

## Lettre d'information — Contrats et projets publics

Mai 2021 - n°49

### Marchés publics

---

- **Marché public de titres de paiement** : Après avoir rappelé la distinction entre marché public et concession tenant au transfert d'un risque réel lié à l'exploitation de l'ouvrage ou du service pour cette dernière, le Conseil d'État juge que le contrat est un marché public, dès lors que (i) « *le coût de l'émission des titres et de leur distribution est intégralement payé par le département et [(ii)] le cocontractant bénéficie, à titre de dépôt, des fonds nécessaires pour verser leur contre-valeur aux personnes physiques ou morales auprès desquelles les titres seront utilisés* ». Il découle de ces éléments que le titulaire du marché ne supporte aucun risque, d'où la qualification en marché public.
  - ➔ [CE, 4 mars 2021, Département de la Loire, n°438859](#)  
Mots clés : marché de titres de paiement – transfert du risque réel d'exploitation – coûts de l'émission et de la distribution des titres supportés par le pouvoir adjudicateur
- **Candidat dissuadé de présenter une offre** : Cette même décision ajoute qu'une entreprise qui, bien qu'invitée à présenter une offre, a refusé d'y donner suite en raison de « *l'irrégularité dont elle considérait que la procédure était entachée* », est susceptible d'être lésée par ce manquement et est donc recevable à engager un référé précontractuel.
  - ➔ [CE, 4 mars 2021, Département de la Loire, n°438859](#)
  - ➔ Mots clés : référé précontractuel – opérateur dissuadé de remettre une offre – recevabilité
- **Comité consultatif de règlement amiable des différends** : La cour administrative d'appel de Marseille juge que « *la compétence confiée au comité consultatif interrégional de règlement amiable des litiges, qui se borne à la formulation de propositions de solutions amiables aux différends financiers relatifs à l'exécution des marchés publics, ne s'étend pas aux litiges portant exclusivement sur la contestation de la régularité ou du bien-fondé d'une mesure de résiliation en vue d'obtenir la reprise des relations contractuelles* ». En conséquence, la demande n'est pas de nature à interrompre le délai de deux mois imparti au demandeur pour introduire le recours de plein contentieux tendant à la reprise des relations contractuelles. Ce comité consultatif interrégional n'entrant pas dans le champ des comités dont il est question à l'article L. 2197-1 du code de la commande publique, il convient d'être vigilant quant aux compétences du comité saisi en cas de règlement du litige pour éviter au requérant de se retrouver forclos.
  - ➔ [CAA Marseille, 15 mars 2021, n°20MA01853](#)
  - ➔ Mots clés : marché public – comité consultatif de règlement amiable des différends – délai de recours contentieux de deux mois – reprise des relations contractuelles – interruption
- **CCAG** : Après dix-mois de concertation, les nouveaux CCAG ont été publiés le 1<sup>er</sup> avril 2021. Plusieurs modifications ont été apportées pour permettre une modernisation de ces cahiers au regard de la codification des directives européennes relatives aux marchés publics de 2014 ou encore l'entrée en vigueur du code de la commande publique en 2019. Parmi les modifications majeures, se trouvent la création d'un sixième CCAG (CCAG Maîtrise d'œuvre), l'édition de clauses applicables à l'ensemble des CCAG, l'insertion de clauses de développement durable ou encore l'insertion d'une clause de suspension et d'une clause de réexamen en cas de circonstances exceptionnelles.
  - ➔ [Arrêté du 30 mars 2021 portant approbation du cahier des clauses administratives générales des marchés publics de travaux](#)
  - ➔ Mots clés : marchés publics – cahiers des clauses générales administratives – réforme

