

Lettre d'information — Contrats et projets publics

Novembre 2020 - n°46

Après un numéro de rentrée reporté, la Lettre d'information Contrats & Projets Publics est de retour : très bonne lecture à tous !

Marchés publics

- **Résiliation d'un contrat administratif pour motif d'intérêt général à raison d'une irrégularité grave et limitation de l'indemnisation due au cocontractant :** Le Conseil d'État juge que « [d]ans le cas particulier d'un contrat entaché d'une irrégularité d'une gravité telle que, s'il était saisi, le juge du contrat pourrait en prononcer l'annulation ou la résiliation, la personne publique peut, sous réserve de l'exigence de loyauté des relations contractuelles, résilier unilatéralement le contrat sans qu'il soit besoin qu'elle saisisse au préalable le juge ». Il reste sur le plan indemnitaire qu'« après une telle résiliation unilatéralement décidée pour ce motif par la personne publique, le cocontractant peut prétendre, sur un terrain quasi-contractuel, pour la période postérieure à la date d'effet de la résiliation, au remboursement de celles de ses dépenses qui ont été utiles à la collectivité envers laquelle il s'était engagé ». De plus, « si l'irrégularité du contrat résulte d'une faute de l'administration, le cocontractant peut, en outre, sous réserve du partage de responsabilités découlant le cas échéant de ses propres fautes, prétendre à la réparation du dommage imputable à la faute de l'administration ».
 - ➔ [CE, 10 juillet 2020, Société Comptoir Négoce Equipements, n°430864](#)
 - ➔ Mots clés : marché public – fin du contrat – résiliation unilatérale – irrégularité du contrat – indemnité – dépenses utiles
- **Relèvement temporaire de certains seuils de publicité et de mise en concurrence :** Le décret n° 2020-893 du 22 juillet 2020 relève le seuil au-dessous duquel les acheteurs soumis au code de la commande publique peuvent conclure leurs marchés sans publicité ni mise en concurrence, mais pour les seuls marchés de travaux d'une part et de fournitures de denrées alimentaires d'autre part. Pour les marchés de travaux, le seuil est relevé à 70.000 € HT jusqu'au 10 juillet 2021. Pour les marchés de fournitures de denrées alimentaires, le seuil de publicité et de mise en concurrence est relevé à 100.000 € HT, à condition toutefois (i) que les denrées alimentaires faisant l'objet du marché aient été produites, transformées et stockées avant le 11 juillet 2020 (date de cessation de l'état d'urgence sanitaire) et (ii) qu'elles doivent livrées avant le 10 décembre 2020.
 - ➔ [Décret n° 2020-893 du 22 juillet 2020 portant relèvement temporaire du seuil de dispense de procédure pour les marchés publics de travaux et de fourniture de denrées alimentaires](#)
 - ➔ Mots clés : marché public – seuil – relèvement temporaire – marché de travaux – marché de fourniture de denrées alimentaires
- **Clauses dites Molière :** Pour la Cour administrative d'appel de Lyon, le conseil régional de la région Auvergne-Rhône-Alpes a commis un détournement de pouvoir en adoptant une délibération approuvant un dispositif de lutte contre le travail détaché sur les chantiers de la région et insérant des clauses de langue française et d'interprétariat dans les CCAP des marchés de la région : cette délibération n'a pas été adoptée pour assurer la protection de la sécurité des salariés mais pour exclure les travailleurs détachés de ces marchés et favoriser les entreprises locales, ce qui ne constitue pas un objectif d'intérêt général.
 - ➔ [CAA Lyon, 24 septembre 2020, Région Auvergne-Rhône-Alpes, n°18LY00510](#)
 - ➔ Mots clés : marchés publics – clause Molière – travailleurs détachés – détournement de pouvoir
- **Procédure concurrentielle avec négociation :** Le Conseil d'État rappelle que les pouvoirs adjudicateurs ne peuvent recourir à la procédure concurrentielle avec négociation que dans les cas limitativement énumérés par la directive 2014/24/UE du 26 février 2014 relative à la passation des marchés publics transposée dans le code de la

