

Lettre d'information — Contrats et projets publics

Janvier 2021 - n°47

À l'occasion de la diffusion de ce nouveau numéro de la *Lettre d'Information Contrats et Projets Publics*, les associés, collaborateurs et stagiaires de l'équipe Droit public des affaires vous présentent tous leurs vœux de bonheur et de réussite pour 2021 !

Marchés publics

- **Accord cadre et marchés subséquents** : Le Conseil d'État juge que le pouvoir adjudicateur doit « *informer les candidats sur les conditions d'attribution des marchés subséquents à un accord-cadre mono-attributaire* » dès l'engagement de la procédure d'attribution de cet accord-cadre, c'est-à-dire « *dans l'avis d'appel public à la concurrence ou le cahier des charges tenu à la disposition des candidats* ». Partant, il précise que la circonstance que le marché est mono-attributaire est sans incidence sur cette obligation puisqu'« *aucune disposition du code de la commande publique ni aucun principe ne fait en effet obstacle à ce que les offres remises par le titulaire d'un accord-cadre mono-attributaire pour l'attribution des marchés subséquents soient notées et analysées, et que les marchés ne lui soient attribués que sous réserve de remplir certaines conditions* ». Du reste, il retient que la procédure de passation de l'accord-cadre mono-attributaire peut envisager l'attribution simultanée d'un premier marché subséquent, sous réserve toutefois que « *la comparaison des offres des candidats porte uniquement sur l'accord-cadre et non, de façon concomitante, sur celles remises pour le premier marché* ».
 - [CE, 6 novembre 2020, Métropole Européenne de Lille, n°437718](#)
 - Mots clés : marché public – accords-cadres – passation des marchés subséquents – information des candidats
- **Méthode de notation des offres** : Le Conseil d'État rappelle que « *Le pouvoir adjudicateur définit librement la méthode de notation pour la mise en œuvre de chacun des critères de sélection des offres qu'il a définis et rendus publics* ». C'est la raison pour laquelle « *Il peut ainsi déterminer tant les éléments d'appréciation pris en compte pour l'élaboration de la note des critères que les modalités de détermination de cette note par combinaison de ces éléments d'appréciation* ». Ainsi, selon le Conseil d'État, « *la circonstance que le montant du budget consacré à l'alimentation puisse également servir à l'appréciation du critère financier (...) ne fait pas obstacle à ce qu'il puisse également être pris en compte pour apprécier la valeur technique des offres* ». Ce faisant, il accepte donc qu'un élément d'appréciation puisse être noté à deux reprises, à l'occasion de l'application de deux critères distincts dès lors que cet élément d'appréciation n'est pas sans lien avec chacun de ces sous-critères et avec l'objet du contrat.
 - [CE, 20 novembre 2020, Société Evancia, n°427761](#)
 - Mots clés : marché public – passation – méthode de notation – éléments d'appréciation pour noter les critères de sélection
- **Indemnisation du candidat évincé** : Dans cette décision, le Conseil d'État rappelle tout d'abord que « *Lorsqu'un candidat à l'attribution d'un contrat public demande la réparation du préjudice né de son éviction irrégulière de ce contrat et qu'il existe un lien direct de causalité entre la faute résultant de l'irrégularité et les préjudices invoqués par le requérant à cause de son éviction, il appartient au juge de vérifier si le candidat était ou non dépourvu de toute chance de remporter le contrat* ». Puis il précise les conditions d'indemnisation lorsque l'offre du candidat évincé et celle de l'attributaire sont irrégulières. Dans ce cas, le seul fait que son offre est irrégulière ne permet pas de considérer que le candidat évincé a été privé d'une chance sérieuse, même si l'offre retenue est aussi irrégulière.
 - [CE, 18 décembre 2020, Société Architecture Studio, n°433986](#)
 - Mots clés : marché public – indemnisation candidat évincé – offre irrégulière

Concessions

- **Montant des investissements :** Cette décision, relative à une concession de casino, retient qu'« *il est loisible à l'autorité concédante d'indiquer précisément aux candidats l'étendue et le détail des investissements qu'elle souhaite les voir réaliser* ». Pour autant, elle précise que l'autorité concédante « *n'est pas tenue de le faire à peine d'irrégularité de la procédure* » : en effet, « *après avoir défini les caractéristiques essentielles de la concession* », il lui est toujours possible de « *laisser les candidats définir eux-mêmes leur programme d'investissement, sous réserve qu'elle leur ait donné des éléments d'information suffisants sur la nécessité de prévoir des investissements, sur la nature et leur consistance et sur le rôle qu'ils auront parmi les critères de sélection des offres* ».
- [CE, 6 novembre 2020, Commune de Saint-Amand-les-Eaux, n°437946](#)
- Mots clés : concession – passation – montant des investissements – information des candidats

