



Newsletter Contrats publics – n° 5

Avril 2023

La présente Newsletter a pour objet de mettre à disposition une sélection des décisions et des actualités juridiques rendues publiques entre le 1^{er} mars et le 31 mars 2023.

PASSATION DU CONTRAT

- **OAB : évaluation par l'acheteur du caractère manifestement sous-évalué du prix susceptible de compromettre la bonne exécution du marché**
[CE, 15 mars 2023, Communauté d'agglomération du Grand Cahors, req. n° 465456](#)

L'article L. 2152-5 du CCP définit l'offre anormalement basse comme « *une offre dont le prix est manifestement sous-évalué et de nature à compromettre la bonne exécution du marché* », l'article L. 2152-6 du même code précisant que « *L'acheteur met en œuvre tous moyens lui permettant de détecter les offres anormalement basses* » et que « *Lorsqu'une offre semble anormalement basse, l'acheteur exige que l'opérateur économique fournisse des précisions et justifications sur le montant de son offre* ».

Le Conseil d'Etat rappelle qu'il résulte de ces dispositions que, « *quelle que soit la procédure de passation mise en œuvre, il incombe au pouvoir adjudicateur qui constate qu'une offre paraît anormalement basse de solliciter auprès de son auteur toutes précisions et justifications de nature à expliquer le prix proposé, sans être tenu de lui poser des questions spécifiques* », que « *les précisions et justifications apportées ne sont pas suffisantes pour que le prix proposé ne soit pas regardé comme manifestement sous-évalué et de nature à compromettre la bonne exécution du marché, il appartient au pouvoir adjudicateur de rejeter l'offre* ».

Il précise que « *Le caractère anormalement bas ou non d'une offre ne saurait résulter du seul constat d'un écart de prix important entre cette offre et d'autres offres que les explications fournies par le candidat ne sont pas de nature à justifier et il appartient notamment au juge du référé précontractuel,*

saisi d'un moyen en ce sens, de rechercher si le prix en cause est en lui-même manifestement sous-évalué et, ainsi, susceptible de compromettre la bonne exécution du marché ».

- **Evaluation par l'autorité concédante des besoins à satisfaire et informations communiquées aux candidats**

[CE, 10 mars 2023, Commune de Ramatuelle, req. n° 464830](#)

Statuant au visa de l'article 27 de l'ordonnance du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession aux termes duquel « *La nature et l'étendue des besoins à satisfaire sont déterminées avant le lancement de la consultation en prenant en compte des objectifs de développement durable dans leurs dimensions économique, sociale et environnementale* », le Conseil d'Etat rappelle que « *Les concessions sont soumises aux principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, qui sont des principes généraux du droit de la commande publique. Pour assurer le respect de ces principes, la personne publique doit apporter aux candidats à l'attribution d'une concession, avant le dépôt de leurs offres, une information suffisante sur la nature et l'étendue des besoins à satisfaire. Il lui appartient à ce titre d'indiquer aux candidats les caractéristiques essentielles de la concession* ».

La Haute juridiction considère que la Cour administrative d'appel a commis une erreur de droit en considérant, pour estimer que le candidat évincé avait été irrégulièrement privé d'une chance sérieuse de se voir attribuer le lot en cause et condamner la commune de Ramatuelle à l'indemniser du préjudice résultant de son éviction de la procédure de passation de ce lot, que « *la commune avait entaché cette procédure d'un vice qui découlait notamment de l'insuffisante définition de ses besoins, faute pour elle d'avoir précisé le "niveau de standing" des établissements qui était attendu pour chaque lot [...] alors que l'autorité concédante avait informé les candidats sur les principales caractéristiques du service public concédé, et qu'elle n'était pas tenue de définir cet élément de la stratégie commerciale des établissements exploités sur chacun des lots* ».

- **Mise en conformité au droit de l'Union européenne des dispositions relatives aux motifs d'exclusion de la procédure de passation des marchés publics et des contrats de concession**
[Loi n° 2023-171 du 9 mars 2023 portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne dans les domaines de l'économie, de la santé, du travail, des transports et de l'agriculture](#)

L'article 15 de la loi n° 2023-171 du 9 mars 2023 modifie les dispositions du CCP relatives aux motifs d'exclusion de la procédure de passation des marchés publics et des contrats de concession afin de rendre celles-ci compatibles avec le droit de l'Union européenne.

Ainsi, les articles L. 2141-1, L. 2341-1 et L. 3123-1 du CCP régissant les exclusions de plein droit sont désormais complétés par un alinéa précisant que « *Cette exclusion n'est pas applicable en cas d'obtention d'un sursis en application des articles 132-31 ou 132-32 du code pénal, d'un ajournement du prononcé de la peine en application des articles 132-58 à 132-62 du même code ou d'un relèvement de peine en application de l'article 132-21 dudit code ou des articles 702-1 ou 703 du code de procédure pénale* ».

