

Lettre Droit public des affaires

SOMMAIRE

I. Veille législative et réglementaire

- Ordonnance relative aux marchés publics
- Ordonnance portant simplification du régime des associations et des fondations
- Loi NOTRe

II. Jurisprudence

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

III. Doctrine

- Vade-mecum des marchés publics
- Guide pour la passation des marchés publics de fourniture d'électricité et de services associés
- Interprétation de l'article 34 de la loi du 29 décembre 2014 de programmation des finances publiques pour les années 2014-2019
- Bilan d'activité 2014 des juridictions administratives
- Rapport d'activité 2014 de la direction des affaires juridiques de Bercy
- Consultation publique pour le projet de transposition de la directive « concessions »

I. Veille législative et réglementaire

Ordonnance relative aux marchés publics

[L'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics](#), transposant les directives européennes 2014/24/UE et 2014/25/UE, a été publiée au Journal Officiel le 24 juillet 2015. Cette ordonnance rassemble les règles régissant les contrats qualifiés de marchés publics au sens des directives européennes mais qui sont, en droit français, régis par divers textes (code des marchés publics, ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005, ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat, code général des collectivités territoriales pour les contrats de partenariat et les baux emphytéotiques des collectivités territoriales, etc.).

L'ordonnance consacre le « marché de partenariat », unifiant et consolidant les différentes formules contractuelles complexes existantes (contrats de partenariat, baux emphytéotiques administratifs, autorisations d'occupation du domaine public avec constitution de droits réels) au profit d'une forme unique. Les baux emphytéotiques administratifs ne pourront plus être utilisés pour l'exécution de travaux ou de prestations de services. Ils ne relèveront plus du droit de la commande publique.

Les marchés publics passés par des personnes morales de droit public en application de l'ordonnance sont des contrats administratifs (article 3 de l'ordonnance). Les marchés passés par les établissements publics industriels et commerciaux constitueront donc des contrats administratifs relevant de la compétence du juge administratif.

L'entrée en vigueur de l'ordonnance sera déterminée par ses décrets d'application et interviendra au plus tard le 18 avril 2016.

Ordonnance portant simplification du régime des associations et des fondations

[L'ordonnance n° 2015-904 du 23 juillet 2015 portant simplification du régime des associations et des fondations](#) vient simplifier les procédures de création, de transformation, de déclaration, d'agrément et de financement des associations et des fondations. Il est désormais possible de transformer, sans dissolution, des fondations dotées de la personnalité morale en fondations reconnues d'utilité publique. Les demandes de subvention sont simplifiées grâce à l'élaboration d'un formulaire unique destiné aux financeurs publics.

Loi NOTRe

Après la création des métropoles et le passage à treize régions métropolitaines, la [loi n° 2015-991 du 7 août 2015 portant nouvelle organisation territoriale de la République](#), dite « Loi NOTRe » vise à clarifier la compétence des collectivités territoriales notamment en supprimant la clause de compétence générale pour les régions et les départements et en définissant plus précisément leurs compétences respectives. Le rôle des régions est renforcé en matière de développement économique : elles seront responsables de la politique de soutien aux petites et moyennes entreprises et aux entreprises de taille intermédiaire. Les compétences des départements en matière de transport seront transférées aux régions dix-huit mois après la promulgation de la loi. Cette dernière prévoit également des compétences partagées entre l'Etat, les régions, les départements et les communes en matière de culture, de sport, de tourisme, de promotion des langues régionales et de éducation populaire.

II. Jurisprudence

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

Indemnisation d'un sous-traitant en cas de sujétions techniques imprévues

[CE, 1er juillet 2015, Société Sud Terrassement, n° 383613](#)

Aux fins d'apprécier le droit du sous-traitant à être indemnisé sur le fondement des sujétions techniques imprévues, il y a lieu d'apprécier si lesdites sujétions ont bouleversé l'économie générale du marché et non uniquement celle du contrat de sous-traitance. Quand bien même les sujétions techniques imprévues auraient provoqué un surcoût correspondant à 50 % du prix des prestations sous-traitées, le sous-traitant ne peut être indemnisé sur le fondement des sujétions techniques imprévues dès lors que leur coût ne représente qu'une augmentation de 11,3 % du prix total du marché.

