



Lyon Paris
Bordeaux Pékin
Shanghai Stuttgart

LETTRE D'INFORMATION

Actualité juridique Domanialité,
Commande publique



JURISPRUDENCE COMMANDE PUBLIQUE

- **La possibilité d'explicitier un sous critère (CAA Bordeaux, 31 mars 2015, Société BMC Mobirum, req. n° 13BX02037)**

La jurisprudence a déjà admis que lorsqu'un pouvoir adjudicateur recourt à des sous critères susceptibles d'avoir une incidence sur la présentation des offres des entreprises, il doit porter à leur connaissance ces sous critères, ainsi que leur hiérarchisation et/ou pondération (*CE, 18 juin 2010, Commune de Saint-Pal de Mons, req : n° 337377*).

Si l'acheteur public ne peut, en cours de procédure, modifier les sous critères de sélection des offres ou leur pondération, en revanche la Cour retient que rien n'interdit au pouvoir adjudicateur d'« expliciter » un sous-critère durant cette période.

En l'espèce, le règlement de la consultation prévoyait notamment un critère d'attribution prix (60%) divisé en deux sous-critères : montant des prestations (50%) et montant du coût des transports (10%).

En cours de procédure de consultation, le pouvoir adjudicateur a précisé aux candidats que le bordereau de prix devait retracer le coût des transports sur site, incluant les frais administratifs liés au transit.

La Cour considère en effet que le pouvoir adjudicateur n'a ni ajouté, ni modifié le sous-critère lié au coût des transports, mais s'est seulement borné à expliciter ce sous-critère, dans la mesure où le CCAP mentionnait expressément que le prix comprenait la livraison et la pose des matériaux.



Lyon Paris
Bordeaux Pékin
Shanghai Stuttgart

- **Pas d'annulation du marché public prévoyant une date de prise d'effet rétroactive (CE, 22 mai 2015, Syndicat intercommunal pour les transports urbains de la région de Valenciennes, req. n° 383595)**

Cet arrêt constitue une nouvelle application de la jurisprudence « Béziers I » (CE, Commune de Béziers, 28 décembre 2001, req. n°301802) selon laquelle le juge, sur le fondement du principe de loyauté des relations contractuelles, peut décider de poursuivre l'application du contrat sauf si une irrégularité le rend illicite ou constitue un vice particulièrement grave, notamment en cas de vice du consentement.

En l'espèce, les conditions particulières du marché public méconnaissaient les dispositions de l'article 79 du Code des marchés publics (actuel article 81) relatives à la notification du marché avant tout commencement d'exécution.

En effet, le contrat avait pris effet avant sa signature et sa notification.

Pour le Conseil d'Etat, si cette méconnaissance du Code constitue bien une illégalité, en revanche le consentement des parties n'est pas vicié.

La violation du principe d'interdiction de rétroactivité de prise d'effet du contrat ne rend pas le contrat illicite et n'est pas d'une gravité suffisante pour écarter l'application du contrat.

- **Régularité du recours à un marché global pour l'exploitation des kiosques (CE, 26 juin 2015, Ville de PARIS, req. n°389682)**

Le juge du référé précontractuel était saisi de la légalité du recours à une procédure de dialogue compétitif par la Ville de PARIS en vue de l'attribution d'un marché global portant sur la conception, la fourniture, l'entretien, la maintenance et l'exploitation publicitaire des kiosques de presse, et de quelques kiosques à autre usage, ainsi que la gestion de l'activité de kiosques.

Cette affaire est l'occasion pour le Conseil d'Etat de confirmer le degré du contrôle exercé par le juge sur le recours à un marché global, tout en redonnant au pouvoir adjudicateur une certaine souplesse.

Cette décision confirme tout d'abord que le juge exerce un contrôle normal sur la décision du pouvoir adjudicateur de recourir au marché global. La dérogation au principe de l'allotissement est ainsi étroitement contrôlée par le juge.

A ce titre, le pouvoir adjudicateur doit apporter des justifications lors d'un contentieux, permettant de démontrer qu'il remplit les conditions posées par l'article 10 du code des marchés publics pour recourir au marché global, à savoir : s'il estime que la dévolution en lots séparés est de nature, dans le cas particulier, à restreindre la concurrence, ou qu'elle risque de rendre techniquement difficile ou financièrement coûteuse l'exécution des prestations ou encore s'il n'est pas en mesure d'assurer par lui-même les missions d'organisation, de pilotage et de coordination.

