

## LETTRÉ JURIDIQUE DES CONTRATS PUBLICS

Novembre 2021

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

### SOMMAIRE

<b>1. Actualité textuelle ou jurisprudentielle commentée</b> .....	2
1.1 Une atteinte au principe d'impartialité constitue-t-elle un vice d'une particulière gravité justifiant l'annulation du contrat ? (CE 20 octobre 2021, n° 455130, <i>Collectivité de Corse</i> ).....	2
1.2 L'incompétence territoriale est un vice d'une particulière gravité justifiant l'annulation du contrat mais il n'y avait pas incompétence pour des collectivités territoriales à financer une ligne TGV qui ne passait pas sur leur territoire (CE 9 novembre 2021, n°438388, <i>Communauté d'agglomération du Pays Basque et autres</i> , classé B) .....	5
1.3 Un opérateur économique ne peut pas toujours se prévaloir des revenus perçus par un groupement temporaire d'entreprises auquel il a appartenu et une prescription technique peut participer à l'appréciation des capacités techniques ou n'être qu'une simple condition d'exécution ; le principe de confidentialité des offres doit être mis en balance avec le droit au recours effectif (CJUE 7 septembre 2021, C-927/19, <i>Klaipėdos</i> ). .....	6
1.4 Un changement dans la composition du groupement d'intérêt économique candidat à l'attribution d'un marché public non publié au registre ne rend pas irrecevable la candidature du GIE à un marché public (CE 5 novembre 2021, n°444625, <i>Ministre de l'économie c. Société Huissiers partner conseil</i> ) .....	8
1.5 Une méthode de notation attribuant la note maximale à la meilleure offre n'est pas illégale (CE 20 octobre 2021, n°453653, <i>Commune du Pradet</i> ).....	9
<b>2. Brèves</b> .....	10

## 1. Actualité textuelle ou jurisprudentielle commentée

---

### 1.1 Une atteinte au principe d'impartialité constitue-t-elle un vice d'une particulière gravité justifiant l'annulation du contrat ? (CE 20 octobre 2021, n° 455130, *Collectivité de Corse*)

C'est à cette question que le Conseil d'Etat est invité à répondre dans cette affaire. L'arrêt commenté se contente de rejeter la demande de sursis à exécution, ce qui en soi présente déjà un intérêt. Mais on peut aussi se pencher sur la question de fond puisque la rapporteure publique vient de prononcer des conclusions en faveur d'une réponse positive à l'audience du 10 novembre dernier.

En 2018, la collectivité de Corse a engagé une procédure d'appel d'offres ouvert en vue de la passation d'un accord-cadre destiné à assurer la conception, la mise en œuvre, l'administration et la maintenance d'un réseau régional à très haut débit pour les établissements d'enseignement et de recherche en Corse. Deux offres ont été présentées et la société Corsica Networks, dont l'offre n'a pas été retenue, a formé un référé précontractuel qui a été rejeté par une ordonnance devenue définitive puis un recours un recours en contestation de la validité du contrat assorti de conclusions indemnitaires (recours « Tarn-et-Garonne »). Après rejet par le tribunal administratif, la Cour administrative de Marseille a estimé, le 14 juin 2021, que la participation d'un ancien salarié de la société attributaire « *à la procédure de sélection des candidatures et des offres pouvait légitimement faire naître un doute sur la persistance d'intérêts (...) et par voie de conséquence sur l'impartialité de la procédure suivie par la collectivité de Corse* » et surtout que la gravité de ce vice justifiait l'annulation du marché, avec effet différé à compter du 15 décembre 2021. Pour la rapporteure publique, trois moyens semblent sérieux, ce qui serait de nature à prononcer le sursis à exécution de l'arrêt de la CAA, mais elle rejette ce dernier faute de « *conséquences difficilement réparables* » puisque c'est la 2ème condition posée par l'article R. 821-5 du Code de justice administrative. En matière d'annulation du contrat, il a été jugé qu'avait une telle conséquence le fait qu'une collectivité « *d'une part doit verser à verser à court terme une somme importante qu'elle n'est pas certaine de récupérer et, d'autre part, pourrait entraîner un risque d'interruption du service* » (CE 13 octobre 2017, Communauté d'agglomération de la Riviera française, n° 413560). En l'espèce, pour le Conseil d'Etat, « *d'une part, si la collectivité de Corse fait valoir que l'exécution de cet arrêt impliquerait qu'elle verse une somme considérable à la société attributaire de ce marché, ou qu'elle indemnise, le cas échéant, l'attributaire du nouveau marché qu'elle passerait dans le cas où la solution retenue par la cour serait finalement infirmée, il ne résulte pas de l'instruction que telles seraient les conséquences nécessaires de l'annulation prononcée par l'arrêt litigieux, ni que cette annulation la contraindrait à reverser des aides accordées par le fonds européen de développement régional. D'autre part, il appartient à la collectivité de Corse, en exécution de l'arrêt attaqué, de procéder à la passation d'un nouveau marché de substitution. Si la collectivité de Corse allègue qu'il lui serait « matériellement impossible », dans le délai de six mois qui lui a été imparti, entre le 14 juin et le 15 décembre 2021, de conclure un nouveau marché, ce qui conduirait à une interruption du service, elle ne l'établit pas* ».

