

LETTRÉ JURIDIQUE DES CONTRATS PUBLICS

Du 15 octobre 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

1. Actualité textuelle ou jurisprudentielle commentée	2
1.1 La force majeure implique l'extériorité mais cette condition est absente lorsque l'événement trouve son origine dans un contrat (CE 17 septembre 2021, n°440428, <i>Société sportive professionnelle Olympique de Marseille</i> – classé A).....	2
1.2 Fiche technique de la DAJ sur « Les mesures commande publique de la loi n° 2021-1104 du 22 août 2021 portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets »	3
1.3 Un participant à une opération de travaux publics peut désormais rechercher la responsabilité des autres participants avec lesquels ils ne sont pas liés par un contrat du fait d'un manquement aux stipulations des contrats que ces derniers ont conclus avec le maître d'ouvrage (CE 11 octobre 2021, n°438872, <i>Société CMEG</i> - classé A).....	5
1.4 Une offre déposée tardivement sur une plateforme électronique n'est pas nécessairement irrecevable (CE 23 septembre 2021, n°449250, <i>RATP</i>)	6
1.5 Une réclamation au sens du CCAG suppose d'exposer de manière précise et détaillée les chefs de contestation et ne peut se borner à se référer, à cet effet, à un document antérieurement transmis (CE 27 septembre 2021, n°442455, <i>Société Amica</i>)	8
2. Brèves	9

1. Actualité textuelle ou jurisprudentielle commentée

1.1 La force majeure implique l'extériorité mais cette condition est absente lorsque l'événement trouve son origine dans un contrat (CE 17 septembre 2021, n°440428, *Société sportive professionnelle Olympique de Marseille* – classé A).

Cette affaire tranche définitivement un litige à rebondissements né de l'effondrement d'une structure métallique montée provisoirement au Stade Vélodrome en vue d'un concert de Madonna et qui avait fait deux morts et plusieurs blessés parmi les ouvriers en juillet 2009. Le recours indemnitaire contre la commune émanait du club de l'Olympique de Marseille pour le préjudice lié à la délocalisation sur Montpellier du 1^{er} match du championnat de la ligue 1 2009-2010, Marseille – Lille, qui s'en suivit. Sur le plan des conditions relatives à la force majeure, l'arrêt et les conclusions réaffirment la nécessité, en droit administratif, que l'événement de force majeure soit bien extérieur aux parties. Cette réaffirmation était utile puisque le droit civil ne l'exige plus en tant que telle. La jurisprudence de la Cour de cassation (Cass. 1^{re} civ., 6 novembre 2002, Sté Clio « Voyages Culturels » c/T., 99-21203ss. ; Ass. plén., 14 avril 2006, n° 02-11.168) a fait disparaître cette condition et le nouvel article 1218 du code civil, issu de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, a entériné cet abandon. On notera toutefois que cet article a introduit une troisième condition, celle tenant à ce que l'événement qui empêche l'exécution de son obligation par le débiteur doit échapper au contrôle de ce débiteur, qui n'est pas très éloignée de la condition d'extériorité comme le souligne la rapporteure publique. Néanmoins, l'extériorité fait toujours partie des conditions de la force majeure en droit administratif pour le Conseil d'Etat mais il en fait une interprétation finalement assez stricte au cas d'espèce, de sorte qu'on peut se demander si, implicitement, il ne s'aligne pas sur la nouvelle condition de l'article 1218.

En effet, il casse l'arrêt de la CAA de Marseille qui avait jugé que les trois conditions étaient remplies au motif que « *l'indisponibilité du stade, bien qu'elle résulte de fautes commises par la société Live Nation France et les sous-traitants de cette dernière dans le montage de la structure scénique, n'aurait pu survenir sans la décision initiale de la commune de Marseille de mettre le stade Vélodrome à disposition de cette société pour l'organisation d'un concert* ». La question était inédite et la solution inverse, retenue par la CAA, aurait tout aussi bien pu être retenue, d'autant plus que, en poussant le raisonnement à son terme, l'effondrement d'un bâtiment public pour cause de tempête pourrait être considéré comme non extérieur puisqu'il n'y aurait pas eu effondrement en l'absence de construction du bâtiment... On remarquera, en outre, que le requérant aurait pu tout autant saisir la société responsable de l'organisation du concert mais celle-ci étant une filiale française d'une société américaine, il est probable que le club craignait l'insolvabilité. A ce dernier égard, l'arrêt indique que le fait que le club n'ait pas attiré la société organisatrice ne rend pas irrecevable l'appel en garantie de la commune à l'égard de cette dernière, lequel appel n'est pas prescrit car formé dans les cinq ans suivant la requête initiale, délai conforme au Code civil tel qu'il résulte de la loi du 17 juin 2008 et alors même que ce dernier ne vise plus les personnes publiques. En conséquence, la société est condamnée à garantir totalement la commune, laquelle pourrait être confrontée au risque d'insolvabilité précité.

