

Lettre d'information — Contrats et projets publics

Juillet 2019 - n°37

Marchés publics

- **Avenant et bouleversement de l'économie générale du marché** : Le tribunal administratif de Cergy-Pontoise juge que la conclusion d'un avenant doit être considérée comme bouleversant l'économie générale du marché, dès lors que le montant de la modification du prix qu'il prévoit, cumulé aux montants des précédents avenants, conduit à une augmentation de plus de 50% du prix initial du marché.
 - ➔ [TA Cergy-Pontoise, 7 mai 2019, Préfet des Hauts-de-Seine, n°1808664](#)
 - ➔ Mots-clés : marché public – avenant – montant cumulé – économie du contrat – bouleversement
- **Conflits d'intérêts** : Alors que la Métropole d'Aix Marseille avait considéré que la circonstance qu'il se soit constitué partie civile dans des instances pénales impliquant l'un des candidats justifiait l'exclusion de ce dernier, le Tribunal censure cette exclusion en relevant (i) que le pouvoir adjudicateur ne démontre pas qu'une personne en lien avec le candidat, et qui avait un intérêt pouvant compromettre l'impartialité ou l'indépendance de la procédure de passation, a participé au déroulement de celle-ci ou était susceptible d'en influencer l'issue et (ii) que les instances pénales pour lesquelles le pouvoir adjudicateur s'est constitué partie civile « *sont dépourvu[e]s de lien direct avec la procédure de passation en litige* ». Dans ces conditions, la seule circonstance que la Métropole se soit constituée partie civile dans des instances pénales impliquant le candidat concerné ne saurait en elle-même être de nature à caractériser une situation de conflit d'intérêts au sens du 5° du I de l'article 48 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 *relative aux marchés publics*.
 - ➔ [TA Marseille, 11 juin 2019, SMA Vautubière, n°1708898](#)
 - ➔ Mots-clés : marché public – conflit d'intérêts – constitution de partie civile – absence
- **Montant maximum de l'accord-cadre** : Pour le Conseil d'État, il est possible de fixer le montant maximum de l'accord-cadre en cours de procédure. Ainsi jugé qu'« *aucune règle ni aucun principe ne lui [le pouvoir adjudicateur] interdit, dans le cadre d'une procédure négociée, qu'il ait informé ou non les candidats dans les documents de la consultation que la négociation pourrait le conduire à fixer un montant maximum, de fixer effectivement un tel montant en fin de procédure* ».
 - ➔ [CE, 12 juin 2019, Ministère des Armées, n°427397](#)
 - ➔ Mots-clés : marché public – accord-cadre – montant maximum - fixation
- **Candidature d'une collectivité territoriale à un marché public** : Précisant la portée d'une précédente décision *Société Armor SNC* du 30 décembre 2014, le Conseil d'État rappelle que « *la candidature d'une collectivité territoriale à l'attribution d'un contrat de commande publique peut être regardée comme répondant à un intérêt public local lorsqu'elle constitue le prolongement d'une mission de service public dont la collectivité a la charge, notamment parce que l'attribution du contrat permettrait d'amortir des équipements dont elle dispose* » et que « *Cet amortissement ne doit toutefois pas s'entendre dans un sens précisément comptable, mais plus largement comme traduisant l'intérêt qui s'attache à l'augmentation du taux d'utilisation des équipements de la collectivité, dès lors que ces derniers ne sont pas surdimensionnés par rapport à ses propres besoins* ». Il ajoute que « *lorsque le prix de l'offre d'une collectivité territoriale est nettement inférieur à ceux des offres des autres candidats, il appartient au pouvoir adjudicateur de s'assurer, en demandant la production des documents nécessaires, que l'ensemble des coûts directs et indirects a été pris en compte pour fixer ce prix, afin que ne soient pas faussées les conditions de la concurrence* ».
 - ➔ [CE, 14 juin 2019, Société Vinci Construction Maritime et Fluvial, n°411444](#)
 - ➔ Mots-clés : marché public – collectivité candidate – libre concurrence – contrôle du juge