De plus et surtout, le Conseil d'Etat reconnaît que le pouvoir adjudicateur détient une marge d'appréciation dans ce choix au recours global pour estimer si les conditions prévues par l'article 10 du Code des marchés publics sont remplies.



Lyon Paris
Bordeaux Pékin
Shanghai Stuttgart

En l'espèce, le Conseil d'Etat juge régulier le recours à un marché global au regard des difficultés alléguées par la Ville de PARIS relevant de la séparation de la gestion des kiosques et de l'activité de kiosquiers qui présente des conflits récurrents en raison d'intérêts divergents.

Le fait que ces deux activités étaient précédemment exercées dans le cadre de conventions distinctes est sans incidence sur le litige en cause.

- **La procédure de réclamation préalable du CCAG-PI de 1978 (CAA DOUAI, 22 janvier 2015, Société Arc Ame, req. n°14DA00324)**

L'article 40.1 du CCAG-PI de 1978 prévoit qu'en cas de différend entre le titulaire du marché et la personne responsable du marché, le titulaire doit remettre un mémoire en réclamation sous peine d'irrecevabilité de son action contentieuse ultérieure. Il s'agit d'un préalable obligatoire à la saisine du Juge administratif.

La Cour précise que lors de l'établissement du décompte général, deux situations doivent être distinguées :

- L'absence de notification du décompte général : lorsque la personne responsable du marché ne notifie pas le décompte général, l'entrepreneur doit la mettre en demeure d'y procéder. Cette mise en demeure préalable est considérée comme un mémoire en réclamation au sens de l'article 40.1 du CCAG-PI susvisé.
- La notification d'un décompte entaché d'irrégularités : lorsque le décompte général comporte des irrégularités, l'entrepreneur n'est pas tenu de mettre en demeure la personne responsable du marché d'établir un nouveau décompte général préalable à la saisine du Juge.

Le titulaire du marché doit seulement adresser un mémoire en réclamation sur décompte préalable à la saisine du Juge administratif.

Conseil pratique :

A défaut de notification du décompte général, le titulaire du marché doit préalablement mettre en demeure la PRM de le notifier.

En l'absence de notification du décompte dans un délai de deux mois suivant la réception de la mise en demeure, le titulaire pourra saisir le Juge administratif afin qu'il établisse directement le solde du marché.

- **Le principe de globalité de la tranche ferme dans les contrats de partenariat (CE, 29 avril 2015, Syndicat de valorisation des déchets de la Guadeloupe (SYVADE), req. n°386748)**

Selon l'article L.1414-1 du CGCT, un contrat de partenariat confie à un tiers une mission globale ayant pour objet la construction ou la transformation, l'entretien, la maintenance, l'exploitation ou la gestion d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels nécessaires au service public ainsi que tout ou partie de leur financement.

Le SYVADE a souhaité conclure un contrat de partenariat confiant à son titulaire l'ensemble de ces missions : conception, construction, financement partiel, mise en service et une partie de l'entretien et de la maintenance d'une plateforme environnementale multi filière de traitement des déchets ménagers et assimilés.



Lyon Paris
Bordeaux Pékin
Shanghai Stuttgart

Toutefois, le contrat de partenariat envisagé comprenait une tranche ferme portant sur des prestations d'études et une tranche conditionnelle relative aux études, à la construction, à la mise en service, à l'entretien et au maintien des installations.

L'affermissement de la tranche conditionnelle étant subordonné à une décision expresse du SYVADE.

Le Conseil d'Etat a jugé que lorsqu'un contrat de partenariat comporte une tranche ferme et une tranche conditionnelle, la personne publique ne s'engageant que sur la tranche ferme, la procédure de publicité et de mise en concurrence spécifique aux contrats de partenariat ne peut être mise en œuvre que si la tranche ferme comporte une mission globale.

En l'occurrence, le SYVADE n'étant engagé que sur la seule tranche ferme relative aux études de conception, le contrat ne confiait donc pas une mission globale au sens de l'article L. 1414-1 du CGCT que si la tranche conditionnelle était mise en oeuvre. Le Conseil d'Etat confirme l'ordonnance du Juge des référés ayant annulé la procédure de passation du contrat de partenariat considéré.

