

Lettre d'information

—

Contrats et projets publics

Novembre 2019 - n°39

Marchés publics

- **Sous-traitance** : Au visa de l'article 6 de la loi du 31 décembre 1975 *relative à la sous-traitance* (aujourd'hui repris dans le code de la commande publique) relatif au paiement direct du sous-traitant par le maître de l'ouvrage, la Cour administrative d'appel de Lyon rappelle que le maître d'ouvrage qui, ayant eu connaissance d'une sous-traitance irrégulière, s'abstient de toute mesure propre à y mettre fin, commet une faute de nature à engager sa responsabilité. En l'espèce, le juge écarte toutefois l'existence d'une faute quasi-délictuelle au motif que ce n'est qu'après que l'entrepreneur principal a refusé de payer son sous-traitant que ce dernier s'est manifesté auprès du maître d'ouvrage en faisant valoir sa qualité.
 - [CAA Lyon 2 septembre 2019, Société Peinta Concept, n° 17LY02724](#)
 - Mots-clés : sous-traitant – paiement direct – maître d'ouvrage – responsabilité quasi-délictuelle
- **Indemnité de résiliation** : Au cas d'un bail emphytéotique administratif et d'une convention de mise à disposition, et après avoir rappelé le principe d'interdiction « *en vertu de l'interdiction faite aux personnes publiques de consentir des libéralités, un contrat administratif ne peut légalement prévoir une indemnité de résiliation qui serait, au détriment de la personne publique, manifestement disproportionnée au montant du préjudice subi par le cocontractant du fait de cette résiliation* », la Cour administrative d'appel de Marseille écarte les stipulations de la clause de résiliation litigieuse en retenant « *qu'en déterminant le montant de l'indemnité de résiliation par référence aux décaissements opérés par l'établissement financier au titre du contrat de prêt souscrit pour le financement de l'ouvrage, sans limiter ce montant aux sommes correspondant à ces prestations et dépenses, les mêmes stipulations permettent à l'emphytéote de bénéficier d'une indemnité de résiliation pouvant excéder sensiblement le total de ces sommes, à proportion des sommes décaissées mais non affectées à leur paiement, lequel ne coïncide pas nécessairement avec le coût des travaux demeurant éventuellement à réaliser, pris en charge par ailleurs* ».
 - [CAA Marseille, 16 septembre 2019, Société Auxifip, n°17MA01849](#)
 - Mots-clés : BEA – convention de mise à disposition – résiliation – indemnité – caractère manifestement excessif
- **Sous-traitance** : Au visa de l'article 6 de la loi du 31 décembre 1975 *relative à la sous-traitance*, aujourd'hui codifié aux articles L. 2193-10 et suivants du code de la commande publique et relatif au paiement direct du sous-traitant par le maître de l'ouvrage, le Conseil d'État rappelle tout d'abord « *l'obligation de payer les prestations réalisées par un sous-traitant accepté et dont les conditions de paiement ont été agréées incombe au maître d'ouvrage* ». Il ajoute que « *dans le cas où (...) le maître d'ouvrage a confié à un mandataire l'exercice de certaines attributions en son nom et pour son compte, le juge, saisi d'une action en paiement direct par un sous-traitant, peut mettre à la charge du mandataire le versement des sommes éventuellement dues si et dans la mesure où il résulte de l'instruction devant lui que ce versement est au nombre des missions qui incombent au mandataire en vertu du contrat qu'il a conclu avec le maître d'ouvrage* », y compris lorsque « *le sous-traitant demande (...) une provision* ».
 - [CE 18 septembre 2019, Société communale de Saint-Martin, n°425716](#)
 - Mots-clés : sous-traitant – paiement direct – maître d'ouvrage – mandataire
- **Offre non conforme** : Après avoir rappelé qu'« *un pouvoir adjudicateur ne peut attribuer un marché à un candidat qui ne respecterait pas une des prescriptions imposées par le règlement de la consultation* » et qu'« *il est tenu d'éliminer, sans en apprécier la valeur, les offres incomplètes, c'est-à-dire celles qui ne comportent pas toutes les pièces ou renseignements requis par les documents de la consultation et sont, pour ce motif, irrégulières* », le Conseil d'État atténue la portée de cette règle en précisant que « *cette obligation ne fait pas obstacle à ce que ces documents prévoient en outre la communication, par les*

soumissionnaires, d'éléments d'information qui, sans être nécessaires pour la définition ou l'appréciation des offres et sans que leur communication doive donc être prescrite à peine d'irrégularité de l'offre, sont utiles au pouvoir adjudicateur pour lui permettre d'apprécier la valeur des offres au regard d'un critère ou d'un sous-critère et précisent qu'en l'absence de ces informations, l'offre sera notée zéro au regard du critère ou du sous-critère en cause ».

