



LETTRE
D'INFORMATION
AFFAIRES
PUBLIQUES

Mars 2018

ADAMAS
Avocats associés

Commande publique Domanialité publique

Marchés publics

Une entreprise, contractant de manière habituelle en France et « professionnel attentif » doit prendre les « précautions nécessaires » avant de signer un avenant à un marché public (CE 20 décembre 2017, *Sté Area Impianti*, n°408562)

Pour l'analyse de la légalité d'un avenant, le Conseil d'État tient compte de la qualité des parties.

Un syndicat intercommunal de valorisation des déchets ménagers a confié à un groupement d'entreprises de travaux de mise aux normes d'une usine d'incinération.

Le marché a été conclu pour un montant initial forfaitaire révisable.

Un avenant a mis un terme à la formule de révision avec la mention suivante : « *suite à cet avenant, le marché passe donc à un montant global ferme et définitif de 14 913 542 € HT* ».

Le Conseil d'État valide cet avenant et juge que ce changement de la nature du prix ne constitue pas, en soi, un bouleversement de l'économie du marché.

Surtout, **pour écarter le moyen tiré d'une erreur de nature à vicier le consentement lorsqu'elle signe un avenant à un marché qui lui est défavorable, le Conseil d'État relève que l'entreprise qui se prévaut de ce moyen « contracte de manière habituelle en France » et devait donc, comme tout « professionnel attentif », prendre « les précautions nécessaires avant de signer l'avenant ».**

Une offre est-elle anormalement basse lorsque l'entreprise ne tire aucun bénéfice du marché ? (CE 22 janvier 2018, n°414860)

Non.

Le Conseil d'État juge que la seule circonstance que le montant de l'offre de la société attributaire corresponde au prix d'achat de fournitures et ne lui permettent pas de faire un bénéfice n'est, à elle seule, pas suffisante pour que le prix proposé soit regardé comme anormalement bas.

Cette décision est une nouvelle illustration de la règle selon laquelle le candidat qui soulève l'existence d'une offre anormalement basse doit démontrer, de façon circonstanciée, en quoi le prix proposé par l'attributaire du marché est en lui-même manifestement sous-évalué et susceptible de compromettre la bonne exécution du marché en cause (CE, 03/11/2014, ONF, n 382413).

En se contentant de soutenir que l'attributaire ne dégagait aucun bénéfice, la société requérante n'a pas procédé à cette démonstration.

Un accord-cadre permettant à toutes les entreprises compétentes sur le marché d'être sélectionnées, pour une durée limitée, est-il un marché public ? (CJUE 1^{er} mars 2018, aff. C-9/17)

Non.

La République de Finlande a lancé une procédure d'appel d'offres visant à sélectionner un nombre important de conseillers agricoles.

L'État imposait aux candidats de démontrer qu'ils étaient qualifiés, régulièrement formés et expérimentés.

Toutefois, aucun classement résultant d'une comparaison entre les offres n'était établi. Tous les candidats dont les compétences étaient avérées étaient ainsi sélectionnés.

Les agriculteurs étaient ensuite libres de s'adresser à l'un des conseillers sélectionnés.

Ce conseiller était rémunéré par l'État finlandais en fonction des travaux réalisés.

Un candidat évincé à la procédure de consultation a contesté son éviction en soutenant que la procédure ne relevait pas de la législation relative aux marchés publics.

Comme le rappelle l'Avocat général dans cette affaire, le contrat conclu entre le conseiller agricole et l'État finlandais, dont l'objet est la réalisation d'une prestation de services à titre onéreux, constitue en principe un marché public au sens de l'article 1^{er} de la Directive 2004/18, les conseils bénéficiant certes à l'agriculteur qui les reçoit, mais « également à l'État dans le cadre de ses compétences administratives ».

Toutefois, la Cour de justice de l'Union européenne juge que la République de Finlande a seulement entendu constituer un pool important de conseillers devant remplir un certain nombre de conditions.

Selon la CJUE, l'État n'a procédé à aucune sélection parmi les offres recevables ; elle s'est bornée à veiller au respect de critères qualitatifs, la procédure en question ne comprenant aucun critère d'attribution visant à identifier l'offre économiquement la plus avantageuse.

La CJUE juge donc que le système de sélection instauré par l'État finlandais ne constitue pas un marché public, même si aucun nouvel opérateur ne peut être admis durant la durée de validité limitée de ce système.

