

# Référé suspension : urgence à suspendre un marché conclu de gré à gré pour des motifs techniques non justifiés !

CE 10 octobre 2018, CIREST, req.n°419406

Le Conseil d'Etat donne des indications intéressantes sur trois points : (I) sur les modalités d'appréciation de la condition d'urgence à suspendre l'exécution d'un marché public, (II) sur les motifs techniques qui autorisent la passation d'un marché public sans publicité ni mise en concurrence et enfin (III) sur les risques d'opter pour une durée excessive du marché.

## **Enseignement n°1 : nouvelles précisions sur les modalités d'appréciation de la condition d'urgence à suspendre l'exécution d'un marché public**

Pour rappel, dans son arrêt du 18 septembre 2017, M.H et autres, le Conseil d'Etat a déjà eu l'occasion de rappeler que la condition d'urgence doit être appréciée uniquement au regard des conséquences de l'exécution du contrat dont la suspension est demandée et non au regard des éventuelles irrégularités qui peuvent entacher sa procédure de passation (CE 18 septembre 2017, M.H et autres, req.n°408894).

Comme le souligne le Rapporteur public Gilles Pellissier dans ses conclusions sur cet arrêt du Conseil d'Etat « *Le coût du marché pour la collectivité n'est pas étranger à l'urgence à condition qu'il soit appréhendé non pas en lui-même mais au regard des conséquences de l'exécution immédiate dont la suspension est demandée* ». Dans cette affaire, les membres de l'assemblée délibérante contestaient le montant de l'opération de travaux qui selon eux, dépassait « *les prévisions initiales* » du projet. Les requérants considéraient qu'il y avait, de ce fait, urgence à suspendre l'exécution du contrat au regard des impacts sur les finances locales. Sur la base de cet argumentaire, le Conseil d'Etat a pu considérer que le dépassement d'environ 17% par l'opération de l'estimation initiale n'impactait pas de manière suffisamment grave les finances locales et qu'il n'y avait donc pas urgence à suspendre le contrat.

Dans son arrêt du 10 octobre 2018, le Conseil d'Etat donne de nouvelles précisions sur les éléments qui peuvent être pris en considération par le juge du référé suspension pour apprécier la condition d'urgence à suspendre l'exécution d'un marché public. Dans cette nouvelle affaire, le Conseil d'Etat juge au contraire que la suspension du marché est fondée dès lors qu'il a été conclu pour un montant de 243 millions d'euros en constatant qu'un tel montant affecte de façon substantielle les finances du syndicat en créant, à brève échéance, une situation difficilement réversible si les investissements liés à l'exécution du marché sont réalisés.

On remarquera que contrairement à l'arrêt du 18 septembre 2017, la Haute juridiction ne compare plus le pourcentage du montant des prestations par rapport aux finances locales mais se garde une marge d'appréciation sous le vocable « substantiel ». En outre, le Conseil d'Etat tient également compte des conséquences indemnitaires d'une éventuelle annulation ou résiliation du contrat par le juge du fond sur les finances du syndicat dès lors que les investissements liés à l'exécution du marché seraient certainement déjà réalisés le jour où le juge du fond serait amené à statuer. Pour toutes ces raisons, le Conseil d'Etat considère que ces circonstances caractérisent une atteinte grave et immédiate aux intérêts du syndicat et caractérise une situation d'urgence.

## **Enseignement n°2 : la passation d'un marché négocié sans publicité ni mise en concurrence pour des raisons techniques ne doit pas résulter d'une négligence de l'acheteur public**

Aux termes de l'article 30-I du décret du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics, les acheteurs publics peuvent passer un marché public négocié sans publicité ni mise en concurrence préalables lorsque par exemple les travaux, fournitures ou services ne peuvent être fournis que par un opérateur économique déterminé notamment pour des raisons techniques. Toutefois, il est précisé que ces raisons ne peuvent trouver à s'appliquer que lorsqu'il n'existe aucune solution alternative ou de remplacement raisonnable et que l'absence de concurrence ne résulte pas d'une restriction artificielle des caractéristiques du marché public.

La possibilité de recourir à la procédure de passation d'un marché négocié sans publicité ni mise en concurrence préalables a toujours été très limitée. Cette procédure ne s'applique qu'à des cas dans lesquels on peut considérer qu'il serait inutile d'inviter des opérateurs économiques à soumissionner en raison du fait qu'il n'existe qu'un seul opérateur en mesure de fournir la prestation particulière demandée pour des raisons techniques. En conséquence, en cas de contentieux, l'acheteur qui décide malgré tout de recourir à cette procédure dérogatoire doit être en mesure d'apporter au juge la preuve que l'entreprise qui a été retenue est la seule capable de réaliser les prestations du marché de sorte que la mise en concurrence ne servait à rien.

En revanche, dès lors que plusieurs opérateurs économiques sont susceptibles de fournir les prestations requises, qu'il ne peut pas être démontré que ces prestations ne peuvent être assurées que par le titulaire du marché en cours ou qu'il n'est pas établi qu'elles n'auraient pas pu être exécutées par d'autres opérateurs avec des compétences et des moyens techniques équivalents, en vue de résultats comparables, il n'est pas envisageable de mettre en œuvre la procédure négociée prévue par l'article 30-I du décret du 25

mars 2016.

Dans son arrêt du 10 octobre 2018, le Conseil d'Etat confirme que les motifs d'ordre techniques permettant de recourir à la procédure négociée sans publicité ni mise en concurrence préalable restent d'interprétation stricte sous l'empire de la nouvelle réglementation et que le non-respect des conditions requises par les textes est un moyen sérieux de nature à justifier la cessation de son exécution et son annulation.

En l'espèce, l'avis d'attribution du marché mettait en avant un risque de saturation de l'installation de stockage des déchets non dangereux dès 2020 et le fait que la société attributaire, qui avait obtenu un permis de construire et une autorisation d'exploiter portant sur un centre de valorisation des déchets non dangereux, était le seul opérateur en capacité de répondre aux besoins du SYDNE et d'apporter une solution de tri et de valorisation des déchets non dangereux pouvant être mise en œuvre courant 2019. Ce motif est sanctionné par le Conseil d'Etat<sup>1</sup> qui relève « *que compte tenu des flux actuels d'enfouissement des déchets et des capacités de l'installation de stockage, celle-ci ne devrait pas être saturée avant la fin de 2021 ; que l'objectif tenant à ce que l'exploitation du nouveau centre de traitement des déchets soit effective au plus tard en septembre 2019 est lié à la circonstance que l'autorisation délivrée à la société [attributaire] par un arrêté préfectoral du 15 septembre 2016 est susceptible d'être frappée de caducité au terme d'un délai de trois ans ; qu'il n'apparaît pas qu'aucun autre opérateur économique n'aurait pu se manifester si le calendrier retenu par le SYDNE avait été différent* ». Le recours à la procédure négociée sans publicité ni mise en concurrence préalable est donc censuré dès lors que c'est le calendrier choisi par le pouvoir adjudicateur lui-même qui est à l'origine des obstacles techniques fondant la mise en œuvre de cette procédure d'exception.

## **Enseignement n°3 : une durée excessive du marché peut justifier la suspension et l'annulation du contrat**

L'article 16-I du décret du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics rappelle que sous réserve des dispositions relatives à la durée maximale de certains marchés publics, la durée d'un marché public est fixée en tenant compte de la nature des prestations à réaliser et de la nécessité d'une remise en concurrence périodique. Dans son arrêt du 10 octobre 2018, le Conseil d'Etat précise qu'une durée excessive d'un marché public de services non justifié est un moyen sérieux de nature à justifier la cessation de son exécution et son annulation. L'irrégularité tirée de la durée excessive d'un tel marché peut être invoquée dans le cadre d'une action au fond en contestation de la validité du contrat, que ce soit par un candidat évincé, un élu de l'opposition ou bien le Préfet dans le cadre de son contrôle de légalité.

Il est certain qu'une durée excessive peut être de nature à empêcher tout renouvellement périodique d'un contrat et donc à restreindre la liberté d'accès à la commande publique ou fausser le libre jeu de la concurrence entre les opérateurs économiques. Outre le risque de suspension et/ou d'annulation du contrat, le moyen tiré de la durée excessive d'un marché est également susceptible d'engager la responsabilité de l'acheteur public au regard de ses effets anticoncurrentiels. Il appartient en effet aux acheteurs publics d'adopter des comportements conformes aux dispositions des articles L 420-1 et L 420-2 du Code de commerce (CE 26 mars 1999, Sté EDA, AJDA 1999, p.427) mais également de ne pas participer ou de ne pas consacrer par ses décisions l'existence de comportements anticoncurrentiels (CE 3 novembre 1997, Sté Million et Marais, rec.p.406, TA Rouen 28 avril 2000, Entreprise Jean Lefebvre Normandie, req.n°000697, AJDA 2000, p.842).

Le juge administratif est compétent pour sanctionner les pratiques ayant pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence, de même que des comportements abusifs d'un acheteur public ayant pour objet de porter atteinte au principe de liberté d'accès à la commande publique et/ou de favoriser directement ou indirectement des pratiques anticoncurrentielles (TA Bastia, 6 février 2003, SARL Autocars Mariani, req.n°1000231, CE 3 novembre 1997, Société Million et Marais, Rec. 406 concl. J.-H. Stahl). Or, en attribuant un marché public à un opérateur économique pour une durée excessive sans rapport avec l'objet ou les conditions d'exécution du marché, l'acheteur public participe directement et consciemment à la constitution d'une pratique anticoncurrentielle qui est de nature à engager sa responsabilité. Un pouvoir adjudicateur qui fausse le jeu de la concurrence est susceptible d'engager sa responsabilité et cela y compris lorsqu'elle n'est pas l'auteur de la pratique anticoncurrentielle incriminée (CAA Paris 4 décembre 2003, Sté d'équipement de Tahiti et des îles, req.n°00PA02740 : « *Considérant, enfin, que s'il appartient à l'autorité administrative affectataire de dépendances du domaine public de gérer celles-ci tant dans l'intérêt du domaine et de son affectation que dans l'intérêt général, il lui incombe en outre, lorsque, conformément à l'affectation de ces dépendances, celles-ci sont le siège d'activités de production, de distribution ou de services, de prendre en considération le principe de liberté du commerce et de l'industrie ainsi que les règles de concurrence dans le cadre desquelles s'exercent ces activités* »). Dans sa décision n°98-D-52 du 7 juillet 1998 relative à des pratiques relevées dans le secteur du mobilier urbain, l'Autorité de la concurrence a pu considérer, avant qu'il ne soient requalifiés en concessions de services, comme excessive une durée de marché supérieure à 12 ans (Cons.conc.D n°98-D-52 du 7 juillet 1998-également Cons.conc.D n°05-D-36 du 30 juin 2005).

1. Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis au juge des référés que le syndicat mixte de traitement des déchets du Nord et de l'Est (SYDNE) a conclu, le 10 novembre 2017, avec la société Inovert, sans publicité ni mise en concurrence préalables, un marché de services de tri, traitement, stockage et enfouissement des déchets non dangereux, pour un montant de 243 millions d'euros et une durée de quinze ans ; que la communauté intercommunale Réunion Est (CIREST), membre du SYDNE, et son président M. Virapoullé, premier vice-président du comité syndical du SYDNE, ont présenté un recours en contestation de la validité de ce marché devant le tribunal administratif de La Réunion ; qu'ils ont également présenté, devant le juge des référés de ce tribunal, sur le fondement de l'article L. 521-1 du code de justice administrative, une demande de suspension de l'exécution du marché et de communication de l'ensemble des documents contractuels ; que le juge des référés du tribunal administratif de La Réunion a rejeté cette demande par une ordonnance du 13 février 2018 contre laquelle la CIREST et M. Virapoullé se pourvoient en cassation ;
2. Considérant qu'aux termes de l'article L. 521-1 du code de justice administrative : " Quand une décision administrative, même de rejet, fait l'objet d'une requête en annulation ou en réformation, le juge des référés, saisi d'une demande en ce sens, peut ordonner la suspension de l'exécution de cette décision, ou de certains de ses effets, lorsque l'urgence le justifie et qu'il est fait état d'un moyen propre à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité de la décision (...) " ; que, lorsque le tribunal administratif est saisi d'une demande contestant la validité d'un contrat, le juge des référés peut être saisi, sur ce fondement, d'une demande tendant à la suspension de son exécution ; que lorsque l'urgence le justifie et qu'il est fait état d'un moyen propre à faire naître un doute sérieux quant à la validité de ce contrat et à conduire à la cessation de son exécution ou à son annulation, eu égard aux intérêts en présence, il peut ordonner la suspension de son exécution ;
3. Considérant qu'il ressort des énonciations de l'ordonnance attaquée qu'après avoir relevé que le comité syndical du SYDNE avait, par une délibération du 9 novembre 2017, autorisé son président à signer le contrat litigieux au vu d'un rapport qui ne comportait pas le prix du marché et sans disposer du projet de contrat ni d'aucun document préparatoire ou annexe, et sans pouvoir, en conséquence, appréhender la totalité des modalités d'exécution et les risques financiers de ce contrat, le juge des référés s'est fondé sur la circonstance qu'un tel vice, alors même qu'il serait de nature à entraîner l'annulation du contrat, était au nombre de ceux qui peuvent être régularisés par l'adoption d'une nouvelle délibération, pour en déduire qu'il n'était pas de nature à susciter un doute sérieux quant à la légalité du marché en litige ; qu'en jugeant ainsi qu'un vice affectant les conditions dans lesquelles la personne publique a donné son consentement à être liée par un contrat ne saurait conduire à sa suspension, au seul motif qu'il est susceptible d'être régularisé et n'est donc pas de nature à entraîner inéluctablement l'annulation du contrat, le juge des référés a entaché son ordonnance d'erreur de droit ; que, par suite, les requérants sont fondés, sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens du pourvoi, à en demander l'annulation ;
4. Considérant que, dans les circonstances de l'espèce, il y a lieu, en application de l'article L. 821-2 du code de justice administrative, de régler l'affaire au titre de la procédure de référé engagée ;

Sur la recevabilité de la demande :

5. Considérant, d'une part, que les membres de l'organe délibérant de la collectivité territoriale ou du groupement de collectivités territoriales qui a conclu un contrat administratif sont recevables à former devant le juge du contrat un recours de pleine juridiction contestant la validité de celui-ci, dès lors que ce recours est exercé dans un délai de deux mois à compter de l'accomplissement des mesures de publicité appropriées relatives à sa conclusion, et peuvent l'assortir d'une demande tendant, sur le fondement de l'article L. 521-1 du code de justice administrative, à la suspension de son exécution ; que M. Virapoullé, membre du comité syndical du SYDNE, est, par suite, recevable à demander la suspension du marché conclu par le SYDNE ;
6. Considérant, d'autre part, que tout tiers à un contrat administratif susceptible d'être lésé dans ses intérêts de façon suffisamment directe et certaine par sa passation ou ses clauses est également recevable à former un tel recours et à l'assortir d'une demande tendant à la suspension du contrat ; qu'il ressort des pièces du dossier que la CIREST et la communauté intercommunale du Nord de la Réunion ont constitué, en 2014, le SYDNE pour exercer leurs compétences en matière de traitement des déchets ; que la CIREST finance une part importante du budget du SYDNE, en fonction notamment du tonnage de déchets traités ; que la passation du marché, compte tenu notamment de son montant et de sa durée, est susceptible de la léser dans ses intérêts de façon directe et certaine ; qu'ainsi, la fin de non recevoir soulevée par la société Inovert à l'encontre du SYDNE doit être écartée ;

Sur l'urgence :

7. Considérant qu'ainsi qu'il a été dit au point 1, le marché dont la suspension est demandée a été conclu pour un montant de 243 millions d'euros et une durée de quinze ans afin de permettre la mise en oeuvre de l'objet statutaire du syndicat, dont il engage une part importante des ressources ; qu'il implique que soient entrepris dans un bref délai les travaux de construction d'un centre de valorisation des déchets, pour lequel la société Inovert a parallèlement obtenu une autorisation préfectorale au titre de la législation sur les installations classées pour la protection de l'environnement ; que l'exécution du marché risque ainsi d'affecter de façon substantielle les finances du SYDNE et est susceptible de créer, à brève échéance, une situation difficilement réversible ; que les requérants soutiennent en outre, sans être sérieusement contestés, que les conséquences indemnitaires d'une annulation ou d'une résiliation du contrat par le juge du fond

seraient d'autant plus graves pour les finances du syndicat que les investissements liés à l'exécution du marché auraient déjà été réalisés ; que ces circonstances caractérisent une atteinte grave et immédiate aux intérêts du SYDNE dont peuvent se prévaloir tant M. Virapoullé que, dans les circonstances de l'espèce, la CIREST ;

8. Considérant, par ailleurs, qu'il ne résulte pas de l'instruction que le site actuel de stockage des déchets arriverait à saturation dans un délai tel que la suspension du marché contesté porterait une atteinte grave et immédiate à un intérêt public ;
9. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que la condition d'urgence prévue par l'article L. 521-1 du code de justice administrative doit être regardée comme remplie ;

Sur l'existence d'un moyen propre à faire naître un doute sérieux quant à la légalité du contrat et à conduire à la cessation de son exécution ou à son annulation :

10. Considérant qu'aux termes du I de l'article 30 du décret du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics : " Les acheteurs peuvent passer un marché public négocié sans publicité ni mise en concurrence préalables dans les cas suivants : (...) / 3° Lorsque les travaux, fournitures ou services ne peuvent être fournis que par un opérateur économique déterminé, pour l'une des raisons suivantes : (...) / b) Des raisons techniques. (...) / Les raisons mentionnées aux b et c ne s'appliquent que lorsqu'il n'existe aucune solution alternative ou de remplacement raisonnable et que l'absence de concurrence ne résulte pas d'une restriction artificielle des caractéristiques du marché public " ;
11. Considérant, en premier lieu, que, pour justifier le recours à une procédure de négociation sans publicité ni mise en concurrence, l'avis d'attribution du marché se fonde sur un risque de saturation de l'installation de stockage des déchets non dangereux dès 2020 et sur le fait que la société Inovert, qui a obtenu un permis de construire et une autorisation d'exploiter portant sur un centre de valorisation des déchets non dangereux, serait le seul opérateur en capacité de répondre aux besoins du SYDNE et d'apporter une solution de tri et de valorisation des déchets non dangereux pouvant être mise en oeuvre courant 2019 ; qu'il résulte toutefois de l'instruction que compte tenu des flux actuels d'enfouissement des déchets et des capacités de l'installation de stockage, celle-ci ne devrait pas être saturée avant la fin de 2021 ; que l'objectif tenant à ce que l'exploitation du nouveau centre de traitement des déchets soit effective au plus tard en septembre 2019 est lié à la circonstance que l'autorisation délivrée à la société Inovert par un arrêté préfectoral du 15 septembre 2016 est susceptible d'être frappée de caducité au terme d'un délai de trois ans ; qu'il n'apparaît pas qu'aucun autre opérateur économique n'aurait pu se manifester si le calendrier retenu par le SYDNE avait été différent ; que, par suite, le moyen tiré de ce qu'il existait une solution alternative ou de remplacement raisonnable, de ce que l'absence de concurrence résultait d'une restriction artificielle des caractéristiques du marché public et de ce que, par voie de conséquence, le SYDNE, en passant le marché sans publicité ni mise en concurrence, a méconnu les dispositions de l'article 30 du décret est de nature, en l'état de l'instruction, à créer un doute sérieux sur sa validité et à conduire à la cessation de son exécution ou à son annulation ;
12. Considérant, en second lieu qu'aux termes du I de l'article 16 du décret du 25 mars 2016 : " Sous réserve des dispositions de l'ordonnance du 23 juillet 2015 susvisée et du présent décret relatives à la durée maximale de certains marchés publics, la durée d'un marché public est fixée en tenant compte de la nature des prestations et de la nécessité d'une remise en concurrence périodique " ; qu'eu égard à la circonstance que le contrat litigieux est un marché de services, au terme duquel le centre de tri qui doit être réalisé par la société Inovert n'est pas destiné à faire retour à la collectivité, le moyen tiré de ce que sa durée, fixée à quinze ans, méconnaît ces dispositions, est également de nature, en l'état de l'instruction, à créer un doute sérieux sur la validité du marché et à conduire à la cessation de son exécution ou à son annulation ;
13. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que la CIREST et M. Virapoullé sont fondés à demander la suspension de l'exécution du marché de services de tri, traitement, stockage, enfouissement et valorisation des déchets non dangereux au centre de valorisation des déchets situé sur la commune de Sainte-Suzanne, signé le 10 novembre 2017 ;

Sur les autres conclusions de la demande :

14. Considérant que la communication aux requérants de certains documents contractuels dont ils soutiennent n'avoir pu obtenir connaissance ne se révélant pas nécessaire dans le cadre de la présente instance, les conclusions de la CIREST et de M. Virapoullé tendant à ce qu'il soit enjoint au SYDNE de les leur communiquer ne peuvent qu'être rejetées ;
15. Considérant, enfin, que le mémoire complémentaire de la CIREST et de M. Virapoullé ne contient pas d'imputation à caractère injurieux, outrageant ou diffamatoire, au sens des dispositions de l'article L. 741-2 du code de justice administrative, de nature à en faire prononcer la suppression ; qu'il n'y a pas lieu, par suite de faire droit aux conclusions de la société Inovert tendant à une telle suppression ;
16. Considérant qu'il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge du SYDNE et de la société Inovert la somme de 2 000 euros chacun à verser à la CIREST et à M. Virapoullé au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

DECIDE :

Article 1er : L'ordonnance du 13 février 2018 du juge des référés du tribunal administratif de La Réunion est annulée.