- **Mise au point** : Au visa de l'article R. 2152-13 du code de la commande publique qui dispose que « *l'acheteur et le soumissionnaire retenu peuvent procéder à une mise au point des composantes du marché avant sa signature. Cependant, cette mise au point ne peut avoir pour effet de modifier des caractéristiques substantielles de l'offre ou du marché* », le Tribunal administratif de Nantes juge que si « *l'offre de l'attributaire a été légèrement modifiée, en étendant les prestations de l'option 1 de manière à avancer la date de début d'exécution du marché du 24 au 17 avril 2021, une telle mise au point qui n'a pour effet de modifier le cahier des charges ni d'ajouter de nouvelles prestations au marché ne peut avoir pour effet de modifier les caractéristiques substantielles du marché* », et rejette en conséquence le recours du candidat évincé qui soutenait que l'acheteur avait ainsi engagé irrégulièrement une négociation avec le seul attributaire.
  - [TA Nantes, ord., 12 avril 2021, Société Voyage Nombalais, n°2103085](#)
  - Mots clés : marché public – mise au point – avancement de la date du début d'exécution du contrat – absence de modification des caractéristiques substantielles
- **Étude de cas pour juger un sous-critère** : Le Conseil d'État juge que le principe d'égalité de traitement des candidats est rompu dans le cas où le pouvoir adjudicateur a choisi un sous-critère évalué sur la base d'une étude de cas qu'un des candidats a déjà réalisée « *en qualité d'attributaire d'un précédent marché* ». Ce manquement est considéré comme lésant puisque ledit candidat « *a obtenu la meilleure note, de 9,5 sur 10, pour ce sous-critère* », tandis que « *le candidat classé en deuxième position sur ce sous-critère n'ayant obtenu que la note de 8 sur 10* ».
  - [CE, 27 avril 2021, Ville de Paris, n°447221](#)
  - Mots clés : sous-critère – étude de cas similaire à un précédent marché - principe d'égalité de traitement des candidats – méconnaissance
- **Marché de substitution** : Après avoir rappelé les conditions du recours aux marchés de substitution en énonçant que cela suppose une mise en demeure du cocontractant défaillant restée vaine, le Conseil d'État précise l'entrepreneur défaillant n'est pas totalement évincé du contrat. Au contraire, « *la mise en œuvre de cette mesure coercitive n'a[yant] pas pour effet de rompre le lien contractuel* », il est jugé que « *le cocontractant défaillant doit être mis à même de suivre l'exécution du marché de substitution ainsi conclu afin de lui permettre de veiller à la sauvegarde de ses intérêts, les montants décollant des surcoûts supportés par le maître d'ouvrage en raison de l'achèvement des travaux par un nouvel entrepreneur étant à sa charge* ».
  - [CE, 27 avril 2021, Société CBI, n°437148](#)
  - Mots clés : marchés publics – exécution – marché de substitution – droit de regard du cocontractant défaillant

## Collectivités territoriales

---

- **Refus de qualification des SPLA d'entités transparentes** : Le Conseil d'État juge qu'une « *société publique locale d'aménagement régie par les dispositions de l'article L. 327-1 du code de l'urbanisme, n[est] pas une entité transparente et que la promesse synallagmatique de vente litigieuse ne [doit] pas être regardée comme ayant été conclue directement entre la communauté d'agglomération et la société IF Ecopôle* ». Il résulte de cet arrêt que la SPL n'est en principe ni une entité transparente, ni même le mandataire de la collectivité actionnaire majoritaire.
  - [Conseil d'Etat, 4 mars 2021, Société Socri Gestion, n°437232](#)
  - Mots clés : société publique locale d'aménagement – entité transparente – mandataire – absence
- **SEMOP** : La société d'économie mixte à opération unique Eaux de Dinan a mis en œuvre une procédure de publicité et de mise en concurrence dans le but de construire un centre d'exploitation. Saisi par un concurrent évincé, le Tribunal administratif de Rennes se déclare incompétent, au motif que « *la SEMOP Eaux de Dinan agit, en qualité de concessionnaire de la communauté d'agglomération Dinan Agglomération, pour son propre compte et non celui de la personne publique concédante* » et qu'« *Ainsi, le contrat en litige qu'elle entend conclure pour la mise en œuvre de ses missions d'exploitant du service public de l'eau potable, en tant que personne morale de droit privé agissant pour son compte, en qualité de maître d'ouvrage, et avec un opérateur de droit privé, relatif à la construction d'un centre d'exploitation à Dinan en bail commercial en l'état futur d'achèvement, est un contrat de droit privé, nonobstant la circonstance que le règlement de la consultation qualifie le*

*marché en cause de marché public et attribue la compétence pour connaître du litige relatif à sa passation au seul tribunal administratif». Il en déduit que « Par suite, le litige relatif à sa passation ressortit à la compétence exclusive des juridictions de l'ordre judiciaire ».*