La Cour a suivi en cela les conclusions de l'Avocat général qui rappelait que « le choix d'une offre, et donc d'un adjudicataire, apparaît comme un élément intrinsèquement lié à l'encadrement des marchés publics par la directive 2004/18 et, par conséquent, à la notion de marché public au sens de celle-ci » (CJUE, 2 juin 2016, Falk Pharma, C-410/14).

Cette approche revient à dire qu'il doit exister, dans les marchés publics, un adjudicataire final qui a la primauté sur les autres concurrents compte-tenu des qualités de son offre.

Il s'agit d'un élément essentiel qui « *pour tous marchés, tout accord-cadre et toute mise en place d'un système d'acquisition dynamique* » (même arrêt).

Marché à forfait : appel en garantie du maître d'œuvre fautif dans le cadre de la demande d'indemnisation des travaux supplémentaires (CE 20 décembre 2017, Communauté d'agglomération du Grand Troyes, n°401747)

L'entrepreneur a le droit d'être indemnisé du coût des travaux supplémentaires indispensables à la réalisation d'un ouvrage dans les règles de l'art.

La charge définitive de l'indemnisation incombe, en principe, au maître de l'ouvrage.

Toutefois, ce dernier peut appeler le maître d'œuvre en garantie en cas de faute.

Le Conseil d'État donne deux exemples de fautes du maître d'œuvre justifiant un appel en garantie.

Premièrement, lorsque la nécessité de procéder aux travaux supplémentaires n'est apparue que postérieurement à la passation du marché en raison d'une mauvaise évaluation initiale par le maître d'œuvre, et que le maître d'ouvrage établit qu'il aurait renoncé à son projet de construction ou modifié celui-ci s'il en avait été avisé en temps utile.

Deuxièmement, lorsque, en raison d'une faute du maître d'œuvre dans la conception de l'ouvrage ou dans le suivi de travaux, le montant de l'ensemble des travaux qui ont été indispensables à la réalisation de l'ouvrage dans les règles de l'art est supérieur au coût qui aurait dû être celui de l'ouvrage si le maître d'œuvre n'avait commis aucune faute. Dans ce cas, l'appel en garantie porte sur la différence entre ces deux montants.

Concessions

Concession d'exploitation d'un réseau de chaleur : l'étendue du besoin du pouvoir adjudicateur insuffisamment déterminée (CE, 15 novembre 2017, *Sté Idex Territoires*, n°412644)

La commune du Havre a lancé une procédure de passation d'un contrat de concession relatif à l'exploitation de son réseau de chaleur.

Le cahier des charges ne donnait pas de définition précise du périmètre de la concession : les candidats pouvaient ainsi proposer l'exploitation du réseau dans un seul quartier, prévoir le développement du réseau dans un quartier situé à proximité mais non précisément défini, mais aussi dans un ou plusieurs autres quartiers de la ville, voire dans les communes voisines, ainsi, éventuellement, que sur un périmètre « encore plus large » à définir librement.

Seule une durée maximale de 24 ans était imposée par le règlement de consultation.

Saisie par un candidat évincé, le juge du référé précontractuel a annulé la procédure de passation au motif que, compte-tenu des imprécisions sur le périmètre de la concession, la commune ne pouvait être regardée comme ayant suffisamment déterminé l'étendue de ses besoins.

Cela était d'ailleurs renforcé par le fait que la commune avait seulement fixé une durée maximale.

Le Conseil d'État juge en effet que si le fait de fixer seulement une durée maximale ne constitue pas, à lui seul, un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence, il traduisait en l'espèce, en raison de l'incertitude sur le montant des investissements à réaliser et à amortir qui résultaient par ailleurs des imprécisions sur le périmètre de la concession, une insuffisante détermination des besoins par la commune.

Dans quels cas peut-on conclure une concession « provisoire » sans publicité ni mise en concurrence ? (CE, 5 février 2018, n°416581)

La ville de Paris a conclu une première concession d'exploitation de mobiliers urbains avec la société Somupi. Cette concession a été annulée par le juge du référé précontractuel du Tribunal administratif de Paris.