La loi institue également un nouvel article L. 2141-6-1 – qui, s'agissant des concessions, trouve son pendant au nouvel article L. 3123-6-1 – lequel dispose que « *La personne qui se trouve dans l'un des cas d'exclusion mentionnés aux articles L. 2141-1, L. 2141-4 et L. 2141-5 peut fournir des preuves qu'elle*

a pris des mesures de nature à démontrer sa fiabilité, notamment en établissant qu'elle a, le cas échéant, entrepris de verser une indemnité en réparation du préjudice causé par l'infraction pénale ou la faute, qu'elle a clarifié totalement les faits ou les circonstances en collaborant activement avec les autorités chargées de l'enquête et qu'elle a pris des mesures concrètes propres à régulariser sa situation et à prévenir une nouvelle infraction pénale ou une nouvelle faute. Ces mesures sont évaluées en tenant compte de la gravité et des circonstances particulières de l'infraction pénale ou de la faute. / Si l'acheteur estime que ces preuves sont suffisantes, la personne concernée n'est pas exclue de la procédure de passation de marché. / Une personne qui fait l'objet d'une peine d'exclusion des marchés publics au titre des articles 131-34 ou 131-39 du code pénal ne peut se prévaloir des deux premiers alinéas du présent article pendant la période d'exclusion fixée par la décision de justice définitive ».

- **Energies renouvelables : exception à l'obligation de mise en concurrence préalable des titres d'occupation du domaine public**

[Loi n° 2023-175 du 10 mars 2023 relative à l'accélération de production d'énergies renouvelables](#)

L'article 36 de loi du 10 mars 2023 relative à l'accélération des énergies renouvelables modifie l'article L. 2122-1-3-1 du CGPPP qui prévoit des exceptions à l'obligation de mise en concurrence préalable des titres d'occupation du domaine public en vue d'une exploitation économique (CGPPP, art. L. 2122-1-1).

Le II de l'article L. 2122-1-3-1 du CGPPP dispose ainsi : « *Pour le domaine public appartenant à l'Etat, l'autorité compétente de l'Etat ou le gestionnaire qui tient d'une loi, d'un règlement ou d'un titre la compétence pour délivrer le titre d'occupation peut renoncer à organiser la procédure de mise en concurrence prévue au même article L. 2122-1-1 lorsque le titre d'occupation est destiné à l'installation et à l'exploitation d'une installation de production d'électricité à partir d'énergies renouvelables bénéficiant d'un soutien public au terme d'une des procédures de mise en concurrence prévues aux articles L. 311-10, L. 311-11-1 ou L. 314-29 du code de l'énergie ou d'une installation de production de gaz renouvelable, dont le biogaz, ou de gaz bas-carbone mise en place dans le cadre d'une des procédures de mise en concurrence mentionnées aux articles L. 446-5, L. 446-14, L. 446-15 ou L. 446-24 du même code ou d'une installation de production d'hydrogène renouvelable ou d'hydrogène bas-carbone par électrolyse de l'eau bénéficiant du dispositif de soutien public prévu à l'article L. 812-2 dudit code ».*

Dans une telle hypothèse, « *l'autorité compétente de l'Etat ou le gestionnaire procède à des mesures de publicité préalable suffisantes pour permettre aux candidats potentiels à l'occupation du domaine public de se manifester. Ces mesures de publicité indiquent les conditions, y compris financières, de l'occupation du domaine public ainsi qu'un délai pour que les candidats manifestent leur intérêt ».*

L'autorité compétente de l'Etat ou le gestionnaire délivre alors dans les mêmes conditions à chaque candidat qui a manifesté son intérêt « *un accord de principe à la délivrance du titre d'occupation, subordonné, d'une part, au fait que le projet d'installation soit retenu à l'issue d'une des procédures de mise en concurrence prévues aux articles L. 311-10, L. 311-11-1, L. 314-29, L. 446-5, L. 446-14, L. 446-15, L. 446-24 ou L. 812-3 du code de l'énergie et, d'autre part, au respect d'un cahier des charges établi par l'autorité compétente de l'Etat ou le gestionnaire »*, étant précisé que « *Si plusieurs projets sont retenus, l'autorité compétente de l'Etat ou le gestionnaire délivre le titre d'occupation au candidat retenu le mieux noté dans la procédure de mise en concurrence ».*

Enfin, le III de l'article L. 2122-1-3-1 du CGPPP dispose que, « *Pour leur domaine public, les communes, les établissements publics de coopération intercommunale à fiscalité propre, les départements et les régions peuvent renoncer à organiser la procédure de mise en concurrence prévue à l'article L. 2122-1-1 du présent code dans les mêmes conditions que celles prévues au II du présent article* ».

