

### SOMMAIRE

- Modification du code des marchés publics (p. 1)
- Marchés publics (p. 2)
- Délégations de service public (p. 4)
- Domaine public (p. 5)
- Urbanisme et aménagement (p. 7)
- Procédure contentieuse - contrats (p. 9)
- Procédure contentieuse - généralités (p. 11)
- Actualité du Cabinet (p. 12)

### MODIFICATION DU CODE DES MARCHÉS PUBLICS

**Le décret du 25 août 2011 a apporté d'importantes modifications au code des marchés publics.**

Les principales nouveautés apportées au code des marchés publics sont les suivantes :

✓ Des contrats globaux de performance associant soit la conception, la réalisation et l'exploitation ou la maintenance, soit la réalisation, l'exploitation ou la maintenance, peuvent être conclus, par dérogation au principe de l'allocation.

✓ Le recours au marché de conception-réalisation est autorisé lorsque des engagements contractuels sur un niveau d'amélioration de l'efficacité énergétique rendent nécessaire l'association de l'entrepreneur aux études de l'ouvrage.

✓ Le recours au dialogue compétitif est élargi aux marchés de maîtrise d'œuvre en vue de la réhabilitation d'un ouvrage ou la réalisation d'un projet urbain ou paysager.

✓ La procédure du système d'acquisition dynamique, jusqu'alors réservée aux achats de fournitures courantes, est étendue aux services courants.

✓ Les candidats peuvent désormais proposer une variante sans avoir déposé une offre de base.

✓ Un nouveau critère de sélection des offres est créé, tiré des performances en matière de développements des approvisionnements directs

de produits de l'agriculture.

✓ Les clauses de tacite reconduction sont autorisées, rompant ainsi avec la jurisprudence *Commune de Païta*.

Le décret modifie également les règles de passation applicables aux entités adjudicatrices et les règles relatives au délai maximum des paiements dans les marchés publics.

Les dispositions du décret sont applicables pour une large partie d'entre elles aux contrats en vue desquels une consultation est engagée ou un avis d'appel public à la concurrence envoyé à la publication postérieurement à sa date d'entrée en vigueur.

### ➔ [Décret n°2011-1000 du 25 août 2011](#)

### DISPOSITIONS DÉROGATOIRES POUR LA CONSTRUCTION DE STADES

Pour faciliter la construction ou la rénovation des stades devant accueillir l'Euro 2016, la [loi n°2011-617 du 1er juin 2011 relative à l'organisation du championnat d'Europe de football de l'UEFA en 2016](#) (i) déroge au droit des aides locales, (ii) autorise l'octroi de subventions publiques aux maîtres d'ouvrages privés titulaires d'un BEA et (iii) permet d'insérer, dans ces contrats, des clauses compromissaires.

## Marchés publics

### PRISE EN COMPTE DE L'EXPÉRIENCE DES CANDIDATS

En procédure adaptée, le pouvoir adjudicateur peut retenir un critère reposant sur l'expérience des candidats, et donc sur leurs références portant sur l'exécution d'autres marchés, lorsque sa prise en compte est rendue objectivement nécessaire par l'objet du marché et la nature des prestations à réaliser et n'a pas d'effet discriminatoire.

⇒ [CE, 2 août 2011, Parc naturel régional des grands causses, n°348254](#)

### MOTIFS DE REJET

Le fait de communiquer des motifs de rejet d'une candidature ou d'une offre successivement différents et complémentaires ne constitue pas une méconnaissance de l'article 80 du code des marchés publics.

⇒ [CE, 24 juin 2011, Commune de Rouen, n°347840](#)

### ACTION EN GARANTIE DÉCENNALE

L'action en garantie décennale dont dispose l'acquéreur initial à l'encontre du vendeur se transmet au sous-acquéreur de l'immeuble.

La personne publique maître de l'ouvrage, condamnée en qualité de vendeur d'un ouvrage public à indemniser l'acquéreur sur le fondement de la garantie décennale, dispose d'une action récursoire et non subrogatoire à l'encontre des constructeurs de l'immeuble. Cette action récursoire est destinée à faire valoir un intérêt direct et certain, distinct de celui qui fonde l'action de l'acquéreur de l'ouvrage.

Il en résulte que l'action en justice introduite par l'acquéreur à l'encontre des constructeurs ne vaut pas interruption de la prescription pour la personne publique maître de l'ouvrage, cette dernière n'étant pas subrogée dans les droits de l'acquéreur.