La ville de Paris a alors conclu une seconde concession avec cette même société Somupi, sans publicité ni mise en concurrence, en se fondant sur la jurisprudence du Conseil d'État selon laquelle « en cas d'urgence résultant de l'impossibilité 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, elle peut, lorsque l'exige un motif d'intérêt général tenant à la continuité du

service, conclure, à titre provisoire, un nouveau contrat de concession de services sans respecter au préalable les règles de publicité prescrites » (CE 14 février 2017, Grand Port Maritime de Bordeaux et Société de manutention portuaire d'Aquitaine, n° 405157).

Saisi par 2 concurrents, le juge des référés a une nouvelle fois annulé la procédure de passation de cette concession provisoire de service.

Le Conseil d'État était amené à examiner si les conditions de conclusion d'une concession provisoire sans publicité ni mise en concurrence, qu'il avait lui-même dégagées, étaient remplies.

La réponse est négative.

Le Conseil d'État rappelle d'abord que cette dérogation à l'obligation de mise en concurrence ne peut être mise en œuvre qu'en présence de motifs d'intérêt général tenant à des impératifs de continuité du service public, de sorte que l'intérêt financier invoqué par la ville de Paris ne pouvait pas être retenu.

En l'occurrence, il juge que le risque d'atteinte à la continuité du service public de l'information municipale n'était pas caractérisé puisque la ville de Paris dispose d'une grande diversité de moyens de communication.

Le Conseil d'État relève, à titre surabondant, que la situation d'urgence invoquée par la ville de Paris n'est pas indépendante de sa volonté puisqu'elle n'a engagé une nouvelle procédure de passation que sept mois après l'annulation de la première concession.

Un syndicat mixte peut-il invoquer à son profit l'illégalité d'un avenant de prolongation d'une DSP dont il est à l'origine ? (CAA Marseille 29 janvier 2018, n° 16MA03330)

Un syndicat mixte de traitement et de valorisation des déchets ménagers a conclu une convention de délégation de service public (DSP) avec une société d'assainissement et de nettoyage pour une durée initiale de 6 ans, prolongée par avenants successifs, le dernier pour une durée de deux ans.

Le syndicat mixte a demandé au Tribunal administratif de Toulon de prononcer la résolution de l'avenant au motif notamment que la délibération du comité syndical autorisant la signature de cet avenant avait été annulée.

Après le Tribunal, la Cour confirme le recours en rappelant le principe posé par l'arrêt *Commune de Béziers I* en vertu duquel lorsque les parties soumettent au juge un litige relatif à l'exécution du contrat qui les lie, il incombe en principe à celui-ci, eu égard à l'exigence de loyauté des relations contractuelles, de faire application du contrat (CE Ass. 28 décembre 2009, n° 304802).

La Cour relève que les parties ont exécuté l'avenant en question jusqu'au terme de la convention de DSP sans que le syndicat ne le remette en cause.

Selon la Cour, le principe de loyauté contractuelle fait obstacle à ce que le syndicat puisse se prévaloir de l'irrégularité de l'avenant, « *dont il est seul à l'origine et qui est demeurée, dans les circonstances de l'espèce, sans incidence pour les parties* ».

Contentieux contractuel

Une commune peut-elle demander en justice l'annulation d'une délibération autorisant le président de l'EPCI dont elle est membre à signer un contrat dans le cadre d'un REP? (CAA Marseille 19 février 2018, n°16MA01945)

Non.

Depuis l'arrêt *Tarn-et-Garonne* de 2014, tout tiers à un contrat administratif susceptible d'être lésé dans ses intérêts de façon suffisamment directe et certaine par la passation ou les clauses d'un contrat est recevable à former devant le juge du contrat un recours de pleine juridiction contestant la validité du contrat ou de certaines de ses clauses non réglementaires qui en sont divisibles. La légalité du choix du cocontractant, de la délibération autorisant la conclusion du contrat et de la décision de le signer, ne peut être contestée qu'à l'occasion du recours ainsi défini » (CE Ass., 4 avril 2014, n° 358994).

La Cour administrative d'appel de Marseille applique cette jurisprudence à la relation entre une commune et un EPCI dont elle est membre.

La Cour considère que la commune est un tiers vis-à-vis de l'EPCI. La commune de Monticello ne pouvait donc pas attaquer la délibération autorisant le président de la communauté de communes dont elle est membre à signer des conventions pour l'organisation des activités périscolaires par la voie du recours pour excès de pouvoir mais uniquement dans le cadre d'un recours Tarn-et-Garonne.

Les conclusions d'annulation de la commune contre la délibération étaient donc irrecevables.