CONTENU DU CONTRAT

- **Introduction des clauses de paiement différé dans les marchés globaux de performance énergétique**

[Loi n° 2023-222 du 30 mars 2023 visant à ouvrir le tiers financement à l'Etat, à ses établissements publics et aux collectivités territoriales pour favoriser les travaux de rénovation énergétique](#)

L'article 1^{er} de la loi n° 2023-222 du 30 mars 2023 prévoit, à titre expérimental, pour une durée de cinq ans, que l'Etat et ses établissements publics ainsi que les collectivités territoriales, leurs établissements publics et leurs groupements peuvent conclure des contrats de performance énergétique dérogeant aux articles L. 2191-2 à L. 2191-8 du CCP, sous la forme d'un marché global de performance mentionné à l'article L. 2171-3 du même code, pour la rénovation énergétique d'un ou de plusieurs de leurs bâtiments.

La loi encadre strictement la conclusion de ces contrats.

Elle impose notamment, avant de décider de recourir à un marché global de performance, que l'acheteur « *procède à une étude préalable ayant pour objet de démontrer l'intérêt du recours à un tel contrat* » et précise que « *La procédure de passation de ce marché ne peut être engagée que si cette étude préalable démontre que le recours à un tel contrat est plus favorable que le recours à d'autres modes de réalisation du projet, notamment en termes de performance énergétique* », étant indiqué que « *Le critère du paiement différé ne peut à lui seul constituer un avantage* » et que « *Cette étude préalable est soumise pour avis à l'organisme expert mentionné à l'article L. 2212-2 du code de la commande publique* ».

L'article 2 de la loi du 30 mars 2023 impose également que, « *avant de décider de recourir à un marché global de performance, l'acheteur réalise une étude de soutenabilité budgétaire, qui apprécie notamment les conséquences du contrat sur les finances publiques et la disponibilité des crédits* », cette étude étant « *soumise pour avis au service de l'Etat compétent* ».

- **Energies renouvelables : les personnes publiques peuvent recourir au *Power Purchase Agreement* dans le cadre des contrats de la commande publique**

[Loi n° 2023-175 du 10 mars 2023 relative à l'accélération de production d'énergies renouvelables](#)

L'article 86 de loi du 10 mars 2023, qui consacre les contrats de vente directe d'énergie, insère au sein du Code de l'énergie un nouvel article L. 331-5 qui dispose que « *Dans les conditions prévues par le code de la commande publique, les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices définis respectivement aux articles L. 1211-1 et L. 1212-1 du même code peuvent recourir à un contrat de la commande publique pour répondre à leurs besoins en électricité produite à partir de sources renouvelables [...]* ». Ce contrat peut être conclu soit avec un tiers pour la mise en œuvre d'une

opération d'autoconsommation individuelle, soit dans le cadre d'une opération d'autoconsommation, soit dans le cadre d'un contrat de vente directe à long terme d'électricité.

La loi ajoute également au sein du Code de l'énergie un nouvel article L. 441-6 qui prévoit que « *Dans les conditions prévues par le code de la commande publique, les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices définis respectivement aux articles L. 1211-1 et L. 1212-1 du même code peuvent recourir à un contrat de la commande publique pour répondre à leurs besoins en gaz renouvelable, dont le biogaz, ou en gaz bas-carbone [...]* ». Un tel contrat peut être conclu soit dans le cadre d'une opération d'autoconsommation collective étendue avec un ou plusieurs producteurs participant à cette opération dont, le cas échéant, la personne morale organisatrice, soit dans le cadre d'un contrat de vente directe à long terme de biogaz, de gaz renouvelable ou de gaz bas-carbone.

La durée de ces contrats est définie « *en tenant compte de la nature des prestations et de la durée d'amortissement des installations nécessaires à leur exécution, y compris lorsque le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice n'acquiert pas ces installations* ».

EXECUTION DU CONTRAT

- **Prorogation des concessions dans le secteur des jeux de hasard**
[CJUE, 16 mars 2023, OL, aff. C-517/20](#)

Saisie d'une demande de décision préjudicielle dans le cadre d'une procédure pénale engagée contre OL en raison d'une infraction à la législation italienne régissant la collecte de paris, pour avoir exercé une activité organisée de collecte de paris pour le compte d'un bookmaker établi en Autriche sans être titulaire d'une concession et d'une licence prévues par cette législation, la Cour de justice de l'union européenne a considéré que « *Les articles 49 et 56 TFUE doivent être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à une prorogation des concessions dans le secteur des jeux de hasard et des droits découlant de la régularisation de la situation des centres de transmission de données qui exerçaient déjà, à une date déterminée, des activités de collecte de paris en faveur de bookmakers étrangers ne disposant pas d'une concession et d'une licence de police pour autant qu'une telle prorogation, qui peut être justifiée notamment par des raisons impérieuses d'intérêt général telles que l'objectif d'assurer la continuité d'un contrôle sur les opérateurs de ce secteur afin de garantir la protection des consommateurs, ne soit pas propre à garantir la réalisation de cet objectif ou qu'elle aille au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre ce dernier* ».

