

Lettre d'information

—

Contrats et projets publics

Octobre, novembre, décembre 2016 - n°23

Édito

A l'occasion de ce vingt-troisième numéro de la Lettre d'Information, les associés et les collaborateurs de l'équipe Droit Public des Affaires du Cabinet Frêche & Associés vous présentent leurs meilleurs vœux pour l'année 2017.

La Lettre d'Information adopte un nouveau format et est désormais scindée en deux éditions qui deviennent bimestrielles en 2017 : la première est consacrée à la thématique *Contrats et projets publics* et la seconde à la thématique *Énergie et Infrastructures*.

Bonne lecture à tous !

Marchés publics

- **Notion de pouvoir adjudicateur** : dès lors qu'elle est qualifiée de pouvoir adjudicateur au regard des activités d'intérêt général qu'elle exerce, une personne morale de droit privé est soumise aux règles de passation des marchés publics même lorsqu'elle agit dans un but purement industriel et commercial.
 - [Cass. com., 21 juin 2016, Société Constructions De Giorgi, n°14-23.912](#)
 - Mots-clés : notion de pouvoir adjudicateur, champ d'application des marchés publics, activités industrielles et commerciales.
- **Modalités de prévention des conflits d'intérêts entre AMO et titulaires de marchés publics de travaux** : le ministre de l'Économie recommande aux assistants à maîtrise d'ouvrage de ne pas communiquer d'informations privilégiées aux candidats et revient sur les conditions dans lesquelles le pouvoir adjudicateur peut demander aux candidats d'établir leur indépendance par rapport à l'AMO qui l'assiste.
 - [Rép. Min. n°49422, JO AN 20 septembre 2016, p. 8419](#)
 - Mots-clés : passation, conflits d'intérêts, AMO, informations privilégiées, renseignements demandés aux candidats.
- **Illégalité des clauses de tacite reconduction** : l'absence de mise en œuvre d'une clause de tacite reconduction n'ouvre aucun droit à indemnité au cocontractant de l'administration. Il s'agit en effet d'une clause illégale, ce qui doit être relevé d'office par le juge.
 - [CE, 17 octobre 2016, Commune de Villeneuve-le-Roi, n°398131](#)
 - Mots-clés : clause de tacite reconduction, illégalité, indemnisation, durée.
- **Recours à des commandes fictives pour la notation du critère prix** : le pouvoir adjudicateur peut recourir, sans méconnaître les principes fondamentaux de la commande publique, à plusieurs commandes fictives et en tirant une au sort, avant l'ouverture des plis, à partir de laquelle le critère du prix sera évalué, à la triple condition que (i) les simulations correspondent toutes à l'objet du marché, (ii) le choix du contenu de la simulation n'ait pas pour effet d'en privilégier un aspect particulier de tel sorte que le critère du prix s'en trouverait dénaturé et (iii) le montant des offres proposées par chaque candidat soit reconstitué en recourant à la même simulation.
 - [CE, 16 novembre 2016, Société SNEF, n°401660](#)
 - Mots-clés : marché public, méthode de notation du critère prix, commandes fictives, chantiers masqués, tirage au sort.

