

Frêche & Associés AARPI

Lettre d'information
du droit public des affaires

N°12 – Janv. Fév. Mars 2014

SOMMAIRE

- * Marchés publics (p. 2)
- * Délégations de service public (p. 5)
- * Domaine des personnes publiques (p. 8)
- * Droit de la concurrence (p. 8)
- * Procédure contentieuse - contrats (p. 9)
- * Procédure contentieuse générale (p. 11)

Contrat de partenariat

RECOURS AU CONTRAT DE PARTENARIAT ET COMPLEXITÉ DU PROJET

La Cour administrative d'appel de Lyon précise à son tour la condition de complexité d'un projet pouvant justifier le recours au contrat de partenariat sur le fondement de l'article L. 1414-2 du code général des collectivités territoriales.

Pour mémoire, en application de cet article, les contrats de partenariat ne peuvent être conclus que s'il ressort de l'évaluation préalable que « *compte tenu de la complexité du projet, la personne publique n'est pas objectivement en mesure de définir seule et à l'avance les moyens techniques répondant à ses besoins ou d'établir le montage financier ou juridique du projet* ».

En l'espèce, une Commune avait décidé de conclure un contrat de partenariat en vue de « *la création simultanée d'une piscine municipale et la mise en place d'un nouveau réseau de distribution de chaleur, devant notamment alimenter l'ouvrage à créer* » en justifiant le recours à un tel contrat par la complexité du projet qui devait respecter des « *critères d'éco-conditionnalité nécessaires à l'obtention de subventions* ».

La Cour considère que ces contraintes « *sont insuffisantes pour caractériser, dans les circonstances de l'espèce, une complexité telle que la commune n'ait pas été objectivement en mesure de définir seule et à l'avance les moyens techniques répondant à ses besoins, compte tenu notamment de la faculté dont elle disposait d'établir pour la piscine municipale et, en l'absence de particularité suffisante du projet, des spécifications techniques en terme de fonctionnalité* ».

ou de performance ». Au contraire, selon la Cour, la commune était en mesure d'établir « *le montage financier ou juridique du projet* ».

En l'absence de complexité du projet, le recours au contrat de partenariat est donc jugé illégal et la délibération autorisant le maire à le signer ainsi que la décision de signature du contrat sont annulées.

Tirant les conséquences de ces annulations, elle enjoint alors aux parties de « *résoudre leurs relations contractuelles ou, à défaut d'entente sur cette résolution, à saisir (...) le juge du contrat afin qu'il en règle les modalités s'il estime que la résolution peut être une solution appropriée* ».

Cette position de la Cour administrative d'appel de Lyon s'inscrit dans la continuité d'un jugement du 17 décembre 2013 par lequel le Tribunal administratif de Lille a lui aussi jugé illégal le recours au contrat de partenariat pour la réalisation d'un centre aquatique, en raison de l'absence de complexité financière et juridique du projet dont la réalisation a, en outre, été qualifiée de « *courante* ».

Dans le même sens, la Cour administrative d'appel de Bordeaux avait déjà jugé que la condition de complexité n'était pas remplie, s'agissant d'un projet d'extension d'un musée au motif que la commune détenait des études préalables qui précisaient les modalités de réalisation du futur ouvrage. Cet arrêt étant frappé d'un pourvoi, le Conseil d'État devrait se prononcer sur cette question à brève échéance.

➔ [CAA Lyon, 2 janvier 2014, Conseil Régional de l'ordre des architectes d'Auvergne, n°12LY02827](#)

➔ [CAA Bordeaux, 26 juillet 2012, M. Jean-Benoît A., n°10BX02109](#)

➔ [TA Lille, 17 décembre 2013, Préfet du Nord, n°1206631](#)

Marchés publics

GARANTIES PROFESSIONNELLES, TECHNIQUES ET FINANCIÈRES DES CANDIDATS

Dans le prolongement de sa décision *Courly* du 26 mars 2008, le Conseil d'État donne une illustration des modalités de contrôle par le pouvoir adjudicateur des garanties professionnelles techniques et financières des candidats à l'attribution d'un marché public.

Après avoir rappelé que « *cette vérification s'effectue au vu des seuls renseignements ou documents prévus à l'article 1^{er} (...) de l'arrêté du 28 août 2006 [auparavant l'arrêté du 26 février 2004]* », il considère, s'agissant plus précisément de la capacité financière des candidats, qu'est suffisante la présentation par ces derniers de « *l'imprimé dit " DC2 " qui contient notamment les renseignements relatifs à la situation financière du candidat et plus précisément le chiffre d'affaires hors taxe des trois derniers exercices disponibles avec une distinction entre le chiffre d'affaire global et la part de ce dernier concernant les fournitures, services ou travaux objet du marché* ».

En l'espèce, le Conseil d'État censure tout d'abord l'ordonnance du juge des référés, dès lors que ce dernier n'a pas recherché si, en l'absence de renvoi « *formel* » par le règlement de la consultation à la liste des documents repris par l'article 1^{er} du code des marchés publics, les renseignements demandés aux candidats « *correspondaient au moins à l'un de ceux* » prévus par l'article 1^{er} de l'arrêté du 28 août 2006.

Statuant ensuite au fond, il constate que le candidat attributaire du marché avait présenté l'imprimé « DC2 » et juge donc que « *le moyen tiré de ce que les documents et renseignements demandés ne permettaient pas de vérifier les capacités financières du candidat retenu n'est pas fondé* ».

➔ [CE, 21 février 2014, Sociétés AD3 et les Lavandières, n°373096](#)

➔ [CE, 26 mars 2008, Communauté urbaine de Lyon \(COURLY\), n°303779](#)

CANDIDAT PLACÉ EN REDRESSEMENT JUDICIAIRE

Les entreprises placées en redressement judiciaire après la date limite de remise des offres doivent en informer sans délai le pouvoir adjudicateur et justifier être autorisées à poursuivre leurs activités au-delà de la durée d'exécution du marché.

Si elles ne justifient pas d'une telle habilitation, leurs candidatures doivent être écartées.