Contrats administratifs

- **Marché passé par une société publique locale :** Dans cette décision, le Tribunal des conflits précise les conditions de qualification en contrat administratif d'un marché conclu entre une société public locale d'aménagement (SPLA) maître de l'ouvrage et une personne publique, l'INRAP, en indiquant notamment s'agissant des conditions d'identification d'une clause exorbitante que « *La circonstance qu'un contrat, passé entre une personne privée et une personne publique, comporte des clauses conférant à la personne privée des prérogatives particulières, notamment le pouvoir de résilier unilatéralement le contrat pour motif d'intérêt général, n'est pas de nature à faire regarder ce contrat comme administratif, dès lors que les prérogatives en cause sont reconnues à la personne privée contractante et non à la personne publique* ».
- [TC, 2 novembre 2020, C4296](#)
- Mots clés : marché public – contrat administratif – qualification juridique – clause exorbitante au bénéfice de la personne privée – contrat privé
- **Résiliation tacite :** Par un arrêt du 11 décembre 2020, le Conseil d'État reconnaît l'existence d'une hypothèse de résiliation tacite d'une concession d'aménagement et en précise les conditions d'identification. À ce titre, il juge qu'« *en l'absence de décision formelle de résiliation du contrat prise par la personne publique cocontractante, un contrat doit être regardé comme tacitement résilié lorsque, par son comportement, la personne publique doit être regardée comme ayant mis fin, de façon non équivoque, aux relations contractuelles* ». Concrètement, les juges doivent prendre en compte « *l'ensemble des circonstances de l'espèce, en particulier des démarches engagées par la personne publique pour satisfaire les besoins concernés par d'autres moyens, de la période durant laquelle la personne publique a cessé d'exécuter le contrat, compte tenu de sa durée et de son terme, ou encore de l'adoption d'une décision de la personne publique qui a pour effet de rendre impossible la poursuite de l'exécution du contrat ou de faire obstacle à l'exécution, par le cocontractant, de ses obligations contractuelles* ».
- [CE, 11 décembre 2020, Société Copra Méditerranée, n°427616](#)
- Mots clés : contrats administratifs – résiliation tacite – éléments à prendre en considération
- **Règles générales applicables aux contrats administratifs :** Le Conseil d'État identifie un nouveau principe issu des « *règles générales applicables aux contrats administratifs* », applicable donc même sans clause du contrat. Il précise en effet que « *l'acheteur public de fournitures qui a vainement mis en demeure son cocontractant d'exécuter les prestations qu'il s'est engagé à réaliser conformément aux stipulations du contrat, dispose de la faculté de faire exécuter celles-ci aux frais et risques de son cocontractant, par une entreprise tierce* ». À ce titre, « *La conclusion de marchés de substitution, destinée à surmonter l'inertie, les manquements ou la mauvaise foi du cocontractant lorsqu'ils entravent l'exécution d'un marché de fourniture, est possible même en l'absence de toute stipulation du contrat le prévoyant expressément, en raison de l'intérêt général qui s'attache à l'exécution des prestations* ». Il en résulte que « *La règle selon laquelle, même dans le silence du contrat, l'acheteur public peut recourir à des marchés de substitution aux frais et risques de son cocontractant revêt le caractère d'une règle d'ordre public* ».
- [CE, 18 décembre 2020, Société Trenils et Grues Labor, n°433386](#)
- Mots clés : contrats administratifs – exécution – règles d'ordre public – pouvoir de mise en régie – marché de substitution