Réalisation d'essais techniques pour l'attribution d'un marché public

[CE, 26 juin 2015, Société Am'Tech Médical, n° 389124](#)

Au même titre que le pouvoir adjudicateur peut exiger des candidats que leur offre soit accompagnée d'échantillons, de maquettes ou de prototypes (article 49 du code des marchés publics), il peut leur demander de réaliser des essais techniques. En revanche, au cours de la réalisation de ces essais, le pouvoir adjudicateur doit garantir la confidentialité des offres, notamment en s'assurant que les essais se déroulent séparément.

Date de prise d'effet d'un marché public

[CE, 22 mai 2015, Syndicat intercommunal pour les transports urbains de la région de Valenciennes, n° 383596](#)

Dès lors qu'en application de l'article 79 du code des marchés publics, les marchés doivent être notifiés avant tout commencement d'exécution, les parties à un contrat d'assurance ne peuvent pas fixer une date de prise d'effet antérieure à la signature du marché et à sa notification. Néanmoins, cette illégalité n'entache pas d'illicéité le contrat et n'est pas d'une gravité suffisante pour justifier que soit écartée l'application du contrat pour la résolution du litige né de son exécution entre les parties.

Hiérarchisation des critères de sélection pour l'attribution d'une délégation de service public

[CE, 6 mai 2015, Société Keolis, n° 387544](#)

Dès lors que pour l'attribution d'une convention de délégation de service public, la personne publique retient une hiérarchisation des critères de sélection des offres et en informe les candidats, elle est tenue de respecter la hiérarchisation annoncée.

Indemnisation du délégataire en cas de résiliation d'une délégation de service public

[CE, 4 mai 2015, Société Domaine Porte des neiges, n° 383208](#)

En cas de résiliation d'une délégation de service public avant son terme quel qu'en soit le motif, le délégataire a le droit d'être indemnisé de la valeur non amortie des biens de retour. A cet égard, la circonstance que l'exploitation de la délégation aurait été déficitaire pendant la durée de la convention restant à courir ne peut faire échec à cette indemnisation.

Information des candidats sur la pondération des critères de sélection des candidatures

[CE, 10 avril 2015, Société Automatismes Corses, n° 387128](#)

Lorsque le pouvoir adjudicateur décide de limiter le nombre de candidats admis à présenter une offre, il lui appartient d'assurer l'information appropriée des candidats sur les critères de sélection des candidatures. Cette information appropriée n'implique pas que le pouvoir adjudicateur indique les conditions de mise en oeuvre des critères de sélection des candidatures, sauf dans l'hypothèse où ces conditions, si elles avaient été initialement connues, auraient été de nature à susciter d'autres candidatures ou à retenir d'autres candidats.

Irrégularité de la méthode de notation – délai de validité des offres

[CE, 10 avril 2015, Société TAT, n° 386912](#)

Est irrégulière une méthode de notation de nature à priver de leur portée les critères de sélection des offres ou à neutraliser leur pondération, quand bien même la méthode de notation aurait été connue des candidats.

Si la personne publique doit choisir l'attributaire du marché dans le délai de validité des offres, elle peut toujours solliciter de l'ensemble des candidats une prorogation ou un renouvellement de ce délai. Ainsi, lorsque le délai de validité des offres est arrivé à expiration en raison d'une

procédure de référé précontractuel, la personne publique peut poursuivre la procédure de passation du marché avec les candidats qui acceptent la prorogation ou le renouvellement dudit délai.

Marchés de conseil juridique

[CAA Lyon, 18 juin 2015, Conseil de l'ordre des avocats au barreau de Paris, n° 14LY02786](#)

En application de dispositions déontologiques particulières, les activités de consultation juridique ne peuvent être accomplies que directement par les professionnels qui disposent des qualifications requises par l'article 54 de la loi du 21 décembre 1971. L'avocat ne saurait donc être le sous-traitant d'une personne ne disposant d'aucune compétence juridique et doit signer l'acte d'engagement du marché comportant des prestations de conseil juridique, dans le cadre d'une cotraitance.