En l'espèce, le candidat désigné attributaire avait été placé en redressement judiciaire après la date limite de remise des offres et n'avait pas présenté un plan de sauvegarde dans le délai fixé par le jugement du tribunal de commerce.

Le juge du référé précontractuel annule la phase d'analyse des offres dès lors que l'attributaire ne disposait pas, dans ces conditions, des capacités financières suffisantes pour exécuter le marché, et ce, alors même que le pouvoir adjudicateur n'a été informé de cette situation qu'après le choix des offres.

➔ [CE, 26 mars 2014, Commune de Chaumont, n°374387](#)

MARCHÉS DE CONCEPTION-RÉALISATION : VERSEMENT DE LA PRIME APRÈS ANNULATION DE LA PROCÉDURE DE PASSATION

Le Conseil d'État rappelle les conséquences d'une annulation contentieuse d'un marché de conception-réalisation sur le versement aux candidats d'une prime prévue par le règlement de la consultation.

Tout d'abord, dans le prolongement de la décision *Société Bernard Leclercq Architecture* (LIDPA n°11), le Conseil d'État confirme que le pouvoir adjudicateur et les candidats sélectionnés par un jury visant à l'attribution d'un marché de conception-réalisation sont, « *indépendamment de l'attribution de ce marché, engagés dans un contrat ayant pour objet la remise de prestations conformes aux documents de la consultation et pour prix, (...) une prime susceptible d'être réduite ou supprimée sur décision du jury* ».

En application de sa décision *Commune de Béziers*, le Conseil d'État est ensuite amené à apprécier si le vice ayant conduit à l'annulation de la procédure de passation d'un marché par le juge des référés précontractuels devait ou non le conduire à écarter l'application de ce contrat ayant pour objet la remise de prestations conformes aux documents de la consultation.

En l'espèce, le juge des référés avait prononcé l'annulation de la procédure de passation du marché de conception-réalisation du fait d'une « *discordance entre le délai de validité des offres indiqué dans le règlement de la consultation et celui mentionné dans les avis de publicité* » constitutive d'un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence.

Le Conseil d'État juge que l'existence de ce vice est sans incidence sur la validité de l'engagement contractuel relatif au versement de la prime et que la société requérante a droit au versement de la prime prévue dans les documents de la consultation.

➔ [CE, 14 février 2014, M. A, n°362331](#)

MODIFICATION DES DOCUMENTS DE LA CONSULTATION

Le Conseil d'État rappelle l'appréciation stricte qui doit être portée par le juge des référés précontractuels sur les modifications des documents de la consultation en cours de procédure.

En l'espèce, un établissement de la direction générale de l'armement avait modifié le CCTP d'un marché de fourniture de matériel de saut en parachute à très grande hauteur, en supprimant l'exigence d'une « qualification » technique de ce matériel, en cours de procédure.

Le Conseil d'État juge à cet égard que les documents de la consultation ne sauraient être modifiés en cours de

procédure dans le seul but de permettre à un candidat de satisfaire aux exigences du cahier des clauses techniques particulières du marché.

En conséquence, le Conseil d'État confirme l'ordonnance soumise à son contrôle, par laquelle il a été enjoint au pouvoir adjudicateur de « suspendre la décision de signature du contrat et de reprendre la procédure au stade de l'analyse des offres ».

➔ [CE, 12 mars 2014, Ministre de la défense, n°374700](#)

PRÉSENTATION D'UNE OFFRE EN LANGUE ÉTRANGÈRE

La Cour administrative d'appel de Douai juge que les dispositions de la loi du 4 août 1994, selon lesquelles les contrats d'une personne morale de droit public ou d'une personne privée exécutant une mission de service public sont rédigés en langue française, ne régissent pas les documents présentés dans le cadre d'un appel d'offres ; dès lors, elles ne leur sont pas directement applicables.

En l'espèce, le règlement de consultation prévoyait que « les pièces et documentations utilisées lors du marché seront rédigées de préférence en langue française » et n'imposait pas la remise d'une offre rédigée entièrement en langue française.

L'offre comportant un document technique en langue anglaise n'était donc pas, de ce seul fait, irrégulière, et n'a pu avoir pour conséquence d'empêcher la commission d'appel d'offres de procéder à un examen complet et éclairé du dossier de candidature de la société.

➔ [CAA Douai, 13 février 2014, Société Inaer Helicopter France, n°12DA00188](#)

CARACTÈRE COMPLET D'UNE OFFRE AU REGARD DU BORDEREAU DE PRIX

Le Conseil d'État confirme le rejet d'une offre considérée comme irrégulière, au motif que plusieurs rubriques du bordereau de prix unitaire n'avaient pas été remplies.

En l'espèce, le règlement de la consultation pour un marché à bons de commande imposait la fourniture d'un bordereau de prix unitaires pour les différents éléments des modules et de leur pose. Le règlement précisait en outre « qu'en cas de discordance constatée dans l'offre, les indications portées sur le bordereau de prix unitaires prévaudront sur toutes les autres indica-

tions de l'offre et le scénario sera rectifié en conséquence ».

La société candidate, en méconnaissance du règlement de la consultation, s'était abstenue de remplir plusieurs rubriques figurant dans son bordereau des prix unitaires. Son offre a donc été considérée comme incomplète et donc irrecevable.

➔ [CE, 12 mars 2014, Commune de Saint-Denis, n°373718](#)

ABSENCE D'OBLIGATION D'UN OPH D'INVITER UN CANDIDAT À PRÉCISER UNE OFFRE INCOMPLÈTE

Le Conseil d'État transpose aux marchés publics conclus en application du décret n°2005-1742 du 30 décembre 2005, la solution qu'il a dégagée dans sa décision *Région de la Réunion* (cf. LIDPA n°1), s'agissant des marchés conclus en application du code des marchés publics.

En l'espèce, alors que le règlement de la consultation du marché exigeait que figure dans les offres des candidats un bordereau de prix relatif au ramassage et traitement des bouteilles de gaz, le bordereau figurant dans l'offre déposée par la requérante ne comportait pas de manière explicite le prix de ces prestations.