Mais, pour en arriver là, le Conseil d'Etat juge que la responsabilité de la commune est engagée sur le fondement de la convention d'occupation du domaine public signée avec le club qui obligeait à la mise à disposition pour les rencontres programmées. Le juge rejette l'argument de la commune invoquant le fait

que la décision de délocalisation avait été prise « de sa seule initiative », les conclusions indiquant que le club avait simplement anticipé ce qui relevait de l'évidence, et se borne à faire application du contrat qui ne comportait pas de clause exonératoire de responsabilité pour la commune.

L'affaire apporte également des éléments intéressants quant aux préjudices invocables et à la preuve des différents préjudices. On relèvera l'appréciation faite quant à la perte de recettes liées à la capacité moindre du stade de la Mosson qui ne comportait que 32000 places : alors que la rapporteure publique jugeait crédible, sans argumentation, une fréquentation moyenne de 55 à 56000 spectateurs au stade vélodrome, le juge se réfère à un match intervenu un an plus tôt et opposant Marseille à Auxerre. Les « chtis » apprécieront la comparaison bourguignonne... mais le juge ajoute que ce match était représentatif de la moyenne des matchs du mois d'août des 3 années précédentes, ce qui est une méthode nous semble-t-il originale d'appréciation de la perte de recettes.

Cette rigueur quand à l'application de la condition d'extériorité peut, peut-être, s'expliquer par la volonté du Conseil d'Etat de responsabiliser davantage les personnes publiques lorsqu'elles signent des conventions d'occupation du domaine public, voire à donner des gages d'indemnisations à l'ensemble des victimes dans un contexte où la solvabilité de la société responsable n'est pas acquise.

1.2 Fiche technique de la DAJ sur « Les mesures commande publique de la loi n° 2021-1104 du 22 août 2021 portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets »

Cette fiche technique de cinq pages publiée en septembre permet de mieux appréhender l'apport des mesures relatives à la commande publique dans la loi dite « Climat et résilience » au regard de ce qui existait avant et permet de s'interroger sur ce que pourrait être sa portée, sachant que les marchés et concession de défense ou de sécurité ne sont pas concernés. On passera sur l'ajout d'un article L 3-1 dans le titre préliminaire qui dispose que « *La commande publique participe à l'atteinte des objectifs de développement durable, dans leurs dimensions économique, sociale et environnementale, dans les conditions définies par le présent code* » : il est peu probable qu'il emporte à lui seul des conséquences juridiques, à l'image de la définition des besoins qui doit être faite, depuis plus de dix ans déjà, en tenant compte des objectifs de développement durable et dont le Conseil d'Etat n'a jamais eu l'heur d'en tirer la moindre obligation. Au contraire, il a jugé qu' « *il ne résulte pas de ces dispositions que le pouvoir adjudicateur soit tenu d'autoriser les candidats à présenter des variantes dans le but de prendre en compte les objectifs de développement durable* » (CE 31 mars 2010, n°333970, Syndicat mixte de la région d'Auray Belz Quiberon). Il semble toutefois que le législateur ait, cette fois, prévu de poser des obligations réelles, certaines issues d'ailleurs des propositions de la Convention citoyenne pour le climat. C'est en tout cas ce qu'il résulte du commentaire de la DAJ s'agissant de l'obligation de prise en compte du développement durable dans les spécifications techniques, qui, selon elle, « *concrétise l'obligation d'introduire des considérations environnementales dès le stade de la définition du besoin* ». Il faudra néanmoins avoir des précisions de la jurisprudence quant au degré exigé de prise en compte de ces considérations dans les spécifications techniques.

