

Lettre d'information

—

Contrats et projets publics

Mars 2021 - n°48

Marchés publics

- **Modifications apportées au dossier de consultation** : Le Tribunal administratif de Paris juge que des « *légères modifications, apportées pour tenir compte de l'évolution des conditions d'exécution du marché en raison de la crise sanitaire, ne sauraient caractériser une insuffisance de la définition des besoins* ». Ainsi, le règlement de consultation qui prévoit une potentielle modification du dossier n'entraîne pas un manquement dans la définition des besoins et ne peut avoir pour conséquence d'entacher la procédure de passation d'irrégularité, à condition que ces modifications soient « *légères* ».
 - [TA de Paris, 13 janvier 2021, Société Alstom, n°2021446/9](#)
 - Mots clés : référé précontractuel – irrégularité de la procédure – définition du besoin – modification du règlement de consultation – crise sanitaire
- **Marchés globaux** : Pour faire suite au plan de relance présenté en septembre 2020, le premier ministre encourage le recours aux marchés publics globaux. L'objectif est celui d'un recours rapide et juste aux marchés publics, permettant de relancer l'économie au plus vite. Les marchés globaux ont notamment comme avantage de confier une mission globale comportant des prestations différentes à un opérateur public.
 - [Circ. n°6244/SG, 21 janvier 2021 relative aux outils et instructions à l'usage des porteurs de projets immobiliers de l'Etat](#)
 - Mots clés : marchés globaux – plan de relance
- **Qualité de sous-traitant** : Selon cette décision, qui se rapporte à une affaire dans laquelle le candidat évincé considérait que l'offre retenue était irrégulière au motif de l'absence de déclaration de la totalité des sous-traitants, « *la circonstance que les ossatures ont été fabriquées aux mesures de longueur, d'épaisseur et de largeur demandées ne suffit pas à démontrer que l'ouvrage nécessitait le recours à un produit spécifique fabriqué par la société Stabilam ou que les pièces de bois qu'elle a fournies présentaient des spécifications techniques particulières* », ce dont il résulte que « *la société Stabilam n'avait pas la qualité de sous-traitant* » mais de simple fournisseur qu'en tant que tel, l'attributaire n'avait pas à déclarer dans le cadre de sa candidature.
 - [CAA Douai, 26 janvier 2021, Société Les Compagnons du Bois, n°19DA00948](#)
 - Mots clés : marché public – régularité de l'offre retenue – qualités de sous-traitant / fournisseur
- **Qualification d'une fédération sportive en « organisme de droit public »** : Selon la CJUE, la création d'une association, personne morale de droit privé, dont certaines de ses activités n'ont pas de caractère public, n'empêche pas la qualification d'« *organisme de droit public* », dès lors qu'elle est investie de missions à caractère public et que l'un des trois critères alternatifs caractérisant la dépendance étroite de l'organisme à l'égard d'un pouvoir adjudicateur est par ailleurs rempli. Pour conséquence directe, la fédération nationale de football doit se soumettre à la directive « *marchés publics* » et donc appliquer les règles de passation prévues.
 - [CJUE, 3 février 2021, FIGC et Consorzio Ge.Se.Av., C-155/19](#)
 - Mots clés : passation de marchés publics de fournitures, de travaux ou de services – directive 2014/24/UE – pouvoir adjudicateur – organisme de droit public – notion – fédération nationale de football – satisfaction de besoins d'intérêt général

- **Copie du mémoire en réclamation au maître d'œuvre :** Dans cette décision, le Conseil d'État rappelle tout d'abord que l'article 46.2.1 du CCAG Travaux de 2009 permet au titulaire du marché de demander la résiliation de son contrat en cas d'ordre de service tardif. En cas de refus, comme tel est le cas en l'espèce, le titulaire du contrat doit rédiger un mémoire en réclamation, qu'il doit adresser au maître d'ouvrage avec copie au maître d'œuvre conformément à l'article 50.1.1 du CCAG Travaux de 2009. Mais alors que « *la cour administrative d'appel de Marseille a estimé que la méconnaissance de cette formalité ne saurait, dans les circonstances très particulières de l'espèce, être regardée comme substantielle et de nature, en conséquence, à affecter la recevabilité de sa réclamation* », le Conseil d'État considère que l'omission de transmettre copie du mémoire en réclamation au maître d'œuvre est de nature à entraîner le refus d'indemnisation pour résiliation : selon la haute assemblée, « *les stipulations de l'article 46.2.1 ne sauraient avoir pour effet de dispenser le titulaire de respecter la formalité prévue par les stipulations de l'article 50.1.1 du CCAG* ».
 - ➔ [CE, 3 février 2021, Société Can, n°442844](#)
 - ➔ Mots clés : marché public – CCAG Travaux – résiliation pour ordre de service tardif – indemnisation – copie de la réclamation au maître d'œuvre – formalité substantielle