Droit public de l'économie

- **Réponses à un même appel d'offres par des filiales d'un même groupe (entente) :** L'Autorité de la concurrence modifie sa pratique décisionnelle qui la faisait jusqu'alors considérer comme illicite le fait, pour des filiales d'un même groupe, de répondre à un appel d'offres public en présentant des offres facialement distinctes et autonomes, mais en réalité coordonnées, sans en informer le décideur public. Au vu de la décision de la CJUE du 17 mai 2018, *Ecoservice projektai* UAB (aff. C-531/16) qui juge que les filiales d'un même groupe, même si elles répondaient séparément à un appel d'offres, constituaient néanmoins une seule entreprise au sens du droit européen de la concurrence, l'ADLC retient qu'il n'est donc plus possible de sanctionner une entente puisque, dans un tel cas de figure, les entreprises appartiennent justement à un même groupe et agissent de façon coordonnée. Toutefois, elle considère que ce type de comportement reste susceptible d'être appréhendé par le droit des marchés publics, dans la mesure où il peut induire en erreur l'acheteur public et fausser les résultats de la consultation.
 - ➔ [Autorité de la concurrence, 25 novembre 2020, décision n°2-D-19 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des marchés de fourniture de produits alimentaires de l'établissement public national AgriMer](#)
 - ➔ Mots clés : entente anticoncurrentielle – réponses distinctes aux mêmes appels d'offres par des filiales d'un même groupe
- **Dépôt d'offres identiques caractérisant l'absence d'autonomie commerciale des candidats :** Dans cette décision, le Conseil d'État précise que « *si deux personnes morales différentes constituent en principe des opérateurs économiques distincts, elles doivent néanmoins être regardées comme un seul et même soumissionnaire lorsque le pouvoir adjudicateur constate leur absence d'autonomie commerciale* ». Et cette absence d'autonomie commerciale peut alors résulter « *notamment des liens étroits entre leurs actionnaires ou leurs dirigeants, qui peut se manifester par l'absence totale ou partielle de moyens distincts ou la similarité de leurs offres pour un même lot* ».
 - ➔ [CE, 8 décembre 2020, Métropole Aix-Marseille-Provence, n°436532](#)
 - ➔ Mots clés : qualité d'opérateur économique – autonomie commerciale entre les candidats – offres identiques

Procédure contentieuse administrative

- **Application de la décision *Département de Tarn-et-Garonne aux avenants* :** Dans cette décision, le Conseil d'État, après avoir rappelé que le recours en contestation de validité des contrats administratifs ouvert aux tiers par la décision *Département de Tarn-et-Garonne* concerne les contrats signés à compter du 4 avril 2014, précise que « *Dans le cas où est contestée la validité d'un avenant à un contrat, la détermination du régime de la contestation est fonction de la date de signature de l'avenant* ». Ainsi, « *un avenant signé après le 4 avril 2014 [peut] être contesté dans les conditions prévues par la décision [Département de Tarn-et-Garonne] quand bien même il modifie un contrat signé antérieurement à cette date* ».
 - ➔ [CE, 20 novembre 2020, Association Trans'Cub, n°428156](#)
 - ➔ Mots clés : recours en contestation de validité du contrat – décision *Département de Tarn-et-Garonne* – application dans le temps – avenant aux contrats administratifs
- **Possibilité illimitée d'exercice d'un nouveau référé précontractuel :** Dans cette décision, le Conseil d'État a jugé que « *la circonstance que la société évincée avait déjà exercé deux référés précontractuels au cours desquels elle aurait pu soulever le manquement dont elle se prévalait, ne [fait] pas obstacle à ce qu'elle forme un nouveau référé précontractuel tant que le délai de suspension de la signature du contrat n'[est] pas expiré* ».
 - ➔ [CE, 8 décembre 2020, Société Pompes funèbres funérarium Lemarchand, n°440704](#)
 - ➔ Mots clés : référé précontractuel – recevabilité – nouvelle demande après le rejet d'une première demande ayant le même objet

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 la [loi n°2020-1979 du 14 novembre 2020](#) a prorogé l'état d'urgence sanitaire sur tout le territoire jusqu'au 16 février 2021 inclus (loi déclarée conforme à la Constitution par une décision du [Conseil constitutionnel n°2020-808 DC du 13 novembre 2020](#)).

On signalera également le [décret n°2020-1406 du 18 novembre 2020 portant adaptation des règles applicables devant les juridictions de l'ordre administratifs](#) et l'[ordonnance n°2020-1402 du 18 novembre 2020](#) qui, de façon générale, prolongent dans le temps des règles déjà prévues visant à adapter et à assouplir certaines règles purement procédurales applicables devant les juridictions administratives.

- **Textes relatifs à la commande publique :** S'agissant de la commande publique, peut être signalée :

- [Rép. Min. n°32072, JOAN 3 nov. 2020, p. 7781](#) qui rappelle que « *L'article R. 3135-5 du code de la commande publique permet la modification d'un contrat de concession en cours d'exécution lorsque la modification est rendue nécessaire par des circonstances qu'une autorité concédante diligente ne pouvait pas prévoir* » et considère que « *L'épidémie de Covid-19 constitue un tel événement* » justifiant la modification du contrat sans préjudice donc de son caractère substantiel. Concrètement, « *La conclusion d'un avenant de prolongation peut ainsi être envisagée sur le fondement de cette disposition et dans les limites fixées par les articles R. 3135-3 et R. 3135-4 du code* ».