⇒ [CE, 23 mai 2011, Communauté d'Agglomération de Lens-Liévin, n°341414](#)

### MÉTHODE DE NOTATION

Le Conseil d'État rappelle que le pouvoir adjudicateur qui décide de faire usage de sous-critères doit porter à la connaissance des candidats leurs conditions de mise en œuvre dès lors que ces sous-critères sont susceptibles d'exercer une influence sur la présentation des offres ainsi que sur leur sélection.

En revanche, une simple méthode de notation destinée à évaluer un critère, sans modifier les attentes du pouvoir adjudicateur définies dans le règlement de la consultation, n'a pas à être portée à la connaissance des candidats.

⇒ [CE, 2 août 2011, Syndicat mixte de la vallée de l'Orge aval, n°348711](#)

### ACTIVITÉ DE RÉSEAU

À propos d'un marché public portant sur la fourniture et l'installation de bornes d'informations des usagers d'un réseau d'autobus, le Conseil d'État a jugé que l'acquisition par un pouvoir adjudicateur d'un équipement destiné à la constitution d'un réseau de transport public ou s'intégrant à un réseau de transport public déjà constitué doit être regardée, en fonction de son mode de gestion, soit comme une activité d'exploitation d'un réseau soit comme une activité de mise à disposition du réseau et par suite comme une activité exercée par une entité adjudicatrice.

⇒ [CE, 24 juin 2011, Communauté d'agglomération Rennes métropole, n°346529](#)

## MODIFICATION D'UNE OFFRE

Le Conseil d'État juge qu'une offre peut être modifiée, par exception à l'article 59 du code des marchés publics interdisant la négociation des offres, lorsque cette modification a pour objet de rectifier une erreur purement matérielle, d'une nature telle que nul ne pourrait s'en prévaloir de bonne foi dans l'hypothèse où le candidat verrait son offre retenue.

➔ [CE, 21 septembre 2011, Département des Hauts-de-Seine, n°349149](#)

## MENTION D'UNE SPÉCIFICATION TECHNIQUE PARTICULIÈRE

Le Conseil d'État a précisé les conditions dans lesquelles le pouvoir adjudicateur peut mentionner un procédé technique particulier dans le cadre d'un marché de service (une telle mention est en principe interdite par l'article 6, IV du code des marchés publics).

Le Conseil d'État considère ainsi que s'agissant des marchés de services, il y a lieu d'examiner :

- (i) Si la spécification technique en cause a ou non pour effet de favoriser ou d'éliminer certains opérateurs économiques ;
- (ii) Dans l'hypothèse seulement d'une telle atteinte à la concurrence, si cette spécification est justifiée par l'objet du marché ou, si tel n'est pas le cas, si une description suffisamment précise et intelligible de l'objet du marché n'est pas possible sans elle.

Ainsi, dans le cadre d'un marché de services, et non de fournitures, la mention d'une spécification technique particulière (en l'espèce, une solution logicielle

dénommée « Lilie ») n'a pas eu pour effet de favoriser ou d'éliminer d'autres solutions techniques : le marché avait en effet pour objet la mise en œuvre d'une plateforme de service pour des espaces numériques de travail dans les lycées, au moyen d'un logiciel libre (Lilie) qui pouvait être librement adapté par toute entreprise spécialisée dans l'installation de logiciels supports d'espaces numériques de travail.

Le Conseil d'État relève enfin que le fait qu'une société qui a participé à la conception et est copropriétaire de la solution technique en cause se porte candidate à l'attribution du marché n'est pas de nature à favoriser cette entreprise : les autres entreprises ont certes développé leurs propres solutions logicielles, mais sont également spécialisées dans l'installation d'espaces numériques de travail à destination des établissements d'enseignement et disposent ainsi des compétences requises pour adapter le logiciel libre.

➔ [CE, 30 septembre 2011, Région Picardie, n°350431](#)

## DÉCRET « DÉFENSE »

Le décret du 14 septembre 2011 transpose la directive 2009/81/CE du 13 juillet 2009 et insère dans le code des marchés publics une nouvelle troisième partie intitulée Dispositions applicables aux marchés de défense ou de sécurité.

D'autres dispositions à vocation générale sont également modifiées.

Deux nouveaux critères de sélection des offres sont ainsi insérés à l'article 53 du code des marchés publics :

- les coûts tout au long du cycle de vie d'une part,
- la sécurité d'approvisionnement, l'interopérabilité et les caractéristiques opérationnelles d'autre part.

