



Newsletter Contrats publics – n° 7

Juin 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} mai et le 31 mai 2023.

PASSATION DES CONTRATS

- **Volet « commande publique » de l’avis du Conseil d’Etat sur le projet de loi relatif à l’industrie verte**
[CE, 11 mai 2023, n° 407035, avis sur le Projet de loi relatif à l’industrie verte](#)

Le Conseil d’Etat a été saisi le 18 avril 2023 d’un projet de loi relatif à l’industrie verte – comportant quatorze articles – organisé en trois titres, respectivement consacrés aux mesures destinées à accélérer les implantations industrielles et à réhabiliter les friches, aux enjeux environnementaux de la commande publique et au financement de l’industrie verte.

Le projet de loi prévoit notamment d’introduire à l’article L. 2152-7 du CCP une définition de l’offre économiquement la plus avantageuse, de façon à y faire apparaître la possibilité de prévoir des critères environnementaux dans le choix du cocontractant. A cet égard, le Conseil d’Etat « *recommande au Gouvernement de ne pas retenir cette disposition* » aux motifs, d’une part, que « *l’explicitation de cette notion d’offre économiquement la plus avantageuse a été inscrite jusqu’à présent dans la partie réglementaire du code de la commande publique et aucune raison valable ne conduit à revenir sur le partage entre loi et règlement auquel il a ainsi été procédé* » et que « *la partie réglementaire du code prévoit déjà que des critères environnementaux peuvent être pris en compte au titre de l’offre économiquement la plus avantageuse, de sorte que la disposition proposée ne change rien au droit positif* ».

Le projet de loi complète également l’habilitation à intervenir par ordonnance de l’article 12 de la loi 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, pour prévoir un

nouveau cas d'exclusion des procédures de passation de la commande publique visant les entreprises ne respectant pas les obligations de publication d'informations en matière de durabilité qui leur incomberont après transposition de la directive n° 2022/2464 du Parlement européen et du Conseil du 14 décembre 2022.

Cette disposition n'a pas appelé de remarque particulière de la part du Conseil d'Etat, sous réserve « *d'une modification visant à prévoir un délai propre à cette habilitation, courant à compter de la promulgation de la loi relative à l'industrie verte, de façon à éviter toute difficulté liée à la date à laquelle cette loi sera adoptée* ».

Le projet de loi prévoit par ailleurs que les acheteurs pourront décider d'exclure des procédures de passation des contrats de la commande publique les entreprises qui ne satisfont pas à l'obligation d'établir un bilan des émissions de gaz à effet de serre prévue par l'article L. 229-25 du Code de l'environnement.

Cette nouvelle cause d'exclusion n'a pas soulevé de difficulté juridique particulière dès lors, notamment, que les directives marchés publics et concessions permettent explicitement aux Etats membres de prévoir de tels dispositifs. Le Conseil d'Etat souligne toutefois que « *si le projet de loi crée une possibilité et non une obligation pour les acheteurs publics, le respect du principe d'égalité impose que, lorsqu'elle est mise en œuvre, cette cause d'exclusion soit appliquée de manière identique à tous les candidats* ».

La Haute juridiction suggère néanmoins « *de ne pas retenir la phrase aux termes de laquelle : « Une telle prise en compte ne peut être de nature à restreindre la concurrence ou à rendre techniquement ou économiquement difficile l'exécution de la prestation », dont la portée exacte est indéfinie dès lors que l'acheteur n'est pas tenu de mettre en œuvre cette cause d'exclusion* ».

▪ **Contrat de concession conclu sans publicité ni mise en concurrence préalable et urgence dans laquelle se trouve l'autorité concédante de continuer à faire assurer le service**

TA Cergy-Pontoise, 3 mai 2023, *Société Paris Fast Depann SAS*, req. n° 2305155 (décision non publiée)

Par une ordonnance de référé précontractuel du 3 mai 2023, le Tribunal administratif de Cergy-Pontoise considère « *qu'il est loisible à la commune de Levallois-Perret de conclure une concession provisoire relative à la mise en fourrière et au gardiennage des véhicules sans publicité ni mise en concurrence préalable, sur le fondement des dispositions précitées de l'article R. 3121-6 du code de la commande publique* » aux motifs, d'une part, que « le représentant légal de l'attributaire de la concession de mise en fourrière et de gardiennage des véhicules en cours s'est vu retirer son agrément de gardien de fourrière par un arrêté préfectoral » et, d'autre part, que « *la méconnaissance des règles de stationnement sur voirie justifiant l'enlèvement d'un véhicule, ne serait-ce qu'une dizaine de fois par jour, est susceptible de pénaliser rapidement et gravement la fluidité et la sécurité du trafic routier* », étant relevé que « *la durée de la concession en cause n'excède pas celle requise pour mettre en œuvre une procédure de passation* ».

