchés publics et des concessions, alors même que, comme le souligne le rapporteur public Marc Pichon de Vendeuil, celle-ci représente « un terrain assez naturel d'expansion pour ce nouveau référé ». Ce dernier estimait d'ailleurs que si le juge du référé précontractuel dispose de très larges pouvoirs pouvant conduire à ordonner la cessation d'une méconnaissance du secret des affaires, « cela ne signifie pas pour autant que les deux procédures pourront toujours se confondre, dès lors que ni leurs conditions d'engagement ni leurs effets ne sont évidemment identiques ». On aurait même pu avoir une position encore plus stricte, fondée sur l'exception de recours parallèle, consistant à imposer la voie du référé secret des affaires chaque fois qu'il existe un risque d'atteinte à ce secret des affaires et de ne réserver l'usage du référé précontractuel que si cette atteinte est avérée. Et il y a même quelque naïveté pour le Conseil d'Etat - du moins en apparence - à estimer que la simple obligation de confidentialité doit prévenir tout risque d'atteinte au secret des affaires... Comme le disait très justement le rapporteur public, « Certes, le juge peut prendre en compte l'existence d'une telle obligation dans l'appréciation à laquelle il se livre quant à la réalité du risque – c'est d'ailleurs ce qu'il nous semble avoir fait en l'espèce, celle-ci ne lui étant simplement pas parue suffisante pour le minimiser – mais la seule existence d'une obligation n'élimine naturellement pas ce risque... ne serait-ce, précisément, que c'est souvent parce que de tels risques existent que des obligations de ce type sont prévues !... ».

La position du Conseil d'Etat peut même être perçue comme allant à l'encontre de la grande rigueur dont il fait preuve depuis qu'avec l'arrêt *Société Corsica Network* il a jugé que le doute sur l'impartialité créé par une situation de conflits d'intérêt doit conduire à l'annulation du contrat (CE 25 novembre 2021, n° 454466). La contradiction ne peut être résolue qu'en réécrivant la dernière phrase précitée, selon laquelle « il appartiendra à la requérante, si elle s'y croit fondée, de faire valoir notamment devant le juge du référé précontractuel tout manquement qu'elle aura relevé aux règles de publicité et de concurrence, tenant, le cas échéant, en une violation par le pouvoir adjudicateur du secret commercial ou de l'impartialité à laquelle celui-ci est tenu » : on doit entendre qu'elle pourra faire valoir devant le juge du référé précontractuel non seulement une violation du secret commercial ou de l'impartialité mais aussi tout doute portant sur cette dernière. Il reste que, pour ce qui est de l'atteinte au secret commercial, l'arrêt

commenté n'envisage que la violation effective – en l'occurrence de l'AMO à l'égard d'un concurrent – alors que celle-ci sera quasiment impossible à prouver en pratique.

## **1.2 La prolongation des délais de recours pour cause de Covid 19 prévue à l'article 2 de l'ordonnance n° 2020-306 du 25 mars 2020 s'applique au recours d'origine prétorienne « Tarn-et-Garonne » (CE 3 février 2022, n° 457527, Société Osiris Sécurité Run, classé B)**

L'article 2 de ladite ordonnance disposait : « *Tout acte, recours, action en justice, formalité, inscription, déclaration, notification ou publication prescrit par la loi ou le règlement à peine de nullité, sanction, caducité, forclusion, prescription, inopposabilité, irrecevabilité, péremption, désistement d'office, application d'un régime particulier, non avenue ou déchéance d'un droit quelconque et qui aurait dû être accompli pendant la période mentionnée à l'article 1<sup>er</sup> sera réputé avoir été fait à temps s'il a été effectué dans un délai qui ne peut excéder, à compter de la fin de cette période, le délai légalement imparti pour agir, dans la limite de deux mois* » et ces dispositions ont été rendues applicables à la juridiction administrative par le I de l'article 15 de l'ordonnance n° 2020-305 du 25 mars 2020.

On comprendra que, compte tenu de la référence à « *la loi ou le règlement* », le tribunal administratif de la Réunion, saisi d'un recours de contestation de validité des contrats dit « Tarn-et-Garonne » presque 4 mois après les mesures de publicité appropriée, a pu hésiter à déclarer le recours recevable et a décidé de poser une question préjudicielle en application de l'article L. 113-1 du Code de justice administrative.

Comme à l'accoutumée dans ce domaine, la réponse du Conseil d'Etat est sibylline : « *Ces dispositions sont applicables aux délais de recours prescrits par la loi ou le règlement ainsi que par la jurisprudence. Elles le sont, par conséquent, au délai de deux mois, à compter de l'accomplissement des mesures de publicité appropriées, dont disposent les tiers souhaitant contester la validité d'un contrat* ».

Seules les conclusions permettent de comprendre le raisonnement du juge qui a conduit à cette interprétation *praeter legem* de l'ordonnance, et qui pourrait servir de modèle pour des problématiques similaires. En premier lieu, Marc Pichon de Vendeuil avance un argument que l'on appellera exégétique : « *la longue énumération de l'article 2, pourtant rédigé dans des conditions d'urgence qu'il n'est pas nécessaire de rappeler, prouve suffisamment selon nous que les rédacteurs du projet de loi ont cherché à couvrir tous les types de recours possibles et imaginables* ». Et d'ajouter que la référence au « règlement », pourtant contraire à la hiérarchie des normes, suffit à prouver cette intention globalisante. En outre, les travaux parlementaires allaient en ce sens, en particulier lorsque le rapporteur à l'Assemblée nationale indiquait que l'habilitation législative visait « *à mettre en place un moratoire général sur tous les délais (...). Le champ d'application de cette disposition "balai" se veut volontairement large. Toutes les matières sont visées, qu'il s'agisse de l'administratif, du civil, du commercial, du social ou encore du pénal, sans que cette liste ne soit exhaustive (...)* ».

En deuxième lieu, le rapporteur public a estimé que le Conseil d'Etat s'était déjà prononcé ainsi en matière fiscale. Par sa décision *M. et Mme Wargny* (CE 21 octobre 2020, n° 442799, T. pp. 554-698-716-894), il a jugé que l'article 2 de l'ordonnance n° 2020-306 du 25 mars 2020 est applicable au délai de deux mois qui résulte de la décision de Section du 13 mars 2020, *Société Hasbro European Trading BV* (n° 435634, A) qui

a décidé que le délai réglementaire dont dispose un contribuable pour former un recours à l'encontre de tout commentaire administratif de la loi fiscale commence à courir à compter du jour de la mise en ligne de ce commentaire.