commande publique. En l'espèce, alors que, pour soutenir que son besoin ne pouvait être satisfait sans adapter des solutions immédiatement disponibles et qu'elle pouvait donc recourir à cette procédure, Lyon Métropole Habitat faisait valoir que les prestations demandées, « *consistant en la réalisation de diagnostics immobiliers avant relocation ou avant-vente, portaient sur un parc immobilier nombreux, disparate, comportant des logements tant individuels que collectifs, disséminé sur un grand nombre de communes, dont les dates de construction étaient variables, et alors qu'en outre le règlement de la consultation autorisait les variantes* », le Conseil d'État retient « *qu'il s'agissait (...) de prestations connues et normalisées* » et que, « *[s]i la réalisation de tels diagnostics à une grande échelle et sur un vaste territoire supposait une adaptation des méthodes de l'entreprise, il ne résulte pas pour autant de l'instruction que ces prestations ne pouvaient être réalisées qu'au prix d'une adaptation par les candidats des solutions immédiatement disponibles* ». Il en conclut que le recours de Lyon Métropole Habitat à la procédure concurrentielle avec négociation était irrégulier.

➔ [CE, 7 octobre 2020, Lyon Métropole Habitat, n°440575](#)

➔ Mots clés : marchés publics – procédure concurrentielle avec négociation – adaptation des solutions immédiatement disponibles – prestations de service connues et normalisées

- **Simplification des conditions d'exécution financière des marchés publics :** Un décret du 15 octobre 2020 simplifie les conditions d'exécution financière des marchés publics en supprimant le plafonnement des avances à 60% du montant du marché et l'obligation de constituer une garantie à première demande pour bénéficier d'une avance d'un montant supérieur à 30%. Il précise en conséquence les modalités de remboursement des avances versées.

➔ [Décret n° 2020-1261 du 15 octobre 2020 relatif aux avances dans les marchés publics](#)

➔ Mots clés : marchés publics – exécution financière – avances – garantie à première demande

Concessions

- **Droits d'entrée ou redevances non justifiés :** Pour le Conseil d'État, l'omission de faire figurer dans une convention de délégation de service public la justification des montants et modes de calcul des droits d'entrée et des redevances versées par le délégataire à la collectivité délégante, « *ne donne pas un caractère illicite au contrat ni n'affecte les conditions dans lesquelles les deux parties ont donné leur consentement et peut, au demeurant, être régularisée* », de sorte qu'elle n'est pas de nature à justifier à elle-seule que, dans le cadre d'un litige entre les parties, l'application de ce contrat soit écartée.

➔ [CE, 10 juillet 2020, Société Les Moulins, n° 434353](#)

➔ Mots clés : concession – montant et mode de calcul des droits d'entrée et des redevances – loyauté – application du contrat

- **Exécution technique et financière du contrat :** Lorsque le contrat de concession prévoit son exécution par une société dédiée dont la société attributaire demeure solidaire, en cas de liquidation de la société dédiée, la société attributaire est solidairement tenue à l'exécution du contrat, alors même que le liquidateur de la société dédiée aurait indiqué le résilier.

➔ [CE, 12 octobre 2020, Commune d'Antibes, n°431903](#)

➔ Mots clés : concessions – exécution du contrat – défaillance de la société dédiée – solidarité de l'attributaire prévue au contrat

- **Modulation des pénalités :** Cette même décision confirme que le pouvoir du juge du contrat de moduler, à titre exceptionnel et lorsqu'il est saisi de conclusions en ce sens, le montant des pénalités résultant de l'exécution d'un contrat de la commande publique si elles atteignent un montant manifestement excessif ou dérisoire. Dans le cas précis d'une concession, il y a lieu de prendre en compte le montant des « *recettes prévisionnelles de la concession, y inclus les subventions versées par l'autorité concédante, et compte tenu de l'inexécution constatée* ».

➔ [CE, 12 octobre 2020, Commune d'Antibes, n°431903](#)

➔ Mots clés : concessions – exécution du contrat – pouvoir de modulation des pénalités par le juge