Sur le fond, la rapporteure publique a proposé, à l'audience du 10 novembre, de décider qu'un doute quant à l'impartialité de l'autorité contractante dans le choix de l'attributaire devait conduire à l'annulation. Trois raisons pouvaient faire pencher en sens inverse mais qui ne convainquent pas la rapporteure publique :

- le référé précontractuel est le moyen le plus efficace pour sanctionner les manquements aux règles de publicité et de mise en concurrence ; mais il peut arriver que seule la communication des pièces intervenues ultérieurement permet alors de comprendre l'atteinte à l'impartialité. C'était le cas ici avec la communication de l'acte d'engagement obtenue postérieurement au référé précontractuel.

- le vice d'une particulière gravité est d'ordre public et il peut être délicat d'exiger du juge qu'il le soulève d'office s'agissant de l'atteinte à l'impartialité ; néanmoins, le juge n'a pas d'autres obligations que de le soulever s'il ressort des pièces du dossier.

- on pourrait faire une gradation au sein des manquements au principe d'impartialité pour ne conclure à l'annulation que s'il y a soit intention soit effectivité de la partialité. Sur l'intention, la jurisprudence s'est parfois appuyée dessus (SAGEM, cf. ci-dessous) mais ce n'est pas une condition nécessaire et cela serait trop sophistiqué de l'exiger. Sur l'effectivité de l'influence, il y aura un problème de preuve. Et il y a une tendance forte à sanctionner les conflits d'intérêts désormais. On peut suivre la rapporteure publique dans chacun de ses arguments, même s'il est peut-être sévère d'annuler un contrat pour une simple apparence de partialité comme on va le voir.

Sur le fond, si le Conseil d'Etat suivait sa rapporteure publique et, en définitive, la CAA, il s'agirait d'une avancée significative. On sait en effet que les annulations de contrats administratifs sont rares, même à la demande d'un tiers, et même exceptionnelles quand sont en causes des atteintes aux règles de publicité et de mise en concurrence. Le Conseil d'Etat ne l'a admis qu'une fois, dans l'affaire SAGEM, au motif « *que les vices entachant la convention litigieuse, tirés de la méconnaissance des règles de publicité et de mise en concurrence, révèlent également, en l'état de l'instruction, une volonté de la personne publique de favoriser un candidat et ont affecté gravement la légalité du choix du concessionnaire* », ce que le rapporteur public Gilles Pellissier assimile à un délit de favoritisme.

Mais à bien y réfléchir, une violation du principe d'impartialité n'illustre point une atteinte aux règles de publicité et de mise en concurrence *stricto sensu* mais une atteinte à un principe général du droit quand bien même elle peut être invoquée en référé précontractuel. Or les conflits d'intérêts et de manière plus générale le non-respect de l'impartialité font l'objet de sanctions renforcées par le juge et par le législateur, y compris au nom de l'apparence dans le cadre de l'attribution de contrats publics (CE 14 octobre 2015, n° 390968, Société Applicam).

Les circonstances de l'affaire Collectivité de Corse étaient proches de l'arrêt Applicam, avec une personne qui était employée quelques temps auparavant par la société attributaire et qui avait ensuite participé à l'analyse des offres, ce qui est « de nature à faire naître un doute sur l'impartialité » de l'acheteur public compte tenu du délai réduit écoulé, des fonctions de la personne en cause précédemment exercées et de son rôle dans la procédure de passation.

C'est précisément sur ce point que le débat peut porter quant aux conséquences qu'il convient de tirer des irrégularités : à admettre que l'atteinte à l'impartialité puisse conduire à l'annulation, doit-on prononcer cette annulation sur la base d'un simple doute et non pas sur la base d'une influence effective ? Il ne serait pas incohérent de ne tirer les conséquences les plus graves d'une illégalité par le prononcé de l'annulation que pour les atteintes avérées à l'impartialité et non de simples doutes – après tout, peut-être que l'offre retenue était effectivement la meilleure. D'un autre côté, il y aura bien souvent une difficulté insurmontable à rapporter la preuve de l'influence effective.