Responsabilité du maître d'œuvre – réception sans réserve

[CAA Nantes, 19 mai 2015, Commune d'OUILLY-LE-VICOMTE, n° 13NT00951](#)

Dès lors que la réception d'un ouvrage a été prononcée sans réserve, la responsabilité contractuelle du maître d'œuvre du fait de la conception de l'ouvrage ou de la direction technique des travaux ne peut plus être engagée. Cela ne fait pas obstacle à ce que sa responsabilité soit recherchée s'il a manqué à sa mission de conseil du maître d'ouvrage lors de la réception des travaux.

Responsabilité du maître d'œuvre - connaissance du procédé utilisé

[CAA Bordeaux, 9 avril 2015, EHPAD et CCAS d'ARNAC-POMPADOUR, n° 12BX02225](#)

La responsabilité du maître d'œuvre ne peut être engagée au motif qu'il aurait manqué à son devoir de conseil lorsque ce dernier n'a pas eu connaissance de l'utilisation d'un procédé non prévu par les pièces contractuelles.

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

Pas de convention tacite d'occupation du domaine public

[CE, 29 juin 2015, SIPB SAS, n° 369558](#)

L'existence de relations contractuelles autorisant l'occupation privative du domaine public ne peut se déduire de la seule occupation effective du domaine, même si celle-ci a

été tolérée par l'autorité gestionnaire et a donné lieu au versement de redevances domaniales. Une convention d'occupation du domaine public ne peut être tacite et doit revêtir un caractère écrit.

Contentieux des contrats publics

Reprise provisoire des relations contractuelles

[CE, 17 juin 2015, Société Lee Moulins, n° 389044](#)

Saisi d'un référé suspension d'une décision de résiliation d'un contrat (cf. jurisprudence « Béziers II » du 21 mars 2011), le juge apprécie, d'une part, les atteintes graves et immédiates que la résiliation litigieuse est susceptible de porter à un intérêt public, à l'intérêt général, ou aux intérêts du requérant ou de tiers, notamment le titulaire d'un nouveau contrat. D'autre part, le juge apprécie les vices affectant la décision de résilier le contrat et ceux affectant le contrat lui-même. Lorsque l'illégalité du contrat est manifeste, il devra rejeter les conclusions à fin de suspension de la résiliation du contrat et de reprise provisoire des relations contractuelles, quels que soient les vices dont la mesure de résiliation est entachée.

Substitution des motifs de rejet d'une candidature en cours d'instance

[CE, 17 juin 2015, Société Philip Frères, n° 388596](#)

Devant le juge du référé précontractuel, le pouvoir adjudicateur peut procéder à une substitution des motifs justifiant le rejet de la candidature du requérant dès lors qu'il s'est, avant le rejet de sa candidature, effectivement livré à une appréciation des capacités professionnelles et techniques du candidat et qu'il les a jugées insuffisantes. En l'espèce, le pouvoir adjudicateur pouvait, en cours d'instance, substituer le motif illégal d'absence de références portant sur des marchés analogues par le motif tiré du défaut de démonstration de la compétence du candidat en matière de maîtrise de l'eau des bassins et des fontaines, objet du marché.

Information erronée du délai de *standstill* et ouverture du référé contractuel

[CE, 17 juin 2015, Société Proxiserve, n° 388457](#)

Un concurrent évincé est recevable à former un référé contractuel si la notification du rejet de son offre indiquait un délai de *standstill* plus court, alors même que le contrat a été finalement signé dans le respect du délai réglementaire.

Pas d'obligation de mention des voies et délais de recours pour la résiliation d'un contrat

[CE, 6 mai 2015, Chambre de commerce et d'industrie territoriale du littoral Normand-Picard, n° 388537](#)

Aucun principe ni aucune disposition n'impose que la résiliation d'une convention soit notifiée avec la mention des voies et délais de recours.

