

Lettre Droit public des affaires

SOMMAIRE

I. Veille législative et réglementaire

- **Marchés publics**
- **Contrats de concession**
- **Capacités économiques, financières, techniques et professionnelles des candidats**
- **Marchés passés par les concessionnaires d'autoroute**
- **Direction des achats de l'Etat**

II. Jurisprudence

- **Contrats de la commande publique**
- **Contentieux des contrats publics**
- **Autorités de régulation**

III. Doctrine

- **Evaluation environnementale**
- **Nouvelles fiches techniques de la DAJ**
- **Cinq avis complétant le droit de la commande publique**
- **Intervention de la Commission d'appel d'offres**
- **Modifications des marchés publics**
- **Signature de l'offre**

I. Veille législative et réglementaire

Marchés publics

L'[ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics](#) et ses décrets d'application [n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics](#) et [n° 2016-361 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics de défense ou de sécurité](#) sont entrés en vigueur le 1^{er} avril 2016. Ces textes s'appliquent aux marchés pour lesquels une consultation est engagée ou un avis d'appel à la concurrence est envoyé à la publication à compter du 1^{er} avril 2016.

Contrats de concession

L'[ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession](#) et son [décret d'application n° 2016-86 du 1^{er} février 2016](#) sont entrés en vigueur le 1^{er} avril 2016. Ils s'appliquent, pour l'essentiel de leurs dispositions, aux contrats de concession pour lesquels une consultation est engagée ou un avis de concession est envoyé à la publication à compter du 1^{er} avril 2016. Par exception, les dispositions relatives à la modification des contrats de concession s'appliquent aux contrats en cours d'exécution au jour de la publication de l'ordonnance et du décret. Ces textes soumettent à un régime juridique commun les délégations de service public, les concessions de travaux, les concessions d'aménagement et les concessions de service qui ne portent pas spécifiquement sur l'exécution d'un service public.

Capacités économiques, financières, techniques et professionnelles des candidats

Un nouvel [arrêté du 29 mars 2016](#) prévoit les renseignements et les documents que les pouvoirs adjudicateurs peuvent demander aux candidats afin d'apprécier leurs capacités économiques, financières, techniques et

professionnelles. L'ancien arrêté du 28 août 2006 est abrogé.

Marchés passés par les concessionnaires d'autoroute

Le [décret n° 2016-552 du 3 mai 2016 relatif à la passation des marchés par les concessionnaires d'autoroute](#), dont l'essentiel des dispositions sont transposées aux articles R.122-28 à R.122-32 du code de la voirie routière, prévoit d'appliquer les règles issues du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 *relatif aux marchés publics* pour les marchés de fournitures ou de services d'un montant égal ou supérieur à 240 000 € HT et pour les marchés de travaux d'un montant égal ou supérieur à 500 000 € HT passés par les concessionnaires d'autoroutes.

Direction des achats de l'Etat

Par un [décret n° 2016-247 du 3 mars 2016](#) la direction des achats de l'Etat (DAE) succède au Service des achats de l'Etat (SAE). Elle assure, sous l'autorité du Premier ministre, la définition et le suivi de la mise en œuvre de la politique d'achats de l'Etat (à l'exception des achats dans le secteur de la défense et de la sécurité). La DAE conclut les marchés publics destinés à répondre, dans le cadre de la mise en œuvre des stratégies d'achat interministérielles, aux besoins des services de l'Etat en matière de travaux, services et fournitures.

II. Jurisprudence

CONTRATS DE LA COMMANDE PUBLIQUE (MARCHE PUBLIC, MARCHE DE PARTENARIAT, CONTRAT DE CONCESSION, MONTAGE CONTRACTUEL COMPLEXE,...)