Au final, on peut approuver la solution, non seulement compte tenu du renforcement des exigences de lutte contre les conflits d'intérêt (voir la loi n° 2015-366 du 31 mars 2015 créant l'article L. 1111-1-1 dans le CGCT qui précise que les élus locaux « exercent leur mandat dans le respect des principes déontologiques consacrés par la présente charte de l'élu local ») que des effets finalement pas si éloignés entre annulation et résiliation, dans l'hypothèse où le contrat n'est pas achevé et où l'alternative se pose. Du point de vue indemnitaire, les deux solutions devraient avoir les mêmes conséquences. Pour les tiers, la perte d'une chance sérieuse d'emporter le marché est indifférente à la décision du juge d'annuler ou de résilier, il devra être indemnisé du manque à gagner sur la durée du contrat dans les deux cas comme le dit la rapporteure publique. Pour le cocontractant, l'annulation devrait aussi conduire à une indemnisation équivalente à celle de la résiliation, contrairement à ce qu'en dit la rapporteure publique. Suite à une annulation, le cocontractant pourra réclamer l'indemnisation du manque à gagner sur la durée du contrat moins ce dont il a déjà bénéficié à la date de l'annulation. Or il en ira de même pour la résiliation (indemnisation du manque à gagner sur la durée restant à courir, comme cela est prévu aussi dans l'arrêt *Société comptoir négoce* pour la résiliation unilatérale pour illégalité). Dans les deux cas, la faute du cocontractant pourra éventuellement être prise en compte pour le partage de responsabilité, ce qui ne devrait pas être le cas dans l'hypothèse d'une atteinte à l'impartialité comme en l'espèce, sauf à prouver que le cocontractant avait instruit son ancien salarié pour qu'il influence.

Par contre, l'annulation aura des conséquences plus importantes que la résiliation sur le plan des garanties, et dans un sens a priori défavorable à la personne publique fautive. On peut penser qu'elle empêche la personne publique de se prévaloir de la garantie décennale ou, comme dans *SAGEM*, qu'elle peut conduire à la restitution des terrains suite à l'annulation d'une concession d'aménagement. En revanche, il n'y aura pas de conséquences sur les actes pris en application de la convention annulée ainsi qu'il résulte de cette même jurisprudence *SAGEM*.

Pour finir, il convient de relever que le Code de la commande publique dispose, pour les concessions, que « *Lorsqu'une clause du contrat de concession fixe les modalités d'indemnisation du concessionnaire en cas d'annulation, de résolution ou de résiliation du contrat de concession par le juge, elle est réputée divisible des autres stipulations du contrat* » (L. 3136-9), alors que pour les marchés de partenariat, la disposition miroir ne vise pas la résolution mais seulement l'annulation et la résiliation (L. 2235-3). Aucune disposition identique n'est prévue pour les autres marchés publics. Mais le Conseil d'Etat a, de manière prétorienne, généralisé la solution : « *La circonstance qu'un contrat soit entaché d'une irrégularité qui puisse conduire le juge à en prononcer l'annulation n'est pas de nature à rendre inapplicables les clauses de ce contrat qui sont relatives au mode de règlement des différends entre les parties, notamment celles qui organisent une procédure de règlement amiable préalable à toute action contentieuse. Il s'ensuit que les stipulations de telles clauses doivent être observées pour toutes les actions qui entrent dans le champ de leurs prévisions, sans qu'y échappent par principe les actions tendant à ce que le juge prononce l'annulation du contrat, quand bien même le juge serait effectivement conduit à y faire droit et prononcerait une telle annulation* » (CE 10 juillet 2020, n°433643 *Société Exelcia*). Dans ses conclusions, Gilles Pellissier évoque la notion de résolution, en s'inspirant du droit civil : « *En droit privé, l'article 1230 du code civil dispose que "La résolution n'affecte ni les clauses relatives au règlement des différends, ni celles destinées à produire effet même en cas de résolution, telles les clauses de confidentialité et de non-concurrence". La résolution du contrat procédant, aux termes de l'article 1224 du code civil, soit d'une clause résolutoire, soit d'une inexécution suffisamment grave du contrat (voyez, pour des applications de ces dispositions : Cass. Civ.*

2e, 6 juillet 2000, n°98-17.827 ; Cass. com., 30 mai 2018, n° 16-26403, publié au Bulletin), ces dispositions ne concernent bien que les causes de disparition rétroactive du contrat survenant après sa conclusion ». Mais au final, il n'a pas entendu proposer de différence avec l'annulation liée à un vice originel, s'agissant de la divisibilité des clauses relatives aux conséquences de l'illégalité du contrat, et a donc été suivi par le Conseil d'Etat.

**1.2 L'incompétence territoriale est un vice d'une particulière gravité justifiant l'annulation du contrat mais il n'y avait pas incompétence pour des collectivités territoriales à financer une ligne TGV qui ne passait pas sur leur territoire (CE 9 novembre 2021, n°438388, Communauté d'agglomération du Pays Basque et autres, classé B)**

Cette affaire est intéressante en ce que le juge est appelé à se prononcer sur des notions classiques du droit administratif mais aussi du droit des contrats : compétence territoriales, vices du consentement et défaut de cause. Les collectivités requérantes avaient en effet refusé de verser leur participation financière à SNCF réseau, pourtant prévue par une convention de financement relative à la ligne Tours-Bordeaux, au motif que les lignes destinées à prolonger la ligne TGV Tours Bordeaux vers l'Espagne n'avaient pas été réalisées.

