

Lettre d'information

—

Contrats et projets publics

Avril, Mai 2017 - n°25

Édito

Nettoyage de printemps : un an après l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 23 juillet 2015 *relative aux marchés publics* et du décret du 25 mars 2016 *relatif aux marchés publics*, le décret 10 avril 2017 *portant diverses dispositions en matière de commande publique* apporte à ce dernier texte, ainsi qu'au décret du 25 mars 2016 *relatif aux marchés publics de défense ou de sécurité* et au code de la construction et de l'habitation, une série de modifications ou de précisions, dont pour l'essentiel :

- Pour les offices publics de l'habitat, l'institution d'une commission d'appel d'offres et la suppression de l'obligation de verser des avances et des acomptes ;
- La suppression de l'obligation de réaliser une évaluation du mode de réalisation du projet d'investissement pour les marchés publics d'un montant supérieur ou égal à 100 M€ HT (l'obligation est maintenue pour les marchés de partenariat) ;
- La suppression de l'obligation de produire un extrait du casier judiciaire au stade du dossier de candidature (sauf pour les marchés publics de défense pour lesquels l'acheteur peut continuer à l'imposer) ;
- L'ajout d'une hypothèse d'élimination d'une candidature : la production de faux renseignements.

Marchés publics

- **Offre anormalement basse et justifications** : « *Quelle que soit la procédure de passation mise en œuvre* », lorsqu'il constate qu'une offre paraît anormalement basse, le pouvoir adjudicateur est tenu « *de solliciter auprès de son auteur toutes précisions et justifications de nature à expliquer le prix proposé* ». En l'absence de justifications « *suffisantes pour que le prix proposé ne soit pas regardé comme manifestement sous-évalué et de nature, ainsi, à compromettre la bonne exécution du marché* », le pouvoir adjudicateur doit rejeter l'offre en cause.

➡ [CE, 30 mars 2017, Région Réunion, n°406224](#)

➡ Mots-clés : offre anormalement basse – demande de justifications – rejet de l'offre

- **Contrat oral et marché public** : Si un marché public peut ne pas revêtir une forme écrite, l'existence d'un contrat oral doit néanmoins être établie par celui qui s'en prévaut, ce qui n'était pas le cas dans cette affaire : même si les parties ont « *eu des échanges* » sur les prestations en cause, ceux-ci ne permettent pas de caractériser une demande de la commune et un accord sur leur prix.

➡ [CAA Nancy, 30 mars 2017, Commune de Montmirail, n°16NC00903](#)

➡ Mots-clés : notion de marché public – existence d'un contrat – contrat oral

- **Marché de fourniture et procédure adaptée** : Sur déféré préfectoral, la Cour confirme l'annulation du marché conclu entre une commune et un opérateur, « *d'un montant supérieur à 200 000 euros* » et « *port[ant] exclusivement sur la fourniture par cette société des produits nécessaires à la distribution aux enfants scolarisés dans les écoles maternelles et élémentaires de la commune d'une collation sans en inclure la distribution directe aux élèves* ».

La Cour retient qu'« *eu égard à cet objet* », ce marché « *ne constitue pas un marché de prestations de services pouvant relever des dispositions précitées de l'article 30 du code des marchés publics autorisant leur passation selon une procédure adaptée* » et qu'il aurait dû faire l'objet d'une publication au JOUE.

➡ [CAA Bordeaux, 27 avril 2017, Commune de Bandréle, n°15BX02731](#)