- [TA Rennes, ord. 2 avril 2021, SARL Primmosens, n°2110914](#)
- Mots clés : contrat administratif – qualification – compétence – juge administratif – SEMOP

## Droit public de l'économie

---

- **Concurrence déloyale** : Dans un arrêt du 17 mars 2021, la Cour de cassation juge que le fait pour une entreprise de démarcher des collectivités locales en vue de passer des marchés publics de gré à gré n'entrant pourtant pas dans les cas énoncés par le code des marchés publics dans lesquels il est admis de passer le marché public sans publicité ni mise en concurrence, constitue une concurrence déloyale. En l'espèce, cette société, « *qui ne pouvait ignorer [les] décisions rendues au sujet de ses propres contrats ni l'effet d'éviction causé par ses pratiques sur ses concurrents, a commis des actes de concurrence déloyale en continuant à démarcher activement les collectivités locales afin de les convaincre de passer de tels marchés sans mise en concurrence* ».
  - [Cour de cassation, 17 mars 2021, Société Collectivités Territoriales Ressources, n°19-12.290](#)
  - Mots clés : contrats publics – concurrence déloyale – collectivité territoriale – contrat de gré à gré en dehors des cas prévus par le code des marchés publics
- **Évaluation du préjudice en cas d'entente anti-concurrentielle** : Le Conseil d'État fournit d'intéressantes précisions sur la méthode d'évaluation du préjudice subi par une personne publique victime d'une entente dans le cadre de la passation de marchés publics. À cet égard, il retient que « *pour évaluer l'ampleur du préjudice subi par une personne publique au titre du surcoût lié à une entente* », il est possible de retenir une méthode « *consistant à comparer les taux de marge de la [société considérée] pendant la durée de l'entente et après la fin de celle-ci pour en déduire le surcoût supporté par [l'acheteur public] sur les marchés litigieux* ». Par ailleurs, le Conseil d'État confirme que le juge peut à cette fin s'appuyer sur la part du chiffre d'affaires total dédiée à l'activité concernée dans l'entente.
  - [CE, 27 avril 2021, Société Lacroix City Saint-Herblain, n°440348](#)
  - Mots clés : marchés publics – entente – préjudice – taux de marge

## Propriétés publiques

---

- **Occupation privative sur le domaine public maritime** : Dans un premier temps, le Conseil d'État rappelle le principe selon lequel l'occupation privative du domaine public est celle qui excède le droit d'usage reconnu à tous sur le domaine public (article L. 2122-1 du CG3P). Dans un second temps, la Haute juridiction considère que « *l'installation et l'utilisation à titre précaire et temporaire d'accessoires de plage par les piétons n'excèdent pas le droit d'usage qui est reconnu à tous sur la dépendance du domaine public maritime qu'est la plage, (...) quand bien même ce matériel ne serait pas la propriété des usagers concernés et aurait été mis à leur disposition par des tiers dans l'exercice d'une activité commerciale, dès lors qu'il est utilisé sous leur responsabilité, pour la seule durée de leur présence sur la plage et qu'il est retiré par leurs soins après utilisation* ». En l'espèce, toutefois, le Conseil d'État approuve la solution du premier juge des référés selon laquelle la société hôtelière avait excédé ce droit d'usage et, en conséquence, avait utilisé le domaine public de manière privative, puisqu'il n'était pas établi que les chaises longues et parasols mis à disposition de ses clients auraient été installés par les clients eux-mêmes et retirés après utilisation.
  - [CE, 12 mars 2021, Société hôtelière d'exploitation de la Presqu'île, n°443392](#)
  - Mots clés : domaine public – régime – occupation – utilisations privatives du domaine – mise à disposition de la clientèle d'accessoires de plage
- **Méconnaissance du droit de la concurrence par la délivrance d'une autorisation d'occuper le domaine public** : La Cour administrative d'appel de Nantes rappelle qu'« *une personne publique ne peut légalement délivrer au profit d'une personne privée une autorisation d'occuper le domaine public aux fins d'y exercer une activité économique lorsque sa*

décision aurait pour effet de méconnaître le droit de la concurrence, notamment en plaçant automatiquement l'occupant en situation d'abuser d'une position dominante ». En l'espèce, la société attributaire occupait plusieurs parcelles du domaine public maritime pour exercer son activité, celle de gestion d'un service public de transport des personnes. Ladite société n'était toutefois pas placée en situation d'abuser d'une position dominante, notamment parce que l'attribution de la convention d'occupation du domaine public avait été soumise à une procédure de mise en concurrence. La Cour rappelle également que la convention est précaire et révoquable conformément au droit de la domanialité publique.