- **La DAJ publie une fiche technique sur les dispositifs permettant d'écarter les offres des pays tiers en matière de commande publique**

[DAJ, Fiche technique mise en ligne le 5 mai 2023, « Les dispositifs permettant d'écarter les offres des pays tiers en matière de commande publique »](#)

L'adoption du règlement (UE) 2022/1031 du 23 juin 2022 – dit « *instrument relatif aux marchés publics internationaux (IMPI)* » – a parachevé les négociations permettant d'offrir aux pouvoirs adjudicateurs et aux entités adjudicatrices les moyens d'assurer une concurrence internationale plus équitable dans le champ de la commande publique. Ce règlement dote l'Union européenne d'un nouvel outil permettant de dissuader les États non-signataires d'un accord de libre accès mutuel à la commande publique de restreindre l'accès des opérateurs économiques européens à leurs propres contrats de la commande publique et à conclure avec elle de tels accords. Il clarifie également les règles de détermination de la nationalité des opérateurs économiques et de l'origine des travaux, fournitures et services en matière de commande publique. Enfin, ce règlement donne une base expresse à la possibilité, pour les acheteurs et les autorités concédantes, de mettre directement en œuvre des mesures de traitement différencié envers les entreprises des pays qui n'ont pas conclu un accord de libre accès et les offres originaires de pays tiers non couvert par un accord d'ouverture des marchés publics ou dont les biens, services ou travaux, ne sont pas couverts par un tel accord.

Afin d'accompagner les acheteurs et d'éclairer les entreprises sur la mise en œuvre de ce dispositif, la DAJ met en ligne une fiche technique qui présente l'ensemble des outils applicables en matière d'accès des pays-tiers aux contrats de la commande publique (articles L. 2112-4, L. 2153-1, L. 2153-2, L. 2353-1, L. 3124-6 du CCP – article 86 de la directive 2014/25/UE).

EXECUTION DES CONTRATS

- **La crise sanitaire constitue-t-elle un cas de force majeure ?**

TA Polynésie-Française, 9 mai 2023, *Société Pae Tai Pae Uta*, req. n° 2200206 (décision non publiée)

Statuant à la demande d'une société titulaire d'un marché de fourniture de services – marché ayant pour objet l'élaboration du schéma directeur du plan de transition écologique et énergétique du Port autonome de Papeete – tendant à l'annulation de la décision par laquelle le directeur du port autonome a refusé la décharge des pénalités de retard ainsi que les prorogations de délais d'exécution, le Tribunal administratif de la Polynésie-Française considère, « *compte tenu de l'allongement ainsi décidé des délais contractuels, pour un total de 128 jours, eu égard par ailleurs à la possibilité de poursuivre les communications et études par télétravail, que la crise sanitaire de la Covid-19 ait été constitutive, en l'espèce, d'un cas de force majeure irrésistible susceptible de justifier l'important dépassement en litige des délais d'exécution du marché* ».

- **Accord-cadre et appréciation du caractère manifestement excessif des pénalités**

TA Bordeaux, 3 mai 2023, *Société Ginger CEBTP*, req. n° 2101983 (décision non publiée)

Par la décision rapportée, le Tribunal administratif de Bordeaux rappelle que « *Lorsque le titulaire du marché saisit le juge de conclusions tendant à ce qu'il modère les pénalités mises à sa charge, il ne saurait utilement soutenir que le pouvoir adjudicateur n'a subi aucun préjudice ou que le préjudice qu'il a subi est inférieur au montant des pénalités mises à sa charge* », qu' « *Il lui appartient de fournir aux juges tous éléments, relatifs notamment aux pratiques observées pour des marchés comparables ou*

aux caractéristiques particulières du marché en litige, de nature à établir dans quelle mesure ces pénalités présentent selon lui un caractère manifestement excessif », et qu' « Au vu de l'argumentation des parties, il incombe au juge soit de rejeter les conclusions dont il est saisi en faisant application des clauses du contrat relatives aux pénalités, soit de rectifier le montant des pénalités mises à la charge du titulaire du marché dans la seule mesure qu'impose la correction de leur caractère manifestement excessif ».

