

Lettre Droit public des affaires

SOMMAIRE

I. Veille législative et réglementaire

- Contrats de partenariat
- Décrets d'application de la loi portant réforme ferroviaire
- Licences des entreprises ferroviaires
- Schéma de promotion des achats publics socialement responsables

II. Jurisprudence

- Contrats de la commande publique
- Autres contrats publics
- Contentieux des contrats publics

III. Doctrine

- Projet d'ordonnance relative aux marchés publics
- Mandat de maîtrise d'ouvrage ou de maîtrise d'oeuvre confié à une association
- Communicabilité des documents issus d'un marché de droit privé
- Simplification du dossier de candidature, exclusions de l'art. 3 du CMP et marchés négociés
- Les relations *in house* à l'aune des nouvelles directives européennes

I. Veille législative et réglementaire

Contrats de partenariat

L'[article 34 de la loi n° 2014-1653](#) du 29 décembre 2014 de programmation des finances publiques pour les années 2014 à 2019 restreint le recours aux contrats de partenariat. Depuis le 1^{er} janvier 2015, les organismes relevant de la catégorie des administrations centrales de l'Etat (lesquels incluent la plupart des établissements publics nationaux), autres que l'Etat, ainsi que les établissements publics de santé et les structures de coopération sanitaire dotées de la personnalité morale publique, ne peuvent plus conclure de contrats de partenariats, de même que des baux emphytéotiques, des autorisations d'occupation temporaire et des contrats de crédit-bail qui ont pour objet la réalisation, la modification ou la rénovation d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels répondant à un besoin précisé par la collectivité publique et destinés à être mis à sa disposition ou à devenir sa propriété. Seul l'Etat pourra conclure de tels contrats pour le compte de ces organismes. Les collectivités territoriales devront, à compter du 1^{er} janvier 2016, pour conclure un contrat de partenariat, procéder à une évaluation préalable et la transmettre pour avis à la mission d'appui aux partenariats public-privé. Cet avis n'est pas liant mais devra être présenté à l'assemblée délibérante.

Décrets d'application de la loi portant réforme ferroviaire

Sept décrets d'application de la loi du 4 août 2014 portant [réforme ferroviaire](#) ont été publiés le 11 février 2015. Les décrets n° 2015-137, n° 2015-138 et n° 2015-140 définissent respectivement les missions et statuts des trois établissements publics : SNCF, SNCF Mobilités et SNCF Réseau.

Dans le contexte de l'ouverture progressive du transport ferroviaire de voyageurs à la concurrence, le décret n° 2015-138 relatif aux missions et aux statuts de SNCF Mobilités prévoit l'indépendance de Gare & Connexions au sein de SNCF Mobilités. A cet égard, la gestion des gares est assurée par une direction autonome dotée de comptes propres. La nomination du directeur des gares sera effectuée sur proposition de SNCF Mobilités après avis de l'Araf. Les redevances d'accès en gare seront, quant à elles, fixées par le Conseil d'administration.

Le décret n° 2015-140 relatif aux missions et aux statuts de SNCF Réseau fixe à 200 millions d'euros la valeur des projets d'investissement dans le réseau au-delà de laquelle l'Araf émet un avis sur la répartition des financements entre SNCF Réseau et les co-financeurs.

Le décret n° 2015-139 relatif à la confidentialité des données détenues par le gestionnaire de l'infrastructure ferroviaire et à la commission de déontologie du système de transport ferroviaire définit les informations dont la divulgation à toute personne étrangère aux services du gestionnaire d'infrastructure est de nature à porter atteinte aux règles d'une concurrence libre et loyale et de non-discrimination. Parmi ces informations figurent notamment celles relatives aux demandes et aux attributions de sillons, au montant des redevances dues pour l'utilisation du réseau ferroviaire ainsi que les informations transmises par les entreprises ferroviaires au gestionnaire d'infrastructure en vue de permettre la vérification par celui-ci de la soutenabilité de la tarification pour le marché.