Elles estimaient tout d'abord lieu que la convention de financement devait être annulée au motif de leur incompétence. Le Conseil d'Etat valide le raisonnement de la Cour qui avait jugé que la réalisation du tronçon central Tours-Bordeaux de la LGV SEA a pour effet d'améliorer l'accessibilité de leurs territoires, en particulier depuis Paris, et que le projet en cause était ainsi de nature à renforcer l'attractivité des territoires communautaires et, par suite, à favoriser leur développement économique. A cet égard, on ne saurait comparer un financement d'une manifestation culturelle jugé comme ne participant pas au développement économique d'un territoire (CE 4 mai 2012, Fédération de la Libre Pensée et d'Action Sociale du Rhône, n° 336463) avec le financement d'une infrastructure importante. Implicitement, le Conseil d'Etat admet que l'incompétence fait partie des vices d'une particulière gravité, ce qu'il n'avait jusqu'alors jugé que pour l'incompétence d'une personne physique à engager la personne publique (CE section, 19 avril 2013, CCI d'Angoulême, n° 340093), ce que Gilles Pellissier caractérisait comme un vice de consentement. Le rapporteur public Philippe Ranquet rejoint ici Emmanuel Glaser dans ses conclusions sur Béziers I qui proposait d'en faire une cause d'annulation par assimilation au défaut de cause.

Le défaut de cause faisait ici l'objet, par ailleurs, de deux moyens : en tant que la cause aurait été inexistante dès le départ et en tant qu'elle aurait disparu après l'abandon du projet Bordeaux-Espagne. Le Conseil d'Etat se contente de juger que la Cour n'a pas dénaturé les pièces en interprétant la convention comme ne conditionnant pas le versement à la réalisation des autres tronçons, de sorte qu'il n'y a ni défaut de cause, ni disparition de la cause. Les requérantes se fondaient sur l'article 1169 du code civil qui dispose qu'« un contrat à titre onéreux est nul lorsque, au moment de sa formation, la contrepartie convenue au profit de celui qui s'engage est illusoire ou dérisoire ». Mais l'absence de cause rarement admise par le Conseil d'Etat, les deux seuls exemples concernant des marchés publics pour la réalisation de prestations qui auraient dû être réalisées par un précédent marché (CE 12 novembre 1948, Compagnie des messageries maritimes et CE 26 septembre 2007, OPDHLM du Gard, n° 259809). Il est

intéressant de noter que le Conseil d'Etat continue à appliquer la notion de cause, en dépit de sa disparition du Code civil depuis l'ordonnance du 10 février 2016.

Enfin, il n'y a pas non plus de dénaturation en ce qui concerne l'appréciation de la Cour selon laquelle la signature de la convention par l'ensemble des signataires pressentis – lesquels n'ont pas tous signés – n'avait pas constitué un élément déterminant du consentement des requérantes, de sorte qu'elles n'avaient été induites en erreur ni sur l'étendue des obligations de leurs cocontractants ni sur l'objet de la convention de financement. Et le Conseil d'Etat juge implicitement, pour la première fois nous semble-t-il, que le juge de cassation exerce un contrôle de qualification juridique des faits constitutifs d'un vice de consentement de nature à affecter la validité d'un contrat.

Le rapporteur public ajoutait que le protocole d'accord signé parallèlement, et qui constituait bien avec la convention de financement un « ensemble contractuel », ne comportait pas en réalité d'engagement véritable car il parlait de simples « objectifs » mais le Conseil d'Etat n'a pas eu à se prononcer sur ce point.

**1.3 Un opérateur économique ne peut pas toujours se prévaloir des revenus perçus par un groupement temporaire d'entreprises auquel il a appartenu et une prescription technique peut participer à l'appréciation des capacités techniques ou n'être qu'une simple condition d'exécution ; le principe de confidentialité des offres doit être mis en balance avec le droit au recours effectif (CJUE 7 septembre 2021, C-927/19, *Klaipėdos*).**

Cet arrêt préjudiciel de la Cour de justice apporte deux précisions inédites sur l'appréciation des capacités des candidats mais également sur la balance à opérer entre le respect du secret des affaires et le droit au recours effectif.

Sur l'appréciation des capacités des opérateurs économiques, la cour fait jouer des conséquences entre selon qu'il est exigé un chiffre d'affaires global ou un chiffre d'affaires dans le domaine couvert par le futur contrat : dans le premier cas, rien ne s'oppose à ce qu'un opérateur économique puisse se prévaloir des revenus perçus par un groupement temporaire d'entreprises auquel il appartenait, même s'il n'a pas effectivement contribué, dans le cadre d'un marché public déterminé, à la réalisation d'une activité de ce groupement analogue à celle qui fait l'objet du marché public pour lequel ledit opérateur entend prouver sa capacité économique et financière, ce n'est pas possible dans le cas contraire. La Cour justifie sa position par le fait que le chiffre d'affaires peut permettre, s'il est exigé de connaître celui réalisé en rapport avec l'objet du futur marché, d'apprécier à la fois les capacités financières mais aussi les capacités techniques et professionnelles et c'est cette double finalité qui impose alors d'apporter la preuve de la participation effective dans le groupement (point 78). On peut trouver néanmoins surprenant que le paragraphe suivant insiste sur le fait que cette participation effective est exigée pour apporter la preuve des capacités économiques et financières alors qu'on aurait pu penser que c'est plutôt au regard des capacités professionnelles et techniques qu'il peut être exigé la preuve d'une participation effective.