On se permettra d'émettre un bémol quant à cette comparaison : le recours en question n'est pas d'origine prétorienne à proprement parler puisque la lecture de l'arrêt Hasbro montre qu'il s'agit du classique recours pour excès de pouvoir, c'est plutôt la possibilité d'attaquer un commentaire et la détermination du point de départ de ce recours qui sont d'origine prétorienne, ce qui n'est pas tout à fait la même chose qu'un recours créé de manière totalement prétorienne.

Le troisième argument tient à l'absence de spécificité du recours Tarn-et-Garonne qui pourrait justifier un traitement différencié par rapport aux recours d'origine législative ou réglementaire, en particulier au regard du droit au recours.

Un dernier argument a pu aussi emporter la conviction : pour le rapporteur public, « *vous n'auriez sans doute eu aucun mal in fine, si ces textes n'étaient pas intervenus, à retenir de vous-mêmes des solutions similaires, en mobilisant par exemple la vieille théorie des circonstances exceptionnelles qui, même si elle peut paraître désuète, a su montrer sa souplesse et son utilité à travers les crises* ». On voit que le Conseil d'Etat n'a pas eu besoin de faire le détour par la théorie des circonstances exceptionnelles.

Au passage, les conclusions démontrent, une fois encore, l'appréciation souple dont fait preuve le Conseil d'Etat dans la mise œuvre des conditions de l'article 113-1 du CJA qui permet aux juridictions administratives du fond de saisir le Conseil d'Etat d' « *une question de droit nouvelle, présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges* ». Le caractère nouveau était discuté par le rapporteur public, compte tenu de son interprétation de la jurisprudence Wargny précitée.

### **1.3 La détermination du responsable des dommages liés à la seule présence d'un ouvrage public, dans un contrat de partenariat, dépend des clauses du contrat (CE 8 février 2022, n° 452985, SNCF Réseau, classé C, chambres réunies)**

Une banale affaire de dommage « permanent » lié à la seule présence d'ouvrage public conduit le Conseil d'Etat à adopté une position assez ambiguë s'agissant des contrats de partenariat.

Le propriétaire d'un château du XVIIIème siècle se trouvait à proximité du tracé de la voie ferroviaire à grande vitesse reliant Le Mans et Rennes réalisée dans le cadre d'un contrat de partenariat conclu entre RFF – devenu depuis SNCF Réseau – et la société Eiffage Rail Express (ERE) et portant sur la conception, la construction, le fonctionnement, l'entretien et la maintenance de la LGV pour une période de 25 ans. La société partenaire avait certes conclu avec l'intéressé un protocole transactionnel prévoyant la réalisation de travaux d'aménagement contre les nuisances sonores liées au passage des trains à 450 m de la propriété. Mais aucune indemnité n'était prévue pour la dépréciation de la valeur du patrimoine bâti, ce qui conduit inévitablement à une demande du propriétaire, devant le tribunal administratif, tendant à la condamnation solidaire de l'Etat, de la société Réseau Ferré de France et de la société Eiffage Rail Express à lui verser la somme de 1 487 710 euros correspondant à la perte de valeur vénale de son château et de ses dépendances. L'expert désigné par le tribunal administratif ayant estimé cette perte à 50% de cette

valeur vénale, le tribunal administratif de Nantes a condamné la société Eiffage Rail Express à lui verser la somme de 743 854 euros, majorée des intérêts, et à prendre en charge les frais d'expertise, puis sur appel de la société ERE et appel incident du propriétaire, la cour administrative d'appel de Nantes a infirmé ce jugement en mettant cette fois la réparation, dont elle a confirmé le montant, ainsi que les frais d'expertise, à la charge de SNCF Réseau.

Le Conseil d'Etat adopte ici une position intermédiaire - que l'on aurait bien qualifiée de réponse de normand si la propriété en cause n'était pas située dans la Sarthe : « *Il résulte des dispositions citées au point 2 qu'un contrat de partenariat conclu sur le fondement des dispositions de l'ordonnance du 17 juin 2004, d'une part, a pour effet de confier la maîtrise d'ouvrage des travaux à réaliser au titulaire de ce contrat, d'autre part, détermine le partage des risques liés à cette opération entre ce titulaire et la personne publique. En jugeant que la société SNCF Réseau devait être regardée comme seul maître de l'ouvrage constitué par la ligne à grande vitesse Bretagne-Pays de la Loire dès la date d'achèvement des travaux de construction des ouvrages et équipements que le titulaire du contrat était chargé de réaliser pour en déduire, pour ce seul motif et sans tenir compte du partage de risque prévu entre les cocontractants par le contrat, qu'il incombait exclusivement à celle-ci d'assumer la responsabilité des dommages résultant pour les tiers de la présence de l'ouvrage, la cour administrative d'appel de Nantes a commis une erreur de droit* ». L'affaire est renvoyée à la CAA de Nantes.

Cette décision pose des questions quant au sens à donner à l'arrêt et à ses conséquences et il convient d'être prudent dans son interprétation. Le premier point de vigilance tient au passage qui sanctionne la Cour de s'être basée sur le fait que la maîtrise d'ouvrage aurait été transférée à RFF après l'achèvement pour en déduire la responsabilité de ce dernier « pour ce seul motif ». Il semblerait ainsi que le lien entre personne responsable d'un dommage lié à la présence d'un ouvrage et maîtrise d'ouvrage ne doive pas être considéré comme automatique. Si tel devait être l'interprétation de l'arrêt, il y aurait un assouplissement jurisprudentiel. Les conclusions du rapporteur public font pourtant ce lien et est vrai que tel est le sens de la jurisprudence antérieure qui estime que c'est bien au maître de l'ouvrage de l'assumer (CE 22 janv. 1964, Éts Houdry, recueil p. 32), y compris lorsque l'entretien des équipements litigieux est assuré par une autre personne (CE, sect., 19 janv. 2001, Dpt du Tarn-et-Garonne, recueil p. 30). En conséquence, c'est au concessionnaire d'en assumer les conséquences (CE 10 févr. 1961, Ville de Béziers, recueil p. 113), la responsabilité du concédant ne pouvant alors être engagée qu'à titre subsidiaire en cas d'insolvabilité du concessionnaire (CE 9 juin 1967, Sté des eaux de Marseille, recueil p. 241).