Conseil pratique : en matière de contrat de partenariat, l'acheteur public doit être vigilant à ce que la tranche ferme comporte une mission globale reprenant plusieurs des missions prévues à l'article L. 1414-1 du CGCT.

- **Contrôle et responsabilité du maître d'ouvrage délégué (CE, 23 mars 2015, Syndicat mixte pour le traitement des résidus urbains, req. n°356790)**

Il est de jurisprudence constante qu'il appartient au mandataire « loi MOP » d'accomplir les diligences que son mandant est en droit d'attendre d'un professionnel ayant accepté cette mission, c'est-à-dire « de s'assurer que ce document n'est pas entaché d'erreurs ou d'omissions qui ne devraient échapper à un professionnel » (CE, 7 juin 2010, Commune de Mantes-la-Jolie, n°313638).

Dans son arrêt du 23 mars 2015, tout en confirmant cette position, le Conseil d'Etat rappelle que la preuve de la faute du mandataire dans l'accomplissement de sa mission doit être rapportée par le mandant.

En l'espèce, un syndicat mixte pour le traitement des résidus urbains a conclu une convention de maîtrise d'ouvrage déléguée pour une opération de conception et de construction d'un centre de traitement des déchets.

En raison de l'insuffisance « du pouvoir calorifique des briquettes », le syndicat a recherché la responsabilité de son mandataire au motif qu'il avait manqué à son devoir de diligence dans la vérification du décompte général du marché et donc commis une faute dans l'exécution de son contrat.

Le Conseil d'Etat rappelle qu'en principe « il appartient à un maître d'ouvrage délégué auquel est confiée une mission d'approbation du décompte, de s'assurer que ce document n'est pas entaché d'erreurs ou d'omissions qui ne devraient pas échapper à un professionnel ».

Il ajoute toutefois que la preuve de l'erreur ou l'omission appartient alors au plaignant, en l'occurrence le syndicat mixte, ce qui n'était pas le cas en l'espèce.



Lyon Paris
Bordeaux Pékin
Shanghai Stuttgart

Conseil pratique :

Il est primordial pour le Maître d'ouvrage de préciser dans le contrat de mandat ce qu'il attend de son mandataire. La preuve du non-respect du contrat de mandat et la recherche de la responsabilité contractuelle du mandataire sera ainsi facilitée.

Il revient également à la personne publique de contrôler son mandataire pendant toute la durée du contrat sans toutefois s'immiscer dans l'accomplissement des prestations qui lui sont confiées pour s'assurer de la bonne exécution du contrat et, par suite, de la réussite du projet.

- **Partialité de l'expert désigné par le pouvoir adjudicateur (CJUE, 12 mars 2015, eVigilo, aff. C-538/13)**

La Cour était saisie d'une question relative à la charge de la preuve lorsque le requérant invoque la partialité d'un expert nommé par le pouvoir adjudicateur pour évaluer les offres.

La Cour rappelle que l'article 2 de la directive 2004/18/CE impose aux pouvoirs adjudicateurs de traiter les opérateurs économiques sur un pied d'égalité, de manière non discriminatoire et d'agir avec transparence.

Elle estime que le « rôle actif » joué par les assistants à maîtrise d'ouvrage ou "expert" dont ils s'entourent pour apprécier les offres des candidats leur impose de vérifier en toute hypothèse l'existence d'éventuels conflits d'intérêts et de prendre les mesures appropriées afin de les prévenir et d'y remédier.

La Cour précise que le soumissionnaire évincé n'a pas à prouver concrètement la partialité des experts.

Il lui suffit de présenter des éléments objectifs mettant en doute l'impartialité d'un expert.

Il incombe alors au pouvoir adjudicateur d'examiner toutes les circonstances pertinentes ayant conduit à l'attribution de ces marchés, le cas échéant, en demandant aux parties de fournir certaines informations et éléments de preuve.

A cet égard, l'allégation selon laquelle les experts nommés par le pouvoir adjudicateur et les spécialistes de l'entreprise attributaire du marché travaillent ensemble dans la même université, appartiennent au même groupe de recherche ou ont des liens de subordination, si elle est avérée, constitue un élément suffisant, estime la Cour, pour qu'un tel contrôle soit exercé.