- **Marchés de défense ou de sécurité :** Pour le Conseil d'État, un marché qui a pour objet l'exécution de prestations de « *gardiennage, d'accueil et de filtrage* » n'est pas nécessairement un marché de défense ou de sécurité, et ce, alors même que les salariés chargés de l'exécution du marché auront accès au système de contrôle d'accès, détection d'intrusion, vidéosurveillance, dont les informations font l'objet d'une « *diffusion restreinte* » et que le contrat a pu être qualifié de « *contrat sensible* ». En effet, « *l'expression "contrat sensible" recouvre tout contrat ou marché, quels que soient son régime juridique ou sa dénomination, à l'exception des contrats de travail, dont l'exécution s'exerce au profit d'un service ou dans un lieu abritant des informations ou supports classifiés dans lequel un cocontractant de l'administration (...) prend des mesures de précaution (...) tendant à assurer que les conditions d'exécution de la prestation ne mettent pas en cause la sûreté ou les intérêts essentiels de l'Etat* », comme l'indique l'instruction générale ministérielle n°1300 *sur la protection du secret de la défense nationale*.
 - ➔ [CE, 4 février 2021, Société Osiris Sécurité Run \(OSR\), n°445396](#)
 - ➔ Mots clés : marché public – marché de défense ou de sécurité – champ d'application – contrat sensible

- **Prise en compte de considérations environnementales dans les marchés publics :** Dans un avis publié par le Conseil d'Etat sur un projet de loi portant lutte contre le dérèglement climatique et ses effets, ce dernier ne pose aucune objection à ce qu'il devienne obligatoire, pour les acheteurs publics, de prendre en compte des considérations environnementales dans les conditions d'exécution des marchés puisque la mise en place de cette règle « *impose simplement que l'environnement soit pris en compte lors de la rédaction des clauses du marché, sans empêcher que d'autres considérations, notamment sociales et économiques, le soient au même titre* ». En revanche, le Conseil d'Etat souligne que les dispositions du projet de loi visant à imposer la prise en compte des caractéristiques environnementales des offres par l'un au moins des critères d'attribution des marchés publics « *ne sauraient avoir pour effet de déroger à l'exigence du choix de l'offre économiquement la plus avantageuse ni à la condition que les critères d'attribution soient objectifs, précis et liés à l'objet du marché ou à ses conditions d'exécution* ». Le Conseil d'Etat rappelle enfin la volonté du Gouvernement de n'entendre cette règle ni aux marchés publics de défense ou de sécurité, ni aux concessions, ce qui restreint son champ d'application.
 - ➔ [Conseil d'Etat, 4 février 2021, avis n° 401933, Avis sur un projet de loi portant lutte contre le dérèglement climatique et ses effets](#)
 - ➔ Mots clés : changement climatique – marchés publics – clauses – critères

- **Formalisme de la procédure de passation pour les marchés publics répondant à un besoin inférieur à 40 000€ HT :** Une réponse ministérielle rappelle que les marchés passés sans publicité ni mise en concurrence en raison de leur faible montant sont soumis au respect des principes fondamentaux de la commande publique. Cela implique que si ces marchés publics peuvent être passés sans démarches préalables, lorsqu'ils portent « *sur des prestations simples et standardisées ou si l'acheteur possède une connaissance suffisante du secteur économique* », la mise en œuvre d'une procédure préalable, et notamment de la sollicitation de devis, doit être appréciée au cas par cas en fonction des de la nature de la prestation et du degré de connaissance de l'acheteur du secteur économique en question.