◇ Pouvoirs adjudicateurs

[Cass. Com., 21 juin 2016, F-P+B, n° 14-23.912](#)

Lorsqu'un organisme exerce plusieurs activités d'intérêt général, dont certaines ont un caractère industriel ou commercial, les marchés qu'il conclut sont soumis aux règles de mise en concurrence préalable (en l'espèce, l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005), sans qu'il y ait lieu de distinguer ceux qu'il passe dans le cadre d'activités industrielles ou commerciales, la qualité d'organisme de droit public ne dépendant pas de l'importance relative de la satisfaction de besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial dans l'activité de l'organisme concerné.

◇ Contrat de partenariat du stade de Bordeaux

[CE, 11 mai 2016, M. Rouveyre, n° 383768 et n° 383769](#)

Le Conseil d'Etat annule la procédure de passation du contrat de partenariat pour la construction du stade de Bordeaux au motif que la délibération du conseil municipal approuvant la signature du contrat était irrégulière compte tenu de l'insuffisante information procurée aux conseillers municipaux quant au coût prévisionnel global du contrat. La Haute juridiction a néanmoins laissé la possibilité à la collectivité de régulariser la procédure par une nouvelle délibération, dans un délai de quatre mois.

◇ Délégation de service public provisoire

[CE, 4 avril 2016, Communauté d'agglomération du centre de la Martinique, n° 396191](#)

Afin d'assurer la continuité du service public, une convention de délégation de service public provisoire peut être conclue sans mise en concurrence préalable en cas « *d'urgence résultant de l'impossibilité soudaine dans laquelle se trouve la personne publique, indépendamment de sa volonté, de continuer à faire assurer le service par son cocontractant ou de l'assurer elle-même* ». La convention ne doit pas excéder la durée nécessaire à la mise en œuvre d'une procédure de mise en concurrence en vue de sélectionner un nouveau délégataire ou celle nécessaire à l'organisation de sa reprise en régie.

◇ Biens de retour

[CE, 26 février 2016, Syndicat mixte de chauffage urbain de la Défense, n° 384424](#)

Les biens de retour ne perdent pas cette qualification du fait qu'ils ne sont plus, suite à des progrès techniques, nécessaires au fonctionnement du service public à l'expiration de la convention. Ces biens doivent donc faire retour à la

personne publique, quand bien même, devenus obsolètes, ils ne sont plus nécessaires au fonctionnement du service public.

◇ Technique novatrice et concurrence des opérateurs économiques

[CE, 10 février 2016, Société SMC2, n° 382148](#)

Un pouvoir adjudicateur peut décider de recourir à une technique novatrice dont seule une entreprise détient le brevet, lorsque l'objet du marché le justifie et lorsque cette technique permet, en particulier, d'améliorer l'esthétique de l'ouvrage et d'éviter les contraintes de maintenance.

◇ Visite du site

[CAA Bordeaux, 7 juillet 2016, Sociétés Artelia Ville et Transport et Artelia Eau et Environnement, n° 14BX02425](#)

L'offre d'un candidat qui, en méconnaissance du règlement de consultation, n'a pas effectué la visite du site obligatoire, n'est pas nécessairement irrégulière, dès lors que le candidat a informé le pouvoir adjudicateur des motifs pour lesquels il n'a pas effectué cette visite en faisant état de sa connaissance approfondie du site sur lequel devait être exécuté le marché et que cette absence de visite n'a pas empêché le pouvoir adjudicateur d'apprécier la valeur de l'offre.

◇ Mise en concurrence effective des opérateurs économiques et aide d'Etat

[CAA Marseille, 6 avril 2016, Société Corsica Ferries, n° 12MA02987](#)

La convention de délégation de service public de desserte maritime entre le port de Marseille et les ports de Corse pour la période 2007 à 2013 comporte une aide d'Etat illégale dans la mesure où la compensation du coût des obligations de service public prévue par la convention ne satisfait pas le quatrième critère de la jurisprudence *Altmark*, lequel prévoit que, lorsque le concessionnaire n'a pas été sélectionné dans le cadre d'une procédure de mise en concurrence permettant de retenir le candidat capable de fournir ces services au moindre coût, le niveau de la compensation nécessaire doit être déterminé sur la base d'une analyse des coûts qu'une entreprise moyenne, bien gérée et adéquatement équipée aurait encourus pour exécuter ces obligations de service public.