Le Conseil d'État juge à cet égard que même si « *ce prix était égal à zéro et que l'ambiguïté provenait du logiciel utilisé pour élaborer le bordereau* », l'office public de l'habitat « *qui a pu, à bon droit, regarder l'offre comme incomplète, et n'était pas tenu d'inviter la [requérante] à la préciser, a pu, pour ce motif, ne pas la retenir* » ; dès lors, l'office public de l'habitat n'a commis aucun manquement à ses obligations de publicité et de mise en concurrence.

➔ [CE, 20 janvier 2014, OPH de la communauté urbaine de Bordeaux, n°373157](#)

DÉTERMINATION DE LA RÉMUNÉRATION FORFAITAIRE DU MAÎTRE D'ŒUVRE

Le Conseil d'État apporte une précision importante quant aux modalités de détermination de la rémunération par une collectivité de son maître d'œuvre.

Tout d'abord, alors même que l'article 19 III du code des marchés publics prévoit que les marchés de maîtrise d'œuvre sont passés à prix provisoires, le Conseil d'État en se fondant notamment sur l'article 29 décret du 29 novembre 1993, affirme le principe selon lequel « *la rémunération forfaitaire du maître d'œuvre est notamment déterminée par le coût prévisionnel des travaux* » ; et ce n'est que « *dans l'hypothèse où ce coût ne peut être établi à la date de la conclusion du contrat de maîtrise d'œuvre* :

- [que] *la rémunération forfaitaire du maître d'œuvre est fixée, à titre provisoire, compte tenu de l'estimation prévisionnelle provisoire des travaux ou de la partie affectée aux travaux de l'enveloppe financière prévisionnelle fixée par le maître de l'ouvrage ;*
- *que les parties au contrat doivent, par la suite, fixer le montant du forfait définitif de rémunération du maître d'œuvre en fonction du coût prévisionnel des travaux arrêté, avant le lancement de la consultation des entreprises pour la passation des marchés de travaux, à partir des études d'avant-projet définitif, lorsque la mission confiée au maître d'œuvre comporte l'assistance au maître de l'ouvrage pour la passation du ou des contrats de travaux* ».

En l'espèce, la Cour administrative d'appel avait relevé que la collectivité, avant le lancement de la consultation des entreprises, avait entériné le coût prévisionnel de l'avant-projet définitif des travaux évalué par le maître d'œuvre, ce dernier ayant servi de base à cette consultation ; c'est donc à bon droit qu'elle a jugé « *que les parties avaient décidé de retenir comme élément de calcul du montant du forfait définitif de rémunération le coût prévisionnel des travaux évalué dans l'avant-projet définitif* ».

Dans ces conditions, la demande de paiement présentée par le maître d'œuvre est fondée et le pourvoi de la collectivité rejeté.

➔ [CE, 10 février 2014, Communauté d'agglomération Tour\(s\) Plus, n°367821](#)

CONDITIONS D'AUGMENTATION DE LA RÉMUNÉRATION DU MAÎTRE D'ŒUVRE ET MODIFICATION DU PROGRAMME

Le Conseil d'État rappelle le principe dégagé par la décision *Société Babel* selon lequel « *le titulaire d'un contrat de maîtrise d'œuvre est rémunéré par un prix forfaitaire couvrant l'ensemble de ses charges ainsi que le bénéfice qu'il en escompte, et que seules une modification de programme ou une modification de prestations décidées par le maître de l'ouvrage peuvent donner lieu, le cas échéant, à une augmentation de sa rémunération* ».

En outre, le Conseil d'État précise que « *dans l'hypothèse où une modification de programme ou de prestations a été décidée par le maître de l'ouvrage, le droit du maître d'œuvre à l'augmentation de sa rémunération est uniquement subordonné à l'existence de prestations supplémentaires de maîtrise d'œuvre utiles à l'exécution*

des modifications décidées par le maître de l'ouvrage ; qu'en revanche, ce droit n'est subordonné, ni à l'intervention [d'un] avenant (...) ni même, à défaut d'avenant, à celle d'une décision par laquelle le maître d'ouvrage donnerait son accord sur un nouveau montant de rémunération du maître d'œuvre ».

En l'espèce, la Cour administrative d'appel saisie avait rejeté la demande d'augmentation de rémunération présentée par le maître d'œuvre du fait de prestations complémentaires effectuées en conséquence d'une modification du programme de travaux décidée par la collectivité au motif que cette dernière « *n'avait pas donné, par voie d'avenant ou par décision à portée contractuelle, son accord sur le montant de la nouvelle rémunération du maître d'œuvre* ».

En application des principes précités, le Conseil d'État juge que l'arrêt d'appel est entaché d'une erreur de droit et l'annule.

➡ [CE, 10 février 2014, Société Arc Ame, n°365828](#)

➡ [CE, 29 septembre 2010, Société Babel, n°319481](#)

FACTURES ET DÉCOMPTES GÉNÉRAUX

Les factures du titulaire d'un marché de services à bons de commande qui lui ont été retournées par la personne publique après avoir été rectifiées peuvent être regardées comme des décomptes généraux, alors même qu'elles ne portent pas cet intitulé, dès lors qu'elles comportent toutes les mentions exigées par les stipula-

tions du cahier des clauses administratives particulières et ont été signées par un représentant de la personne responsable du marché ayant reçu régulièrement délégation pour ce faire.

➡ [CE, 17 mars 2014, Société Ace BTP, n°366271](#)

RÉSILIATION AUX TORTS EXCLUSIFS DU TITULAIRE

Un arrêt du 26 février 2014 du Conseil d'État illustre le principe selon lequel seule une faute d'une gravité suffisante est de nature à justifier, en l'absence de clause prévue à cet effet, la résiliation d'un marché public aux torts exclusifs de son titulaire.

Après avoir constaté que la société titulaire du contrat n'était pas en mesure de réaliser les prestations dont elle était chargée à compter du délai « *stipulé pour la réalisation des installations indispensables* », le Conseil d'État retient que cette société a « *commis une faute de nature à justifier la réalisation à ses torts exclusifs sans qu'y fasse obstacle l'absence de bons de commande, ni l'omission, dans la mise en demeure qui lui a été adressée, d'un délai de réalisation de ces installations* ».