De même, il sera désormais requis, pour tous les marchés et concessions et ce quel que soit leur montant, un critère environnemental. On sait néanmoins que la présence d'un critère obligatoire n'a de portée que si est fixé une pondération minimale, ayant déjà croisé des ministères passant des contrats de partenariat, sous l'empire de l'ordonnance du 17 juin 2004, en pondérant le critère de la part réservée aux PME et artisans à...2 %. Et même en imposant une pondération minimale, cela risque d'être peu contraignant puisque le législateur a choisi la « souplesse », comme le dit pudiquement la DAJ, en faisant le choix de ne pas énumérer les caractéristiques environnementales qui doivent être spécifiquement prises en compte en tant que critère, ce qui permettra de n'envisager qu'un seul aspect des impacts environnementaux des offres. Au passage, la DAJ souligne, à juste titre, la fin du critère unique du prix qui en résulte. Il ne pourra désormais n'y avoir de critère unique que s'il s'agit d'un critère « coût global » qui intègre les considérations environnementales.

On peut analyser de la même manière la prise en compte des considérations environnementales et sociales en tant que conditions d'exécution, lesquelles deviennent obligatoires pour tous les marchés publics et concessions s'agissant des premières, mais uniquement pour les marchés et concessions passés après procédure formalisée pour les secondes. Encore convient-il de préciser que, pour ces considérations sociales l'acheteur peut déroger à cette obligation dans 4 hypothèses : si le besoin peut être satisfait par une solution immédiatement disponible, si cette prise en compte n'est pas susceptible de présenter un lien suffisant avec l'objet du marché, si cette prise en compte devait restreindre la concurrence ou rendre techniquement ou économiquement difficile l'exécution de la prestation et, enfin, s'il s'agit d'un marché de travaux d'une durée inférieure à six mois. Mais même pour les considérations environnementales, le peu de précisions quant aux obligations concrètes pourrait conduire à du simple « greenwashing ».

Autre nouveauté importante, du moins en théorie : la possibilité d'exclure un soumissionnaire qui, soumis par le Code de commerce à l'obligation d'établir un plan de vigilance (L. 225-102-4), ne satisfait pas à cette obligation pour l'année qui précède celle de l'engagement de la consultation. Mais la loi ajoute qu'une « *telle prise en compte ne peut être de nature à restreindre la concurrence ou à rendre techniquement ou économiquement difficile l'exécution de la prestation* », ce qui est inédit pour un motif d'exclusion et pourrait être de nature à dissuader les autorités contractantes. On rappellera en outre que ce plan n'est obligatoire que pour les grandes entreprises (5000 ou 10000 salariés selon la localisation du siège social) et qu'il doit comporter « *les mesures de vigilance raisonnable propres à identifier les risques et à prévenir les atteintes graves envers les droits humains et les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes ainsi que l'environnement* ».

On peut, par ailleurs, classer comme purement incitatives le reste des mesures : l'inclusion, dans le rapport devant être remis chaque année par le concessionnaire à l'autorité concédante, de la description des mesures mises en œuvre pour garantir la protection de l'environnement et l'insertion par l'activité économique dans le cadre de l'exécution du contrat ; la mise à disposition des acheteurs, par l'Etat, d'outils opérationnels de définition et d'analyse du coût de cycle de vie des biens pour les principaux segments d'achats ; le caractère publics des schémas de promotion des achats publics socialement et écologiquement responsables qui doivent aussi comporter des indicateurs précis exprimés en nombre de contrats ou en valeur. Plus qu'incitative, l'obligation d'utiliser des matériaux biosourcés ou bas-carbone dans au moins 25 % des rénovations lourdes et des constructions relevant de la commande publique ne sera toutefois pas requise avant 2030.