Article 2 : L'exécution du marché de services de tri, traitement, stockage, enfouissement et valorisation des déchets non dangereux au centre de valorisation des déchets situé sur la commune de Sainte-Suzanne, signé le 10 novembre 2017, est suspendue.

Article 3 : Le syndicat mixte de traitement des déchets du Nord et de l'Est et la société Inovert verseront à la communauté intercommunale Réunion Est et à M. Virapoullé une somme de 2 000 euros chacun au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 4 : Le surplus des conclusions de la communauté intercommunale Réunion Est et de M. Virapoullé est rejeté.

Article 5 : Les conclusions de la société Inovert et du syndicat mixte de traitement des déchets du Nord et de l'Est tendant à l'application de l'article L. 741-2 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 6 : La présente décision sera notifiée à la communauté intercommunale Réunion Est, à M. A...Virapoullé, au syndicat mixte de traitement des déchets du Nord et de l'Est et à la société Inovert.

---

## Calcul des préjudices subis pour les marchés à bons de commande avec et sans minimum

**CE 10 octobre 2018, Sté du Docteur Jacques Franc, req.n°410501**

Si le titulaire d'un marché résilié irrégulièrement peut prétendre à être indemnisé de la perte du bénéfice net dont il a été privé, il lui appartient d'établir la réalité de ce préjudice. Cet arrêt donne l'occasion de déterminer les modalités d'indemnisation des préjudices subis dans le cas d'un marché à bons de commande qu'ils comportent un minimum en valeur ou en quantité ou pas.

### **Enseignement n°1 : comment déterminer les préjudices subis dans les marchés à bons de commande ?**

Dans un arrêt en date du 10 octobre 2018, Sté du Docteur Jacques Franc, le Conseil d'Etat vient de considérer que dans l'hypothèse d'un marché à bons de commande irrégulièrement résilié qui comporte un minimum en valeur ou en quantité, le manque à gagner revêt un caractère certain en ce qui concerne ce minimum garanti.

Le Conseil d'Etat prend néanmoins le soin de préciser que cette règle ne concerne que l'hypothèse où le titulaire n'est pas en mesure d'établir la réalité de ses préjudices au-delà du minimum.

**Si tel est le cas**, alors le Conseil d'Etat pose comme règle de principe que le titulaire est en droit d'être indemnisé de l'intégralité des préjudices dont il arrive à établir la réalité « 3. **Considérant que si le titulaire d'un marché résilié irrégulièrement peut prétendre à être indemnisé de la perte du bénéfice net dont il a été privé, il lui appartient d'établir la réalité de ce préjudice** ; que dans le cas d'un marché à bons de commande dont les documents contractuels prévoient un minimum en valeur ou en quantité, le manque à gagner ne revêt un caractère certain qu'en ce qu'il porte sur ce minimum garanti »

Pour le dire autrement :

- **Dans l'hypothèse d'un marché à bons de commande irrégulièrement résilié qui comporte un minimum en valeur ou en quantité** : le titulaire est en droit de réclamer « **à minima** » le manque en gagner calculé sur la base du minimum garanti dès lors que ce minimum permet d'établir la réalité des préjudices.
- **Dans l'hypothèse d'un marché à bons de commande irrégulièrement résilié qui ne comporte pas un minimum en valeur ou en quantité** : le titulaire est en droit de réclamer le manque en gagner de tous les préjudices subis dès lors que, comme l'indique le Conseil d'Etat, il est en mesure d'établir la réalité de ses préjudices. Cela afin, que ses préjudices puissent présenter un caractère certain.

**Cette règle de droit posée par le Conseil d'Etat s'applique donc à tous les marchés à bon de commandes avec et sans minimum. Elle a également vocation à s'appliquer aux candidats évincés d'une procédure d'attribution d'un contrat public.**

### **Enseignement n°2 : les documents et renseignements utilisés par le juge administratif pour déterminer les préjudices subis**

Le Conseil d'Etat considère que pour établir le taux de marge nette, le juge administratif est en droit de se référer aux résultats des

quatre exercices précédant la résiliation du marché. Le juge administratif admet également que l'attestation établi par un Commissaire aux Comptes ou par un expert comptable traduisent de manière sérieuse et fiables les éléments de la comptabilité du requérant pour établir la réalité des préjudices subis (CE 31 juillet 2009, Monsieur Xavier A, req.n°290971- CAA Nancy, 28 novembre 2013, office public Metz Habitat Territoire, req. n°13NC00967

---

**Conseil d'État**  
**N°410501**  
**Lecture du lundi 10 octobre 2018**  
**REPUBLIQUE FRANCAISE**  
**AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS**

1. Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que, par un marché à bons de commande signé le 1er mars 2010, le centre hospitalier de Vendôme a confié à la société du docteur Jacques Franc l'interprétation des clichés radiographiques réalisés au sein de l'hôpital sur prescription des praticiens de celui-ci ; que, par une décision du 17 mars 2011, le centre hospitalier a résilié ce marché aux frais et risques de la société requérante au motif que celle-ci aurait manqué à plusieurs de ses obligations contractuelles ; que, par un jugement avant dire droit du 14 février 2013, le tribunal administratif d'Orléans a jugé irrégulière cette résiliation ; que, par un second jugement du 26 février 2015, le même tribunal a condamné le centre hospitalier de Vendôme à verser à la société la somme de 94 422 euros au titre du manque à gagner subi du fait de la résiliation ; que, par un arrêt du 15 mars 2017 contre lequel la société se pourvoit en cassation, la cour administrative d'appel de Nantes a augmenté cette somme de 3 000 euros et a rejeté le surplus des conclusions d'appel de cette société ;
2. Considérant, en premier lieu, qu'aux termes de l'article 77 du code des marchés publics, alors applicable : " I. - Un marché à bons de commande est un marché conclu avec un ou plusieurs opérateurs économiques et exécuté au fur et à mesure de l'émission de bons de commande. (...) / Dans ce marché le pouvoir adjudicateur a la faculté de prévoir un minimum et un maximum en valeur ou en quantité, ou un minimum, ou un maximum, ou encore être conclus sans minimum ni maximum./ L'émission des bons de commande s'effectue sans négociation ni remise en concurrence préalable des titulaires, selon des modalités expressément prévues par le marché. / (...) III. - Pour des besoins occasionnels de faible montant, le pouvoir adjudicateur peut s'adresser à un prestataire autre que le ou les titulaires du marché (...). Le recours à cette possibilité ne dispense pas le pouvoir adjudicateur de respecter son engagement de passer des commandes à hauteur du montant minimum du marché lorsque celui-ci est prévu " ;
3. **Considérant que si le titulaire d'un marché résilié irrégulièrement peut prétendre à être indemnisé de la perte du bénéfice net dont il a été privé, il lui appartient d'établir la réalité de ce préjudice ; que dans le cas d'un marché à bons de commande dont les documents contractuels prévoient un minimum en valeur ou en quantité, le manque à gagner ne revêt un caractère certain qu'en ce qu'il porte sur ce minimum garanti ;**
4. Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que le contrat en litige était un marché à bons de commande dont les documents contractuels prévoyaient que son montant serait compris entre une valeur annuelle minimale de 200 000 euros et une valeur maximale de 400 000 euros ; que, par suite, en se fondant sur le montant minimal de commandes ainsi garanti pour évaluer le manque à gagner dont a été privée la société cocontractante du fait de la résiliation irrégulière du marché en litige, la cour administrative d'appel de Nantes n'a pas commis d'erreur de droit ;
5. **Considérant, en deuxième lieu, que le calcul du bénéfice s'opérant par soustraction au total des produits de l'ensemble des charges, la cour n'a pas commis d'erreur de droit en jugeant que le taux de marge devait être déterminé en prenant en compte non seulement les charges variables de la société mais également ses charges fixes ;**
6. Considérant, en dernier lieu, que la cour n'a pas davantage entaché son arrêt d'erreur de droit en se référant aux résultats nets des quatre exercices précédant la résiliation du marché en litige pour évaluer le taux de marge moyen de la société requérante ;
7. Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que le pourvoi de la société du docteur Jacques Franc doit être rejeté ;
8. Considérant que les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce qu'une somme soit mise, à ce titre, à la charge du centre hospitalier de Vendôme, qui n'est pas, dans la présente instance, la partie perdante ; qu'en revanche, il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de la société du docteur Jacques Franc la somme de 3 000 euros à verser au centre hospitalier au titre des mêmes dispositions ;

DECIDE :

Article 1er : Le pourvoi de la société du docteur Jacques Franc est rejeté.

Article 2 : La société du docteur Jacques Franc versera une somme de 3 000 euros au centre hospitalier de Vendôme au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : La présente décision sera notifiée à la société du docteur Jacques Franc et au centre hospitalier de Vendôme.

---

**Résumé :** Si le titulaire d'un marché résilié irrégulièrement peut prétendre à être indemnisé de la perte du bénéfice net dont il a été privé, il lui appartient d'établir la réalité ce préjudice. Dans le cas d'un marché à bons de commande dont les documents contractuels prévoient un minimum en valeur ou en quantité, le manque à gagner ne revêt un caractère certain qu'en ce qu'il porte sur ce minimum garanti.

---

## Appréciation de l'utilité d'une demande d'extension d'une mesure d'expertise

**CE 26 juillet 2018, Axa France Iard et A., n°415139, T.Rec.**

**Cet arrêt est intéressant car il permet de rappeler les modalités d'appréciation de l'utilité d'une demande d'extension d'une mesure d'expertise par le juge administratif.**

Dans cette affaire, une commune, en tant que maître d'ouvrage confronté à des désordres affectant la maison de la vie associative qu'il avait fait construire, a saisi le tribunal administratif d'un référé expertise dix jours avant l'expiration du délai de la garantie décennale, soit le 7 octobre 2016 alors que la réception avait pris effet le 17 octobre 2006.

Sa demande tendait à mettre en cause plusieurs de ses cocontractants, en tant que constructeurs, et leurs assureurs respectifs, ainsi qu'un sous-traitant. L'un des constructeurs et son assureur ont demandé que la mesure soit étendue à un autre sous-traitant.

Ce n'est qu'en appel que la demande de la Commune a pu prospérer, et qu'un expert a donc été désigné. Néanmoins, la demande de mise en cause du second sous-traitant a été écartée.

### **Enseignement n°1 : Modalités d'appréciation de l'utilité d'une demande d'extension d'une mesure d'expertise**

**S'il est acquis que la demande d'expertise est utile dans la perspective d'un litige principal, le bien-fondé de mises en cause accessoires s'apprécient uniquement au regard de leur utilité pour la réalisation des opérations d'expertise.**

Les modalités d'appréciation de l'utilité d'une mesure d'expertise avaient été précisées dans une décision du Conseil d'Etat du 14 février 2017, n°401514 (publiée aux Tables).

Dans cette décision de 2017, le Conseil d'Etat avait énoncé que l'utilité d'une mesure d'expertise s'apprécie « dans la perspective d'un litige principal, actuel ou éventuel auquel elle est susceptible de se rattacher ». Dans ce cadre, avait ajouté la Haute juridiction, il y a lieu de rejeter la demande d'expertise lorsque les prétentions la fondant se heurtent à la prescription.

Faisant application des règles jurisprudentielles rappelées ci-dessus, la Cour avait considéré que la demande principale de la commune était utile car introduite dans le délai de la garantie décennale, mais que la demande reconventionnelle formulée par l'un des constructeurs contre un sous-traitant, intervenue au-delà de ce délai, se heurtait à la prescription (étant rappelé que depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 8 juin 2005, les actions en responsabilité dirigées contre les sous-traitants en raison de dommages affectant l'ouvrage se prescrivent par 10 ans à compter de la réception des travaux).

Le Conseil d'Etat annule l'arrêt pour erreur de droit : dès lors qu'il était admis que la demande principale n'était pas prescrite, la seule question à se poser pour faire éventuellement droit à la demande de mise en cause du second sous-traitant était celle de l'utilité de cette mise en cause « à la réalisation des opérations d'expertise ».

### **Enseignement n°2 : cette décision est l'occasion de rappeler que l'intérêt d'introduire un référé-expertise réside également (à condition que la**

# **demande prospère) dans l'effet interruptif de cette action sur les délais de prescription et de forclusion, effet qui résulte des dispositions de l'article 2241 du code civil.**

---

Conseil d'Etat

N° 415139

Mentionné dans les tables du recueil Lebon

26 juillet 2018

Vu la procédure suivante :

La commune de Villeneuve-sur-Lot a demandé au juge des référés du tribunal administratif de Bordeaux de désigner un expert ayant pour mission de connaître des désordres dans la construction de la grande salle de réunion de la Maison de la vie associative réalisée en 2006. Par une ordonnance n° 1604360 du 12 janvier 2017, le juge des référés du tribunal administratif de Bordeaux a rejeté sa demande.

Par une ordonnance n° 17BX00344 du 5 octobre 2017, le président de la 6ème chambre de la cour administrative d'appel de Bordeaux a, sur appel de la commune de Villeneuve sur Lot, annulé cette ordonnance, ordonné qu'il soit procédé à une expertise contradictoire entre la commune de Villeneuve-sur-Lot, la société Simon Bonis et sa compagnie d'assurance AXA France Iard, la société nouvelle d'exploitation Cuendet et sa compagnie d'assurance Allianz Iard, Me A...B..., en sa qualité de liquidateur de la société Decopeint, et sa compagnie d'assurance MMA, venant aux droits de la compagnie Azur assurances, et rejeté les conclusions de la société Simon Bonis et de la société AXA France Iard tendant à ce que la société Eurovia soit atraite à l'expertise.

Par un pourvoi sommaire et un mémoire complémentaire, enregistrés les 20 et 30 octobre 2017 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, les sociétés Axa France Iard et Simon Bonis demandent au Conseil d'Etat d'annuler cette ordonnance en tant qu'elle n'a pas mis en cause la société Eurovia, sous-traitante.

1. Considérant qu'aux termes de l'article L. 511-1 du code de justice administrative : " Le juge des référés statue par des mesures qui présentent un caractère provisoire. Il n'est pas saisi du principal et se prononce dans les meilleurs délais " ; qu'aux termes du premier alinéa de l'article R. 532-1 du même code : " Le juge des référés peut, sur simple requête et même en l'absence de décision administrative préalable, prescrire toute mesure utile d'expertise ou d'instruction " ;
2. Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis aux juges des référés que la commune de Villeneuve-sur-Lot a confié par un marché public en date du 29 septembre 2005 la construction d'une maison de la vie associative à diverses entreprises ; que le lot n° 2 relatif au gros oeuvre a été attribué à la société Simon Bonis et le lot n° 13 relatif au revêtement des sols souples à la société Decopeint ; que la société Eurovia Aquitaine a réalisé en qualité de sous-traitant de la société Simon Bonis des prestations de traitement à la chaux sur le lot n° 2 ; que les travaux relatifs au lot n° 2 ont été réceptionnés sans réserves le 17 octobre 2006 ; que la commune de Villeneuve-sur-Lot, ayant constaté en 2015 une dégradation anormale du revêtement du sol de la grande salle de réunion de la maison de la vie associative, a saisi le juge des référés du tribunal administratif de Bordeaux le 7 octobre 2016, avant l'expiration du délai de garantie décennale, d'une demande tendant à la désignation d'un expert, sur le fondement des dispositions de l'article R. 532-1 du code de justice administrative, ayant pour mission de connaître des désordres survenus ; qu'elle demandait que cette expertise soit réalisée contradictoirement avec la société Simon Bonis, la société Decopeint, la société Cuendet, sous-traitant de la société Simon Bonis, et leurs assureurs respectifs ; que par un mémoire en date du 2 décembre 2016, la société Simon Bonis et son assureur, la compagnie d'assurances AXA France, ont demandé que l'expertise soit étendue à la société Eurovia, autre sous-traitant de la société Simon Bonis ; que, par une ordonnance en date du 12 janvier 2017, le juge des référés du tribunal administratif de Bordeaux a rejeté la demande d'expertise pour défaut d'utilité ; que par une ordonnance en date du 5 octobre 2017, le juge des référés de la cour administrative d'appel de Bordeaux a annulé cette ordonnance, ordonné qu'il soit procédé à une expertise contradictoire entre la commune de Villeneuve-sur-Lot, la société Simon Bonis et sa compagnie d'assurance AXA France Iard, la société nouvelle d'exploitation Cuendet et sa compagnie d'assurance Allianz Iard, Me A...B..., en sa qualité de liquidateur de la société Decopeint, et sa compagnie d'assurance MMA, venant aux droits de la compagnie Azur assurances, et rejeté les conclusions additionnelles tendant à ce que la société Eurovia soit mise en cause ;
3. Considérant que l'utilité d'une mesure d'instruction ou d'expertise qu'il est demandé au juge des référés d'ordonner sur le fondement de l'article R. 532-1 du code de justice administrative doit être appréciée, d'une part, au regard des éléments dont le demandeur dispose ou peut disposer par d'autres moyens et, d'autre part, bien que ce juge ne soit pas saisi du principal, au regard de l'intérêt que la mesure présente dans la perspective d'un litige principal, actuel ou éventuel, auquel elle est susceptible de se rattacher ; qu'à ce dernier titre, il ne peut faire droit à une demande d'expertise lorsque, en particulier, elle est formulée à l'appui de prétentions qui ne relèvent manifestement pas de la compétence de la juridiction



- administrative, qui sont irrecevables ou qui se heurtent à la prescription ; que, de même, il ne peut faire droit à une demande d'expertise permettant d'évaluer un préjudice, en vue d'engager la responsabilité d'une personne publique, en l'absence manifeste de lien de causalité entre le préjudice à évaluer et la faute alléguée de cette personne ;
4. Considérant qu'il ressort des énonciations de l'ordonnance attaquée que, pour rejeter les conclusions des sociétés Simon Bonis et Axa France Iard tendant à ce que la société Eurovia, sous-traitante de la société Simon Bonis, soit atraite à l'expertise, le juge des référés de la cour administrative d'appel de Bordeaux a jugé que toute action en responsabilité à l'encontre de la société Eurovia serait prescrite, les travaux réalisés par la société Eurovia pour lesquels sa mise en cause était sollicitée ayant fait l'objet d'une réception le 17 octobre 2006, le point de départ du délai de la garantie décennale devant être fixé à cette date et ce délai n'ayant pas été interrompu par la demande d'expertise de la commune de Villeneuve-sur-Lot, enregistrée au greffe du tribunal administratif le 7 octobre 2016, qui ne visait pas cette société ;
  5. Considérant, toutefois, qu'en se fondant sur ce motif pour écarter les conclusions de la société Simon Bonis et de son assureur tendant à ce que la société Eurovia soit atraite à l'expertise, alors qu'il lui appartenait seulement de déterminer si la mise en cause de la société Eurovia était utile à la réalisation de l'expertise sollicitée par la commune de Villeneuve-sur-Lot, dont il avait admis que les prétentions n'étaient pas prescrites, le juge des référés de la cour administrative d'appel de Bordeaux a commis une erreur de droit ; que, dès lors, sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens du pourvoi, son ordonnance doit être annulée en tant qu'elle a rejeté la demande de mise en cause de la société Eurovia à l'expertise ;
  6. Considérant qu'il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de régler, dans cette mesure, l'affaire au titre de la procédure de référé engagée par la commune de Villeneuve-sur-Lot en application des dispositions de l'article L. 821-2 du code de justice administrative ;
  7. Considérant qu'il résulte de l'instruction que la mise en cause de la société Eurovia est utile à la réalisation de l'expertise sollicitée par la commune de Villeneuve-sur-Lot afin de décrire et analyser les désordres affectant la grande salle de réunion de la maison de la vie associative, de déterminer les mesures conservatoires devant être prises, de déterminer l'origine, l'étendue et la cause des désordres et de chiffrer les préjudices subis par la commune ; qu'il y a lieu, dès lors, de faire droit à la demande des sociétés Simon Bonis et Axa France Iard et d'atraire la société Eurovia à l'expertise ordonnée ;

#### DECIDE :

Article 1er : L'ordonnance du 5 octobre 2017 du juge des référés de la cour administrative d'appel de Bordeaux est annulée en tant qu'elle a refusé de mettre en cause la société Eurovia Aquitaine.

Article 2 : L'expertise ordonnée par l'ordonnance du 5 octobre 2017 du juge des référés de la cour administrative d'appel de Bordeaux est étendue à la société Eurovia Aquitaine.

Article 3 : La présente décision sera notifiée à la société Axa France Iard, à la société Simon Bonis, à la commune de Villeneuve-sur-Lot, à la société nouvelle d'exploitation Cuendet, à la compagnie d'assurance Allianz Iard, à Maître A...B..., en sa qualité de liquidateur de la société Decopeint, à la compagnie d'assurance MMA, venant aux droits de la compagnie Azur assurances et à la société Eurovia Aquitaine.