- **Inconventionnalité des exclusions automatiques dans le code la commande publique :** Pour le Conseil d'État, « *le droit français doit prévoir la possibilité pour un opérateur économique, lorsqu'il est condamné par un jugement définitif prononcé par une juridiction judiciaire pour une des infractions pénales énumérées à l'article 39 de l'ordonnance du 29 janvier 2016, repris à l'article L. 3123-1 du code de la commande publique, et que, pour cette raison, il se trouve en principe exclu des procédures d'attribution des contrats de concession pour une durée de cinq ans, d'apporter la preuve qu'il a pris des mesures correctrices susceptibles de démontrer le rétablissement de sa fiabilité* ». Or, « *aucune disposition de l'ordonnance relative aux contrats de concession n'a cet objet ou cet effet* », de sorte qu'il appartient au législateur d'édicter de nouvelles dispositions, permettant le plein respect des exigences découlant du droit de l'Union européenne.
 - ➔ [CE, 12 octobre 2020, Société Vert Marine, n°419146](#)
 - ➔ Mots clés : concessions – formation du contrat – condamnation – exclusion des procédures d'attribution des contrats de concession – preuve des mesures correctrices prises

Droit public de l'économie

- **Indemnisation de la personne publique victime d'une entente :** Le Conseil d'État confirme que lorsqu'une personne publique est victime de pratiques anticoncurrentielles de la part de son cocontractant, elle peut demander au juge administratif, alternativement ou cumulativement, d'annuler le marché en question et tire les conséquences financières de sa disparition rétroactive et/ou de condamner son cocontractant sur le fondement de sa responsabilité quasi-délictuelle à réparer les préjudices que son comportement fautif lui a causés. Dans ce cas, si le cocontractant doit restituer les sommes que l'administration lui avait versées, il peut solliciter le remboursement des dépenses qu'il a engagées et qui ont été utiles à la personne publique, « *à l'exclusion, par suite, de toute marge bénéficiaire* ». La personne publique peut quant à elle demander la réparation des préjudices autres que celui lié au surcoût qu'ont impliqué les pratiques anticoncurrentielles dont elle a été victime.
 - ➔ [CE, 10 juillet 2020, Société Lacroix Signalisation, n°420045](#)
 - ➔ Mots clés : entente anticoncurrentielle – personne publique victime – réparation du préjudice – dépenses utiles – marge
- **Condamnation solidaire des entreprises candidates à un marché public :** Engagent leur responsabilité auprès d'un acheteur, les entreprises candidates à un marché public qui, par leurs pratiques anticoncurrentielles, ont affecté la procédure de passation du marché, et ce y compris lorsqu'elles n'ont pas été désignées attributaires dudit marché. En l'espèce, pour le Conseil d'État, l'acheteur peut solliciter la condamnation solidaire des entreprises impliquées dans une entente illégale dès lors que cette entente a eu pour effet de renchérir les prix obtenus.
 - ➔ [CE, 12 octobre 2020, Société Mersen et autres, n°432981](#)
 - ➔ Mots clés : entente anti-concurrentielle – responsabilité des entreprises candidates – condamnation solidaire

Propriétés publiques

- **Mise en concurrence des titres d'occupation domaniale :** Pour le Conseil d'État, l'obligation d'organiser une procédure de mise en concurrence pour autoriser l'occupation du domaine public existait sur le fondement de l'article 12 de la directive du 12 décembre 2006 *relative aux services dans le marché intérieur* dont le délai de transposition a expiré le 28 décembre 2009, avant même donc l'entrée en vigueur, le 1^{er} juillet 2017, de l'ordonnance du 19 avril 2017 *relative à la propriété des personnes publiques*.
 - ➔ [CE, 10 juillet 2020, Société Paris Tennis, n°434582](#)
 - ➔ Mots clés : titre autorisant l'occupation du domaine public – obligation de mise en concurrence – obligation antérieure à l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 19 avril 2017 *relative à la propriété des personnes publiques*

- **Domaine privé :** Une réponse ministérielle confirme que la délivrance de titres autorisant l'occupation du domaine privé doit être précédée d'une procédure de sélection préalable des candidats potentiels lorsque ces titres ont pour effet de permettre l'exercice d'une activité économique sur ce domaine.
 - ➔ [Réponse du Ministère auprès du ministre de l'économie, des finances et de la relance - Comptes publics à QE n° 16130 du 21 mai 2020, JO Sénat du 10 septembre 2020, p. 4096](#)
 - ➔ Mots clés : domaine privé – obligation de mise en concurrence – *Promoimpresa*

