

**Fiche n° 3**  
**LE RÉGIME DES CONTRATS PUBLICS I : LA PASSATION**

**RÉFÉRENCES ET DOCUMENTS**

- Référence 1 :** Conclusions du rapporteur public sur CE, 6 novembre 2020, Commune de Saint-Amand-les-Eaux c/ SA du casino de Saint-Amand-les-Eaux ;
- Référence 2 :** CE, 6 novembre 2020, Commune de Saint-Amand-les-Eaux c/ SA du casino de Saint-Amand-les-Eaux, n<sup>os</sup> 437946 et 437975 ;
- Référence 3 :** Conclusions du rapporteur public sur CE, 7<sup>e</sup> et 2<sup>e</sup> ch. réun., 28 janvier 2022, Communauté de communes Convergence Garonne ;
- Référence 4 :** CE, 7<sup>e</sup> et 2<sup>e</sup> ch. réun., 28 janvier 2022, Communauté de communes Convergence Garonne, n° 456418 ;
- Référence 5 :** Conclusions du rapporteur public sur CE, 28 février 2020, Société Régale des Îles
- Référence 6 :** CE, 28 février 2020, Société Régale des Îles, n° 426162 ;

**DÉCISIONS DU CORPUS**

- CJCE, 12 juillet 2001, *Ordine degli architetti delle province di Milano*,  
CJCE, 7 décembre 2000, *Telaustria Verlags GmbH*,  
CJCE, 3 décembre 2001, *Bent Moustén Vestergaard*,  
CJCE, 18 janvier 2007, *Auroux*,  
CC, 20 janvier 1993, *Loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques*,  
CC, 26 juin 2003, *Loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit*,  
CE, 17 juin 1932, *Ville de Castelnaudary*,  
CE, 29 avril 1970, *Société Unipain*,  
CE, Ass., 14 février 1975, *Époux Merlin*,  
CE, Sect., 12 octobre 1984, *Chambre syndicale des agents d'assurances des Hautes-Pyrénées*,  
CE, 1<sup>er</sup> avril 1994, *Ville de Menton c. Sté Scetauparc Exploitation*,  
CE, 18 mars 1988, *LOUPIAS c. Commune de Montreuil-Bellay*,  
CE, 3 novembre 1997, *Société Million et Marais*,  
CE, Sect., 28 janvier 1998, *Sté Borg-Warner*,  
CE, Sect., 20 mai 1998, *Communauté de communes du Piémont de Barr*,  
CE, 22 mars 2000, *Epoux Lasaulce*,  
CE, 5 mars 2003, *Ordre des avocats à la Cour d'appel de Paris, et, Union nationale des services publics industriels et commerciaux (UNSPIC)*,  
CE, 30 juin 2004, *Département de la Vendée c. la société Vedettes Inter-îles vendéennes*,  
CE 9 août 2006, *Compagnie générale des eaux*,  
CE, 30 janvier 2009, *ANPE*,  
CE, 16 octobre 2000, *Compagnie méditerranéenne d'exploitation des services d'eau*,

## **EXERCICES SUGGÉRÉS :**

### **Épreuve théorique : dissertation**

- Les principes généraux de la commande publique

### **Épreuve pratique : cas pratique**

Société « le mini golf pour tous »

Le Sénat a conclu, le 12 janvier 2016, une convention d'autorisation d'occupation temporaire du domaine public en vue de l'exploitation des six courts de mini-golf situés dans le jardin du Luxembourg par la Ligue de Paris de Golf pour une durée de six ans.

La convention a pour " objectif de promouvoir et de développer dans le cadre de la Fédération Française de Golf, une pratique et un enseignement sportif de qualité, largement ouverts à tous les publics du quartier, en s'appuyant notamment sur les associations et clubs présents sur le site ".

La convention prévoit des obligations pesant sur le cocontractant en termes d'horaires et de travaux d'entretien des équipements. Le titulaire a l'obligation d'informer le Sénat de la répartition de l'utilisation des parcours entre les clubs, les associations et les joueurs individuels.

En tant que juriste à la société « Le mini-golf pour tous », le président de la société vous demande :

- 1) Quelle est la juridiction compétente pour attaquer cette convention ?
- 2) Peut-on considérer qu'il y a non-lieu, compte tenu qu'au moment où vous êtes saisi la convention est expirée ?
- 3) Quelle est la nature de cette convention et si l'absence de publicité et de mise en concurrence avant la signature de la convention peut entraîner son annulation ?

**Référence 1 : Conclusions du rapporteur public sur CE, 6 novembre 2020, Commune de Saint-Amand-les-Eaux c/ SA du casino de Saint-Amand-les-Eaux**

1. Vous pourrez joindre les deux affaires qui viennent d'être appelées et qui vous conduiront à prendre position sur deux intéressantes questions concernant les contrats de concession, s'agissant, d'une part, des indications dues par le concédant aux candidats sur le programme d'investissements à réaliser et, d'autre part, de la portée du principe d'égalité de traitement entre candidats dans le cas où l'un d'entre eux est titulaire d'un BEA portant sur un ouvrage affecté au service public concédé.

2. En sa qualité de station thermale, la riante commune de Saint-Amand-les-Eaux (Nord) abrite sur son territoire un casino. En 2002, un contrat de concession a confié l'exploitation de cet établissement de jeux pour 18 ans à la Société anonyme du casino de Saint-Amand-les-Eaux (SCSA), qui relève du groupe Partouche.

**UNE CONCESSION DE CASINO**

Concomitamment, la commune a conclu avec la même société un bail emphytéotique administratif (BEA), pour une durée de 30 ans, afin qu'elle conçoive, finance, réalise et exploite sur les terrains donnés à bail un complexe de loisirs (comprenant une salle polyvalente pour spectacles, séminaires et autres, une galerie d'expositions, un piano-bar, des restaurants, des boutiques et un casino). L'objectif de ce montage était que le casino quitte son implantation historique (depuis 1908) dans un immeuble appartenant au conseil général du Nord pour s'implanter dans un nouveau secteur urbain, ce qui a été fait avec l'achèvement du nouveau casino en décembre 2003.

La concession arrivant à échéance, la commune de Saint-Amand-les-Eaux a lancé en mars 2019 une procédure de passation d'un nouveau contrat de délégation de service public (DSP) pour une durée de 20 ans. Deux candidats ont remis une offre : la SA du casino de Saint-Amand-les-Eaux, attributaire sortante, et un groupe belge, la SA du grand casino de Dinant. À l'issue de la phase de négociation, la commune de Saint-Amand-les-Eaux a informé cette dernière du rejet de son offre, au motif que la SA du Casino proposait un programme d'investissement plus ambitieux, consistant en un réaménagement de l'ouvrage.

À la demande de la candidate évincée, le JRPC du tribunal administratif de Lille a annulé la procédure de passation, par une ordonnance du 10 janvier 2020, au motif que la commune avait insuffisamment défini ses attentes en matière d'investissements à réaliser et, ce faisant, méconnu les dispositions de l'article 27 de l'ordonnance du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession, alors applicable compte tenu de la date d'engagement de la procédure.

Les deux pourvois dont vous êtes saisis ont été formés par la commune délégante et par le délégataire retenu. Ils soulèvent, séparément ou similairement, quatre moyens devant vous.

**L'AUTORITÉ CONCÉDANTE DOIT-ELLE DÉTERMINER LE MONTANT DES INVESTISSEMENTS ?**

3. Au moins l'un d'entre eux nous paraît fondé, qui est tiré de l'erreur de droit commise par le juge des référés à avoir estimé que l'article 27 de l'ordonnance du 29 janvier 2016 impose à l'autorité concédante de définir dans les documents de consultation le montant et la nature des investissements à engager sur la durée de la concession.

Rappelons que cet article 27, aujourd'hui repris par l'article L. 3111-1 CCP, énonce que : « La nature et l'étendue des besoins à satisfaire sont déterminées avant le lancement de la consultation en prenant en compte des objectifs de développement durable dans leurs dimensions économique, sociale et environnementale. » Le JRTA en a déduit que les candidats admis à déposer une offre doivent disposer d'une information complète sur les investissements qu'ils seront amenés à réaliser.

**LES TEXTES N'IMPOSENT PAS À L'AUTORITÉ CONCÉDANTE D'INFORMER PRÉCISÉMENT LES CANDIDATS DES INVESTISSEMENTS À RÉALISER.**

3.1. Cette interprétation du texte nous laisse circonspect : du point de vue littéral, outre que cet article n'impose pas, à la différence de ce qui est le cas des marchés publics, de déterminer la nature et l'étendue des besoins avec précision, il n'impose pas non plus à l'autorité concédante de fournir aux candidats des informations relatives aux investissements stricto sensu.

L'article 34 de l'ordonnance, également cité par la décision attaquée, ne nous paraît pas d'un plus grand secours ; il énonce seulement que : « Les contrats de concession sont limités dans leur durée. Cette durée est déterminée par l'autorité concédante en fonction de la nature et du montant des prestations ou des investissements demandés au concessionnaire, dans les conditions prévues par voie réglementaire. » Mais comme on le voit, ces dispositions, qui font certes référence aux investissements, concernent le calcul de la durée par l'autorité délégante, et non les informations à fournir en amont aux candidats.

Quant aux textes réglementaires, l'article 6 du décret du 1er février 2016 relatif aux concessions (aujourd'hui repris à l'art. R. 3114-1 CCP) prévoyait que : « I. – Pour l'application de l'article 34 de l'ordonnance du 29 janvier 2016 susvisée, les investissements s'entendent comme les investissements initiaux ainsi que ceux devant être réalisés pendant la durée du contrat de concession, nécessaires pour l'exploitation des travaux ou des services concédés. » De telles dispositions tendent ainsi à laisser largement ouverte la liste des investissements, qui ne sont pas forcément ceux demandés par le concédant.