---

## Un courrier sollicitant une augmentation de rémunération n'est pas un mémoire de réclamation

### CE 26 avril 2018, Communauté d'agglomération Toulon Provence Méditerranée, req.n°407898

Cet arrêt donne l'occasion de rappeler que le non-respect du formalisme du mémoire de réclamation entraîne l'irrecevabilité du recours.

Pour rappel, une communauté d'agglomération a conclu avec un groupement de maîtrise d'œuvre un contrat portant sur la réhabilitation d'une station d'épuration. En cours d'exécution du marché, ledit groupement a réclamé une augmentation de sa rémunération à laquelle la communauté d'agglomération a refusé de faire droit. Les membres du groupement de maîtrise d'œuvre ont alors décidé de saisir la juridiction administrative en vue de condamner la communauté d'agglomération à leur verser les sommes réclamées.

Le Conseil d'Etat va rejeter le recours au motif que le courrier par lequel les membres du groupement de maîtrise d'œuvre ont sollicité une augmentation de leur rémunération ne peut pas s'assimiler à un mémoire de réclamation au sens du CCAg-PI applicable au marché

et de la jurisprudence administrative rendue en la matière.

## **Rappel n°1 : L'obligation de respecter le formalisme du mémoire de réclamation**

L'article 40.1 du cahier des clauses administratives générales applicable aux marchés de prestations intellectuelles (CCAG-PI) dans sa rédaction en vigueur à la date de conclusion du marché de maîtrise d'œuvre indique que: « *tout différend entre le titulaire et la personne responsable du marché doit faire l'objet, de la part du titulaire, d'un mémoire de réclamation qui doit être remis à la personne responsable du marché* ». Il en résulte que tout différend entre le titulaire et l'acheteur public doit faire l'objet, préalablement à toute instance contentieuse, d'un mémoire en réclamation de la part du titulaire du marché.

Au terme de la jurisprudence, un mémoire du titulaire d'un marché ne peut être regardé comme un mémoire de réclamation au sens de l'article 40.1 du CCAG-PI 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.

Au cas présent, le Conseil d'Etat considère qu'un courrier qui se borne à proposer une augmentation de la rémunération prévue au marché en proposant différentes solutions pour fonder juridiquement l'octroi de cette augmentation mais sans comporter l'énoncé d'un différend ne peut pas être regardé comme une réclamation au sens de l'article 40.1 du CCAG-PI. En la matière, il faut donc en déduire que trop de politesse tue la procédure. Il ne faut pas proposer mais exiger et menacer pour qu'un courrier puisse être considéré comme un véritable mémoire de réclamation.

## **Rappel n°2 : l'obligation de notifier le mémoire de réclamation préalablement à la saisine du juge**

Le non respecte du formalisme de la réclamation peut avoir des conséquences radicales sur la recevabilité de la requête puisque l'absence de notification d'une réclamation préalable frappe les recours contentieux d'irrecevabilité qu'il s'agisse d'actions au fond ou de certains procédures de référé comme le référé provision (CE 16 décembre 2009, Sté d'architecture Groupe 6, req.n°326220).

---

**Conseil d'État**  
**26 avril 2018**  
**n°407898**

1. Considérant qu'il ressort des énonciations de l'arrêt attaqué que, le 3 mars 2008, le syndicat intercommunal de la région toulonnaise pour le traitement et l'évacuation en mer des eaux usées, aux droits duquel est venue la communauté d'agglomération Toulon Provence Méditerranée, a conclu avec les sociétés EMTS et Envéo Ingénierie un marché de maîtrise d'œuvre portant sur la réhabilitation d'une station d'épuration ; que le 20 septembre 2010, le groupement a demandé une augmentation du prix du marché ; que le 30 novembre 2010, le président de la communauté d'agglomération Toulon Provence Méditerranée a rejeté cette demande ; que, par un jugement du 13 février 2015, le tribunal administratif de Toulon a rejeté la demande de la société EMTS et de la société Envéo Ingénierie tendant à la condamnation de la communauté d'agglomération à leur verser la somme de 337 906,50 euros HT au titre de leur rémunération de maître d'œuvre ; que par un arrêt du 12 septembre 2016, la cour administrative d'appel de Marseille a annulé ce jugement et a condamné la communauté d'agglomération à verser à la société Envéo Ingénierie, représentant le groupement EMTS/Envéo Ingénierie, la somme de 405 487,81 euros toutes taxes comprises ; que la communauté d'agglomération se pourvoit en cassation contre cet arrêt ;
2. Considérant qu'aux termes de l'article 40.1 du cahier des clauses administratives générales applicable aux marchés de prestations intellectuelles (CCAG-PI) dans sa rédaction en vigueur à la date de conclusion du marché : " Tout différend entre le titulaire et la personne responsable du marché doit faire l'objet, de la part du titulaire, d'un mémoire de réclamation qui doit être remis à la personne responsable du marché.(...) " ; qu'il résulte de ces stipulations que le différend entre le titulaire et la personne responsable du marché doit faire l'objet, préalablement à toute instance contentieuse, d'un mémoire en réclamation de la part du titulaire du marché ;
3. *Considérant qu'un mémoire du titulaire d'un marché ne peut être regardé comme une réclamation au sens de l'article 40.1 du CCAG-PI 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 ; que par suite, en se bornant à relever, pour juger que le courrier du groupement de maîtrise d'oeuvre en date 20 septembre 2010 devait être regardé comme constituant une réclamation, au sens de cet article 40.1, applicable au marché en cause, et écarter la fin de non recevoir de la communauté d'agglomération tirée de ce que le différend entre elle et son maître d'oeuvre n'avait pas fait l'objet, préalablement à l'instance contentieuse, d'un mémoire en réclamation de la part du groupement, que ce courrier détaillait le montant des prestations dont les sociétés demandaient l'indemnisation et les motifs de cette*

*demande, sans rechercher s'il comportait, en outre, l'énoncé d'un différend, la cour a commis une erreur de droit ; que, par suite et sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyen du pourvoi, son arrêt doit être annulé ;*

4. Considérant qu'il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de régler l'affaire au fond en application des dispositions de l'article L. 821-2 du code de justice administrative ;
5. *Considérant qu'il résulte de l'instruction que le courrier précité du 20 septembre 2010 ne comportait pas l'énoncé d'un différend dès lors que le groupement proposait différentes solutions pour fonder juridiquement l'octroi d'une augmentation de sa rémunération et indiquait : " Je demeure à votre entière disposition pour m'entretenir avec vous de la faisabilité de cette solution... " ; qu'il ne peut dès lors pas être regardé comme une réclamation au sens de l'article 40.1 du CCAG-PI ; que faute d'avoir respecté la procédure prévue à cet article 40.1, la société Envéo Ingénierie n'est pas fondée à soutenir que la demande de première instance des sociétés membres du groupement était recevable et que c'est à tort que le tribunal administratif de Toulon a rejeté leur demande tendant à la condamnation de la communauté d'agglomération à leur verser une somme de 337 906,50 euros au titre de leur rémunération de maître d'oeuvre ;*
6. Considérant que les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce que soit mise à la charge de la communauté d'agglomération Toulon Provence Méditerranée qui n'est pas, dans la présente instance, la partie perdante, la somme que demande la société Envéo Ingénierie ; qu'il y a lieu, en revanche, de mettre à la charge de la société Envéo Ingénierie le versement à la communauté d'agglomération Toulon Provence Méditerranée de la somme de 4 000 euros au titre des frais exposés et non compris dans les dépens ;

#### DECIDE :

Article 1er : L'arrêt de la cour administrative d'appel de Marseille du 12 décembre 2016 est annulé.

Article 2 : La requête présentée par la société Envéo Ingénierie devant la cour administrative d'appel de Marseille est rejetée.

Article 3 : La société Envéo Ingénierie versera à la communauté d'agglomération Toulon Provence Méditerranée une somme de 4 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 4 : La présente décision sera notifiée à la communauté d'agglomération Toulon Provence Méditerranée, à la société Envéo Ingénierie et à la société EMTS.

---

## Possibilité de modifier les règles de détermination des prix par avenant

**CE 20 décembre 2017, Sté Area Impianti, req.n°408562**

Cet arrêt donne l'occasion de rappeler les conditions dans lesquelles un avenant peut modifier les règles de détermination des prix d'une convention et les précautions qu'il convient de prendre en cas de rédaction de plusieurs avenants successifs ou avant de signer un avenant.

Pour rappel, dans le cadre de travaux de mise aux normes d'une usine d'incinération, un syndicat intercommunal de valorisation de déchets ménagers a conclu plusieurs avenants successifs avec l'entreprise titulaire du contrat pour modifier la formule de révision des prix ainsi que certains travaux. Le dernier avenant a supprimé la clause de révision des prix et instauré un prix ferme. Le titulaire du marché a alors décidé d'engager la responsabilité du Syndicat pour tenter de récupérer les sommes dues au titre de la révision des prix en arguant notamment un vice de consentement consistant à ne pas avoir attiré son attention sur la clause du dernier avenant au marché qui supprimait la clause de révision des prix au bénéfice d'un mécanisme de prix ferme.

### **Règle n°1 : un avenant peut modifier les règles de détermination des prix**

## d'un contrat

Le Conseil d'Etat rappelle tout d'abord que les règles relatives aux marchés publics ne font pas obstacle à ce que les parties à un marché conclu à prix définitif puissent convenir par avenant, en particulier lorsque l'exécution du marché approche de son terme, de modifier le mécanisme d'évolution du prix définitif pour passer d'un prix révisable à un prix ferme.

Le Conseil d'Etat rappelle ensuite la règle classique selon laquelle un avenant ne peut bouleverser l'économie du marché, ni en changer l'objet. Autrement dit; apporter aux stipulations d'un marché public des modifications d'une ampleur telle qu'il devrait être regardé comme un nouveau marché. Ces nouvelles règles sont désormais codifiées dans l'article 139 du décret 2016-360 du 25 mars 2016 pour les marchés publics et dans l'article 36 du décret 2016-86 du 2 février 2016 pour les contrats de concession.

Dans cette affaire, la Haute juridiction considère que la modification des règles de détermination du prix initial par avenant, qui consistait à passer d'un prix révisable à un prix ferme, n'a pas constitué un bouleversement de l'économie du marché dès lors qu'elle est intervenue en fin d'exécution du contrat et dans un sens désavantageux à son titulaire de sorte que ses effets ne pouvaient pas être regardé comme ayant bouleversé l'économie générale du marché.

## Règle n°2 : des précautions à prendre avant de signer un avenant

Cet arrêt donne également l'occasion de rappeler les précautions qu'il convient de prendre avant de signer un avenant notamment en cas de successions de plusieurs avenants. En effet, dans la pratique, les avenants ont pour objet de supprimer ou de neutraliser toutes les clauses du marché initial qui sont contraires aux nouvelles dispositions de chaque avenant d'où la nécessité de rester vigilant avant de les signer et d'anticiper leurs incidences....En l'espèce, le Conseil d'Etat rappelle qu'il appartient à chaque partie de prendre « *les précautions nécessaires avant de signer l'avenant* »....et qu'à défaut, le signataire de l'avenant contenant une clause défavorable ne peut plus s'en valablement s'en plaindre.

---

CE

N° 408562

Lecture du mercredi 20 décembre 2017

**REPUBLIQUE FRANCAISE  
AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS**

1. Considérant qu'il ressort des énonciations de l'arrêt attaqué que, par un acte d'engagement du 17 octobre 2003, le syndicat intercommunal de valorisation des déchets ménagers du Hainaut-Valenciennois, dénommé Ecovalor, a confié au groupement conjoint constitué de la société Area Impianti, mandataire du groupement, et des sociétés Hiolle Industries, Beugnet Hainault et M.A..., les travaux de mise aux normes de l'usine d'incinération de Saint-Saulve ; que ce marché était conclu pour un montant initial de 13 714 977 euros révisable selon les modalités prévues à l'article 3.6 du cahier des clauses administratives particulières ; qu'un premier avenant conclu le 25 novembre 2004 a remplacé la formule de révision des prix et modifié certains travaux pour un montant supplémentaire de 292 112 euros ; qu'un deuxième avenant conclu le 21 juillet 2005 a également modifié certains travaux pour un montant supplémentaire de 737 653 euros et repoussé le terme du marché au 28 décembre 2005 ; qu'un troisième avenant, conclu le 22 novembre 2005, a modifié d'autres travaux pour un montant supplémentaire de 165 800 euros et arrêté le montant du marché à la somme de 14 913 542 euros ; que la société Area Impianti a saisi le tribunal administratif de Lille d'une demande tendant notamment à la condamnation du syndicat Ecovalor à lui verser une somme de 919 961,09 euros au titre du solde du marché et des préjudices nés du retard pris dans le prononcé de la réception des travaux et une somme de 2 459 793,47 euros au titre de la révision du prix du marché ; que sa demande a été rejetée par un jugement du 2 décembre 2014 dont la société n'a fait appel qu'en tant qu'il a rejeté sa demande de condamnation au versement d'une somme au titre de la révision du prix du marché ; que la société se pourvoit en cassation contre l'arrêt du 22 décembre 2016 par lequel la cour administrative d'appel de Douai a rejeté son appel ;

Sur la portée de l'avenant :

2. Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que le troisième avenant au marché de travaux en cause comporte un article 5 intitulé " Conditions financières ", qui stipule que " Suite à cet avenant, le marché passe donc à un montant global ferme et définitif de 14 913 542 euros HT ", et un article 8 qui précise que toutes les clauses du marché initial non contraires aux présentes clauses restent et demeurent de plein effet; qu'il ressort des énonciations de l'arrêt attaqué, non contestées sur ce point, que la rédaction de cette clause financière diffère sensiblement de celles figurant aux précédents avenants qui précisaient que les nouveaux prix seraient révisés selon des formules contractuellement convenues ; qu'alors même que l'article 2 se borne à indiquer que ce troisième avenant a " pour objet

des travaux modificatifs dans le cadre de la mise aux normes et modifie en conséquence le marché " et que cet avenant ne mentionne aucune modification de la clause de révision du prix du marché prévue dans les avenants antérieurs, la cour administrative d'appel de Douai n'a pas dénaturé les clauses de cet avenant en estimant qu'elles valaient renonciation aux stipulations antérieures relatives à la révision du prix et passage à un mécanisme de prix ferme ;

Sur la légalité de l'avenant :

En ce qui concerne la méconnaissance des articles 17 et 19 du code des marchés publics

3. Considérant, en premier lieu, qu'aux termes de l'article 17 du code des marchés publics dans sa version alors applicable : " Sous réserve des dispositions de l'article 18, un marché est conclu à prix définitif. / Un marché est conclu à prix ferme dans le cas où cette forme de prix n'est pas de nature à exposer à des aléas majeurs le titulaire le titulaire ou la personne publique contractante du fait de l'évolution raisonnablement prévisible des conditions économiques pendant la période d'exécution des prestations. Le prix ferme est actualisable dans des conditions fixées par décret. / Un marché est dit à prix ajustable ou révisable lorsque le prix peut être modifié pour tenir compte des variations économiques dans des conditions fixées par le décret mentionné à l'alinéa précédent. Lorsqu'un marché comporte une clause de variation de prix, il fixe la périodicité de mise en oeuvre de cette clause " ; que ces dispositions n'ont ni pour objet ni pour effet de faire par principe obstacle à ce que les parties à un marché conclu à prix définitif puissent convenir par avenant, en particulier lorsque l'exécution du marché approche de son terme, de modifier le mécanisme d'évolution du prix définitif pour passer d'un prix révisable à un prix ferme ; que, par suite, la cour administrative d'appel n'a pas commis d'erreur de droit en écartant pour ce motif le moyen tiré de la méconnaissance de l'article 17 du code des marchés publics ;
4. **Considérant, en deuxième lieu, qu'aux termes de l'article 19 du même code dans sa version alors applicable : " Sauf sujétions techniques imprévues ne résultant pas du fait des parties, un avenant ne peut bouleverser l'économie du marché, ni en changer l'objet " ; que ces dispositions ont pour effet de faire obstacle à ce que les parties puissent apporter aux stipulations d'un marché public pendant la durée de sa validité des modifications d'une ampleur telle qu'il devrait être regardé comme un nouveau marché ; que la cour a pu, sans erreur de droit, considérer que la modification des règles de détermination du prix initial ne constituait pas, par elle-même, un bouleversement de l'économie du marché ; qu'il ressort des énonciations de l'arrêt attaqué, non contestées sur ce point, que le troisième avenant a modifié le mécanisme de fixation des prix du marché, en fin d'exécution de celui-ci, dans un sens désavantageux à son titulaire ; que la cour, qui s'est livrée à une appréciation souveraine des clauses du contrat, exempte de dénaturation, n'a pas inexactement qualifié les faits en jugeant que la suppression de la clause relative à la révision des prix ne pouvait, eu égard à sa nature et à ses effets, être regardée comme ayant bouleversé l'économie générale du marché ;**

En ce qui concerne l'existence alléguée d'un vice du consentement :

5. Considérant, d'une part, qu'après avoir souverainement apprécié l'absence d'intention dolosive du syndicat Ecovalor, la cour n'a pas commis d'erreur de qualification juridique en ne retenant pas que les faits reprochés à ce syndicat par la société Area Impianti, consistant à avoir omis de signaler la suppression de la clause de révision des prix dans l'objet de l'avenant et à avoir inséré une clause n'ayant pas donné lieu à une négociation spécifique, étaient constitutifs d'un dol ;
6. **Considérant, d'autre part, qu'il ressort des énonciations de l'arrêt attaqué que la cour a écarté le moyen tiré de ce que la société Area Impianti avait, en signant le troisième avenant, commis une erreur de nature à vicier son consentement, au motif que l'erreur invoquée ne portait que sur le prix, et non sur les qualités substantielles du contrat, et qu'au surplus, cette erreur aurait pu être évitée si la société, qui contracte de manière habituelle en France, avait pris, comme tout professionnel attentif se doit de le faire, les précautions nécessaires avant de signer l'avenant ; qu'en statuant ainsi au vu des faits souverainement appréciés, la cour administrative d'appel n'a pas donné aux faits de l'espèce une qualification juridique inexacte ;**

Sur le bénéfice de l'actualisation du prix :

7. Considérant que si, en vertu de l'article 17 du code des marchés publics dans sa rédaction alors applicable, même en l'absence de clause de révision un marché conclu à prix ferme " est actualisable dans des conditions fixées par décret " et si, aux termes de l'article 1er du décret du 23 août 2001 pris en application de l'article 17 du code des marchés publics et relatif aux règles selon lesquelles les marchés publics peuvent tenir compte des variations des conditions économiques, applicable au marché en cause : " Lorsqu'un marché est conclu à prix ferme pour des fournitures ou services autres que courants ou pour des travaux, il doit prévoir : - que ce prix sera actualisé si un délai supérieur à trois mois s'écoule entre la date d'établissement du prix figurant dans le marché et la date d'effet de l'acte portant commencement d'exécution des

prestations (...) », ces dispositions ne sont applicables qu'à la conclusion d'un marché initial ; que, par suite, la cour n'a pas commis d'erreur de droit en jugeant qu'elles n'étaient pas applicables au troisième avenant qui a été conclu en fin d'exécution du marché ;

8. Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que la société Area Impianti n'est pas fondée à demander l'annulation de l'arrêt attaqué ;

Sur les frais du litige :

9. Considérant que les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce que soit mis à la charge du syndicat Ecovalor, qui n'est pas la partie perdante, le versement des sommes que demande, à ce titre, la société Area Impianti ; qu'en revanche, il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de la société Area Impianti le versement d'une somme de 3 000 euros au syndicat Ecovalor au titre des mêmes dispositions ;

DECIDE :

Article 1er : Le pourvoi de la société Area Impianti est rejeté.

Article 2 : La société Area Impianti versera la somme de 3 000 euros au syndicat Ecovalor en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : La présente décision sera notifiée à la société Area Impianti et au syndicat intercommunal de valorisation des déchets du Hainaut-Valenciennois.

---

## La signature du décompte général et définitif ne fait pas obstacle au paiement direct d'un sous-traitant

CE 23 octobre 2017, Colas Ile-de-France Normandie, req.n°410235

### **Règle n°1 : Le sous-traitant doit faire parvenir sa demande de paiement direct avant la signature du DGD**

Pour obtenir le paiement direct par le maître d'ouvrage de tout ou partie des prestations qu'il a exécutées dans le cadre de son contrat de sous-traitance, le sous-traitant régulièrement agréé doit adresser « *en temps utile* » sa demande de paiement direct à l'entrepreneur principal, titulaire du marché, et au maître d'ouvrage.

Le Conseil d'Etat pose la règle selon laquelle une demande adressée par le sous-traitant à l'entrepreneur principal et au maître d'ouvrage avant la signature du décompte général et définitif du marché doit être regardée comme effectuée « *en temps utile* ».