➔ [CE, 20 septembre 2019, Société Vendasi, n°421075](#)

➔ Mots-clés : marché public – offre non conforme – offre incomplète – documents utiles mais non nécessaires

- **Variantes :** Le Conseil d'État rappelle que sous l'empire de l'article 50 du code des marchés publics, codifié à l'article R. 2151-8 du code de la commande publique, « *si le code des marchés publics ne subordonnait pas la présentation d'une variante à celle d'une offre de base dans le cadre d'un marché passé selon une procédure adaptée, il était toutefois loisible au pouvoir adjudicateur de prévoir une telle obligation* ». Au résultat de l'analyse du règlement de la consultation qui lui était soumis, il valide le raisonnement du juge d'appel qui avait retenu que « *le mémoire technique proposé par la société BGC à la commune comportait, sous la rubrique " proposition architecturale des façades ", trois solutions portant sur différents matériaux et coloris du bardage du hall sportif et se présentant elles-mêmes comme des variantes, sans mention de l'offre de base* » avant de retenir que « *la société n'avait ainsi présenté que des solutions modifiant les spécifications prévues dans la solution de base décrite dans les documents de la consultation* ».

➔ [CE 20 septembre 2019, Société BGC, n°421317](#)

➔ Mots-clés : procédure adaptée – règlement de la consultation – variante – offre de basse

- **Candidature d'une société en redressement judiciaire :** Par un arrêt du 24 octobre 2019, le Conseil d'État apporte des précisions sur les conditions d'appréciation des candidatures des entreprises placées en situation de redressement judiciaire. Il rappelle tout d'abord de manière générale que « *les entreprises placées en redressement judiciaire sont tenues de justifier, lors du dépôt de leur offre, qu'elles sont habilitées, par le jugement prononçant leur placement dans cette situation, à poursuivre leurs activités pendant la durée d'exécution du marché, telle qu'elle ressort des documents de la consultation* ». Aussi en déduit-il que si l'entreprise candidate est placée en redressement judiciaire après la date limite fixée par le dépôt des offres, « *elle doit en informer sans délai le pouvoir adjudicateur, lequel doit alors vérifier si l'entreprise est autorisée à poursuivre son activité au-delà de la durée d'exécution du marché et apprécier si sa candidature reste recevable* ». Il ajoute en l'espèce que la faculté offerte par le pouvoir adjudicateur aux candidats de compléter leur candidature n'a pas pour objet ni pour effet de « *permettre à un opérateur économique qui reprend une partie des actifs d'un candidat dont la candidature avait été regardée comme ne présentant pas les capacités suffisantes pour exécuter le marché et qui a été placé en liquidation judiciaire à la suite d'un plan de cession, de participer à la procédure de passation d'un marché public alors qu'il n'avait pas lui-même présenté sa candidature* ».

➔ [CE 21 octobre 2019, Commune de Chaumont, n° 416616](#)

➔ Mots-clés : marché public – candidature – redressement judiciaire – capacités suffisantes

Concessions et délégation de service public

- **Hierarchisation des critères :** Le contrat qui a pour objet « *l'exploitation des installations de production, de stockage et de distribution d'eau potable en vue d'assurer la fourniture d'eau aux usagers du service* » relève du 2° de l'article 10 du décret du 1^{er} février 2016 *relatif aux contrats de concession*, aujourd'hui article R. 3126-1 du code de la commande publique. L'autorité concédante n'est donc pas tenue de procéder à une hiérarchisation des critères d'attribution des offres et d'indiquer cette hiérarchie dans l'avis de concession, dans l'invitation à présenter une offre ou dans tout autre document de la consultation.
- ➔ [CE, 18 septembre 2019, Communauté de communes de l'Île-Rousse-Balagne, n°430368](#)
- ➔ Mots-clés : concession – eau potable – critères – hiérarchisation – non
- **Candidature d'une personne publique :** Après avoir rappelé que « *lorsqu'une personne publique est candidate à l'attribution d'un contrat de concession, il appartient à l'autorité concédante, dès lors que l'équilibre économique de l'offre de cette personne publique diffère substantiellement de celui des offres des autres candidats, de s'assurer, en demandant la production des documents nécessaires, que l'ensemble des coûts directs et indirects a été pris en compte pour la détermination de cette offre, afin que*