De même, l'article 14 du décret du 1er février 2016 (repris en substance à l'article R. 3122-1 CCP) disposait simplement, s'agissant des modalités de publicité, que : « L'autorité concédante publie un avis de concession conforme au modèle fixé par le règlement d'exécution du 11 novembre 2015. [...] L'avis de concession comporte notamment une description de la concession et des conditions de participation à la procédure de passation. » Il n'y a là nulle trace non plus d'une obligation d'indiquer en amont les investissements à réaliser.

En somme, aucune accroche textuelle ne nous paraît suffisante, à elle seule, pour fonder la position du JRTA.

**ET LA JURISPRUDENCE ?**

3.2. Est-ce que, pour autant, les principes dégagés par votre jurisprudence quant à la notion de « nature et d'étendue des besoins à satisfaire » pourraient utilement pallier ce silence des textes ?

En l'état du droit, nous ne le croyons pas. À ce stade, vous avez seulement jugé que doivent être impérativement portés à la connaissance des candidats :

— d'une part, les caractéristiques essentielles de la concession, en particulier sa durée ;

— d'autre part, les critères de sélection des offres ;  
— enfin, « des précisions suffisantes quant au périmètre de la concession ».

Comme vous le voyez, vous vous en êtes jusqu'à présent tenus à des données absolument indispensables à la définition de l'objet même de la concession.

FAUT-IL IMPOSER À L'AUTORITÉ CONCÉDANTE DE DÉFINIR LA NATURE ET LE NIVEAU DES INVESTISSEMENTS ?

3.3. Faut-il alors ajouter un nouvel item à cette liste, qui, à défaut de la lettre ou de l'interprétation admise des textes, pourrait se prévaloir de leur esprit ? Nous ne le croyons pas davantage, pour la raison fondamentale qu'une concession n'est pas un marché public.

Les marchés publics sont des contrats par lesquels un pouvoir adjudicateur obtient l'exécution d'une prestation et ou de travaux strictement définis : il est dès lors logique qu'il doive indiquer aux candidats l'intégralité des travaux ou prestations à réaliser.

Les concessions ont pour finalité de confier la gestion d'un service à un opérateur, à ses risques et périls : celui-ci dispose d'une liberté quant à la gestion du service. Il nous paraît en découler qu'il n'y a pas lieu d'appliquer aux contrats de concession les mêmes exigences qu'aux contrats de marchés publics quant aux informations à fournir en matière d'investissements à réaliser.

Certes, l'autorité concédante doit communiquer aux candidats les informations leur permettant d'appréhender les caractéristiques essentielles de la future concession de service public. À cette fin, elle peut, si elle le souhaite, définir elle-même tout ou partie des investissements que le concessionnaire devra réaliser pendant la concession. Si elle le fait, il lui appartient alors de donner aux candidats des éléments d'information suffisants sur la nécessité de prévoir ces investissements et, en particulier, sur le poids qu'ils auront parmi les critères de sélection des offres.

Mais ce n'est pas là une obligation générale et absolue. L'autorité concédante peut aussi laisser la liberté à chaque opérateur de proposer lui-même les investissements qu'il estimerait opportun de réaliser : cela fait partie de la liberté de gestion du service public concédé, tant du point de vue du concédant que du concessionnaire. De fait, notre proposition nous paraît empreinte d'un réalisme dont vous n'êtes jamais avare. C'est fort souvent que le concédant, s'il est capable de définir ses objectifs généraux – « la nature et l'étendue de ses besoins » disent les textes – n'est pas le plus à même d'en déterminer exactement certains contours ou modalités, y compris pour ce qui est du niveau exact des investissements.

Lorsqu'une station de ski souhaite développer le service public des remontées mécaniques, elle n'a pas forcément une idée arrêtée quant à savoir s'il faut investir dans une piste de luge, un parcours nordique ou le dédoublement de tel ou tel téléski, ni d'ailleurs à quels coûts. Si elle en a une, alors il lui revient de l'indiquer dans l'appel à concurrence mais, naturellement, elle ne saurait être tenue de le faire quand elle l'ignore ou simplement quand elle entend se laisser toutes les options ouvertes, sauf à lui faire perdre l'une des plus-values principales de l'appel à candidature et de la confrontation des offres.

Il en va de même lorsque la commune de Saint-Amand souhaite développer son casino. Il lui revient seulement d'informer les candidats des caractéristiques essentielles de la concession mais pas

nécessairement de fixer elle-même la nature et le niveau des investissements attendus.

En l'espèce, l'autorité concédante avait informé les candidats sur le périmètre du service concédé, notamment sur l'état des installations soumises à concession, sur la durée du contrat et sur la nécessité de prévoir des investissements, en précisant l'importance attachée à ces investissements dans l'appréciation de chaque offre, ainsi que cela ressortait du règlement de consultation. Nous ne pensons pas qu'elle avait à fournir davantage de précisions sur la nature et le montant de ces investissements.

En un mot, l'absence de précisions sur le montant et la nature des investissements à réaliser ne constitue pas, par elle-même, une méconnaissance des règles de publicité et de mise en concurrence s'imposant aux autorités concédantes. Pour avoir jugé le contraire, vous censurerez l'erreur de droit commise par le JRPC.

3.4. Si vous ne nous suiviez pas, nous vous précisons que, dans la logique qui serait alors la vôtre, vous devriez écarter les autres moyens des pourvois, tirés, d'une part, de la dénaturation des pièces du dossier à avoir estimé que la commune n'avait pas suffisamment défini ses attentes en matière d'investissements à réaliser et, d'autre part, de l'insuffisance de motivation et de l'erreur de qualification juridique à avoir estimé que la Société du grand casino de Dinant avait été lésée par ce manquement. En effet, si vous estimiez que la collectivité concédante était tenue d'informer de manière complète les candidats quant à la nature et au montant des investissements à réaliser, alors il n'y aurait aucune dénaturation à avoir estimé qu'elle ne l'a pas fait en l'espèce et un tel manquement serait logiquement de nature à léser le candidat évincé. Mais tel n'est pas ce que nous vous proposons.

#### UNE RUPTURE D'ÉGALITÉ ENTRE LES CANDIDATS

4. Au contraire, annulant l'ordonnance, vous réglerez l'affaire au titre de la procédure de référé engagée. Dans ce cadre, nous vous invitons à accueillir le moyen soulevé par la Société du grand casino de Dinant et tiré de ce que la commune a méconnu le principe d'égalité de traitement entre les candidats en décidant de poursuivre l'exécution du BEA conclu avec la Société du casino de Saint-Amand-les-Eaux et en imposant au futur délégataire de conclure un contrat de mise à disposition du casino avec celle-ci. Comme nous vous l'avons dit, la particularité de la présente affaire est que la commune et le concessionnaire sortant avaient conclu en 2002 deux contrats dont les durées ne coïncidaient pas : une DSP d'une durée de 18 ans et un BEA destiné à la construction du nouveau casino sur un terrain de la commune, d'une durée de 30 ans. Les deux conventions stipulent d'ailleurs chacune qu'elles constituent un « tout indivisible ».

Dans le cadre du renouvellement de la DSP, la commune, qui ne souhaite apparemment pas résilier le BEA, a choisi d'imposer à son futur délégataire de conclure avec la société preneuse du BEA un contrat de mise à disposition du casino, le cahier des charges de la concession indiquant qu'au terme du BEA, l'ouvrage réintégrera pleinement le patrimoine de la commune et qu'alors une seconde convention d'occupation devra être conclue entre la ville et le délégataire.

Nous ne tirerons pas argument, même si elles peuvent révéler un contexte, de ce que, depuis les ordonnances du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics et du 29 janvier 2016 relative aux concessions, le recours à un BEA à des fins de commande publique est prohibé. Ces dispositions ne s'appliquent évidemment pas aux contrats passés antérieurement à leur entrée en vigueur.

Il vous faut, en l'état du dossier, apprécier concrètement, au regard des stipulations litigieuses et des conditions de l'appel à concurrence, si cette façon de faire a pour effet de porter atteinte à l'égalité de traitement des candidats.

Or, il nous semble que tel est le cas pour deux séries de raison :  
— en premier lieu, le contrat de mise à disposition que le futur délégataire devra passer avec le preneur du BEA prévoit le versement d'un loyer annuel, d'un montant substantiel (825 000 €) : or, si le preneur du bail et le délégataire se trouvaient être la même personne, on comprend que, pour celle-ci, il s'agirait d'une opération blanche alors que, pour un autre candidat, ce serait une dépense à perte... Certes, on pourrait imaginer que le montant de ce loyer ne couvre en réalité que les coûts d'amortissement que subit lui-même le preneur du fait des charges d'entretien et d'exploitation de l'ouvrage et, dans cette logique, la SCSA ne profiterait en réalité d'aucun avantage global.

Nous avons toutefois du mal, en l'espèce, à nous rallier à cette approche, dès lors que le montant du loyer annoncé est nettement supérieur aux amortissements annuels que, de son propre aveu, la SCSA met en avant dans ses écritures en les chiffrant à 674 000 € par an... Sur 12 ans, le différentiel représente tout de même 1,8 million d'euros... ;

— en second lieu, le preneur d'un BEA dispose, en cette qualité, d'avantages en termes de financement dans la mesure où le droit réel conféré au titulaire du bail, de même que les ouvrages dont il est propriétaire jusqu'à l'expiration du bail (contrairement au régime des biens dans une concession) sont susceptibles d'hypothèque (2° de l'article L. 1311-3 du CGCT), et que ces ouvrages peuvent également faire l'objet de contrats de crédit-bail (5° de l'article L. 1311-3 du CGCT). Dès lors, la SCSA disposerait, par sa qualité de titulaire du BEA, de possibilités de financement auxquelles n'ont pas accès les autres candidats, sachant que le projet de contrat de mise à disposition interdit également au futur délégataire de procéder à une sous-location de tout ou partie de l'ouvrage et, surtout, ne lui confère aucun droit réel sur les installations mises à disposition.