Toutefois, il est également rappelé « *qu'un contrat de concession est, juridiquement, un contrat dans lequel le concessionnaire encourt un risque d'exploitation* », de sorte que « *un avenant de prolongation ne peut excéder le strict délai nécessaire pour faire face aux circonstances imprévues de la crise sanitaire et rétablir l'équilibre du contrat, ni avoir pour effet d'empêcher une remise en concurrence périodique* ».

Enfin, il est préconisé à l'avenir d'anticiper le risque lié à un événement de type pandémique et dès lors « *d'insérer au sein de la convention à conclure des clauses de réexamen, déterminant, dans les conditions de l'article R. 2194-1 du code de la commande publique, les mesures applicables en cas notamment de baisse de fréquentation touristique imputable à de tels événements. Ces mesures ne pourront cependant conduire à garantir le concessionnaire de tout risque d'exploitation en cas de survenance de tels événements* ».

- 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 ».

Aspects « commande publique » de la loi dite « ASAP » ([loi n°2020-1525 du 7 décembre 2020 d'accélération et de simplification de l'action publique](#))

- **Observations générales :** C'est à l'occasion de l'examen du projet de loi d'accélération et de simplification de l'action publique visant à « *rapprocher l'administration du citoyen, simplifier les démarches des particuliers et faciliter le développement des entreprises, en accélérant les procédures administratives* », que les parlementaires ont introduit plusieurs amendements qui concernent directement le droit général de la commande publique et prévoyant également des dispositions spéciales dans le code de la commande publique applicables en période de circonstances exceptionnelles.

Ces dispositions ont été validées par une [décision du Conseil constitutionnel du 3 décembre 2020 \(n°2020-807 DC\)](#).

- **Modifications apportées au code de la commande publique** : les principales modifications qui portent sur le droit de la commande publique sont les suivantes :
 - La conclusion de **marché sans publicité ni mise en concurrence préalables pour motif d'intérêt général** : Aux cas déjà visés aux articles [L. 2122-1](#) et [L. 2322-1](#) du code de la commande publique, l'article 131 de la loi ajoute à cette liste le « *motif d'intérêt général* ». La constitutionnalité de ce motif a été reconnue sous réserve d'un rappel que de telles dispositions dérogoires « *n'exonèrent pas les acheteurs publics du respect des exigences constitutionnelles d'égalité devant la commande publique et de bon usage des deniers publics rappelées à l'article L. 3 du code de la commande publique* ».
 - Le **relèvement temporaire du seuil de dispense de procédure à 100.000 € HT** : aux termes de l'[article 142](#) de la loi, les acheteurs peuvent conclure jusqu'au 31 décembre 2022 inclus des marchés de travaux sans publicité ni mise en concurrence préalables pour répondre à un besoin dont la valeur estimée est inférieure à 100.000 € HT.
 - L'**extension du recours aux marchés de conception-réalisation** pour la « *conception, la construction, l'aménagement, l'exploitation, la maintenance ou l'entretien des infrastructures linéaires de transport de l'État, hors bâtiments* » (5° de l'article [L. 2171-4](#)) et **aux marchés globaux** pour des « *opérations de construction et de valorisation immobilière* » de projets connexes au Grand Paris Express ([article L. 2171-6](#)), et ce en application respectivement des articles [143](#) et [144](#) de la loi.
 - L'**élargissement du champ d'application des règles de modifications des contrats prévues dans le code de la commande publique** : dans un objectif d'harmonisation des règles relatives à la modification des contrats de la commande publique, l'[article 133](#) prévoit que les contrats (marchés publics et concessions) « *pour lesquels une consultation a été engagée ou un avis d'appel à la concurrence a été envoyé à la publication avant le 1^{er} avril 2016* », peuvent « *être modifiés sans nouvelle procédure de mise en concurrence dans les conditions définies par le code de la commande publique* ».
 - La **codification et donc la pérennisation des dispositions par nature temporaires de l'ordonnance n°2020-319 du 25 mars 2020** permettant l'adaptation du régime des contrats publics à la crise sanitaire : l'[article 132](#) de la loi ajoute ainsi au code de la commande publique un [livre VII](#), dédié aux « *circonstances exceptionnelles* » et devant ainsi permettre aux acheteurs publics et aux opérateurs publics de faire face à toute nouvelle crise à l'avenir (articles [L. 2711-1](#) et suivants). Les dérogations envisagées, qui devront être précisées par décret, ciblent essentiellement l'adaptation des procédures de passation en cas de déclenchement de la crise et les délais d'exécution des contrats 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.