

# Lettre Droit public des affaires

## SOMMAIRE

### I. Veille législative et réglementaire

- Code des relations entre le public et l'administration
- Exceptions au principe « *silence vaut acceptation* »
- Seuils relatifs aux marchés publics

### II. Jurisprudence

- Contrats de la commande publique (marché public, délégation de service public, contrat de partenariat, montage contractuel complexe,...)
- Autres contrats publics
- Contentieux des contrats publics

### III. Doctrine

- Projet de décret relatif aux marchés publics
- Projets d'ordonnance et de décret relatifs aux contrats de concession
- Circulaire relative à l'attribution des aides *de minimis*

## I. Veille législative et réglementaire

### Code des relations entre le public et l'administration

Entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2016, le [code des relations entre le public et l'administration](#) rassemble, pour l'essentiel à droit constant, l'ensemble des règles législatives et réglementaires générales applicables aux procédures administratives non contentieuses, relatives en particulier à la communication des documents administratifs, à la motivation des décisions individuelles, ainsi qu'aux grands principes régissant les relations entre le public et l'administration. Le code intègre les réformes récentes relatives au « *silence vaut acceptation* », au droit des usagers de saisir l'administration par voie électronique et aux échanges de données entre administrations (principe dit du « *dites-le-nous une fois* »). Le code reprend enfin certaines règles issues de la jurisprudence, notamment celles relatives au retrait des actes administratifs. Ces dernières règles n'entreront toutefois en vigueur que le 1<sup>er</sup> juin 2016.

### Exceptions au principe « *silence vaut acceptation* »

Onze décrets publiés au [Journal officiel le 11 novembre 2015](#) précisent les exceptions au principe selon lequel le silence de l'administration, à l'issue d'un délai de deux mois suivant la demande d'un administré, vaut acceptation, en application de l'article 21 de la loi du 12 avril 2000 *relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations*.

En particulier, trois des décrets précités ([décret n°2015-1459](#), [décret n°2015-1461](#) et [décret n°2015-1460](#)) précisent les exceptions à ce principe pour les collectivités territoriales, pour lesquelles la règle du « *silence vaut acceptation* » n'est entrée en vigueur que le 12 novembre 2015, soit un

an après les administrations de l'Etat et ses établissements publics administratifs.

Les autres décrets prévoient les exceptions à ce principe notamment pour les organismes chargés de missions de service public, pour lesquels la règle du « *silence vaut acceptation* » est également entrée en vigueur le 12 novembre 2015.

### Seuils relatifs aux marchés publics

Le [décret n°2015-1163 du 17 septembre 2015 modifiant certains seuils relatifs aux marchés publics](#), entré en vigueur le 1<sup>er</sup> octobre 2015, relève de 15 000 à 25 000 euros hors taxes le seuil en dessous duquel les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices peuvent décider de passer un marché public ou un accord-cadre sans publicité ni mise en concurrence préalables. En dessous de ce seuil, les acheteurs publics sont soumis au seul respect des principes fondamentaux de la commande publique : veiller à choisir une offre répondant de manière pertinente à leurs besoins, à faire une bonne utilisation des deniers publics et à ne pas contracter systématiquement avec un même prestataire lorsqu'il existe une pluralité d'offres potentielles susceptibles de répondre au besoin (article 28 du code des marchés publics).

En outre, à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2016, les seuils européens à partir desquels doivent être appliquées les procédures formalisées sont relevés aux niveaux suivants ([décret n°2015-1904 du 30 décembre 2015](#)) :

- 135 000 € HT pour les marchés de fournitures et de services de l'Etat ;
- 209 000 € HT pour les marchés de fournitures et de services des collectivités territoriales ;

- 418 000 € HT pour les marchés de fournitures et de services des entités adjudicatrices et ceux passés dans le domaine de la défense ou de la sécurité ;
- 5 225 000 € HT pour les marchés publics de travaux et pour les contrats de concessions.

## II. Jurisprudence

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

- ◇ **Action en garantie du titulaire du marché contre son sous-traitant**

[TC, 16 novembre 2015, Métropole européenne de Lille, n° C4029, rec. tables](#)

Le juge administratif n'est pas compétent pour connaître de l'action en garantie du titulaire du marché contre son sous-traitant avec lequel il est lié par un contrat de droit privé. En revanche, lorsque les constructeurs ont constitué un groupement, le juge administratif est compétent pour connaître des actions en garantie entre les membres du groupement si le marché indique la répartition des prestations entre eux. Si la répartition des prestations résulte d'un contrat de droit privé conclu entre les constructeurs, le juge administratif est également compétent pour connaître des actions en garantie entre ces derniers, hormis lorsque la validité ou l'interprétation du contrat de droit privé soulèverait une difficulté sérieuse ([TC, 9 février 2015, Société European Group Limited, n°3983](#)).