La question se pose alors de savoir quelle autre qualité pourrait être invoquée : certainement pas celle de propriétaire puisque les biens de retour sont considérés propriétés *ab initio* de la personne publique dans une concession et parce que, en l'espèce, les conclusions nous apprennent que la propriété des ouvrages était contractuellement transférée à RFF dès leur achèvement. On pourrait toutefois envisager la notion, peu juridique il est vrai, de bénéficiaire de l'ouvrage : en ce cas, la remise de l'ouvrage à la personne publique pourrait permettre de voir dans cette dernière le bénéficiaire quand bien même la maîtrise d'ouvrage serait éventuellement maintenue au profit du titulaire. Cette solution aurait eu le mérite de dissocier les deux car il n'y a pas grand-chose à voir entre assumer les conséquences de la maîtrise d'ouvrage après l'achèvement des travaux en termes de responsabilité du déclenchement des garanties de parfait achèvement, biennale ou décennale et assumer les conséquences de la présence d'un ouvrage public.

L'autre façon d'interpréter l'arrêt serait plutôt de lire la référence à « *pour ce seul motif* » avec ce qui suit, c'est-à-dire au fait que la Cour n'a pas tenu compte « *du partage de risque prévu entre les cocontractants par le contrat* ». Autrement dit, le Conseil d'Etat a peut-être voulu signifier que ce sont les clauses qui doivent conditionner la détermination de la qualité de maître de l'ouvrage une fois les constructions achevées et, par voie de conséquence, de déterminer le patrimoine responsable. C'est d'ailleurs probablement la bonne interprétation, ne serait-ce que parce que l'arrêt est classé en C, ce qui n'aurait pas été le cas si le Conseil d'Etat avait entendu assouplir la jurisprudence traditionnelle précitée.

En tout état de cause, même si cette seconde interprétation devait être retenue, l'arrêt commenté implique la possibilité de dissocier contractuellement maîtrise d'ouvrage et responsabilité des dommages permanents et valide implicitement les clauses qui excluent la responsabilité des partenaires des dommages liés à la seule présence de l'ouvrage. En effet, rien ne nous paraît empêcher de diviser contractuellement les missions de la maîtrise de l'ouvrage. C'est d'ailleurs ce qu'autorise la loi MOP du 12 juillet 1985, même si elle interdit, dans le cadre d'une maîtrise d'ouvrage publique, l'externalisation de l'établissement du programme et la détermination de l'enveloppe financière et qu'elle qualifie de mandataire le cocontractant qui exerce les autres missions du maître de l'ouvrage. En outre, dans le cadre d'un contrat de partenariat, la loi MOP ne s'applique pas. L'ordonnance du 17 juin 2004 qualifie certes le partenaire de maître de l'ouvrage mais le Conseil réduit ici cette qualification légale à la seule phase de réalisation des travaux et, pour la phase postérieure, renvoie aux clauses.

L'ordonnance du 17 juin 2004 disposait en effet que « *Le cocontractant de la personne publique assure la maîtrise d'ouvrage des travaux à réaliser* », le Code de la commande publique reprenant la formule de manière très légèrement amendée : l'article L.1112-1 du CCP dispose que « *Le titulaire du marché de partenariat assure la maîtrise d'ouvrage de l'opération à réaliser* », laquelle opération ne pouvant inclure la phase post construction puisque la possibilité d'inclure la maintenance n'est prévue qu'à l'alinéa suivant. Il était généralement convenu depuis 2004 que le partenaire continue à exercer la maîtrise d'ouvrage après achèvement. A cet égard, le fait que les ouvrages ne donnent souvent pas lieu en pratique à « réception » par la personne publique mais à « acceptation » ou à « remise » penche dans le sens du maintien de la maîtrise d'ouvrage dans le chef du partenaire, lequel procède lui-même à la réception. L'annexe au guide BEH rangeait d'ailleurs les dommages permanents dans les risques à assumer par le seul partenaire. Et la définition classique de la maîtrise d'ouvrage montre bien qu'elle ne s'arrête pas à l'achèvement des travaux : « *Dans l'opération ainsi entreprise, la ville de Lille n'assurera pas la direction technique des actions de construction, ne deviendra propriétaire des ouvrages qu'au terme du bail, et ne jouera ainsi ni pendant la réalisation desdits ouvrages ni avant le terme fixé, le rôle de maître d'ouvrage* » (CE Sect. 25 février 1994, *SOFAP Marignan immobilier*, n° 144641). Enfin, la doctrine rapproche souvent sur ce point le marché de partenariat du contrat de concession (voir F. Brenet, *Notion de marché de partenariat*, in L. Richer (dir.), *Encyclopédie du droit de la commande publique*, ed. EFE) et la jurisprudence a toujours déduit de la logique concessive que le concessionnaire était maître d'ouvrage, quelle que soit les clauses.

Il est vrai, néanmoins, que la lettre du texte de l'ordonnance n'inscrivant pas explicitement la maîtrise d'ouvrage dans la durée, il pouvait être admis que, plutôt de le juger comme implicite, on puisse s'en remettre aux clauses pour ce qui est de la période post achèvement des travaux. On remarquera à cet égard que la pratique des contrats de partenariat semble, désormais, exclure en général que les

dommages liés à la seule présence des ouvrages doivent être assumés par le partenaire. Et la pratique laisse également généralement à la charge du partenaire le soin de déclencher les garanties de parfait achèvement, biennale et décennale, apanage des maîtres d'ouvrage.