Constatant également qu'« *il ne résulte pas de l'instruction* » que « *l'opposition des riverains aurait rendu impossible la construction des installations qui n'a été achevée qu'en 2008* », le juge rejette en conséquence la demande d'indemnisation de la société consécutive à la résiliation du contrat.

➡ [CE, 26 février 2014, Société Environnement services, n°365546](#)

RESPONSABILITÉ CONTRACTUELLE DE L'ENTREPRENEUR ET RÉSERVES NON LEVÉES

La Cour administrative d'appel de Nancy fait application de deux règles constantes régissant les rapports entre un maître d'ouvrage et son entrepreneur.

D'une part, après avoir rappelé que « *tant qu'aucun décompte général et définitif n'est intervenu, la responsabilité contractuelle des cocontractants de l'administration [peut] être recherchée à raison des dommages nés de l'exécution du contrat* », elle juge qu'en l'absence d'un tel décompte général et définitif, une commune est fondée à demander « *l'indemnisation des désordres*

affectant la toiture du bâtiment dont la construction était l'objet du marché ».

D'autre part, elle rappelle « *qu'en cas de réserves opposées à un constructeur, sa responsabilité peut être engagée sur un fondement contractuel jusqu'à la levée des réserves par le maître de l'ouvrage* » avant de juger qu'en l'espèce l'existence d'une réserve non levée autorisait la commune à rechercher la responsabilité contractuelle de l'entrepreneur.

➡ [CAA Nancy, 13 février 2014, SARL ABS, n°13NC00574](#)

Délégations de service public

DISTINCTION MARCHÉ PUBLIC/DSP

Après avoir écarté la qualification de marché soumis au code des marchés publics, le Conseil d'État retient qu'un contrat relatif à la mise à disposition des patients d'abonnements de télévision, de téléphone et d'accès à

internet doit être qualifié de délégation de service public, la personne publique ayant confié une mission de service public au cocontractant dont la rémunération est assurée par les résultats de l'exploitation.

En ce sens, cet arrêt s'inscrit en opposition avec la décision *Société Codiam*, par laquelle le Tribunal des Conflits avait *de facto* écarté la qualification de délégation de service public pour une convention portant sur la gestion et l'exploitation d'un réseau d'appareils de télévision mis à disposition de malades, en jugeant qu'une telle convention « *n'avait pas pour objet de faire participer [le cocontractant] à l'exécution du service public administratif.* »

Dans un premier temps, la Haute assemblée juge qu'un tel contrat ne doit pas être regardé comme étant « *conclu à titre onéreux* » au sens de l'article 1^{er} du code des marchés publics, dès lors que la personne publique ne verse aucune rémunération à son cocontractant et perçoit, en contrepartie de l'occupation de son domaine, une redevance dont le montant « *résultait de la mise en concurrence* ».

Faisant application de sa jurisprudence traditionnelle *Jean-Claude Decaux*, le Conseil d'État considère ainsi que la rémunération du cocontractant n'a pas consisté, au moins pour partie, en l'abandon de recettes par la collectivité publique cocontractante - et ce, contrairement à ce qui avait été retenu par un arrêt *Centre Hospitalier d'Angoulême* pour l'abandon de recettes tirées de la location des téléviseurs aux patients.

Le règlement de la consultation prévoyait en effet une rémunération du cocontractant par la perception du montant des abonnements souscrits par les personnes hospitalisées, ainsi que le versement, en contrepartie de l'occupation du domaine public, « *d'un pourcentage de son chiffre d'affaires ou d'un forfait dont le montant constituait l'un des éléments retenu parmi les critères de sélection des offres* ».

Dans un second temps, le Conseil d'État, réglant l'affaire au fond, juge, conformément à sa décision *APREI* :

- d'une part, que la convention a « *pour objet de confier à un cocontractant la mission d'intérêt général, liée à l'activité de soins de l'hôpital, consistant à mettre en œuvre l'ensemble des moyens et activités permettant d'assurer la communication des patients avec l'extérieur se-*

lon des modes adaptés à leurs besoins actuels » ;

- d'autre part, que le cahier des clauses techniques particulières du contrat prévoit notamment un contrôle de la personne publique sur le fonctionnement du service ;
- enfin, que la rémunération du cocontractant est « *substantiellement liée aux résultats de l'exploitation* », dès lors qu'il « *se rémunère sur les recettes d'exploitation des services et doit verser [à la personne publique] une redevance sous la forme d'un forfait ou d'un pourcentage annuel* ».

De sorte que, contrairement à la décision *Société Codiam* précitée, il retient qu'« *eu égard à la nature de l'activité concernée, à son organisation, aux obligations imposées au cocontractant et aux mesures prises pour vérifier que les objectifs qui lui sont assignés sont atteints, [la personne publique] d[evait] être regardé[e] comme ayant entendu confier à son cocontractant la gestion, sous son contrôle, du service public portant sur l'ensemble de la communication extérieure des patients, dont la rémunération est assurée par les résultats de l'exploitation* ».

Ainsi, le contrat litigieux relevait « *de la procédure de passation d'une délégation de service public et non du code des marchés publics* », ce qui permettait à la personne publique de recourir à une procédure de négociation avec les candidats, légalement prévue par les dispositions de l'article 38 de la loi du 29 janvier 1993.

➔ [CE, 7 mars 2014, CHU – Hôpitaux de Rouen, n°372897](#)

➔ [TC, 21 mai 2007, Société Codiam, n°C3609](#)

➔ [CE, 22 février 2007, APREI, n°264541](#)

➔ [CE, Ass., 4 novembre 2005, Société Jean-Claude Decaux, n°247298](#)

➔ [CAA Bordeaux, 6 février 2014, Centre hospitalier d'Angoulême, n°13BX01407](#)

PRINCIPE D'ÉGALITÉ DES CANDIDATS ET DÉLAI DE REMISE DES OFFRES

Dans le prolongement de sa décision *Syndicat Intercommunal d'assainissement de Saint-Martin-de-Ré et la Flotte-en-Ré* du 15 juin 2001, le Conseil d'État confirme que « *le respect du principe d'égalité entre les candidats et les règles de mise en concurrence (...) exigent que, lorsque des négociations sont menées avec plusieurs entreprises à la suite de la remise des offres et que l'autorité délégante fixe à ces entreprises un délai de remise de nouvelles offres, ce nouveau délai ne soit pas prorogé pour une partie seulement des entreprises intéressées* ».