➔ [Décret n°2011-1104 du 14 septembre 2011](#)

## Délégations de service public

### DATE LIMITE DE VALIDITÉ DES OFFRES

L'autorité délégante n'est pas tenue de fixer une date limite de validité des offres.

Si une date limite est fixée, le délai de validité des offres ne peut être prolongé :

- qu'avec l'accord de l'ensemble des candidats : il peut être exprimé de façon tacite, par la poursuite des négociations avec l'autorité délégante ;
- et sous réserve qu'un changement dans les conditions de la concurrence ou dans les conditions prévisibles d'exécution du contrat ne rende pas nécessaire la fixation d'une nouvelle date limite ou l'organisation d'une nouvelle procédure de publicité.

Ce changement doit être apprécié au regard des circonstances propres à chaque procédure, eu égard notamment au rapport entre la durée de la procédure et la durée d'exécution du contrat.

➔ [CE, 24 juin 2011, Commune de Bourgoin-Jallieu, n°347889](#)

### NOUVELLE APPLICATION DE LA JURISPRUDENCE COMMUNE DE BÉZIERS

En principe, le juge saisi d'un litige relatif à l'exécution d'un contrat ne peut écarter le contrat pour le règlement du litige sur le fondement d'un manquement aux règles de passation, sauf exception liée à la gravité de l'illégalité et aux circonstances dans lesquelles elle a été commise.

Dans cette affaire, la mise en œuvre d'une clause de tacite reconduction présentant le caractère de nouveaux contrats dont la passation aurait dû être précédée d'une procédure de publicité et de mise en concurrence n'a pas été regardée comme un vice d'une gravité telle que le juge devait écarter le contrat et que le litige qui opposait les parties ne devait pas être réglé sur le terrain contractuel.

➔ [CE, 23 mai 2011, Département de la Guyane, n°314715](#)

### DÉLÉGATION DE SERVICE PUBLIC ET DROIT DE LA CONCURRENCE

La Cour de cassation confirme la condamnation de la SNCM pour abus de position dominante dans le cadre du renouvellement de la délégation de service public entre Marseille et la Corse au motif qu'elle a, lors de l'appel d'offres pour le renouvellement de cette délégation, déposé une seule offre globale et indivisible qui avait pour objet et pour effet d'exclure les autres soumissionnaires du marché.

Le Conseil d'État avait lui-même annulé la procédure d'attribution du contrat (CE, 15 décembre 2006, *Corsica Ferries*, n°298618).

La Cour de cassation précise les compétences respectives de la juridiction administrative et de la juridiction judiciaire (l'Autorité de la concurrence en première instance) et l'autonomie des différents contrôles :

- Le Conseil d'État a recherché si l'autorité délégante avait respecté ses obligations ;
- L'Autorité de la concurrence a apprécié le comportement de la société en cause au regard des seules règles du droit de la concurrence, sans se prononcer sur la légalité de l'appel d'offres, ni même sur sa conformité au regard de ces règles.

La Cour de cassation juge ainsi que l'intervention du juge administratif pour apprécier la régularité d'un acte administratif dans le cadre de l'appel d'offres ne fait pas obstacle à la compétence de l'Autorité de la concurrence pour examiner, sans se prononcer sur d'éventuelles irrégularités de l'appel d'offres, des comportements susceptibles de constituer des pratiques anticoncurrentielles mises en œuvre à l'occasion de la réponse des entreprises.

➔ [Cass. com., 21 juin 2011, pourvoi n°10-15754](#)

## Domaine public

### CONCESSION D'OUTILLAGE PUBLIC ET OCCUPATION DOMANIALE

Le Conseil d'État rappelle que la notion de concession d'outillage public suppose qu'un véritable service public soit délégué au concessionnaire, et contrôle de façon approfondie l'activité exploitée par le cocontractant de l'administration.

En l'espèce, la mise à disposition de certains matériels portuaires à une société (« formes de radoub »,

poste à quai et terre-pleins) pour une activité de réparation navale qui ne constitue pas une mission de service public, ne permet pas de qualifier le contrat de concession d'outillage public et par conséquent de délégation de service public. En effet, seul le personnel du port était habilité à effectuer les manœuvres de mise à sec des bateaux au moyen des outillages publics.

