

Lettre d'information – Contrats et projets publics

Mai, Juin 2018 - n°31

Marchés publics

- **Entreprises liées et obligation d'information/vérification** : la Cour de justice de l'Union européenne juge qu'en l'absence de disposition expresse dans les documents de la consultation, des soumissionnaires liés, soumettant des offres séparées dans une même procédure, ne sont pas tenus de déclarer, de leur propre initiative, leurs liens au pouvoir adjudicateur. Elle juge également que le pouvoir adjudicateur lorsqu'il dispose d'éléments mettant en doute le caractère autonome et indépendant des offres présentées par certains soumissionnaires, est tenu de vérifier, le cas échéant en exigeant des informations supplémentaires de ces soumissionnaires, si leurs offres sont effectivement autonomes et indépendantes. S'il s'avère que ces offres ne sont pas autonomes et indépendantes, le marché ne peut pas leur être attribué.
 - ⇒ [CJUE, 17 mai 2018, Ecoservice projektai, n°C-531/16,](#)
 - ⇒ Mots-clés : marché public – entreprises liées – offres indépendantes et autonomes
- **Allotissement** : « lorsque le pouvoir adjudicateur a choisi de diviser un marché public en lots géographiques, il appartient notamment au juge du référé précontractuel, saisi d'un moyen en ce sens, de s'assurer, en prenant en compte l'objet du marché et la nature des prestations à réaliser, que ce choix n'est pas entaché d'une erreur manifeste d'appréciation ». Ainsi jugé en l'espèce que le pouvoir adjudicateur avait pu ne pas allotir le marché « eu égard notamment aux nombreux sites d'exécution des travaux » et « aux difficultés techniques et de coordination qui étaient susceptibles de résulter de la multiplication du nombre de lots dans l'hypothèse où une division par lots techniques serait ajoutée à une division par lots géographiques ».
 - ⇒ [CE, 25 mai 2018, Hauts-de-Seine Habitat, n°417428](#)
 - ⇒ Mots-clés : marché public – allotissement – contrôle du juge – erreur manifeste d'appréciation – difficultés techniques
- **Critère RSE** : après avoir rappelé que « l'acheteur peut, pour sélectionner l'offre économiquement la plus avantageuse, mettre en œuvre des critères comprenant des aspects sociaux, c'est à la condition, notamment, qu'ils soient liés à l'objet du marché ou à ses conditions d'exécution » et qu'« à cet égard, des critères à caractère social, relatifs notamment à l'emploi, aux conditions de travail ou à l'insertion professionnelle des personnes en difficulté, peuvent concerner toutes les activités des entreprises soumissionnaires, pour autant qu'elles concourent à la réalisation des prestations prévues par le marché », le Conseil d'État précise que « ces dispositions n'ont, en revanche, ni pour objet ni pour effet de permettre l'utilisation d'un critère relatif à la politique générale de l'entreprise en matière sociale, apprécié au regard de l'ensemble de son activité et indistinctement applicable à l'ensemble des marchés de l'acheteur, indépendamment de l'objet ou des conditions d'exécution propres au marché en cause ».
 - ⇒ [CE, 25 mai 2018, Nantes Métropole, n°417580](#)
 - ⇒ Mots-clés : marché public – critère social - politique générale de l'entreprise en matière sociale
- **Méthode de notation** : alors que le requérant reprochait au pouvoir adjudicateur d'avoir utilisé des méthodes de notation différentes pour le prix, le Conseil d'État valide l'emploi de méthodes différentes par critère en jugeant que « la seule circonstance que les méthodes de notation mises en œuvre par l'acheteur soient susceptibles d'aboutir à une différenciation plus grande des candidats sur certains seulement des critères de jugement des offres ne saurait être regardée comme privant ceux-ci de leur portée ou comme neutralisant leur pondération ».
 - ⇒ [CE, 25 mai 2018, Hauts-de-Seine Habitat, n°417428](#)
 - ⇒ Mots-clés : marché public – méthode de notation – méthodes différenciées - validité