En l'espèce, au vu des conditions définies par la collectivité concédante et des effets qui s'y attachent, la poursuite de l'exécution du BEA avec un des candidats à la délégation et l'obligation de conclure avec lui un contrat de mise à disposition du casino nous paraît de nature à créer une distorsion de concurrence entre les candidats. Et contrairement à ce que soutenait la commune en défense devant le tribunal administratif, ce manquement est bien de nature à léser la Société du grand casino de Dinant. Dans ces conditions, vous accueillerez le moyen de méconnaissance du principe d'égalité et annulerez la procédure de passation de la délégation de service public litigieuse.

5. Un dernier mot sur les suites de cette affaire. Vous n'aurez pas forcément à le juger mais signalons que, pour garantir l'égalité de traitement entre les candidats, la commune aurait sans doute été mieux inspirée de résilier le BEA et d'indemniser la SCSA de la valeur des investissements non-amortis puis, le cas échéant, de prévoir un droit d'entrée correspondant à cette valeur à régler par l'attributaire de la nouvelle DSP.

L'hypothèse d'un droit d'entrée correspondant à la valeur non-amortie des investissements réalisés par le précédent délégataire a été expressément admise par le Conseil d'État dans l'avis émis par la section des travaux publics le 9 avril 2005 sur les conventions de remontées mécaniques. Nous pensons qu'il n'y aurait pas nécessairement un grand effort à faire pour étendre cette solution au cas présent.

Par ces motifs, nous concluons :

- à l'annulation de l'ordonnance attaquée ;
- réglant l'affaire au titre de la procédure de référé, à l'annulation de la procédure de passation de délégation de service public engagée par la commune de Saint-Amand-les-Eaux pour la gestion et l'exploitation de son casino ;
- à ce que la commune de Saint-Amand-les-Eaux et la Société du casino de Saint-Amand-les-Eaux versent chacune à Société du grand casino de Dinant la somme de 3 000 € au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;
- au rejet des conclusions présentées par la commune de Saint-Amand-les-Eaux et la Société du casino de Saint-Amand-les-Eaux au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

**Référence 2 : CE, 6 novembre 2020, Commune de Saint-Amand-les-Eaux c/ SA du casino de Saint-Amand-les-Eaux, n<sup>os</sup> 437946 et 437975**

*Vu la procédure suivante :*

La société du grand casino de Dinant a demandé au juge des référés du tribunal administratif de Lille d'annuler, sur le fondement de l'article R. 551-1 du code de justice administrative, la procédure de délégation de service public engagée par la commune de Saint-Amand-les-Eaux pour la gestion et l'exploitation du casino de la commune. Par une ordonnance n° 1910550 du 10 janvier 2020, le juge des référés a annulé la procédure attaquée.

1° Sous le n° 437946, par un pourvoi sommaire et un mémoire complémentaire, enregistrés les 24 janvier et 5 février 2020 au secrétariat du contentieux du Conseil d'État, la commune de Saint-Amand-les-Eaux demande au Conseil d'État :

- 1°) d'annuler cette ordonnance ;
- 2°) statuant en référé, de faire droit à ses conclusions et de rejeter la demande de la société du grand casino de Dinant ;
- 3°) de mettre à la charge de la société du grand casino de Dinant la somme de 4 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

2° Sous le n° 437975, par un pourvoi sommaire et un mémoire complémentaire, enregistrés les 27 janvier et 11 février 2020 au secrétariat du contentieux du Conseil d'État, la société du casino de Saint-Amand-les-Eaux demande au Conseil d'État :

- 1°) d'annuler cette ordonnance ;
- 2°) statuant en référé, de rejeter la demande de la société du grand casino de Dinant ;
- 3°) de mettre à la charge de la société du grand casino de Dinant la somme de 6 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

*Vu :*

- l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 ;
- le décret n° 2016-86 du 1er février 2016 ;
- le code de justice administrative ;

*Considérant ce qui suit :*

1. Les pourvois de la commune de Saint-Amand-les-Eaux et de la société du casino de Saint-Amand-les-Eaux sont dirigés contre la même ordonnance. Il y a lieu de les joindre pour statuer par une seule décision.

2. Il ressort des pièces du dossier soumis au juge des référés du tribunal administratif de Lille que la commune de Saint-Amand-les-Eaux, classée station thermale et ayant un casino, a lancé, en mars 2019, un avis d'appel à concurrence en vue du renouvellement du contrat de délégation de service public portant sur la gestion et l'exploitation de son casino. Deux offres lui ont

été remises : celle de l'ancien attributaire du contrat de concession, la société du casino de Saint-Amand-les-Eaux, et celle de la société du grand casino de Dinant. Au terme de l'examen des offres et de la phase de négociation, l'offre de cette dernière a été rejetée par un courrier du 5 décembre 2019, au motif que le candidat retenu proposait un programme d'investissement plus ambitieux consistant en un réaménagement de l'ouvrage. Par une ordonnance du 10 janvier 2020, contre laquelle la commune de Saint-Amand-les-Eaux et la société du casino de Saint-Amand-les-Eaux se pourvoient en cassation, le juge des référés a annulé, à la demande de la candidate évincée, la procédure de passation de la délégation de service public engagée par la commune pour la gestion et l'exploitation de son casino.

3. Aux termes de l'article 27 de l'ordonnance du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession : " La nature et l'étendue des besoins à satisfaire sont déterminées avant le lancement de la consultation en prenant en compte des objectifs de développement durable dans leurs dimensions économique, sociale et environnementale ". Aux termes du I de l'article 34 du même texte : " Les contrats de concession sont limités dans leur durée. Cette durée est déterminée par l'autorité concédante en fonction de la nature et du montant des prestations ou des investissements demandés au concessionnaire, dans les conditions prévues par voie réglementaire ". Aux termes de l'article 6 du décret du 1er février 2016 pris pour son application : " I. - Pour l'application de l'article 34 de l'ordonnance du 29 janvier 2016, les investissements s'entendent comme les investissements initiaux ainsi que ceux devant être réalisés pendant la durée du contrat de concession, nécessaires pour l'exploitation des travaux ou des services concédés. Sont notamment considérés comme tels les travaux de renouvellement, les dépenses liées aux infrastructures, aux droits d'auteur, aux brevets, aux équipements, à la logistique, au recrutement et à la formation du personnel. / II. - Pour les contrats de concession d'une durée supérieure à cinq ans, la durée du contrat n'excède pas le temps raisonnablement escompté par le concessionnaire pour qu'il amortisse les investissements réalisés pour l'exploitation des ouvrages ou services avec un retour sur les capitaux investis, compte tenu des investissements nécessaires à l'exécution du contrat (...) ".

4. Les concessions sont soumises aux principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, qui sont des principes généraux du droit de la commande publique. Pour assurer le respect de ces principes, la personne publique doit apporter aux candidats à l'attribution d'une concession, avant le dépôt de leurs offres, une information suffisante sur la nature et l'étendue des besoins à satisfaire. Il lui appartient à ce titre d'indiquer aux candidats les caractéristiques essentielles de la concession et la nature et le type des investissements attendus ainsi que les critères de sélection des offres. S'il est loisible à l'autorité concédante d'indiquer précisément aux candidats l'étendue et le détail des investissements qu'elle souhaite les voir réaliser, elle n'est pas tenue de le faire à peine d'irrégularité de la procédure. Il lui est en effet possible, après avoir défini les caractéristiques essentielles de la concession, de laisser les candidats définir eux-mêmes leur programme d'investissement, sous réserve qu'elle leur ait donné des éléments d'information suffisants sur la nécessité de prévoir des investissements, sur leur nature et leur consistance et sur le rôle qu'ils auront parmi les critères de sélection des offres.

5. Il ressort des énonciations de l'ordonnance attaquée que le juge des référés a estimé qu'en raison du caractère imprécis des indications données aux candidats sur le montant et la nature des investissements souhaités, la commune de Saint-Amand-les-Eaux ne pouvait être regardée comme ayant suffisamment déterminé l'étendue de ses besoins et qu'elle avait par suite manqué aux

obligations de publicité et de mise en concurrence mentionnées au point 4. En statuant ainsi, alors que la commune avait informé les candidats sur le périmètre du service public concédé, sur l'état et les caractéristiques des installations soumises à concession, sur la nécessité de prévoir des investissements, sur l'importance qu'elle entendait accorder à ces investissements dans l'appréciation du mérite de chaque offre et sur la durée de la concession, laquelle est toujours fonction, au terme ou non d'une négociation entre les parties, de l'ampleur des investissements à consentir, le juge des référés a commis une erreur de droit. Par suite et sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens du pourvoi, son ordonnance doit être annulée.

6. Il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de régler l'affaire au titre de la procédure de référé engagée, en application des dispositions de l'article L. 821-2 du code de justice administrative.

7. Pour assurer le respect des principes mentionnés au point 4, la personne publique doit s'assurer qu'elle n'octroie pas d'avantages à l'un des concurrents à l'attribution d'une concession dans sa capacité à présenter une offre répondant aux documents de consultation.

8. Il résulte de l'instruction que la commune de Saint-Amand-les-Eaux a conclu le 19 avril 2002 un bail emphytéotique administratif d'une durée de trente ans avec la société du casino de Saint-Amand-les-Eaux, ayant pour objet la réalisation, le financement et l'exploitation d'un complexe de loisirs multi-activités, comportant un casino. Elle a concomitamment attribué à la même société, le 16 avril 2002, une convention de concession d'exploitation du casino, d'une durée de dix-huit ans. L'article 1er de ces deux contrats indiquait qu'il constituait avec l'autre un tout indivisible. Le contrat de concession d'exploitation étant arrivé à échéance en 2020, la commune a prévu que la société du casino de Saint-Amand-les-Eaux, concessionnaire sortant et titulaire du bail emphytéotique administratif, mettrait à la disposition du futur concessionnaire, moyennant le versement d'un loyer, le casino et qu'un contrat de mise à disposition du casino, figurant parmi les documents de la consultation et prohibant toute sous-occupation et toute constitution de droits réels par l'occupant, devrait être conclu à cette fin. En imposant ainsi ce montage aux candidats au renouvellement de la concession, alors qu'il lui appartenait de résilier le bail emphytéotique au terme du premier contrat de concession, avec lequel il formait un tout indivisible, et de prévoir, dans la nouvelle convention, les modalités d'occupation du domaine public, la commune de Saint-Amand-les-Eaux a méconnu le principe d'égalité de traitement des candidats. Un tel manquement est de nature à avoir lésé la société requérante. Il suit de là que la société du grand casino de Dinant est fondée à demander l'annulation de la procédure de passation de la délégation de service public engagée par la commune de Saint-Amand-les-Eaux pour la gestion et l'exploitation de son casino.