- ⇒ [Réponse ministérielle, JO Sénat du 4 février 2021, p.737](#)
- ⇒ Mots clés : marché public – faible montant – procédure de passation – degré du formalisme

Concessions

- **Indemnisation du cocontractant sur le terrain quasi-contractuel** : La Cour administrative d'appel de Marseille rappelle que « *Le cocontractant de l'administration dont le contrat est entaché de nullité peut prétendre, sur le terrain quasi-contractuel, au remboursement de celles de ses dépenses qui ont été utiles à la collectivité envers laquelle il s'était engagé* ». Dans le cas où le contrat en cause est une concession de service public, le cocontractant peut notamment, à ce titre, demander à être indemnisé de « *la valeur non amortie (...) des dépenses d'investissement qu'il a consenties* » et « *du déficit qu'il a, le cas échéant, supporté à raison de cette exploitation (...) pour autant toutefois qu'il soit établi (...) que ce déficit était effectivement nécessaire, dans le cadre d'une gestion normale, à la bonne exécution du service* ». La Cour précise que « *dans le cas où la nullité du contrat résulte d'une faute de l'administration, il peut en outre (...) prétendre à la réparation du dommage imputable à la faute de l'administration* », c'est-à-dire au « *paiement du bénéfice dont il a été privé par la nullité du contrat, si toutefois l'indemnité à laquelle il a droit sur un terrain quasi-contractuel ne lui assure pas déjà une rémunération supérieure à celle que l'exécution du contrat lui aurait procurée* ». Enfin, la Cour considère que « *si le principe général du droit prohibant l'enrichissement sans cause implique l'indemnisation des dépenses utiles exposées par la personne appauvrie au bénéfice de la personne enrichie* », « *cette indemnisation ne peut excéder ni le montant des dépenses effectivement déboursées par l'appauvri sous déduction des sommes correspondant aux avantages économiques qu'il a lui-même retirés de ces dépenses, ni excéder l'enrichissement de la personne enrichie* », et « *exclut par ailleurs tout bénéfice ou gain manqué* ».
- ⇒ [CAA Marseille, 6^{ème} chambre, 1^{er} février 2021, Société Vinci Park CGST, n°12MA02902](#)
- ⇒ Mots clés : concession de service public – nullité – conséquences – indemnisation – réparation du dommage imputable à la faute de l'administration – manque à gagner.
- **Suspension de l'exécution du contrat** : S'agissant de l'appréciation de la condition d'urgence à suspendre l'exécution de la concession en cause, le Conseil d'Etat retient que « *la seule circonstance que la société évincée n'avait qu'une chance de se voir attribuer le contrat ne faisait pas, par elle-même, obstacle à ce que l'attribution de celui-ci à une autre société fût regardée comme portant une atteinte grave et immédiate à ses intérêts* », atteinte établie en l'espèce puisque « *le chiffre d'affaires de la société [évincée] était intégralement assuré par l'exploitation des salles de spectacles dont elle assurait précédemment la gestion et que son avenir à court terme était fragilisé par la perte de ce contrat* ». Le juge identifie ensuite deux moyens de nature à faire naître un doute sérieux quant à la validité du contrat tenant, d'une part, à ce que « *la commune avait accordé une part prépondérante [dans la notation des offres] à l'estimation du montant du chiffre d'affaires pendant toute la durée de la délégation* » alors que « *cet élément d'appréciation reposait sur les seules déclarations des candidats, sans engagement contractuel de leur part et sans possibilité pour la commune d'en contrôler l'exactitude* » ; d'autre part, à ce que « *l'appréciation de la rentabilité de chaque offre était partiellement conditionnée par le régime fiscal applicable à la subvention que la commune était susceptible d'accorder au futur délégataire* », alors que « *l'imprécision des informations fournies par la commune sur ce point avait contribué à fausser l'évaluation des offres (...) et à créer une rupture d'égalité entre les candidats* ». Le Conseil d'Etat confirme ainsi l'ordonnance du premier juge des référés et admet la suspension de l'exécution d'un contrat de concession.
- ⇒ [CE, 15 février 2021, Commune de Toulon, n°445488](#)
- ⇒ Mots clés : concession – référé suspension – juge des référés - suspension exécution contrat de concession – rare