L'enfer étant dans les détails, on peut penser qu'il en va de même du paradis : seuls les décrets d'application permettront, en fin de compte, d'apprécier la réelle portée de ces nouvelles dispositions tant sur le fond qu'au regard de l'entrée en vigueur de l'ensemble de ces nouvelles dispositions. Gageons que, année électorale oblige, ils seront adoptés dans les prochains mois mais les dates d'entrée en vigueur pourraient être celles maximales prévues par le législateur, ce qui risque de donner l'impression de reporter aux calendes des mesures pouvant, potentiellement, répondre à l'urgence climatique alors même que le juge administratif a condamné plusieurs fois le gouvernement pour l'insuffisance de son action en la matière.

1.3 Un participant à une opération de travaux publics peut désormais rechercher la responsabilité des autres participants avec lesquels ils ne sont pas liés par un contrat du fait d'un manquement aux stipulations des contrats que ces derniers ont conclus avec le maître d'ouvrage (CE 11 octobre 2021, n°438872, Société CMEG - classé A)

Cette solution est inédite et, dans une certaine mesure, porte exception à un principe bien établi. Le principe tient à ce que, dans le cadre d'une action en responsabilité quasi-délictuelle, ne puissent être invoquées par le tiers requérant non les fautes contractuelles mais seulement la violation des règles de l'art ou des dispositions législatives et réglementaires. Il s'agit d'une conséquence de l'effet relatif du contrat auquel le Conseil d'Etat est attaché depuis longtemps et qu'il a réaffirmé dans un arrêt de Section Mme Gilles (11 juillet 2011, n° 339409, au Recueil), à propos d'une convention d'occupation du domaine public et alors que la Cour de cassation avait décidé l'inverse cinq ans plus tôt (Cass, Ass. Plén., 6 octobre 2006, Consorts Loubeyre c/ société Myr-Ho, n° 05-13.255). La jurisprudence Mme Gilles a été confirmée dans le cas de l'action engagée par le maître d'ouvrage à l'encontre d'un sous-traitant dans la décision Commune de Bihorel (7 décembre 2015, n° 380419, au Recueil) mais n'avait pas, en tout cas depuis 2011, été appliquée par le Conseil d'Etat aux cas d'actions quasi-délictuelles entre deux participants à une opération de travaux publics non liés par un contrat. C'est probablement pour cette raison qu'on ne peut parler ici de revirement de jurisprudence, qui aurait d'ailleurs nécessité de passer devant la Section du contentieux puisque l'arrêt Mme Gilles émanait de cette dernière, mais plus simplement d'exception à un principe.

La rapporteure publique a mis en avant un certain nombre d'arguments à cet effet, dont celui tenant à l'existence de la jurisprudence Haute-Normandie de 2013 qui rend presque impossible l'engagement de la responsabilité de la personne publique en cas de retard de chantier en exigeant la preuve d'une faute de celle-ci. En ouvrant ainsi la possibilité d'invoquer une faute contractuelle d'un autre participant, cet arrêt atténue quelque peu la rigueur de la solution de 2013 puisque le simple non-respect des délais par le participant constitue une faute contractuelle. En outre, il existe une relation matérielle entre les participants à une opération de travaux publics qui font qu'ils ne sont pas des tiers tout à fait comme les autres, ce que d'une certaine manière la jurisprudence admet déjà en reconnaissant le juge administratif compétent pour une action en responsabilité qui concerne pourtant deux personnes privées. Enfin le Conseil d'Etat en a déjà jugé ainsi, dans un arrêt passé inaperçu il est vrai - la solution est quasi-implicite - en permettant d'invoquer « *des fautes qui ont contribué à l'inexécution de ses obligations*

contractuelles à l'égard du maître d'ouvrage, sans devoir se limiter à cet égard à la violation des règles de l'art ou à la méconnaissance de dispositions législatives et réglementaires » (CE 6 novembre 2020, n° 428457, Société IOTA Survey).

L'arrêt Société CMEG n'est pas, pour autant, totalement dénué d'ambiguïté lorsqu'il prévoit que le requérant « *peut en particulier rechercher leur responsabilité du fait d'un manquement aux stipulations des contrats qu'ils ont conclus avec le maître d'ouvrage* ». Est-ce à dire qu'il pourrait invoquer d'autres manquements contractuels que ceux résultants du contrat passé avec le maître d'ouvrage ? L'arrêt ne semble, par ailleurs, exclure aucune stipulation alors que la rapporteure publique Mireille Le Corre estimait que « *Sont nécessairement exclues de ces stipulations mobilisables celles qui ont été conclues dans le seul intérêt des parties au contrat, à l'instar des clauses de solidarité entre les entreprises d'un groupement, invocables seulement par le maître d'ouvrage (9 décembre 1977, SA entreprise Drouard frères, n° 03899, aux Tables)* ».