Quant au fait de savoir ce que l'interprétation du contrat en cause pourra donner devant la Cour de renvoi, on trouve des indications dans les conclusions du rapporteur public qui concluait non pas à l'erreur de droit mais à la dénaturation des clauses par la Cour. Pour Marc Pichon de Vendeuil, plusieurs articles auraient dû conduire la Cour à jugé que le partenaire devait assumer les conséquences de la présence de l'ouvrage public : « *En qualité de maître d'ouvrage de la ligne, le titulaire réalise l'ensemble des opérations nécessaires à la réalisation de la ligne (...)* », *la société ERE prend en charge, à ses frais et risques, les acquisitions foncières nécessaires, dont il est tenu de régler le montant de l'indemnisation des biens expropriés, un autre article prévoit que le titulaire supporte l'ensemble des coûts et risques liés à l'exercice des missions qui lui sont confiées* » et enfin et surtout, l'article relatif aux « *responsabilités* » prévoit, d'après le rapporteur public, que « *le titulaire est responsable des dommages causés aux tiers, ainsi que des frais et indemnités qui en résultent, survenus à l'occasion de l'exécution, par le titulaire ou sous sa responsabilité, des obligations mises à sa charge au titre du contrat. Ce même article précise que le titulaire supporte seul les conséquences pécuniaires des dommages. Il ne peut exercer d'action contre RFF à raison de ces dommages, et garantit RFF contre toute action ou réclamation des tiers, et toute condamnation susceptible d'être prononcée à son encontre pour de tels dommages ou préjudices. Seuls sont expressément exclus de la responsabilité du titulaire les dommages liés aux activités de gestion du trafic et des circulations, qui sont imputables à RFF* ».

D'un point de vue opérationnel, la victime de la présence d'un ouvrage public aura toujours intérêt à actionner toutes les parties prenantes car il y a un petit risque qu'à défaut, on puisse lui opposer les clauses du contrat, ce qui serait un nouveau cas d'opposabilité des clauses aux tiers, après l'affaire *Société CMEG* (CE, 11 octobre 2021, n°438872, Publié au recueil), sauf à considérer qu'elles ne joueront que pour l'imputabilité finale de cette responsabilité.

#### **1.4 Le décret fixant une dispense de jury pour deux catégories particulières de marchés globaux de conception-réalisation ou de performance n'est pas illégal (CE 11 février 2022, n° 453111, Conseil national de l'ordre des architectes, classé C, chambre jugeant seule)**

Bien qu'issu d'une décision prise en chambre jugeant seule, cet arrêt n'est pas dénué d'intérêt pour bien comprendre les obligations qui s'imposent au pouvoir réglementaire en matière de jury de concours... ou qui ne s'imposent pas. Était en cause en l'occurrence la légalité de l'article 2 du décret du 30 mars 2021, modifiant l'article R. 2171-16 du Code de la commande publique en étendant la dispense de jury aux marchés globaux de conception-réalisation et aux marchés globaux de performance relatifs à la réalisation d'ouvrages par les bailleurs sociaux et les centres régionaux des œuvres universitaires et scolaires, ainsi qu'aux marchés globaux de performance qui ne confient aucune mission de conception au titulaire.

Le Conseil commence par rejeter le moyen tenant à la méconnaissance de l'objectif de valeur constitutionnelle de clarté et d'intelligibilité de la norme, recevable depuis un arrêt de 2005 (CE 8 juillet 2005, *Fédération des syndicats généraux de l'éducation nationale et de la recherche publique SGEN-CFDT*

et autres, n° 266900, 266944, T. p. 708), en ce qu'elles « sont dépourvues d'ambiguïté, n'ont pas pour objet et ne sauraient avoir pour effet de faire obstacle à ce que certaines prestations, telles que la réalisation d'un avant-projet sommaire, soient exigées des candidats quand aucun jury n'est désigné par l'acheteur, lorsqu'elles sont prévues par les documents de consultation ou prescrites par les lois et règlements ». D'après le rapporteur public, le CNOA estimait en effet qu'en harmonisant les dispositions de l'article R. 2171-16 du CCP sur la dispense de jury avec celles relatives à la dispense de concours prévues à l'article R. 2172-2 du même code (à une exception près pour les marchés de conception-réalisation), la nouvelle rédaction entraînerait l'inapplicabilité de l'article R. 2171-18 de ce code, qui prévoit que lorsqu'un jury est désigné, les candidats admis à réaliser des prestations devant lui doivent soumettre au moins un avant-projet sommaire. Or, selon lui, l'ambiguïté dénoncée ici préexistait à la promulgation du décret attaqué.

Les deux autres moyens, plus sérieux, sont également rejetés.

Le premier tenait à la non-conformité de cette dispense avec l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 3 janvier 1977 sur l'architecture en vertu duquel « *La création architecturale, la qualité des constructions, leur insertion harmonieuse dans le milieu environnant, le respect des paysages naturels ou urbains ainsi que du patrimoine sont d'intérêt public. Les autorités habilitées à délivrer le permis de construire ainsi que les autorisations de lotir s'assurent, au cours de l'instruction des demandes, du respect de cet intérêt* ». Pour le requérant, le respect de l'intérêt public ainsi défini est notamment assuré par les dispositions des articles 3 et 5-1 de la même loi, qui, respectivement, prescrivent le recours à un architecte par quiconque désire entreprendre des travaux soumis à une autorisation de construire et prévoient que les maîtres d'ouvrage publics et privés favorisent l'organisation de concours d'architecture pour la passation des marchés de maîtrise d'œuvre ayant pour objet la réalisation d'un ouvrage de bâtiment. Le Conseil d'Etat rejette de manière lapidaire l'argument en estimant que la dispense de jury « *ne méconnaît pas ces dispositions* ». Pour le rapporteur public, juger l'inverse serait donner à ces dispositions une portée qu'elles n'ont pas: ni ce texte ni l'intérêt public qu'il défend n'interdisent d'étendre, dans des cas au demeurant assez limités en l'espèce, les dérogations à l'obligation de recourir à un jury. Il n'y a donc aucune contrariété entre les deux textes, ce qu'on peut admettre aisément.

Enfin, le requérant évoquait aussi la contrariété avec les principes d'impartialité et de transparence. Le Conseil d'Etat répond, à notre sens justement, que « *si le recours à un jury a notamment pour objet d'assurer l'impartialité et la transparence de la procédure de passation dans laquelle il s'inscrit, il ne s'ensuit pas qu'une telle procédure méconnaîtrait ces principes, dont le respect est notamment assuré par les dispositions précitées de l'article L. 3, du seul fait qu'elle ne prévoit la constitution d'aucun jury* ». Autrement dit, si le recours au jury renforce l'impartialité, sa dispense ne le viole pas. Pour le rapporteur public, « *si vous la preniez au pied de la lettre, elle vous conduirait d'ailleurs à regarder comme illégale la majeure partie des procédures du Code de la commande publique, qui sont pourtant loin, comme vous le savez, de toutes requérir la constitution d'un jury* ».