Licences des entreprises ferroviaires

Le [règlement d'exécution](#) (UE) 2015/171 de la Commission du 4 février 2015 sur cer-

tains aspects de la procédure d'octroi des licences des entreprises ferroviaires, pris en exécution de la directive 2012/34/UE du 21 novembre 2012 établissant un espace ferroviaire unique européen, publie un modèle commun de licence de transport ferroviaire dont l'utilisation est recommandée par la directive. Le règlement encadre également la procédure d'octroi des licences et le contrôle, par l'autorité nationale responsable des licences, du niveau et de l'étendue de la couverture de la responsabilité civile de l'entreprise ferroviaire en cas d'accident. Ce règlement s'applique à compter du 16 juin 2015.

Schéma de promotion des achats publics socialement responsables

Le [décret](#) n° 2015-90 du 28 janvier 2015 fixe à 100 millions d'euros HT le seuil au-delà duquel les acheteurs publics sont tenus, en application de l'article 13 de la loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire, d'adopter et de publier un schéma de promotion des achats publics socialement responsables. Ce schéma détermine les objectifs de passation de marchés publics comportant des éléments à caractère social visant à concourir à l'intégration sociale et professionnelle de travailleurs handicapés ou défavorisés, ainsi que les modalités de mise en oeuvre et de suivi annuel de ces objectifs.

II. Jurisprudence

Contrats de la commande publique (marché public, délégation de service public, contrat de partenariat, montage contractuel complexe)

Vices n'affectant pas la validité du contrat
[CE. 3 décembre 2014. Société Bancel. n° 366153](#)

La publicité des voies et délais de recours dans l'avis d'appel public à la concurrence et le respect d'un délai de suspension entre la notification du rejet de l'offre d'un candidat et la signature du marché, visent seulement à permettre aux candidats évincés de saisir utilement le juge du référé précontractuel. L'absence de publicité des voies et délais de recours et le non-respect du délai de suspension précité n'affectent pas la validité du contrat et ne justifient pas son annulation ou sa résiliation.

Manque de précision sur l'étendue des variantes et intérêt lésé

[CE. 3 décembre 2014. Département de la Loire-Atlantique. n° 384180](#)

Le manque de précision, dans le dossier de consultation des entreprises, des exigences minimales que doivent respecter les offres variantes des candidats, en méconnaissance de

l'article 50 du code des marchés publics, ne suffit pas, à lui seul, à établir l'intérêt lésé du candidat évincé au motif que ce manque de précision ne lui aurait pas permis d'identifier les attentes du pouvoir adjudicateur et aurait affecté le contenu des offres, dès lors qu'en l'espèce, c'est l'offre de base du candidat attributaire et non une variante qui a été retenue.

Capitalisation des intérêts moratoires

[CE. 10 décembre 2014. Société Clemessy. n° 372102](#)

La capitalisation des intérêts ne peut être accordée qu'à partir de la date à laquelle la capitalisation a été demandée (en l'espèce, à l'occasion de l'appel contre le jugement rejetant les conclusions indemnitaires de la requérante) et non rétroactivement à partir de la date à compter de laquelle les intérêts moratoires afférents à une demande indemnitaire ont commencé à courir (i. e. à la date de la demande préalable).

Résiliation d'une délégation de service public et transfert des contrats

[CE. Sect.. 19 décembre 2014. Commune de Propriano. n° 368294](#)

A l'occasion de la résiliation d'une convention de délégation de service public, la personne publique à qui il appartient d'assurer la continuité du service public se substitue de plein droit à son ancien cocontractant pour l'exécution des contrats conclus avec les usagers ou avec des tiers pour l'exécution du service, sauf si ces contrats comportent des engagements anormalement pris, c'est-à-dire des engagements qu'une interprétation raisonnable du contrat relatif à l'exécution d'un service public ne permettrait pas de prendre au regard notamment de leur objet, de leurs conditions d'exécution ou de leur durée. En cas d'engagements anormalement pris, la substitution de la personne publique n'emporte pas le transfert des dettes et des créances nées de l'exécution de ces engagements, à moins que la personne publique ait donné son accord à leur conclusion.