### **Règle n°2 : La signature du DGD ne fait alors pas obstacle à la demande de paiement direct du sous-traitant**

Dès lors que le sous-traitant a bien fait parvenir sa demande de paiement direct à l'entrepreneur principal et au maître d'ouvrage avant la signature du décompte général, ces derniers ne peuvent plus invoquer le caractère définitif du DGD pour s'opposer au paiement des prestations du sous-traitant.

**REPUBLIQUE FRANCAISE**  
**AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS**

Vu la procédure suivante :

La société Colas Ile-de-France Normandie a demandé au juge des référés du tribunal administratif de Châlons-en-Champagne de condamner la commune de Vivier-au-Court à lui verser, à titre de provision, les sommes de 77 721,45 euros, 19 864,97 euros et 9 815,28 euros en règlement du solde de diverses factures. Par une ordonnance n° 1600194 du 6 décembre 2016, le juge des référés du tribunal administratif de Châlons-en-Champagne a rejeté cette demande ainsi que les conclusions reconventionnelles de la commune de Vivier-au-Court.

Par une ordonnance n° 16NC02850 du 12 avril 2017, le juge des référés de la cour administrative d'appel de Nancy a rejeté, d'une part, l'appel formé par la société Colas Ile-de-France Normandie contre cette ordonnance en tant qu'elle n'a pas fait droit à sa demande, d'autre part, l'appel incident formé par la commune de Vivier-au-Court contre cette ordonnance en tant qu'elle n'a pas fait droit à ses conclusions reconventionnelles.

Par un pourvoi sommaire, un mémoire complémentaire et un mémoire en réplique, enregistrés les 2 mai, 12 mai et 13 septembre 2017 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, la société Colas Ile-de-France Normandie demande au Conseil d'Etat :

- 1°) d'annuler l'article 1er de cette ordonnance de la cour administrative d'appel rejetant ses conclusions d'appel ;
- 2°) de mettre à la charge de la commune de Vivier-au-Court la somme de 4 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu :

- le code des marchés publics ;
- la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 ;
- le décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 ;
- l'arrêté du 8 septembre 2009 portant approbation du cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés publics de travaux ;
- le code de justice administrative ;

Après avoir entendu en séance publique :

- le rapport de M. Grégory Rzepiski, maître des requêtes en service extraordinaire,
- les conclusions de M. Gilles Pellissier, rapporteur public.

1. Considérant qu'aux termes de l'article R. 541-1 du code de justice administrative : " Le juge des référés peut, même en l'absence d'une demande au fond, accorder une provision au créancier qui l'a saisi lorsque l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable (...) " ;
2. Considérant qu'il ressort des énonciations de l'ordonnance attaquée que la société Lesueur TP a sous-traité à la société SCREG Ile-de-France Normandie (SCREG IDFN) une partie de l'exécution du lot " Terrassements, voirie et aménagement des extérieurs " d'un marché de construction passé par la commune de Vivier-au-Court ; que le 23 janvier 2013, le maître d'oeuvre a validé une situation n° 6 présentée par la société Lesueur TP pour un montant de 235 399,23 euros TTC et une attestation de paiement direct en faveur de la société SCREG IDFN pour un montant de 126 762,67 euros TTC ; qu'alors que cette somme lui avait été réglée, le sous-traitant, estimant que la part lui revenant était, en réalité, de 230 324,90 euros, a saisi, le 18 février 2013, le maître d'ouvrage d'une demande de paiement direct pour le règlement d'une somme d'un montant de 103 562,23 euros TTC correspondant à la différence entre ce qu'il estimait lui être dû et ce qui lui avait été d'ores et déjà payé par la commune ; que ce courrier du 18 février 2013 a été complété par un courrier du 26 février suivant de la société Colas Ile-de-France Normandie (Colas IDFN), substituée le 22 février 2013 à la société SCREG IDFN en qualité de sous-traitant ; que la société Colas IDFN a saisi le juge des référés du tribunal administratif de Châlons-en-Champagne d'une demande tendant à la condamnation de la commune de Vivier-au-Court à lui verser, à titre de provision, la somme de 77 721,45 euros correspondant, selon elle, au trop-perçu par la société Lesueur TP d'un montant de 103 562,23 euros TTC, diminué d'un montant de 25 840,78 euros correspondant au règlement d'une partie des prestations

objet de cette créance en avril 2014 ; que, par une ordonnance du 6 décembre 2016, le juge des référés du tribunal administratif de Châlons-en-Champagne a rejeté cette demande ; que, par une ordonnance du 12 avril 2017, le juge des référés de la cour administrative d'appel de Nancy a rejeté l'appel formé contre cette ordonnance par la société Colas IDFN ainsi que les conclusions à fin d'appel incident de la commune de Vivier-au-Court ; que la société Colas IDFN se pourvoit en cassation contre l'article 1er de cette ordonnance par lequel le juge des référés de la cour administrative d'appel de Nancy a rejeté son appel ;

3. Considérant qu'aux termes de l'article 8 de la loi du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance : " L'entrepreneur principal dispose d'un délai de quinze jours, comptés à partir de la réception des pièces justificatives servant de base au paiement direct, pour les revêtir de son acceptation ou pour signifier au sous-traitant son refus motivé d'acceptation. / Passé ce délai, l'entrepreneur principal est réputé avoir accepté celles des pièces justificatives ou des parties de pièces justificatives qu'il n'a pas expressément acceptées ou refusées. / Les notifications prévues à l'alinéa 1er sont adressées par lettre recommandée avec accusé de réception " ; qu'aux termes de l'article 116 du code des marchés publics en vigueur à la date du litige, repris à l'exception de son avant-dernier alinéa au I de l'article 136 du décret du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics : " Le sous-traitant adresse sa demande de paiement libellée au nom du pouvoir adjudicateur au titulaire du marché, sous pli recommandé avec accusé de réception, ou la dépose auprès du titulaire contre récépissé. / Le titulaire dispose d'un délai de quinze jours à compter de la signature de l'accusé de réception ou du récépissé pour donner son accord ou notifier un refus, d'une part, au sous-traitant et, d'autre part, au pouvoir adjudicateur ou à la personne désignée par lui dans le marché. / Le sous-traitant adresse également sa demande de paiement au pouvoir adjudicateur ou à la personne désignée dans le marché par le pouvoir adjudicateur, accompagnée des factures et de l'accusé de réception ou du récépissé attestant que le titulaire a bien reçu la demande ou de l'avis postal attestant que le pli a été refusé ou n'a pas été réclamé. / Le pouvoir adjudicateur ou la personne désignée par lui dans le marché adresse sans délai au titulaire une copie des factures produites par le sous-traitant. / Le pouvoir adjudicateur procède au paiement du sous-traitant dans le délai prévu par l'article 98. Ce délai court à compter de la réception par le pouvoir adjudicateur de l'accord, total ou partiel, du titulaire sur le paiement demandé, ou de l'expiration du délai mentionné au deuxième alinéa si, pendant ce délai, le titulaire n'a notifié aucun accord ni aucun refus, ou encore de la réception par le pouvoir adjudicateur de l'avis postal mentionné au troisième alinéa. / Le pouvoir adjudicateur informe le titulaire des paiements qu'il effectue au sous-traitant " ;
4. Considérant qu'il résulte de la combinaison de ces dispositions que, pour obtenir le paiement direct par le maître d'ouvrage de tout ou partie des prestations qu'il a exécutées dans le cadre de son contrat de sous-traitance, le sous-traitant régulièrement agréé doit adresser en temps utile sa demande de paiement direct à l'entrepreneur principal, titulaire du marché, et au maître d'ouvrage ; qu'une demande adressée avant l'établissement du décompte général et définitif du marché doit être regardée comme effectuée en temps utile ;
5. Considérant que pour rejeter la demande de la société Colas IDFN au motif que l'obligation dont elle se prévaut à l'encontre de la commune ne saurait être regardée comme présentant un caractère non sérieusement contestable, le juge des référés de la cour administrative d'appel de Nancy a d'une part relevé que le maître d'ouvrage n'a été saisi des demandes de paiement de la société SCREG IDFN puis de la société Colas IDFN qu'après que les prestations en cause avaient été réglées par la commune, d'autre part jugé que la faculté qu'aurait eue la commune de retenir sur les acomptes suivants la somme litigieuse versée à tort à la société Lesueur TP ne présentait pas un caractère de certitude suffisant ; qu'il ressort des pièces du dossier soumis au juge des référés que les demandes de paiement direct du sous-traitant étaient pourtant parvenues au maître d'ouvrage en temps utile dès lors que le décompte général et définitif n'était pas établi ; que la circonstance que le maître d'ouvrage avait déjà procédé au règlement des prestations effectuées par le sous-traitant en les attribuant en partie au titulaire ne le libérait pas de son obligation de payer directement la société Colas IDFN ; que celle-ci est donc fondée à soutenir que le juge des référés de la cour administrative d'appel de Nancy a entaché son ordonnance d'une erreur de qualification juridique en estimant que l'existence de cette obligation n'était pas sérieusement contestable ; que, par suite et sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens du pourvoi, l'article 1er de l'ordonnance attaquée doit être annulé ;
6. Considérant que dans les circonstances de l'espèce, il y a lieu, en application de l'article L. 821-2 du code de justice administrative, de régler l'affaire au titre de la procédure de référé engagée, dans la mesure de l'annulation prononcée ;

Sur la demande de provision :

En ce qui concerne la fin de non-recevoir opposée par la commune :

7. **Considérant que l'établissement du décompte général et définitif du marché ne saurait faire obstacle à ce qu'il soit ordonné au maître d'ouvrage de verser à un sous-traitant une provision au titre d'une obligation non sérieusement contestable lui incombant dans le cadre de l'exécution du marché, dès lors que la demande de paiement direct lui est parvenue en temps utile ; que la commune de Vivier-au-Court n'est donc pas fondée à soutenir qu'en raison du caractère définitif du décompte général du marché qu'elle a conclu avec la société Lesueur TP, la demande de la société Colas IDFN serait irrecevable ;**



En ce qui concerne l'existence de la créance :

8. Considérant, d'une part, que si la commune soulève pour la première fois en cassation un moyen d'appel tiré de ce que le juge réglant le référé après cassation méconnaîtrait les dispositions de l'article R. 541-1 du code de justice administrative citées au point 1 en statuant sur une demande qui pose une question de droit soulevant une difficulté sérieuse, elle ne l'assortit pas des précisions permettant d'en apprécier le bien-fondé ;
9. Considérant, d'autre part, qu'il résulte de l'instruction qu'une analyse dressée le 1er août 2013 par le bureau d'études en charge de l'ordonnancement, du pilotage et de la coordination de l'opération confirme que la part des prestations objet de la situation n° 6 revenant à l'entreprise SCREG IDFN était de 230 324,90 euros et non de 126 762,67 euros TTC ; qu'ainsi qu'il a été dit au point 5, la demande de paiement direct du sous-traitant d'un montant de 103 562,23 euros, correspondant à la différence entre les montants de 230 324,90 euros et de 126 762,67 euros, est parvenue au maître d'ouvrage en temps utile ; qu'il résulte de tout ce qui précède que l'obligation de payer dont se prévaut la société Colas IDFN à l'égard de la commune de Vivier-au-Court n'est pas sérieusement contestable ;

En ce qui concerne le montant de la provision :

10. Considérant qu'il résulte également de l'instruction qu'après avoir réglé cette somme d'un montant de 103 562,23 euros en février 2013, la commune a payé, en avril 2014, au titre de la situation n° 6, 25 840,78 euros à la société Colas IDFN ; qu'il s'en suit qu'en l'état de l'instruction, il y a lieu de fixer à 77 721,45 euros le montant de la provision au versement de laquelle la commune doit être condamnée ;

Sur les conclusions présentées au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative :

11. Considérant qu'il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de la commune de Vivier-au-Court la somme de 4 000 euros à verser à la société Colas Ile-de-France Normandie, au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ; que ces mêmes dispositions font obstacle à ce qu'une somme soit mise, à ce titre, à la charge de la société Colas Ile-de-France Normandie, qui n'est pas, dans la présente instance, la partie perdante ;

**D E C I D E :**

-----

Article 1er L'article 1er de l'ordonnance du juge des référés de la cour administrative d'appel de Nancy du 12 avril 2017 est annulé.

Article 2 : La provision mise à la charge de la commune de Vivier-au-Court au profit de la société Colas Ile-de-France Normandie est fixée à la somme de 77 721,45 euros.

Article 3 : L'ordonnance du juge des référés du tribunal administratif de Châlons-en-Champagne du 6 décembre 2016 est réformée en ce qu'elle a de contraire à la présente décision.

Article 4 : La commune de Vivier-au-Court versera à société Colas Ile-de-France Normandie une somme de 4 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 5 : La présente décision sera notifiée à la société Colas Ile-de-France Normandie et à la commune de Vivier-au-Court.

---

## Offre anormalement basse : une offre « considérablement » inférieure au budget prévisionnel peut être considérée comme suspecte

**CJUE 19 octobre 2017, Agriconsulting Europe SA, Aff.C-198/16**

En l'absence d'une définition de la notion d'« offre anormalement basse » ou de règles permettant l'identification d'une telle offre, il appartient au pouvoir adjudicateur de déterminer la méthode utilisée pour identifier les offres anormalement basses (voir, par analogie, CJUE 18 décembre 2014, Data Medical Service, C-568/13, point 49), sous réserve que cette méthode soit objective et non discriminatoire (CJUE 27 novembre 2001, Lombardini et Mantovani, C-285/99 et C-286/99, points 68 et 69).

Cette affaire qui concerne un appel offres lancé par la Commission européenne permet justement de donner quelques précisions

intéressantes sur les paramètres permettant de détecter une offre potentiellement anormalement basse et de justifier le rejet d'une telle offre

## Règle n°1 : Le dispositif applicable aux offres anormalement basses

Si, pour un marché donné, des offres apparaissent anormalement basses, le pouvoir adjudicateur, avant de rejeter ces offres pour ce seul motif, doit demander, par écrit, les précisions qu'il juge opportunes sur la composition de l'offre et vérifier de manière contradictoire cette composition en tenant compte des justifications fournies.

Le dispositif applicable aux offres anormalement basses emporte l'obligation pour le pouvoir adjudicateur, premièrement, d'identifier les offres suspectes, deuxièmement, de permettre aux soumissionnaires concernés d'en démontrer le sérieux, en leur réclamant les précisions qu'il juge opportunes, troisièmement, d'apprécier la pertinence des explications fournies par les intéressés et, quatrièmement, de prendre une décision quant à l'admission ou au rejet desdites offres (voir, par analogie, CJUE 27 novembre 2001, Lombardini et Mantovani, C-285/99 et C-286/99, EU:C:2001:640, point 55).

Or, ce n'est qu'à la condition que la fiabilité d'une offre soit, a priori, douteuse que les obligations découlant de ladite disposition s'imposent au pouvoir adjudicateur, y compris, en l'occurrence, celle de vérifier en détail le sérieux des prix proposés au moyen des paramètres économiques de référence.

## Règle n°2 : Une offre « *considérablement* » inférieure au budget prévisionnel peut être considérée comme suspecte et rejetée comme telle en l'absence de justificatifs valables

Dans cette affaire, la Cour de justice rappelle que rien n'empêche le pouvoir adjudicateur de comparer les offres au budget prévisionnel du cahier des charges et d'identifier l'une d'entre elles comme étant, de prime abord, anormalement basse dès lors que le montant de cette offre est considérablement inférieur audit budget prévisionnel. Une telle pratique est considérée comme objective et non discriminatoire sauf à prouver que le budget prévisionnel a été déterminé par le pouvoir adjudicateur de façon irréaliste.

Au cas présent, le candidat n'a pas été en mesure de justifier le niveau de ses tarifs plus bas qu'elle aurait réussi à négocier ainsi que de la cohérence des paramètres économiques retenus de sorte que son offre a été rejetée comme anormalement basse.

---

ARRÊT DE LA COUR (cinquième chambre)

19 octobre 2017 (\*)

« Pourvoi – Responsabilité non contractuelle de l'Union – Marché public de services – Assistance technique opérationnelle en vue d'établir et de gérer un mécanisme de réseau pour la mise en œuvre du partenariat européen d'innovation "Productivité et développement durable de l'agriculture" – Rejet de l'offre d'un soumissionnaire – Offre anormalement basse – Procédure contradictoire »

Dans l'affaire C-198/16 P,

ayant pour objet un pourvoi au titre de l'article 56 du statut de la Cour de justice de l'Union européenne, introduit le 8 avril 2016,

**Agriconsulting Europe SA**, établie à Bruxelles (Belgique), représentée par M<sup>e</sup> R. Sciaudone, avvocato,  
partie requérante,

l'autre partie à la procédure étant :

**Commission européenne**, représentée par M<sup>mes</sup> L. Di Paolo et F. Moro, en qualité d'agents, ayant élu domicile à Luxembourg,  
partie défenderesse en première instance,

LA COUR (cinquième chambre),

composée de M. J. L. da Cruz Vilaça (rapporteur), président de chambre, MM. E. Levits, A. Borg Barthet, M<sup>me</sup> M. Berger et M. F. Biltgen,  
juges,

## Arrêt

1 Par son pourvoi, Agriconsulting Europe SA (ci-après « Agriconsulting ») demande l'annulation de l'arrêt du Tribunal de l'Union européenne du 28 janvier 2016, Agriconsulting Europe/Commission (T-570/13, ci-après l'« arrêt attaqué », EU:T:2016:40), par lequel le Tribunal a rejeté son recours tendant à la condamnation de l'Union européenne au paiement de dommages et intérêts pour le préjudice qu'elle aurait subi du fait d'irrégularités prétendument commises par la Commission européenne dans le cadre de l'appel d'offres « Établissement d'un mécanisme de réseau pour la mise en œuvre du partenariat européen d'innovation "Productivité et développement durable de l'agriculture" » (AGRI-2012-PEI-01).

### Le cadre juridique

2 Sous l'intitulé « Offres anormalement basses », l'article 139 du règlement (CE, Euratom) n° 2342/2002 de la Commission, du 23 décembre 2002, établissant les modalités d'exécution du règlement n° 1605/2002 portant règlement financier applicable au budget général des Communautés européennes (JO 2002, L 357, p. 1), tel que modifié par le règlement (CE, Euratom) n° 478/2007 de la Commission, du 23 avril 2007 (JO 2007, L 111, p. 13) (ci-après le « règlement n° 2342/2002 »), dispose, à son paragraphe 1 :

« Si, pour un marché donné, des offres apparaissent anormalement basses, le pouvoir adjudicateur, avant de rejeter ces offres pour ce seul motif, demande, par écrit, les précisions qu'il juge opportunes sur la composition de l'offre et vérifie de manière contradictoire cette composition en tenant compte des justifications fournies. Ces précisions peuvent concerner notamment le respect des dispositions concernant la protection et les conditions de travail en vigueur au lieu où la prestation est à réaliser.

[...] »

3 L'article 146 du règlement n° 2342/2002, intitulé « Comité d'évaluation des offres et demandes de participation », dispose, à son paragraphe 4 :

« Dans les cas d'offres anormalement basses visées à l'article [139], le comité d'évaluation demande les précisions opportunes sur la composition de l'offre. »

### Les antécédents du litige

4 Les faits à l'origine du litige sont exposés aux points 1 à 22 de l'arrêt attaqué comme suit :

« 1. Par un avis de marché public publié en supplément au *Journal officiel de l'Union européenne* du 7 août 2012 (JO 2012/S 61-150-249926), la Commission européenne a lancé l'appel d'offres portant la référence AGRI-2012-PEI-01, visant à établir un mécanisme de réseau pour la mise en œuvre du partenariat européen d'innovation "Productivité et développement durable de l'agriculture" (ci-après l'"appel d'offres").