Procédure contentieuse administrative

- **Recours contre les contrats de la commande publique relevant du droit privé :** Pour le Conseil constitutionnel, saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité transmise par la Cour de cassation, la circonstance que les candidats évincés d'un contrat de la commande publique relevant du droit privé ne disposent pas, après la signature du contrat, de la voie de recours supplémentaire reconnue par la jurisprudence administrative pour les contrats administratifs (recours dit "*Tarn et Garonne*") n'est pas contraire à la Constitution, et notamment pas au principe d'égalité devant la loi, ni au droit à un recours juridictionnel effectif.
 - ➔ [Cons. const., 2 octobre 2020, Société Bâtiment mayennais, décision QPC n°2020-957](#)
 - ➔ Mots clés : contrats de la commande publique – contrats de droit privé – Tarn-et-Garonne – conformité à la Constitution
- **Délai raisonnable de recours :** Le Conseil d'État précise que les règles relatives au délai raisonnable d'un an au-delà duquel le destinataire d'une décision ne peut exercer de recours juridictionnel sont également applicables à la contestation d'une décision implicite de rejet née du silence gardé par l'administration sur une demande présentée devant elle, lorsqu'il est établi que le demandeur a eu connaissance de la décision. Toutefois, la preuve de la connaissance du rejet implicite d'un recours gracieux ne saurait résulter du seul écoulement du temps depuis la présentation du recours mais peut résulter en revanche de ce qu'il est établi, soit que l'intéressé a été clairement informé des conditions de naissance d'un refus implicite de son recours gracieux, soit que la décision prise sur ce recours a par la suite été expressément mentionnée au cours de ses échanges avec l'administration.
 - ➔ [CE, 12 octobre 2020, Ministre de l'agriculture et de l'alimentation, n°429185](#)
 - ➔ Mots clés : procédure administrative contentieuse – délais – délai raisonnable d'un an – jurisprudence *Czabaj* – décision implicite de rejet – rejet implicite d'un recours gracieux

Crise sanitaire – Covid 19

- **Observations générales :** Plus de 800 textes ont, selon diverses sources, été adoptés depuis le mois de janvier afin de lutter contre la crise sanitaire.

Pour les événements les plus récents, on rappellera que le [décret n°2020-1257 du 14 octobre 2020](#) a déclaré l'état d'urgence sanitaire sur tout le territoire à compter du 17 octobre 2020 à 0 heure.

Quant au décret n°2020-860 du 10 juillet 2020 *prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans les territoires sortis de l'état d'urgence sanitaire et dans ceux où il a été prorogé* (dit décret de sortie de l'état d'urgence sanitaire), il a été abrogé par le [décret n°2020-1262 du 16 octobre 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire](#), après avoir fait l'objet de plus d'une quinzaine de modifications en un peu plus de trois mois (10 septembre, 3 octobre, 26, 19, 17, 12 et 5 septembre, etc.).

- **Textes relatifs à la commande publique :** S'agissant de la commande publique, outre l'[ordonnance n°2020-319 du 25 mars 2020 portant diverses mesures d'adaptation des règles de passation, de procédure ou d'exécution des contrats](#)

soumis au code de la commande publique et des contrats publics qui n'en relèvent pas pendant la crise sanitaire née de l'épidémie de covid-19, plusieurs textes peuvent être signalés :

- *Ordonnance n°2020-738 du 17 juin 2020 portant diverses mesures en matière de commande publique* qui vise principalement à faciliter l'accès des PME aux marchés publics et aux contrats de concession (notamment en prévoyant que tous les contrats globaux doivent réserver 10% de prestation à des PME) et à imposer aux acheteurs publics de ne pas tenir compte, dans l'appréciation de la capacité économique et financière des candidats aux marchés publics ou contrats de concessions, de la baisse du chiffre d'affaires intervenue au titre du ou des exercices sur lesquels s'imputent les conséquences de la crise sanitaire liée à l'épidémie de covid-19.
- *Décret n°2020-893 du 22 juillet 2020 portant relèvement temporaire du seuil de dispense de procédure pour les marchés publics de travaux et de fourniture de denrées alimentaires* (précité).
- Aucun autre texte spécifique à la commande publique ou aux délais applicables aux procédures administratives contentieuses ou non contentieuses n'a pour l'instant été adopté dans le cadre de la seconde période d'état d'urgence sanitaire en cours depuis le 17 octobre 2020 et dans le cadre du « reconfinement » en cours.

La lettre d'information *Contrats et projets publics* (la « Lettre d'information ») est une publication électronique périodique éditée par Frèche & 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. Frèche & 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.