Notification d'un avis du comité consultatif de règlement amiable au titulaire du marché

[CAA Versailles, 28 mai 2015, Société d'Etudes et travaux pour l'environnement, n° 12VE04166](#)

Si dans le délai de six mois qui suit la décision sur les réclamations auxquelles a donné lieu le décompte général du marché, l'entrepreneur n'a pas porté ses réclamations devant le tribunal administratif, il est considéré comme ayant accepté ladite décision et toute réclamation est irrecevable (article 50.32 du CCAG-Travaux). En cas de saisine du comité consultatif de règlement amiable des différends ou des litiges, ce délai de six mois est suspendu jusqu'à la décision prise par la personne responsable du marché, après avis du comité (article 50.31 du CCAG-Travaux). La décision de la personne responsable du marché doit être notifiée au titulaire dans les trois mois suivant la date de notification de l'avis du comité. En l'absence de décision expresse, l'avis du comité doit être regardé comme ayant été rejeté par la personne responsable du marché dans les trois mois suivant sa notification (article 8 du décret n° 2001-797 du 3 septembre 2001). Le délai pour saisir le juge administratif recommence alors à courir. Toutefois, le délai ne court pas si le titulaire du marché n'a pas été informé de la date à laquelle l'avis du comité a été notifié à la personne responsable du marché et que celle-ci ne lui notifie aucune décision postérieurement à l'avis du comité.

Transaction et libéralité interdite

[CAA Versailles, 13 mai 2015, Société Ameller et Dubois, n° 13VE03220](#)

Si les personnes publiques peuvent recourir à la transaction afin d'éviter un contentieux, la transaction ne doit pas revêtir le caractère d'une libéralité et méconnaître la règle d'ordre public selon laquelle une personne publique ne peut être condamnée à verser une somme qu'elle ne doit pas. Pour ce faire, la personne publique doit évaluer le sérieux des arguments présentés par le candidat évincé et s'assurer que le fait de transiger soit justifié. Constitue une libéralité interdite une indemnité versée à un candidat écarté d'un marché de concours de maîtrise d'oeuvre en contrepartie de la renonciation à toute action contentieuse, alors que ledit candidat n'avait manifesté aucune intention d'action

contentieuse et qu'une telle action aurait été dépourvue de toute chance de prospérer, dès lors que l'offre du candidat ne répondait pas aux exigences fixées par le pouvoir adjudicateur dans le règlement de concours.

III. Doctrine

Vade-mecum des marchés publics

La Direction des affaires juridiques (DAJ) de Bercy a publié, le 7 juillet 2015, un [Vade-mecum des marchés publics](#). En version dématérialisée, le Vade-mecum est organisé en quatre parties. La première partie reprend le « Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics » du 26 septembre 2014. La deuxième partie rappelle le champ d'application du code des marchés publics et de l'ordonnance du 6 juin 2005, l'organisation des différentes procédures de passation et les principales règles d'exécution des marchés. La troisième partie présente, sous forme de tableaux et pour chaque type d'acheteur soumis au code des marchés publics ou à l'ordonnance du 6 juin 2005 (sont distingués l'Etat et ses établissements publics, les collectivités territoriales, les établissements publics locaux et établissements publics de santé, les entités adjudicatrices et les pouvoirs adjudicateurs soumis à l'ordonnance du 6 juin 2005), les règles encadrant la publication des avis de publicité et des avis d'attribution, les différentes procédures de passations et les délais minimaux de remise des candidatures et des offres. Enfin, la quatrième partie « logigrammes de procédure » détaille les étapes successives de chaque procédure de passation.

Guide pour la passation des marchés publics de fourniture d'électricité et de services associés

Avec la fin des tarifs réglementés au 31 décembre 2015 pour un grand nombre d'opérateurs, au nombre desquels les personnes publiques, le Syndicat national des directeurs généraux des collectivités territoriales (SNDGCT) et l'Association pour l'achat dans les services publics (APASP) ont publié en mai 2015 un [Guide pour la passation des marchés publics de fourniture d'électricité et de services associés](#). Ce guide, destiné à aider les acheteurs publics à effectuer leurs achats d'électricité, présente, de manière synthétique, le fonctionnement du marché de l'électricité et les procédures de passation des marchés publics de fourniture d'électricité. Le Guide met à la disposition des acheteurs publics des exemples de documents de la consultation (avis d'appel public à la concurrence, règlement de la consultation, cahier des charges) qui peuvent être utilisés pour la conduite de procédures adaptées ou d'appels d'offres.