Un autre aspect de l'arrêt mérite attention. La Cour juge que des prescriptions techniques, telles que celles concernant les émissions polluantes des véhicules (norme Euro 5) et l'obligation d'équiper ces véhicules d'un émetteur GPS comme en l'espèce, sont susceptibles de se rapporter aux « ressources techniques » des opérateurs économiques et, partant, d'être qualifiées de critères de sélection ayant trait

à leurs capacités techniques et professionnelles, « pour autant que la documentation relative à l'appel d'offres prévoit qu'elles sont imposées spécifiquement en tant que capacités dont des soumissionnaires doivent prouver qu'ils en disposent ou en disposeront en temps utile pour exécuter le marché, ce qu'il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier » (point 86). En revanche, il peut s'agir de simples conditions d'exécution, auquel cas il ne peut être exigé qu'ils apportent la preuve qu'ils pourront mettre en œuvre ces prescriptions et « *le non-respect de cette condition demeurerait sans incidence sur la conformité aux dispositions de la directive 2014/24 de l'attribution du marché au Groupement* ». Ce passage permet d'envisager de résoudre les difficultés ce qui est parfois appelé la sincérité des offres, dont le juge administratif commence doucement à se préoccuper, mais en en faisant ici un élément d'appréciation des capacités des candidats, du moins si l'autorité contractante en juge ainsi.

S'agissant du respect du secret des affaires, en particulier au regard de la confidentialité de l'offre retenue, la Cour semble admettre qu'il peut connaître des ajustements afin de rendre effectif le droit au recours.

Elle procède, pour en arriver là, à une lecture combinée de la directive 2014/24, de la directive 89/665 et de la directive 2016/943.

Au passage on peut trouver surprenant que la Cour indique que cette directive 2016/943 ne porte que sur l'obtention, l'utilisation ou la divulgation illicite d'un secret d'affaires et ne prévoit pas de mesures destinées à protéger la confidentialité des secrets d'affaires dans d'autres types de procédures juridictionnelles, « *telles que les procédures relatives à la passation de marchés publics* ». Quoiqu'il en soit, la Cour commence par rappeler que « *les procédures de passation de marchés publics reposant sur une relation de confiance entre les pouvoirs adjudicateurs et les opérateurs économiques, ces derniers doivent pouvoir communiquer aux pouvoirs adjudicateurs toute information utile dans le cadre de la procédure de passation, sans craindre que ceux-ci ne communiquent à des tiers des éléments d'information dont la divulgation pourrait être dommageable auxdits opérateurs (voir, en ce sens, arrêts du 14 février 2008, Varec, C-450/06)* ».

L'infléchissement des exigences de protection de la confidentialité des offres nous paraît relever de plusieurs passages de l'arrêt, certains concernant les autorités contractantes, d'autres les juges.

En premier lieu, l'autorité contractante doit vérifier que sont réellement confidentiels les éléments de l'offre qu'il entend ne pas communiquer au concurrent évincé ; autrement dit, il ne peut se contenter de ce que peut lui dire, à cet égard, le concurrent dont l'offre a été retenue. Un tel opérateur doit en effet démontrer le caractère véritablement confidentiel des informations à la divulgation desquelles il s'oppose, « *en établissant, par exemple, que celles-ci comportent des secrets techniques ou commerciaux, que leur contenu pourrait être utilisé pour fausser la concurrence ou que leur divulgation pourrait lui être dommageable* ». En outre, l'autorité contractante doit également se conformer au principe général du droit de l'Union relatif à une bonne administration, lequel emporte des exigences telles que l'obligation de motivation des décisions adoptées par les autorités nationales qui permet aux destinataires de ces décisions de défendre leurs droits et de décider en pleine connaissance de cause s'il y a lieu d'introduire un recours juridictionnel contre celles-ci. Cette obligation est également nécessaire pour permettre aux juridictions d'exercer le contrôle de légalité desdites décisions et constitue donc l'une des conditions de l'effectivité du contrôle juridictionnel (point 120). « *Dès lors, sous peine de violer ce droit, le pouvoir adjudicateur doit non seulement motiver sa décision de traiter certaines données comme étant*

*confidentielles, mais doit également communiquer sous une forme neutre, dans toute la mesure possible et pour autant qu'une telle communication soit de nature à préserver le caractère confidentiel des éléments spécifiques de ces données pour lesquelles une protection est justifiée à ce titre, le contenu essentiel de celles-ci à un tel soumissionnaire qui les demande, et plus particulièrement le contenu des données concernant les aspects déterminants de sa décision et de l'offre retenue* ». Il pourrait résulter de cette formulation une plus grande exigence de motivation de choix de l'offre retenue que ce qui est actuellement exigé, notamment « *en demandant à l'opérateur dont l'offre a été retenue de lui fournir une version non confidentielle des documents contenant des informations confidentielles* » (point 125). Encore faut-il informer l'opérateur protégé de la décision de communiquer certaines informations afin qu'il puisse la contester.