En l'espèce, après l'expiration du nouveau délai laissé aux candidats pour remettre leur offre, le groupement requérant avait modifié son offre du fait de la défaillance de son tiers investisseur.

Le Conseil d'État juge que l'offre du groupement « *ne constituait, ni la même offre que celle déposée par ce groupement le 2 août précédent ni une de ses variantes, mais une nouvelle offre déposée au-delà du délai fixé par la commune (...) pour la remise des offres définitives, et que le groupement (...) devait, par suite, être regardé comme ayant bénéficié d'une prolongation du délai de dépôt de son offre définitive* ».

Dès lors, « *le juge des référés précontractuels a pu (...) sans commettre d'erreur de droit ni qualifier inexactement les faits, juger que ce délai supplémentaire exclusivement octroyé au groupement (...) portait atteinte à l'égalité de traitement entre les deux candidats* ».

➔ [CE, 26 mars 2014, Société Dalkia France, n°374438](#)

➔ [CE, 15 juin 2001, Syndicat Intercommunal d'assainissement de Saint-Martin-de-Ré et la Flotte-en-Ré, n°223481](#)

MODIFICATIONS LIMITÉES DU CONTRAT EN COURS DE NÉGOCIATION

Le Conseil d'État rappelle, dans la continuité de ses décisions *Dalloz-Sirey* et *Syndicat Intercommunal de la Côte d'Amour et de la presqu'île guérandaise*, qu'une personne publique peut apporter des modifications en cours de négociations au projet de contrat, lorsque « *ces adaptations sont d'une portée limitée, justifiées dans l'intérêt du service et qu'elles ne présentent pas, entre les entreprises concurrentes, un caractère discriminatoire* ».

En l'espèce, la communauté urbaine de Lyon avait lancé une consultation portant sur une délégation de service public en vue de l'exploitation, pour une durée de 25 ans à compter du 1^{er} janvier 2014, du service public de production et de distribution de chaud et de froid sur le territoire des communes de Lyon, Villeurbanne et Bron.

Le groupement lauréat avait proposé, en cours de négociation, des compléments à l'article 2 du projet de convention permettant :

- d'une part, en cas de survenance d'un recours administratif ou contentieux auquel il ne serait pas mis fin dans un délai de quatre ans à compter de la prise d'effet de la convention, de prononcer la résiliation de plein droit du contrat, sauf à ce que les parties décident d'un commun accord de poursuivre l'exécution de la convention ;
- d'autre part, de limiter, dans le même cas, le montant des investissements nouveaux à réaliser sur cette période de quatre ans, pour un montant de l'ordre de 37,2 M€ sur les 172,8 M€ que le groupement avait initialement prévu de réaliser sur toute la durée initiale du contrat.

Le Conseil d'État confirme l'analyse retenue par le premier juge et considère qu'une telle modification « *affectait de manière excessive l'économie générale du projet de convention et méconnaissait par suite l'article 3.2 du règlement de la consultation* », au double motif qu'elle permettait au délégataire, « *dans le cas où un recours administratif ou contentieux à l'encontre de la convention ou de ses actes détachables n'aurait pas été définitivement réglé au cours des quatre premières années du contrat* » :

- « *d'une part, d'exiger de l'autorité délégante qu'elle résilie de plein droit le contrat dont la durée pouvait (...) être réduite des cinq sixièmes* » ;
- « *d'autre part, de limiter substantiellement le montant des investissements nouveaux auxquels il s'engageait* ».

Il précise en outre que le premier juge n'a pas dénaturé les faits de l'espèce en ne tenant pas compte, dans l'appréciation de l'écart entre le montant initial d'investissement envisagé (172,8 M€) et le montant prévu dans les stipulations de l'article 2 du projet de convention (37,2 M€), du montant de 38 M€ correspondant « *à la reprise, dans tous les cas, des investissements réalisés par le précédent délégataire* »

Enfin, il juge que la non-conformité ainsi constatée tant de l'offre de base que de l'offre variante du groupement lauréat au règlement de la consultation a pu léser la société évincée, « *dès lors que celle-ci était la seule autre candidate et que ses offres de base et de variante avaient été classées respectivement troisième et quatrième* ».

➔ [CE, 21 février 2014, Société Dalkia France, Société Idex Énergies et Société CDC Infrastructure, n°373159](#)

➔ [CE, 21 juin 2000, Syndicat intercommunal de la Côte d'Amour et de la presqu'île guérandaise, n°209319](#)

➔ [CE, 29 juillet 1998, Dalloz-Sirey, n°188686](#)

CONCESSION DE DISTRIBUTION D'ÉLECTRICITÉ : OBLIGATION D'INFORMATION DU CONCÉDANT PAR LE CONCESSIONNAIRE

Faisant application de sa décision d'Assemblée *Commune de Douai* (cf. LIDPA n°7), aux termes de laquelle il a été jugé que le concessionnaire est tenu de communiquer « *toutes informations utiles* » au concédant, afin que ce dernier puisse exercer son pouvoir de contrôle, le Conseil d'État confirme une série d'arrêts de la Cour

administrative d'appel de Paris du 25 mars 2013 par lesquels ont été jugées régulières les pénalités émises par le SIPPPEC à l'encontre d'ERDF, à raison d'un manquement de cette dernière à ses obligations d'information.

En l'espèce, le SIPPEREC, en sa qualité d'autorité concédante du service de la distribution de l'électricité, avait émis 35 titres exécutoires pour le recouvrement de pénalités dues au titre de la non-production de certaines informations financières par ERDF. En effet, non satisfait du contenu du compte-rendu annuel d'activité (CRAC) qu'ERDF est tenue de lui transmettre en application de l'article 32 du cahier des charges de la concession, le SIPPEREC a sollicité d'ERDF la production de données financières complémentaires.