ne soient pas faussées les conditions de la concurrence», le Conseil d'État écarte la critique qui soutenait que cette personne publique « n'opère aucune séparation comptable entre les moyens et ressources qui lui sont attribués au titre de sa mission de service public et ceux qu'il utilise pour l'exécution du contrat de concession du service public de distribution d'eau ». Il retient également que « l'équilibre économique de l'offre présentée par l'OEHC ne diffère pas substantiellement de celui de l'offre concurrente présentée par la société des eaux de Corse ».

➔ [CE, 18 septembre 2019, Communauté de communes de l'Ile-Rousse-Balagne, n°430368](#)

➔ Mots-clés : concession – eau potable – critères – hiérarchisation – non

- **Incompétence du juge administratif pour le délégataire usager du service public :** Dans le cadre d'un litige entre un délégataire de service public communal et une commune qui lui fournit la totalité de l'eau distribué, le Tribunal administratif d'Amiens s'est déclaré incompétent pour connaître d'un tel litige portant sur les redevances dues par le délégataire, dans la mesure où le délégataire n'agit pour le compte de la commune, délégante, mais pour son propre compte, de sorte qu'il doit être regardé comme un simple usager du service public industriel et commercial.

➔ [TA Amiens, 27 septembre 2019, Société Suez Eau France, n°1702173](#) (décision diffusée par FilDP)

➔ Mots-clés : compétence du juge administratif – usager du service public industriel et commercial – achat d'eau potable

- **Principe de loyauté :** Appliquant le principe de loyauté des relations contractuelles dans le cadre d'un recours en contestation de la validité du contrat, le Conseil d'État valide le raisonnement du juge d'appel qui avait refusé de prononcer la résolution d'un avenant prolongeant la durée d'une concession de service public de traitements des ordures ménagères. En ce sens, il retient que l'autorité délégante ne peut valablement obtenir l'annulation d'un avenant en se prévalant d'un vice du consentement dès lors qu'en prenant « l'initiative de maintenir par avenant l'exploitation du centre d'enfouissement des déchets », elle « était à " l'origine " du vice lié aux conditions de passation de l'avenant » et devait être regardée « comme ayant donné son accord à l'exécution de l'avenant en litige postérieurement à sa conclusion ».

➔ [CE, 4 octobre 2019, Syndicat mixte du développement durable de l'Est Var, n° 419312](#)

➔ Mots-clés : principe de loyauté – vice du consentement – condition d'exécution de l'avenant

- **Indemnité d'imprévision :** le Conseil d'État refuse d'octroyer une indemnité d'imprévision au concessionnaire se prévalant d'un déficit d'exploitation « ayant pour origine la surestimation par l'État du volume de fret transporté », dès lors que ce déficit est « la conséquence de l'état de fragilité financière initiale de la société, qui n'était ni imprévisible ni extérieur à l'action du cocontractant, et des conditions dans lesquelles avaient été définis les termes de la délégation, qui n'étaient pas davantage imprévisibles ».

➔ [CE 21 octobre 2019, Société Alliance, n° 419155](#)

➔ Mots-clés : imprévision – indemnisation – déficit d'exploitation – lien de causalité – caractère imprévisible et extérieur

Droit public de l'économie et régulation

- **Ententes et barèmes d'honoraires des architectes :** L'Autorité de la Concurrence sanctionne, entres autres, l'Ordre des architectes pour avoir fixé un barème sur les honoraires des architectes dans le secteur des marchés publics de la maîtrise d'œuvre pour la construction d'ouvrages publics en ce que ce barème est constitutif d'une pratique d'entente anticoncurrentielle.