➡ Mots-clés : marché public – fournitures – services – JOUE

- **Clause « Molière » :** Aux termes d'une circulaire interministérielle, la clause dite « Molière » « *qui vise à imposer l'usage du français par les salariés des candidats aux marchés publics* » est illégale car elle viole le « *principe de non-discrimination qui gouverne la passation desdits contrats* ». La circulaire ajoute qu'est illégale l'interdiction éventuellement faite aux candidats à l'attribution d'un marché public ou d'une concession de recourir à des travailleurs détachés.
 - ➔ [Instruction interministérielle relative aux délibérations et actes des collectivités territoriales imposant l'usage du français dans les conditions d'exécution des marchés datée du 27 avril 2017](#)
 - ➔ Mots-clés : principe de non - discrimination – clause Molière – langue française - travailleurs détachés
- **Absence de délai de *standstill* en procédure adaptée :** Le juge des référés précontractuels du Tribunal administratif de Cergy-Pontoise confirme que sous l'empire de l'ordonnance du 23 juillet 2015 et de son décret d'application du 25 mars 2016, aucun délai de *standstill* ne doit être respecté en procédure adaptée entre l'information du rejet de la candidature ou de l'offre d'un candidat et la signature du marché.
 - ➔ [TA Cergy-Pontoise, 2 mai 2017, Société Aximum, n°1703059](#)
 - ➔ Mots-clés : délai de *standstill* – suspension – procédure adaptée – rejet de l'offre – signature du marché
- **Capacités techniques et professionnelles des opérateurs économiques :** Après l'expiration du délai imparti pour candidater à un marché public, un opérateur économique ne peut pas transmettre au pouvoir adjudicateur des documents qui ne figuraient pas dans son offre initiale pour prouver qu'il remplit les conditions de participations à la consultation.
En tout état de cause, un candidat ne peut pas faire valoir :
 - Lorsque le marché doit être réalisé par un seul opérateur, les capacités techniques et professionnelles d'une autre entité en additionnant leurs connaissances et leur expérience alors qu'« *individuellement, [ils] ne disposent pas des capacités demandées* » pour exécuter le marché ;
 - L'expérience d'un groupement auquel il a pris part dans le cadre d'un autre marché public, « *s'il n'a pas effectivement et concrètement participé à la réalisation de ce dernier* ».
 - ➔ [CJUE, 4 mai 2017, Esaprojekt sp. z o.o., aff. C-387/14](#)
 - ➔ Mots-clés : appréciation des capacités techniques et professionnelles – candidatures – égalité de traitement des candidats
- **Limite à la possibilité de modifier ou de compléter une offre après le délai de remise des offres :** Une fois le délai de remise des offres expiré, le pouvoir adjudicateur ne peut plus solliciter des candidats les déclarations ou documents requis par le cahier des charges. Il peut toutefois les inviter à « *clarifier une offre ou à rectifier une erreur matérielle manifeste* » sous réserve que cette invitation soit adressée à tous les candidats placés dans une même situation et que la clarification ou la rectification ne puisse pas être assimilée à une nouvelle offre.
 - ➔ [CJUE, 4 mai 2017, Gama Jacek Lipik., aff. C-131/16](#)
 - ➔ Mots-clés : égalité de traitement des candidats – délai de remise des offres – modification des offres – limites – erreur matérielle
- **Acceptation tacite par l'acheteur public d'une cession de marché :** Après avoir relevé qu'« *aucune disposition législative ou réglementaire n'avait, à la date du litige, précisé les conditions de leur transfert par suite de restructuration de la société attributaire, et qu'au regard des caractères de tels marchés, l'administration pouvait s'opposer à la poursuite de l'exécution par une personne morale distincte, même venant aux droits de la précédente* », la Cour juge qu'« *aucun texte ni aucun principe ne faisait obstacle à ce qu'elle accepte implicitement une telle poursuite* ». En se basant sur l'existence d'échanges électroniques entre les parties et sur un courrier du nouveau titulaire contestant l'application de pénalités de retard, le juge retient que « *l'administration doit être regardée comme ayant accepté tacitement la cession du marché* ».
 - ➔ [CAA Bordeaux, 4 mai 2017, Ministre de la défense, n°15BX00510](#)
 - ➔ Mots-clés : marché public – cession – acceptation tacite