La Cour administrative d'appel de Paris, en rendant le 25 mars 2013 autant d'arrêts que de titres exécutoires émis par le SIPPEREC, avait relevé que le CRAC fourni par ERDF au SIPPEREC présentait des informations établies sur la base de « *données comptables nationale et/ou régionale* » qui sont ensuite réparties à l'échelle de la concession selon des « *clés de répartition* ».

La Cour administrative d'appel avait considéré que ces éléments n'ont pas permis à l'autorité concédante « *de connaître les éléments financiers et économiques précis, et par suite, la situation économique réelle de la conces-*

sion », alors même qu'il n'était pas contesté qu'ERDF avait la capacité matérielle de fournir ces données « *à la maille de la concession* ».

En conséquence, la Cour avait jugé que « *le SIPPEREC était en droit de solliciter de la société ERDF la communication* » d'informations financières complémentaires (« *compte de résultat détaillé à la "maille de la concession"* notamment) et d'infliger des pénalités à ERDF en cas de non-production de ces documents, sur le fondement de l'article 32-D du cahier des charges de la concession.

Par un arrêt du 18 décembre 2013, le Conseil d'État n'a pas admis le pourvoi formé par ERDF, confirmant ainsi la régularité des pénalités infligées à ERDF par le SIPPEREC et la nature des informations devant être fournies par le concessionnaire.

➔ [CE, 18 décembre 2013, ERDF, n°369889](#)

➔ [CAA Paris, 25 mars 2013, ERDF, n°10PA04608](#) (sans être exhaustif voir également [n°10PA04610](#), [n°10PA04604](#))

Domaine des personnes publiques

CONTRAVENTION DE GRANDE VOIERIE – MODALITÉ D'AFFECTATION DES ASTREINTES

Le Conseil d'État précise le régime juridique applicable à l'affectation des astreintes prononcées dans le cadre de la procédure de contravention de grande voirie.

Dans cette affaire, constatant qu'un occupant sans titre du domaine public qui avait été condamné à évacuer la dépendance domaniale qu'il occupait dans un délai d'un mois, sous astreinte, ne s'était pas exécuté, un jugement du tribunal administratif de Grenoble, confirmé en appel, avait prononcé la liquidation de l'astreinte avec une affectation partagée du montant entre l'établissement public Voies navigables de France (VNF), gestionnaire de la voie fluviale occupée sans titre, et l'État.

Le Conseil d'État juge que la « *possibilité ouverte par l'article L. 911-8 du code de justice administrative, de ne pas verser la totalité de l'astreinte à la victime de l'inexécution ne saurait (...) s'appliquer lorsque le juge administratif, saisi par l'administration en vue de mettre fin à l'occupation irrégulière d'une dépendance du domaine public, fait application du principe général selon lequel les juges ont la faculté de prononcer une astreinte en vue de l'exécution de leurs décisions* ».

Il censure en conséquence l'arrêt de la Cour administrative d'appel de Lyon et attribue en totalité l'astreinte liquidée à VNF.

➔ [CE, 5 février 2014, Voies navigables de France, n°364561](#)

Droit de la concurrence

PRINCIPE D'ÉGALITÉ ET FIXATION DES TARIFS RÉGLEMENTÉS DU GAZ NATUREL

Dans deux décisions du 30 décembre 2013, le Conseil d'État annule l'article 3 de l'arrêté du 21 décembre 2012 relatif aux tarifs réglementés de vente du gaz naturel fourni à partir des réseaux publics de distribution de

GDF Suez ainsi que les arrêtés du 15 avril 2013 relatifs aux mêmes tarifs réglementés de vente du gaz naturel applicables du 20 juillet au 28 septembre 2012 et du 29 septembre au 31 décembre 2012.

Ces dispositions réglementaires prévoyaient que les tarifs réglementés de vente en distribution publique de gaz naturel différaient et pour les plus gros consommateurs, selon que les locaux raccordés sont ou non à usage d'habitation.

Le Conseil d'État rappelle que « *le principe d'égalité ne s'oppose pas à ce que l'autorité investie du pouvoir réglementaire règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'elle déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que la différence de traitement qui en résulte soit, dans l'un comme l'autre cas, en rapport avec l'objet de la norme qui l'établit et ne soit pas manifestement disproportionnée au regard des motifs susceptibles de la justifier* ».

Il considère que les auteurs des arrêtés attaqués ne pouvaient, « *en l'absence de motif d'intérêt général suffisant, établir des tarifs au volume de gaz consommé différents entre consommateurs résidentiels et non résidentiels, alors qu'au regard de l'objet de la mesure, ces différentes catégories d'utilisateurs ne sont pas placées dans des situations différentes* ».

Il enjoint donc aux ministres concernés de prendre, dans le délai de deux mois à compter de la notification de la présente décision, un nouvel arrêté fixant de nouveaux barèmes de tarifs.

➔ [CE, 30 décembre 2013, ANODE, n°366496](#)

➔ [CE, 30 décembre 2013, ANODE, n°369574 et n°369575](#)

INDEMNISATION DE L'ENTREPRISE CANDIDATE IRRÉGULIÈREMENT ÉVINCÉE D'UNE PROCÉDURE D'OBTENTION DE FRÉQUENCES HERTZIENNES

Le Conseil d'État fait application de sa jurisprudence relative aux conditions d'indemnisation d'un candidat irrégulièrement évincé d'une procédure d'attribution à propos d'une procédure d'autorisation d'exploiter un service de radiodiffusion sonore par voie hertzienne.

En l'espèce, le Conseil d'État avait annulé pour excès de pouvoir trente-cinq décisions du Conseil Supérieur de l'Audiovisuel (CSA) rejetant les candidatures que la société Vortex avait présentées aux fins de diffuser dans plusieurs zones d'émission le service radiophonique Skyrock. La société Vortex avait par la suite réclamé l'indemnisation du préjudice subi du fait de cette éviction irrégulière.