Candidature d'une personne publique à un marché

[CE. Ass.. 30 décembre 2014. Société Armor SNC. n° 355563](#)

Une personne publique peut se porter candidate à l'attribution d'un marché public pour répondre aux besoins d'une autre personne publique, dès lors, d'une part, que sa candidature répond à un intérêt public et, d'autre part, qu'elle ne fausse pas les conditions de la concurrence en élaborant une offre au moyens d'avantages qui découlent des ressources ou des moyens qui lui sont attribués au titre de ses missions de service public. L'intérêt public est caractérisé lorsque la candidature de la personne publique constitue le prolongement d'une mission de service public dont elle a la charge, dans le but, notamment, d'amortir des équipements, de valoriser les moyens dont dispose le service ou d'assurer son équilibre financier, sous réserve que la candidature ne compromette pas l'exercice de ses missions de service public.

Chances sérieuses d'emporter le marché et indemnisation du manque à gagner

[CE. 19 janvier 2015. Société Spie Est. n° 384653](#)

L'entreprise candidate à l'attribution d'un marché public qui a été irrégulièrement évincée de la procédure de passation, alors qu'elle avait des chances sérieuses d'emporter le marché, a droit à être indemnisée de son manque à gagner, lequel est déterminé en prenant en compte le bénéfice net qu'aurait procuré le marché à l'entreprise. L'indemnité due, qui est destinée à compenser une perte de recettes commerciales, doit être regardée comme un profit de l'exercice au cours duquel elle a été allouée et soumise, à ce titre, à l'impôt sur les sociétés. Le manque à gagner d'un candidat évincé ne saurait donc être évalué à partir du résultat d'exploitation, après déduction de l'impôt sur les sociétés.

Indemnisation des biens non-amortis remis à la personne publique

[CE. 13 février 2015. Communauté d'agglomération d'Epinal. n° 373645](#)

Lorsque la durée d'un contrat confiant la réalisation d'un ouvrage qui doit être remis à la personne publique à l'issue du contrat et dont la rémunération du cocontractant consiste, en tout ou partie, dans le droit d'exploiter l'ouvrage, est inférieure à la durée normale d'amortissement de l'ouvrage, le cocontractant doit être indemnisé de la valeur nette comptable (non-amortie) de l'ouvrage à la date de sa remise. La circonstance que cette indemnisation interviendrait au début de l'exécution du contrat n'est pas de nature à la qualifier d'aide d'Etat, dès lors qu'elle correspond à la valeur nette comptable de l'ouvrage évaluée à la date de sa remise.

Mise en demeure d'établir le décompte général du marché

[CE. 11 mars 2015. Centre hospitalier universitaire de Nice. n° 371984](#)

En application de l'article 13 du CCAG-travaux, il appartient au maître d'ouvrage d'établir le décompte général du marché et de le notifier à l'entrepreneur par ordre de service. Si le maître d'ouvrage n'établit pas le décompte général, l'entrepreneur doit le mettre en demeure d'y procéder, préalablement à la saisine du juge. A cet égard, la lettre par laquelle l'entrepreneur a demandé au maître d'ouvrage de « bien vouloir établir le décompte général » revêt le caractère d'une mise en demeure d'établir ledit décompte.

Complétude des dossiers de candidature et information des candidats

[CAA Nancy. 11 décembre 2014. Cabinet MMA Kestler collectifs assurances. n° 13NC01839](#)

En application de l'article 52 du code des marchés publics,

le pouvoir adjudicateur peut demander aux candidats pour lesquels certaines pièces du dossier de candidature sont absentes ou incomplètes de compléter leur dossier dans un délai identique pour tous. Il doit alors en informer les autres candidats et leur permettre de compléter leur candidature dans le même délai. En revanche, ni ces dispositions ni le principe d'égalité de traitement des candidats, n'imposent au pouvoir adjudicateur d'informer les candidats dont le dossier de candidature est complet de la teneur des compléments attendus des autres candidats.