- **Modification unilatérale d'une clause irrégulière d'un contrat administratif**
[CE, 8 mars 2023, SIPPAREC, req. n° 464619](#)

Par trois délibérations du 16 décembre 2021, le comité syndical du SIPPAREC a modifié unilatéralement les trois conventions concédant la distribution d'électricité à la société Enedis, respectivement, sur le territoire des communes membres du syndicat SUD ELEG du Val-de-Marne et de l'Essonne, sur le territoire de la commune de Villiers-sur-Marne et sur son territoire dit « historique ».

Le préfet de Paris a demandé au juge des référés du tribunal administratif de Paris de suspendre l'exécution de ces délibérations, sur le fondement de l'article L. 554-1 du CJA. Par une ordonnance du 28 mai 2022, le juge des référés de la Cour administrative d'appel de Paris a rejeté l'appel formé par le SIPPAREC contre l'ordonnance du 21 mars 2022 par laquelle le Tribunal administratif de Paris avait fait droit à cette demande de suspension.

Saisi de ce litige, le Conseil d'Etat rappelle que, « *En vertu des règles générales applicables aux contrats administratifs, la personne publique contractante peut unilatéralement apporter des modifications à un tel contrat dans l'intérêt général, son cocontractant étant tenu de respecter les obligations qui lui incombent en vertu du contrat ainsi modifié tout en ayant droit au maintien de l'équilibre financier du contrat* ».

Le Conseil d'Etat précise à cette occasion que « *La personne publique peut ainsi, lorsqu'une clause du contrat est affectée d'une irrégularité tenant au caractère illicite de son contenu et à condition qu'elle soit divisible du reste du contrat, y apporter de manière unilatérale les modifications permettant de remédier à cette irrégularité* ».

Il ajoute que « *Si la clause n'est pas divisible du reste du contrat et que l'irrégularité qui entache le contrat est d'une gravité telle que, s'il était saisi, le juge du contrat pourrait en prononcer l'annulation ou la résiliation, la personne publique peut, sous réserve de l'exigence de loyauté des relations contractuelles, résilier unilatéralement le contrat sans qu'il soit besoin qu'elle saisisse au préalable le juge* ».

- **Difficultés rencontrées dans l'exécution d'un marché à forfait**

[CAA Lyon, 23 février 2023, Société SNEF, req. n° 21LY02107](#)

La Cour administrative d'appel de Lyon rappelle que « *Les difficultés rencontrées dans l'exécution d'un marché à forfait ne peuvent ouvrir droit à indemnité au profit de l'entreprise titulaire du marché que dans la mesure où celle-ci justifie soit que ces difficultés trouvent leur origine dans des sujétions imprévues ayant eu pour effet de bouleverser l'économie du contrat soit qu'elles sont imputables à une faute de la personne publique commise notamment dans l'exercice de ses pouvoirs de contrôle et de direction du marché, dans l'estimation de ses besoins, dans la conception même du marché ou dans sa mise en œuvre, en particulier dans le cas où plusieurs cocontractants participent à la réalisation de travaux publics* ».

La Cour fait également application du principe selon lequel, « *Dans le cadre d'un litige né de l'exécution de travaux publics, le titulaire du marché peut rechercher la responsabilité quasi délictuelle des autres participants à la même opération de construction avec lesquels il n'est lié par aucun contrat, notamment s'ils ont commis des fautes qui ont contribué à l'inexécution de ses obligations contractuelles à l'égard du maître d'ouvrage, sans devoir se limiter à cet égard à la violation des règles de l'art ou à la méconnaissance de dispositions législatives et réglementaires* ».

Elle rejette en l'espèce la requête par laquelle la société appelante a contesté le jugement du Tribunal administratif de Grenoble n'ayant pas fait droit à sa demande indemnitaire.

- **Quelles sont les obligations d'une personne publique qui envisage de mettre à la charge de son cocontractant les conséquences financières d'un marché de substitution ?**

[CAA Marseille, 20 mars 2023, Société Lombricorse, req. n° 21MA03334](#)

La Cour administrative d'appel de Marseille considère que « *dans le cas où elle compte sanctionner une défaillance de son contractant en faisant supporter à ce dernier les conséquences onéreuses d'un marché de substitution, la personne publique est dans l'obligation de mettre ce dernier en mesure de faire valoir ses observations* ».

La Cour relève en premier lieu qu'il ne résulte pas de l'instruction que la personne publique aurait mis la société requérante à même de faire valoir ses observations avant de décider de mettre en œuvre des moyens de substitution.

Elle relève en second lieu qu'il ne résulte pas davantage de l'instruction que « *la situation d'urgence était telle qu'elle fût obstacle à l'accomplissement de cette formalité* ».

La Cour en déduit que, « *Faute de l'avoir informée préalablement de son intention de recourir aux services du précédent titulaire du marché, la régie ne pouvait régulièrement mettre à la charge de la société les surcoûts en résultant* ».