Le Conseil d'État rappelle que :

- l'entreprise candidate n'a droit à réparation de son manque à gagner que si elle a été privée d'une chance sérieuse d'obtenir l'autorisation d'émission ;
- l'entreprise candidate a droit au remboursement des frais de présentation de son offre si elle n'était pas dépourvue de toute chance d'obtenir une fréquence.

Dans ces conditions, le Conseil d'État juge que c'est à bon droit que la Cour administrative d'appel a jugé que la Société Vortex « *à défaut de justifier d'une chance sérieuse, n'était toutefois pas dépourvue de toute chance d'obtenir une fréquence ; qu'elle avait, dès lors, droit au remboursement des frais qu'elle avait engagés pour présenter sa candidature dans ces zones* ».

➔ [CE, 24 janvier 2014, Conseil Supérieur de l'Audiovisuel, n°351274](#)

Procédure contentieuse – contrats de la commande publique

INTÉRÊT À AGIR D'UNE ASSOCIATION

La décision commentée précise les modalités d'appréciation par les juges du fond de l'intérêt à agir d'une association.

Dans cette affaire, une cour administrative d'appel avait écarté comme irrecevables les demandes d'une association de consommateurs dirigées contre certains actes détachables d'une délégation de service public de distribution d'eau potable et d'assainissement collectif au motif que « *l'objet de cette association, tel que défini*

par ses statuts, ne précisait pas de ressort géographique » ce dont elle avait déduit que « *l'association avait un champ d'action " national " et qu'elle n'était donc pas recevable à demander l'annulation d'actes administratifs ayant des effets " exclusivement locaux " ».*

Le Conseil d'État censure une telle approche et annule cet arrêt en jugeant qu'il appartenait à la Cour, « *en l'absence de précisions sur le champ d'intervention de*

l'association dans les stipulations de ses statuts définissant son objet, d'apprécier son intérêt à agir contre les décisions qu'elle attaquait au regard de son champ d'intervention en prenant en compte les indications fournies sur ce point par les autres stipulations des statuts, notamment par le titre de l'association et les

conditions d'adhésion, éclairées, le cas échéant, par d'autres pièces du dossier qui lui était soumis ».

➔ [CE 17 mars 2014, Association des consommateurs de la Fontaulière, n°354596](#)

MARCHÉ PUBLIC CONCLU PAR UNE PERSONNE PRIVÉE ET INFORMATIONS SUR LA MASSE SALARIALE A REPENDRE

Dans sa décision du 11 avril 2012 *CCI Bastia et Haute-Corse*, le Conseil d'État avait jugé que l'absence d'information des candidats sur la masse salariale du personnel à reprendre était susceptible de constituer un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence justifiant l'annulation de la procédure de passation.

La Cour de Cassation s'inscrit dans le prolongement de cette décision en jugeant, pour les contrats conclus en application de l'ordonnance du 6 juin 2005, que le juge judiciaire du référé précontractuel est tenu de rechercher si le coût de la « *masse salariale ne constituait pas un élément essentiel du marché permettant aux candidats d'en apprécier les charges et d'élaborer une offre satisfaisante* ».

En l'espèce, pour ne pas avoir procédé à une telle recherche, le juge des référés a privé sa décision de base légale et son ordonnance est annulée.

➔ [Cour de cassation, Com., 10 décembre 2013, n°12-25808 et n°13-14049](#)

➔ [CE, 11 avril 2012, CCI Bastia et Haute-Corse, n°355183](#)

POUVOIRS DU JUGE DU RÉFÉRÉ PRÉCONTRACTUEL

Le Conseil d'État juge que « *si, en application de l'article L. 551-2 du code de justice administrative, le juge du référé précontractuel peut supprimer les clauses ou prescriptions destinées à figurer dans le contrat, telles qu'elles ressortent des documents de la consultation communiqués aux candidats, lorsque ces clauses ou prescriptions méconnaissent les obligations de publicité ou de mise en concurrence auxquelles est soumise la personne publique, le recours du juge à cette faculté ne saurait s'exercer à l'encontre des clauses figurant dans l'offre faite par le candidat retenu* ».

En application de ce principe, le juge des référés a ainsi pu, « *sans méconnaître son office ni entacher son ordonnance d'erreur de droit, prononcer l'annulation de la procédure d'attribution [du contrat] pour tous les actes intervenus postérieurement à l'ouverture de la phase de négociation, sans se borner à supprimer la clause litigieuse de l'article 2 du projet de convention présenté par [le groupement lauréat] à l'appui de son offre finale, cette clause ne figurant pas dans le projet de convention inclus dans les documents de la consultation mais ayant été ajoutée par le groupement au cours des négociations menées avec [la personne publique]* ».

➔ [CE, 21 février 2014, Société Dalkia France, Société Idex Énergies et Société CDC Infrastructure, n°373159](#)

POUVOIRS DU JUGE DU RÉFÉRÉ MESURES UTILES

Le Conseil d'État rend une décision protectrice des intérêts des collectivités publiques en leur ouvrant la voie du référé mesures utiles (art. L. 521-3 du CJA) lorsqu'elles souhaitent s'assurer de la restitution, par leur cocontractant, des biens de retour à l'issue d'une convention de délégation de service public.

En l'espèce, une personne publique avait confié l'exploitation du service public d'un centre nautique à une entreprise privée, cette dernière ayant, en cours de délégation, diversifié l'offre proposée aux usagers en créant une activité de remise en forme et d'aquacycle.

Le Conseil d'État juge tout d'abord que la collectivité « *ne disposant pas de pouvoirs de contrainte à l'égard de la société Equalia, la restitution par le délégataire de*

biens de retour est au nombre des mesures utiles et urgentes qui peuvent être prises sur le fondement de l'article L. 521-3 du code de justice administrative afin d'assurer la continuité du service public et son bon fonctionnement ».

Il considère ensuite que le juge du référé mesures utiles était compétent pour déterminer les biens de la délégation relevant de la catégorie des biens de retour.