◇ Procédure sans suite

[CAA Nantes, 2 février 2016, société SBS, n° 14NT01374](#)

La sous-estimation de ses besoins ne constitue pas un motif

d'intérêt général autorisant le pouvoir adjudicateur à ne pas donner suite à une procédure de passation d'un marché public.

CONTENTIEUX DES CONTRATS PUBLICS

◇ **Caractère administratif du contrat**

[TC. 4 juillet 2016. sociétés JSC Investissement, SODEC et SODEC Commercialisation et Gestion, n° C4055](#)

Sauf disposition législative contraire, la nature juridique d'un contrat s'apprécie à la date à laquelle il a été conclu. Ainsi, ni la modification du statut d'Aéroports de Paris (ADP), devenu société anonyme en application de la loi du 20 avril 2005, ni la circonstance que l'occupation de la dépendance aéroportuaire prévue par le contrat, devenue propriété privée d'ADP, n'exigeait plus, au jour où la juridiction a été saisie, qu'un accord de droit privé avec ADP, n'ont eu pour effet de modifier la nature juridique du contrat qui demeure un contrat administratif.

◇ **Domage de travaux publics**

[TC. 4 juillet 2016. Commune d'Aix-en-Provence, n° C4054](#)

L'action en responsabilité d'un constructeur au titre de dommages imputables à l'exécution de travaux publics, engagée par l'occupant du domaine public qui n'a pas de lien contractuel avec le constructeur, relève de la compétence du juge administratif.

◇ **Responsabilité du fait des produits défectueux**

[TC. 11 avril 2016. Centre Hospitalier de Chambéry, n° C4044](#)

Doit être portée devant le juge administratif l'action en garantie du fait des produits défectueux (articles 1386-1 à 1386-18 du code civil) ou fondée sur les vices cachés du produit (articles 1641 à 1649 du code civil), engagée par le service public hospitalier à l'encontre d'un producteur auquel il est lié par un contrat administratif portant sur la fourniture de produits dont la défectuosité a été constatée, contraignant le centre hospitalier à indemniser le patient de ses conséquences dommageables.

◇ **Reprise des relations contractuelles**

[CE. 19 juillet 2016. Centre Hospitalier Andrée Rosemon, n° 399178](#)

Le juge du référé mesures utiles peut ordonner sous astreinte la reprise des relations contractuelles, sur le fondement de l'article L. 521-3 du CJA, en cas de résiliation unilatérale illégale d'un contrat administratif par le cocontracteur

de l'administration et lorsqu'il y a urgence, en vue d'assurer la continuité et le bon fonctionnement du service public.

◇ **Communication de documents administratifs**

[CE. 11 juillet 2016. Centre hospitalier Constant Fleming, n° 391899](#)

Les délais de recours prévus pour contester, devant le juge administratif, le refus de communiquer des documents administratifs postérieurement à l'avis émis par la Commission d'accès aux documents administratifs (CADA) ne sont opposables qu'à la condition d'avoir été mentionnés dans la notification de la décision administrative de refus ou l'accusé de réception de la demande de communication, alors même qu'aucune disposition législative ou réglementaire n'impose à l'autorité administrative mise en cause d'informer le demandeur du recours contentieux qu'il peut former devant le juge administratif et les délais y afférents, si la décision de refus est confirmée après la saisine de la CADA.

◇ **Intérêt lésé**

[CE. 24 février 2016. Syndicat mixte pour l'étude et le traitement des ordures ménagères de l'Eure, n° 394945](#)

En référé précontractuel, à défaut pour le pouvoir adjudicateur de s'être assuré, au stade de l'examen des candidatures, que l'acte d'engagement remis par un candidat avait bien été signé par une personne ayant qualité pour l'engager, en sollicitant la production des documents justificatifs, le pouvoir adjudicateur ne peut plus se prévaloir de l'irrégularité de l'offre du candidat pour soutenir qu'il ne pouvait être lésé par les manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence qu'il invoque.