Il reste en outre à éclairer sur les conditions de mise en œuvre de cette nouvelle jurisprudence. Le requérant devra, d'une part, se procurer le contrat, ce que la loi sur l'accès aux documents administratifs permet toutefois et, d'autre part, apporter la preuve du non-respect du contrat. Sans doute les procès-verbaux de réunions de chantiers seront d'autant plus importants dans ce contexte.

In fine, on peut se poser la question de savoir si la compétence administrative ne devrait pas être reconnue dans l'hypothèse d'une action en responsabilité contractuelle entre deux participants à une opération de travaux publics liés par contrat. L'effet attractif des travaux publics pourrait ainsi prévaloir sur le principe en vertu duquel un contrat entre deux personnes privées est de droit privé et permettrait de créer un bloc de compétence conforme à l'idée d'une bonne administration de la justice.

1.4 Une offre déposée tardivement sur une plateforme électronique n'est pas nécessairement irrecevable (CE 23 septembre 2021, n°449250, RATP)

La solution traditionnelle de la jurisprudence est rigoureuse en matière de dépôt des offres : le juge se borne à faire application des textes qui prévoient de longue date que toute offre déposée hors délai doit être rejetée.

Ainsi, la fiche technique DAJ sur l' « Examen des candidatures prévoit qu' « *En cas de transmission électronique, le profil d'acheteur doit enregistrer l'heure et la date d'arrivée des « plis »* ». C'est l'enregistrement de la date et l'heure de réception sur le profil acheteur qui fait foi, sans que d'autres éléments puissent être pris en compte. Les « plis », dont le téléchargement a commencé avant la date et l'heure limite mais s'est achevé hors délai peuvent être acceptés par la plateforme, mais l'acheteur est tenu de les rejeter. En effet, un tel envoi électronique doit être considéré comme transmis hors délai, quelle que soit la procédure. Il appartient aux opérateurs économiques de prendre leurs dispositions pour anticiper une éventuelle difficulté technique. En cas de transmission « papier »⁵, les candidats doivent assumer les risques inhérents au délai d'acheminement postal ou de transport. Ainsi, une grève postale ne constitue pas forcément un aléa justifiant la remise des plis hors délai⁶. Toutefois, si l'acheteur estime que, par son ampleur, un tel incident est susceptible de constituer un obstacle significatif à la remise des candidatures ou des offres, il lui appartient de prolonger les délais initialement impartis aux candidats ».

Une cour avait déjà admis que l'acheteur puisse reporter la date de remise en cas de dysfonctionnement de la plateforme sans que cela ne lèse un candidat qui avait déjà remis son offre dans les délais (CAA Nantes, 22 décembre 2017, n°16NT01413, Société Eiffage Energie Val de Loire, JCP An° 20, 22 Mai 2018, 2150).

Cet arrêt est donc le tout premier du Conseil d'Etat à se prononcer sur le cas de dysfonctionnement de la plateforme électronique de dépôt des offres et il apporte un exemple intéressant de partage de la charge de la preuve, que l'on retrouve dans d'autres domaines (CE Ass. 30 octobre 2009, Perreux). En effet le Conseil estime que le juge du référé n'a commis aucune erreur de droit en constatant, par une appréciation souveraine exempte de dénaturation, d'une part, que l'impossibilité pour la société requérante de transmettre son offre dématérialisée dans le délai imparti n'était imputable ni à son équipement informatique, ni à une faute ou une négligence de sa part dans le téléchargement des documents constituant son offre – d'autant que la copie de sauvegarde n'est qu'une simple faculté prévue par l'article R. 2132-11 du code de la commande publique - et, d'autre part, que l'autorité contractante n'établissait pas le bon fonctionnement de sa plateforme de dépôt et en déduisant de ce constat que la tardiveté de la remise de l'offre de la société requérante était imputable à un dysfonctionnement de cette plateforme qui faisait obstacle à ce que la RATP écarte cette offre comme tardive.