- **Absence de caractère manifestement excessif des pénalités de retard**

[CAA Marseille, 20 mars 2023, Société Matière, req. n° 20MA03605](#)

La Cour administrative d'appel de Marseille rappelle que, « *lorsqu'il est saisi d'un litige entre les parties à un marché public, le juge du contrat doit, en principe, appliquer les clauses relatives aux pénalités dont sont convenues les parties en signant le contrat, il peut, à titre exceptionnel, être saisi de conclusions en ce sens par une partie, modérer ou augmenter les pénalités de retard résultant du contrat si elles atteignent un montant manifestement excessif ou dérisoire, eu égard au montant du marché et compte tenu de l'ampleur du retard constaté dans l'exécution des prestations* ».

Elle rejette en l'espèce la requête de la société contractante au motif que « *les pénalités de retard infligées aux entreprises membres du groupement s'élèvent à un montant de 236 700 euros, correspondant à 15,6 % du montant hors taxes du marché, soit 1 520 089 euros* » et que « *La société Matière, qui se borne à soutenir que ces pénalités représentent près de 30 % de sa propre rémunération et à imputer ce retard à son fournisseur, ne fournit aucun élément, relatif notamment aux pratiques observées pour des marchés comparables ou aux caractéristiques particulières du marché en litige, de nature à établir qu'un tel montant présenterait un caractère manifestement excessif* », étant précisé que « *A cet égard, est sans incidence la circonstance que le maître d'ouvrage, informé du retard, n'a pris aucune mesure visant à interrompre l'exécution du marché et ne l'a pas mise en demeure de terminer les travaux* ».

- **Une collectivité contractante peut-elle obtenir du juge des référés qu'il suspende une clause de révision des prix ?**

TA Lille, ord. 6 mars 2023, *Commune de Brebières*, req. n° 2301154 (décision non publiée)

La Commune de Brebières a demandé au juge des référés, statuant sur le fondement de l'article L. 521-1 du CJA, de suspendre la clause de révision des prix relative à un marché de chauffage de bâtiments conclu avec la société Dalkia sur le fondement de laquelle cette dernière avait émis plusieurs factures.

Le Tribunal administratif de Lille considère en premier lieu que la demande de la commune est irrecevable au motif que celle-ci se bornait à contester la validité de la clause financière de révision des prix qui n'est pas divisible du reste du contrat.

Il rappelle en second lieu le principe selon lequel « *le juge du contrat ne peut, en principe, lorsqu'il est saisi par une partie d'un litige relatif à une mesure d'exécution d'un contrat, que rechercher si cette mesure est intervenue dans des conditions de nature à ouvrir droit à indemnité* » et en déduit en l'espèce que le refus opposé par la société Dalkia de modifier la clause de révision des prix « *constituait*

une mesure d'exécution du contrat » de sorte que « les conclusions tendant à la suspension de l'exécution de ce contrat seraient, pour ce motif, irrecevables ».

Le juge des référés considère en troisième et dernier lieu que, *« en tout état de cause, les factures émises par la société Dalkia à l'encontre de la commune de Brebières n'étant pas exécutoires, et cette société n'étant donc pas susceptible d'obtenir le recouvrement forcé des sommes y figurant sans avoir obtenu au préalable une décision du juge administratif reconnaissant le bienfondé de la créance ainsi revendiquée, l'atteinte alléguée par la commune à sa situation financière ne peut être regardée comme suffisamment immédiate, et, par suite, la condition d'urgence comme remplie ».*

-
- **Energies renouvelables et règlement des redevances d'occupation du domaine public**
[Loi n° 2023-175 du 10 mars 2023 relative à l'accélération de production d'énergies renouvelables](#)

L'article 96 de loi du 10 mars 2023 relative à l'accélération de production d'énergies renouvelables modifie l'article L. 2125-4 du CGPPP en ajoutant un nouvel alinéa ainsi rédigé : *« De même, pour le développement des énergies renouvelables, une collectivité territoriale ou un groupement de collectivités peut admettre le titulaire d'un droit d'occupation ou d'utilisation de son domaine public à se libérer de tout ou partie des sommes exigibles pour la durée de l'autorisation ou de la concession qui lui a été accordée si ce titulaire possède le statut de l'une des sociétés mentionnées à la première phrase du troisième alinéa de l'article L. 2253-1, à l'article L. 3231-6 et au 14° de l'article L. 4211-1 du code général des collectivités territoriales et si le produit de la redevance ainsi perçue est affecté au financement de prises de participation à son capital dans le cadre prévu aux mêmes articles L. 2253-1, L. 3231-6 et L. 4211-1. Un décret en Conseil d'Etat fixe les conditions d'inscription du produit de la redevance au budget des collectivités ou de leurs groupements ».*

-
- **Précisions sur les modalités de calcul du seuil de modification de faible montant du prix des marchés publics**
[Rép. Min., 30 mars 2023, Madame Laure Darcos, n° 04407](#)

L'attention de la ministre déléguée auprès du ministre de l'Intérieur et des outre-mer et du ministre de la Transition écologique et de la cohésion des territoires a été attirée sur les modalités de calcul du seuil de modification de faible montant du prix des marchés publics, en application de l'article R. 2194-8 du CCP.