➤ [CAA de Nantes, 31 mars 2021, SAS Sur Mer, n°19NT04346](#)

➤ Mots clés : domaine public – autorisation d'occuper – droit de la concurrence – abus de position dominante – procédure de publicité et de mise en concurrence

- **Vente en l'état futur d'achèvement (1)** : La Cour administrative d'appel de Nancy rappelle que « *Si aucune disposition législative n'interdit aux collectivités publiques de procéder à l'acquisition de biens immobiliers au moyen de contrats de vente en l'état futur d'achèvement, elles ne sauraient recourir à de tels contrats lorsque l'objet de l'opération consiste en la construction même d'un immeuble pour le compte de la collectivité publique, lorsque l'immeuble est entièrement destiné à devenir sa propriété et lorsqu'il a été conçu en fonction des besoins propres de la personne publique* ». La Cour vient ainsi confirmer le faisceau d'indices dégagé par la doctrine et la jurisprudence antérieure dont il ressort, en substance, le recours à la VEFA ne méconnaît pas les règles de la commande publique dès lors que l'acheteur public s'intéresse au projet après que le permis de construire a été obtenu et que le bâtiment ne fait pas l'objet d'aménagements spécifiques à sa demande.

➤ [CAA de Nancy, 15 avril 2021, M. C..., n°19NC02073](#)

➤ Mots clés : VEFA – marché public de travaux

- **Vente en l'état futur d'achèvement (2)** : La CJUE considère que le bail de longue durée d'un bâtiment non encore construit conclu par une personne publique de droit autrichien ne constitue pas un marché public de travaux si les conditions suivantes sont respectées : d'une part, la personne publique avait eu recours à un opérateur de services d'analyse du marché de l'immobilier local pour identifier, parmi les biens susceptibles d'être loués, le bien existant ou en projet le mieux à même de satisfaire ses exigences fonctionnelles et de localisation ; d'autre part, la conception de l'ouvrage, y compris avec ses parties optionnelles, avait été prévue par le bailleur antérieurement à l'engagement des négociations avec la personne publique preneur à bail. La CJUE adopte cette position alors même que, d'une part, le permis de construire n'avait pas été octroyé, ni même demandé, au moment de la contractualisation et que, d'autre part, la personne publique avait saisi le bailleur de plusieurs « demandes », qui toutefois « *n'excédaient pas (...) ce que le locataire d'un tel immeuble peut habituellement demander* ».

➤ [CJUE, 22 avril 2021, Commission c. République d'Autriche, aff. N° C-537/19](#)

➤ Mots clés : BEFA – marché public de travaux

## Procédure administrative

---

- **Recours Tarn-et-Garonne** : La Cour administrative d'appel de Marseille juge que le juge de plein contentieux ne peut être saisi d'un contrat tacite par un tiers que s'il a été conclu après le 4 avril 2014, c'est-à-dire après que le Conseil d'État a créé le recours dit *Tarn-et-Garonne*. En l'espèce, le contrat ayant été conclu en 2002, le recours formé par un tiers était donc irrecevable.

➤ [CAA Marseille, 26 avril 2021, Association française des ambulanciers SMUR, n°20MA01789](#)

➤ Mots clés : recours *Tarn-et-Garonne* – contrat tacite – 4 avril 2014

- **Conduite de l'expertise** : Le Conseil d'État précise, s'agissant des réunions ou visites organisées par l'expert, que si les dispositions de l'article R. 621-7 du code de justice administrative « *fixent les modalités selon lesquelles un expert désigné par le tribunal doit avertir les parties des réunions ou visites qu'il organise, elles n'ont ni pour objet ni pour effet de*

*lui imposer d'en organiser*». Ce faisant, le Conseil d'État retient qu'aucune obligation d'organiser des réunions ou des visites ne pèse sur l'expert judiciaire, au regard des dispositions du code de justice administrative.

- [CE, 27 avril 2021, Société Lacroix City Saint-Herblain, n°440348](#)
- Mots clés : marchés publics – expertise - réunion – visite – code de justice administrative

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.