◇ **Entente anticoncurrentielle et référé provision**

[CE. 14 février 2016. Département de l'Eure, n° 395194](#)

Une personne publique peut saisir le juge du référé provision d'une demande tendant au recouvrement d'une créance qui trouve son origine dans un contrat. Dans ce cadre, une personne publique peut solliciter une provision tendant au recouvrement d'une créance qui tend à la réparation d'un préjudice né d'une entente anticoncurrentielle et résultant de la différence éventuelle entre les termes du marché effectivement conclu et ceux auxquels il aurait dû être dans des conditions normales. Une telle créance doit être regardée comme trouvant son origine dans le contrat.

◇ **Application dans le temps de l'arrêt Département de Tarn et Garonne**

[CE, 5 février 2016, SMTC Hérault Transports, n° 383149](#)

Le recours en contestation de la validité d'un contrat public signé avant l'intervention de la décision du Conseil d'Etat, *Département de Tarn et Garonne*, du 4 avril 2014, demeure soumis aux règles antérieures qui permettaient à tout requérant qui aurait eu intérêt à conclure un contrat d'invoquer tout moyen à l'appui de son recours contre le contrat, sans que les nouvelles règles relatives à l'intérêt lésé et à l'opérance des moyens ne trouvent à s'appliquer.

◇ **Etendue du contrôle du juge du référé précontractuel**

[CE, 20 janvier 2016, CIVIS, n° 394133](#)

S'il n'appartient pas au juge du référé précontractuel d'apprécier les mérites respectifs des offres des candidats, celui-ci peut néanmoins, lorsqu'il est saisi d'un moyen en ce sens, vérifier que le pouvoir adjudicateur n'a pas dénaturé le contenu d'une offre en en méconnaissant ou en en altérant manifestement les termes et n'a pas procédé ainsi à la sélection de l'attributaire du contrat en méconnaissance du principe fondamental d'égalité de traitement des candidats.

◇ **Délit de favoritisme**

[Cass., crim., 17 février 2016, Société Bygmalion, n° 15-85.363](#)

Le délit de favoritisme est applicable aux marchés passés en application de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005, laquelle prévoit les mêmes principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures que ceux applicables aux marchés publics et aux délégations de service public expressément visés à l'article 432-14 du code pénal.

◇ **Responsabilité des membres d'un groupement conjoint**

[CAA, Marseille 1^{er} février 2016, Société Berthouly, n° 14MA04368](#)

Lorsque l'acte d'engagement du marché ne prévoit pas la répartition des tâches entre les entreprises membres d'un groupement conjoint et qu'il est procédé au paiement des prestations sur un compte commun, sans ventilation entre les membres du groupement, ceux-ci engagent leur responsabilité contractuelle solidaire à l'égard du maître d'ouvrage, quelle que soit par ailleurs la répartition des prestations dont ils ont pu contractuellement convenir entre eux.

AUTORITES DE REGULATION

◇ **Contestation des décisions des autorités de régulation**

[CE, Assemblée, 21 mars 2016, Société Fairvesta International GMBH et autres, n° 368082, n° 368083 et n° 368084](#)

[CE, Assemblée, 21 mars 2016, Société NC Numéricable, n° 390023](#)

Les avis, recommandations, mises en garde et prises de position adoptés par les autorités de régulation dans l'exercice des missions dont elles sont investies peuvent être déférés au juge de l'excès de pouvoir lorsqu'ils revêtent le caractère de dispositions générales et impératives ou lorsqu'ils énoncent des prestations individuelles dont ces autorités pourraient ultérieurement censurer la méconnaissance. Ces actes peuvent également faire l'objet d'un tel recours, introduit par un requérant justifiant d'un intérêt direct et certain à leur annulation, lorsqu'ils sont de nature à produire des effets notables, notamment de nature économique, ou ont pour objet d'influer de manière significative sur les comportements des personnes auxquelles ils s'adressent.