La ministre rappelle que *« L'article L. 2194-1 du code de la commande publique prévoit différentes possibilités de modifier un marché public sans nouvelle procédure de mise en concurrence, parmi lesquelles figurent notamment les modifications rendues nécessaires par des circonstances imprévues et les modifications de faible montant »* et que *« Chacune de ces modifications fait l'objet d'un régime spécifique ».*

La ministre poursuit ainsi : *« S'agissant des modifications de faible montant, la limite posée à l'article R. 2194-8 du code de la commande publique (modification inférieure aux seuils européens des procédures formalisées et à 10 % du montant du marché initial pour les marchés de services et de fournitures ou à 15 % du montant du marché initial pour les marchés de travaux) doit être appréciée en prenant en compte le montant cumulé des modifications adoptées sur ce même fondement juridique (voir article R. 2194-9 du même code) ».*

Elle en déduit qu'il n'y a pas lieu « de prendre en compte le montant des modifications intervenues sur le fondement de l'article R. 2194-5 du code de la commande publique pour apprécier la limite des modifications de faible montant » et précise qu'il convient « de veiller à ce que le même événement ne soit pas utilisé pour justifier plusieurs modifications du marché public. A défaut, tout ou partie de ces modifications pourrait être censurées par le juge administratif ».

CONTENTIEUX DES CONTRATS

- **Le Conseil d'Etat précise l'office du juge des référés précontractuels en cas d'irrégularité affectant la sélection des candidatures**

[CE, 31 mars 2023, Société Pro services, req. n° 468242](#)

Par une décision du 31 mars 2023, le Conseil d'Etat précise l'office du juge des référés précontractuels ayant relevé une irrégularité affectant la sélection des candidatures.

Après avoir estimé que la candidature d'un groupement d'entreprise ne pouvait être régulièrement retenue au motif que celle-ci ne justifiait pas de la compétence « restauration collective » pourtant exigée par les documents de la consultation, la Haute juridiction considère que « la procédure de passation du marché public en litige doit être annulée à compter de l'analyse des candidatures, ainsi que, par voie de conséquence, la décision portant rejet de la candidature de la société Pro services, et qu'il y a lieu d'enjoindre à la commune de Bandrélé, si elle entend poursuivre la procédure de passation du marché public en litige, de la reprendre à ce stade ».

- **Protection du secret des affaires et communication par le pouvoir adjudicateur du rapport d'analyse des offres et des échanges avec l'attributaire**

[CE, 15 mars 2023, Ville de Paris, req. n° 465171](#)

Dans le cadre d'un contentieux né du refus de la Ville de Paris de communiquer à la SOMUPI, candidat évincé de l'attribution d'un contrat de concession, les documents relatifs à l'offre de la société Clear Channel, attributaire, et à la procédure de passation de cette concession, le Conseil d'Etat rappelle le principe selon lequel « les contrats de commande publique et les documents qui s'y rapportent, y compris les documents relatifs au contenu des offres, sont des documents administratifs au sens de l'article L. 300-2 du code des relations entre le public et l'administration ».

S'agissant de la communication des échanges entre la Ville de Paris et la société attributaire pendant la phase de négociation, le Conseil d'Etat considère que, « Saisi d'un recours relatif à la communication de tels documents, il revient aux juges du fond d'examiner si, par eux-mêmes, les renseignements contenus dans les documents dont il est demandé la communication peuvent, en affectant la concurrence entre les opérateurs économiques, porter atteinte au secret des affaires et faire ainsi obstacle à cette communication en application des dispositions de l'article L. 311-6 du même code », étant rappelé que « Les documents et informations échangés entre l'administration et un candidat lors de la phase de négociation d'un contrat de la commande publique, dès lors qu'ils révèlent par nature la stratégie commerciale du candidat, entrent dans le champ du 1° de l'article L. 311-6 et ne sont, par suite, pas communicables ».

Le tribunal administratif a donc entaché son jugement d'une erreur de qualification juridique en considérant que « les pièces et courriers échangés entre la Ville de Paris et la société Clear Channel

pendant la phase de négociation devaient être regardés comme, en principe, communicables à la SOMUPI, alors même qu'il mentionne la réserve du respect du secret des affaires ».