En deuxième lieu, le juge doit garantir lui-même cette balance des intérêts. À cette fin, la juridiction nationale compétente doit procéder à un examen complet de l'ensemble des éléments de fait et de droit pertinents et doit nécessairement pouvoir disposer des informations requises, y compris des informations confidentielles et des secrets d'affaires, pour être à même de se prononcer en toute connaissance de cause, comme la Cour l'avait déjà admis (CJUE 14 février 2008, Varec, C-450/06, EU:C:2008:91, point 53). Il est ici précisé que la juridiction nationale compétente doit pouvoir annuler la décision de refus de communication si celles-ci sont illégales et, le cas échéant, renvoyer l'affaire devant le pouvoir adjudicateur, voire prendre elle-même une nouvelle décision si le droit national l'y autorise. En sens inverse, on peut citer une ordonnance d'un tribunal administratif qui a interrompu l'analyse des candidatures en référé précontractuel au motif qu'un ancien employé participait à l'analyse de celle-ci, ce qui était de nature à porter atteinte au secret des affaires (TA Nancy, 20 octobre 2020, n°2002619, SHAM).

Enfin, s'agissant des motifs d'exclusion, la Cour précise *in fine* que lorsqu'un opérateur économique, membre d'un groupement d'opérateurs économiques, s'est rendu coupable de fausse déclaration en fournissant les renseignements exigés pour la vérification de l'absence de motifs d'exclusion du groupement ou de la satisfaction par ce dernier des critères de sélection, sans que ses partenaires aient eu connaissance de cette fausse déclaration, seul cet opérateur peut être exclu. On soulignera la réserve de la connaissance de cette fausse déclaration, qui ne laisse pas d'interroger. Cela semble signifier que l'exclusion pourrait s'étendre aux autres membres, avec l'idée que ces autres opérateurs doivent prendre les devants en refusant de s'associer dans un groupement.

#### **1.4 Un changement dans la composition du groupement d'intérêt économique candidat à l'attribution d'un marché public non publié au registre ne rend pas irrecevable la candidature du GIE à un marché public (CE 5 novembre 2021, n°444625, *Ministre de l'économie c. Société Huissiers partner conseil*)**

Les GIE des huissiers de justice n'en sont pas à l'heure première apparition devant le Conseil d'Etat. Il a ainsi été jugé que si les groupements d'intérêt économique, constitués entre plusieurs personnes physiques ou morales titulaires d'offices d'huissier de justice, ne peuvent eux-mêmes procéder au recouvrement amiable de créances, ils peuvent néanmoins se porter candidat à l'obtention d'un marché

public ayant cet objet à la condition que soit précisé, dans l'acte de candidature, quels huissiers membres du groupement s'engagent à exécuter les prestations (CE 3 décembre 2012, GIE "Groupement des Poursuites Extérieures", n° 361887, aux Tables). En revanche, un huissier associé dans une société civile professionnelle ou une société d'exercice libéral ne peut pas être membre d'un GIE en vue d'exercer une activité de recouvrement à titre individuel (CE 26 janvier 2018, n° 399865, GIE Groupement périphérique des huissiers de justice).

Ici, le Conseil d'Etat adopte une approche libérale de la recevabilité d'une candidature puisque l'absence de publication de la modification du GIE, contrairement à ce qui est exigé par l'article L. 123-9 du Code de commerce, ne rend pas la candidature irrecevable. Pour en arriver à cette conclusion, le Conseil d'Etat juge qu' « *Il résulte des dispositions de l'article L. 123-9 du code de commerce citées au point précédent qu'une personne assujettie à immatriculation au registre du commerce et des sociétés ne peut pas opposer aux administrations publiques les faits et actes sujets à mention dans ce registre qui n'ont pas été publiés dans celui-ci. En revanche, l'administration peut, lorsqu'elle en a connaissance, se prévaloir de ces faits et actes alors même qu'ils n'ont pas fait l'objet d'une telle publication* ».

Derrière la simplicité de la formule, seule la lecture des conclusions permet de comprendre le raisonnement. En droit administratif, la publicité d'un acte ne constitue pas une condition de validité des actes accomplis mais seulement celle de leur opposabilité aux tiers. Le Conseil d'Etat a déjà admis la recevabilité d'une candidature d'une société en cours de constitution, c'est-à-dire d'une non encore immatriculée au registre du commerce et des sociétés, à un marché publics (CE 28 juillet 2004, Société Casimir Tahiti airport duty free shop, n° 230115) ou à une délégation de service public (CE 19 décembre 2012, Département de l'Aveyron, n° 354873), même si, dans ce dernier cas, cela résultait d'une disposition expresse du CGCT. La seule réserve tient à ce que les associés présentent les capacités financières et professionnelles suffisantes (CE 9 mai 2012, Commune de Saint-Benoît, n° 356455).