➔ [CE, 8 juin 2011, Port autonome de Marseille, n°318010](#)

### DÉLÉGATION DE SERVICE PUBLIC, OCCUPATION DOMANIALE ET SOUS-OCCUPATION DOMANIALE

Une convention autorisant l'exploitation d'un stade et de ses abords (le Parc des Princes) pour une durée de huit ans moyennant le paiement d'une redevance, ne peut pas être qualifiée de délégation de service public, mais constitue une convention d'autorisation d'exploitation d'un équipement situé sur le domaine public de la Ville de Paris, dans la mesure où :

- le contrat prévoyait la propriété de la ville de Paris sur toutes les constructions neuves et améliorations dès leur réalisation et ne confiait aucune mission particulière au cocontractant, seul compétent pour gérer l'équipement, sous réserve du respect de modèles de contrat d'utilisation annexés ;
- la seule présence de clubs de football professionnel ne caractérise pas à elle seule une mission de service public, dès lors que la seule contrainte imposée au cocontractant repose sur la mise à disposition de l'équipement sportif à ces clubs ;
- les conditions d'utilisation de cet équipement par des fédérations sportives, délégataires d'un service public national, sont étrangères aux missions de service public relevant de la compétence de la ville.

Le Conseil d'État rappelle également deux principes, tenant à la qualité de « sous-occupant » du domaine public :

- les tiers à un contrat administratif ne peuvent en principe se prévaloir des stipulations de ce contrat hormis les clauses réglementaires. Par conséquent, un sous-occupant du domaine public ne peut pas se prévaloir d'une inexécution du contrat d'occupation du domaine public « principal » dans le cadre d'une action en responsabilité quasi-délictuelle.
- L'action en responsabilité du sous-occupant contre la société gestionnaire de l'équipement sur le domaine public (fondée sur la résiliation anticipée du sous-contrat) met en cause la responsabilité d'une personne morale de droit privé à raison de ses relations avec une autre personne morale de droit privé ; un tel litige ne relève pas de la compétence de la juridiction administrative.

Le Conseil d'État a en revanche renvoyé au Tribunal de conflit la question de savoir quel est l'ordre de juridiction compétent pour connaître du litige entre un occupant du domaine public et un sous-occupant de ce domaine avec lequel il est contractuellement lié (en l'espèce, la résiliation du contrat de sous-occupation).

➔ [CE, Section, 11 juillet 2011, Gilles, n°339409](#)

**BAIL EMPHYTÉOTIQUE ADMINISTRATIF ET****LOI DE 1905**

Les dispositions du code général des collectivités territoriales autorisant les collectivités territoriales à conclure un bail emphytéotique sur leur domaine public en vue de la construction d'un édifice du culte ouvert au public dérogent à la loi du 9 décembre 1905.

Le conseil municipal de Montreuil-sous-Bois pouvait ainsi valablement approuver un bail emphytéotique d'une durée de 99 ans à conclure avec une association culturelle, moyennant une redevance annuelle d'un euro symbolique, en vue de l'édification d'une mosquée sur un terrain communal.

➔ [CE, Ass., 19 juillet 2011, Vayssière, n°320796](#)

**EXPLOITATION DU DOMAINE PUBLIC****ET REDEVANCE**

Le Conseil d'État confirme que la volonté d'assurer une meilleure exploitation du domaine public, notamment par l'instauration d'une redevance tenant compte des avantages de toute nature qu'un permissionnaire est susceptible de retirer de l'occupation de ce domaine, fait partie des motifs d'intérêt général pouvant justifier qu'il soit mis fin à un contrat d'occupation du domaine public avant son terme.

Il fait par ailleurs application de sa jurisprudence *Commune de Béziers II* en acceptant d'examiner la demande tendant à contester la mesure de résiliation du contrat prise par la personne publique gestionnaire du domaine.

➔ [CE, 23 mai 2011, EPAD, n°328525](#)

**RETOUR SUR LA COMPÉTENCE DU JUGE JUDICIAIRE**

**Le juge judiciaire est désormais compétent pour connaître des actes détachables (délibérations, décisions du maire) d'un contrat portant sur l'occupation du domaine privé d'une personne publique.**

Par un arrêt du 22 novembre 2010, *Société Brasserie du Théâtre* (n°C3764 – cf. Lettre d'information n°1), le Tribunal de conflits est revenu sur le partage de compétence entre la juridiction judiciaire et la juridiction administrative en matière d'actes détachables afférents aux relations contractuelles pour la gestion du domaine privé d'une collectivité territoriale en considérant que « la contestation par une personne privée de l'acte, délibération ou décision du maire, par lequel une commune ou son représentant, gestionnaire du domaine privé, initie avec cette personne, conduit ou