2. En vertu du point 1 du cahier des charges du marché (ci-après le "cahier des charges"), l'attributaire du marché avait pour mission de contribuer à la création et à la gestion du réseau de partenariat, composé de et ouvert aux acteurs s'occupant d'innovation et d'approches innovantes dans le secteur de l'agriculture, tels que les agriculteurs, les chercheurs, les consultants, les entreprises, les organisations non gouvernementales, les consommateurs et les organismes du secteur public. L'attributaire avait la responsabilité d'établir et d'assurer le fonctionnement du mécanisme du réseau, composé, d'une part, du personnel affecté par l'attributaire à l'exécution des missions indiquées dans l'avis de marché et, d'autre part, du lieu physique où ce personnel travaillerait et fournirait ses services (ci-après le "point info").
3. Les missions de l'attributaire du marché étaient définies au point 2 du cahier des charges. Elles étaient divisées en neuf missions principales, à savoir, premièrement, la gestion du personnel affecté aux missions et la gestion du point info, deuxièmement, l'animation du réseau de partenariat, troisièmement, l'activité de mise en réseau et le développement d'instruments de communication, quatrièmement, l'actualisation et l'entretien d'une banque de données complète, cinquièmement, la tenue d'une liste d'experts externes, sixièmement, la réalisation d'activités de coordination et d'échange d'informations, septièmement, le recensement des besoins de recherche auprès des acteurs de terrain, huitièmement, le développement du programme annuel de travail et, neuvièmement, l'archivage, la gestion de l'inventaire et la sauvegarde de documents et d'informations. Le cahier des charges indiquait les effectifs minimaux de personnel nécessaires pour réaliser les missions principales, en prévoyant, à cette fin, que le personnel affecté aux missions devait être composé d'au moins dix "équivalents temps plein", dont au minimum six à titre permanent.
4. En outre, le cahier des charges prévoyait 27 missions additionnelles dont l'exécution devait intervenir sur demande annuelle de la Commission, dans la mesure de trois missions additionnelles au minimum jusqu'à un maximum de dix missions par an, étant entendu que, en ce qui concernait les missions additionnelles n° 24, n° 26 et n° 27, ces dernières seraient au moins demandées la première année. Les missions additionnelles comprenaient l'organisation de groupes de réflexion, c'est-à-dire de groupes d'experts qui étudient et débattent de questions concernant spécifiquement le plan européen d'innovation (missions additionnelles n°<sup>05</sup> 1 à 6), l'organisation d'ateliers additionnels (missions additionnelles n°<sup>05</sup> 7 à 9), l'organisation de journées "sur le terrain" (missions additionnelles n°<sup>05</sup> 10 à 13), l'organisation de séminaires

additionnels (missions additionnelles n<sup>os</sup> 14 à 17), l'évaluation du travail des groupes opérationnels (missions additionnelles n<sup>os</sup> 18 à 20), l'organisation de conférences (mission additionnelle n<sup>o</sup> 21), l'organisation du voyage et de l'hébergement des participants aux groupes de réflexion, aux ateliers et aux séminaires (mission additionnelle n<sup>o</sup> 22), la réalisation de missions dans les États membres (mission additionnelle n<sup>o</sup> 23), la création d'une liste d'experts (mission additionnelle n<sup>o</sup> 24), la clôture du point info (mission additionnelle n<sup>o</sup> 25), la création du point info (mission additionnelle n<sup>o</sup> 26) et le recensement de tous les projets pertinents aux fins de la création d'une banque de données (mission additionnelle n<sup>o</sup> 27).

5. Conformément aux dispositions du cahier des charges, l'attributaire du marché devait également prévoir des effectifs suffisants pour que, outre les missions principales, le personnel affecté aux missions puisse exécuter les tâches prévues au titre des missions additionnelles n<sup>o</sup> 24 et n<sup>o</sup> 27, dont la réalisation était prévue au cours de la première année du contrat.
6. En vertu du point 6 du cahier des charges, le contrat était conclu pour une durée de dix mois, renouvelable pour douze mois au maximum. Il prévoyait un budget total maximal de 2 500 000 euros par an pour l'exécution conjointe des missions principales et des missions additionnelles, le budget maximal par an étant de 1 400 000 euros pour les missions principales et de 1 500 000 euros pour les missions additionnelles.
7. En vertu du point 7.5 du cahier des charges, la procédure de marché se composait, premièrement, de la phase d'examen des offres sur la base des critères d'exclusion, suivie de l'examen des offres sur la base des critères de sélection, deuxièmement, de la phase d'évaluation des offres sur la base des critères d'attribution (évaluation qualitative et évaluation du prix) et, troisièmement, de la phase d'attribution du marché sur la base du critère de l'offre économiquement la plus avantageuse. Les critères d'exclusion, de sélection et d'attribution appliqués par la Commission étaient mentionnés au point 9 du cahier des charges.
8. La Commission a reçu cinq offres, parmi lesquelles celle de la requérante. Tous les soumissionnaires ont franchi la première phase de la procédure de marché, consistant en l'examen de leur offre sur la base des critères d'exclusion et de sélection, et ont atteint la deuxième phase de la procédure, consistant en l'évaluation des offres sur la base des quatre critères d'attribution suivants :
  - critère d'attribution n<sup>o</sup> 1 : approche du lien entre science et pratique ;
  - critère d'attribution n<sup>o</sup> 2 : approche concernant l'exécution des missions principales et additionnelles ;
  - critère d'attribution n<sup>o</sup> 3 : organisation pratique des tâches ;
  - critère d'attribution n<sup>o</sup> 4 : propositions concernant la création du point info basé à Bruxelles (Belgique).
9. Dans le cadre de la deuxième phase de la procédure, deux soumissionnaires seulement, en l'occurrence la requérante et Vlaamse Landmaatschappij (ci-après "VLM"), ont obtenu le score minimal exigé par le cahier des charges pour les critères d'attribution. Ces deux soumissionnaires ont donc atteint la phase d'évaluation de leurs prix, qui s'élevaient à 1 320 112,63 euros pour la requérante et à 2 316 124,83 euros pour VLM.
10. Il ressort du procès-verbal de la réunion du comité d'évaluation du 20 novembre 2012 que la requérante a été classée en première position et que, ayant des doutes sur le caractère anormalement bas de son offre, le comité d'évaluation a conclu que des informations devaient lui être demandées concernant les prix des missions additionnelles.
11. Par lettre du 22 novembre 2012, la Commission a informé la requérante que le comité d'évaluation avait considéré les prix indiqués pour les missions additionnelles comme étant anormalement bas. Elle a demandé à la requérante des explications détaillées sur le calcul des prix proposés pour les missions additionnelles n<sup>os</sup> 1 à 21 et n<sup>o</sup> 25, en indiquant que son offre pourrait être rejetée en cas d'explications non convaincantes.
12. Par lettre du 29 novembre 2012, la requérante a répondu à la demande de renseignements de la Commission, en lui fournissant des explications générales et une liste des coûts retenus pour la formulation de ses propositions de prix concernant les missions additionnelles.
13. Il ressort du procès-verbal final d'évaluation de l'offre de la requérante, du 19 décembre 2012, que le comité d'évaluation a examiné les explications de cette dernière et a notamment constaté l'existence d'emplois croisés d'effectifs entre les missions principales et les missions additionnelles, non conformes aux exigences du cahier des charges. Il a donc modifié le score attribué à l'offre de la requérante pour le critère d'attribution n<sup>o</sup> 3, qui a été ramené de 11,8 points à 7 points, la note minimale exigée étant de 7,5 points sur 15. Le comité d'évaluation a donc conclu son évaluation, d'une part, en confirmant son avis quant au caractère anormalement bas de l'offre de la requérante et, d'autre part, en constatant que, sur la base des nouvelles informations transmises par cette dernière, son offre n'atteignait plus la note minimale requise par le cahier des charges au titre du critère d'attribution n<sup>o</sup> 3. Partant, le comité a recommandé d'attribuer le contrat à VLM.
14. Par lettre du 25 mars 2013, la Commission a informé la requérante que son offre n'avait pas été retenue aux motifs qu'elle n'avait pas atteint le minimum requis pour le critère d'attribution n<sup>o</sup> 3 et avait été considérée comme étant anormalement basse en ce qui concernait les prix proposés pour exécuter certaines missions additionnelles. Le même jour, la Commission a décidé d'attribuer l'offre à VLM.
15. Par lettre du 26 mars 2013, la requérante a demandé le nom de l'attributaire du marché ainsi que les caractéristiques et les avantages de son offre. La Commission lui a transmis ces renseignements par lettre du 27 mars 2013.

16. Par lettre du 29 mars 2013, la requérante a demandé à la Commission d'autres renseignements concernant l'évaluation de son offre. La Commission lui a répondu par lettre du 10 avril 2013.
17. Par lettre du 12 avril 2013, la requérante a reproché au pouvoir adjudicateur l'absence de communication des éclaircissements nécessaires concernant l'évaluation des premier et deuxième critères, la modification de son appréciation technique après l'ouverture de l'offre financière, l'évaluation incorrecte de l'implication du chef d'équipe et de son adjoint dans les missions additionnelles et le caractère erroné des conclusions concernant l'offre de VLM.
18. Par courriel envoyé à la Commission le même jour, la requérante a demandé à cette dernière l'accès aux procès-verbaux du comité d'évaluation et à l'offre de l'attributaire, en se fondant sur l'article 6 du règlement (CE) n° 1049/2001 du Parlement européen et du Conseil, du 30 mai 2001, relatif à l'accès du public aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission (JO 2001, L 145, p. 43).
19. Par une première lettre du 29 avril 2013, la Commission a informé la requérante que le procès-verbal du comité d'évaluation lui serait transmis rapidement. Par une seconde lettre du même jour, la Commission a répondu à la demande d'accès de la requérante en lui fournissant une copie partielle du procès-verbal d'évaluation du 20 novembre 2012, du procès-verbal d'évaluation finale de son offre du 19 décembre 2012 et du procès-verbal global d'évaluation du 6 février 2013. En revanche, la Commission a refusé de lui communiquer l'offre de l'attributaire en invoquant la protection des intérêts commerciaux de l'entreprise concernée, fondée sur l'article 4, paragraphe 2, premier tiret, du règlement n° 1049/2001.
20. Par courriel du 13 mai 2013, la requérante a présenté une demande confirmative d'accès, conformément à l'article 7 du règlement n° 1049/2001. Par courriel du 14 mai 2013, la Commission en a accusé réception, annonçant une réponse dans un délai de quinze jours ouvrables.
21. Par une autre lettre du 13 mai 2013, la requérante a contesté la position de la Commission exprimée dans la seconde lettre du 29 avril 2013, qu'elle a jugé insuffisante. Par lettre du 31 mai 2013, la Commission a répondu que la requérante disposait de toute la documentation concernant la procédure de marché ayant servi de fondement à la décision d'attribution, en se référant également à sa lettre du 29 avril 2013.
22. Concernant la demande confirmative d'accès, par lettre du 4 juin 2013, la Commission a indiqué à la requérante que le délai de réponse était prorogé jusqu'au 26 juin 2013. Le 26 juin 2013, la Commission a informé la requérante qu'elle était dans l'impossibilité de répondre à la demande confirmative d'accès dans le délai précité. Par courriel du 4 juillet 2013, la requérante a sollicité une réponse à sa demande confirmative d'accès, à laquelle la Commission a répondu le 9 juillet 2013, en informant l'entreprise que la réponse lui serait transmise dans quelques jours. Par lettre du 17 juillet 2013, la Commission a répondu à la demande confirmative d'accès de la requérante, en confirmant sa décision antérieure d'occulter certaines informations contenues dans les procès-verbaux d'évaluation et de ne pas accorder l'accès à l'offre de l'attributaire, en application de l'article 4, paragraphe 1, sous b), et de l'article 4, paragraphe 2, premier tiret, du règlement n° 1049/2001. »

### **La procédure devant le Tribunal et l'arrêt attaqué**

5 Par requête déposée au greffe du Tribunal le 25 octobre 2013, Agriconsulting a introduit un recours visant, premièrement, à ce qu'il soit ordonné à la Commission de lui communiquer l'offre de l'adjudicataire VLM et, deuxièmement, à ce que celle-ci soit condamnée au paiement de dommages et intérêts, en vertu des articles 268 et 340 TFUE, pour les préjudices prétendument causés par des irrégularités qu'aurait commises la Commission dans le cadre de l'appel d'offres. Par l'arrêt attaqué, le Tribunal a rejeté le recours dans son intégralité.

### **Les conclusions des parties devant la Cour**

6 Agriconsulting demande à la Cour :

- d'annuler l'arrêt attaqué et de renvoyer l'affaire devant le Tribunal pour que celui-ci statue à nouveau conformément aux indications de la Cour ;
- de condamner la Commission aux dépens de la présente procédure et de la procédure en première instance.

7 La Commission demande à la Cour :

- de rejeter le pourvoi dans son intégralité ;
- de condamner la requérante aux dépens de l'instance.

### **Sur le pourvoi**

8 Agriconsulting présente quatre moyens au soutien de son pourvoi.

*Sur le premier moyen*

*Argumentation des parties*

9 Par son premier moyen, divisé en deux branches, Agriconsulting reproche au Tribunal d'avoir jugé, au point 46 de l'arrêt attaqué, qu'il n'y avait pas de lien de causalité entre les illégalités prétendument commises dans le cadre de l'évaluation de son offre au regard des critères d'attribution n<sup>os</sup> 1 et 2 et les chefs de préjudice dont elle se prévalait dans son recours.

10 Dans le cadre de la première branche de ce moyen, Agriconsulting fait valoir que le Tribunal a déformé et dénaturé ses arguments concernant le lien de causalité. En effet, contrairement à ce qu'affirme le Tribunal aux points 42 et 43 de l'arrêt attaqué, Agriconsulting aurait, dans son recours, entendu dissocier les chefs de préjudice que constituent la perte de chance et les frais de participation à l'appel d'offres de la question du rejet de son offre. À cet égard, il ressortirait clairement du point 105 de la requête et du point 3 de la réplique en première instance que la perte de chance et les frais de participation constituaient, pour la requérante, des chefs de préjudice indemnisables, indépendamment de la question de la certitude d'obtenir le marché.

11 Dans le cadre de la seconde branche de son premier moyen, Agriconsulting avance que le Tribunal a commis une erreur de droit en concluant, aux points 43 à 45 de l'arrêt attaqué, que les illégalités invoquées s'agissant des critères d'attribution n<sup>os</sup> 1 et 2 ne pouvaient donner lieu à réparation dans la mesure où le rejet de l'offre de la requérante résultait des appréciations du comité d'évaluation concernant le critère d'attribution n<sup>o</sup> 3 et le caractère anormalement bas de cette offre. Ce faisant, le Tribunal aurait restreint le recours en indemnité aux seules hypothèses d'illégalités ayant une influence certaine sur l'attribution d'un marché alors que, conformément à la jurisprudence de cette juridiction, toute irrégularité dans la procédure d'appel d'offres qui est de nature à affecter les possibilités d'un soumissionnaire de se voir attribuer le marché en question ouvrirait droit à réparation.

12 La Commission estime que le premier moyen n'est pas fondé.

#### *Appréciation de la Cour*

13 Il y a lieu de rappeler que le Tribunal a d'abord jugé, au point 41 de l'arrêt attaqué, qu'Agriconsulting se prévalait, au titre des irrégularités concernant les critères d'attribution n<sup>os</sup> 1 et 2, de deux chefs de préjudice, à savoir la perte de chance et les frais de participation à la procédure d'appel d'offres. Ensuite, au point 42 de cet arrêt, il a résumé l'argumentation de celle-ci dans les termes suivants : « [l]a requérante fait valoir que la condition relative au lien de causalité est remplie au motif que son offre avait été classée première et qu'elle aurait dû obtenir l'attribution du marché si les violations relevées n'étaient pas intervenues ». Enfin, aux points 43 à 46 dudit arrêt, le Tribunal a répondu à l'argumentation ainsi résumée, en jugeant, en substance, que les illégalités alléguées ne présentaient pas un lien de causalité direct avec les chefs de préjudice dont se prévalait la requérante.

14 S'agissant de la première branche du premier moyen relative à une prétendue déformation par le Tribunal des arguments d'Agriconsulting, il convient de relever, en premier lieu, que, au point 102 de la requête, Agriconsulting avait indiqué, à titre d'explication concernant le lien de causalité entre les illégalités prétendument commises dans le cadre de la procédure d'appel d'offres, d'une part, et la perte de chance qu'elle aurait subie, d'autre part, que ladite perte de chance était « la conséquence directe de la décision du comité d'évaluation d'abaisser la note concernant le critère n<sup>o</sup> 3 et de juger l'offre comme anormalement basse ».

15 En outre, la requérante avait fait valoir, aux points 76 et 79 de sa requête, que la perte de chance alléguée se matérialisait par le fait que son offre avait été classée première et qu'elle avait été illégalement privée de l'attribution du marché.

16 Partant, au point 42 de l'arrêt attaqué, le Tribunal n'a pas déformé les arguments de la requérante concernant le lien de causalité entre les illégalités invoquées et la perte de chance alléguée. Bien au contraire, il les a retranscrits tels qu'ils ressortaient de la requête.

17 Cette conclusion ne saurait être remise en cause par le point 105 de la requête, qui ne peut utilement être invoqué par Agriconsulting pour établir la teneur de son argumentation concernant la perte de chance alléguée. En effet, les explications qui figurent dans ce point ne portent manifestement pas sur ce sujet, la requérante y évoquant les conditions prévues par la jurisprudence du Tribunal pour obtenir le remboursement des frais de participation à l'appel d'offres. Ledit point se trouve, d'ailleurs, dans la section de la requête intitulée « Le lien de causalité concernant le préjudice constitué par les frais de participation à l'appel d'offres en cause ».

18 La requérante ne saurait non plus se prévaloir des explications figurant au point 3 de la réplique en première instance. En effet, la requérante s'était bornée à y répéter ce qu'elle avait présenté, au point 105 de sa requête, comme étant la jurisprudence du Tribunal concernant le remboursement des frais de participation, accompagnée d'une incise selon laquelle les illégalités alléguées concernant les critères d'attribution n<sup>os</sup> 1 et 2 venaient « au soutien » non seulement de ce chef de préjudice, mais également de la perte de chance, sans autres explications à cet égard. Ledit point 3 donne donc, tout au plus, une précision quant aux chefs de préjudice invoqués en rapport avec ces illégalités.

19 En second lieu, en ce qui concerne les arguments d'Agriconsulting relatifs au lien de causalité entre, d'une part, les illégalités alléguées et, d'autre part, le chef de préjudice constitué par les frais de participation à l'appel d'offres, il y a lieu de faire observer que c'est essentiellement aux points 112 à 117 de l'arrêt attaqué que le Tribunal s'est prononcé sur le remboursement de ces frais. Or, la requérante ne soutient pas, dans son pourvoi, que la prétendue dénaturation ou déformation de ses arguments par le Tribunal, au point 42 de l'arrêt attaqué, aurait vicié l'analyse qui se trouve auxdits points. Elle invoque donc une dénaturation sans expliquer les conséquences qu'elle en tire. Dans cette mesure, la première branche du premier moyen est inopérante.

20 Il s'ensuit que ladite première branche est, en partie, manifestement non fondée et, en partie, inopérante.

21 Quant à la seconde branche du premier moyen, telle que résumée au point 11 du présent arrêt, il suffit de relever que, aux points 43 à 45 de l'arrêt attaqué, le Tribunal n'a pas jugé, de manière abstraite et générale, que des illégalités affectant une procédure d'appel d'offres, telles que celles alléguées en l'occurrence par Agriconsulting en rapport avec les critères d'attribution n<sup>os</sup> 1 et 2, ne sont jamais susceptibles d'ouvrir droit à réparation pour un soumissionnaire. En l'occurrence, le Tribunal s'est contenté d'apprécier in concreto si un tel droit à réparation existait, au regard des arguments présentés par la requérante concernant le lien de causalité et en procédant à une appréciation des faits de l'espèce.

22 En somme, cette branche remet en cause l'appréciation factuelle effectuée par le Tribunal quant au lien de causalité, ce qui échappe à la compétence de la Cour dans le cadre du pourvoi, sauf en cas de dénaturation. Or, la requérante n'étant pas fondée à soutenir une quelconque dénaturation de ses arguments pour les raisons exposées aux points 14 à 19 du présent arrêt, ladite branche est irrecevable.

23 Compte tenu des considérations qui précèdent, le premier moyen doit être rejeté dans son intégralité.

#### *Sur le deuxième moyen*

#### *Argumentation des parties*

24 Dans le cadre de la première branche de son deuxième moyen, Agriconsulting fait valoir que, aux points 56 à 62 de l'arrêt attaqué, le Tribunal a dénaturé l'évaluation du comité d'évaluation et a manqué à son obligation de motivation.

25 En effet, ainsi qu'il ressortirait du rapport d'évaluation final, le comité d'évaluation a apprécié la fiabilité de l'offre de la requérante au regard du seul prix proposé pour les missions additionnelles. Or, le Tribunal aurait reconnu cet état de fait, aux points 56 et 57 de l'arrêt attaqué, tout en concluant par la suite que le comité avait tenu compte de cette offre dans son ensemble. Le raisonnement du Tribunal serait, à cet égard, insuffisant, incohérent et non étayé, dès lors qu'il ne s'appuierait sur aucun élément de preuve particulier, en violation de la règle onus probandi incumbit ei qui dicit.

26 Dans le cadre de la seconde branche du deuxième moyen, Agriconsulting allègue, pour des motifs analogues à ceux exposés au point précédent, que le Tribunal a substitué sa propre motivation à celle du comité d'évaluation et a dénaturé les pièces de procédure.

27 La Commission fait valoir, à titre principal, que le deuxième moyen est irrecevable et, à titre subsidiaire, qu'il n'est pas fondé.

#### *Appréciation de la Cour*

28 Par les deux branches de son deuxième moyen, qu'il convient de traiter ensemble, Agriconsulting reproche au Tribunal d'avoir dénaturé « l'appréciation du comité d'évaluation » et les « pièces de procédure », substitué sa propre appréciation à celle du comité d'évaluation et retenu une motivation insuffisante, contradictoire ainsi que non étayée. Il y a lieu de comprendre cette argumentation en ce sens que la requérante fait essentiellement valoir, d'une part, que le Tribunal a dénaturé la lettre de la Commission du 25 mars 2013 ainsi que le rapport d'évaluation final et, d'autre part, qu'il a manqué à son obligation de motivation.