On peut admettre en effet qu'un simple jury, qui n'émet qu'un avis, ne garantit pas à lui seul le respect du principe d'impartialité. La fonction du jury paraît d'ailleurs plus relever de l'appel à des professionnels qualifiés qu'être de nature à renforcer l'impartialité et la transparence, à bien y réfléchir, lesquelles sont garanties déjà par la commission d'appel d'offres, quand elle existe, et peuvent aussi se concrétiser sans elle.

**1.5 La possibilité, pour le titulaire d'un marché public, de le résilier suppose non seulement qu'il mette à même la personne publique de s'opposer à la rupture des relations contractuelles pour un motif d'intérêt général mais également qu'une clause prévoie cette procédure (CAA Marseille, 21 février 2022, n°19MA05674, Commune de Rians)**

Par cet arrêt, la cour administrative d'appel fait une application stricte de la *jurisprudence Société Grenke location* (CE 8 octobre 2014, n° 370644, au recueil Lebon). Dans ce dernier arrêt, le Conseil d'Etat a jugé que « *le cocontractant lié à une personne publique par un contrat administratif est tenu d'en assurer l'exécution, sauf en cas de force majeure, et ne peut notamment pas se prévaloir des manquements ou défaillances de l'administration pour se soustraire à ses propres obligations contractuelles ou prendre l'initiative de résilier unilatéralement le contrat ; qu'il est toutefois loisible aux parties de prévoir dans un contrat qui n'a pas pour objet l'exécution même du service public les conditions auxquelles le cocontractant de la personne publique peut résilier le contrat en cas de méconnaissance par cette dernière de ses obligations contractuelles ; que, cependant, le cocontractant ne peut procéder à la résiliation sans avoir mis à même, au préalable, la personne publique de s'opposer à la rupture des relations contractuelles pour un motif d'intérêt général, tiré notamment des exigences du service public ; que lorsqu'un motif d'intérêt général lui est opposé, le cocontractant doit poursuivre l'exécution du contrat ; qu'un manquement de sa part à cette obligation est de nature à entraîner la résiliation du contrat à ses torts exclusifs ; qu'il est toutefois loisible au cocontractant de contester devant le juge le motif d'intérêt général qui lui est opposé afin d'obtenir la résiliation du contrat* ».

Si la CAA rappelle ce principe, elle ajoute que « *le contrat n'ayant assorti ces stipulations permettant la résiliation unilatérale du marché par son titulaire d'aucune clause soumettant l'intervention d'une telle décision à l'obligation de mettre à même la personne publique de s'opposer à la rupture des relations contractuelles pour un motif d'intérêt général, l'article 11 du contrat méconnaît les règles rappelées au point 10 ci-dessus. Eu égard à l'importance du principe excluant que le cocontractant d'une personne publique se prévale d'une exception d'inexécution pour mettre fin à l'exécution de ses obligations, notamment au regard du principe de continuité du service public, les stipulations de l'article 11 du contrat sont entachées sur ce point d'un vice d'une particulière gravité et doivent dès lors être écartées* ».

On peut être doublement surpris : il ne semble pas que la *jurisprudence Grenke location* exige que la mise en demeure préalable doive être inscrite dans une clause du contrat mais simplement qu'elle ait été pratiquée. En outre, il est curieux que, pour écarter une clause, la cour se réfère à la notion de vice d'une particulière gravité habituellement réservée à l'annulation du contrat dans son ensemble.

L'arrêt est intéressant aussi en ce qu'il rejette l'argument du caractère illicite du contrat, la commune n'ayant pas apporté la preuve de manœuvres dolosives : « *La commune de Rians soutient en premier lieu que le contrat la liant à la société GE Capital équipement France est entaché de manœuvres dolosives et que son consentement a été vicié. A cet effet, elle fait valoir que sur les huit photocopieurs prévus au contrat, seulement cinq photocopieurs lui ont été livrés par la société VSD, fournisseur des appareils. Toutefois, les difficultés rencontrées pour la livraison des photocopieurs, à les supposer établies, ont trait*

*à l'exécution de ce contrat de livraison et ne sont pas de nature à caractériser un vice du consentement de la commune de Rians concernant la nature des prestations prévues au contrat de location ou au contrat de livraison. A cet égard, rien ne s'opposait à ce que la commune de Rians réclamât auprès de la société VSD la fourniture de l'intégralité des appareils prévus au contrat de livraison, ainsi qu'elle l'a d'ailleurs fait par un courrier daté du 18 novembre 2014. Les difficultés invoquées par la commune de Rians concernant la livraison des photocopieurs ne sont dès lors pas de nature à établir l'existence de manœuvres dolosives ayant vicié son consentement et à entacher de nullité soit le contrat de livraison, soit le contrat de location qu'elle a conclu avec la société GE Capital Equipement France ».*

Enfin, s'agissant de l'indemnité de résiliation conventionnelle réclamée par la société en application du contrat, la cour prend soin de vérifier qu'elle n'est pas excessive, c'est-à-dire qu'elle ne consiste pas en une somme supérieure au règlement intégral des loyers jusqu'au terme prévu, conformément à une jurisprudence de 2017 (CE, 3 mars 2017, *Société Leasecom*, n° 392446, aux T). Ainsi, « *Il résulte de l'instruction que le montant total des loyers prévus par le contrat, sur une durée de soixante-trois mois, s'élevait à la somme de 99 125 euros, soit un loyer de 3 491,42 euros et vingt-et-un loyers trimestriels de 4 553,98 euros toutes taxes comprises. La commune de Rians justifie avoir versé le premier loyer pour un montant de 3 491,42 euros et deux loyers de 4 553,98 euros toutes taxes comprises pour la période du 1<sup>er</sup> octobre 2014 au 31 mars 2015, soit la somme globale de 12 599,44 euros toutes taxes comprises. Elle est donc redevable au titre des loyers de la somme de 86 525,56 euros. En vertu des stipulations précitées de l'article 4.4 du contrat, elle est également redevable des intérêts au taux de 1,5 % par mois, avec capitalisation des intérêts à échéance annuelle et des frais de retour sur impayé de 7,5 euros hors taxes par impayé ainsi qu'une pénalité égale à 10 % des impayés. La somme totale ainsi due est supérieure au quantum de la demande indemnitaire de la société CM CIC Leasing Solutions, fixée à 95 178,81 euros toutes taxes comprises. Il y a lieu en conséquence de condamner la commune de Rians à verser à la société CM CIC Leasing Solutions cette somme de 95 178,81 euros toutes taxes comprises ».*