**Référence 3 : Conclusions du rapporteur public sur CE (7/2 CR) 28 janvier 2022, Communauté de communes Convergence Garonne ;**

Nous prononcerons des conclusions communes sur les deux affaires qui viennent d'être appelées et qui ont pour point commun de vous amener à vous prononcer pour la première fois sur les conséquences à tirer, en matière de référé pré-contractuel, du récent arrêt de la CJUE du 17 juin 2021, *Simonsen & Weel A/S*, par lequel la Cour de Luxembourg a précisé les règles applicables au contenu des avis de marché quant aux mentions relatives à la quantité ou au montant des prestations susceptibles d'être fournies en vertu d'un accord-cadre.

## L'ARRÊT SIMONSEN : L'INDICATION DU MONTANT MAXIMAL DES ACCORDS-CADRES

1. Cet arrêt, déjà très commenté, dit notamment pour droit que l'avis de marché doit indiquer la quantité et/ou la valeur estimée ainsi qu'une quantité et/ou une valeur maximale des produits à fournir en vertu d'un accord-cadre. En d'autres termes, pas d'accord-cadre sans plafond ! La chose n'allait pourtant pas de soi, et pas simplement parce que, jusqu'à présent, les textes nationaux comme votre propre jurisprudence vivaient très bien avec l'idée, exprimée en dernier lieu à l'article R. 2162-4 du code de la commande publique, selon laquelle : « Les accords-cadres peuvent être conclus : 1° Soit avec un minimum et un maximum en valeur ou en quantité ; 2° Soit avec seulement un minimum ou un maximum ; 3° Soit sans minimum ni maximum », ce qui est l'expression légistique la plus pure (à défaut d'être la plus légère) du « faites ce qu'il vous plaira ! ».

L'arrêt Simonsen reconnaît lui-même sa hardiesse en admettant expressément dans ses motifs que la directive 2014/24/UE du 26 février 2014 peut être lue comme laissant au pouvoir adjudicateur une marge d'appréciation sur l'opportunité d'indiquer une valeur maximale dans l'avis de marché, comme permettant que l'évaluation de cette valeur maximale soit approximative et même comme indiquant qu'il n'y a pas lieu de l'exiger en toutes circonstances, mais dans la mesure du possible.

Mais, refusant de s'arrêter à l'interprétation littérale de la directive, la cour s'est fondée sur son économie générale, en convoquant les principes de la commande publique de transparence et d'égalité de traitement, mentionnés à son article 18, ainsi que les dispositions de son article 5, paragraphe 5, relatives à la méthode de calcul de valeur des accords-cadres, pour estimer qu'une estimation de la valeur maximale des prestations susceptibles d'être commandées pendant la durée d'exécution de l'accord-cadre est toujours possible et doit donc toujours figurer dans les avis de marché.

En outre, la CJUE déduit des mêmes principes que, le cas échéant, l'acheteur est tenu de déterminer et d'indiquer une quantité ou une valeur maximale contractuelle des prestations pour chacun des lots de l'accord-cadre. Enfin, la Cour précise que l'indication de la quantité ou de la valeur maximale peut figurer indifféremment dans l'avis de marché ou dans le cahier des charges, sous réserve que ce dernier soit aisément accessible.

### L'APPLICATION IMMÉDIATE DE LA RÈGLE POSÉE PAR LA COUR DE JUSTICE

2. La réception de cette jurisprudence en droit national a été rapide mais ce faisant, le pouvoir réglementaire a retenu une conception souple, et à vrai dire problématique, de son applicabilité dans le temps. Ainsi, deux mois seulement après l'arrêt de la CJUE, le décret n° 2021-1111 du 23 août 2021, qui est un décret en Conseil d'État, a modifié le code de la commande publique pour supprimer la possibilité de conclure des accords-cadres sans maximum. Son entrée en vigueur sur ce point a toutefois été fixée au 1er janvier 2022.

Nous comprenons indéniablement les motifs qui ont inspiré cette mesure. Les observations produites par le ministre de l'Économie dans la première affaire vous expliquent en effet que le Gouvernement a estimé qu'une entrée en vigueur immédiate des modifications porterait atteinte au principe de sécurité juridique, en privant les destinataires de la norme (en particulier les centrales d'achat qui recourent de façon intensive à ce type de procédure) du délai indispensable pour prendre en compte les règles nouvelles dans la préparation de leurs procédures.

En outre, le Gouvernement s'est fondé sur le fait que l'arrêt Simonsen & Weel a lui-même relevé l'ambiguïté des dispositions de la directive 2014/24/UE et que, peut-être effrayée par sa propre audace, la Cour a jugé que le manquement n'était pas d'une gravité suffisante pour justifier que soit « privé d'effets » un accord-cadre qui aurait été passé sans mentionner les quantités et valeurs maximales requises. Cependant, si ce dernier volet de l'arrêt nous conduit à penser qu'en principe, vous n'annulerez pas ni même ne résilierez, dans le cadre d'un contentieux de type « Tarn-et-Garonne », un accord-cadre passé en méconnaissance des principes posés par la décision Simonsen & Weel A/S, il reste que la problématique est différente dans l'hypothèse – qui est celle dont vous avez à connaître aujourd'hui s'agissant de référés pré-contractuels – de manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence en amont de la conclusion du contrat.

Or, dans ce cadre, force est de constater que la jurisprudence communautaire ne vous laisse guère de marge de manœuvre... La CJUE estime en effet de manière constante que sa réponse une question préjudicielle revêt un effet rétroactif, dans la mesure où l'interprétation qu'elle donne d'une règle de droit de l'Union dans l'exercice de cette compétence « éclaire et précise, le cas échéant, la signification et la portée de cette règle telle qu'elle doit ou aurait dû être comprise et appliquée depuis le moment de sa mise en vigueur ».

De même, dans son arrêt Winner Wetten GmbH du 8 septembre 2010, la CJUE énonce sans ambages qu'il appartient au juge national, « par application du principe de coopération énoncé à l'article 10 CE, d'appliquer intégralement le droit de l'Union directement applicable et de protéger les droits que celui-ci confère aux particuliers, en laissant inappliquée toute disposition éventuellement contraire de la loi nationale, que celle-ci soit antérieure ou postérieure à la règle du droit de l'Union » et que si « des considérations impérieuses de sécurité juridique tenant à l'ensemble des intérêts, tant publics que privés peuvent justifier le maintien des effets d'un acte illégal durant le laps de temps nécessaire aux fins de permettre qu'il soit remédié à une telle illégalité, les conditions ne pourraient être déterminées que par la seule Cour ».

Or, que ce soit à dessein ou pas, l'arrêt Simonsen & Weel A/S ne dit rien de l'application dans le temps de la nouvelle règle qu'il énonce, et encore moins qu'il existerait des considérations impérieuses justifiant de s'écarter du droit commun. Dans ces conditions, il nous paraît impossible de l'écarter de vous-mêmes pour des accords-cadres pour lesquels les procédures d'appel à la concurrence ont été engagées avant le 17 juin 2021. Il vous revient au contraire, en tant que juge de droit commun de l'Union, d'en faire application immédiatement et donc d'écarter la réglementation nationale en vigueur à la date des faits.

Ajoutons à cet égard que, s'il n'est pas théoriquement exclu que vous puissiez poser une nouvelle question préjudicielle à la CJUE sur ce point particulier, le recours à une telle procédure en l'espèce nous paraît non seulement susceptible de recevoir un accueil très mitigé au vu de la jurisprudence que nous vous avons citée mais aussi, en tout état de cause, radicalement inefficace au regard des impératifs de célérité qui s'attachent à une procédure de référé pré-contractuel... Nous ne vous proposons donc pas d'y recourir.

3. Ainsi éclairés quant au droit applicable, nous pouvons en venir à l'examen de chacun des pourvois. Dans la première affaire, la communauté de communes Convergence Garonne a lancé, par des avis d'appel public parus respectivement les 8 et 11 mai 2021 au BOAMP et au JOUE, un appel d'offres ouvert en vue de

l'attribution d'un marché ayant pour objet la collecte, le tri et la valorisation des déchets ménagers. Ce marché était subdivisé en deux lots, le premier d'entre eux, objet du litige, étant consacré à la phase de collecte des déchets ménagers en « porteen-porte ». La société Coved, qui en était précédemment titulaire, a été avisée le 16 juillet 2021 du rejet de son offre, classée en deuxième position, et a saisi le juge des référés pré-contractuel du TA de Bordeaux qui, par une ordonnance du 23 août 2021 a fait droit à ses conclusions et annulé les décisions afférentes à la procédure de passation de ce lot.

Le pourvoi formé contre cette ordonnance par la communauté de communes articule un unique moyen tiré de la dénaturation des pièces du dossier et de l'erreur de qualification juridique des faits (EQJF) à avoir jugé que l'absence de mention d'une valeur maximale de l'accord-cadre dans l'avis d'appel public à la concurrence justifiait l'annulation de la procédure de passation du marché.

3.1. S'agissant de la branche de dénaturation, la communauté requérante reproche au JRTA d'avoir estimé qu'aucune pièce du marché ne permettait de pallier le défaut d'indication de la valeur maximale de l'accord-cadre et que la société Coved n'avait pu en l'espèce présenter une offre adaptée bien qu'elle soit le dernier titulaire du marché.