- **Interdictions facultatives en matière de marchés publics :** Le Conseil d'État juge que les 2° et 5° du I de l'article 48 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 *relative aux marchés publics* permettent aux acheteurs publics d'exclure d'un marché un opérateur qui a entrepris d'influencer la prise de décision de l'acheteur dans le cadre de l'opération en cours, mais également dans le cadre d'autres procédures récentes, et qui n'établit pas que son professionnalisme et sa fiabilité ne peuvent plus être mis en cause.
 - ⇒ [CE, 24 juin 2019, Département des Bouches-du-Rhône, n°428866](#)
 - ⇒ Mots-clés : marché public – exclusion facultative – consultations récentes
- **Méthode de notation et vice du consentement :** La circonstance que l'acheteur ait mis en œuvre une méthode de notation différente de celle qui avait été annoncée dans les documents de la consultation, ce qui a eu une incidence sur le classement des offres, ne peut être regardée comme caractérisant un vice de consentement de nature à emporter l'annulation du contrat.
 - ⇒ [CE, 28 juin 2019, Société Plastic Omnium, n°420776](#)
 - ⇒ Mots-clés : marché public – méthode de notation différente – vice du consentement – absence

Concessions & délégations de service public

- **Respect du règlement de la consultation :** Après avoir rappelé que « le règlement de la consultation prévu par une autorité concédante pour la passation d'un contrat de concession est obligatoire dans toutes ses mentions » et que « L'autorité concédante ne peut, dès lors, attribuer ce contrat à un candidat qui ne respecte pas une des exigences imposées par ce règlement, sauf si cette exigence se révèle manifestement dépourvue de toute utilité pour l'examen des candidatures ou des offres », le Conseil d'État confirme que le premier juge a pu estimer, « par une appréciation souveraine exempte de dénaturation, que l'obligation imposée aux candidats de déposer une version sur support numérique des dossiers de candidature n'était pas une formalité inutile, de sorte que « c'est sans commettre d'erreur de droit que le juge des référés a estimé que l'absence de version sous format dématérialisée du dossier de candidature de la société [X...] avait pour effet de rendre cette candidature incomplète alors même qu'une version sous format papier comportant les pièces et informations demandées avait été également déposée ».
 - ⇒ [CE, 22 mai 2019, Société Corsica Ferries, n°426763](#)
 - ⇒ Mots-clés : concession – règlement de la consultation – exigence – offre irrégulière
- **Discrimination dans l'appréciation de la valeur technique des offres :** Par une ordonnance du 14 juin 2019, le juge des référés du Tribunal administratif de Bastia estime que même si des éléments discriminatoires (préférence régionale) ont été pris en compte dans l'appréciation de la valeur technique des offres présentées pour l'attribution d'une délégation de service public, le juge ne peut suspendre l'exécution du contrat que si ces éléments ont été déterminants dans la sélection de l'offre retenue.
 - ⇒ [TA 14 juin 2019, Préfète de la Corse, n°1900631](#)
 - ⇒ Mots-clés : concession – valeur technique – éléments d'appréciation relatifs au contexte et à l'emploi local – caractère non déterminant
- **Activité concurrente organisée par le concédant :** Le Tribunal administratif de Lyon rappelle que lorsqu'un concessionnaire demande une indemnisation à la collectivité concédante du fait des activités concurrentes que cette dernière a organisées, le juge doit rechercher si la collectivité a méconnu les stipulations du contrat ou empêché le concessionnaire de poursuivre ses activités et donc de remplir ses propres obligations contractuelles. Pour le Tribunal, « Il n'existe pas, en effet, de principe général de protection du concessionnaire contre la concurrence ».
 - ⇒ [TA Lyon, 13 juin 2019, Société Rhône Express, n°1703281](#)
 - ⇒ Mots-clés : concession – activités concurrentes – stipulations du contrat – principe général de protection du concessionnaire – inexistence

- **Diffusion d'informations confidentielles en cours de procédure:** Après avoir rappelé que « *les délégations de service public sont soumises aux principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, qui sont des principes généraux du droit de la commande publique* », le Conseil d'État juge que « *Pour assurer le respect de ces principes, la personne publique informée, avant la signature d'un contrat, de l'existence d'une irrégularité de procédure affectant le choix du concessionnaire doit s'abstenir de signer le contrat litigieux; alors même qu'elle ne serait pas responsable de cette irrégularité* ». Il ajoute que « *lorsqu'est constatée, au cours de la procédure de passation, qu'ont été divulguées des informations relatives à l'offre déposée par un candidat à l'attribution du contrat, il appartient à la personne publique d'apprécier si cette divulgation peut être regardée comme étant de nature à porter atteinte au principe d'égalité entre les candidats* », sachant que « *La seule circonstance qu'une telle divulgation ne soit pas imputable à la personne publique responsable de la procédure de passation ne la dispense pas de cette obligation* ».
 - ➔ [CE, 24 juin 2019, Société La Méridionale, n°429407](#)
 - ➔ Mots-clés : concession – diffusion d'informations relatives aux offres – imputabilité – suspension