Le rapporteur public ajoute, *par un obiter dictum*, qu'il ne serait pas impossible que le marché public soit signé avant même la constitution de la société. Il cite pour ce faire l'article 1843 du code civil qui prévoit que « *Les personnes qui ont agi au nom d'une société en formation avant l'immatriculation sont tenues des obligations nées des actes ainsi accomplis, avec solidarité si la société est commerciale, sans solidarité dans les autres cas. La société régulièrement immatriculée peut reprendre les engagements souscrits, qui sont alors réputés avoir été dès l'origine contractés par celle-ci* ». Cette référence au Code civil n'est pas jugée incompatible avec les contrats administratifs ou les contrats de la commande publique. Il reste que le Conseil d'Etat ne s'est pas prononcé sur ce point.

### **1.5 Une méthode de notation attribuant la note maximale à la meilleure offre n'est pas illégale (CE 20 octobre 2021, n°453653, Commune du Pradet)**

Si les méthodes de notation n'ont pas à être communiquées aux candidat (CE 31 mars 2010, n°334279, Collectivité territoriale de Corse et CJUE 14 juillet 2016, C-6/15, Dimarso), ce qui se conçoit puisqu'elles mettent en rapport les offres entre elles et ne sont pas de nature à influencer sur l'élaboration des offres, contrairement aux critères de choix des offres ou aux modalités d'évaluation de celles-ci, elles font l'objet

d'un contrôle strict de la part du juge. Ce dernier veille à ce qu'elles n'aboutissent pas à neutraliser un critère ou à remettre en cause la pondération des critères ou qu'elles portent atteinte au principe d'égalité. Les autorités contractantes utilisent souvent une méthode qui conduit à donner la note maximale à l'offre la meilleure du point de vue du prix. La question qui se posait au juge était celle de savoir s'il était légal de faire de même avec le critère de la valeur technique, d'appréciation plus subjective. Une telle faculté avait été déjà admise (CE 15 février 2013, n° 363854, Société SFR) mais le Conseil d'Etat juge cette pratique légale quel que soit d'ailleurs le critère de choix concerné : « *le pouvoir adjudicateur peut, sans méconnaître le principe d'égalité entre les candidats ni les obligations de publicité et de mise en concurrence, choisir une méthode de notation qui, s'agissant de l'évaluation au titre d'un critère, permet une différenciation des notes attribuées aux candidats, notamment par l'attribution automatique de la note maximale au candidat ayant présenté la meilleure offre* ». Il rejette aussi l'argument remettant en cause le fait que le candidat retenu a eu la meilleure note sur chacun des sous-critères techniques comme car il n'entre pas dans l'office du juge du référé précontractuel d'apprécier les mérites respectifs des candidats. On peut regretter cette position, tant le juge du référé précontractuel reste ainsi au milieu du gué en ne contrôlant le cœur de l'appréciation portée sur les mérites des offres alors qu'il le fait pour l'appréciation des mérites des candidats (CE 17 septembre 2014, n°378722, Société Delta Process).

L'arrêt rejette aussi l'argument tiré de l'atteinte au principe d'impartialité à raison des fonctions et déclarations du maire. Pour le juge, le fait que le maire du Pradet, également administrateur de la société requérante, ait antérieurement siégé au conseil d'administration de la société attributaire en qualité de représentant de la métropole de Toulon, ni le fait qu'il a, lors d'un conseil d'administration de la société requérante, critiqué l'introduction de la demande en référé pour le retard qu'elle causerait à l'opération envisagée par la commune, ne sont, à elles seules, susceptibles de faire naître en l'espèce un doute légitime sur l'impartialité du pouvoir adjudicateur.

Quant à l'absence d'allotissement dans le cadre de ce marché de mandat de maîtrise d'ouvrage, il est jugé, là aussi logiquement, que la seule circonstance que l'article 15 du règlement de consultation prévoyait que l'équipe candidate « devra comprendre les compétences suivantes:/ (...) – ingénierie de l'économie de la construction » ne saurait caractériser l'existence d'une prestation distincte au sens de l'article L. 2113-10 du Code de la commande publique.

## 2. Brèves

---

1. Après avoir publié un avis de concession le 24 avril 2020 concernant la « restauration durable pour la Commission dans la Région de Bruxelles-Capitale et alentours », la Commission a décidé d'annuler cette procédure en raison du COVID-19 le 20 novembre 2020. Un des candidats a demandé l'annulation de cette décision mais son recours est rejeté par le Tribunal de l'Union européenne au motif qu'elle n'a pas commis de faute ni créé une confiance légitime (TUE, 13 octobre 2021, T-45/21, Ciano Trading & Services).