Caractère définitif du décompte

[CAA Bordeaux. 31 décembre 2014. Pôle emploi Limousin. n° 13BX00823](#)

Une fois les prestations réceptionnées sans réserve et les factures payées, le décompte des prestations doit être regardé comme devenu définitif à la date à laquelle la personne publique a payé lesdites prestations. Le décompte ne peut être révisé qu'en cas d'erreur matérielle, d'omission, de faux ou de double emploi. En dehors de ces cas, la personne publique qui allègue que les modalités de calcul des prix figurant au décompte auraient été erronées compte tenu de ce que prévoyait le marché, ne peut ni se prévaloir de l'enrichissement sans cause de son cocontractant pour demander la répétition de l'indu sur le fondement des articles 1376 et 1377 du code civil, ni se prévaloir du principe selon lequel les personnes publiques ne peuvent être condamnées à payer ce qu'elles ne doivent pas, pour demander la restitution des sommes versées.

Mesure de police et mise en concurrence pour l'octroi d'une DSP

[CAA Marseille. 30 janvier 2015. Société Scam T. n° 13MA03765](#)

Lorsqu'une personne publique résilie une convention de délégation des services publics de l'eau potable et de l'assainissement, l'arrêté par lequel elle réquisitionne une autre entreprise en vue d'assurer ledit service public pour une durée de quatre-vingt jours, le temps de la mise en place d'une nouvelle gestion, constitue une mesure de police administrative qui n'avait pas pour objet d'organiser une nouvelle passation de délégation de service public. Cet arrêté n'est donc pas illégal au seul motif qu'il aurait été pris en méconnaissance des obligations de publicité et de mise en concurrence qui s'imposent pour l'attribution d'une telle convention.

Erreur dans le BPU et vice du consentement

[CAA Marseille. 2 février 2015. Société Carats. n° 13MA01294](#)

Une entreprise qui s'est vue attribuer un contrat sur la base d'une erreur dans son bordereau des prix unitaires et dans l'acte d'engagement, n'est pas fondée à solliciter le paiement de l'indemnité à laquelle elle peut prétendre sur le terrain contractuel, du fait de la résiliation du contrat, dès lors que son erreur, qui a conduit la personne publique à

sélectionner l'offre économiquement la moins avantageuse, constitue un vice d'une particulière gravité relatif aux conditions dans lesquelles la personne publique a donné son consentement et est de nature à entraîner la nullité du contrat.

Autres contrats publics (propriété des personnes publiques, subventions,...)

Contrats conclus par une société concessionnaire d'autoroute

[T. confl. 9 mars 2015. Mme R. c/ Société Autoroutes du Sud de la France, n° 3984](#)

Les contrats conclus par une société concessionnaire d'autoroute avec une entreprise privée ayant pour objet la construction, l'exploitation ou l'entretien de l'autoroute ne sont plus, en l'absence de conditions particulières, regardés comme étant conclus pour le compte de l'Etat. Ces contrats sont des contrats de droit privé et seul le juge judiciaire est compétent pour connaître des litiges nés de leur exécution (revirement de jurisprudence mettant fin à la qualification administrative de ces contrats depuis l'arrêt du Tribunal des conflits du 8 juillet 1963, Entreprises Peyrot, n° 1804).