- ◇ **Unicité du décompte**

[CE, 12 novembre 2015, Société Linagora, n°384052, rec. tables](#)

Selon le principe d'unicité du décompte, l'ensemble des opérations auxquelles donne lieu l'exécution d'un marché est compris dans un compte dont aucun élément ne peut être isolé et dont le solde, arrêté lors de l'établissement du décompte définitif, détermine les droits et obligations des parties. Les parties peuvent néanmoins décider de ne pas appliquer cette règle contractuelle d'unicité du décompte, laquelle n'est pas d'ordre public.

- ◇ **Critères d'attribution et examen des offres**

[CE, 9 novembre 2015, Société Les Autocars Roger Ceccaldi, n° 392785, rec. tables](#)

Lorsque le pouvoir adjudicateur prévoit que la valeur des offres sera examinée au regard d'une caractéristique tech-

nique déterminée, il ne peut noter ce critère sur la base des seules déclarations d'intention des candidats ; il doit exiger de ces derniers la production de justificatifs lui permettant de vérifier l'exactitude des informations données.

- ◇ **Candidature des personnes publiques et pouvoir du juge du référé précontractuel**

[CE, 18 septembre 2015, SARL Sitadin Urbanisme et Paysage e.a., n°390041, rec. tables](#)

Le juge du référé précontractuel doit s'assurer que l'appréciation portée par le pouvoir adjudicateur pour exclure ou admettre une candidature ne constitue pas un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence. A cet égard, lorsque le candidat est une personne morale de droit public, il incombe au juge des référés de vérifier que l'exécution du contrat entre dans le champ de sa compétence et, s'il s'agit d'un établissement public, ne méconnaît pas le principe de spécialité auquel il est tenu. Cette décision opère un revirement majeur de la jurisprudence. En effet, avant cet arrêt, il n'appartenait pas au juge des référés de se prononcer sur les compétences juridiques des candidats pour exécuter le marché.

- ◇ **La négociation dans les marchés passés en procédure adaptée**

[CE, 18 septembre 2015, Société Axxess, n°380821, rec. tables](#)

Pour la passation d'un marché en procédure adaptée, si le pouvoir adjudicateur informe les candidats, dès le lancement de la procédure, que les offres seront négociées, il ne peut renoncer à la négociation en cours de procédure. En revanche, le pouvoir adjudicateur peut se borner, lors du lancement de la procédure, à informer les candidats qu'il se réserve la possibilité de négocier les offres. Dans ce cas, s'il décide effectivement de négocier après la remise des offres, il n'est pas tenu d'en informer l'ensemble des candidats. Cette formule, désormais admise, selon laquelle le pouvoir adjudicateur « se réserve le droit de négocier » a fait l'objet d'interprétations divergentes selon les juridictions administratives.

- ◇ **Groupement de commandes et allotissement**

[CE, 18 septembre 2015, Société Sorodi, n°389740, rec. tables](#)

Le coordinateur d'un groupement de commandes ne peut pas lancer une procédure de passation de trois marchés distincts, destinés à être respectivement conclus avec différents membres du groupement de commandes, en prévoyant dans le règlement de la consultation que les trois marchés seront attribués au même entrepreneur. Dès lors qu'il a décidé de passer plusieurs marchés distincts, le pouvoir adjudicateur ne peut pas se prévaloir du deuxième alinéa de l'article 10 du code des marchés publics qui auto-

rise le recours à un marché global par exception à l'obligation d'allotir.

- ◇ Critère de sélection des offres – l'expérience professionnelle

[CE, 18 septembre 2015, Société Axxess, n°380821, rec. tables](#)

Par principe, le critère lié à l'expérience professionnelle des candidats constitue un critère de sélection des candidatures. Par exception, en raison notamment de la grande technicité des prestations à effectuer, ce critère peut être utilisé pour départager les offres des candidats, lorsque sa prise en compte est rendue objectivement nécessaire par l'objet du marché et la nature des prestations à réaliser et n'a pas d'effet discriminatoire.