Toutefois, comme l'a relevé le juge des référés, le montant mentionné par l'avis ne portait que sur l'ensemble du marché ; en revanche, il n'est nulle part fait état du montant maximum que l'acheteur comptait allouer aux prestations du lot n° 1. Contrairement à ce que soutenait la communauté de communes, ce montant ne pouvait pas non plus être déduit des chiffres mentionnés, à titre indicatif seulement, dans le CCTP, qui ne concernaient que l'historique de tonnage des déchets collectés, alors que les évolutions démographiques, sociologiques et réglementaires sont susceptibles d'affecter lourdement ce type d'activité, notamment la clef de répartition entre les différents types de collecte.

#### UN MANQUEMENT AUX OBLIGATIONS DE PUBLICITÉ ET DE MISE EN CONCURRENCE

3.2. Pour ce qui est de la branche d'EQJ, elle nous paraît évidemment très engagée par ce que nous venons de vous dire. S'agissant d'abord de l'irrégularité de la procédure suivie, nous croyons vous avoir démontré que les avis publiés méconnaissent frontalement la récente jurisprudence communautaire et que, dès lors que le montant du marché litigieux dépasse le seuil au-delà duquel s'applique la directive de 2014 – nous observons qu'elle n'est en effet pas applicable à tous les marchés publics, notamment ceux passés au terme d'une procédure adaptée -, la communauté de communes Convergence Garonne devait être regardée comme ayant manqué à ses obligations de publicité et de mise en concurrence.

Vous contrôlez également, toujours au titre de l'EQJ, l'appréciation portée par le JRPC sur la lésion éventuelle causée par un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence au sens de votre jurisprudence Smirgeomes. Sur ce terrain, le pourvoi soutient que dès lors que la société Coved a déposé une offre, c'est qu'elle estimait être en capacité de le faire, en dépit du vice qu'elle avait nécessairement identifié, et ainsi surmonté. Mais vous jugez de manière constante que le fait pour un candidat d'avoir participé à la procédure jusqu'à son terme ne peut lui être opposé dès lors que le manquement aux obligations de publicité produit encore ses effets lors de la sélection des candidatures ou des offres.

De même, sachant que le constat selon lequel le candidat n'a pas été suffisamment informé pour établir utilement son offre relève seulement de l'appréciation souveraine du premier juge, nous ne voyons aucune dénaturation dans l'appréciation portée par le juge de référés quant au fait que l'absence d'information quant au montant maximal du lot n° 1 n'avait pas mis la société Coved à même de présenter une offre adaptée, ce dont le juge des référés a pu exactement déduire que la communauté de communes avait été susceptible d'être lésée par ce manquement. Aucun des moyens du pourvoi n° 456418 n'est donc fondé.

4. Nous pouvons maintenant en venir à la seconde affaire qui, pour sa part, concerne un référé pré-contractuel engagé à la suite d'une procédure d'appel à concurrence lancée en janvier 2021 par la collectivité de Saint-Martin en vue de la passation d'un accord-cadre à bons de commande en matière de formation professionnelle. Le marché était divisé en 3 lots, mais le litige porte spécifiquement sur le lot n° 2 relatif à l'orientation, l'accompagnement à l'insertion professionnelle et la mise en place de bilans de compétences. La société Formation accompagnement conseil (FAC), dont l'offre a été classée en deuxième position, s'est tournée vers le juge des référés pré-contractuels du tribunal administratif de Saint-Martin afin d'annuler la procédure de passation et a obtenu gain de cause. La collectivité de Saint-Martin – qui s'est depuis désistée, ce dont vous pourrez lui donner acte – et la société attributaire du lot n° 2 ont formé conjointement un pourvoi contre cette ordonnance du 18 septembre 2021. La société Fore Îles du Nord, désormais unique requérante, soulève trois moyens de cassation.

#### QUELLE APPLICATION AUX MARCHÉS DE SERVICES SOCIAUX ?

4.1. Le premier d'entre eux fait l'originalité de ce pourvoi par rapport au précédent. Il est assez ingénieusement tiré de ce que le JRTA a commis une erreur de droit en se fondant, pour écarter l'application de l'article R. 2162-4 du code de la commande publique, sur les dispositions de la directive 2014/24/UE du 26 février 2014, dès lors que l'obligation de fixer un maximum en quantité ou en valeur n'est pas, aux termes de la directive, applicable aux marchés de services sociaux.

La société requérante soutient en particulier que l'article 49 et l'annexe V partie C de la directive de 2014, sur lesquels la CJUE s'est fondée pour dégager l'obligation de fixer un maximum en quantité ou en valeur, ne s'appliquent pas à un marché de services sociaux tel que celui en cause ici. Ce moyen nous paraît nouveau en cassation et n'est pas né de l'ordonnance attaquée : vous devriez donc le regarder comme relatif au « champ d'application de la loi » pour l'estimer opérant – ce qui ne va pas de soi pour ce qui concerne les termes d'une directive – ou alors l'envisager au vu de la dimension globalisante de l'argumentation initiale.

Si vous deviez y répondre, il nous faut vous rappeler que les marchés de services sociaux sont des marchés publics dont l'objet particulier – les services sociaux – emporte, aux termes de la directive, des formalités allégées en matière de publication d'avis de marché et d'attribution, justifie qu'une liberté soit laissée aux États membres pour définir notamment des règles de procédure permettant « aux pouvoirs adjudicateurs de prendre en compte les spécificités des services en question » et permet de réserver à certaines organisations le droit de participer aux procédures de passation. Ces dispositions ont été transposées en droit interne aux articles L. 2113-15, qui prévoit que les marchés sociaux peuvent être réservés à des organismes ou entreprises relevant de l'économie sociale ou solidaire, et L. 2123-1 du code de la commande publique (CCP), qui définit des procédures de passation adaptées pour de tels marchés.

Par ailleurs, rien n'interdit de recourir, pour de tels marchés, à la technique d'achat que constitue l'accord-cadre. Ceci étant posé, le pourvoi fait d'abord valoir que le raisonnement tenu par la Cour dans l'arrêt *Simonsen & Weel* vise l'article 49 de la directive, qui est relatif aux avis de marché et qui précise que ces avis « contiennent les informations prévues à l'annexe V, partie C [...] », parmi lesquelles figurent la durée de l'accord-cadre et la valeur ou l'ordre de grandeur et la fréquence des marchés à attribuer. À l'inverse, il pointe que les règles particulières qui s'appliquent pour les marchés de services sociaux ne renvoient pas explicitement aux informations devant figurer dans les accords-cadres selon le C de l'annexe V. Au contraire, l'article 75 de la directive prévoit que les pouvoirs adjudicateurs qui entendent passer un marché pour des services sociaux font connaître leur intention par un avis de marché ou un avis de pré-information qui comportent respectivement les informations mentionnées aux parties H ou I de l'annexe V.

Or, ces annexes particulières ne comportent effectivement aucune référence à un montant maximal en valeur ou en quantité, la partie I relative à l'avis de pré-information se bornant à solliciter la valeur totale estimée du marché mais sans la subdiviser.

La société requérante en déduit allègrement que les marchés sociaux ne sont pas soumis à l'obligation de mention d'un maximum. Mais nous ne sommes nullement convaincus par ce raisonnement astucieux. En effet, non seulement la mention, dans la partie I, de la valeur totale estimée du marché fait douter de sa cohérence interne mais surtout, il nous paraît évident que ce n'est pas celui qu'a suivi la Cour de Luxembourg.

En effet, comme nous vous l'avons dit, elle ne déduit pas tant l'obligation de mention d'un maximum des dispositions de l'article 49 et de l'annexe V (dont elle admet au contraire explicitement au point 53 que la seule interprétation littérale n'est pas concluante pour déterminer si un avis de marché doit comporter ou non cette indication) que des principes de transparence et d'égalité de traitement, et de l'économie générale de la directive.

Au regard de cette approche globale et finaliste, on ne voit guère à quel titre il faudrait exempter des principes dégagés par la Cour une catégorie particulière d'accords-cadres, au seul motif que les articles 74 et suivants de la directive prévoient, s'agissant plus spécifiquement des contrats portant sur des prestations « sociales et connexes », des modalités particulières de passation. Vous pourrez donc écarter ce premier moyen.

4.2. Les deux autres vous retiendront moins longtemps. Le deuxième conteste, sur le terrain de l'erreur de droit, l'interprétation de l'arrêt *Simonsen & Weel* à laquelle le juge des référés se serait livré et consistant à retenir que l'obligation de maximum résulte du principe général de transparence énoncé par la directive de 2014, et non uniquement des dispositions de l'annexe V, partie C. Comme nous venons de le voir, cette argumentation se heurte directement à la grille de lecture de la CJUE, qui se fonde sur l'économie générale de la directive : dans cette logique, l'absence de mention d'un maximum en valeur ou en quantité dans la partie H de l'annexe V ne permet évidemment pas de conclure qu'elle exclut formellement cette obligation pour les marchés sociaux, la règle générale fixée pour les accords-cadres devant au contraire prévaloir, indépendamment de la nature du marché pour lequel cette technique d'achat est mobilisée.

4.3. Enfin, le troisième moyen soutient que l'ordonnance est entachée d'erreur de droit et de dénaturation à avoir jugé que l'absence de mention d'une valeur maximale a été, en l'espèce, de

nature à léser la société dont l'offre a été classée en deuxième position. Vous retrouvez ici un raisonnement similaire à celui articulé dans la première espèce au regard de la jurisprudence *Smirgeomes* et la réponse que vous apporterez sera, mutatis mutandis, équivalente. En effet, dans la présente affaire, le juge des référés a estimé que l'absence dans l'avis d'appel à concurrence de mention de la quantité ou valeur maximale des prestations n'avait pas mis la société FAC à même de présenter une offre adaptée. Nous n'y voyons aucune dénaturation dès lors que l'offre de la société FAC prévoyait un prix unitaire de 880 € par bilan de compétence, en partant de l'hypothèse qu'elle en réaliserait 350 par an. Or, ces éléments conduisaient à un dépassement du budget prévu par la collectivité de Saint-Martin pour le lot n° 2 et étaient donc directement à l'origine de la note de 14,8 qui lui a été attribuée et qui est nettement inférieure, de ce fait, à l'offre de la requérante.