29 À cet égard, il convient de rappeler que, au point 55 de l'arrêt attaqué, le Tribunal a fait état de la jurisprudence de la Cour selon laquelle le caractère anormalement bas d'une offre doit être apprécié par rapport à la composition de l'offre et par rapport à la prestation en cause (voir, par analogie, arrêt du 18 décembre 2014, Data Medical Service, C-568/13, EU:C:2014:2466, point 50). Ensuite, au point 56 de l'arrêt attaqué, le Tribunal a résumé le contenu de la lettre de la Commission du 25 mars 2013, par laquelle cette institution avait informé la requérante que son offre était rejetée, ainsi que le contenu du rapport d'évaluation final. Au point 57 de cet arrêt, il a constaté que les anomalies ayant conduit le comité d'évaluation à conclure au caractère anormalement bas de l'offre de la requérante concernaient plus particulièrement certaines missions additionnelles. Toutefois, aux points 58 à 61 dudit arrêt, le Tribunal a, notamment, considéré que, compte tenu de l'importance économique et financière des missions additionnelles dans le montant du marché en cause, les anomalies relevées étaient susceptibles d'entacher la cohérence de l'offre d'Agriconsulting dans son ensemble. Il en a conclu, au point 62 du même arrêt, que le comité d'évaluation avait effectué son appréciation du caractère anormalement bas de l'offre d'Agriconsulting par rapport à la composition de l'offre et à la prestation en cause, en tenant compte des éléments pertinents au regard de ladite prestation.

30 Cela étant, concernant, en premier lieu, une éventuelle dénaturation des éléments de preuve par le Tribunal, il y a lieu de rappeler qu'une telle dénaturation doit ressortir de façon manifeste des pièces du dossier, sans qu'il soit nécessaire de procéder à une nouvelle appréciation des faits et des preuves (arrêts du 20 novembre 2014, Intra-Presse/Golden Balls, C-581/13 P et C-582/13 P, non publié, EU:C:2014:2387, point 39 et jurisprudence citée, ainsi que du 26 octobre 2016, Westermann Lernspielverlage/EUIPO, C-482/15 P, EU:C:2016:805, point 36 et jurisprudence citée).

31 Néanmoins, en l'occurrence, sous couvert d'une dénaturation des éléments de preuve, Agriconsulting cherche, en réalité, à obtenir une nouvelle appréciation des faits, ce qui échappe à la compétence de la Cour au stade du pourvoi (voir, par analogie, arrêts du 2 septembre 2010, Calvin Klein Trademark Trust/OHMI, C-254/09 P, EU:C:2010:488, point 49, ainsi que du 19 mars 2015, MEGA Brands International/OHMI, C-182/14 P, EU:C:2015:187, point 47 et jurisprudence citée).

32 En effet, Agriconsulting n'allègue pas que la lecture faite par le Tribunal de la lettre de la Commission du 25 mars 2013 et du rapport d'évaluation final est entachée d'une quelconque inexactitude matérielle. La requérante reconnaît, au contraire, que le Tribunal en a correctement résumé la teneur au point 56 de l'arrêt attaqué. Elle conteste plutôt l'appréciation faite par le Tribunal, aux points 57 à 61 de cet arrêt, du contenu de ces documents au regard du contexte dans lequel ceux-ci s'inscrivent, y compris l'importance économique et financière des missions additionnelles dans le marché concerné, et la conclusion qu'il en a tirée que les anomalies relevées étaient susceptibles d'entacher la fiabilité de l'offre d'Agriconsulting dans son ensemble.

33 Par conséquent, le deuxième moyen est, dans cette mesure, irrecevable.

34 S'agissant, en second lieu, des allégations d'Agriconsulting selon lesquelles le Tribunal aurait manqué à son obligation de motivation, il convient de relever que le point de savoir si la motivation d'un arrêt du Tribunal est contradictoire ou insuffisante constitue, certes, une question de droit pouvant être invoquée dans le cadre d'un pourvoi (arrêt du 16 juillet 2009, *Der Grüne Punkt - Duales System Deutschland/Commission*, C-385/07 P, EU:C:2009:456, point 71 et jurisprudence citée).

35 Toutefois, en alléguant que la motivation de l'arrêt attaqué est contradictoire, Agriconsulting cherche une fois encore à obtenir une nouvelle appréciation des faits de l'espèce. En effet, la constatation figurant au point 57 de l'arrêt attaqué, selon laquelle « les anomalies relevées [...] concernent plus particulièrement certaines missions additionnelles » n'est pas, en soi, incompatible avec la conclusion se trouvant au point 62 de cet arrêt selon laquelle « le comité d'évaluation a effectué son appréciation par rapport à la composition de l'offre et à la prestation en cause ». En réalité, la requérante conteste les appréciations d'ordre factuel, figurant aux points 58 à 61 dudit arrêt, qui ont conduit le Tribunal de cette constatation à cette conclusion.

36 Quant au défaut de motivation invoqué par la requérante, il ressort des considérations figurant aux points 57 à 61 de l'arrêt attaqué, évoquées au point 29 du présent arrêt, que le Tribunal a motivé à suffisance de droit la conclusion, contenue au point 62 de l'arrêt attaqué, selon laquelle le comité d'évaluation avait agi conformément à la jurisprudence résultant de l'arrêt du 18 décembre 2014, *Data Medical Service* (C-568/13, EU:C:2014:2466).

37 Il s'ensuit que le deuxième moyen de la requérante doit être rejeté dans son intégralité comme étant, en partie, irrecevable et, en partie, non fondé.

*Sur le troisième moyen*

*Argumentation des parties*

38 Par son troisième moyen, Agriconsulting fait valoir, dans une première branche, que le Tribunal, aux points 64 à 69 de l'arrêt attaqué, a déformé et dénaturé sa requête. En effet, tandis qu'elle aurait invoqué le caractère arbitraire, irrationnel, subjectif et non défini des prix et des coûts de référence utilisés par le comité d'évaluation pour apprécier le caractère anormalement bas de son offre (ci-après les « paramètres économiques de référence »), le Tribunal ne se serait pas prononcé sur leur bien-fondé. Il se serait contenté de juger, au point 66 de l'arrêt attaqué, que la requérante n'avait pas établi le sérieux de son offre.

39 Dans ce cadre, la requérante fait également grief au Tribunal d'avoir négligé les preuves qu'elle a produites afin de démontrer que lesdits paramètres économiques n'étaient pas fiables. Plus précisément, le Tribunal n'aurait pas tenu compte d'une simulation dont il ressortirait que, en appliquant aux missions principales les mêmes paramètres économiques, le budget prévu au cahier des charges pour ces missions était insuffisant.

40 Par ailleurs, Agriconsulting est d'avis que le Tribunal ne pouvait lui opposer, comme il l'a fait au point 66 de l'arrêt attaqué, le fait de ne pas avoir communiqué, dans son offre initiale, les informations de nature à démontrer les réductions dont elle avait bénéficié, puisqu'aucune règle de la procédure d'appel d'offres ne lui imposait de le faire. Le Tribunal ne pouvait pas non plus lui reprocher de ne pas avoir fourni ces informations dans sa lettre du 29 novembre 2012 en réponse à la demande de renseignements de la Commission. En effet, lesdites informations ne faisaient pas partie des renseignements demandés par cette institution dans sa lettre du 22 novembre 2012. Enfin, le Tribunal ne pouvait faire grief à la requérante de ne pas avoir communiqué par la suite les accords de collaboration avec les experts, dans la mesure où la Commission ne l'avait pas autorisée à le faire.

41 Par la deuxième branche de son troisième moyen, la requérante avance que le Tribunal, aux points 73 à 76 de l'arrêt attaqué, a commis une erreur de droit en considérant que la Commission n'avait pas violé le principe du contradictoire en refusant à la requérante le droit de fournir ces informations complémentaires.

42 À cet égard, il découlerait d'une jurisprudence constante que le pouvoir adjudicateur est tenu de demander au soumissionnaire les précisions de nature à justifier le sérieux de son offre dans le cadre d'une procédure contradictoire. Or, en l'occurrence, dans la mesure où la demande du comité d'évaluation a été formulée en ce sens qu'elle portait non pas sur la validité des prix proposés dans l'offre d'Agriconsulting, mais sur la méthode de calcul de ces prix, la requérante aurait été amenée à fournir des renseignements concernant les seuls éléments numériques de ce calcul. Elle aurait donc dû avoir la possibilité de fournir des informations complémentaires pour écarter tout doute quant au bien-fondé des chiffres en question. À cet égard, la jurisprudence ne limiterait pas à une unique communication le droit d'un soumissionnaire de présenter des observations. Au contraire, le principe du contradictoire impliquerait, dans ce contexte, qu'il puisse fournir, postérieurement au dépôt de premières observations, des précisions



complémentaires, dans la limite du raisonnable.

43 Enfin, dans une troisième branche, Agriconsulting considère que le Tribunal a commis plusieurs erreurs de droit en concluant, aux points 81 à 85 de l'arrêt attaqué, à l'absence de violation du principe d'égalité de traitement. Tout d'abord, le Tribunal aurait jugé à tort que le seul prix de l'offre d'Agriconsulting suffisait à établir que cette offre était anormalement basse. Ensuite, il aurait omis de prendre en compte le fait que, au regard des paramètres économiques de référence, l'offre de VLM apparaissait également anormalement basse. Surtout, le Tribunal aurait dû considérer qu'Agriconsulting et VLM, en ce qui concerne leurs offres respectives, étaient, en réalité, dans la même situation. En effet, d'une part, ces offres portaient sur le même marché et, d'autre part, leur fiabilité était contestée – s'agissant de la première, par le pouvoir adjudicateur et, en ce qui concerne la seconde, par Agriconsulting.

44 En outre, le Tribunal n'aurait pas examiné et évalué de façon adéquate les éléments de preuve proposés par la requérante à l'appui de ses griefs. Plus précisément, en considérant, au point 84 de l'arrêt attaqué, que la simulation produite par cette dernière, mentionnée au point 39 du présent arrêt, était dénuée de pertinence, le Tribunal aurait ignoré un élément visant précisément à démontrer que l'offre de VLM était également anormalement basse et, partant, que cette dernière était, à cet égard, dans une situation comparable à celle de la requérante.

45 La Commission considère que le troisième moyen n'est pas fondé.

#### *Appréciation de la Cour*

46 Aux fins de l'examen du troisième moyen, il convient d'inverser l'ordre de ses différentes branches.

47 S'agissant, tout d'abord, de la troisième branche dudit moyen, relative à une prétendue violation du principe d'égalité de traitement, il convient de rappeler que ce principe impose que les soumissionnaires disposent des mêmes chances dans la formulation des termes de leurs offres et implique donc que ces offres soient soumises aux mêmes conditions pour tous les soumissionnaires (ordonnance du 10 novembre 2016, *Spinosa Costruzioni Generali et Melfi*, C-162/16, non publiée, EU:C:2016:870, point 23 ainsi que jurisprudence citée).

48 En l'espèce, le Tribunal a, aux points 82 et 83 de l'arrêt attaqué, relevé que l'offre de VLM, calculée sur la base de la formule prévue au cahier des charges, était légèrement inférieure au plafond du budget prévu par ledit cahier des charges pour l'exécution du marché et plus élevée, de près d'un million d'euros, que celle d'Agriconsulting. Il en a déduit que VLM n'était pas dans la même situation qu'Agriconsulting et que, partant, la Commission avait pu, sans enfreindre le principe d'égalité de traitement, décider de vérifier le caractère anormalement bas de l'offre de la requérante sans appliquer le même traitement à celle de VLM.

49 Il y a lieu de relever que le traitement différencié des offres d'Agriconsulting et de VLM est intrinsèquement lié à la question de l'identification des offres anormalement basses et de la procédure qui leur est réservée. Apprécier le bien-fondé des motifs figurant aux points 82 et 83 de l'arrêt attaqué implique donc de revenir sur les obligations qui s'imposent, en la matière, au pouvoir adjudicateur.

50 À cet égard, l'article 139, paragraphe 1, du règlement n° 2342/2002 dispose que, si, pour un marché donné, des offres apparaissent anormalement basses, le pouvoir adjudicateur, avant de rejeter ces offres pour ce seul motif, demande, par écrit, les précisions qu'il juge opportunes sur la composition de l'offre et vérifie de manière contradictoire cette composition en tenant compte des justifications fournies.

51 Ainsi, cette disposition emporte l'obligation pour le pouvoir adjudicateur, premièrement, d'identifier les offres suspectes, deuxièmement, de permettre aux soumissionnaires concernés d'en démontrer le sérieux, en leur réclamant les précisions qu'il juge opportunes, troisièmement, d'apprécier la pertinence des explications fournies par les intéressés et, quatrièmement, de prendre une décision quant à l'admission ou au rejet desdites offres (voir, par analogie, arrêt du 27 novembre 2001, *Lombardini et Mantovani*, C-285/99 et C-286/99, EU:C:2001:640, point 55).

52 Or, ce n'est qu'à la condition que la fiabilité d'une offre soit, a priori, douteuse que les obligations découlant de ladite disposition s'imposent au pouvoir adjudicateur, y compris, en l'occurrence, celle de vérifier en détail le sérieux des prix proposés au moyen des paramètres économiques de référence.

53 En l'espèce, dans la mesure où le comité d'évaluation avait identifié l'offre de la requérante comme étant, de prime abord, anormalement basse et considéré que celle de VLM ne présentait pas, a priori, d'anormalité, il pouvait, sans violer le principe d'égalité de traitement entre les soumissionnaires, enclencher la procédure contradictoire prévue à l'article 139, paragraphe 1, du règlement n° 2342/2002 à l'égard de la première et vérifier en détail ses prix au moyen des paramètres économiques de référence sans appliquer le même traitement à VLM. C'est donc à bon droit que le Tribunal a jugé, aux points 82 et 83 de l'arrêt attaqué, que ces deux entreprises, en ce qui concerne leurs offres respectives, n'étaient pas dans la même situation.

54 Cette conclusion n'est pas remise en cause par l'argument d'Agriconsulting selon lequel le prix d'une offre ne permet pas, à lui seul, de considérer que cette offre est anormalement basse.

55 À cet égard, en l'absence d'une définition de la notion d'« offre anormalement basse » ou de règles permettant l'identification d'une telle offre à l'article 139, paragraphe 1, ou à l'article 146, paragraphe 4, du règlement n° 2342/2002, il appartient au pouvoir

adjudicateur de déterminer la méthode utilisée pour identifier les offres anormalement basses (voir, par analogie, arrêt du 18 décembre 2014, *Data Medical Service*, C-568/13, EU:C:2014:2466, point 49 et jurisprudence citée), sous réserve que cette méthode soit objective et non discriminatoire (voir, par analogie, arrêt du 27 novembre 2001, *Lombardini et Mantovani*, C-285/99 et C-286/99, EU:C:2001:640, points 68 et 69).

56 En l'occurrence, ainsi que l'a relevé le Tribunal aux points 81 et 82 de l'arrêt attaqué, le comité d'évaluation a identifié le caractère anormalement bas de l'offre d'Agriconsulting en comparant le montant de celle-ci au budget total maximal prévu dans le cahier des charges, d'un montant de 2 500 000 euros. Or, tandis que l'offre de VLM était légèrement en dessous de ce budget, celle d'Agriconsulting lui était inférieure de près d'un million d'euros.

57 Contrairement à ce que soutient la requérante, conformément à la jurisprudence rappelée au point 55 du présent arrêt, rien n'empêche le pouvoir adjudicateur de comparer les offres au budget prévisionnel du cahier des charges et d'identifier l'une d'entre elles comme étant, de prime abord, anormalement basse dès lors que le montant de cette offre est considérablement inférieur audit budget prévisionnel. La requérante n'a notamment pas démontré en quoi une telle pratique ne serait pas objective ou serait discriminatoire.

58 Enfin, s'agissant des arguments d'Agriconsulting selon lesquels le Tribunal aurait dû juger que VLM se trouvait, en réalité, dans la même situation qu'elle, il y a lieu de faire observer, d'une part, que la seule circonstance que la requérante conteste la fiabilité de l'offre de VLM ne permet pas de conclure à la comparabilité des situations. Compte tenu des considérations exposées aux points 52 et 53 du présent arrêt, encore aurait-il fallu qu'Agriconsulting établisse les raisons pour lesquelles le pouvoir adjudicateur aurait dû douter, de prime abord, de la fiabilité de l'offre de VLM.

59 D'autre part, il convient de relever que le Tribunal était fondé à considérer, au point 84 de l'arrêt attaqué, que la simulation produite par la requérante était dénuée de pertinence à cet égard. En effet, cette simulation, consistant à vérifier en détail les prix proposés dans l'offre de VLM au moyen des paramètres économiques de référence, n'est pas de nature à démontrer les raisons pour lesquelles, en amont, le pouvoir adjudicateur aurait dû douter du sérieux de cette offre, en dépit du fait que son montant était très proche du budget prévisionnel du cahier des charges.

60 Il s'ensuit que la troisième branche du troisième moyen n'est pas fondée.

61 Concernant, ensuite, la deuxième branche de ce moyen, relative à une prétendue violation du principe du contradictoire, il convient de rappeler que le Tribunal, après avoir énuméré, au point 71 de l'arrêt attaqué, les obligations découlant de l'article 139, paragraphe 1, du règlement n° 2342/2002, dont les termes ont été rappelés au point 50 du présent arrêt, a jugé, aux points 72 à 76 de l'arrêt attaqué, que la procédure contradictoire prévue à cette disposition avait, en l'occurrence, été respectée et que la requérante avait eu la possibilité de justifier de ses coûts et de ses tarifs qui avaient été considérés comme étant excessivement bas.

62 Cependant, Agriconsulting avance, en substance, que le pouvoir adjudicateur ne satisfait aux obligations découlant dudit article 139, paragraphe 1, que lorsque, au-delà du respect formel des étapes de la procédure contradictoire prévue à cette disposition, le soumissionnaire en cause a effectivement été en mesure de justifier de ses coûts et de ses tarifs. En l'espèce, cela impliquerait que la requérante ait été autorisée à fournir des informations complémentaires à celles figurant dans sa lettre de réponse du 29 novembre 2012, dans la mesure où la formulation de la lettre du 22 novembre 2012 de la Commission ne lui aurait pas permis d'apprécier correctement les renseignements demandés par cette institution.

63 À cet égard, il suffit de relever que cet argument repose sur une prémisse factuelle écartée par le Tribunal. En effet, celui-ci a apprécié le contenu de la lettre de la Commission du 22 novembre 2012, au point 77 de l'arrêt attaqué, en ce sens que cette institution avait interrogé la requérante non pas uniquement sur la méthode de calcul des prix contenus dans son offre, mais sur l'ensemble des éléments contribuant à la formation de ces prix.

64 Or, dans la mesure où la Cour ne saurait, dans le cadre d'un pourvoi, en l'absence de dénaturation, revenir sur les faits tels qu'appréciés par le Tribunal, la deuxième branche du troisième moyen est irrecevable.

65 En ce qui concerne, enfin, la première branche de ce moyen, relative à une prétendue dénaturation et déformation de la requête d'Agriconsulting par le Tribunal, il apparaît que la requérante avait fait valoir, au point 68 de sa requête, que l'unité de coût de référence utilisée pour le calcul des coûts des experts était subjective et ne prenait pas en compte le fait qu'elle avait pu négocier des tarifs plus bas avec les experts, ni ses capacités organisationnelles et commerciales.

66 À cet égard, le Tribunal a relevé, aux points 66 et 67 de l'arrêt attaqué, que les affirmations de la requérante selon lesquelles elle aurait pu négocier, avec les experts, des tarifs plus bas que ceux envisagés dans les paramètres économiques de référence n'étaient pas étayées.

67 Par ailleurs, le Tribunal a jugé, au point 68 de cet arrêt, qu'Agriconsulting n'avait pas corroboré, au moyen d'éléments chiffrés, son argument selon lequel l'unité de coût utilisée pour le calcul du coût des experts était un paramètre subjectif. En outre, il a relevé que le fait qu'Agriconsulting invoque des négociations de tarifs avec les experts de même catégorie que les experts des missions principales tend à confirmer que ces coûts étaient plus bas que la norme, sans que, pour autant, des justifications précises aient été

fournies.

68 Il convient ainsi de constater que le Tribunal n'a pas méconnu l'argument de la requérante et y a répondu à suffisance de droit. À cet égard, celui-ci pouvait se limiter à constater qu'Agriconsulting n'avait pas justifié le bien-fondé de ses assertions quant au caractère inadéquat des paramètres économiques de référence et aux tarifs plus bas qu'elle aurait réussi à négocier. La requérante ne soutient d'ailleurs pas que le Tribunal aurait commis une erreur de droit en faisant reposer sur elle la charge d'une telle preuve. Celle-ci n'est donc pas fondée à soutenir qu'il aurait déformé ou dénaturé sa requête.

69 Quant à l'allégation d'Agriconsulting selon laquelle le Tribunal a ignoré la simulation qu'elle avait produite afin de démontrer le caractère arbitraire et non fiable des paramètres économiques de référence, il suffit de rappeler que le pourvoi est limité aux questions de droit. Le Tribunal est dès lors seul compétent pour constater et apprécier les faits pertinents ainsi que pour apprécier la valeur qu'il convient d'attribuer aux éléments de preuve qui lui ont été soumis, sous réserve du cas de la dénaturation desdits faits ou éléments de preuve (ordonnance du 11 novembre 2003, Martínez/Parlement, C-488/01 P, EU:C:2003:608, point 53 et jurisprudence citée).