*termine une relation contractuelle, quelle qu'en soit la forme, dont l'objet est la valorisation ou la protection de ce domaine et qui n'affecte ni son périmètre ni sa consistance, ne met en cause que des rapports de droit privé et relève, à ce titre, de la compétence du juge judiciaire ».*

Commentant cette décision, la doctrine a précisé : « *Mettant fin à la jurisprudence qui permettait, par application de la théorie des actes détachables de la passation des contrats de droit privé (T. confl., 14 févr. 2000, n° 3138, Cne Baie-Mahaut et Sté Rhoddlams : Juris-Data n° 2000-106714 ; Rec. CE*

*2000, p. 747), de considérer que le juge administratif demeurerait compétent pour connaître de la légalité des actes afférents à la conclusion d'un contrat portant sur la gestion du domaine privé de la commune (CE, 5 déc. 2005, n° 270948, Cne Pontoy ; Rec. CE 2005, p. 548), le Tribunal des conflits a renforcé le « bloc de compétence judiciaire » du contentieux de la gestion du domaine privé. » (P. Devillers, *Compétence judiciaire pour les actions en responsabilité afférentes aux actes détachables de la gestion du domaine privé*, C.M.P. n°6, juin 2011, comm. 160).*

➔ [TC, 22 novembre 2010, SARL Brasserie du théâtre, n°3764](#)

## Urbanisme et aménagement

### CONCESSION D'AMÉNAGEMENT ET DÉCLARATION D'UTILITÉ PUBLIQUE

Le Conseil d'État rappelle le principe selon lequel l'illégalité d'un acte administratif, réglementaire ou non, ne peut être invoquée contre une décision administrative que si cette dernière a été prise pour l'application de l'acte illégal ou si l'acte illégal constitue la base légale de la décision.

En matière de concession d'aménagement, la déclaration d'utilité publique de l'opération d'aménagement et les arrêtés de cessibilité ne constituent pas des actes d'application de la délibération approuvant la concession d'aménagement : concrètement, l'illégalité de la concession d'aménagement (ou de la délibération approuvant la convention) ne peut être invoquée contre la DUP ou les arrêtés de cessibilité.

➔ [CE, 11 juillet 2011, \*SODEMEL\*, n°320735](#)

### FINANCEMENT DU PLAN D'AMÉNAGEMENT D'ENSEMBLE

Le Conseil d'État a précisé les règles à respecter pour le financement d'un plan d'aménagement d'ensemble :

- ✓ La délibération du conseil municipal doit identifier avec précision les aménagements prévus ainsi que leur coût prévisionnel et déterminer la part de ce coût mise à la charge des constructeurs, afin de permettre le contrôle du bien-fondé du montant de la participation mise à la charge de chaque constructeur ;
- ✓ La délibération doit procéder à une estimation quantitative des surfaces dont la construction est projetée à la date de la délibération et qui serviront de base à cette répartition, afin de permettre la répartition de la participation entre les constructeurs ;
- ✓ Il appartient enfin au conseil municipal de modifier en tant que de besoin les critères de calcul de la participation des constructeurs pour tenir compte d'éventuels écarts constatés entre les programmes d'équipements publics et leur réalisation effective, ainsi qu'entre les prévisions de constructions privées et leur réalisation effective.

Si le PAE a vocation à disparaître, les principes dégagés par le Conseil d'État devraient être appliqués dans le cadre du projet urbain partenarial (PUP), qui permet de contractualiser les participations au financement des équipements publics.

➔ [CE, 28 juillet 2011, \*Commune de La Garde\*, n°324123](#)

### ACTE DE CRÉATION D'UNE ZAC ET PLAN LOCAL D'URBANISME

Le Conseil d'État précise les conditions dans lesquelles une ZAC doit respecter les dispositions du PLU :

- ✓ La légalité de l'acte de création d'une ZAC n'est pas subordonnée au respect des dispositions du PLU en vigueur ;
- ✓ En revanche, les équipements et aménagements prévus dans le périmètre de la ZAC doivent être réalisés dans le respect des dispositions du règlement du PLU applicables au moment de leur réalisation.

➔ [CE, 26 juillet 2011, \*Société SAVI\*, n°320457](#)

## DROIT DE PRÉEMPTION

Les erreurs matérielles affectant la Déclaration d'Intention d'Aliéner ne sont pas opposables au titulaire du droit de préemption.