Les autres arguments du pourvoi, tirés de ce qu'il n'était pas à l'avantage de la collectivité de fixer un ordre de grandeur, car cela aurait conduit les concurrents à aligner leurs tarifs vers le haut, ou de ce que la société FAC aurait pu adresser une demande d'information pour ajuster son offre, nous paraissent par ailleurs très hypothétiques et certainement pas de nature à remettre en cause l'appréciation du juge sur l'existence d'une lésion. Nous vous invitons donc à écarter le moyen.

5. Par ces motifs, nous concluons :

— sous le n° 456418, au rejet du pourvoi, y compris de ses conclusions présentées au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative, et à ce que vous mettiez à la charge de la communauté de communes Convergence Garonne la somme de 3 000 € à verser à la société Coved ;

— sous le n° 457 233, à ce que vous donniez acte du désistement de la collectivité de St-Martin, au rejet du pourvoi, y compris de ses conclusions présentées au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative et à ce que vous mettiez à la charge de la société Fore Îles du Nord la somme de 3 000 € à verser à la société FAC.

**Référence 4 : CE (7/2 CR) 28 janvier 2022, Communauté de communes Convergence Garonne, n° 456418**

*Vu la procédure suivante :*

La société Collecte valorisation énergie déchets (Coved) a demandé au juge des référés du tribunal administratif de Bordeaux, sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, d'annuler les décisions relatives à la procédure de passation du lot n° 1 "collecte des déchets ménagers et assimilés en porte-à-porte" du marché de collecte des déchets ménagers de la communauté de communes Convergence Garonne.

Par une ordonnance n° 2103959 du 23 août 2021, le juge des référés du tribunal administratif de Bordeaux a annulé la procédure en litige et rejeté le surplus des conclusions des parties. Par un pourvoi sommaire, un mémoire complémentaire et un mémoire en réplique, enregistrés les 7 et 23 septembre et 15 novembre 2021 au secrétariat du contentieux du Conseil d'État, la communauté de communes Convergence Garonne demande au Conseil d'État :

1°) d'annuler cette ordonnance ;

2°) statuant en référé, de rejeter la demande de la société Coved ;

3°) de mettre à la charge de la société Coved la somme de 6 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

*Vu :*

- la directive 2014/24/UE du Parlement et du Conseil du 26 février 2014 ;
- le code de la commande publique ;
- le décret n° 2021-1111 du 23 août 2021 ;
- l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne *Simonsen Weel A/S c/ Region Nordjylland og Region Syddanmark* du 17 juin 2021 (C-23/20) ;
- le code de justice administrative ;

*Considérant ce qui suit :*

1. Il ressort des pièces du dossier soumis au juge des référés du tribunal administratif de Bordeaux que, par des avis d'appel public à la concurrence publiés le 8 mai 2021 au Bulletin officiel des annonces de marchés publics et le 11 mai 2021 au Journal officiel de l'Union européenne, la communauté de communes Convergence Garonne a engagé une procédure d'appel d'offres ouvert en vue de l'attribution d'un marché sous forme d'accord-cadre ayant pour objet la " collecte en porte-en-porte et en apport volontaire, tri et valorisation des déchets ", prestations décomposées en deux lots dont le n° 1, objet du présent litige, est relatif à la collecte des déchets ménagers et assimilés en porte en porte. Par une lettre du 16 juillet 2021, la communauté de communes Convergence Garonne a informé la société Coved du rejet de son offre, classée deuxième s'agissant du lot n° 1, et de l'attribution de l'accord-cadre à la société Nicollin. La société Coved a demandé au juge des référés du tribunal administratif de Bordeaux, statuant sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, d'annuler les décisions relatives à la procédure de passation de ce lot. La communauté de communes Convergence Garonne se pourvoit en cassation contre l'ordonnance du 23 août 2021 par laquelle le juge des référés du tribunal administratif de Bordeaux a annulé la procédure d'attribution du lot n° 1.

2. Aux termes de l'article L. 551-1 du code de justice administrative : " Le président du tribunal administratif, ou le magistrat qu'il délègue, peut être saisi en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation par les pouvoirs adjudicateurs de contrats administratifs ayant pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures ou la prestation de services, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation, la délégation d'un service public ou la sélection d'un actionnaire opérateur économique d'une société d'économie mixte à opération unique. / (...) / Le juge est saisi avant la conclusion du contrat ".

3. Les personnes habilitées à engager le recours prévu à l'article L. 551-1 en cas de manquement du pouvoir adjudicateur à ses obligations de publicité et de mise en concurrence sont celles qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par le manquement invoqué. Il appartient dès lors au juge du référé précontractuel de rechercher si l'entreprise qui le saisit se prévaut de manquements qui, eu égard à leur portée et au stade de la procédure auquel ils se rapportent, sont susceptibles de l'avoir lésée ou risquent de la léser, fût-ce de façon indirecte en avantageant une entreprise concurrente.

4. Aux termes de l'article R. 2162-4 du code de la commande publique, dans sa rédaction applicable au présent litige : " Les accords-cadres peuvent être conclus : / 1° Soit avec un minimum et un maximum en valeur ou en quantité ; / 2° Soit avec seulement un minimum ou un maximum ; / 3° Soit sans minimum ni maximum ".

5. Par son arrêt du 17 juin 2021, *Simonsen Weel A/S c/ Region Nordjylland og Region Syddanmark* (C-23/20), la Cour de justice de l'Union européenne a dit pour droit, sans prévoir une application différée dans le temps de cette interprétation, que les

dispositions de la directive 2014/24/UE du Parlement et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics doivent être interprétées dans le sens que " l'avis de marché doit indiquer la quantité et/ou la valeur estimée ainsi qu'une quantité et/ou valeur maximale des produits à fournir en vertu d'un accord-cadre et qu'une fois que cette limite aurait été atteinte, ledit accord-cadre aura épuisé ses effets " et que " l'indication de la quantité ou de la valeur maximale des produits à fournir en vertu d'un accord-cadre peut figurer indifféremment dans l'avis de marché ou dans le cahier des charges ".

6. Il résulte de l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne mentionné au point 5 que, pour tout appel à concurrence relatif à un marché destiné à être passé sous la forme d'un accord-cadre qui, eu égard à son montant, entre dans le champ d'application de cette directive, l'avis publié à cet effet doit comporter la mention du montant maximal en valeur ou en quantité que prévoit le pouvoir adjudicateur, cette indication pouvant figurer indifféremment dans l'avis de marché ou dans les documents contractuels mentionnés dans l'avis de marché et librement accessibles à toutes les personnes intéressées. Il n'en va différemment que pour les accords-cadres qui ne sont pas régis par cette directive, pour lesquels le décret du 23 août 2021, modifiant notamment les dispositions de l'article R. 2162-4 du code de la commande publique, a supprimé la possibilité de conclure un accord-cadre sans maximum, en différenciant, en son article 31, l'application de cette règle aux avis de marché publiés à compter du 1er janvier 2022 afin de ne pas porter une atteinte excessive aux intérêts privés et publics en cause.

7. D'une part, après avoir relevé, par une appréciation souveraine exempte de dénégation, que ni l'avis de marché, ni le cahier des clauses techniques particulières, ni aucune autre pièce du marché ne mentionnait la quantité ou la valeur maximale des produits à fournir dans le cadre du lot n° 1 de l'accord-cadre en litige, qui relève du champ d'application de la directive du 26 février 2014 mentionnée ci-dessus, et, d'autre part, après avoir souverainement estimé qu'en l'espèce, l'absence de cette information n'avait pas mis la société Coved à même de présenter une offre adaptée aux prestations maximales auxquelles elle pourrait être amenée à répondre, le juge du référé précontractuel du tribunal administratif de Bordeaux n'a pas inexactement qualifié les faits soumis à son appréciation en jugeant que la communauté de communes Convergence Garonne avait manqué à ses obligations de publicité et de mise en concurrence et que la société Coved avait pu être lésée par ce manquement et était ainsi fondée à demander l'annulation de la procédure de passation du lot en litige.

8. Il résulte de ce qui précède que la communauté de communes Convergence Garonne n'est pas fondée à demander l'annulation de l'ordonnance attaquée.

**Référence 5 : Conclusions du rapporteur public sur CE, 28 février 2020, Société Régale des Iles**

La société Régale des Iles, entreprise de restauration collective, évincée à plusieurs reprises des contrats irrégulièrement conclus par la commune de Saint-Benoit, à La Réunion, depuis 2014, pour la gestion du service de la restauration municipale, ne vous est pas inconnue. Vous avez par une décision du 24 mai 2017 (n° 407213, aux T), à son instigation, annulé la convention conclue par la commune en 2016 sans publicité ni mise en concurrence à la suite de l'annulation, toujours à son initiative, de la précédente convention qu'elle avait passée en suivant la procédure applicable aux délégations de service public alors qu'il s'agissait, comme l'a jugé le TA de La Réunion, d'un marché public de service. La CAA de Bordeaux, saisie d'un appel principal de la commune

dirigé contre le jugement en tant qu'il prononce l'annulation du contrat et d'un appel incident de la société Régal des Iles en tant qu'il rejette ses conclusions indemnitaires au titre de l'irrégularité de son éviction, a rejeté l'ensemble de ces conclusions. Elle a confirmé tant la qualification du contrat de marché et l'irrégularité subséquente de sa passation, qualification que vous aviez entre temps retenue, par la décision précitée, pour le nouveau contrat qui avait le même objet et des modalités de rémunération similaires, que l'absence tant de lien de causalité direct entre l'irrégularité commise et l'éviction de la société Régal des Iles que de chances sérieuses pour elle d'obtenir le marché.

Seule la société se pourvoit en cassation contre cet arrêt, pourvoi qui doit donc être regardé comme ne portant que sur le rejet de son appel incident. Vous n'aurez aucune difficulté à écarter son premier moyen, qui profite d'une rédaction quelque peu confuse de l'arrêt qui renvoie aux motifs d'irrégularité de la procédure de passation retenus par les premiers juges en indiquant, après avoir résumé les principaux arguments de la société, qu'elle ne les remettait pas utilement en cause.