- **Modification de la composition d'un groupement en cours de procédure** : le retrait d'un membre d'un groupement candidat en cours de consultation peut autoriser le pouvoir adjudicateur à rejeter la candidature du groupement, notamment si l'entreprise considérée avait présenté sa candidature pour un marché d'assistance à maîtrise d'ouvrage alors même qu'elle était, dans le même temps, membre d'un groupement candidat à l'attribution du marché de conception-réalisation concernant la même opération, prenant ce faisant un risque qui est directement à l'origine de la situation de conflit d'intérêts dans laquelle elle s'est trouvée placée et qui l'a conduite à devoir se retirer du groupement d'entreprises.
 - [CAA Douai, 1^{er} décembre 2016, Société Segex, n°14DA01892](#)
 - Mots-clés : marché public, groupement, modification de la composition, rejet, conflit d'intérêts.
- **Suppression des offres variables** : alors que l'article 32 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 *relative aux marchés publics* permettait aux opérateurs économiques de présenter des offres variables selon le nombre de lots susceptibles d'être obtenus, cette possibilité est supprimée par la loi *relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique* (dite « loi Sapin 2 ») promulguée le 9 décembre 2016 qui ajoute à l'article 32 de l'ordonnance Marchés que « *les candidats ne peuvent présenter des offres variables selon le nombre de lots susceptibles d'être obtenus* ».
 - [Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique \(1^o du II de l'article 39\)](#)
 - Mots-clés : loi Sapin 2, marchés publics, offres variables, suppression.
- **Casier judiciaire** : l'article 39 de la loi Sapin 2 met par ailleurs fin aux difficultés pratiques liées à l'exigence de production d'un extrait du bulletin n°2 du casier judiciaire au stade des candidatures. Désormais, une simple attestation sur l'honneur peut suffire.
 - [Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique \(3^o du II de l'article 39\)](#)
 - Mots-clés : loi Sapin 2, marché public, candidature, casier judiciaire, attestation.
- **Précisions sur les conditions d'indemnisation en cas de difficultés rencontrées dans un marché à forfait** : lorsque des difficultés rencontrées par le titulaire du marché ne sont pas constitutives d'une faute imputable au maître d'ouvrage, la circonstance qu'elles aient bouleversé l'économie du contrat est sans incidence sur le droit à indemnisation de l'entreprise.
 - [CAA Nancy, 27 décembre 2016, Société Eiffage Métal, n°15NC02562](#)
 - Mots-clés : forfait, difficultés, indemnisation.

Contrats de concession

- **Computation de la prescription quadriennale applicable à une demande indemnitaire relative à une concession jugée nulle** : la prescription quadriennale commence à courir à la date à laquelle les parties ont été informées par la juridiction du moyen d'ordre public finalement retenu pour considérer que la concession est entachée de nullité. Ce délai de prescription est cependant interrompu par le pourvoi en cassation formé contre l'arrêt qui s'est prononcé sur la nullité de la concession et ce, jusqu'à ce que le Conseil d'État ait statué.
 - [CE, 9 décembre 2016, Vinci Park CGST, n°389910](#)
 - Mots-clés : prescription quadriennale, concession, nullité, dépenses utiles, demande indemnitaire.
- **Qualification d'un contrat en délégation de service public et implication de l'autorité concédante dans l'organisation de l'activité exploitée** : ne constitue pas une délégation de service public, un contrat portant sur l'exploitation de sites touristiques dans lequel l'autorité concédante n'exerce de contrôle ni sur le montant des droits d'entrée, ni sur les prix de vente des produits vendus sur les sites, ni sur les horaires d'ouverture des sites et qui ne met à la charge du délégataire aucune obligation relative notamment à l'organisation de visites guidées ou d'activités culturelles ou à l'accueil de publics particuliers.
 - [CE, 9 décembre 2016, Commune de Fontvieille, n°396352](#)
 - Mots-clés : délégation de service public, qualification, critères, implication de l'autorité concédante.