Droit public de l'économie

- **Pratique anti-concurrentielle** : À la question de savoir, au regard de l'article 101 du TFUE, pendant combien de temps l'infraction à cette stipulation était constituée, la CJUE répond que l'infraction « *couvre toute la période pendant laquelle cette entreprise a mis à exécution l'accord anticoncurrentiel qu'elle avait conclu avec ses concurrents, ce qui inclut la période pendant laquelle l'offre à prix fixe que ladite entreprise a soumise était en vigueur ou était susceptible d'être transformée* ». Autrement dit, la Cour fixe la date à laquelle l'entente prend fin au moment de la conclusion du contrat définitif entre le pouvoir adjudicateur et l'entreprise qui a participé à la soumission concertée, et opère ainsi une distinction entre la fin de l'entente et ses effets économiques postérieurs.

➔ [CJUE, 14 janvier 2021, Kilpailu- ja kuluttajavirasto, C-450/19](#)

➔ Mots clés : concurrence – article 101 TFUE – ententes – détermination de la durée de la période infractionnelle

- **Action indemnitaire pour rupture brutale des relations commerciales et contrat administratif** : Pour le Tribunal des Conflits, la demande tendant à obtenir réparation d'un préjudice subi du fait de la rupture brutale d'une relation commerciale antérieurement établie, lorsque le demandeur et l'auteur de la rupture étaient liés par un contrat administratif, est relative à la cessation de la relation contractuelle résultant de ce contrat administratif et relève donc de la compétence de la juridiction administrative. En l'espèce, le contrat « *était régi par les stipulations du cahier des clauses et conditions générales applicables aux marchés de prestations intellectuelles du groupe SNCF prévoyant, notamment, au bénéfice de la personne publique contractante, la possibilité de résilier unilatéralement le contrat* », de sorte qu'il répondait aux critères jurisprudentiels d'identification d'un contrat administratif. La juridiction administrative est donc compétente pour connaître du litige alors même que la société requérante se prévalait des dispositions du code de commerce.

➔ [TC, 8 février 2021, SNCF Réseau, C4201](#)

➔ Mots clés : compétence – contrat administratif – résiliation unilatérale – action indemnitaire

Propriétés publiques

- **Domianialité d'un stade appartenant à une personne publique** : La cour administrative d'appel de Douai juge que « *La seule présence d'un club de football professionnel sans autres contraintes que celles découlant de la mise à disposition d'équipements sportifs ne caractérise pas à elle seule une mission de service public* ». Il découle de ce raisonnement que « *le stade du Hainaut ne peut être regardé comme satisfaisant aux critères posés par l'article L. 2111-1 du code général de la propriété des personnes publiques et donc ne peut être regardé comme appartenant au domaine public de la communauté d'agglomération* ». En conséquence, le contrat conclu avec l'occupant du stade n'a pas pour objet d'autoriser l'occupation du domaine public et ne peut être qualifié de contrat administratif.

➔ [CAA Douai, 30 décembre 2020, Société VM Stade 59, n°19DA01545](#)

➔ Mots clés : contrat administratif - domaine public / domaine privé – service public – contrat conclu entre le propriétaire public d'un stade et l'occupant

- **Offre d'achat** : Pour le Conseil d'Etat, un prix suffisamment déterminé, qui est une condition de la perfection d'une vente, est un prix « *déterminable en fonction d'éléments objectifs ne dépendant pas de la volonté d'une partie* ». En l'espèce, dans le cadre d'un contentieux dirigé contre le retrait par une commune de deux délibérations par lesquelles elle avait donné une suite favorable à l'offre d'achat d'un terrain de son domaine privé, le juge relève qu'il résultait de ces deux délibérations « *un accord entre les parties, d'une part, sur une chose suffisamment désignée dans sa quotité, d'autre part, sur un prix initial objectivement déterminable d'environ 6,14 € par mètre carré, ajustable à la marge en fonction de l'issue de procédures de passation des marchés publics* » ensuite porté « *à 7,88 € par mètre carré (...) pour tenir compte d'une fraction du coût de la réalisation non d'abord prévue d'un rond-point* », cette modification ayant été approuvée par l'acheteur dans un courrier. Pour le juge, « *il résultait de l'ensemble de ces circonstances qu'une vente parfaite devait être regardée comme ayant été conclue entre les parties, de sorte que les [deux délibérations précitées] ont créé des droits au profit de la société et que la délibération du 13 janvier 2016 ne pouvait légalement les retirer, fût-ce pour le motif d'intérêt général dont la commune se prévalait* ».