Le Tribunal administratif de Rouen et la Cour administrative d'appel de Douai s'étaient déjà prononcés en ce sens (TA Rouen, *Communauté de commune de la côte d'Albâtre*, n°1404519 ; CAA Douai, même affaire, 18 mai 2017, n°16DA01411).

Les contrats conclus par le titulaire d'une convention d'aménagement avec des entreprises sont, en principe, de droit privé (Tribunal des Conflits, 11 décembre 2017, n°4103)

Le Tribunal des conflits confirme qu'une convention d'aménagement ne constitue pas, en principe, un mandat donné par la personne publique à son cocontractant.

Si le concessionnaire agit pour le compte d'une personne publique, il n'agit pas en son nom.

Il en résulte que les contrats conclus entre l'aménageur et les constructeurs chargés de la réalisation des travaux de construction, qu'ils aient ou non le caractère de travaux publics, sont des contrats de droit privé qui relèvent de la compétence du juge judiciaire.

Il en va différemment s'il résulte de la convention d'aménagement ou d'un ensemble de conditions particulières prévues pour l'exécution de celle-ci, telles que le maintien de la compétence de la collectivité publique pour décider des actes à prendre pour la réalisation de l'opération ou la substitution de la collectivité publique à son cocontractant pour engager des actions contre les personnes avec lesquelles celui-ci a conclu des contrats, que la convention doit en réalité être regardée, en partie ou en totalité, comme un contrat de mandat, par lequel la collectivité publique demande seulement à son cocontractant d'agir en son nom et pour son compte, notamment pour conclure les contrats nécessaires.

Domanialité

Une parcelle située sur une dalle en béton recouvrant la voûte d'un tunnel affecté au service public ferroviaire (RER), ne constituant pas l'accessoire du domaine public, appartient au domaine privé (CE, 26 janvier 2018, *Société Var Auto*, n° 409618)

La régie autonome des transports parisiens (RATP) a conclu avec une société, en 1987, une convention portant autorisation d'occupation d'une parcelle située au-dessus d'un tunnel permettant notamment le passage du RER A.

La RATP a décidé de résilier cette convention.

Le cocontractant de la RATP a assigné cette dernière devant le juge judiciaire lequel a sursis à statuer jusqu'à ce que la juridiction administrative se prononce sur le point de savoir si la parcelle en question appartenait au domaine public ou au domaine privé de la RATP.

Le bien étant la propriété de la RATP avant le 1^{er} juillet 2006, l'appréciation de l'appartenance au domaine public ou privé se fait en vertu des règles antérieures à l'entrée en vigueur du CG3P.

Le Conseil d'État rappelle d'abord qu'en application de ce régime, l'appartenance d'un bien au domaine public est subordonnée à la condition que le bien ait été affecté au service public et

spécialement aménagé en vue du service public auquel il est destiné ou affecté à l'usage direct du public après, si nécessaire, son aménagement.

En l'occurrence, le Conseil d'État juge que la dalle n'est pas elle-même affectée à l'usage direct du public ou à une activité de service public.

Le Conseil d'État relève ensuite que si le tunnel, y compris sa voûte, constitue un ouvrage d'art affecté au service public du transport ferroviaire des voyageurs et spécialement aménagé à cet effet, la dalle de béton, située physiquement au-dessus de la voûte du tunnel, ne présente pas d'utilité directe pour cet ouvrage, notamment sa solidité ou son étanchéité.

La dalle n'est donc pas un accessoire du domaine public.

La parcelle située sur cette dalle appartient donc au domaine privé de la RATP.

L'opération de levage d'un bateau pour le mettre en cale sèche au moyen d'un dock fluvial flottant constitue-t-il un travail exécuté sur le domaine public fluvial ? (CE, 26 janvier 2018, *Etablissement public Voies navigables de France*, n°402746)

Non.

L'établissement public VNF a transmis au Tribunal administratif de Paris le procès-verbal de contravention de grande voirie constatant la mise en cale sèche d'un bateau par une société sans autorisation sur le domaine public fluvial.

Le Tribunal administratif a condamné ladite société à une amende de 6000 € sur le fondement des articles L. 2124-8 et L. 2132-5 du CG3P selon lesquels est puni d'une amende de 150 à 12 000 euros tout travail exécuté sur le domaine public fluvial sans l'autorisation du propriétaire du domaine.

La Cour administrative d'appel a annulé ce jugement en jugeant que l'opération de levage en question ne constituait pas un travail exécuté sur le domaine public fluvial.