Cette affaire n'est pas sans rappeler ce que le Conseil d'Etat avait jugé à propos de la signature électronique d'une offre : « *Considérant que, devant le juge du référé contractuel, le ministre de la défense a fait valoir, pour établir l'irrégularité de l'offre de la société Tribord, que cette irrégularité tenait non pas à la circonstance que l'offre n'avait pas été signée, mais au fait qu'il n'avait pas été en mesure de vérifier la validité de la signature électronique de la société ; qu'il ressort des énonciations de l'ordonnance attaquée que le juge du référé contractuel a refusé d'accueillir cette argumentation aux motifs que les débats menés au cours de l'audience n'avaient pu expliquer précisément les raisons techniques pour lesquelles le pouvoir adjudicateur n'avait pu vérifier la validité de la signature électronique de l'offre, que la société Tribord avait respecté la procédure prévue par l'arrêté ministériel du 15 juin 2012 relatif à la signature électronique dans les marchés et par le règlement de consultation du marché et qu'il ne résultait pas de l'instruction que l'impossibilité pour le pouvoir adjudicateur de vérifier la signature électronique proviendrait d'une erreur commise par la société requérante ; qu'en formant sa conviction sur ce point, dans les circonstances de l'espèce, au vu des résultats de l'instruction, le juge des référés n'a pas fait peser la charge de la preuve de l'irrégularité de la signature électronique sur le ministre de la défense et n'a, ainsi, commis aucune erreur de droit ; que le ministre ne peut se prévaloir, pour la première fois en cassation, de nouveaux éléments tendant à établir que le dysfonctionnement serait imputable à la société Tribord* » (CE 17 octobre 2016, n°400791, Société Tribord).

Il reste à déterminer comment la société requérante avait rapporté la preuve de ses diligences et sur quels éléments l'acheteur aurait pu se fonder pour apporter la preuve d'un bon fonctionnement de la plateforme, ce que ni l'arrêt ni les conclusions ne permettent d'entrevoir.

1.5 Une réclamation au sens du CCAG suppose d'exposer de manière précise et détaillée les chefs de contestation et ne peut se borner à se référer, à cet effet, à un document antérieurement transmis (CE 27 septembre 2021, n°442455, Société Amica)

Le Conseil d'Etat renforce sa position, déjà rigoureuse, de ce que doit être une réclamation au sens de l'article 50 du CCAG travaux version 2009. Il avait déjà jugé en effet que « *tout mémoire qui est remis par l'entreprise au maître d'œuvre à la suite d'un différend entre ceux-ci et qui indique les montants des sommes dont l'entreprise demande le paiement et expose les motifs de cette demande, présente le caractère d'un mémoire de réclamation ; que, pour reconnaître ce caractère à la facture du 4 mai 1993 jointe à la lettre adressée par la SOCIETE Y... au maître d'œuvre le 10 mai 1993, la cour administrative d'appel a entendu se fonder sur ces critères en estimant que les réserves émises précédemment par ladite société à l'encontre des ordres de service nos 5 et 20 révélaient l'existence de difficultés entre les parties relatives à leurs droits et obligations réciproques et en relevant que ladite lettre du 10 mai 1993 faisait référence à ces réserves, les motifs pour lesquels l'entreprise demandait le paiement des sommes dont les montants étaient détaillés dans la facture jointe* » constituait une réclamation (CE, 28 décembre 2001, n° 216642, Société Rufa, rec. T.). Par ailleurs, il avait, à l'inverse, dénié ce caractère à certaines réclamations dans un courrier qui « *mentionnait l'existence de différences avec le projet de décompte présenté par l'entreprise s'agissant des intérêts moratoires et des paiements au sous-traitant, [mais] ces allégations générales n'étaient assorties d'aucune justification* » (CE, 5 octobre 2005, n° 266368, Société en nom collectif Quillery Centre). Le Conseil d'Etat semble être encore plus rigoureux en jugeant ici qu'un mémoire du titulaire du marché ne peut être regardé comme une réclamation au sens du 1.1 de l'article 50 du cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés publics de travaux « *que s'il comporte l'énoncé d'un différend et expose, de façon précise et détaillée, les chefs de la contestation en indiquant, d'une part, les montants des sommes dont le paiement est demandé et, d'autre part, les motifs de ces demandes, notamment les bases de calcul des sommes réclamées* ».