## 2. Brèves

---

- 1. L'obligation de prévoir un maximum pour les accords-cadres vaut aussi pour les services sociaux (CE 3 février 2022, N° 457233, Collectivité de Saint-Martin).** *« Si la société requérante soutient cependant que la partie H de l'annexe V de la directive du 26 février 2014, relative au contenu des avis de marché passés pour la fourniture de services sociaux, n'impose pas de faire figurer un montant maximal en vue de la passation d'un accord-cadre, sa partie I prévoit toutefois que l'avis de préinformation doit comporter une « brève description du marché en question comprenant la valeur totale estimée du marché » et les formulaires prévus aux annexes XVIII et XIX du règlement d'exécution (UE) 2015/1986 du 11 novembre 2015, respectivement consacrés aux avis de préinformation et de marchés de services sociaux, comportent des mentions relatives, pour les accords-cadres, à leur valeur totale maximale pour toute leur durée. Par suite, contrairement à ce que soutient la société requérante, le juge des référés du tribunal administratif de Saint-Martin n'a pas commis d'erreur de droit en jugeant que cette obligation s'appliquait aux marchés de services sociaux et, par voie de conséquence, à la procédure de passation de l'accord-cadre en litige ».*
  
- 2. Une entité adjudicatrice (en l'occurrence Enedis) est fondée à demander au juge du référé de lui transmettre les informations cartographiques relatives à l'ensemble des supports des réseaux publics de distribution d'électricité utilisés pour la pose de son réseau de fibre optique, ainsi que de régulariser l'ensemble des supports irréguliers au regard des stipulations de la convention (CE 18 février 2022, n°457471, Société THD 64) :** *« Le juge des référés du tribunal administratif de Pau a estimé, en ce qui concerne la communication des informations cartographiques relatives aux supports du réseau public de distribution d'électricité utilisés pour la pose du réseau de fibre optique, que la société THD 64 avait utilisé des supports sans étude de déploiement préalable ou après que la société Enedis s'était opposée au déploiement, si bien que cette dernière société ne disposait pas d'une information exhaustive sur les supports utilisés, nonobstant la circonstance que de nombreuses études de déploiement auraient été renseignées. En ce qui concerne les plannings hebdomadaires prévisionnels d'intervention sur le réseau de distribution d'électricité dont la transmission était prévue par la convention du 14 mai 2019, le juge des référés a constaté qu'ils n'avaient pas été transmis à la société Enedis, contrairement aux plannings mensuels prévisionnels. C'est sans commettre d'erreur de droit que le juge des référés a déduit de ces faits souverainement appréciés que les demandes de la société Enedis sur ces deux points présentaient un caractère d'utilité.*  
*S'agissant des mesures de régularisation ordonnées par le juge des référés : En premier lieu, le juge des référés du tribunal administratif de Pau n'a ni méconnu l'office du juge des référés, saisi sur le fondement de l'article L. 521-3 du Code de justice administrative, ni dénaturé les faits en enjoignant à la société THD 64 de remédier aux irrégularités constatées dans l'utilisation de certains supports du réseau basse tension, alors même que la mesure conservatoire qu'il a ordonnée impliquerait, dans certains cas, de procéder à des travaux pour modifier la consistance du réseau de communications électroniques déployé par cette société.*  
*En second lieu, le juge des référés du tribunal administratif a estimé, d'une part, que la méconnaissance de plusieurs stipulations de la convention par la société THD 64 entraînait un risque d'électrisation ou d'électrocution pour les personnes intervenant sur son réseau et était de nature à porter atteinte au bon fonctionnement ou à la continuité du service public de l'électricité. Il a relevé, d'autre part, que les échanges intervenus entre les parties, y compris, selon les*

énonciations de son ordonnance, de nombreuses mises en demeure tendant à la régularisation des supports irréguliers du réseau de communications électroniques ainsi qu'une tentative de conciliation et même la dépose unilatérale de certains câbles de fibre optique par la société Enedis, n'avaient pas permis de remédier aux déploiements effectués par la société THD 64 en méconnaissance des stipulations de la convention du 14 mai 2019. C'est sans erreur de droit qu'il a déduit de ces faits, qu'il n'a pas dénaturés, que la demande présentée par la société Enedis tendant à la régularisation de ces supports, qu'il a pu regarder comme urgente, présentait un caractère d'utilité ».

3. **La différence entre contrôle de la sincérité d'une offre et absence d'appréciation d'une offre en référé précontractuel est parfois délicate et, en l'espèce, conduit à considérer qu'il s'agissait d'une appréciation portant sur l'offre** (CE 18 février 2021, n°457578, Toulouse Métropole). « Il ressort des énonciations de l'ordonnance attaquée que Toulouse Métropole a attribué à l'offre de la société Agri Sud-Ouest la note maximale sur le sous-critère de la valeur technique relatif à la pertinence de la prise en compte du chancre coloré en tenant compte de ce que cette offre prévoyait la désinfection du matériel entre chaque arbre dans les opérations de fauchage et de débroussaillage, mais attribué une note plus faible à la société Philip Frères au motif qu'elle ne comportait pas un tel engagement. Le juge du référé précontractuel a estimé qu'il était « difficilement concevable » que de telles mesures soient mises en œuvre et en a déduit que Toulouse Métropole ne pouvait se fonder sur cet engagement pour noter les offres au titre du sous-critère relatif à la prise en compte du chancre coloré. En statuant ainsi, et en portant, ce faisant, une appréciation sur la valeur des offres, le juge des référés du tribunal administratif de Toulouse a méconnu son office ».
4. **Il appartenait au juge des référés de n'annuler la procédure qu'à compter de l'examen de ces offres, quand bien même le requérant n'avait demandé que l'annulation de toute la procédure** (CE 2 mars 2022, n°458019, Pôle Emploi). « En troisième lieu, il résulte des énonciations de l'ordonnance attaquée, non contestées sur ce point par le requérant, que le juge des référés a estimé que les prix proposés par la société Formateurs de Bourbon n'étaient pas manifestement sous-évalués et de nature à compromettre l'exécution des marchés et qu'en conséquence Pôle Emploi avait commis une erreur manifeste d'appréciation en décidant d'écarter les offres présentées par cette société au motif de leur caractère anormalement bas et qu'il avait ainsi méconnu le principe d'égalité entre les candidats. Compte tenu du manquement ainsi relevé, qui se rapportait à la seule phase de sélection des offres par l'acheteur public, il appartenait au juge des référés de n'annuler la procédure qu'à compter de l'examen de ces offres. Par suite, le juge des référés a commis une erreur de droit en annulant l'ensemble de cette procédure et en enjoignant à Pôle Emploi, s'il entendait la poursuivre, de la reprendre dans son intégralité. Pôle Emploi est en conséquence fondé à demander l'annulation de l'ordonnance du juge des référés du tribunal administratif de La Réunion en tant qu'elle a annulé la procédure à un stade antérieur à la phase de sélection des offres. La société Formateurs de Bourbon n'ayant demandé au juge des référés que l'annulation de la procédure au stade de la sélection des offres, aucune question ne reste à juger. Il n'y a dès lors pas lieu de faire application des dispositions de l'article L. 821-2 du code de justice administrative. Eu égard au stade auquel est prononcée l'annulation de l'ordonnance du juge des référés, il appartiendra à Pôle Emploi, s'il entend conclure le marché en cause, de reprendre la procédure au stade de la sélection des offres ».