En l'espèce, après avoir relevé que les activités de fitness et d'aquacycle avaient été autorisées par la collectivité délégante et qu'elles permettaient d'« *améliorer le service offert aux usagers* », le Conseil d'État confirme l'ordonnance rendue en référé en jugeant que ces activités « *relevaient du périmètre de la délégation de service*

public consentie et que les équipements utilisés pour l'accomplissement de ces activités pouvaient être regardés comme des biens de retour quand bien même ils ne figuraient pas à l'annexe 1 de la convention de délégation qui établissait, à la date de sa signature, la liste des

ouvrages et équipements devant être remis gratuitement à la collectivité au terme du contrat ».

➔ [CE, 5 février 2014, Société Equalia, n°371121](#)

Procédure contentieuse générale

SUPPRESSION DU DROIT DE TIMBRE

Depuis le 1^{er} janvier 2014, la contribution pour l'aide juridique de 35 € perçue pour chaque instance introduite en matière civile, commerciale, prud'homale, sociale ou rurale devant une juridiction judiciaire ou pour chaque instance introduite devant une juridiction administrative est supprimée du fait de l'abrogation de

l'article 1635 bis Q du code général des impôts par l'article 128 de la loi du 29 décembre 2013 de finance pour 2014.

➔ [Article 128 de la loi n°2013-1278 du 29 décembre 2013 de finances pour 2014](#)

TABLE CHRONOLOGIQUE

❑ Cour de cassation, Com., 10 décembre 2013, n°12-25808 et n°13-14049	10
Référé précontractuel / Juge judiciaire / Informations sur la masse salariale	
❑ CE, 18 décembre 2013, ERDF, n°369889	8
Concession de distribution d'électricité / Production des informations financières / Pénalités	
❑ CE, 30 décembre 2013, ANODE, n°366496	9
Tarifs réglementés du gaz naturel / Différence de traitement (non justifiée) / Consommateurs résidentiels et non résidentiels	
❑ CAA Lyon, 2 janvier 2014, Conseil Régional de l'ordre des architectes d'Auvergne, n°12LY02827	1
Contrat de partenariat / Conditions de recours / Complexité (absence) / Montage financier et juridique	
❑ CE, 20 janvier 2014, OPH de la communauté urbaine de Bordeaux, n°373157	4
Marché public / Offre incomplète / Demande de compléments / Absence d'obligation	
❑ CE, 24 janvier 2014, Conseil Supérieur de l'Audiovisuel, n°351274	9
Procédure d'obtention de fréquences hertziennes / Candidat irrégulièrement évincé / Indemnisation / Chance d'obtenir une fréquence	
❑ CE, 5 février 2014, Société Equalia, n°371121	11
Référé mesures utiles / DSP / Biens de retour / restitution	
❑ CE, 5 février 2014, Voies navigables de France, n°364561	8
Domaine public / Contravention de grande voirie / Évacuation / Liquidation et affectation de l'astreinte	
❑ CE, 10 février 2014, Communauté d'agglomération Tour(s) Plus, n°367821	4
Marché public / Marché de maîtrise d'œuvre / Rémunération forfaitaire / Prix provisoires / Enveloppe financière prévisionnelle / Forfait définitif	
❑ CE, 10 février 2014, Société Arc Ame, n°365828	5
Marché public / Marché de maîtrise d'œuvre / Augmentation de la rémunération / Modification de programme décidée par le maître d'ouvrage / Absence d'avenant	
❑ CAA Douai, 13 février 2014, Société Inaer Helicopter France, n°12DA00188	3
Marché public / Offre / Langue étrangère / Règlement de la consultation	
❑ CAA Nancy, 13 février 2014, SARL ABS, n°13NC00574	5
Marché public / Responsabilité contractuelle / DGD / Réserves	
❑ CE, 14 février 2014, M. A, n°362331	3
Marché de conception-réalisation / Prime / Annulation de la procédure	
❑ CE, 21 février 2014, Société Dalkia France, Société Idex Énergies et Société CDC Infrastructure, n°373159	7, 10
DSP / Négociation / Modifications du contrat / Référé précontractuel / Pouvoirs du juge / Suppression de clauses / Clauses figurant dans l'offre du candidat retenu	
❑ CE, 21 février 2014, Sociétés AD3 et les Lavandières, n°373096	2
Marché public / Candidature / Capacités / DC2	
❑ CE, 26 février 2014, Société Environnement services, n°365546	5
Marché public / Résiliation aux torts exclusifs du titulaire / Non réalisation des prestations / Faute grave	
❑ CE, 7 mars 2014, CHU – Hôpitaux de Rouen, n°372897	6
DSP / Qualification / Mise à disposition de télévision, téléphone et accès internet aux patients / Absence de qualification de marché public	
❑ CE, 12 mars 2014, Commune de Saint-Denis, n°373718	3
Marché public / Offre irrégulière / Bordereau de prix unitaire / Absence de renseignement de certaines rubriques	
❑ CE, 12 mars 2014, Ministre de la défense, n°374700	3
Marché public / Modification des documents de la consultation	
❑ CE 17 mars 2014, Association des consommateurs de la Fontaulière, n°354596	10
Intérêt à agir / Association / Actes détachables d'une DSP	
❑ CE, 17 mars 2014, Société Ace BTP, n°366271	5
Marché public / Décomptes généraux / Factures	
❑ CE, 26 mars 2014, Société Dalkia France, n°374438	7
DSP / Principe d'égalité des candidats / Prolongation du délai de remise des offres	
❑ CE, 26 mars 2014, Commune de Chaumont, n°374387	2
Marché public / Candidature / Capacités financières / Redressement judiciaire	

FRÊCHE & ASSOCIÉS AARPI

Avocats au Barreau de Paris

21 avenue Victor Hugo
75116 - PARIS

Téléphone :
01.44.17.13.13

Télécopie :
01.44.17.13.00

www.freche-associes.fr



La *lettre d'information du droit public des affaires* est une publication électronique périodique éditée par le Cabinet Frêche & Associés AARPI et diffusée gratuitement à un nombre limité de personnes en relation avec le Cabinet. La lettre d'information a pour vocation l'information générale et non exhaustive de ses destinataires, et 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 et le Cabinet 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.