- **Contrôle restreint du juge des référés précontractuels sur l'appréciation par le pouvoir adjudicateur des capacités des candidats :** ainsi que le rappelle le Conseil d'État, « *le juge du référé précontractuel ne peut censurer l'appréciation portée par le pouvoir adjudicateur sur les niveaux de capacité technique exigés des candidats à un marché public, ainsi que sur les garanties, capacités techniques et références professionnelles présentées par ceux-ci, que dans le cas où cette appréciation est entachée d'une erreur manifeste* ».
 - [CE, 25 mai 2018, Société ADC, n° 417869](#)
 - Mots-clés : appréciation des capacités des candidats – contrôle restreint – erreur manifeste d'appréciation
- **Garantie des vices cachés :** en réponse au moyen selon lequel « *le délai de deux ans de l'action en garantie des vices cachés de l'article 1648 du code civil est enserré dans le délai de droit commun de l'article L. 110-4 du code de commerce et que, par suite, cette action ne peut être exercée que dans le délai de prescription de cinq ans courant à compte de la vente* », le Conseil d'État juge que « *la prescription prévue par l'article L. 110-4 du code de commerce n'est pas applicable aux obligations nées à l'occasion de marchés publics* », de sorte que seul le délai de deux ans à compter de la découverte du vice est applicable aux marchés publics.
 - [CE, 7 juin 2018, SYTRAL, n° 416535](#)
 - Mots-clés : marché public – garantie des vices cachés – prescription – deux ans
- **Impartialité du pouvoir adjudicateur :** pour la Cour administrative d'appel de Bordeaux, manque au principe d'impartialité, le pouvoir adjudicateur qui attribue un marché public ayant pour objet l'aide au développement, la prospection économique et la commercialisation d'une zone d'intérêt régional à un entrepreneur qui s'avérait être « *membre du conseil municipal [d'une], commune membre de la communauté de communes [pouvoir adjudicateur]* » et qui « *participait, au sein dudit conseil, aux commissions chargées des "finances", des "appels d'offres et marchés publics" et des "lotissements finances", lesquelles intervenaient par conséquent sur des questions qui n'étaient pas étrangères aux actions qui lui ont été confiées par le marché litigieux* », et ce d'autant plus que le maire de la commune dont faisait partie l'attributaire est à la fois le président de la communauté de communes et l'auteur de l'analyse technique des offres ayant classé son offre en première position.
 - [CAA Bordeaux, 12 juin 2018, SARL Convergences Public-Privé, n° 16BX00656](#)
 - Mots-clés : principe d'impartialité – conflits d'intérêts - manquement

Concessions et délégations de service public

- **Résiliation du contrat de concession et droit à indemnité :** la Cour administrative d'appel de Bordeaux applique le principe selon lequel lorsque la personne publique résilie une concession avant son terme normal, le délégataire est fondé à demander l'indemnisation du préjudice qu'il subit à raison du retour anticipé des biens à titre gratuit dans le patrimoine de la collectivité publique dès lors qu'ils n'ont pu être totalement amortis. En revanche, après avoir repris le considérant de principe de la décision *Béziers 2*, elle écarte la demande de la requérante présentée au titre du gain manqué.
 - [CAA Bordeaux, 9 mai 2018, Société Lyonnaise des Eaux France, n° 15BX02770](#)
 - Mots-clés : concession – résiliation – indemnisation – biens de retour – gain manqué
- **Concession de mobilier urbain :** le Conseil d'État qualifie de concession le contrat ayant pour objet l'installation, l'exploitation, la maintenance et l'entretien de mobiliers urbains destinés notamment à l'information municipale. La Haute juridiction relève que le titulaire assume un réel risque d'exploitation, dans la mesure où il est « *exposé aux aléas de toute nature qui peuvent affecter le volume et la valeur de la demande d'espaces de mobilier urbain par les annonceurs publicitaires sur le territoire de la commune, sans qu'aucune stipulation du contrat ne prévoit la prise en charge, totale ou partielle, par la commune des pertes qui pourraient en résulter* ». Si le contrat confiait à son titulaire l'exploitation, à titre exclusif, du mobilier urbain, cette circonstance ne permet pas de le qualifier de marché public.
 - [CE, 25 mai 2018, Société Girod Médias, n° 416825](#)
 - Mots-clés : qualification du contrat – concession – mobilier urbain – risque d'exploitation