Partant, la circonstance que la DIA mentionnait un prix de 149.000 € – au lieu du prix de 1.490.000 € stipulé par la promesse de vente – n'a aucune incidence sur la légalité de décision de préempter l'immeuble au prix indiqué dans la DIA.

➔ [CE, 26 Juillet 2011, \*SCI du Belvédère\*, n°324767](#)

## DROITS À CONSTRUIRE ATTACHÉS AUX PARCELLES ISSUES D'UNE DIVISION FONCIÈRE

Contrairement à ce qu'avaient précédemment jugé certaines cours administratives d'appel, le Conseil d'État juge qu'en supprimant l'ancien article L. 111-5 du code de l'urbanisme, la loi « SRU » a abrogé la possibilité alors offerte au POS de réglementer les droits à construire attachés à une parcelle issue d'une division foncière en considération de ceux déjà consommés sur l'unité foncière d'origine.

De telles dispositions sont donc irrégulières et, partant, ne peuvent plus être légalement opposées aux demandes d'autorisations d'urbanisme.

Rendue au sujet de l'article 5 d'un POS (superficie minimale des terrains constructibles), la solution retenue vaut également pour l'article 9 (emprise au sol) et l'article 14 (relatif au coefficient d'occupation des sols) sauf, pour ce dernier, lorsque les auteurs du POS/PLU ont institué le contrôle prévu par l'article L.123-1-11 du Code de l'urbanisme.

➔ [CE, 2 août 2011, \*M. Cédric A\*, n°334287](#)

## AFFICHAGE DU PERMIS DE CONSTRUIRE

Lorsque le permis de construire obtenu vaut également autorisation de démolir, l'absence de mention de la surface démolie sur le panneau d'affichage apposé sur le terrain à construire affecte d'irrégularité l'ensemble de cet affichage.

Une telle erreur s'oppose donc au déclenchement du délai de recours des tiers pour l'ensemble de l'autorisation obtenue et non pas seulement pour le permis de démolir qu'elle intègre.

➔ [CAA Nancy, 9 juin 2011, \*M. et Mme Jean-Michel A\*, n°10NC01632](#)

## CONTRÔLE DE LA CONFORMITÉ DES TRAVAUX

L'expiration du délai ouvert à l'administration pour contrôler et le cas échéant contester la conformité des travaux accomplis au regard de ceux autorisés par le permis de construire ne fait naître aucune décision et, a fortiori, aucune décision susceptible de faire l'objet d'un recours en annulation recevable.

➔ [CAA, Nancy, 16 juin 2011, \*Jean-Marie A. & autres\*, n°10NC00782](#)

## Procédure contentieuse – contrats de la commande publique

### RÉFÉRÉ PRÉCONTRACTUEL ET LÉSION DU REQUÉRANT

S'il appartient au juge des référés précontractuels de rechercher si l'entreprise qui le saisit se prévaut de manquements qui, eu égard à leur portée et au stade de la procédure auquel ils se rapportent, sont susceptibles de l'avoir lésée ou risquent de la léser, il ne lui appartient pas de rechercher à ce titre si le manquement invoqué a été susceptible de léser davantage le requérant que les autres candidats.

Le juge des référés n'a ainsi commis aucune erreur de droit en ne recherchant pas si le manquement invoqué avait été susceptible de léser davantage la société requérante que ses concurrentes.

➔ [CE, 1<sup>er</sup> juin 2011, Commune de Saint-Benoît, n°345649](#)

L'admission d'une candidature irrégulière, faute de règles suffisantes encadrant la sélection des candidatures, constitue en principe un manquement susceptible d'avoir lésé une entreprise évincée, alors même que son éviction est intervenue au stade de l'analyse des offres, et que le candidat évincé n'est pas en mesure de démontrer que l'entreprise retenue n'aurait pas dû dépasser le stade des candidatures.

Le Conseil d'État précise également que d'une part, le pouvoir adjudicateur doit contrôler les garanties professionnelles, techniques et financières des candidats même dans le cadre d'une procédure adaptée, et que d'autre part, le fait qu'une entreprise dispose de l'agrément requis pour assurer les prestations objet du marché ne suffit pas à démontrer qu'elle dispose également des garanties financières et techniques indispensables à l'exécution du marché.