Propriété des personnes publiques

- **Clause d'un contrat de cession d'un bien immobilier appartenant au domaine privé d'une commune :** à la suite du renvoi de l'affaire devant le Tribunal des conflits, le juge administratif se déclare incompétent pour connaître des conclusions tendant au remboursement d'une avance versée sur exécution du contrat de cession d'un bien appartenant au domaine privé.
 - ➔ [CE, 5 octobre 2016, Société Générim, n°373664](#)
 - ➔ Mots-clés : Tribunal des conflits, domaine privé, remboursement d'une avance.
- **Bail emphytéotique administratif :** le bail emphytéotique qui comporte une clause conférant au preneur un droit réel susceptible d'hypothèque non assorti des conditions particulières prévues par le code général des collectivités territoriales encadrant le droit réel conféré au titulaire d'un bail a un contenu illicite. La Cour en prononce l'annulation en relevant que cette dernière n'est pas de nature à porter une atteinte excessive à l'intérêt général dès lors que le contrat n'a pas encore été exécuté.
 - ➔ [CAA Marseille, 17 octobre 2016, Commune de Mons-la-Trivalle, n°15MA01741](#)
 - ➔ Mots-clés : recours *Béziers I*, contestation de la validité des contrats, bail emphytéotique, contenu illicite, annulation.
- **Domanialité publique par anticipation :** le Tribunal des conflits confirme que jusqu'à l'entrée en vigueur du CGPPP 1^{er} juillet 2006, la décision certaine d'une personne publique d'affecter un bien à un service public et de réaliser un aménagement spécial à cet effet soumet ce bien aux principes de la domanialité publique, et ce, même si les travaux prévus n'ont pas été matériellement réalisés.
 - ➔ [TC, 14 novembre 2016, Association Mieux vivre à Béziers et son agglomération, tourisme et loisirs, n°4068](#)
 - ➔ Mots-clés : domaine public, domanialité publique par anticipation, *ATLALR*, *Commune de Baillargues*.
- **Habilitation du gouvernement pour moderniser et simplifier par ordonnance certaines règles applicables à la propriété des personnes publiques :** cette habilitation concerne les règles d'occupation et de sous-occupation du domaine public et celles régissant les transferts de propriété, en vue notamment de soumettre les autorisations d'occupation à des obligations de publicité et de mise en concurrence préalable.
 - ➔ [LOI n°2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique \(article 34\)](#)
 - ➔ Mots-clés : loi Sapin 2, ordonnance, domaine public, transfert de propriété, promesse de vente.
- **Extension de la possibilité de déclasser par anticipation un bien du domaine public :** l'article 35 de la loi *Sapin 2* étend, sous certaines conditions, aux collectivités territoriales, à leurs groupements et à leurs établissements publics la possibilité de procéder au déclassement d'un bien affecté à un service public « *dès que sa désaffectation a été décidée alors même que les nécessités du service public justifient que cette désaffectation ne prenne effet que dans un délai fixé par l'acte de déclassement* » (article L. 2141-2 du code général de la propriété des personnes publiques).
 - ➔ [LOI n°2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique \(article 35\)](#)
 - ➔ Mots-clés : loi Sapin 2, domaine public, déclassement par anticipation, condition résolutoire, nécessités du service public.

Aménagement

- **Convention de projet urbain partenarial (PUP) :** la convention de PUP de l'article L. 332-11-3 du code de l'urbanisme, dont l'objet est de permettre de faire participer un constructeur ou un promoteur au financement des équipements publics rendus nécessaires par son opération (à l'exception des équipements propres dont il doit assumer le coût et qu'il réalisera sous sa maîtrise d'ouvrage), ne constitue pas un marché public et peut être conclue sans procédure de publicité et de mise en concurrence préalable.
 - ➔ [CAA Versailles, 1^{er} décembre 2016, M. B... E..., n°15VE02822](#)
 - ➔ Mots-clés : PUP, équipements publics, financement, marché public.

Mode de règlement alternatif des litiges

- **Contrôle du juge administratif sur une sentence rendue en matière d'arbitrage international :** la sentence arbitrale ayant la même force qu'une décision de justice, le contrôle du juge administratif est nécessairement restreint (sous réserve que le juge administratif soit compétent pour en connaître) et ne porte que sur la licéité de la convention d'arbitrage, sur la régularité des conditions dans lesquelles la sentence arbitrale a été rendue et sur la conformité de ladite sentence à l'ordre public.
 - ➔ [CE, Ass., 9 novembre 2016, Société Foxmax LNG, n°388806](#)
 - ➔ Mots-clés : transaction, arbitrage, ordre public, contrôle du juge.
- **Appréciation globale des concessions réciproques dans le cadre d'une transaction administrative :** pour déterminer si une personne publique a consenti une libéralité (par principe prohibée) à son cocontractant, le juge doit apprécier de manière globale les concessions réciproques consenties par les parties et non de façon isolée chacune des indemnités négociées.
 - ➔ [CE, 9 décembre 2016, Société Foncière Europe, n°391840](#)
 - ➔ Mots-clés : transaction, concessions réciproques, *Mergui*, interdiction des libéralités, contrôle du juge.