70 Or, la requérante n'a pas apporté d'éléments de nature à démontrer une telle dénaturation. Au demeurant, il doit être constaté que le Tribunal n'a pas fait abstraction de la simulation litigieuse, celle-ci étant mentionnée dans l'arrêt attaqué à plusieurs reprises, notamment au point 84 de celui-ci. La circonstance que le Tribunal ne l'a pas évoquée aux points 63 à 69 de cet arrêt manifeste, ni plus ni moins, qu'il ne l'a pas jugée probante dans ce contexte, une telle appréciation relevant, toute dénaturation étant exclue, de sa seule compétence.

71 Enfin, s'agissant de l'argument d'Agriconsulting exposé au point 40 du présent arrêt, il convient de relever que, dans la mesure où, aux points 72 à 76 de l'arrêt attaqué, le Tribunal a constaté que la requérante avait eu la possibilité de justifier de ses coûts et de ses tarifs, celui-ci pouvait, à bon droit, lui reprocher de ne pas avoir étayé ses affirmations. En outre, à supposer que la requérante entende, par cet argument, remettre en cause cette constatation du Tribunal, ledit argument est irrecevable, pour les motifs figurant au point 64 du présent arrêt.

72 Il s'ensuit que la première branche du troisième moyen est partiellement irrecevable et partiellement non fondée.

73 En conséquence, le troisième moyen de la requérante doit être rejeté dans son intégralité.

74 Conformément à l'article 139, paragraphe 1, du règlement n° 2342/2002, le caractère anormalement bas de l'offre d'Agriconsulting est un motif suffisant pour justifier en droit le rejet de celle-ci. Or, il ressort de l'ensemble des considérations qui précèdent que la requérante n'a pas été en mesure de démontrer que le Tribunal a commis une erreur de droit en jugeant qu'il n'y avait pas, en l'espèce, de violation suffisamment caractérisée du droit de l'Union en ce qui concerne l'appréciation du caractère anormalement bas de son offre par la Commission.

75 Par conséquent, il n'est pas nécessaire d'apprécier si l'autre motif du rejet de l'offre d'Agriconsulting, à savoir la note qui lui a été attribuée en ce qui concerne le critère d'attribution n° 3, est fondé ou non.

76 En outre, le Tribunal a jugé, au point 105 de l'arrêt attaqué, pour des raisons analogues à celles évoquées au point précédent du présent arrêt, que l'existence d'un lien de causalité ne peut être établie entre une éventuelle irrégularité commise lors de l'appréciation de l'offre au regard du critère d'attribution n° 3 et le manque à gagner correspondant à la perte du marché invoqué par la requérante. Or, si celle-ci mentionne bien, au point 65 de son pourvoi, les développements du Tribunal concernant le lien de causalité, elle ne semble pas vouloir les contester et, en tout état de cause, ne soulève aucun grief en ce sens.

77 Eu égard au caractère cumulatif des conditions auxquelles est subordonné l'engagement de la responsabilité extracontractuelle de l'Union, telle qu'envisagée à l'article 340, deuxième alinéa, TFUE, les considérations qui figurent aux points 74 à 76 du présent arrêt suffisent pour rejeter le pourvoi d'Agriconsulting, sans qu'il soit nécessaire de se prononcer sur le quatrième moyen, relatif à l'examen, par le Tribunal, du manque à gagner qu'elle aurait subi du fait du rejet de son offre (voir, par analogie, arrêts du 19 avril 2007, Holcim (Deutschland)/Commission, C-282/05 P, EU:C:2007:226, point 57, et du 14 octobre 2014, Giordano/Commission, C-611/12 P, EU:C:2014:2282, point 54).

### **Sur les dépens**

78 En vertu de l'article 184, paragraphe 2, du règlement de procédure de la Cour, lorsque le pourvoi n'est pas fondé, la Cour statue sur les dépens.

79 Aux termes de l'article 138, paragraphe 1, de ce règlement, applicable à la procédure du pourvoi en vertu de l'article 184, paragraphe 1, dudit règlement, toute partie qui succombe est condamnée aux dépens s'il est conclu en ce sens. La Commission ayant conclu à la condamnation d'Agriconsulting et cette dernière ayant succombé en son pourvoi, il y a lieu de la condamner aux dépens.

Par ces motifs, la Cour (cinquième chambre) déclare et arrête :

- 1) Le pourvoi est rejeté.**
- 2) Agriconsulting Europe SA est condamnée aux dépens.**

# La notion de pouvoir adjudicateur et les limites de l'exception "in house"

**CJUE 5 octobre 2017, LitspecMet UAB, Aff. C-567/15**

Cette affaire donne l'occasion de préciser la notion de pouvoir adjudicateur mais également de rappeler les limites de l'exception "in house"

## Règle n°1: la notion de pouvoir adjudicateur

Un tribunal lituanien a saisi la CJUE d'une question préjudicielle afin de déterminer si une société commerciale, VRLD, filiale à 100% de la société nationale des chemins de fer lituaniens qui est un pouvoir adjudicateur et réalisant près 90% de son chiffre d'affaires avec sa maison mère, est elle-même un « organisme public » pouvoir adjudicateur au sens du point 9 de l'article 1er de la directive 2004/18/CE(1).

Eu égard à la circonstance de l'espèce, la CJUE, dans son arrêt du 5 octobre 2017(2), relève que la seule question à analyser porte sur le point de savoir si la filiale constitue ou non un « organisme créé pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial », au sens de l'article 1er, paragraphe 9, deuxième alinéa, sous a), de la directive 2004/18/CE.

Or, dans le cas d'espèce, la décision de renvoi fait ressortir que la filiale a été créée après la restructuration de la société des chemins de fer lituaniens et tant la fondation de la filiale que son activité sont toujours consacrées à satisfaire les besoins de sa fondatrice, à savoir des besoins d'intérêt général. L'activité de la filiale, notamment la production et l'entretien de locomotives et de voitures ainsi que la fourniture de ces produits et de ces services à la société des chemins de fers lituaniens, apparaît nécessaire pour que cette dernière puisse exercer son activité destinée à satisfaire les besoins d'intérêt général.

Par conséquent, une société qui, d'une part, est détenue entièrement par un pouvoir adjudicateur dont l'activité est de satisfaire des besoins d'intérêt général et qui, d'autre part, réalise tant des opérations pour ce pouvoir adjudicateur que des opérations sur le marché concurrentiel doit être qualifiée d'« organisme de droit public », pour autant que les activités de cette société sont nécessaires pour que ledit pouvoir adjudicateur puisse exercer son activité et que, afin de satisfaire des besoins d'intérêt général, ladite société se laisse guider par des considérations autres qu'économiques. Est dépourvu d'incidence, à cet égard, le fait que la valeur des opérations internes puisse dans l'avenir représenter moins de 90 %, ou une partie non essentielle, du chiffre d'affaires global de la société.

## Règle n°2: les limites de l'exception "in house"

L'exception dite « *in house* » « est justifiée par la considération qu'une autorité publique, qui est un pouvoir adjudicateur, a la possibilité d'accomplir les tâches d'intérêt public qui lui incombent par ses propres moyens, administratifs, techniques et autres, sans être obligée de faire appel à des entités externes n'appartenant pas à ses services, et que cette exception peut être étendue aux situations dans lesquelles le cocontractant est une entité juridiquement distincte du pouvoir adjudicateur, lorsque ce dernier exerce sur l'attributaire un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services et que cette entité réalise l'essentiel de son activité avec le ou les pouvoirs adjudicateurs qui la détiennent [...]. Dans de tels cas, il peut être considéré que le pouvoir adjudicateur a recours à ses propres moyens ».

Le pouvoir adjudicateur conclut un marché non pas avec une autre entité, mais en réalité avec lui-même, compte tenu de son lien avec l'entité formellement distincte. Il s'agit à proprement parler non pas d'une attribution d'un marché, mais simplement d'une commande ou d'une mission, que l'autre « partie » n'est pas en droit de refuser, quelle que soit la forme que l'une ou l'autre prend.

Il est donc logique, dans le cadre strict établi par la jurisprudence de la Cour, de soustraire les relations économiques entre un pouvoir adjudicateur et une entité qui lui est subordonnée aux procédures formelles encadrant les marchés publics régies par les directives, lorsque cette entité agit en tant que simple instrument au service du pouvoir adjudicateur et qu'elle est soumise au même contrôle que celui qu'il exerce sur ses (autres) services.

L'arrêt commenté a le mérite de rappeler que lorsque l'entité subordonnée a besoin d'acquérir des biens, des services ou des

fournitures à des tiers, voire de réaliser des travaux, elle est tenue de respecter les règles de publicité et de mise en concurrence. Cette solution est logique mais elle méritait d'être rappelée par la Cour pour éviter de contourner facilement l'application de la réglementation.

---

## Précisions sur le caractère manifestement excessif des pénalités de retard

### **CE 19 juillet 2017, centre hospitalier interdépartemental de psychiatrie de l'enfant et de l'adolescent, n°392707**

Le centre hospitalier interdépartemental de psychiatrie de l'enfant et de l'adolescent (CHIPEA) avait confié à la société GBR Ile-de-France la réalisation d'une mission de travaux consistant en la transformation d'un centre médico-psychologique et d'accueil thérapeutique à temps partiel pour les enfants et les adolescents. Les travaux avaient été réceptionnés avec trois ans de retard. En conséquence, le CHIPEA avait notifié à la société GBR Ile-de-France, un décompte général contenant des pénalités de retard d'un montant de 663.686,66 euros H.T. La société GBR a contesté ce décompte devant le Tribunal administratif de Melun. Ce dernier a considéré que le retard dans le commencement du chantier n'était imputable à l'entreprise qu'à compter du 27 novembre 2008 et non du 10 octobre 2007 comme le soutenait le CHIPEA mais qu'il était responsable de la totalité des retards d'exécution, il a donc ramené le montant des pénalités de retard à la somme de 308.025,55 euros.

Les deux parties ont interjeté appel de la décision du Tribunal administratif de Melun. Par un arrêt en date du 15 juin 2015, la Cour administrative d'appel de Paris avait dans un premier temps considéré que le solde du décompte en défaveur de la société GBR établi par le TA de MELUN était manifestement excessif. La Cour administrative d'appel avait donc réduit ce montant à la somme de 66.392,45 euros.

Les deux parties se sont pourvues en cassation.

#### **Règle n°1 : Les pénalités de retard sont évaluées forfaitairement**

Dans un premier temps, le Conseil d'Etat précise que les pénalités de retard prévues dans les clauses d'un marché public ont pour objet de réparer forfaitairement le préjudice qu'est susceptible de causer au pouvoir adjudicateur le non-respect, par le titulaire du marché, des délais d'exécution contractuellement prévus. Ces pénalités sont applicables au seul motif qu'un retard dans l'exécution du marché est constaté et ce, alors même que le pouvoir adjudicateur n'aurait subi aucun préjudice ou que le montant des pénalités mises à la charge du titulaire du marché qui résulte de leur application serait supérieur au préjudice subi.

#### **Règle n°2 : Le Juge du contrat dispose de la faculté de moduler le montant des pénalités de retard**

Ensuite, le Conseil d'Etat rappelle les termes de son arrêt OPHLM de Puteaux (Conseil d'Etat, 29 décembre 2008, n°296930), par lequel il a été reconnu au juge du contrat, à titre exceptionnel, le pouvoir de modérer ou d'augmenter les pénalités de retard résultant du contrat si elles atteignent un montant manifestement excessif ou dérisoire, eu égard au montant du marché et compte tenu de l'ampleur du retard constaté dans l'exécution des prestations.

#### **Règle n°3 : Sur les limites qui s'imposent au juge du contrat dans la modulation des pénalités de retard.**

Enfin, et c'est l'apport principal de cette décision, le Conseil d'Etat fixe les limites dans lesquelles le juge du contrat peut modérer ou augmenter les pénalités de retard dues dans le cadre d'un marché. En l'espèce, les juges du Palais Royal considèrent que lorsque le juge du contrat est saisi par le titulaire du marché de conclusions tendant à ce qu'il modère les pénalités de retard mises à sa charge, il lui appartient de fournir aux juges tous les éléments de nature à établir dans quelle mesure les pénalités présentent un caractère excessif.

En l'occurrence, la Cour administrative d'appel avait modéré les pénalités de retard sans vérifier si celle-ci était conforme aux pratiques observées pour des marchés comparables ou aux caractéristiques particulières du marché en litige. Enfin, le Conseil d'Etat précise que la Cour d'appel ne pouvait réduire les pénalités à un montant inférieur au préjudice subi par le pouvoir adjudicateur sans vérifier, au préalable, l'étendue de ce préjudice.

## Lecture du mercredi 19 juillet 2017

### REPUBLIQUE FRANCAISE AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

Vu la procédure suivante :

La société GBR Ile-de-France a demandé au tribunal administratif de Melun d'annuler la décision du 20 octobre 2011 du centre hospitalier interdépartemental de psychiatrie de l'enfant et de l'adolescent rejetant son mémoire de réclamation et de condamner ce dernier à lui verser la somme de 663 686,66 euros toutes taxes comprises au titre du solde d'un marché de travaux relatif à la construction d'un centre médico-psychologique. Par un jugement n° 1203172 du 12 février 2014, le tribunal administratif de Melun a fixé le solde du marché à la somme de 308 025,55 euros toutes taxes comprises en défaveur de la société GBR Ile-de-France, condamné cette société à verser ladite somme au centre hospitalier interdépartemental de psychiatrie de l'enfant et de l'adolescent et rejeté le surplus des conclusions de la société GBR Ile-de-France.

Par un arrêt n° 14PA01703 du 15 juin 2015, la cour administrative d'appel de Paris a, sur appel de la société GBR Ile-de-France, fixé le solde du marché à la somme de 66 392,45 euros en défaveur de la société GBR Ile-de-France, condamné la société GBR Ile-de-France à verser cette somme au centre hospitalier interdépartemental de l'enfant et de l'adolescent et rejeté le surplus des conclusions de la demande de la société GBR Ile-de-France devant le tribunal administratif et de ses conclusions d'appel.

Par un pourvoi sommaire et un mémoire complémentaire, enregistrés les 17 août et 18 novembre 2015 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, le centre hospitalier interdépartemental de psychiatrie de l'enfant et de l'adolescent demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler cet arrêt ;

2°) de mettre à la charge de la société GBR Ile-de-France la somme de 4 500 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu :

- le code civil, notamment son article 1152 ;
- le code des marchés publics ;
- le code de justice administrative ;

Après avoir entendu en séance publique :

- le rapport de Mme Charline Nicolas, maître des requêtes,
- les conclusions de M. Gilles Pellissier, rapporteur public.

Sur les conclusions du pourvoi du centre hospitalier interdépartemental de psychiatrie de l'enfant et de l'adolescent :

En ce qui concerne les conclusions tendant à l'annulation de l'arrêt attaqué en tant qu'il a confirmé la décharge des pénalités de retard pour la période allant du 10 octobre 2007 au 26 novembre 2008 :

1. Considérant, en premier lieu, qu'il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond qu'en vertu du a) de l'article 8.6.1 du cahier des clauses administratives particulières (CCAP) du marché en litige : " L'entrepreneur est réputé avoir, à la remise de son offre (...) apprécié exactement toutes les conditions d'exécution des ouvrages et s'être parfaitement et totalement rendu compte de leur importance et de leurs particularités " et " contrôlé toutes les indications des documents d'appel à la concurrence notamment celles données par le CCTP, les plans et dessins, s'être entouré de tous les renseignements complémentaires éventuels du maître d'oeuvre, et après avoir pris tous renseignements utiles auprès des services publics ou de caractère public (...) " ; que le rapport d'expertise rendu le 13 juillet 2011 souligne que " l'impossibilité de réaliser le projet selon la solution du bureau d'études Théta Ingénierie est avérée, mais ce point aurait dû être détecté par l'entreprise GBR Ile-de-France : 1 / durant la période d'analyse du DCE que devait effectuer l'entreprise pour établir son offre de prix (phase d'appel d'offre en vue de l'établissement de sa proposition) (...) " ; que, toutefois, comme le relève ce même rapport en page 66, ces incohérences n'ont pas été relevées par le groupement de maîtrise d'oeuvre ni par l'économiste de la construction pourtant en charge de la rédaction des documents de la consultation ; que, dès lors, en considérant, par adoption des motifs des premiers juges, qu'il ne résultait pas de l'instruction que les erreurs commises par le bureau d'études Théta Ingénieries auraient pu être relevées par la société GBR Ile-de-France avant le dépôt de son offre, la cour administrative d'appel de Paris, qui a suffisamment motivé son arrêt sur ce point, s'est livrée à une appréciation souveraine des pièces du dossier qui lui était soumis, sans les dénaturer ;
2. Considérant, en second lieu, qu'il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond qu'en vertu de l'article 8.1.2 du même CCAP, les plans d'exécution des ouvrages devaient être établis par les entreprises et soumis à l'approbation du maître d'oeuvre et du bureau de contrôle et que cette approbation ne concernait que la conformité aux dispositions du

marché, " les entreprises restant responsables en cas d'erreurs non signalées dans les documents de base ou d'erreurs dans les documents d'exécution " ; que, par conséquent, après avoir relevé que, par un courrier du 10 octobre 2007, soit à la fin de la période contractuellement prévue de préparation du chantier, la société GBR Ile-de-France avait fait valoir un certain nombre de difficultés et d'incertitudes dans les documents de consultation tenant à l'insuffisante épaisseur des profilés métalliques, la cour administrative d'appel de Paris, qui a suffisamment motivé son arrêt sur ce point, s'est livrée à une appréciation souveraine des pièces du dossier, sans les dénaturer, en jugeant que la société GBR Ile-de-France était fondée à soutenir que le retard dans le commencement des travaux ne lui était pas imputable ;

3. Considérant, en troisième lieu, qu'il ressort des motifs du jugement du tribunal administratif de Melun, adoptés par la cour dans son arrêt, que le tribunal s'est fondé sur la circonstance que la société GBR Ile-de-France, postérieurement au courrier du 10 octobre 2007 par lequel elle avait informé le maître d'oeuvre des difficultés rencontrées, avait continué d'assister aux réunions de chantiers et avait tenté avec le mandataire du groupement de maîtrise d'oeuvre de trouver une solution aux problèmes de structure, pour en déduire qu'elle n'avait pas manifesté la volonté d'interrompre l'exécution du chantier et que des pénalités de retard ne pouvaient lui être imputées à ce titre ; que c'est par un motif surabondant que le tribunal a relevé qu'il ne résultait pas de l'instruction que la société GBR Ile-de-France n'aurait pas réalisé les études d'exécution prévues par les stipulations contractuelles ; que les moyens du pourvoi dirigés contre ce motif adopté par la cour sont, dès lors, inopérants ;

En ce qui concerne les conclusions tendant à l'annulation de l'arrêt attaqué en tant qu'il a procédé à la modulation des pénalités de retard infligées à la société GBR Ile-de-France :

4. Considérant que les pénalités de retard prévues par les clauses d'un marché public ont pour objet de réparer forfaitairement le préjudice qu'est susceptible de causer au pouvoir adjudicateur le non-respect, par le titulaire du marché, des délais d'exécution contractuellement prévus ; qu'elles sont applicables au seul motif qu'un retard dans l'exécution du marché est constaté et alors même que le pouvoir adjudicateur n'aurait subi aucun préjudice ou que le montant des pénalités mises à la charge du titulaire du marché qui résulte de leur application serait supérieur au préjudice subi ;
5. Considérant que si, lorsqu'il est saisi d'un litige entre les parties à un marché public, le juge du contrat doit, en principe, appliquer les clauses relatives aux pénalités dont sont convenues les parties en signant le contrat, il peut, à titre exceptionnel, saisi de conclusions en ce sens par une partie, modérer ou augmenter les pénalités de retard résultant du contrat si elles atteignent un montant manifestement excessif ou dérisoire, eu égard au montant du marché et compte tenu de l'ampleur du retard constaté dans l'exécution des prestations ;
6. Considérant qu'il résulte de ce qui a été dit au point 4 que lorsque le titulaire du marché saisit le juge de conclusions tendant à ce qu'il modère les pénalités mises à sa charge, il ne saurait utilement soutenir que le pouvoir adjudicateur n'a subi aucun préjudice ou que le préjudice qu'il a subi est inférieur au montant des pénalités mises à sa charge ; qu'il lui appartient de fournir aux juges tous éléments, relatifs notamment aux pratiques observées pour des marchés comparables ou aux caractéristiques particulières du marché en litige, de nature à établir dans quelle mesure ces pénalités présentent selon lui un caractère manifestement excessif ; qu'au vu de l'argumentation des parties, il incombe au juge soit de rejeter les conclusions dont il est saisi en faisant application des clauses du contrat relatives aux pénalités, soit de rectifier le montant des pénalités mises à la charge du titulaire du marché dans la seule mesure qu'impose la correction de leur caractère manifestement excessif ;
7. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que la cour administrative d'appel de Paris a commis une erreur de droit en réduisant le montant des pénalités à la charge de la société GBR Ile-de-France sans s'assurer du caractère manifestement excessif des pénalités au regard notamment des pratiques observées pour des marchés comparables ou des caractéristiques particulières du marché en litige ; qu'elle a également commis une erreur de droit en réduisant les pénalités à un montant qui ne pouvait, en tout état de cause, être regardé comme corrigeant leur caractère manifestement excessif dès lors qu'il était soutenu, ce qu'il lui incombait de vérifier, que ce montant était inférieur au préjudice subi ; que, par suite et sans qu'il soit besoin d'examiner le moyen d'insuffisance de motivation soulevé à l'encontre de cette partie de l'arrêt, l'arrêt de la cour doit être annulé en tant qu'il se prononce sur la modulation des pénalités de retard ;

Sur les conclusions du pourvoi incident de la société GBR Ile-de-France :

En ce qui concerne les conclusions tendant à l'annulation de l'arrêt en tant qu'il a rejeté les conclusions tendant à la décharge des pénalités de retard pour la période allant du 27 novembre 2008 au 24 décembre 2009 :

8. Considérant qu'en estimant, par adoption des motifs du jugement du tribunal administratif, que la société ne justifiait pas avoir été dans l'impossibilité de réaliser les travaux prescrits par l'ordre de service n° 4 et que la liquidation judiciaire du cabinet Léothaud architecture, mandataire du groupement de maîtrise d'oeuvre, intervenue postérieurement, ne pouvait justifier son retard, la cour administrative d'appel s'est livrée à une appréciation souveraine des pièces du dossier, qui n'est pas entachée de dénaturation ; que les conclusions du pourvoi incident sur ce point doivent être rejetées ;

En ce qui concerne les autres conclusions du pourvoi incident :

9. Considérant que la présente décision annule la partie de l'arrêt de la cour relative à la modulation des pénalités de retard ;

que les conclusions du pourvoi incident de la société GBR Ile-de-France relatives à cette modulation sont devenues sans objet et qu'il n'y a, dès lors, plus lieu d'y statuer ;

10. Considérant que, dès lors que la présente décision rejette ses conclusions tendant à l'annulation de l'arrêt en tant qu'il porte sur le bien-fondé des pénalités de retard infligées à la société GBR Ile-de-France, les conclusions du pourvoi incident tendant à l'annulation de l'arrêt en tant qu'il statue sur la charge des frais de l'expertise ne peuvent qu'être rejetées ;
11. Considérant qu'il n'y a pas lieu, dans les circonstances de l'espèce, de faire droit aux conclusions présentées par le centre hospitalier interdépartemental de psychiatrie de l'enfant et de l'adolescent et à celles présentées par la société GBR Ile-de-France au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

D E C I D E :

-----  
Article 1er : L'arrêt de la cour administrative d'appel de Paris du 15 juin 2015 est annulé en tant qu'il se prononce sur la modulation des pénalités de retard.