5. **Est inéligible une personne jouant un rôle prédominant dans une entreprise sous contrat avec la commune moins de six mois avant les élections alors même qu'aucune facture n'avait été émise en application de ce contrat depuis plus de six mois** (CE 21 décembre 2021, n° 445969) : *« Il résulte de l'instruction que l'entreprise Lelong-Vanacker, au sein de laquelle M. T... joue un rôle prédominant, a passé le 15 novembre 2011 avec la commune de Villequier-Aumont une convention en vue d'assurer le déneigement de la commune, renouvelée le 24 septembre 2018 et dénoncée par M. T... le 8 janvier 2020. Dans ces conditions, cette société participait à cette date au service municipal d'entretien de la voirie et M. T... avait, par suite, moins de six mois avant la date du premier tour de l'élection contestée, la qualité d'entrepreneur de service municipal au sens des dispositions de l'article L. 231 du Code électoral, nonobstant la circonstance que cette société n'avait pas fourni de prestation depuis plus de six mois à la date du premier tour de scrutin, et qu'une seule facture d'un montant de 486 euros avait été émise au titre de cette convention en 2019. M. T... était, par suite, inéligible au conseil municipal de Villequier-Aumont à la date du scrutin ».*
6. **Une opposition durable au projet de l'écotaxe ayant entraîné de graves troubles à l'ordre public constitue un motif d'intérêt général justifiant légalement la résiliation du marché de partenariat. Les tiers dont les contrats ont été résiliés consécutivement à la fin du marché de partenariat peuvent obtenir réparation sur le fondement de la responsabilité sans faute de l'État** (CAA Versailles, 16 décembre 2021, n° 18VE03215, *Ministre de la transition écologique et solidaire*) : *« Il résulte de l'instruction que le gouvernement a décidé d'abandonner le dispositif d'écotaxe et de résilier le contrat de partenariat conclu avec la société Ecomouv' en raison d'une opposition forte et durable rencontrée par ce projet, qui s'est traduite, au cours de l'automne 2013, par de graves troubles à l'ordre public et à laquelle les aménagements apportés au dispositif par la loi du 8 août 2014 n'ont pas permis de mettre un terme, les acteurs économiques concernés ayant annoncé leur intention de reprendre leurs actions revendicatives à l'automne 2014. Alors même que ce motif est invoqué pour la première fois en appel, il caractérise à lui seul l'existence d'un motif d'intérêt général de nature à justifier la résiliation de ce contrat. Il n'appartient pas au juge administratif d'apprécier l'opportunité du choix ainsi effectué par le gouvernement (...). La responsabilité de la puissance publique peut se trouver engagée, même sans faute, sur le fondement du principe d'égalité des citoyens devant les charges publiques, lorsqu'une mesure légalement prise a pour effet d'entraîner, au détriment d'une personne physique ou morale, un préjudice grave et spécial, qui ne peut être regardé comme une charge lui incombant normalement. Notamment, le dommage résultant de la décision légalement prise par l'administration de résilier un contrat administratif pour un motif d'intérêt général ne saurait être regardé, s'il excède une certaine importance et revêt un caractère spécial, comme une charge incombant normalement aux tiers à ce contrat ».*
7. **Un avenant peut modifier les conditions de compensation d'obligations de service public sans pour autant faire tomber cette compensation sous la qualification d'aide d'Etat devant être notifiée au préalable à la Commission européenne** (CAA Bordeaux, 15 décembre 2021, n° 19BX01678, *Communauté d'agglomération du Centre Littoral*) : *« Il résulte des stipulations précitées de l'article 2 des avenants du 18 décembre 2013 que le montant de la compensation pour déficit sollicité par l'exploitant, qui doit être justifié par la présentation de documents comptables certifiés, résulte de la différence entre le coût d'exploitation justifié et le montant des recettes perçues. Si la CACL conteste le jugement du tribunal, elle ne fait état d'aucun élément permettant d'estimer que les paramètres ainsi définis pour le calcul de la compensation ne*

*seraient pas objectifs et transparents et comporteraient en réalité, pour la société ETPM, un avantage économique par rapport à des entreprises concurrentes. De même, il ne résulte pas de l'instruction et n'est pas soutenu par l'appelante, que la compensation prévue dépasserait ce qui est nécessaire pour couvrir tout ou partie des coûts occasionnés par l'exécution des obligations de service public. »*