- **Missions de maîtrise d'œuvre dans les marchés globaux :** Le décret *portant adaptation des missions de maîtrise d'œuvre aux marchés publics globaux* entrera en vigueur le 1^{er} juillet prochain. Il adapte les missions de maîtrise d'œuvre définies à l'article 7 de la loi du 12 juillet 1985 *relative à la maîtrise d'ouvrage publique* à la spécificité des marchés publics globaux visés par les articles 33 et suivants de l'ordonnance du 23 juillet 2015 (marchés de conception-réalisation et marchés CREM et REM).
 - ➔ [Décret n° 2017-842 du 5 mai 2017 portant adaptation des missions de maîtrise d'œuvre aux marchés publics globaux](#)
 - ➔ Mots-clés : marché public global – conception-réalisation – CREM – REM - loi MOP - maîtrise d'œuvre – missions
- **Effet neutralisant d'une méthode de notation, entachée comme telle d'irrégularité :** Dans le cadre d'un appel d'offres dont les critères d'attribution étaient le prix pour 60%, la valeur technique pour 30% et la politique sociale pour 10%, la méthode de notation retenue par le pouvoir adjudicateur devait conduire à l'attribution de la note maximale de 20 à l'offre la moins-disante et de 0 à l'offre la plus onéreuse. Mais ainsi jugé que cette méthode « *a pour effet, compte tenu de la pondération élevée de ce critère, de neutraliser les deux autres critères en éliminant automatiquement l'offre la plus onéreuse, quel que soit l'écart entre son prix et celui des autres offres et alors même qu'elle aurait obtenu les meilleures notes sur les autres critères* » et « *qu'elle peut ainsi avoir pour effet d'éliminer l'offre économiquement la plus avantageuse au profit de l'offre la mieux disante sur le seul critère du prix, et ce quel que soit le nombre de candidats* ». L'annulation de la procédure est toutefois évitée dans la mesure où le candidat évincé avait obtenu une note inférieure à celle de la société attributaire sur les critères du prix et de la valeur technique et une note égale sur le critère social : il ne pouvait donc pas être lésé par le manquement.
 - ➔ [CE, 24 mai 2017, Ministre de la Défense, n°405787](#)
 - ➔ Mots-clés : appel d'offres – jugement des offres – critères – neutralisation

Contrats de concession

- **Mise à disposition d'un ouvrage et délégation de service public :** la qualification de délégation de service public suppose que le risque d'exploitation soit transféré au délégataire, c'est-à-dire qu'il assume « *une réelle exposition aux aléas du marché* » et que « *toute perte potentielle supportée par le délégataire* » ne soit pas « *purement nominale ou négligeable* ». En conséquence, la mise à disposition d'une piscine à une association moyennant une redevance d'un euro symbolique « *ne peut relever d'une délégation de service public* ».
 - ➔ [Rep. Min. n°19675, publié au JO Sénat le 6 avril 2017, p.1363](#)
 - ➔ Mots-clés : notion de délégation de service public – risque d'exploitation – réelle exposition aux aléas du marché – mise à disposition d'une piscine en contrepartie d'un euro symbolique
- **Absence de risque lié à l'exploitation du service et conclusion d'une concession provisoire de service public de gré-à-gré :** Constitue un marché public, et non une concession, le contrat dont l'exposition aux aléas du marché n'est pas assez réelle, faute de risque transféré au titulaire. Tel est le cas notamment lorsque le cocontractant tire 86% de sa rémunération de versements faits par la personne publique, lorsque compte tenu de l'existence d'un « *dispositif de commande des repas* », « *la différence entre les repas commandés et les repas servis ne saurait varier de manière substantielle* » et lorsque la courte durée comme l'objet du service font que « *le nombre d'utilisateurs n'est pas non plus susceptible de variations substantielles* ».
 - ➔ [CE, 24 mai 2017, Société Régale des Iles, n°407213](#)
 - ➔ Mots-clés : concession – risque – réelle exposition aux aléas du marché.
- **Interdiction de demander aux candidats la remise d'une offre conditionnelle intégrant des éléments étrangers au contrat de concession :** L'autorité concédante ne peut, « *sans méconnaître l'objet de la concession qu'elle entend conclure et l'obligation de sélectionner la meilleure offre au regard de l'avantage économique global que présente pour elle cette offre, demander aux candidats de lui remettre une offre conditionnelle tenant compte d'une procédure de passation mise en œuvre par une autre autorité concédante ou prendre en compte, pour choisir un délégataire, des éléments étrangers à ce contrat* ». Est ainsi censuré le dispositif qui avait conduit une commune, autorité concédante du service de l'eau potable, à demander à chaque candidat de remettre une ultime offre financière pour le service de l'eau potable dans