- **Mention erronée du délai de standstill et recevabilité du référé contractuel (CE, 17 juin 2015, OPH Marne et Charentais Habitat, req. n°388457)**

Le respect du délai minimum de standstill ne peut pas être opposé au concurrent évincé présentant un référé contractuel, dès lors la notification de rejet de son offre indiquait un délai inférieur audit délai minimum.



Lyon Paris
Bordeaux Pékin
Shanghai Stuttgart

Le Conseil d'Etat juge recevable le référé contractuel présenté par un concurrent évincé qui soutenait que la notification du rejet de son offre indiquait un délai de standstill inférieur au minimum réglementaire (5 jours contre 16).

Le Conseil d'Etat écarte le moyen soulevé en défense par le pouvoir adjudicateur qui soutenait avoir pourtant respecté, en pratique, ledit délai réglementaire de standstill.

Conseil pratique : les acheteurs publics doivent faire preuve de vigilance dans le contenu même des lettres de notification adressées aux concurrents évincés s'agissant de l'information relative au délai de standstill.

- **Possibilité d'exiger la réalisation d'essais dans le cadre de la consultation (CE, 26 juin 2015, AP-HP, req. n°389124)**

Aucune disposition du Code des marchés publics, ni aucun principe de la commande publique n'interdit au pouvoir adjudicateur d'exiger des candidats la réalisation d'essais dans le cadre de la présentation de leurs offres

Le Conseil d'Etat valide en conséquence le recours à la réalisation d'essais dans le cadre d'une procédure d'appel d'offres ouvert.

Il rappelle néanmoins qu'un tel procédé ne peut pas donner lieu, dans ce cadre, à une négociation ou à une modification des offres, ni conduire à la violation de la confidentialité des offres.

- **L'office du juge du référé-suspension en cas de demande de reprise des relations contractuelles (CE, 17 juin 2015, Commune de la Guérinière, req. n°389044)**

Le Conseil d'Etat vient préciser l'étendue de l'office du juge du référé-suspension dans le cadre d'un recours en reprise des relations contractuelles

A l'occasion d'un litige né de la résiliation d'une convention de délégation de service public d'un camping municipal, le Conseil d'Etat rappelle la possibilité pour une partie à un contrat administratif de former un recours de plein contentieux contestant la validité de la résiliation dudit contrat et tendant à la reprise des relations contractuelles (cf. CE, 21 mars 2011, n°304806, "Béziers II") et d'assortir ses conclusions d'une demande de suspension, sur le fondement des dispositions de l'article L. 521-1 du code de justice administrative, de l'exécution de la résiliation, afin que les relations contractuelles soient provisoirement reprises (CE, 1er octobre 2013, n°349099, société Espace Habitat Construction).

Le Conseil d'Etat précise que, dans cette dernière hypothèse, le juge des référés doit, en cas de doute sur la régularité du contrat, apprécier si l'irrégularité invoquée en défense serait de nature à conduire le juge du contrat, dans le cadre d'un recours de plein contentieux, à prononcer la résiliation du contrat ou son annulation.

Conseil pratique : dans une telle hypothèse de demande de suspension de décision de résiliation assortie de la reprise des relations contractuelles, les personnes publiques ont tout intérêt à soulever, dès le stade du référé suspension, l'ensemble des vices et irrégularités du contrat résilié pour empêcher la reprise des relations contractuelles.



Lyon Paris
Bordeaux Pékin
Shanghai Stuttgart

- **Substitution du motif de rejet de la candidature (CE, 17 juin 2015, Société Philip Frères, req. n°388596)**

Le Conseil d'Etat a admis que le motif évoqué par le pouvoir adjudicateur dans son courrier de rejet d'une candidature puisse être remplacé par le motif de rejet retenu par la Commission d'appel d'offres.

En l'espèce, la Commune de Montpellier avait indiqué, dans le courrier de rejet de sa candidature à l'entreprise concernée, au titre des motifs de ce rejet qu'elle n'avait pas produit les habilitations requises et que les références présentées ne concernaient pas des marchés analogues.

Or, les motifs allégués ne pouvaient justifier le rejet de la candidature.