- **Régime des biens** : prolongeant sa décision *Ville de Douai*, le Conseil d'État aborde le cas de biens qui n'ont pas été réalisés par le concessionnaire en application du contrat mais qui étaient sa propriété antérieurement et qu'il a affectés à l'exécution du service public concédé. Pour le Conseil d'État, une « *telle mise à disposition emporte le transfert des biens dans le patrimoine de la personne publique* » et a « *également pour effet, quels que soient les termes du contrat sur ce point, le retour gratuit de ces biens à la personne publique à l'expiration de la convention* », ce qui n'interdit toutefois pas aux parties de « *prendre en compte cet apport dans la définition de l'équilibre économique du contrat, à condition que, eu égard notamment au coût que représenterait l'acquisition ou la réalisation de biens de même nature, à la durée pendant laquelle les biens apportés peuvent être encore utilisés pour les besoins du service public et au montant des amortissements déjà réalisés, il n'en résulte aucune libéralité de la part de la personne publique* ».
- ➔ [CE, Sect., 29 juin 2018, Ministre de l'intérieur, n° 402251](#)
- ➔ Mots clés : régime des biens – biens de retour - biens apportés par le concessionnaire – propriété du concédant – équilibre économique

Contrats et marchés de partenariat

- **Cession de créance** : l'action du crédit-bailleur cessionnaire de la créance du titulaire, dirigée contre la personne publique et tendant au paiement de cette créance, relève de la compétence de la juridiction administrative au motif que « *le contrat de partenariat est un contrat administratif [et que] la nature de la créance que le titulaire détient sur la personne publique en exécution de ce contrat n'est pas modifiée par la cession dont elle peut être l'objet* ».
- ➔ [TC, 14 mai 2018, Société Batimap c/ Commune de Nogent-sur-Seine, n°4119](#)
- ➔ Mots-clés : contrat de partenariat – cession de créance – litige – compétence – juge administratif

Propriétés publiques

- **Non reconduction d'une convention d'occupation domaniale** : la décision par laquelle l'administration décide de ne pas "reconduire" une convention d'occupation du domaine public « *lorsqu'elle serait parvenue à son terme initial* » ne peut pas faire l'objet d'un recours en reprise des relations contractuelles puisqu'elle « *n'a ni pour objet, ni pour effet de mettre unilatéralement un terme à une convention en cours* ».
- ➔ [CE, 6 juin 2018, Société Orange, n°411053](#)
- ➔ Mots-clés : convention d'occupation domaniale - non reconduction – recours en reprise des relations contractuelles

Droit public de l'économie & régulation

- **AFA** : publication du rapport annuel d'activité de l'Agence Française Anticorruption
 - ➔ [Rapport annuel d'activité de l'Agence Française Anticorruption](#)
 - ➔ Mots-clés : Agence Française Anticorruption – rapport annuel
- **Loi PACTE** : publication de l'avis du Conseil d'État sur le projet de loi *relatif à la croissance et la transformation des entreprises* (loi PACTE), avec notamment : la privatisation d'ADP et de la FDJ (points 76 et s.), la composition du capital d'Engie et de GRT Gaz (point 82), le régime du contrôle des investissements étrangers (point 85) et l'action spécifique de l'État dans les sociétés à participation publique (point 86).
 - ➔ [Avis du Conseil d'État n°394.599 et 395.021 du 14 juin 2018](#)
 - ➔ Mots-clés : loi PACTE – privatisation – ouverture du capital – contrôle des investissements étrangers – action spécifique