En outre, si ces éléments ainsi que les justifications nécessaires peuvent figurer dans un document joint au mémoire, celui-ci ne peut pas être regardé comme une réclamation lorsque le titulaire se borne à se référer à un document antérieurement transmis au représentant du pouvoir adjudicateur ou au maître d'œuvre sans le joindre à son mémoire. Si l'on peut comprendre le premier principe, le second semble contraire à ce qui avait été affirmé en 2001 et conduit une interprétation qui va, sans surprise, dans le sens des intérêts de la personne publique contractante. Du reste, le rapporteur public avait proposé la solution inverse, en s'appuyant notamment sur la jurisprudence qui admet que l'administration pour procéder à une motivation par référence, sans convaincre le juge...

2. Brèves

1. L'obligation, pour un opérateur économique désirant transférer des déchets d'un État membre vers un autre État, de disposer du consentement des autorités compétentes des États concernés par ce transfert constitue une condition d'exécution de ce marché et non une condition tenant à l'aptitude à exercer l'activité professionnelle (CJUE, 8 juillet 2021, aff. C-295/20 , « Sanresa » UAB c/ Aplinkos apsaugos departamentas prie Aplinkos ministerijos).
2. Un cahier des charges ne peut déroger à la compétence territoriale du juge du référé précontractuel faute d'être signé par les deux parties (CE, 18 juin 2021, n° 450283, Sté Eiffage)
3. Le juge du référé avait considéré qu'en ne prenant pas en compte des éléments de l'offre hypothétiques, le pouvoir adjudicateur avait manqué aux règles de mise en concurrence en modifiant unilatéralement les offres. Le Conseil d'État ne le suit pas et estime que la non prise en compte de ces éléments hypothétiques ne constitue pas une dénaturation des offres mais relève uniquement de l'appréciation de leur valeur. La méthode mise en œuvre pour ce faire pouvait être adaptée par le pouvoir adjudicateur dès lors qu'aucune méthode particulière n'avait été indiquée par le règlement de consultation ni annoncée aux candidats et dans la mesure où cela n'avait pour effet ni de priver de portée les critères de sélection ni d'en neutraliser l'application (CE, 18 juin 2021, n° 450869, Sté Edeis Concessions) ,
4. Un département qui est bien le maître d'ouvrage dès lors qu'il finance l'ouvrage, même avec le concours d'une autre personne publique, car il l'incorpore dans son patrimoine à l'achèvement des travaux, commet une illégalité en signant une convention de délégation de maîtrise d'ouvrage publique ne comportant aucune clause permettant au mandant de contrôler l'exécution technique et financière de l'opération et une seconde dont les engagements financiers stipulés n'ont qu'un caractère estimatif ; ces conventions « sont nulles de plein droit et n'ont pu faire naître d'obligation à la charge du département » et écartées du règlement du litige entre les deux collectivités publiques, nonobstant le principe selon lequel une partie à un contrat administratif ne peut se prévaloir de sa nullité pour s'exonérer de ses obligations (CAA Lyon, 1er juill. 2021, n° 20LY02786, Communauté d'agglomération Chalon-Val-de-Bourgogne)
5. Le mauvais vouloir du pouvoir adjudicateur, constitutif d'une faute distincte de celle que constitue le dépassement du délai de paiement, est de nature à justifier la réparation de préjudices indépendants de ces retards, en sus du versement des intérêts moratoires (CAA Nancy, 6 juillet 2021, n° 19NC00335)
6. Des incohérences avérées et répétées, présente dans le rapport d'analyse des offres, entre les appréciations littérales et les notes chiffrées attribuées aux candidats ont conduit à ce que la meilleure note ne soit pas attribuée à la meilleure offre, rompant ainsi l'égalité entre les candidats et caractérisant une erreur manifeste ; le pouvoir adjudicateur n'établit pas davantage en appel qu'en première instance, la supériorité de l'offre présentée par la société retenue sur celle présentée par la société requérante en citant simplement des extraits du rapport d'analyse des offres (CAA Bordeaux, 14 juin 2021, n° 19BX01864, Sté Pico Oi).