➔ [CE, 26 janvier 2021, SA Pigeon Entreprises, n°433817](#)

➔ Mots clés : propriété publique – domaine privé – offre d'achat – perfection de la vente – condition de retrait des délibérations autorisant la vente

Collectivités territoriales

- **Portée de l'obligation de raccordement au réseau public d'eau potable :** Par un arrêt du 26 janvier 2020, le Conseil d'État a indiqué que les communes et les EPCI compétents sont tenus de faire droit aux demandes de réalisation de travaux de raccordement, « *dans un délai raisonnable* », pour toutes les propriétés situées au sein d'une zone de desserte identifiée par le schéma de distribution d'eau potable. En revanche, pour les propriétés situées en dehors de cette zone, une marge d'appréciation est laissée à la collectivité qui « *apprécie la suite à donner aux demandes d'exécution de travaux de raccordement, dans le respect du principe d'égalité devant le service public, en fonction, notamment, de leur coût, de l'intérêt public et des conditions d'accès à d'autres sources d'alimentation en eau potable* ».
 - [CE, 26 janvier 2021, M.A et Mme C., n°431494](#)
 - Mots-clés : réseau public d'eau potable – schéma de distribution d'eau potable - obligation de raccordement

Droit pénal de la commande publique

- **Autonomie du droit pénal et délit de favoritisme :** Pour la Cour de cassation, les manquements sanctionnés par la juridiction administrative s'agissant de la procédure de passation d'un contrat de la commande publique ne sont pas automatiquement constitutifs d'un délit de favoritisme. En l'espèce, alors notamment que deux lots d'un marché avaient été annulés par le juge administratif pour imprécision de l'appel d'offres d'une part et sélection d'une offre anormalement basse d'autre part, et que le pouvoir adjudicateur avait été condamné à indemniser la société évincée du fait de son éviction irrégulière, il n'était « *pas démontré que les manquements relevés et sanctionnés par la juridiction administrative, [seraient] constitutifs d'un délit de favoritisme, ou quelque autre délit, tel le recel de favoritisme* », de sorte que la Cour a confirmé le non-lieu.
 - [Cour de cassation, chambre criminelle, 6 janvier 2021, n°20-80.508](#)
 - Mots clés : délit de favoritisme – autonomie du droit pénal
- **Prise illégale d'intérêts :** Pour la Cour de cassation, la participation d'un élu à une réunion même informelle est susceptible de l'exposer, s'il dispose d'un intérêt pouvant interférer avec les sujets évoqués à cette occasion, à la caractérisation du délit de prise illégale d'intérêts. Elle juge en l'espèce que le « *caractère informel [de la] réunion [qui s'était tenue] n'empêche pas qu'elle avait bien pour objet l'expression de [la volonté du prévenu] face aux oppositions exprimées non seulement par le notaire mais également par certains membres de l'équipe municipale, et qu'il s'agit donc bien d'une intervention directe de [sa part], dans l'activité de surveillance et d'administration, par la commune, de l'opération litigieuse* ».
 - [Cour de cassation, chambre criminelle, 20 janvier 2021, n°19-86.702](#)
 - Mots clés : droit pénal – prise illégale d'intérêts – participation d'un élu à une réunion informelle

Crise sanitaire – Covid-19

- **Texte relatif à la commande publique :** S'agissant de la commande publique, peut être signalée la [loi n°2021-195 du 23 février 2021 ratifiant diverses ordonnances prises sur le fondement de l'article 11 de la loi n°2020-290 du 23 mars 2020 pour faire face à l'épidémie de Covid-19](#), dont l'article 3 ratifie l'ordonnance n°2020-738 du 17 juin 2020 *portant diverses mesures en matière de commande publique*.

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.