- ◇ Evaluation des travaux et responsabilité du maître d'œuvre

[CAA Versailles, 22 octobre 2015, Commune de Margency, n°11VE00326](#)

Le maître d'œuvre commet une faute dans l'exécution de ses obligations contractuelles susceptible d'engager sa responsabilité lorsque l'écart entre le coût prévisionnel et le montant réel des travaux est trop important. En l'espèce, le maître d'œuvre avait initialement évalué les travaux à 609 796 € HT avant de réévaluer leur coût à 909 109 € HT en excluant une partie des travaux.

### Autres contrats publics

- ◇ Attribution d'une convention d'occupation du domaine public après mise en concurrence

[CE, 2 décembre 2015, Ecole centrale de Lyon, n°386979, rec. tables](#)

Le candidat évincé de la procédure d'attribution d'une convention d'occupation du domaine public n'est pas recevable à former un recours pour excès de pouvoir contre la décision par laquelle le gestionnaire du domaine public n'a pas retenu sa candidature. Le choix du titulaire d'une convention d'occupation du domaine publique ne peut être utilement contesté que par la voie d'un recours en contestation de la validité du contrat (jurisprudence *Tarn-et-Garonne*).

- ◇ Résiliation d'une convention de sous-occupation du domaine public

[CE, 12 novembre 2015, Société Le jardin d'acclimatation, n°387660, rec. tables](#)

Le sous-concédant privé du domaine public dispose, comme le concédant public, de la faculté de résilier unilatéralement la convention de sous-occupation du domaine, pour faute et sans indemnité, en cas de manquements par le sous-concessionnaire, justifiant qu'il soit mis fin à son contrat. Cette solution s'applique même en l'absence de stipulations du contrat.

- ◇ Transfert d'une convention d'occupation du domaine public

[CE, 18 septembre 2015, Chambre de commerce et d'industrie de la région de Guyane, n°387315, rec. tables](#)

La reprise d'une activité d'une société bénéficiaire d'une convention d'occupation du domaine public n'emporte pas le transfert, au reprenneur, de ladite convention en l'absence d'accord écrit du gestionnaire du domaine.

### Contentieux des contrats publics

- ◇ Contestation du décompte général devant le juge administratif

[CE 18 septembre 2015, Société Avena BTP, n°384523](#)

Ni la saisine du juge des référés aux fins de voir ordonner une expertise, ni le dépôt du rapport d'expertise, n'ont pour effet de suspendre le délai de six mois, prévu à l'article 5.3.2 du Cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés de travaux, dont dispose le titulaire pour porter ses réclamations devant le tribunal administratif compétent.

- ◇ Intérêt à agir d'un sous-traitant

[CE, 14 octobre 2015, Société Pyxise, n°391183, publié au recueil Lebon, n°4](#)

Le sous-traitant d'un candidat évincé de la procédure d'attribution d'un marché ne se prévaut pas, en cette seule qualité, d'un intérêt lésé suffisant pour être recevable à contester la validité du contrat. Il en va autrement lorsque l'offre du candidat repose sur la technologie que fournit le sous-traitant.

- ◇ Recours du maître d'ouvrage contre un sous-traitant

[CE, 7 décembre 2015, Syndicat Intercommunal Bihorel Bois-Guillaume, n°380419, publié au recueil Lebon \(à paraître\).](#)

Le maître d'ouvrage peut rechercher la réparation des conséquences dommageables d'un vice imputable à la conception ou à l'exécution d'un ouvrage en mettant en cause la responsabilité quasi-délictuelle d'un sous-traitant.

Trois conditions doivent être remplies. D'abord, le maître d'ouvrage ne doit pas pouvoir rechercher la responsabilité du constructeur.

Ensuite, le maître d'ouvrage ne peut se prévaloir, contre un sous-traitant, d'aucune faute résultant de l'inexécution, par ce dernier, de ses obligations contractuelles envers le titulaire du marché. Enfin, le sous-traitant ne saurait voir sa responsabilité engagée plus facilement que celle du titulaire du marché. Le maître d'ouvrage ne peut donc rechercher la responsabilité du sous-traitant pour des désordres apparus après la réception de l'ouvrage et qui ne sont pas de nature à compromettre sa solidité, ou à le rendre impropre à sa destination.