Procédure contentieuse générale

- **Délai raisonnable pour saisir le juge du référé précontractuel :** sous réserves de circonstances particulières, la saisine du juge du référé précontractuel est enfermée, en raison du principe de sécurité juridique, dans un délai qui doit être « raisonnable » (en ce sens : CE, Ass., 13 juillet 2016, n°387763) et que le tribunal administratif de La Réunion a en l'espèce fixé à trois mois à compter de la date à laquelle le requérant a eu pleinement connaissance de son éviction.
 - ➔ [TA Réunion, 19 octobre 2016, Société réunionnaise de bureautique, n°1601022](#)
 - ➔ Mots-clés : référé précontractuel, recevabilité, sécurité juridique, délai raisonnable.
- **Suppression de l'exception procédurale en matière de travaux publics :** l'article 10 du décret du 2 novembre 2016 *portant modification du code de justice administrative* supprime la dispense de décision préalable en matière de travaux publics pour saisir le juge administratif. Les nouvelles dispositions du code de justice administrative sont applicables aux requêtes enregistrées depuis le 1^{er} janvier 2017.
 - ➔ [Décret n°2016-1480 du 2 novembre 2016 portant modification du code de justice administrative \(partie réglementaire\)](#)
 - ➔ Mots-clés : travaux publics, décision préalable, régime de droit commun.
- **Reprise à titre provisoire des relations contractuelles :** indépendamment de la condition d'urgence, l'atteinte excessive portée à l'intérêt général peut être de nature à faire obstacle à la reprise à titre provisoire des relations contractuelles, eu égard à la gravité des vices constatés et, le cas échéant, à celle des manquements du requérant à ses obligations contractuelles, ainsi qu'aux motifs de la résiliation. Si tel est le cas, la demande de reprise est rejetée et ce, quels que soient les vices dont la mesure de résiliation est, le cas échéant, entachée.
 - ➔ [CE, 16 novembre 2016, Commune d'Erstein, n°401321](#)
 - ➔ Mots-clés : recours *Béziers II*, référé, reprise des relations contractuelles, intérêt général.
- **Office du juge judiciaire du référé précontractuel :** la Cour de cassation considère qu'il n'entre pas dans l'office du juge du référé précontractuel d'ordonner à l'acheteur de communiquer au requérant le rapport d'analyse des offres ou le procès-verbal de la commission de sélection des offres. En revanche, dans le cadre de son obligation d'information du candidat évincé, l'acheteur ne peut pas se borner à indiquer le classement des offres, le nom de la société attributaire et les notes obtenues pour chaque critère, mais doit également communiquer le prix de l'offre retenue, à moins d'établir qu'une telle communication serait contraire à la loi, à l'intérêt public ou pourrait nuire à une concurrence loyale.
 - ➔ [Cass. com., 6 décembre 2016, Société Prado pathologie et a. c/ Association Hôpital Saint-Joseph de Marseille, n°15-26414](#)
 - ➔ Mots-clés : référé précontractuel, juge judiciaire, office du juge, rapport d'analyse des offres, communication du prix de l'offre retenue.

- **Recevabilité d'un recours en annulation dirigé contre l'acte d'approbation d'un contrat :** indépendamment du recours de pleine juridiction dont il dispose pour contester la validité d'un contrat administratif, un tiers intéressé peut former un recours en annulation contre l'acte administratif portant approbation dudit contrat à condition de se prévaloir uniquement de moyens tirés de vices propres à l'acte d'approbation, et non des moyens relatifs au contrat lui-même.

➞ [CE, 23 décembre 2016, M. G et autres, n°397096](#) ; [CE, 23 décembre 2016, ASSECO-CFDT, n°392815](#)

➞ Mots-clés : recours *Département de Tarn-et-Garonne*, contestation de la validité des contrats, recevabilité, acte d'approbation.

La *lettre d'information Contrats et projets publics* (la « Lettre d'information ») est une publication électronique périodique éditée par Frèche & Associés AARPI et diffusée gratuitement à un nombre limité de personnes en relation avec le Cabinet. La lettre d'information, qui a pour vocation l'information générale et non exhaustive de ses destinataires, est réservée à un usage privé.

Elle ne constitue en aucune manière un acte de conseil juridique. Le destinataire est seul responsable de l'utilisation de la Lettre d'information. Frèche & Associés AARPI ne pourra pas être tenu responsable d'éventuels dommages découlant directement ou indirectement des informations fournies dans la Lettre d'information.

Conformément à la loi n°78-17 du 6 janvier 1978 dite « *informatique et libertés* », vous pouvez demander à accéder, modifier ou supprimer les informations détenues par le Cabinet vous concernant.