Interprétation de l'article 34 de la loi du 29 décembre 2014 de programmation des finances publiques pour les années 2014-2019

La direction des affaires juridiques de Bercy a publié, le 1^{er} juin 2015, une fiche « Interprétation de l'article 34 de la [Loi n° 2014-1653 du 29 décembre 2014 de programmation des finances publiques pour les années 2014-2019](#) ». Cet article interdit à certains organismes de conclure des contrats de partenariat, des autorisations d'occupation temporaire, des baux emphytéotiques administratifs, des baux emphytéotiques hospitaliers ou des contrats de crédit-bail ayant 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 (cf. la Lettre Droit public des affaires n° 6, avril 2015). La fiche de la DAJ précise notamment que les conventions d'occupation domaniales « pures » et les opérations d'acquisition d'équipements standards ou courants, notamment par crédit-bail, ne sont pas concernés par cette interdiction.

Bilan d'activité 2014 des juridictions administratives

Le 21 mai 2015, le Conseil d'Etat a publié le [Bilan d'activité des juridictions administratives et de ses activités consultatives pour l'année 2014](#). Le Conseil d'Etat révèle que le nombre de requêtes a augmenté de 31 % pour le Conseil d'Etat (dû essentiellement aux contentieux introduits contre le redécoupage des cantons), de 11.3 % pour les tribunaux administratifs, de 3.4 % pour les cours administratives d'appel et de 7.5 % pour la Cour nationale du droit d'asile.

Rapport d'activité 2014 de la direction des affaires juridiques de Bercy

La direction des affaires juridiques (DAJ) de Bercy a publié, le 1^{er} avril 2015, son [Rapport d'activité de l'année 2014](#). La DAJ recense les différents chantiers législatifs et réglementaires auxquels elle a pris part, notamment sa mission d'adapter la réglementation de la commande publique au niveau européen en défendant les intérêts français à Bruxelles et celle, actuellement en cours, de transposer les nouvelles directives européennes « marchés publics » et « concession ». Sont notamment mentionnés au bilan de la DAJ le décret n° 2014-1097 du 26 septembre 2014 portant mesures de simplification applicables aux marchés publics (cf. notre Lettre Droit public des affaires n° 5 de décembre 2014), sa participation à la négociation de la directive 2014/55/UE du 16 avril 2014 « factures électroniques » qui prévoit l'élaboration d'une norme européenne de facturation électronique qui s'appliquera aux factures émises dans le cadre de l'exécution des marchés passés en application des directives 2014/24/UE (marchés classiques),

2014/25/UE (secteurs spéciaux) et 2014/25/UE (concessions), l'ordonnance n° 2014-697 du 26 juin 2014 relative au développement de la facturation électronique, le décret n° 2014-1341 du 6 novembre 2014 qui transpose, de façon accélérée, pour les contrats de concessions de travaux publics, l'article 43 de la directive « concessions » qui autorise la modification des contrats en cours d'exécution (cf. notre Lettre Droit public des affaires n° 5 de décembre 2014). En 2013, la DAJ recense 93.514 marchés publics notifiés, représentant 71,5 milliards d'euros hors taxes.

Consultation publique pour le projet de transposition de la directive « concessions »

La direction des affaires juridiques (DAJ) de Bercy a publié les projets d'ordonnance et de décret relatifs aux contrats de concession. Les opérateurs économiques peuvent, jusqu'au 30 septembre 2015, produire leurs observations à l'adresse concertation2.daj@finances.gouv.fr. Les projets d'ordonnance et de décret ainsi que deux « fiches d'impact » sont publiés sur [le site Internet de la DAJ](#).

Votre interlocuteur :

Lionel Levain, Associé

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

E: levain@rmt.fr