l'hypothèse où il obtiendrait parallèlement la concession du service de l'assainissement, qui faisait l'objet d'une autre consultation organisée en parallèle par un syndicat mixte dont la commune se trouvait être membre.

➡ [CE, 24 mai 2017, Commune de Limoux, n°407431](#)

➡ Mots-clés : concession – offre conditionnelle – éléments étrangers – objet du contrat

- **Obligation pour les autorités concédantes de publier et de hiérarchiser les critères de jugement des offres et application dans le temps de l'ordonnance *Concessions*** : le Conseil d'État confirme que pour les concessions dont la valeur dépasse le seuil de 5,225 M€ HT, et à moins qu'il ne s'agisse d'une concession relevant de la procédure dite "allégée", les critères de jugement des offres doivent être publiés et hiérarchisés. La décision juge également que l'application dans le temps de l'ordonnance *Concessions* dépend uniquement de la date d'envoi de l'avis d'appel public à la concurrence (avant ou après le 1^{er} avril 2016), peu important la date à laquelle la délibération sur le principe de la délégation a été adoptée par l'assemblée délibérante.

➡ [CE, 24 mai 2017, SIVU de la station d'épuration du Limouxin, n°407264](#)

➡ Mots-clés : concession – critère – publication – hiérarchisation – date d'envoi de l'avis

Propriété des personnes publiques

- **Mise en concurrence des AOT, amélioration et sécurisation des opérations sur les fonciers publics** : Annoncée par la loi du 9 décembre 2016 *relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique* (loi Sapin 2), l'ordonnance du 19 avril 2017 *relative à la propriété des personnes publiques* :

- Soumet la conclusion des AOT qui autorisent l'occupant à exercer une activité économique au respect d'une procédure de publicité, sauf quelques exceptions, et en encadre la durée ;
- Étend le mécanisme du déclassement anticipé, qui permet le déclassement et le cas échéant la vente de dépendances dont l'affectation à un service public est pourtant temporairement maintenue ;
- Autorise expressément la conclusion de promesses de vente sous condition suspensive de désaffectation et de déclassement ;
- Autorise les personnes publiques à procéder rétroactivement au déclassement des biens qui avaient été cédés après désaffectation sans toutefois avoir été formellement déclassés.

➡ [Ordonnance n°2017-562 du 19 avril 2017 relative à la propriété des personnes publiques](#)

➡ Mots-clés : domaine public – occupation – publicité – déclassement anticipé – promesse de vente – condition suspensive – régularisation – rétroactivité

Services publics locaux

- **Transfert de la compétence eau aux EPCI et différenciation tarifaire** : En application de la loi NOTRé, la compétence *eau* sera transférée aux structures de coopération intercommunales au plus tard le 1^{er} janvier 2020. Les syndicats intercommunaux et les syndicats mixtes recevant cette compétence ne pourront en principe pas instituer une différenciation tarifaire du service public de l'eau pour une partie de leurs communes membres sauf si « ces dernières n'étaient desservies que par leurs propres réseaux d'eau potables comportant chacun des contraintes techniques particulières ». Il y aurait alors une différence de situation objective qui permettrait de justifier un prix de l'eau différent.

➡ [Rep. Min. n°102206 publié au JOAN le 18 avril 2017, p.3070](#)

➡ Mots-clés : tarification - service public de l'eau – principe d'égalité devant les charges publiques – différenciation tarifaire – justifications – loi NOTRé

Modes alternatifs de règlement des litiges

- **Compétence de la juridiction administrative pour connaître d'une sentence arbitrale relative à un marché public** : L'exequatur, qui est la procédure permettant de rendre exécutoire sur le territoire français une décision judiciaire ou une sentence arbitrale rendue à l'étranger, relève en principe de la compétence du juge judiciaire.