III. Doctrine

Evaluation environnementale

[L'ordonnance n° 2016-1058 du 3 août 2016 relative à la modification des règles applicables à l'évaluation environnementale des projets, plans et programmes](#) vise à simplifier et à clarifier le droit de l'évaluation environnementale qui permet de décrire et d'apprécier les incidences notables directes et indirectes d'un projet sur l'environnement, préalablement à sa réalisation. Elle vient notamment créer une procédure d'évaluation unique pour les plans et les programmes, d'une part, et les projets, d'autre part. Un [décret n° 2016-1110 du 11 août 2016](#) vient compléter l'ordonnance.

Une seconde [ordonnance n° 2016-1060 du 3 août 2016](#) vient préciser les conditions d'information et de participation du public relatives aux évaluations environnementales.

Nouvelles fiches techniques de la DAJ

La DAJ de Bercy a publié et mis à jour de [nombreuses fiches techniques](#) en vue d'accompagner les acheteurs publics dans la mise en œuvre de la nouvelle réglementation de la commande publique, parmi lesquelles, notamment, les fiches suivantes : [Allotissement et marchés globaux](#), [Le partenariat d'innovation](#), [Les marchés de](#)

[partenariat. la résiliation unilatérale. par l'administration. des marchés publics et des concessions. les modalités de modification des contrats en cours d'exécution](#), [L'urgence dans les marchés publics](#), [Les contrats conclus entre entités du secteur public](#) et [Marchés publics et autres contrats](#).

soumissionnaires la signature de leur offre, à condition de mentionner cette exigence dans le règlement de la consultation ou dans l'avis de publicité ([Rep. min., n° 21405, JO Sénat, Q., 16 juin 2016, p. 2691](#)).

Cinq avis complétant le droit de la commande publique

Accompagnant la publication du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 *relatif aux marchés publics*, le ministère de l'économie et des finances a publié cinq avis complétant le régime juridique des marchés publics et des concessions parmi lesquels, notamment, un [avis relatif aux seuils de procédure et à la liste des autorités publiques centrales en droit de la commande publique](#), un [avis relatif à la nature et au contenu des spécifications techniques dans les marchés publics](#) et un [avis relatif à la liste des activités qui sont des travaux en droit de la commande publique](#).

Intervention de la Commission d'appel d'offres

Pour les collectivités territoriales, la constitution d'une commission d'appel d'offres s'impose uniquement pour les marchés passés selon une procédure formalisée (appel d'offres, marché négocié avec publicité et mise en concurrence ou dialogue compétitif). Ni les marchés passés selon une procédure négociée sans publicité ni mise en concurrence, ceux passés en procédure adaptée, ni ceux expressément exclus de l'ordonnance du 23 juillet 2015 ne nécessitent la constitution d'une commission d'appel d'offres pour leur attribution ([Rép. mini., n° 21594, JO Sénat, Q., 7 juillet 2016, p.3047](#)).

Modification des marchés publics

Aux termes des articles 139 et 140 du décret n°2016-360 du 25 mars 2016, un marché public peut être modifié lorsque le montant de la modification est inférieur aux seuils européens et à 10 % du montant du marché initial pour les marchés de services et de fournitures et à 15 % du montant initial pour les marchés de travaux. Le calcul du montant de ces modifications tient compte de la mise en œuvre de la clause de variation de prix. Selon le ministre de l'économie, lorsqu'une clause de variation a augmenté de 4 % le prix initial du marché, la valeur de la modification doit être calculée à partir du prix initial augmenté de 4 %, ce afin de prendre en compte la réalité financière du marché à l'instant où la modification est envisagée ([Rep. min. n° 21408, JO Sénat Q., 16 juin 2016, p. 2692](#)).

Signature de l'offre

Quand bien même le décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 n'impose plus la signature des candidatures et des offres, les acheteurs publics peuvent, s'ils le souhaitent, imposer aux

Votre interlocuteur :

Lionel Levain, Associé

T: 01 53 53 45 94 - F: 01 53 96 04 20

levain@rmt.fr