Article 2 : L'affaire est renvoyée, dans cette mesure, à la cour administrative d'appel de Paris.

Article 3 : Il n'y a pas lieu de statuer sur les conclusions du pourvoi incident de la société GBR Ile-de-France tendant à l'annulation de l'arrêt de la cour administrative d'appel de Paris du 15 juin 2015 en tant qu'il se prononce sur la modulation des pénalités de retard.

Article 4 : Le surplus des conclusions du pourvoi du centre hospitalier interdépartemental de psychiatrie de l'enfant et de l'adolescent et le surplus des conclusions du pourvoi incident de la société GBR Ile-de-France sont rejetés, ainsi que les conclusions des parties tendant à l'application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 5 : La présente décision sera notifiée au centre hospitalier interdépartemental de psychiatrie de l'enfant et de l'adolescent et à la société GBR Ile-de-France.

---

## Précisions utiles sur les modalités d'appréciation de la condition d'urgence à suspendre l'exécution d'un contrat

**CE 18 septembre 2017, M.AG...R, req.n°408894**

Dans cette affaire, le Conseil d'Etat rappelle que les membres de l'organe délibérant d'une collectivité territoriale ou d'un groupement de collectivités territoriales qui a conclu un contrat administratif sont recevables à former devant le juge du contrat un recours en contestation de la validité de celui-ci et peuvent assortir ce recours d'une demande tendant à la suspension de son exécution sur le fondement de l'article L. 521-1 du code de justice administrative.

L'intérêt de l'arrêt ne réside pas dans ce rappel mais dans les précisions que le Conseil d'Etat apporte sur les modalités d'appréciation de la condition d'urgence à suspendre l'exécution d'un contrat dans le cadre d'un référé formé par des membres de l'assemblée délibérante de la personne publique contractante.

Les faits de l'espèce étaient les suivants : par une délibération du 15 décembre 2016, le conseil communautaire d'une communauté de communes a approuvé l'attributaire d'un marché de conception réalisation d'une piscine intercommunale et autorisé son président à signer le marché. Cet établissement public a par la suite fusionné avec deux autres établissements publics qui se sont vu transférés les droits et obligations de ce marché.

Plusieurs conseillers du nouveau conseil communautaire ont alors décidé de saisir le Tribunal administratif de Lyon d'un recours en contestation de la validité du contrat tout en introduisant parallèlement un référé tendant à la suspension de son exécution. Par une ordonnance du 27 février 2017, le juge du référé a rejeté leur demande au motif que la condition d'urgence n'était pas remplie.

En cassation, le Conseil d'Etat confirme l'ordonnance au regard des circonstances de l'espèce.

### **Règle n°1 : L'appréciation de la condition d'urgence s'apprécie in concreto**

Le Conseil d'Etat rappelle tout d'abord la règle générale selon laquelle il appartient au juge des référés d'apprécier **concrètement, compte tenu des justifications fournies par le requérant**, si les effets de l'acte contesté sont de nature à caractériser une urgence justifiant que, sans attendre le jugement de la requête au fond, l'exécution de la décision soit suspendue. **L'urgence doit**



**donc être appréciée objectivement compte tenu de l'ensemble des circonstances de l'affaire.**

Plus précisément, pour apprécier si la condition d'urgence est remplie dans le cadre d'un référé tendant à la suspension de l'exécution d'un contrat introduit par les membres d'un organe délibérant d'un pouvoir adjudicateur, le Conseil d'Etat rappelle que le juge du référé suspension doit prendre en compte tous éléments dont se prévalent les requérants qui sont de nature à caractériser une atteinte suffisamment grave et immédiate à leurs prérogatives ou aux conditions d'exercice de leur mandat, aux intérêts de la collectivité ou du groupement de collectivités publiques dont ils sont les élus ou, le cas échéant, à tout autre intérêt public.

### **Règle n°2: La preuve de l'urgence à suspendre l'exécution d'un contrat public**

La condition d'urgence reste subordonnée à l'existence d'éléments de nature à établir la gravité et l'immédiateté des atteintes que l'exécution du contrat est susceptible de porter aux intérêts invoqués. Ainsi, lorsque le contrat a pour objet la construction d'un ouvrage public : il convient de démontrer que son exécution est susceptible de produire des effets irréversibles à brefs délais et d'une certaine ampleur pour qu'ils puissent être considérés comme constitutifs d'une situation d'urgence.

Le Conseil d'Etat considère ainsi qu'une atteinte suffisamment grave et immédiate aux intérêts défendus par les membres de l'organe délibérant d'une collectivité territoriale ou d'un groupement de collectivités territoriales est susceptible d'être caractérisée lorsque le coût des travaux qui font l'objet d'un marché public risque d'affecter de façon substantielle les finances de la collectivité ou du groupement concerné et que l'engagement des travaux est imminent et difficilement réversible.

Il appartient au requérant de démontrer qu'en cas d'exécution du contrat, le coût que représentera pour l'acheteur public la résolution ou la résiliation du contrat qui pourra être prononcée par le juge du contrat s'il fait droit à leur recours dans le cadre de l'instance au fond, sera tel qu'il est préférable de suspendre de suite son exécution. En d'autres termes, pour remplir la condition d'urgence, il est nécessaire de démontrer l'importance des conséquences financières de l'exécution du contrat même pendant la durée de l'instance contentieuse au fond.

Appliquant cette grille de lecture, le Conseil d'Etat considère qu'au cas présent, la condition de l'urgence n'est pas remplie dans la mesure où les requérants se bornaient à prétendre que le contrat a été conclu pour un montant supérieur d'environ 17 % à l'estimation initiale sans apporter d'éléments concrets de nature à établir l'existence d'un risque pour les finances locales.

Par ailleurs, le Conseil d'Etat considère en l'espèce que la circonstance que le contrat ait été conclu par une communauté de communes avant que celle-ci ne fusionne, avec deux autres communautés de communes et que, par suite, cette dernière soit tenue d'exécuter un contrat sur lequel elle ne s'est pas prononcée, découle de l'application des règles relatives aux fusions d'établissements publics de coopération intercommunale et ne peut de ce fait être regardée comme portant une atteinte grave et immédiate aux intérêts défendus par les membres du conseil communautaire du nouvel établissements publics nés de cette fusion.

### **Règle n°3 : La condition d'urgence doit s'apprécier indépendamment des moyens relatifs à la validité du contrat contesté**

Enfin, le Conseil d'Etat considère également qu'à supposer que le choix de recourir à un marché de conception-réalisation puisse être considéré comme illégal, une telle illégalité ne saurait être regardée, par elle-même, comme constitutive d'une situation d'urgence au sens de l'article L. 521 1 du code de justice administrative. En clair, les éventuelles irrégularités qui peuvent entacher la procédure de passation d'un contrat ne peuvent pas être invoquées au titre de l'urgence mais uniquement au titre de la condition tenant à l'existence d'un doute sérieux quant à la légalité du contrat.

Dans cet arrêt, le Conseil d'Etat rappelle que la condition d'urgence doit être appréciée uniquement au regard des conséquences de l'exécution du contrat dont la suspension est demandée et non au regard des éventuelles irrégularités qui peuvent entacher sa procédure de passation. Afin qu'un référé suspension puisse espérer prospérer, les requérants ont donc tout intérêts à bien distinguer dans leur requête les conclusions permettant de démontrer l'urgence à suspendre et les conclusions tendant à démontrer l'illégalité manifeste du contrat, ces dernières ne pouvant en aucun cas espérer justifier une quelconque urgence.

Conseil d'Etat

**N° 408894**

**7ème - 2ème chambres réunies**

Lecture du lundi 18 septembre 2017

**REPUBLIQUE FRANCAISE  
AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS**

Vu la procédure suivante :

1. AG...R..., M. D...F..., M. S...Z..., M. AB...AC..., M. I...H..., M. AF...Y..., M. N...M..., M. J...T..., M. D...C..., M. E...O..., M. A...AE..., B...AD...AA..., B...W...U..., M. V...Q..., M. X...G..., M. P...L...et M. AG... K...ont demandé au juge des référés du tribunal administratif de Lyon d'ordonner, sur le fondement de l'article L. 521-1 du code de justice administrative, la suspension de l'exécution du marché public de conception-réalisation passé par la communauté de communes Centre Dombes avec la société Citinea, mandataire commun d'un groupement d'entreprises, pour la restructuration de la piscine intercommunale de Villars-les-Dombes. Par une ordonnance n° 1701388 du 27 février 2017, le juge des référés du tribunal administratif de Lyon a rejeté leur demande.

Par un pourvoi sommaire, enregistré le 14 mars 2017 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, M. AG...R..., M. D...F..., M. S...Z..., M. AB...AC..., M. I...H..., M. AF...Y..., M. N...M..., M. J... T..., M. D...C..., M. E...O..., M. A...AE..., B...AD...AA..., B...W...U..., M. V...Q..., M. X...G..., M. P...L...et M. AG...K...demandent au Conseil d'Etat d'annuler cette ordonnance.

Par un mémoire complémentaire et un mémoire en réplique, enregistrés les 28 mars et 5 septembre 2017 au secrétariat du Conseil d'Etat, les requérants demandent au Conseil d'Etat :

1°) en ce qui concerne MM.Z..., AC..., M..., Q..., G..., L..., K...et B...U..., de leur donner acte de leur désistement d'instance ;

2°) en ce qui concerne les autres requérants, de statuer en référé après cassation, de faire droit à leur demande de première instance et de mettre à la charge de la communauté de communes de la Dombes, venant aux droits de la communauté de communes Centre Dombes, la somme de 4 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu :

- le code général des collectivités territoriales ;
- l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 ;
- le décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 ;
- le code de justice administrative ;

1. Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis au juge des référés que la communauté de communes Centre Dombes a décidé d'attribuer, le 15 décembre 2016, à la société Citinea, mandataire commun d'un groupement d'entreprises, un marché public de conception-réalisation relatif à la restructuration de la piscine intercommunale de Villars-les-Dombes, pour un montant de 5 420 000,20 euros TTC ; que, par un arrêté du préfet de l'Ain du 1er décembre 2016, la communauté de communes Centre Dombes a été fusionnée avec deux autres communautés de communes pour constituer, à compter du 1er janvier 2017, la communauté de communes de la Dombes ; que cet arrêté prévoit que les biens, droits et obligations des communautés de communes fusionnées sont transférés à la communauté de communes issue de la fusion et que celle-ci leur est substituée pour l'exécution des contrats conclus antérieurement ; que, sur le fondement des dispositions de l'article L. 521-1 du code de justice administrative, M. AG...R...et seize autres conseillers communautaires de la communauté de communes de la Dombes ont saisi le juge des référés du tribunal administratif de Lyon, le 24 février 2017, d'une demande de suspension de l'exécution de ce marché public ; que, par une ordonnance du 27 février 2017, contre laquelle M. AG...R...et les autres demandeurs de première instance se pourvoient en cassation, le juge des référés du tribunal administratif de Lyon, statuant en application de l'article L. 522-3 du code de justice administrative, a rejeté cette demande ;

Sur les conclusions de MM.Z..., AC..., M..., Q..., G..., L..., K...et AH...B...U...tendant à ce qu'il soit donné acte de leur désistement d'instance :

2. Considérant que le désistement d'instance de MM.Z..., AC..., M..., Q..., G..., L..., K...et AH...B...U...est pur et simple ; que rien ne s'oppose à ce qu'il en soit donné acte ;

Sur le pourvoi présenté par MM.R..., F..., H..., Y..., T..., C..., O..., AE...et B...AA...:

3. Considérant qu'aux termes de l'article L. 521-1 du code de justice administrative : " Quand une décision administrative, même de rejet, fait l'objet d'une requête en annulation ou en réformation, le juge des référés, saisi d'une demande en ce sens, peut ordonner la suspension de l'exécution de cette décision, ou de certains de ses effets, lorsque l'urgence le justifie et qu'il est fait état d'un moyen propre à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité de la décision (...) " ;
4. Considérant que l'urgence justifie que soit prononcée la suspension de l'exécution d'un contrat administratif lorsque celle-

- ci porte atteinte, de manière suffisamment grave et immédiate, à un intérêt public, à la situation du requérant ou aux intérêts qu'il entend défendre ; qu'il appartient au juge des référés d'apprécier concrètement, compte tenu des justifications fournies par le requérant, si les effets de l'acte contesté sont de nature à caractériser une urgence justifiant que, sans attendre le jugement de la requête au fond, l'exécution de la décision soit suspendue ; que l'urgence doit être appréciée objectivement et compte tenu de l'ensemble des circonstances de l'affaire ;
5. Considérant qu'il résulte des énonciations de l'ordonnance attaquée que, pour juger qu'était impropre à caractériser une situation d'urgence le caractère imminent et difficilement réversible des travaux de réalisation de l'ouvrage faisant l'objet du marché, dont se prévalait les demandeurs, le juge des référés du tribunal administratif de Lyon s'est fondé sur la seule circonstance que ceux-ci contestaient les conditions dans lesquelles le marché avait été passé et non le principe même de la construction ; que, toutefois, ainsi qu'il a été dit au point 4, il appartient au juge des référés, lorsqu'il statue, dans le cadre fixé par l'article L. 521-1 du code de justice administrative, sur la condition tenant à l'urgence, d'apprécier si les effets de l'acte contesté sont de nature à caractériser une telle situation, indépendamment de l'examen des moyens soulevés devant lui pour établir l'existence d'un doute sérieux quant à la légalité de cet acte ; que le juge des référés a ainsi entaché son ordonnance d'erreur de droit ; que, par suite, les requérants sont fondés, sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens du pourvoi, à en demander l'annulation ;
  6. Considérant que, dans les circonstances de l'espèce, il y a lieu, en application de l'article L. 821-2 du code de justice administrative, de régler l'affaire au titre de la procédure de référé engagée
  7. **Considérant que les membres de l'organe délibérant de la collectivité territoriale ou du groupement de collectivités territoriales qui a conclu un contrat administratif, ou qui se trouve substitué à l'une des parties à un tel contrat, sont recevables à former devant le juge du contrat un recours de pleine juridiction contestant la validité de celui-ci, dès lors que ce recours est exercé dans un délai de deux mois à compter de l'accomplissement des mesures de publicité appropriées relatives à sa conclusion, et peuvent l'assortir d'une demande tendant, sur le fondement de l'article L. 521-1 du code de justice administrative, à la suspension de son exécution ; que, pour apprécier si la condition d'urgence est remplie, le juge des référés peut prendre en compte tous éléments, dont se prévalent ces requérants, de nature à caractériser une atteinte suffisamment grave et immédiate à leurs prérogatives ou aux conditions d'exercice de leur mandat, aux intérêts de la collectivité ou du groupement de collectivités publiques dont ils sont les élus ou, le cas échéant, à tout autre intérêt public ;**
  8. **Considérant que si une atteinte suffisamment grave et immédiate aux intérêts défendus par les membres de l'organe délibérant d'une collectivité territoriale ou d'un groupement de collectivités territoriales est susceptible d'être caractérisée lorsque le coût des travaux qui font l'objet d'un marché public risque d'affecter de façon substantielle les finances de la collectivité ou du groupement concerné et que l'engagement des travaux est imminent et difficilement réversible, les requérants, qui se bornent à observer que le contrat a été conclu pour un montant supérieur d'environ 17 % à l'estimation initiale, n'apportent aucun élément de nature à établir l'existence d'un tel risque ; que, par ailleurs, la circonstance que le contrat ait été conclu par la communauté de communes Centre Dombes avant que celle-ci ne fusionne, avec deux autres communautés de communes, au sein de la communauté de communes de la Dombes, et que, par suite, cette dernière soit tenue d'exécuter un contrat sur lequel elle ne s'est pas prononcée, découle de l'application des règles relatives aux fusions d'établissements publics de coopération intercommunale et ne saurait, dès lors, être regardée comme portant une atteinte grave et immédiate aux intérêts défendus par les membres du conseil communautaire de la communauté de communes de la Dombes ; qu'enfin, à supposer que le choix de recourir à un marché de conception-réalisation ait été en l'espèce illégal, une telle illégalité ne saurait être regardée, par elle-même, comme constitutive d'une situation d'urgence au sens de l'article L. 521 1 du code de justice administrative ;**
  9. Considérant qu'il résulte de ce qui précède, sans qu'il soit besoin de se prononcer sur l'existence de moyens propres à susciter un doute sérieux quant à la légalité de l'acte attaqué, que la demande de M. R...et autres doit être rejetée ;
  10. Considérant que les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce qu'une somme soit mise, à ce titre, à la charge de la communauté de communes de la Dombes, qui n'est pas, dans la présente instance, la partie perdante ; qu'il y a lieu, en revanche, de mettre à la charge de MM.R..., F..., H..., Y..., T..., C..., O..., AE...et AH...B...AA...la somme globale de 3 000 euros à verser à la communauté de communes de la Dombes au titre des mêmes dispositions ;

DECIDE :

-----

Article 1er : Il est donné acte du désistement d'instance de MM.Z..., AC..., M..., Q..., G..., L..., K...et AH...B...U....

Article 2 : L'ordonnance du 27 février 2017 du tribunal administratif de Lyon est annulée.

Article 3 : La demande de M. R...et autres ainsi que leurs conclusions présentées au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 4 : M. AG...R..., M. D...F..., M. I...H..., M. AF...Y..., M. J...T..., M. D...C..., M. E...O..., M. A...AE...et B...AD...AA...verseront à la communauté de communes de la Dombes une somme globale de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 5 : La présente décision sera notifiée à M. AG...R..., représentant unique, pour l'ensemble des requérants, ainsi qu'à la communauté de communes de la Dombes.

Référé tendant à la suspension de l'exécution d'un contrat introduit par les membres de l'organe délibérant de la collectivité territoriale ou du groupement de collectivités territoriales.... „Pour apprécier si la condition d'urgence est remplie, le juge des référés peut prendre en compte tous éléments dont se prévalent ces requérants de nature à caractériser une atteinte suffisamment grave et immédiate à leurs prérogatives ou aux conditions d'exercice de leur mandat, aux intérêts de la collectivité ou du groupement de collectivités publiques dont ils sont les élus ou, le cas échéant, à tout autre intérêt public.