◇ **Indemnisation du candidat irrégulièrement évincé – marché à reconduction**

[CAA Versailles, 22 octobre 2015, Société Process Routage, n° 14VE00258](#)

Le candidat irrégulièrement évincé et qui avait des chances sérieuses d'emporter le marché a droit à être indemnisé de son manque à gagner. Dans le cadre d'un marché à reconduction, dont la durée a été initialement fixée à un an, susceptible d'être reconduit trois fois, le titulaire ne peut se prévaloir d'aucun droit à la reconduction annuelle du marché. Le candidat évincé ne peut pas davantage avoir une chance sérieuse d'en obtenir la reconduction. La réparation du préjudice de ce dernier doit donc être limitée au manque à gagner lié à l'exécution du marché pendant un an.

### III. Doctrine

#### Projet de décret relatif aux marchés publics

La direction des affaires juridiques (DAJ) de Bercy a publié, le 5 novembre 2015, le [projet de décret](#) en application de l'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015 *relative aux marchés publics*. Ce décret apporte d'utiles précisions que l'ordonnance avait laissées en suspens.

L'article 3 du projet de décret prévoit la pratique dite du « *sourcing* », permettant au pouvoir adjudicateur de consulter des entreprises pour faire réaliser des études de marché permettant de mieux connaître l'offre sur un secteur économique déterminé, dans le but de l'éclairer dans l'élaboration de sa future consultation.

Les marchés de services juridiques de représentation d'un client, notamment devant les juridictions nationales, sont soumis à une procédure adaptée, quel que soit leur montant (articles 29 et 36).

La procédure de concours est obligatoire pour l'attribution de marchés de maîtrise d'œuvre par l'Etat et ses établissements publics autre qu'industriel et commercial et par les

collectivités territoriales et leurs établissements publics (article 87). Le décret prévoit néanmoins des exceptions à l'obligation de recourir au concours, par exemple pour l'attribution d'un marché de maîtrise d'œuvre relatif à la « *réalisation d'un projet urbain ou paysager* ».

L'article 56 du décret prévoit que le pouvoir adjudicateur peut, en procédure formalisée et en procédure adaptée sans négociation, autoriser tous les soumissionnaires concernés à régulariser leurs offres irrégulières dans un délai approprié qu'il détermine, sauf si elles sont anormalement basses.

En matière d'exécution du contrat, l'article 134 du décret prévoit les conditions dans lesquelles les marchés peuvent être modifiés sans remise en concurrence.

Une fois adopté, le décret achèvera le processus de transposition des directives 2014/24/UE et 2014/25/UE.

#### Projets d'ordonnance et de décret relatifs aux contrats de concession

La DAJ de Bercy a publié, le 30 novembre 2015, la [synthèse de la consultation ouverte sur les projets d'ordonnance et de décret relatifs aux contrats de concession](#), venant transposer la directive 2014/23/UE du 26 février 2014 (cf. Lettre droit public des affaires n°7).

La DAJ a ainsi enregistré 70 contributions émanant principalement de fédérations professionnelles, d'entreprises et d'autorités concédantes. Les contributeurs ont manifesté leur crainte d'une sur transposition de la directive, alors que la DAJ rappelle que la directive a été transposée « *au plus près de sa lettre* ». Les règles de la loi Sapin du 29 janvier 1993 qui encadrent actuellement les délégations de service public seront, pour l'essentiel, reprises pour l'attribution des contrats de concession d'un montant inférieur à 5 186 000 euros HT et pour certains secteurs exclus de la directive concessions, par exemple en matière de gestion de l'eau.

#### Circulaire relative à l'attribution des aides *de minimis*

Une circulaire du 14 septembre 2015 vient préciser les modalités d'application du règlement n°1407/2013 de la Commission européenne du 18 décembre 2013 relatif aux aides *de minimis*. Ce règlement, qui concerne les aides économiques aux entreprises inférieures à 200 000 euros, sur trois exercices fiscaux, et qui peuvent être attribuées sans notification préalable à la Commission européenne, est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2014 et s'appliquera jusqu'au 31 décembre 2020.

La circulaire du 14 septembre 2015 constitue un guide pour l'attribution des aides *de minimis* à l'adresse de l'Etat et des collectivités territoriales, en particulier des régions, lesquelles, depuis la loi NOTRe du 7 août 2015, ont un rôle renforcé en matière de développement économique.

**Votre interlocuteur :****Lionel Levain, Associé**

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

[levain@rmt.fr](mailto:levain@rmt.fr)