Toutefois, le Conseil d'Etat considère qu'une appréciation des capacités techniques, professionnelles et financières avait bien été réalisée par la Commission d'appel d'offres et qu'elle les avait jugées insuffisantes.

Cette décision du Conseil d'Etat vise à étendre la possibilité de substitution de motifs des rejets des candidatures. Une telle substitution ne peut être envisagée qu'à la condition que le pouvoir adjudicateur aurait pris la même décision, s'il s'était initialement fondé sur le motif substitué.

- **Les biens de retour non amortis doivent être indemnisés au délégataire, quand bien même l'exécution de la convention serait économiquement déséquilibrée (CE, 4 mai 2015, Société Domaine Porte des neiges, n°383208)**

Le régime des biens de la concession et les conditions de leur retour en fin de contrat sont connues depuis l'arrêt Commune de Douai » du 21 décembre 2012, n°342788. En ce qui concerne les biens de retour. Le Conseil d'Etat pose comme principe que ceux-ci doivent faire retour gratuit à la collectivité en fin de contrat.

Ce principe cède dans deux situations :

- Lorsque la durée du contrat est inférieure à la durée d'amortissement des investissements, ce qui a été récemment admis par le juge administratif (CE, 4 juillet 2012, n°352417, Communauté d'agglomération de Chartres Métropole).
- Lorsque la concession met à la charge de l'opérateur des investissements non prévus en cours de contrat dans les conditions définies à l'article L.1411-2 -b du Code général des collectivités territoriales.

Le Conseil d'Etat donne une nouvelle illustration de ces principes à propos d'un litige né de l'exécution d'une convention de concession portant sur la réalisation et l'exploitation de remontées mécaniques.

En application de la convention, le concessionnaire avait réalisé le télésiège et les pistes de ski. Les autres projets d'aménagements et notamment les projets hôteliers sur la réalisation desquels reposait vraisemblablement l'équilibre économique de la convention de remontées mécaniques ont été bloqués par des contentieux. Les résultats d'exploitation de la société Domaine Porte des neiges ont, dans ces conditions, été constamment déficitaires. La Commune ayant décidé de suspendre la convention, l'exploitant demandait par voie contentieuse l'indemnisation de différents préjudices subis, notamment au titre du retour anticipé des biens dans le patrimoine de la Commune et au titre du manque à gagner.



Lyon Paris
Bordeaux Pékin
Shanghai Stuttgart

Pour la débouter, le juge d'appel a considéré que la société n'établissait pas « *qu'en égard au caractère structurellement et lourdement déficitaire de l'exploitation de la remontée mécanique en l'absence de réalisation des autres équipements de la station, l'indemnisation de la valeur non amortie des biens qu'elle demande excéderait la valeur actualisée des pertes d'exploitation qu'elle aurait dû subir de manière prévisible pendant toute la durée de la convention* ».

Ce faisant, la Cour a mis en balance d'une part la valeur non amortie des biens, d'autre part les pertes d'exploitation qu'aurait inmanquablement supportées le concessionnaire si le contrat s'était poursuivi à son terme.

Or, cela reviendrait à permettre un enrichissement sans cause de la collectivité, en confondant l'amortissement des investissements et l'indemnisation du manque à gagner de l'exploitation, qui peut être écartée notamment si, comme dans cette espèce, le concessionnaire ne peut établir qu'il aurait réalisé un bénéfice (CAA Paris, 25 avril 1996, Sté France 5).

Ces deux postes d'indemnisation sont autonomes et ne répondent pas aux mêmes conditions. L'investissement réalisé par le délégataire dans des installations qualifiées de biens de retour doit être compensé, quels que soient tant le motif de la résiliation, qui peut être prononcée dans l'intérêt général, que les résultats de l'exploitation.

Cette décision qui illustre bien les difficultés auxquelles sont confrontées les Communes de montagne dans la réalisation de programmes d'investissement intégrant création de nouvelles installations de remontées mécaniques et création de nouvelles capacités d'hébergements, doit inciter les personnes publiques à veiller, dans la négociation des contrats portant sur l'exploitation des remontées mécaniques :

- à ne pas prendre d'engagements inconsidérés dans la création de capacité d'hébergements,
- à s'assurer du phasage et à la progressivité des investissements pour éviter que la rupture anticipée des contrats constitue une charge insoutenable.