8. **Une autorité concédante commet une faute de nature à engager sa responsabilité en s'opposant à une demande du concessionnaire tendant à la conclusion d'un avenant afin de corriger une erreur purement matérielle** (CAA Marseille, 13 déc. 2021, n° 19MA05168, *Sté Véolia Eau – Cie gén. des Eaux*) : *« Si le caractère définitif du prix stipulé au marché comme de la rémunération stipulée dans une convention de délégation de service public s'oppose en principe à toute modification unilatérale ultérieure, ce principe ne saurait recevoir application dans le cas exceptionnel où il s'agit d'une erreur purement matérielle et d'une nature telle qu'il serait impossible à l'une des parties de s'en prévaloir de bonne foi. Dans un tel cas, le juge du contrat, saisi de conclusions en ce sens présentées par l'un des cocontractants, a le pouvoir de procéder à la correction d'une telle erreur purement matérielle qui peut porter, comme en l'espèce, sur un coefficient d'actualisation de la rémunération stipulée. La formule litigieuse du coefficient d'actualisation selon laquelle " $K_{tvx}(n) = 0,125 + 0,825 \times TP\ 02\ (N) / TP\ 02\ (N-1)$ " a été conçue, de manière à ce que seule une fraction des tarifs initialement fixés soit revalorisée en fonction de l'indice du coût des travaux publics dit TP02. Or, en fixant respectivement à 0,125 et à 0,825, soit deux chiffres dont la somme est inférieure à un, la fraction insensible à l'évolution de l'indice du coût des travaux publics et la fraction sensible à cette évolution, cette formule est nécessairement entachée d'un vice intrinsèque qui, ainsi que l'illustre la simulation réalisée par l'expert désigné aux termes de l'ordonnance de référé du 4 juin 2020, a pour effet de réduire mécaniquement les tarifs de 5 % à chaque actualisation, à indice constant du coût des travaux publics ».*
9. **Une commune commet une faute de nature à engager sa responsabilité en refusant de signer un avenant visant à corriger une erreur purement matérielle d'une offre** (CAA Marseille, 13 déc. 2021, n° 19MA05168, *Société Véolia Eau – Compagnie générale des Eaux*) : *« Si le caractère définitif du prix stipulé au marché comme de la rémunération stipulée dans une convention de délégation de service public s'oppose en principe à toute modification unilatérale ultérieure, ce principe ne saurait recevoir application dans le cas exceptionnel où il s'agit d'une erreur purement matérielle et d'une nature telle qu'il serait impossible à l'une des parties de s'en prévaloir de bonne foi. Dans un tel cas, le juge du contrat, saisi de conclusions en ce sens présentées par l'un des cocontractants, a le pouvoir de procéder à la correction d'une telle erreur purement matérielle qui peut porter, comme en l'espèce, sur un coefficient d'actualisation de la rémunération stipulée. La formule litigieuse du coefficient d'actualisation selon laquelle " $K_{tvx}(n) = 0,125 + 0,825 \times TP\ 02\ (N) / TP\ 02\ (N-1)$ " a été conçue, de manière à ce que seule une fraction des tarifs initialement fixés soit revalorisée en fonction de l'indice du coût des travaux publics dit TP02. Or, en fixant respectivement à 0,125 et à 0,825, soit deux chiffres dont la somme est inférieure à un, la fraction insensible à l'évolution de l'indice du coût des travaux publics et la fraction sensible à cette évolution, cette formule est nécessairement entachée d'un vice intrinsèque qui, ainsi que l'illustre la simulation réalisée par l'expert désigné aux termes de l'ordonnance de référé du 4 juin 2020, a pour effet de réduire mécaniquement les tarifs de 5 % à chaque actualisation, à indice constant du coût des travaux publics ».*

10. **La réalité d'un motif d'intérêt général justifiant un déclassement du domaine public n'est pas avéré** (CAA Bordeaux, 17 déc. 2021, n° 19BX03284, *SEPANSO des Landes*) : « *La réalité de ces motifs, qui ne sont mentionnés ni dans la délibération attaquée, ni dans le compte-rendu du conseil municipal (...) ne ressort d'aucune pièce du dossier* » et la commune « *ne produit ainsi aucun élément de nature à établir l'existence* » d'un projet de réalisation de logements pour des résidents permanents ».
11. **Des travaux de démolition réalisés dans le cadre d'une concession d'aménagement sous la maîtrise d'ouvrage de la société concessionnaire et entrepris sur un terrain privé ne sont pas des travaux publics** (T. confl., 10 janv. 2022, n° 4228, *Sté Café Bar Pyxide*) : « *D'une part, ni la définition des missions confiées au titulaire de ce contrat, ni les conditions prévues pour leur exécution ne permettent de regarder ce contrat de concession comme ayant en réalité pour objet de confier à la société Citallios le soin d'agir au nom et pour le compte de la communauté d'agglomération. D'autre part, il ressort des mentions du jugement du tribunal administratif de Cergy-Pontoise que 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 de la société Les Nouveaux Constructeurs, et n'ont donc pas été réalisés pour le compte de la communauté d'agglomération* ».
12. **Le non déclenchement des pénalités de retard ne peut être compensé par les pouvoirs généraux de sanction reconnus à l'administration** (CAA Lyon, 25 nov. 2021, n° 19LY03450, *Sté Schindler*) : le pouvoir adjudicateur ne saurait « *utilement se prévaloir du pouvoir de sanctionner les manquements de son cocontractant à ses obligations contractuelles, reconnu à l'administration même en l'absence de stipulation contractuelle, en résiliant le contrat ou en recherchant la condamnation à des dommages intérêts, dès lors que, comme en l'espèce, le contrat a expressément prévu des sanctions pour certains manquements et qu'il ne peut être substitué d'autres sanctions* ».
13. **Un château appartenant à une commune et abritant un golf, un restaurant et des salles pour séminaires et autres évènements festifs fait partie du domaine public** (CAA Nantes, 4e ch., 3 décembre 2021, n° 20NT03946, *Sté d'exploitation des Garden Resorts*).
14. **Pérennisation de la dispense de procédure pour les achats innovants n'excédant pas 100 000 € hors taxes et l'étend aux lots sous conditions** (Décret n° 2021-1634 de 13 décembre 2021 relatif aux achats innovants et portant diverses autres dispositions en matière de commande publique).
15. **La fiche technique de la DAJ du MINEFI sur les marchés publics confrontés à la flambée des prix et au risque de pénurie des matières premières** a été modifiée le 18 février 2022 afin de rappeler l'obligation de révision de prix dans les marchés publics lorsque les parties sont exposées à des aléas majeurs du fait de l'évolution raisonnablement prévisible des conditions économiques. Il convient aussi de signaler que la DAJ a publié un commentaires sur **les Difficultés rencontrés par les entreprises dans l'exécution des contrats de la commande publique face à la 5e vague de l'épidémie de COVID-19** pour rappeler que les acheteurs ont la possibilité de renoncer à l'application des pénalités contractuelles et d'aménager les délais d'exécution.