➔ [CE, 29 avril 2011, Ministre de la Justice, n° 344617](#)

### RECEVABILITÉ DU RÉFÉRÉ CONTRACTUEL

Si le référé contractuel n'est pas ouvert au demandeur ayant fait usage du référé précontractuel dès lors que le pouvoir adjudicateur a respecté le délai de *standstill* et s'est conformé à la décision juridictionnelle sur ce recours, le recours contractuel introduit par un concurrent évincé qui avait antérieurement présenté un recours précontractuel est recevable lorsque :

- (i) le concurrent évincé était dans l'ignorance du rejet de son offre et de la signature du marché par suite d'un manquement du pouvoir adjudicateur à son obligation de notifier aux candidats le rejet de leur offre et de fixer un délai de *standstill* ;
- (ii) le concurrent évincé, bien qu'informé du rejet de son offre, ne l'a pas été du délai de suspension que le pouvoir adjudicateur s'est imposé entre la date d'envoi de la notification du rejet de l'offre et la conclusion du marché.

➔ [CE, 24 juin 2011, OPH interdépartemental de l'Essonne, du Val d'Oise et des Yvelines, n°346665](#)

### MODALITÉS DE COMMUNICATION D'UN MÉMOIRE DE RÉCLAMATION

Le Conseil d'État confirme que le mémoire de réclamation, adressé par le titulaire d'un marché public à la personne responsable du marché en présence d'un différend, doit être communiqué directement à la personne responsable du marché ou à son mandataire désigné comme tel auprès du titulaire du marché.

Le titulaire du marché ne saurait par conséquent transmettre un mémoire de réclamation à l'avocat de la commune, mandataire légal dans le cadre d'une procédure juridictionnelle, dès lors que cet avocat n'a pas été spécifiquement désigné comme mandataire de la commune dans le cadre de l'exécution du marché.

➔ [CE, 11 juillet 2011, OPH de Saint-Dizier, n°338764](#)

## ARTICULATION ENTRE LE RÉFÉRÉ PRÉCONTRACTUEL ET LE RÉFÉRÉ CONTRACTUEL

Le Conseil d'État rappelle qu'en principe, un candidat évincé peut former un référé contractuel alors même qu'il avait précédemment fait usage du référé précontractuel, lorsque le pouvoir adjudicateur n'a pas respecté le délai de suspension de la signature du contrat qui court à compter de la saisine du juge des référés précontractuels (article L. 551-14 du code de justice administrative).

Toutefois, cette possibilité de former un référé contractuel ne joue pas lorsque le candidat évincé a omis de notifier son référé précontractuel au pouvoir adjudicateur, en application de l'article R. 551-1 du

➔ [CE, 30 septembre 2011, Commune de Maizières-lès-Metz, n°350148](#)

code de justice administrative, et que la collectivité publique a ainsi signé le marché avant que le référé précontractuel ne lui ait été transmis par le greffe du tribunal administratif.

Le Conseil d'État sanctionne ainsi indirectement la méconnaissance par le demandeur, de ses obligations de notification prévue à l'article R.551-1 du code de justice administrative ; concrètement, il apparaît ainsi indispensable de notifier le recours en référé précontractuel dès son dépôt au greffe, plutôt que d'attendre la notification du recours par le greffe lui-même.

## IMPARTIALITÉ DE LA PROCÉDURE

Moins de quatre mois après la décision de première instance, le Conseil d'État statuant en tant que juge des référés précontractuels a jugé que l'impartialité de l'État ne pouvait être remise en cause dans l'attribution du contrat de partenariat portant sur l'éco-taxe poids lourds.

Le fait que le ministre se soit adjoint le conseil et le concours techniques de filiales à 100% d'un groupe qui a développé des liens commerciaux avec la société attributaire n'a pas entaché la procédure d'irrégularité, en raison du caractère ponctuel de ces liens commerciaux et des précautions prises dans le cadre de la procédure, liées à la création d'une commission consultative chargée d'émettre un avis sur les offres, à l'interdiction faites à ces sociétés d'assister l'un des candidats et à l'engagement de confidentialité qu'elles ont dû signer.

➔ [CE, 24 juin 2011, Ministre de l'écologie, n°347720](#)

## COMPÉTENCE DU JUGE ADMINISTRATIF

Le Tribunal des conflits rappelle que le litige né de l'exécution d'un marché de travaux publics et opposant des participants à l'exécution de ces travaux relève de la compétence de la juridiction administrative, sauf si les parties en cause sont unies par un contrat de droit privé.

Le Conseil d'État précise que le maître d'ouvrage qui recherche la responsabilité d'une société sous-traitante sur le terrain de la garantie décennale n'est pas lié à cette société par un contrat de droit privé et doit ainsi saisir le juge administratif.