Énergie

- **TRV électricité** : le Conseil d'État admet la possibilité de tarifs réglementés de vente de l'électricité mais annule partiellement les tarifs adoptés en 2017.
 - ➔ [CE, 18 mai 2018, Société Engie et Association nationale des opérateurs détaillants en énergie, n°413688 et 414656](#)
 - ➔ Mots-clés : TRV – électricité – validité
- **SEM hydroélectrique** : simplification de la procédure de sélection d'un actionnaire opérateur en vue de constituer une SEM hydroélectrique par le décret n° 2018-488 du 15 juin 2018 *relatif à la procédure de sélection de l'actionnaire opérateur d'une société d'économie mixte hydroélectrique*
 - ➔ [Décret du 15 juin 2018 relatif à la procédure de sélection de l'actionnaire opérateur d'une société d'économie mixte hydroélectrique](#)
 - ➔ Mots-clés : SEM – SEMOP – concession – barrage – hydroélectricité
- **Performance énergétique des bâtiments** : le Conseil d'État annule le décret du 9 mai 2017 *relatif aux obligations d'amélioration de la performance énergétique dans les bâtiments existants à usage tertiaire*, comme portant atteinte au principe de sécurité juridique, en raison de délais trop courts pour réaliser des travaux de rénovation importants, du risque de saturation du marché des prestataires d'études et de l'absence de publication de l'arrêté fixant le contenu et les modalités de réalisation des études énergétiques.
 - ➔ [CE, 18 juin 2018, Associations Le Conseil du commerce de France, PERIFEM et Union des métiers et des industries de l'hôtellerie, n°411583](#)
 - ➔ Mots-clés : performance énergétique – bâtiments – obligation – annulation – sécurité juridique

Procédure contentieuse

- **Délais de recours des CCAG** : publication de la réponse de la DAJ de Bercy s'agissant de l'articulation entre le décret *JADE* et les délais de recours des réclamations.
 - ➔ [Réponse de la DAJ à la FNTP du 24 avril 2018](#)
 - ➔ Mots-clés : délais de recours – décret *JADE*
- **Pouvoirs du juge du contrat** : si le principe reste qu'« *il n'appartient pas au juge administratif d'intervenir dans l'exécution d'un marché public en adressant des injonctions à ceux qui ont contracté avec l'administration, lorsque celle-ci dispose à l'égard de ces derniers des pouvoirs nécessaires pour assurer l'exécution du contrat* », le juge du contrat peut condamner le cocontractant de l'administration à une obligation de faire, le cas échéant sous astreinte, « *quand l'administration ne peut user de moyens de contrainte à l'encontre de son cocontractant qu'en vertu d'une décision juridictionnelle* ». En cas d'urgence, le juge des référés peut même « *ordonner au cocontractant, éventuellement sous astreinte, de prendre à titre provisoire toute mesure nécessaire pour assurer la continuité du service public ou son bon fonctionnement, à condition que cette mesure soit utile, justifiée par l'urgence, ne fasse obstacle à l'exécution d'aucune décision administrative et ne se heurte à aucune contestation sérieuse* ».
 - ➔ [CE, 25 juin 2018, ADEME, n°418493](#)
 - ➔ Mots-clés : pouvoirs du juge – injonction – obligation de faire
- **Effet suspensif de la saisine du juge du référé précontractuel** : en matière de référé précontractuel, « *ni les dispositions [des articles L. 551-1 et suivants du code de justice administrative], ni aucune autre règle ou disposition ne subordonnent l'effet suspensif de la communication du recours au pouvoir adjudicateur à la transmission, par le demandeur, de documents attestant de la réception effective du recours par le tribunal* ».
 - ➔ [CE, 25 juin 2018, Société Hospitalière d'Assurances Mutuelles, n°417734](#)
 - ➔ Mots-clés : référé précontractuel – effet suspensif – réception effective

À noter

- Promulgation de la [loi du 27 juin 2018 pour un nouveau pacte ferroviaire](#)
- Promulgation de la [loi du 20 juin 2018 relative à la protection des données personnelles](#)

La *lettre d'information Contrats et projets publics* (la « Lettre d'information ») est une publication électronique périodique éditée par Frêche & 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. Frêche & 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.