Il en va toutefois différemment « lorsque le recours, dirigé contre une telle sentence (...), implique le contrôle de la conformité de la sentence aux règles impératives du droit public français relatives à l'occupation du domaine public ou à la commande publique ». Ainsi jugé dès lors qu'il appartient à la juridiction administrative « de se prononcer sur l'exequatur de la sentence rendue dans le litige né de la résiliation des conventions » qui ont la qualité de marchés publics de services au sens de l'article 1^{er} du code des marchés publics alors en vigueur.

➡ [TC, 24 avril 2017, Syndicat mixte des aéroports de Charente, n°C4075](#)

➡ Mots-clés : sentence arbitrale – règles impératives de droit public français – domaine public – commande publique – compétence de la juridiction administrative

Règlementation économique

- **Action de groupe et action en reconnaissance de droits devant le juge administratif** : Pris en application de la loi du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle, le décret du 6 mai 2017 relatif à l'action de groupe et à l'action en reconnaissance de droits prévues aux titres V et VI de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle définit les règles procédurales applicables en particulier devant le juge administratif, avec la création d'un nouveau chapitre dans le code de justice administrative. Le code intègre également de nouvelles dispositions propres à l'action en reconnaissance de droits devant le juge administratif.

➡ [Décret n°2017-888 du 6 mai 2017 relatif à l'action de groupe et à l'action en reconnaissance de droits prévues aux titres V et VI de la loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle](#)

➡ Mots-clés : action de groupe – action en reconnaissance de droits – procédure administrative

- **Répertoire numérique des représentants d'intérêts** : Pris en application des articles 18-1 à 18-10 de la loi du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique, tels que modifiés en dernier lieu par la loi du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique dite Sapin 2, le décret du 9 mai 2017 relatif au répertoire numérique des représentants d'intérêts :

- Définit certaines notions figurant à l'article 18-2 de la loi du 11 octobre 2013 et explicite notamment les adjectifs « principale » et « régulière » en fixant la fréquence des actions sur une période d'une année ;
- Définit le rythme et les modalités de communication des informations devant être transmises à la Haute autorité pour la transparence de la vie publique et détermine les modalités de publicité de ces informations ;
- Précise les règles applicables aux vérifications sur place opérées par la Haute autorité pour la transparence de la vie publique.

➡ [Décret n°2017-867 du 9 mai 2017 relatif au répertoire numérique des représentants d'intérêts](#)

➡ Mots-clés : représentant d'intérêts – lobbyiste – registre – répertoire numérique - HATVP

À noter

- **Publication de deux arrêts relatifs pour l'un aux données essentielles dans la commande publique et pour l'autre aux fonctionnalités et exigences minimales des profils d'acheteurs** : L'arrêt relatif aux données essentielles dans la commande publique précise la liste des données devant être publiées et leurs modalités de publication sur les profils d'acheteur.

Le second arrêté fixe pour sa part les fonctionnalités et exigences minimales qui doivent être offertes aux acheteurs et aux opérateurs économiques par les profils d'acheteurs.

- ➔ [Arrêté du 14 avril 2017 relatif aux données essentielles dans la commande publique](#)
- ➔ [Arrêté du 14 avril 2017 relatif aux fonctionnalités et exigences minimales des profils d'acheteurs](#)
- **Publication du rapport d'activité de la Direction des affaires juridiques (DAJ) du ministère de l'Économie pour l'année 2016 :** Au-delà de la présentation de la direction et de ses activités, le rapport annuel de la DAJ propose notamment deux focus : le premier sur la loi n°2016-1691 du 9 décembre 2016 dite *Sapin 2* et un second sur la réforme de la commande publique.
 - ➔ [Rapport d'activité de la DAJ pour l'année 2016](#)

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.