7. Si le cahier des clauses administratives générales applicable aux marchés publics de travaux mentionne un ordre de priorité des pièces contractuelles aux termes desquelles en cas de contradiction entre les stipulations des pièces contractuelles, l'acte d'engagement prévaut sur le CCAP, l'article 2.2 du CCAP du marché en litige prévoit que par dérogation à l'article 3.12 du CCAG Travaux, en cas de contradiction entre plusieurs documents, il sera retenu celui qui présentera la solution la plus avantageuse pour le maître d'ouvrage. Si la société requérante soutient que cette clause serait illicite car elle méconnaîtrait le principe de loyauté des relations contractuelles, il ne résulte pas de l'instruction que la requérante aurait émis de réserve sur le bien-fondé de cette clause lors de la conclusion du contrat, que son consentement aurait été vicié, qu'une telle clause méconnaîtrait des normes supérieures et serait entachée d'un vice d'une gravité telle qu'elle devrait être écartée (CAA Versailles, 24 juin 2021, n° 18VE04203, Société Établissements Millet).
8. Alors même que ni la législation alors applicable en matière de passation de délégations de service public, dont l'article L. 1411-5 du code général des collectivités territoriales, ni le règlement de consultation de la délégation de service public en litige ne prévoyait un examen des candidatures au regard de la convention collective appliquée par l'entreprise candidate, une offre qui méconnaît les stipulations d'une convention collective doit être regardée comme méconnaissant la législation en vigueur et revêt, dès lors, un caractère irrégulier (CAA Nantes, 18 juin 2021, n° 20NT03004).
9. Un contrat portant sur l'édition d'un agenda annuel financée par l'insertion de publicités est concession de services sans service public. Sa résiliation pour faute est irrégulière car le refus d'une augmentation du volume de 2 000 à 15 000 est justifié sauf à conduire à modifier substantiellement les termes du contrat et la résiliation n'est pas davantage justifiée par l'intérêt général qui s'attache à une diffusion plus large de l'information municipale (CAA Douai, 24 juin 2021, n° 19DA02763, Sté MDG Communication).
10. Un candidat à une concession non admis à négocier peut demander la résiliation du contrat au motif que l'offre de l'entreprise retenue était irrégulière, alors même que le règlement de la consultation n'imposait pas l'admission d'un nombre minimal d'entreprises, de sorte que l'éviction de l'une ou l'autre n'aurait pas entraîné l'admission automatique du requérant. En effet, ces manquements sont susceptibles d'avoir fait perdre une chance à la société requérante d'être elle-même admise à la négociation et de se voir attribuer le contrat » (CAA Marseille, 28 juin 2021, n° 20MA04796, Sté Sud Est)
11. Un bail emphytéotique administratif ayant pour objet la réalisation et la gestion d'un complexe cinématographique ne constitue, dans les circonstances de l'espèce, ni une délégation de service public, ni un marché public et n'emporte pas occupation du domaine public mais location du domaine privé de la commune (CAA Marseille, 14 juin 2021, n° 20MA02803, Sté nouvelle d'entreprise de spectacles)
12. Un contrat conclu entre une commune et une association l'autorisant à collecter des encombrants et à exercer une activité de recyclage, commercialisation et revalorisation des objets collectés sur un site relevant de son domaine privé, s'il est de nature à répondre à des préoccupations d'intérêt général de la commune, n'est pas conclu pour répondre à un besoin de celle-ci et ne peut être

dès lors regardé comme un marché public (CAA Marseille, 28 juin 2021, n° 20MA04351, Assoc . La Source...rie).

13. Commet une faute sanctionnable par la Cour de discipline budgétaire et financière la directrice d'un service de l'Etat qui signe un marché public alors que la société retenue n'a pas transmis tous les documents justifiant des capacités techniques et financières de ses sous-traitants (CDBF, 14 juin 2021, n° 251-826 : JO 23 juin 2021, texte n° 59)