Propriétés publiques

- **Théorie du domaine public dit "par anticipation"** : Du moment que la commune avait décidé, par délibération de son conseil municipal du 5 avril 2018, de créer un service public d'accueil de la petite enfance et d'affecter à ce service public, à compter du 2 août 2018, les locaux communaux, ces derniers « *disposaient déjà des aménagements indispensables à l'activité de service public dont la création avait été décidée* », de sorte qu'ils « *pouvaient être regardés comme une dépendance du domaine public de la commune* »
 - ➔ [CE, 22 mai 2019, Association Les Familles A... B... C... du Gard, n°423230](#)
 - ➔ Mots-clés : domaine public – affectation – anticipation
- **Superposition d'affectation du domaine public** : Par un arrêt du 6 juin 2019, la Cour administrative d'appel de Bordeaux précise dans quelle mesure une convention de superposition d'affectation du domaine public peut régulariser une situation de fait ancienne.
 - ➔ [CAA Bordeaux, 6 juin 2019, M. et Mme B., n°17BX01993](#)
 - ➔ Mots-clés : domaine public - superposition d'affectation – compatibilité
- **Refus d'expulser un occupant irrégulier du domaine public** : Par un jugement du 6 juin 2019, le Tribunal administratif de Montpellier juge que même si une dépendance d'un domaine public est occupée irrégulièrement, le juge peut refuser d'expulser l'occupant qui assure dans cette dépendance un service public de protection des personnes, des biens et de l'environnement dès lors que cette expulsion conduirait à ne plus assurer la continuité du service public ou aurait pour effet de retarder son exécution en exposant ses bénéficiaires à un danger grave et imminent, notamment du fait de l'accroissement des délais d'intervention.
 - ➔ [TA Montpellier, 6 juin 2019, Office public d'habitat Béziers méditerranée habitat, n°1703048](#)
 - ➔ Mots-clés : domaine public – occupation irrégulière – expulsion – continuité du service public
- **Implantation irrégulière d'un ouvrage public** : Par un arrêt du 14 juin 2019, le Conseil d'État estime qu'en l'absence d'extinction du droit de propriété, une demande indemnitaire en réparation de l'atteinte portée au droit de propriété d'un particulier par l'implantation irrégulière d'un ouvrage public relève de la compétence du juge administratif.
 - ➔ [CE, 14 juin 2019, M. et Mme B., n°414458](#)
 - ➔ Mots-clés : ouvrage public – implantation irrégulière – juridiction administrative

Droit public de l'économie & régulation

- **Société concessionnaire d'autoroutes à capitaux majoritairement privés** : Pour le Conseil d'État, une société concessionnaire d'autoroutes à capitaux majoritairement privés ne peut pas être regardée comme un

pouvoir adjudicateur ni comme une entité adjudicatrice. Le juge du référé précontractuel est donc incompétent pour se prononcer sur les contrats d'occupation du domaine public routier que cette société se propose de conclure, « *alors même que la loi du 6 août 2015 [pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques] a soumis la passation de ces contrats à des règles de procédure* » et alors même que l'appel d'offres indiquait que « *ce contrat pouvait faire l'objet d'un référé précontractuel* ».

➔ [CE, 30 avril 2019, Total Marketing France, n°426698](#)

➔ Mots clés : société concessionnaire d'autoroute – occupation du domaine public – référé précontractuel

- **Sociétés d'économie mixte locales** : La Cour des comptes a rendu public, le 27 mai 2019, le rapport sollicité par l'Assemblée nationale sur les sociétés d'économie mixte locales (SEM). Elle attire l'attention sur leur manque de transparence, source de risques juridiques et financiers pour les collectivités locales, et invite ces dernières à privilégier les sociétés publiques locales pour porter leurs projets

➔ [Rapport de la Cour des comptes – Les sociétés d'économie mixte locales – un outil des collectivités à sécuriser](#)

➔ Mots-clés : société d'économie mixte locale – Cour des comptes – risques juridiques et financiers

Énergie

- **Qualification de producteur d'électricité** : Par un arrêt du 20 juin 2019, la Cour de justice de l'Union européenne juge qu'une installation de récupération de soufre connectée au réseau d'électricité et alimentant celui-ci en quantités mineures d'électricité doit être considérée comme « *producteur d'électricité* ». À ce titre, elle n'est pas en droit de se voir allouer des quotas d'émission à titre gratuit au titre de la chaleur produite.