Elle fait valoir qu'elle invoquait encore d'autres motifs d'irrégularité, mais, à supposer qu'ils fussent nouveaux, ces motifs n'auraient changé ni la nature de l'irrégularité de la passation, ni l'appréciation des droits de la requérante à indemnisation. Et la cour s'est expressément prononcée sur l'argument nouveau tiré de ce qu'elle avait obtenu un marché ultérieur.

Nous traiterons ensemble des trois moyens suivants qui critiquent sous les angles de l'insuffisance de motivation, de la dénaturation et de l'erreur de droit ou de qualification juridique les motifs par lesquels la cour a jugé que l'irrégularité commise n'était pas la cause directe de son éviction. Ils se recoupent largement car ils reviennent à contester, sur la forme et sur le fond, l'appréciation portée par la cour sur le lien de causalité entre l'irrégularité commise et son éviction.

Le cadre juridique des droits à indemnisation du candidat irrégulièrement évincé de l'attribution d'un contrat public vous est bien connu. Il a été posé par votre décision du 18 juin 2003, *Groupement d'entreprises solidaires ETPO Guadeloupe et autres* (n° 249630, T. pp. 865-909) en des termes dont nous citons le dernier état, issu de votre décision du 14 octobre 2019, *Société Les Téléskis de la Croix Fry* (n° 418317, aux T sur un autre point : "Lorsqu'un candidat à l'attribution d'un contrat public demande la réparation du préjudice né de son éviction irrégulière de ce contrat et qu'il existe un lien direct de causalité entre la faute résultant de l'irrégularité et les préjudices invoqués par le requérant à cause de son éviction, il appartient au juge de vérifier si le candidat était ou non dépourvu de toute chance de remporter le contrat. En l'absence de toute chance, il n'a droit à aucune indemnité. Dans le cas contraire, il a droit en principe au remboursement des frais qu'il a engagés pour présenter son offre. Il convient en outre de rechercher si le candidat irrégulièrement évincé avait des chances sérieuses d'emporter le contrat conclu avec un autre candidat. Si tel est le cas, il a droit à être indemnisé de son manque à gagner".

Contrairement à ce que pourrait laisser penser une lecture rapide de ces motifs, l'exigence de lien direct de causalité entre l'irrégularité et les préjudices invoqués n'est pas une condition distincte de la perte de chance qui sera indemnisée. Comme pour toute action en responsabilité tendant à la réparation d'un préjudice causé par une faute, les éléments constitutifs du droit à réparation sont intimement liés et indissociables : ainsi, la perte de chance d'obtenir le contrat n'est indemnisable qu'en tant qu'elle est la conséquence directe de l'irrégularité commise et dans la mesure

où elle l'est, ce qui explique la graduation du droit à indemnisation.

Lorsque le contrat ne pouvait, indépendamment de l'irrégularité commise, être attribué à la requérante, notamment parce que sa candidature ou son offre était irrégulière, la cause exclusive de son éviction est ce qui aurait de toutes façons fait obstacle à ce que le contrat lui soit attribué. C'est l'équivalent de la faute de la victime cause exclusive du dommage. Lorsque la candidature ou l'offre de la société évincée était régulière mais qu'elle n'établissait pas que si la procédure s'était régulièrement déroulée, elle aurait été l'attributaire du contrat, elle ne peut tout au plus se plaindre que de ce que l'irrégularité commise l'a privée de l'opportunité de voir son offre comparée aux autres ou régulièrement comparée, et de ce qu'elle a donc engagé inutilement des frais pour sa présentation, à condition toujours que l'irrégularité soit la cause directe de cette perte de chance, ce qui n'est pas le cas lorsque, par exemple, l'irrégularité n'a pu affecter ni la construction de son offre, ni la sélection de l'offre économiquement la plus avantageuse (CE, 10 février 2017, *sté Bancel*, n° 393720, aux T sur ce point).

Enfin, lorsqu'elle établit que sans l'irrégularité, elle aurait eu de grandes chances d'obtenir le contrat, le lien de causalité entre l'irrégularité et la perte des profits qu'elle aurait tiré de l'exécution du contrat est bien direct et peut être indemnisé. Même dans ce dernier cas, il ne conduit qu'à indemniser la perte de profits sur une période d'exécution garantie : minimum garanti dans le cas d'un marché à bons de commande (CE, 10 octobre 2018, *Société du Docteur Jacques Franc*, n°410501, aux T sur ce point); période ferme dans le cas d'un marché tacitement reconductible (CE, 2 décembre 2019, *Groupement de coopération sanitaire du Nord-Ouest Touraine*, n° 423936, aux T sur ce point). L'exigence d'un lien direct de causalité permet de relier chaque préjudice à l'irrégularité commise.

Le plus souvent, la mise en oeuvre de cette grille d'analyse conduit à apprécier l'incidence de la méconnaissance d'une ou plusieurs dispositions régissant la procédure de sélection des candidats sur leurs chances d'obtenir le contrat. L'analyse prospective qu'implique toute évaluation d'une chance est possible lorsqu'il ne s'agit que de corriger un élément d'une procédure qui, s'étant par ailleurs déroulée correctement, a produit des résultats pertinents sur lesquels le juge peut s'appuyer.

Elle est beaucoup plus difficile, voire impossible, lorsque comme en l'espèce, l'irrégularité affecte la totalité de la procédure suivie. Cette impossibilité, toutefois, ne touche pas nécessairement les trois degrés de l'appréciation de la perte de chance.

En effet, il peut arriver que, quelle que soit la procédure suivie, que ce soit celle applicable aux marchés publics ou aux concessions, la société évincée n'aurait eu absolument aucune chance, par exemple parce qu'elle est sous le coup de l'une des interdictions de candidater aux deux catégories de contrats, ou parce qu'il est évident qu'elle ne remplit pas les conditions professionnelles de capacité. Mais lorsque ce n'est pas le cas, lorsqu'il n'est pas possible d'affirmer avec certitude que la société évincée n'aurait pu se voir pour une cause qui lui est propre attribuer aucun contrat au terme de quelque procédure que ce soit, l'irrégularité affectant le choix de la procédure lui a toujours fait perdre une chance de participer à une procédure régulière et engager en vain des frais pour sa candidature. Il en irait d'ailleurs de même, sous réserve d'un éventuel partage de responsabilité, d'une irrégularité affectant l'objet même du contrat, qui n'aurait pas pu être passé.

En revanche, l'évaluation de la perte de chance d'obtenir le contrat au terme d'une procédure aussi radicalement différente que celle qui s'applique aux marchés publics lorsque la procédure suivie était celle applicable aux concessions nous semble effectivement impossible. La qualification du contrat implique des différences non seulement de procédure mais d'équilibre économique qui font obstacle à ce que l'offre remise dans le cadre de la procédure irrégulière puisse servir de base à une estimation de ses chances d'être retenues pour l'attribution d'un contrat relevant d'une autre catégorie contractuelle : pour ne citer que les différences les plus notables, d'autres candidatures auraient pu être présentées; la construction des offres n'aurait pas du tout été la même; les critères de choix non plus ; les possibilités de négociation ne sont pas les mêmes dans les différentes procédures. Il est déjà difficile de peser les chances respectives de candidats en faisant abstraction d'un sous-critère irrégulier. Essayer de reconstituer, à partir des données tirées des dossiers de candidatures à une procédure qui n'était pas la bonne, une procédure totalement différente, non seulement serait très compliqué mais obligerait le juge à faire les choix d'un acheteur, au demeurant fictif. L'impossibilité d'évaluer des chances sérieuses d'obtenir un contrat de nature différente ou soumis à une procédure complètement différente n'empêche donc pas de constater que l'irrégularité du choix de la procédure a conduit les candidats à présenter des offres en vain et donc à engager des frais dans une compétition qui ne pouvait aboutir par la faute de la personne publique.

Ainsi, la radicalité de l'irrégularité ouvre un champ large à l'indemnisation de la perte de chance simple et ferme probablement complètement celui de l'indemnisation de la perte sérieuse. Il en résulte que l'irrégularité tenant au choix de la procédure ne saurait conduire le juge à exclure par principe tout lien direct de causalité entre l'irrégularité et le préjudice provoqué par l'éviction, car la société aura le plus souvent perdu une chance simple. Comme vous l'avez jugé à propos du recours irrégulier à une procédure de dialogue compétitif pour l'attribution d'un marché public, par une décision *société Snidaro*, du 19 novembre 2018 (n° 413305, inédite), la juridiction qui s'abstient de vérifier si le recours irrégulier à une procédure était susceptible d'avoir eu une incidence sur l'éviction du candidat commet une erreur de droit.

Dans cette affaire, la cour avait fondé l'absence de lien direct de causalité sur la circonstance que la candidate avait remis une offre finale. Mais la même erreur entache l'arrêt qui, comme en l'espèce, ne recherche pas précisément quelle est l'incidence de l'irrégularité sur les préjudices subis par la société du fait de son éviction et rejette globalement ses demandes.

Ce n'est cependant pas une erreur de droit qui est soulevée mais une dénaturation sur l'appréciation de la perte de chance indemnisable. Comme nous l'avons dit, il apparaît très artificiel d'essayer de distinguer ce qui relèverait, en la matière, de l'analyse du lien de causalité et de la perte de chance et donc d'appliquer votre jurisprudence subtile, peut-être même trop subtile, qui laisse au pouvoir souverain des juges du fond l'appréciation de l'existence du lien de causalité (CE Sect., 28 juillet 1993, *Consorts Dubouloz*, n° 117449, au rec) mais soumet au contrôle de la qualification juridique des faits celle de son caractère direct (CE, 26 novembre 1993, *SCI Les jardins de Bibémus*, n° 108851, au rec), cela sur fond d'appréciation souveraine de la perte de chance (par analogie, CE, 24 janvier 2014, *Conseil supérieur de l'audiovisuel*, n° 351274, aux T, à propos de la perte de chance d'obtenir une autorisation d'exploiter un service de radiodiffusion sonore par voie hertzienne et CE 11 juillet 2011, *Audinot*, n° 328183, aux T, en matière de responsabilité hospitalière).