- **Les négligences éventuelles du maître d'ouvrage ne suffisent pas à écarter le jeu de la garantie décennale (CE, 15 avril 2015, n° 376229)**

Le Conseil d'Etat précise les conditions d'application de la garantie décennale qui permet au maître d'ouvrage public de rechercher la responsabilité des constructeurs pendant un délai de 10 ans pour des vices qui rendent l'ouvrage impropre à sa destination ou compromettent sa solidité.

Il a déjà été jugé que cette garantie s'applique pour des désordres apparus dans un délai d'épreuve de 10 ans, même s'ils ne se sont pas révélés dans toute leur étendue avant l'expiration du délai de 10 ans (CE, 31 mai 2010, req. n° 317006 ; CE, 11 décembre 2013, req. n° 364311).

Si les désordres sont apparents lors de la réception des travaux, les conclusions indemnitaires doivent être rejetées (CE, 25 octobre 1985, req. n° 45611).

Pour juger que les dommages revêtaient ces caractéristiques et rejeter la demande de la commune, la CAA s'était fondée sur le fait que le maître de l'ouvrage avait commis une faute dans le suivi et le contrôle de l'exécution du marché.

Le Conseil d'Etat censure l'arrêt de la cour pour erreur de droit car elle s'était uniquement concentrée sur l'attitude du maître de l'ouvrage, alors qu'elle aurait dû déterminer dans quelle mesure les désordres étaient apparents lors de la réception de l'ouvrage.



- **Rappels de jurisprudence :**

La décision de résiliation d'un marché public, quel que soit le motif, n'a pas à comporter la mention des voies et délai de recours (CE, 6 mai 2015, CCI territoriale du littoral Normand-Picard, req. n°388537 - reprenant le principe dégagé par CE, 21 mars 2011 « Béziers II », req. n° 304806).

Lorsque le maître d'ouvrage décide d'une modification de programme ou des prestations du maître d'œuvre, ce dernier est en droit de réclamer une rémunération complémentaire malgré le prix forfaitaire du marché. A cette fin, le maître d'œuvre doit justifier de la modification du programme, de la réalité des prestations supplémentaires et du caractère utile des prestations (CAA Douai, 22 janvier 2015, Société Arc Ame, req. n°14DA00324 - reprenant le principe dégagé par CE, 10 février 2014, Société Arc Ame, req. 365828).



Lyon Paris
Bordeaux Pékin
Shanghai Stuttgart



JURISPRUDENCE DOMANIALITE

- **Pas d'autorisation tacite ou verbale d'occupation du domaine public (CE, 29 juin 2015, SCIPB, req. n°369558)**

L'occupation du domaine public ne peut se déduire d'un contrat verbal ou d'un accord tacite.

Le Conseil d'Etat refuse d'admettre l'existence d'une convention d'occupation domaniale sans que sa conclusion n'ait été formalisée par un écrit.

Cette solution est fondée sur l'obligation de détenir un titre pour occuper le domaine public (cf. article L. 2122-1 CG3P).

Si l'autorité gestionnaire du domaine public peut tolérer une occupation privative qui a donné lieu au versement d'une redevance, en aucun cas l'occupant ne peut se prévaloir de relations contractuelles l'autorisant à occuper le domaine public à défaut d'autorisation écrite.



Lyon Paris
Bordeaux Pékin
Shanghai Stuttgart



Lyon Paris
Bordeaux Pékin
Shanghai Stuttgart

Contacts :



Romain GRANJON
romain.granjon@adamas-lawfirm.com



Gilles LE CHATELIER
gilles.lechatelier@adamas-lawfirm.com

Ont également participé :



Julien BOSQUET
julien.bosquet@adamas-lawfirm.com



Benjamin BOITON
Benjamin.boiton@adamas-lawfirm.com



Quentin CHASSANY
quentin.chassany@adamas-lawfirm.com



Cyril DELCOMBEL
cyril.delcombel@adamas-lawfirm.com



Lise-Marie FARAS
lise-marie.faras@adamas-lawfirm.com



Bruno MOUNIER
bruno.mounier@adamas-lawfirm.com



Julie ROCHE
julie.roche@adamas-lawfirm.com