➔ [Décision de l'Autorité de la concurrence, 30 septembre 2019 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des prestations d'architecte, n°19-D-19](#)

➔ Mots- clés : pratiques anti-concurrentielles – barème d'honoraires – maîtrise d'œuvre

- **Jeux d'argent et de hasard :** Publication de l'ordonnance n° 2019-1015 du 2 octobre 2019 réformant la régulation des jeux d'argent et de hasard

- [Ordonnance n° 2019-1015 du 2 octobre 2019 réformant la régulation des jeux d'argent et de hasard](#)
- Mots-clés : jeux d'argent et de hasard

- **Privatisation de la société Aéroport de Toulouse-Blagnac** : Le Conseil d'État rejette les recours contre la décision sélectionnant l'acquéreur des parts détenues par l'État au capital de la société Aéroport Toulouse-Blagnac en retenant tout d'abord que la décision de sélection de l'acquéreur a été prise à l'issue d'une procédure régulière, notamment en ce que le cahier des charges n'interdisait pas que la composition d'un groupement candidat évolue au cours de la procédure. Il retient ensuite que le choix du Consortium Symbiose comme acquéreur de la participation en cause n'est pas entaché d'une erreur manifeste d'appréciation.
 - [CE, 9 octobre 2013, Ministre de l'économie et des finances, n°430538](#)
 - Mots-clés : aéroport – privatisation – procédure de sélection – régularité – erreur manifeste d'appréciation

- **Mise en concurrence des contrats de service public de transport ferroviaire de voyageurs** : Publication du décret n° 2019-1083 du 24 octobre 2019 *relatif aux modalités de passation et d'exécution des contrats de service public de transport ferroviaire de voyageurs*, pris sur le fondement de l'ordonnance n° 2018-1135 du 12 décembre 2018 *portant diverses dispositions relatives à la gestion de l'infrastructure ferroviaire et à l'ouverture à la concurrence des services de transport ferroviaire de voyageurs*, codifiée aux articles L. 2121-17-1 et L. 2121-17-2 du code des transports.
 - [Décret n° 2019-1083 du 24 octobre 2019 relatif aux modalités de passation et d'exécution des contrats de service public de transport ferroviaire de voyageurs](#)
 - Mots-clés : transport ferroviaire de voyageurs – contrats de service public – mise en concurrence

Comptabilité publique

- **Illégalité de la clause de renonciation au pouvoir d'émettre un titre exécutoire** : Le Conseil d'État a jugé qu'une personne publique ne peut pas renoncer à son pouvoir d'émettre un titre exécutoire à l'encontre de son cocontractant débiteur et de saisir le juge administratif.
 - [CE, 20 septembre 2019, Société Valéor, n°419381](#)
 - Mots-clés : titre exécutoire – contrat - clause – renonciation au pouvoir d'émettre un titre

Procédure administrative

- **Référé provision** : Le Conseil d'État juge qu'un recours en référé provision n'est recevable qu'après l'intervention de la décision prise par l'administration sur une demande préalablement formée devant elle, en application de l'article R.421-1 du code de justice administrative, tel que modifié par le décret du 2 novembre 2016 *portant modification du code de justice administrative*
 - [CE, 23 septembre 2019, Ministre de la Justice, n°427925 et 427923](#)
 - Mots-clés : Référé provision – recevabilité – demande indemnitaire préalable

À noter

- **Prochains seuils européens de procédure** : dans un communiqué du 16 octobre 2019, et sous le titre « *Marchés publics – La commission dévoile les prochains seuils européens* », la DAJ a rendu publics les seuils de procédure formalisée, applicables à compter du 1^{er} janvier 2020 et pour deux ans : 139.000 € pour les marchés de fournitures et services des pouvoirs adjudicateurs centraux ; 214 000 € pour les marchés de fournitures et services des autres pouvoirs adjudicateurs et pour les marchés de fournitures et services des pouvoirs adjudicateurs centraux dans le domaine de la défense ; 428.000 € pour les marchés de fournitures et services

des entités adjudicatrices et pour les marchés de fournitures et de services de défense ou de sécurité ; 5.350.000 € pour les marchés de travaux et les contrats de concessions.

À noter également que ces seuils, communiqués par la Commission européenne aux États membres, sont pour la première fois en baisse depuis 2010 (-3,5 % environ par rapport à 2018-2019).

- ➔ [La Commission dévoile les prochains seuils européens](#)
- ➔ Mots-clés : Commission européenne – seuils européens – procédures de passation – 1^{er} janvier 2020

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.