S'agissant de la communication d'une version moins occultée du rapport d'analyse des offres, le Conseil d'Etat considère que le jugement attaqué n'est entaché ni d'insuffisance de motivation ni d'erreur de droit en estimant que « *les éléments du rapport d'analyse des offres relatifs "aux engagements financiers globaux" de la société attributaire et "à la nature générale des prestations proposées" présentaient un caractère communicable au regard des dispositions du code des relations entre le public et l'administration, sans se borner à constater, contrairement à ce que soutient la Ville de Paris, que les éléments équivalents relatifs à l'offre de la SOMUPI n'avaient pas été occultés dans la version du rapport adressée à cette société ».*

La Haute juridiction relève également que parmi les mentions occultées par la Ville de Paris dans le rapport d'analyse des offres communiqué à la SOMUPI, figurait « *des éléments relatifs aux engagements pris par la société attributaire à l'égard du pouvoir adjudicateur en termes de quantité et de qualité des prestations, qui, dès lors que, comme l'a relevé le tribunal administratif, ils ne mentionnent ni les prix unitaires, ni les caractéristiques précises de ces prestations, ne révèlent pas en eux-mêmes des procédés de fabrication ou la stratégie commerciale de l'entreprise et sont, par suite, communicables »*, à l'instar « *des éléments relatifs aux modèles de mobilier envisagés, à leur dimensionnement, à leur qualité, incluant la nature des équipements numériques proposés, à leur esthétique, à leur évolutivité ainsi qu'à leur nombre et au calendrier de leur déploiement ».*

Réglant l'affaire au fond en application des dispositions de l'article L. 821-2 du CJA, le Conseil d'Etat considère qu'il « *appartient au juge de l'excès de pouvoir, saisi de moyens en ce sens, de contrôler la régularité et le bien-fondé d'une décision de refus de communication de documents administratifs sur le fondement des dispositions des articles L. 311-1 et L. 311-2 du code des relations entre le public et l'administration »* et que « *Pour ce faire, par exception au principe selon lequel le juge de l'excès de pouvoir apprécie la légalité d'un acte administratif à la date de son édicton, il appartient au juge, eu égard à la nature des droits en cause et à la nécessité de prendre en compte l'écoulement du temps et l'évolution des circonstances de droit et de fait afin de conférer un effet pleinement utile à son intervention, de se placer à la date à laquelle il statue ».*

Il en déduit que la SOMUPI n'est pas fondée à demander l'annulation de la décision de la Ville de Paris en tant qu'elle lui a refusé la communication des courriers échangés entre elle et la société Clear Channel pendant la phase de négociation des offres.

▪ **Compétence juridictionnelle pour connaître d'un litige né de la cession de biens immobiliers faisant partie du domaine privé d'une personne publique**

[TC, 13 mars 2023, Société Gartiser, n° C4266](#)

Par la décision rapportée, le Tribunal des conflits rappelle que « *Le contrat par lequel une personne publique cède des biens immobiliers faisant partie de son domaine privé est en principe un contrat de droit privé, sauf si ce contrat a pour objet l'exécution d'un service public ou s'il comporte des clauses qui, notamment par les prérogatives reconnues à la personne publique contractante dans l'exécution du contrat, impliquent, dans l'intérêt général, qu'il relève du régime exorbitant des contrats administratifs ».*

Le Tribunal des conflits relève en l'espèce, d'une part, que « *La vente par la commune de Phalsbourg à la société Gartiser d'une parcelle appartenant à son domaine privé en vue de la réalisation d'un*

bâtiment industriel n'a pas pour objet l'exécution d'un service public » et, d'autre part, que « ni les clauses par lesquelles la société s'engage, sous une condition résolutoire, à déposer un permis de construire et à réaliser un bâtiment dans certains délais, ni celles qui encadrent le droit de la société de disposer du terrain, ni celles qui encadrent les conditions de retour du bien en cas de résolution de la vente, ni aucune autre clause n'impliquent que, dans l'intérêt général, le contrat relève du régime exorbitant des contrats administratifs ».

Il en déduit qu'il appartient à la juridiction judiciaire de connaître de la demande indemnitaire de la société consécutive à la résolution de la vente prononcée par la commune en raison du non-respect du délai de réalisation de la construction.

-
- **La contestation de l'acte par lequel une personne publique modifie le périmètre ou la consistance de son domaine privé relève de la compétence du juge administratif**
[TC, 13 mars 2023, Boucherie cannoise, n° C4260](#)

La SARL Boucherie Cannoise recherche en l'espèce la responsabilité de la Commune de Cannes à raison du retrait ou de l'absence d'exécution de la délibération du 10 octobre 2016 du conseil municipal, qui décide d'une modification du périmètre ou de la consistance du domaine privé de la commune.

Le Tribunal des conflits considère que « *l'acte d'une personne publique, qu'il s'agisse d'une délibération ou d'une décision, qui modifie le périmètre ou la consistance de son domaine privé ne se rapporte pas à la gestion de ce domaine, de sorte que la contestation de cet acte ressortit à la compétence du juge administratif. Il en va de même du refus de prendre un tel acte ou de son retrait, ainsi que du litige par lequel est recherchée la responsabilité de cette personne publique à raison d'un tel acte, du refus de le prendre ou de son retrait* ».