Le Conseil d'État confirme cet arrêt : « *l'opération consistant à lever un bateau pour le mettre en cale sèche au moyen d'un dock fluvial flottant ne constitue pas, en elle-même, un travail exécuté sur le domaine public fluvial au sens des dispositions de l'article L. 2132-5 du code général de la propriété des personnes publiques (CG3P)* ».

Une emprise irrégulière sans extinction du droit de propriété ne constitue pas une voie de fait : compétence du juge administratif (Cass. Civ 3ème, 18 janvier 2018, n°16-21993 ; CAA Douai, 2 novembre 2017, n°16DA00778)

1 – Cass. Civ 3^{ème}, 18 janvier 2018 : une commune a aménagé, lors de la réalisation d'une ZAC, un parking et une piste cyclable sur une parcelle appartenant à une institution de retraite complémentaire.

L'arrêté de création de la ZAC ayant été annulé par le conseil d'État, l'institution de retraite a assigné la commune, sur le fondement de la voie de fait, en indemnisation de son préjudice.

La Cour d'appel a retenu la compétence du juge administratif.

La Cour de cassation confirme cet arrêt en relevant que les travaux avaient consisté à aménager un parking et une piste cyclable séparée par une haie de lauriers et des espaces verts et que la remise en état des lieux était donc possible.

Elle juge donc, qu'en l'absence de dépossession définitive, l'emprise irrégulière n'avait pas eu pour effet l'extinction du droit de propriété de l'institution de retraite complémentaire et n'était donc pas constitutive d'une voie de fait (pour un rappel de la nouvelle définition de la voie de fait : T. Conflits, 17 juin 2013, n° 3911, Cass. Civ. 3ème, 11 mars 2015, n°13-24133).

2 – CAA Douai, 2 novembre 2017 : constitue également une emprise irrégulière et non une voie de fait, l'implantation sans droit ni titre d'un ouvrage public – en l'occurrence un transformateur électrique appartenant à la société Enedis – dans un immeuble appartenant à une SCI.

La Cour administrative d'appel de Douai juge en effet que si l'occupation de l'immeuble a porté atteinte au libre exercice du droit propriété de la SCI, elle n'a pas eu pour effet de l'en déposséder définitivement.

En l'absence de voie de fait, le juge administratif est donc seul compétent pour statuer sur la demande d'injonction de libérer les lieux ainsi que pour statuer sur les conclusions tendant à l'indemnisation des conséquences dommageables de cette occupation.

Contacts



Romain Granjon
Avocat associé
romain.granjon@adamas-lawfirm.com



Gilles Le Chatelier
Avocat associé
gilles.lechatelier@adamas-lawfirm.com



Laurent SERY
Avocat associé
laurent.sery@adamas-lawfirm.com

Rédacteurs

Romain GRANJON, Avocat associé
Benjamin BOITON, Avocat

Pour recevoir nos lettres d'information, faites-en la demande sur : infocom@adamas-lawfirm.com
Pour consulter toutes nos lettres d'informations, rendez-vous sur : www.adamas-lawfirm.com

Les articles contenus dans cette newsletter sont fournis à des fins d'information uniquement et ne peuvent en aucun cas constituer une consultation ou un avis juridique. De ce fait, la responsabilité de leurs auteurs ou du cabinet ADAMAS ne saurait en aucun cas être engagée au titre de l'utilisation faite par les lecteurs des informations contenues dans cette lettre.

Toute personne qui souhaiterait utiliser les informations contenues dans la présente lettre à des fins autres que d'information personnelle devra au préalable avoir recours aux conseils d'un professionnel du droit dûment habilité à fournir des conseils juridiques.

L'intégralité des contenus de cette lettre, ainsi que le logo et la marque ADAMAS sont protégés par des droits de propriété intellectuelle qui sont la propriété exclusive du cabinet ADAMAS ou des auteurs qui lui sont liés. Ces contenus, logo et marque ne peuvent être reproduits, même partiellement, sans leur autorisation.

Conformément à la loi « Informatique et Libertés » du 6 janvier 1978 modifiée en 2004, vous disposez d'un droit d'accès et de rectification aux informations qui vous concernent. Vous disposez également du droit de vous désabonner de la liste de diffusion de cette lettre. Vous pouvez exercer ces droits en vous adressant à : infocom@adamas-lawfirm.com