Résiliation d'une convention conclue entre personnes publiques et loyauté des relations contractuelles

[CE, 27 février 2015, Commune de Béziers, n° 357028](#)

Une personne publique ne peut résilier unilatéralement une convention conclue avec une autre personne publique que si un motif d'intérêt général le justifie, lequel peut notamment résulter du bouleversement de l'économie du contrat ou de la disparition de sa cause. Si l'absence de transmission au représentant de l'Etat de la délibération autorisant le maire à signer le contrat avant la date à laquelle ce dernier a été signé, constitue un vice affectant les conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement, eu égard à l'exigence de loyauté des relations contractuelles, ce seul vice n'est pas d'une gravité telle qu'il justifie que le contrat soit écarté et le litige tranché en dehors du contrat.

Contentieux des contrats publics

Actions en garantie entre les constructeurs

[T. confl. 9 février 2015, Société ACE European Group Limited, n° 3983](#)

Quand bien même les constructeurs participant à des travaux publics ont, par un contrat de droit privé, réparti entre eux l'exécution des travaux, ils peuvent, à l'occasion d'un litige opposant le maître d'ouvrage à un ou plusieurs constructeurs, s'appeler mutuellement en garantie devant le juge administratif saisi du litige. Le juge judiciaire ne devrait être saisi de l'action en garantie que lorsque la validité ou l'interprétation du contrat de droit privé soulève une difficulté sérieuse.

Contrats relevant de l'office du juge du référé précontractuel

[CE, 3 décembre 2014, Etablissement public Tisséo, n° 384170](#)

Ne relève pas de l'office du juge des référés précontractuels une convention d'occupation du domaine public qui n'a pour objet ni la délégation d'un service public ni l'exécution de travaux, la livraison de fournitures ou la prestation de services, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation, alors même que l'acheteur public a choisi, sans y être tenu, de soumettre la passation d'un tel contrat à la procédure applicable aux marchés publics passés par des entités adjudicatrices.

Suspension de l'exécution du contrat

[CE, 19 janvier 2015, Société Ribière, n° 385634](#)

Le seul intérêt, pour un candidat évincé d'une procédure de mise en concurrence, de conclure un marché représentant 36,7 % de son chiffre d'affaires, n'est pas de nature à caractériser une situation d'urgence justifiant que le juge des référés suspende l'exécution du contrat une fois celui-ci signé et la voie du référé précontractuel fermée, dans l'attente de la décision au fond portant sur la légalité du contrat.

Référé mesures utiles - CE, ord., 27 mars 2015, Observatoire international des prisons, n° 385332

Le juge des référés mesures utiles ne peut pas ordonner à une personne publique l'édiction de mesures réglementaires.

III. Doctrine

Projet d'ordonnance relative aux marchés publics

Le ministère de l'économie, de l'industrie et du numérique a, le 22 décembre 2014, publié un [projet d'ordonnance](#) transposant les directives européennes 2014/24/UE et 2014/25/UE sur les marchés publics passés par les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices et a ouvert une procédure de concertation avec l'ensemble des opérateurs économiques intéressés. Cette concertation a fait l'objet de nombreuses contributions d'opérateurs publics et privés, lesquels ont notamment relevé que le projet d'ordonnance inclut les contrats de partenariat et les baux emphytéotiques au sein d'un régime juridique unique applicable aux marchés publics prévoyant, ce faisant, de multiples dérogations à l'obligation d'allotir permettant la conclusion de contrats globaux. A ce jour, le projet d'ordonnance ne comporte aucune disposition sur la détection des offres anormalement basses ni sur la procédure de concours actuellement

prévue à l'article 38 du code des marchés publics. Il impose, en revanche, des règles de mise en concurrence plus contraignantes que les directives concernant les marchés de prestations juridiques.

Mandat de maîtrise d'ouvrage ou de maîtrise d'oeuvre confié à une association

[Rép. Min., Q° n° 47444, JOUE du 3 février 2015, p. 759](#)

Dès lors qu'une association intervient dans le champ des marchés publics, elle est considérée comme un opérateur économique. En application de la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 dite loi MOP, une association ne peut se voir confier un mandat de maîtrise d'ouvrage ou de maîtrise d'oeuvre que si le maître d'ouvrage respecte ses obligations de publicité et de mise en concurrence préalables à l'attribution du marché.