Nous serions donc assez enclins à vous proposer de laisser les juges du fond apprécier souverainement si l'irrégularité commise a fait perdre au candidat évincé une chance et si cette chance a été ou non sérieuse, l'erreur de droit étant par ailleurs à même d'appréhender les biais méthodologiques, comme l'illustrent les décisions précitées portant sur le lien de causalité.

Ainsi, la requérante aurait pu soulever l'erreur de droit à n'avoir pas recherché si l'irrégularité commise n'avait pas eu au moins pour conséquence de lui avoir fait engager en vain des frais de présentation de son offre. Mais vous pourriez accueillir son moyen de dénaturation à ne l'avoir pas indemnisé de ces frais, d'un montant de 4 000 euros, car dès lors qu'il n'était pas soutenu que sa candidature à un marché aurait nécessairement été rejetée, elle a certainement engagé ces frais en vain.

En revanche, pour les raisons que nous avons dites tenant à l'impossibilité d'évaluer ces chances dans une compétition aussi différente que celle devant aboutir à la conclusion d'un marché public au lieu d'une concession, la cour n'a certainement pas dénaturé les pièces du dossier en rejetant ses conclusions tendant à l'indemnisation d'une perte de chance sérieuse d'obtenir un tel marché.

La circonstance, dont se prévaut la requérante, qu'elle a été attributaire en 2017 d'un marché portant sur l'exploitation de la cuisine centrale de la commune, ne suffit pas, comme l'a jugé la cour sans encourir les critiques d'insuffisance de motivation, d'erreur de qualification juridique ou de dénaturation qui lui sont faites, à établir qu'elle avait des chances sérieuses d'obtenir le marché.

Non parce que cette circonstance est postérieure à son éviction, votre décision du 26 mars 2018, *Société Balineau* (n° 401060, aux T), par laquelle vous avez tenu compte d'un nouveau marché obtenu par la candidate évincée pour apprécier l'existence de son préjudice, montrant au contraire que ce ne serait pas un obstacle, mais parce qu'au regard du très haut degré de probabilité auquel est subordonnée la reconnaissance d'une perte de chance sérieuse d'obtenir le marché, l'obtention plusieurs années plus tard d'un marché ayant le même objet ne suffit pas à établir qu'elle l'aurait très probablement obtenu compte tenu de l'offre qu'elle avait faite pour l'attribution d'une concession et certainement pas que les juges du fond ont dénaturé les pièces du dossier en estimant qu'elle ne l'établissait pas.

Si vous nous suivez pour considérer que la cour a seulement dénaturé les pièces du dossier en rejetant les conclusions tendant à la condamnation de la commune de Saint-Benoît à indemniser la requérante de ses frais de candidature, vous annulerez l'arrêt en tant qu'il a statué sur ces conclusions, qui étaient bien identifiées et chiffrées spécifiquement, renverrez l'affaire dans cette mesure à la CAA de Bordeaux et rejetterez le surplus de conclusions du pourvoi, à l'exception de celles relatives aux frais de l'instance, auxquelles vous pourrez faire droit en mettant à la charge de la commune le versement à la société Régal des Îles d'une somme de 3 000 euros. Tel est le sens de nos conclusions.

**Référence 6 : CE, 28 février 2020, Société Régal des Îles, n°426162**

*Vu la procédure suivante :*

La société Régal des Îles a demandé au tribunal administratif de La Réunion d'annuler le contrat de délégation de service public relatif à la gestion du service de restauration municipale, conclu le 8 janvier 2014 par la commune de Saint-Benoît avec la société Gestion des Cuisines Centrales Réunion, et de condamner la

commune à lui verser la somme de 8 758 890 euros en réparation des préjudices subis du fait de son éviction. Par un jugement n° 1400212 du 31 mars 2016, rectifié par une ordonnance du 13 juin 2016, le tribunal administratif de La Réunion a prononcé la résiliation du contrat, qu'elle a requalifié en marché public, à compter du premier jour du sixième mois suivant la notification de son jugement et rejeté le surplus des conclusions de la société. Par un arrêt n° 16BX02772 du 8 octobre 2018, la cour administrative d'appel de Bordeaux a rejeté l'appel principal et l'appel incident formés contre ce jugement, respectivement par la commune de Saint-Benoît et la société Régal des Îles. Par un pourvoi sommaire et un mémoire complémentaire, enregistrés les 10 décembre 2018 et 11 mars 2019 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, la société Régal des Îles demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler cet arrêt en tant qu'il a rejeté son appel incident ;  
2°) réglant l'affaire au fond, de faire droit à ses conclusions d'appel ;  
3°) de mettre à la charge de la commune de Saint-Benoît la somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Vu :

- le code des marchés publics ;
- le code de justice administrative ;

*Considérant ce qui suit :*

1. Il ressort des pièces du dossier du dossier soumis aux juges du fond que la commune de Saint-Benoît a, par un avis d'appel public à la concurrence publié le 30 juillet 2013, lancé une procédure ouverte de passation d'une convention de délégation de service public pour la gestion de son service de restauration municipale. Par une lettre du 2 décembre 2013, la société Régal des Îles a été informée par le maire de cette commune que son offre n'avait pas été retenue. La société Régal des Îles a présenté devant le tribunal administratif de La Réunion un recours en contestation de la validité de ce contrat, conclu le 8 janvier 2014 par la commune de Saint-Benoît avec la société SOGECCIR, assorti d'une demande indemnitaire d'un montant de 8 758 890 euros en réparation de son préjudice résultant, d'une part, de son manque à gagner sur dix ans et, d'autre part, des frais engagés pour la présentation de son offre. Par un jugement du 31 mars 2016, rectifié par une ordonnance du 13 juin 2016, le tribunal administratif de La Réunion, après avoir requalifié le contrat litigieux en marché public et estimé que celui-ci était affecté de plusieurs vices présentant un caractère d'une particulière gravité, a prononcé la résiliation du contrat à compter du premier jour du sixième mois suivant la notification du jugement et rejeté le surplus de sa demande. Par l'arrêt du 8 octobre 2018, la cour administrative d'appel de Bordeaux a rejeté l'appel principal et l'appel incident formés contre ce jugement, respectivement, par la commune de Saint-Benoît et la société Régal des Îles. Cette dernière se pourvoit en cassation contre cet arrêt en tant qu'il a rejeté ses conclusions d'appel incident tendant à la condamnation de la commune à lui verser une somme de 8 758 890 euros.

2. Lorsqu'un candidat à l'attribution d'un contrat public demande la réparation du préjudice né de son éviction irrégulière de ce contrat et qu'il existe un lien direct de causalité entre la faute résultant de l'irrégularité et les préjudices invoqués par le requérant à cause de son éviction, il appartient au juge de vérifier si le candidat était ou non dépourvu de toute chance de remporter le contrat. En l'absence de toute chance, il n'a droit à aucune indemnité. Dans le cas contraire, il a droit en principe au remboursement des frais qu'il a engagés pour présenter son offre. Il convient en outre de rechercher si le candidat irrégulièrement évincé avait des chances sérieuses d'emporter le contrat conclu avec un autre candidat. Si tel est le cas, il a droit à être indemnisé

de son manque à gagner, incluant nécessairement, puisqu'ils ont été intégrés dans ses charges, les frais de présentation de l'offre, lesquels n'ont donc pas à faire l'objet, sauf stipulation contraire du contrat, d'une indemnisation spécifique. En revanche, le candidat ne peut prétendre à une indemnisation de ce manque à gagner si la personne publique renonce à conclure le contrat pour un motif d'intérêt général.

3. Il ressort des énonciations de l'arrêt attaqué que, par des motifs non contestés dans le cadre du présent pourvoi, la cour administrative d'appel de Bordeaux a requalifié le contrat de délégation de service public en marché public et a relevé que ce contrat, conclu sans que le contenu et les conditions de mise en oeuvre des critères de sélection des offres n'aient été définis et sans publication d'un avis d'attribution de niveau européen, était affecté de plusieurs vices présentant un caractère d'une particulière gravité.

4. Il ressort des pièces du dossier qui lui était soumis que la cour n'a pas commis d'erreur de droit ni dénaturé les pièces du dossier en estimant que les irrégularités mentionnées ci-dessus n'avaient pas privé la société Régal des Îles d'une chance sérieuse d'emporter le marché en litige, alors même que cette société a, postérieurement à la résiliation du contrat en litige, conclu avec la commune de Saint-Benoît un marché public pour la gestion du service de restauration municipale. La cour, qui a suffisamment motivé son arrêt, n'a pas davantage méconnu la portée des écritures de la requérante sur ce point.

5. En revanche, il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que la société Régal des Îles a été admise à présenter une offre dans le cadre de la procédure de conclusion du contrat de délégation en litige, que cette offre a été classée en deuxième position et, ainsi qu'il vient d'être dit, que la société requérante s'est vue attribuer le marché public pour la gestion du service de restauration municipale de la commune de Saint-Benoît. Dans ces conditions, la cour administrative d'appel de Bordeaux a dénaturé les pièces du dossier en estimant, pour rejeter les conclusions indemnitaires de la société Régal des Îles au titre des frais qu'elle a engagés pour présenter son offre, que le recours irrégulier à la procédure de passation des délégations de service public par la commune de Saint-Benoît n'était pas susceptible d'avoir eu une incidence sur l'éviction de la société Régal des Îles et que celle-ci était dépourvue de toute chance d'obtenir ce marché.

6. Il résulte de ce qui précède que la société Régal des Îles est fondée à demander l'annulation de l'arrêt qu'elle attaque en tant seulement qu'il a rejeté ses conclusions, présentées par la voie de l'appel incident, tendant à l'indemnisation des frais engagés pour la présentation de son offre.