➔ [CJUE, 19 juin 2019, ExxonMobil Production Deutschland GmbH, C-682/17](#)

➔ Mots-clés : Production d'électricité par chaleur – producteur d'électricité – allocation de quotas d'émission à titre gratuit

- **Transfert de compétence en matière d'organisation de la distribution d'électricité** : Pour le Conseil d'État, le transfert par une commune à un établissement public de coopération intercommunale de sa compétence en matière d'organisation de la distribution d'électricité s'accompagne *de facto* du transfert à cet établissement de la propriété des ouvrages des réseaux en cause.

➔ [CE, 28 juin 2019, Commune de Bovel, n°425975](#)

➔ Mots-clés : distribution de l'électricité – ouvrages – transfert – propriété

Comptabilité publique

- **Caractère de recettes publique** : Le Conseil d'État précise comment déterminer si les recettes perçues par un cocontractant de l'administration sont susceptibles de caractériser une gestion de fait : « *il appartient au juge des comptes de rechercher si, au regard de l'objet du contrat et de l'action du cocontractant, les recettes que ce dernier perçoit peuvent recevoir la qualification de recettes publiques* ». Pour le Conseil d'État, « *Tel est le cas lorsque l'administration a entendu confier à un organisme public ou privé l'encaissement de produits ou de revenus correspondant à la fourniture d'un bien ou d'un service par l'administration elle-même, un tel encaissement ne pouvant alors être organisé que dans les conditions prévues par la loi. En revanche, ne peuvent être qualifiées de recettes publiques les sommes correspondant au produit que le cocontractant tire de son activité propre d'exploitation d'un bien ou d'une prestation de services* ».

➔ [CE, 26 juin 2019, M. B., n°417386](#)

➔ Mots-clés : recette publique – gestion de fait – fourniture d'un bien ou d'un service par l'administration

Procédure

- **Non-application du délai raisonnable d'un an au contentieux de la responsabilité administrative** : La jurisprudence *Czabaj* ne s'applique pas au contentieux de la responsabilité administrative, qui reste régi par les seules règles de prescription de la loi du 31 décembre 1968 *relative à la prescription des créances sur l'Etat, les départements, les communes et les établissements publics*.
 - ➔ [CE, 17 juin 2019, Centre hospitalier de Vichy, n°413097](#)
 - ➔ Mots-clés : responsabilité – délai raisonnable d'un an – inapplicabilité
- **Caractère suspensif du recours gracieux du préfet** : Ainsi jugé que lorsque le Préfet saisit, dans le délai du déferé, l'autorité compétente d'un recours gracieux préalablement à l'introduction d'un recours en contestation de la validité d'un contrat, ce recours gracieux interrompt le délai de recours contentieux.
 - ➔ [CE, 28 juin 2019, Société Plastic Omnium, n°420776](#)
 - ➔ Mots-clés : recours en contestation de la validité du contrat – recours gracieux – délai de recours – suspension

À noter

- [Loi n°2019-463 du 17 mai 2019 tendant à sécuriser l'actionnariat des entreprises publiques locales](#)
- [Loi n°2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises](#) :
 - En ce qui concerne le droit public de l'économie : privatisation d'Aéroports de Paris (articles 130 à 136), de la Française des Jeux (article 137 à 139) et d'Engie (articles 140 à 146)
 - En ce qui concerne le droit des marchés publics :
 - Le recours à l'affacturage inversé (article 106 de la loi) ;
 - L'interdiction des ordres de service à 0 € (article 195 de loi ; [article L. 2194-3 nouveau du code de la commande publique](#)) ;
 - La facturation électronique (articles 193 et suivants de la loi ; [articles L. 2192-1 et suivants du code de la commande publique](#))
- La DAJ a publié un nouveau [guide pratique « faciliter l'accès des TPE/PME à la commande publique »](#), rappelant les bonnes pratiques des acheteurs en la matière et préconisant notamment le « *développement du sourcing, allongement des délais de réponse aux consultations, adéquation des exigences financières des acheteurs aux capacités des PME...* »

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.