➔ [TC, 28 mars 2011, Commune de La Clusaz, n°C3773](#)

➔ [CE, 2 août 2011, Région Centre, n°330982](#)

## COMPUTATION DU DÉLAI DE *STANDSTILL*

Le délai de *standstill* de 11 jours ou de 16 jours que doit s'imposer puis respecter le pouvoir adjudicateur entre l'envoi aux concurrents évincés de la notification du rejet de leur candidature ou de leur offre et la conclusion du marché est un délai dont la computation s'opère de date à date.

Le candidat qui a disposé de la faculté de présenter utilement un recours précontractuel pendant le délai de *standstill* et qui ne l'a exercé qu'alors que le marché venait d'être régulièrement signé n'est pas recevable à former un recours contractuel postérieurement à la conclusion du marché.

➔ [CE, 2 août 2011, Société Clean Garden, n°347526](#)

## Procédure contentieuse - Généralités

### MODULATION DANS LE TEMPS DES EFFETS DE L'ANNULATION D'UN ACTE ADMINISTRATIF

Le Conseil d'État précise le pouvoir du juge lorsqu'il module les effets de l'annulation d'un acte administratif en application de la jurisprudence *AC !* :

- La Haute juridiction rappelle tout d'abord le principe de l'arrêt *Association AC ! (GAJA)* et ajoute qu' « *il n'appartient pas au juge, lorsqu'il module l'effet de l'annulation dans le temps, d'ordonner une exécution partielle ou incomplète de la décision qu'il annule pendant la période durant laquelle elle continue de s'appliquer et d'autre part il ne relève pas de la compétence du juge administratif de statuer sur une demande de séquestre concernant des fonds privés, même perçus en exécution d'une obligation légale et d'une décision administrative* ».
- L'application de cette jurisprudence aux faits de l'espèce apporte des indications utiles sur les considérations de droit et de fait qui peuvent conduire le juge à moduler dans le temps les effets d'une annulation : graves incertitudes sur les droits des personnes touchées par cette annulation, conséquences financières qui peuvent affecter durablement la continuité du dispositif considéré, gravité de la méconnaissance du droit européen par les règles juridiques antérieures.

⇒ [CE, 17 juin 2011, Société Canal + Distribution, n°324816](#)

### RECEVABILITÉ D'UN MOYEN

La recevabilité d'un moyen s'apprécie à la date à laquelle il est soulevé devant le juge de l'excès de pouvoir et non à la date à laquelle ce dernier statue sur son bien-fondé.

⇒ [CE, 28 juillet 2011, Commune de Bourg-Saint-Maurice, n°336945](#)

### CALCUL DES INTÉRÊTS DUS SUR UNE SOMME À RESTITUER

Le Conseil d'État précise les conditions de calcul des intérêts dus sur une somme à restituer en application d'une décision d'appel ou de cassation du juge administratif.

La partie qui doit restituer une somme qu'elle détenait en vertu d'une décision exécutoire du juge administratif n'en doit les intérêts au taux légal qu'à compter de la notification, qui la rend exécutoire, de la décision ouvrant droit à restitu-

tion et ces intérêts courent jusqu'à l'exécution de la décision, c'est-à-dire, en principe et sous réserve d'un délai anormalement long entre la liquidation et le paiement effectif, jusqu'à la date à laquelle la dette est liquidée.

Le taux d'intérêt applicable est majoré de cinq points à l'expiration d'un délai de deux mois à compter de la notification de la décision à la partie débitrice.

⇒ [CE, 8 juin 2011, Société SEG Fayat, n°344394](#)

## PUBLICATIONS RÉCENTES ET ACTUALITÉ DU CABINET

### 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](http://www.freche-associes.fr)



#### VOS INTERLOCUTEURS :

Alain FRÊCHE

François-Charles BERNARD

Hugues VIGNON

Patrick E. DURAND

Nicolas DOURLENS

Roland de MOUSTIER

Jurisurba : blog d'actualité du droit de l'urbanisme – Patrick E. DURAND (<http://jurisurba.blogspot.com>).

À lire, notamment, [les premiers commentaires](#) sur les projets d'ordonnance et de décret sur la correction de la réforme des lotissements dont l'entrée en vigueur est prévue le 1<sup>er</sup> mars 2012.

La lettre d'information du droit public des affaires est une publication électronique périodique éditée par le Cabinet Frêche & Associés 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.