Il en déduit que le litige qui oppose la SARL Boucherie Cannoise et la Commune de Cannes relève de la compétence de la juridiction de l'ordre administratif.

-
- **La Cour de cassation précise les incidences de la signature d'un contrat de droit privé de la commande publique sur le pourvoi contestant l'ordonnance de référé précontractuel**
[Cass. Com., 22 mars 2023, Société Sopro, RG n° 21.10808](#)

Si la conclusion d'un contrat de droit privé de la commande publique entre un adjudicateur et l'entreprise sélectionnée met fin aux pouvoirs du juge saisi en matière précontractuelle sur le fondement des articles 2 à 5 de l'ordonnance n° 2009- 515 du 7 mai 2009, elle ne prive, néanmoins, pas d'objet le pourvoi contestant la décision prise par ce juge avant que cette conclusion n'intervienne.

La Cour de cassation ne renvoie cependant pas l'affaire au fond en cas de pourvoi.

-
- **Communication aux candidats évincés des éléments relatifs aux caractéristiques et avantages de l'offre de l'attributaire**
TA Besançon, 24 mars 2023, STPI, req. n° 2300367 (décision non publiée)

Le Tribunal administratif de Besançon rappelle que « *L'exigence de motivation de la décision rejetant une offre posée par ces dispositions a, notamment, pour objet de permettre à l'auteur de cette offre de contester utilement le rejet qui lui a été opposé devant le juge du référé précontractuel saisi en application de l'article L. 551-1 du code de justice administrative. Par suite, l'absence de respect de ces*

dispositions constitue un manquement aux obligations de transparence et de mise en concurrence. Toutefois, un tel manquement n'est plus constitué si les motifs de cette décision ont été communiqués au candidat évincé à la date à laquelle le juge des référés statue et si le délai qui s'est écoulé entre cette communication et la date à laquelle le juge statue a été suffisant pour permettre à ce candidat de contester utilement son éviction ».

Il relève que, « *A la suite de la demande du groupement tendant à obtenir les motifs du rejet de son offre, la communauté de communes défenderesse a par lettre du 2 février 2023 informé le mandataire du groupement des notes sur la valeur technique et le prix des offres de la société attributaire et du groupement en précisant le détail de notation du mémoire technique du seul groupement* » et considère que « *Alors que ni le rapport d'analyse des offres, ni les modalités d'application de la méthode de notation ne lui ont été communiqués, la société requérante n'a en conséquence, jamais eu connaissance, au vu des éléments produits par l'acheteur, des caractéristiques et avantages de l'offre retenue pour en contester utilement les motifs du rejet de son offre devant le juge du référé précontractuel* ».

La société requérante est donc fondée à soutenir que l'acheteur public a commis à cet égard un manquement à « *ses obligations de publicité et de transparence des procédures* ».

-
- **Régime contentieux des titres d'occupation du domaine public maritime destinés à l'installation de production d'énergie renouvelable en mer**
[Loi n° 2023-175 du 10 mars 2023 relative à l'accélération de production d'énergies renouvelables](#)

L'article 60 de loi du 10 mars 2023 relative à l'accélération de production d'énergies renouvelables insère au sein du CGPPP un nouvel article L. 2331-1-1 qui prévoit que « *Le juge administratif, saisi de conclusions dirigées contre une autorisation ou un contrat d'occupation du domaine public maritime délivré pour une installation de production d'énergie renouvelable en mer ou pour les études techniques et environnementales ou les ouvrages de raccordement au réseau public de transport d'électricité afférents, après avoir constaté que les autres moyens ne sont pas fondés, peut : 1° S'il estime qu'un vice n'affecte qu'une phase de l'instruction de la demande d'acte ou une partie de cet acte, limiter à cette partie la portée de l'annulation qu'il prononce et demander à l'autorité administrative compétente de reprendre l'instruction à la phase ou sur la partie qui a été entachée d'irrégularité, 2° S'il estime qu'un vice entraînant l'illégalité de cet acte est susceptible d'être régularisé par un acte modificatif, après avoir invité les parties à présenter leurs observations, surseoir à statuer jusqu'à l'expiration du délai qu'il fixe pour cette régularisation [...]* ».

Le même article prévoit également que, « *En cas d'annulation ou de sursis à statuer affectant une partie seulement de l'acte, le juge détermine s'il y a lieu de suspendre l'exécution des parties de l'acte non viciées* ».

Auteur



Steve BATOT
Avocat, associé
sbatot@racine.eu

Inscrivez-vous à notre newsletter Contrats publics

Profitez de nos flashes info et ne manquez pas nos prochains événements Racine avocats (Matinales de la commande publique, petits déjeuners débats et ateliers pratiques) pour découvrir toute l'actualité juridique de ce domaine présentée par nos experts en Droit public – Energie

Pour vous inscrire gratuitement : <https://urlz.fr/k71y>