Communicabilité des documents issus d'un marché de droit privé

[CADA, 19 juin 2014, n° 20141784](#)

La Commission d'accès aux documents administratifs (CADA) a considéré que les documents se rapportant à un marché privé, en l'espèce, le contrat par lequel la SASP Racing Club de Lens, maître d'ouvrage, a mandaté la Région Nord Pas-de-Calais afin qu'elle assume, pour le compte du RC Lens, la maîtrise d'ouvrage des travaux de rénovation du stade Bollaert-Delelis pour accueillir l'Euro 2016 et l'ingénierie financière du projet, étaient des documents administratifs communicables sur le fondement de la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978. Quand bien même la région agit pour le compte d'une personne privée, elle doit, compte tenu tant de l'intérêt public régional du stade que des finalités qui lui sont assignées dans le cadre du mandat qui lui a été confié, être regardée comme agissant dans le cadre de ses missions de service public.

Simplification du dossier de candidature, exclusions de l'article 3 du code des marchés publics et marchés négociés – Direction des affaires juridiques des ministères économiques et financiers

La DAJ de Bercy a mis en ligne, les 29 janvier et 12 février 2015, trois nouvelles fiches techniques – conseil aux acheteurs. [Une première fiche technique](#) sur la simplification du dossier de candidature vient préciser les nouvelles modalités de présentation des candidatures issues de la transposition, par le décret n° 2014-1097 du 26 septembre 2014, des dispositions des nouvelles directives européennes du 26 février 2014 (cf. notre lettre n° 5 de décembre 2014). [Une deuxième fiche technique](#) vient expliciter 13 des 14 catégories de contrats que l'article 3 du code des marchés publics exclut du champ d'application du code, dès lors qu'ils n'ont pas à être soumis, en raison de leurs spécificités, aux règles

de publicité et de mise en concurrence (la fiche ne traite pas des contrats conclus entre entités du secteur public qui font l'objet d'une fiche technique spécifique). Enfin, [une troisième fiche technique](#) sur les marchés négociés de l'article 35 du code des marchés publics vient préciser les circonstances exceptionnelles dans lesquelles les pouvoirs adjudicateurs peuvent passer des marchés négociés, avec ou sans publicité et mise en concurrence préalables.

Les relations *in house* à l'aune des nouvelles directives européennes, Lionel Levain et Mathieu Prats-Denoix, La semaine juridique, Entreprise et affaires, n° 14, 16 avril 2015

Cette étude présente les différentes relations *in house* qui permettent de déroger aux règles d'attribution des contrats après mise en concurrence, désormais définies dans les nouvelles directives, n° 2014/24/UE sur la passation des marchés publics, n° 2014/25/UE relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et n° 2014/23/UE sur l'attribution des contrats de concession, du 26 février 2014. Sont distinguées les relations *in house* initialement développées par la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne et qui ont été reprises et complétées par les nouvelles directives (relation *in house* verticale, *in house* conjointe et coopération public-public), des relations *in house* nées de la consécration, par le législateur européen, d'une nouvelle acception du « contrôle analogue » : la relation *in house* verticale indirecte, *in house* ascendante (ou verticale inversée) et *in house* horizontale.

En inscrivant dans les directives l'exception de relation *in house*, le législateur européen n'a que partiellement satisfait son objectif de pallier l'insécurité juridique qui résultait alors d'interprétations divergentes de la jurisprudence. L'extension « législative » du champ de la relation *in house* devrait conduire le juge de Luxembourg à enrichir sa jurisprudence développée depuis l'arrêt Teckal, afin notamment de préciser comment les multiples dérogations aux règles de mise en concurrence prévues par les directives doivent s'articuler entre elles.

Votre interlocuteur :

Lionel Levain, Associé

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

E: levain@rmt.fr