2. Il résulte de l'article L. 242-1 du code des assurances que l'assureur dommages-ouvrage est tenu de répondre à toute déclaration de sinistre, en adressant à son assuré le courrier contenant sa décision quant au principe de la mise en jeu des garanties prévues au contrat dans le délai maximal de soixante jours suivant la réception de la déclaration de sinistre. A défaut, l'assureur ne peut plus opposer la prescription biennale prévue par l'article L. 114-1 du même code lorsqu'elle est déjà acquise à la date d'expiration de ce délai. Si l'assureur dommages-ouvrage ne peut plus, à défaut d'avoir répondu à la déclaration de sinistre dans le délai de soixante jours prescrit par l'article L. 242-1 du code des assurances, opposer la prescription biennale prévue par l'article L. 114-1 du même code lorsqu'elle est déjà acquise à la date d'expiration de ce délai, la seule circonstance que l'assureur n'ait pas respecté ce délai ne fait pas obstacle à ce qu'il puisse ensuite opposer la prescription biennale dans le cas où l'action du maître de l'ouvrage n'a pas été engagée dans le délai de deux ans à compter de l'expiration du délai de soixante jours suivant la réception de la déclaration de sinistre (CE 5 novembre 2021, n°44368, Société MMA Iard assurances mutuelles, classé B).
3. Un marché de mandat de maîtrise d'ouvrage prévoyait une mission en cinq phases mais la personne publique a arrêté le contrat après la 1<sup>ère</sup> phase. Il est jugé que ce non renouvellement impose un décompte de résiliation par une lecture combinée des articles 20 et 34 du CCAG-PI (CE 7 octobre 2021, n° 446498, Société Egis Rail)
4. Le juge des référés du tribunal administratif a estimé que le contrat d'amodiation devait être regardé comme une mesure d'exécution du contrat de concession liant la commune à la société. Après avoir rappelé que, saisi par la partie à un contrat administratif d'un litige relatif à une mesure d'exécution du contrat autre qu'une résiliation, le juge des référés pouvait seulement rechercher si cette mesure était intervenue dans des conditions de nature à ouvrir droit à indemnité, il en a déduit que ce contrat d'amodiation ne pouvait faire l'objet ni d'une annulation ni, a fortiori, de la suspension demandée par la commune. En statuant ainsi, alors que la commune était un tiers au contrat d'amodiation en litige et que sa demande tendait en réalité à la mise en œuvre de la possibilité ouverte à tout tiers à un contrat administratif susceptible d'être lésé dans ses intérêts de façon suffisamment directe et certaine par sa passation ou ses clauses de former devant le juge du contrat un recours de pleine juridiction contestant la validité du contrat et d'assortir ce recours d'une demande tendant à la suspension de l'exécution de ce dernier sur le fondement de l'article L. 521-1 du code de justice administrative, le juge des référés a commis une erreur de droit (CE 12 octobre 2021, n°446457, Commune du Lavandou).
5. L'arrêté du 30 septembre 2021 modifie les cahiers des clauses administratives générales (CCAG) des marchés publics. Les principales modifications sont : la définition du « BIM », les ordres de service émis par le maître d'œuvre entraînant une modification du marché en termes de délai d'exécution, de durée ou de montant, doit être accompagné de la justification de la validation par le maître d'ouvrage, lorsque la mission du maître d'œuvre s'achève à l'issue de la période de garantie de parfait achèvement, le maître d'ouvrage accepte ou rectifie le projet de décompte final établi par le maître d'œuvre.
6. Les membres suppléants de l'organe délibérant d'un groupement de collectivités territoriales peuvent être désignés en qualité de membres titulaires de la CAO et de la commission de délégation de service public (CE 12 juillet 2021, n° 448741, Préfet du Var).

7. La scission artificielle d'un marché et modification de la notation des offres constitutives d'un délit de favoritisme justifiant l'annulation du contrat à la demande d'un concurrent évincé (CAA Nancy, 20 juillet 2021, n° 17NC03031, Sté HDR Communications).
8. Il n'y a pas de sujétions imprévues, faute d'imprévisibilité, lorsqu'une société titulaire d'un marché de travaux est conduite à modifier une technique de forage en raison de contraintes géologiques, dans la mesure où le cahier des clauses techniques particulières, même s'il suggérait une technique, laissait au titulaire le soin de déterminer la plus appropriée après avoir procédé aux évaluations nécessaires (CAA Lyon, 21 juill. 2021, n° 19LY03197, SAS NGE Fondations).
9. Le fait que le maître d'ouvrage ait été contraint de passer un marché avec une autre entreprise pour terminer les travaux ne fait pas regarder la résiliation comme étant intervenue à ses frais et risques ; en conséquence, la notification du décompte général du marché résilié n'avait pas à intervenir après le règlement de ce nouveau marché et l'entreprise est forclosée pour contester le décompte général et définitif (CAA Marseille, 12 juill. 2021, n° 20MA04609, Sté Énergie Électrique Industrie Bâtiment (EEIB)).
10. La vente d'un bien du domaine privé qui faisait l'objet d'un BEA implique la renonciation au droit d'accession, lequel doit faire l'objet d'une contrepartie. La note explicative de synthèse doit mettre les membres de l'organe délibérant en mesure d'en apprécier la valeur (CE 13 septembre 2021, n° 439653, M. A... B..).