Le Tribunal précise que *« le caractère manifestement excessif du montant des pénalités de retard assignées à la société [requérante] doit être apprécié non pas au regard du montant total des prestations objet de l'accord cadre en litige, mais en tenant compte des seules prestations dont l'exécution est requise par le bon de commande en litige ».*

CONTENTIEUX DES CONTRATS

- **La prescription de l'action en responsabilité d'une personne publique à l'encontre des auteurs de pratiques anticoncurrentielles auxquelles ses organismes dirigeants ont participé court à compter de la date à laquelle les nouveaux dirigeants acquièrent une connaissance suffisamment certaine de l'étendue de ces pratiques**

[CE, 9 mai 2023, Société Gespace France, req. n° 451710](#)

Par une décision du 9 mai 2023, le Conseil d'Etat considère, au visa des articles 2270-1 du Code civil et L. 481-1 du Code de commerce, que le délai de prescription des actions fondées sur la responsabilité quasi-délictuelle des auteurs de pratiques anticoncurrentielles ne pouvait commencer à courir avant la date à laquelle la personne publique a eu connaissance de manière suffisamment certaine de l'étendue des pratiques anticoncurrentielles dont elle a été victime de la part des titulaires des marchés.

La Haute juridiction précise que *« dans l'hypothèse où le préjudice de la personne publique résulte de pratiques auxquelles ses organes dirigeants ont participé, de sorte qu'en raison de leur implication elle n'a pu faire valoir ses droits à réparation, la prescription ne peut courir qu'à la date à laquelle, après le remplacement de ses organes dirigeants, les nouveaux organes dirigeants, étrangers à la mise en œuvre des pratiques anticoncurrentielles, acquièrent une connaissance suffisamment certaine de l'étendue de ces pratiques ».*

-
- **Une convention de projet urbain partenariat présente le caractère d'un contrat administratif**

[CE, 12 mai 2023, Société Massonex, req. n° 464062](#)

Par une décision du 12 mai 2023, le Conseil d'Etat considère qu'une convention de projet urbain partenarial (PUP) conclue sur le fondement des dispositions de l'article L 332-11-3 du Code de l'urbanisme *« présente le caractère d'un contrat administratif dont la validité peut être contestée par un tiers »* dans les conditions énoncées par la jurisprudence Département du Tarn-et-Garonne (CE, 4 avril 2014, req. n° 358994).

- **Compétence juridictionnelle pour connaître du contentieux des contrats portant occupation du domaine public**

[CAA Toulouse, 16 mai 2023, Association société nautique de Narbonne, req. n° 21LT03949](#)

La décision rapportée rappelle la solution constante selon laquelle « les contrats accordant à une personne publique ou à une personne privée la concession de l'établissement et de l'exploitation d'un port de plaisance en bordure du rivage de la mer ont le caractère de contrat portant occupation du domaine public », de sorte que « Les litiges relatifs à ces contrats relèvent, en principe, de la juridiction administrative ». Il en va de même, indique la Cour, « *des contrats par lesquels le concessionnaire, en sa qualité de concessionnaire de service public, confie à un tiers l'établissement d'un outillage ou l'exploitation d'ouvrages implantés sur le domaine public concédé* ».

- **Mise en œuvre de la clause de conciliation préalable à l'exercice d'un contentieux**

TA Guadeloupe, 23 mai 2023, *Société PDS Events*, req. n° 2300193 (décision non publiée)

Saisi d'une demande tendant à la condamnation d'une commune à lui verser une provision en application de l'article R. 541-1 du CJA correspondant au paiement des rémunérations et des avances contractuelles prévue par la convention délégation de service public en cause, le Tribunal relève que les stipulations de la convention litigieuse « *prévoient la mise en œuvre d'une procédure de conciliation préalable avant la saisine du juge administratif* » et rappelle que « *L'existence même de ce recours prévu au contrat fait obstacle à ce qu'une des parties saisisse directement le juge administratif, y compris le juge statuant en référé, sauf cas express prévu par les stipulations précitées* ».

A cet égard, le Tribunal relève que « *si, au titre de l'exercice 2020, la société PDS Events a sollicité la mise en place d'une instance de conciliation pour régler le différend né avec la commune du Gosier, par le courrier du 1^{er} juin 2022, ayant uniquement pour objet "demande de paiement", la société PDS Events ne justifie pas avoir respecté la procédure prévue à l'article 29 du contrat de délégation de service public, ce dernier n'ayant pas été modifié par les avenants n°2 et n°3 et qu'elle aurait soumis le présent différend, relatif aux exercices 2017 à 2019, à une instance de conciliation dûment constituée* ».

Le tribunal en déduit que la commune est fondée à opposer à la société requérante l'irrecevabilité de sa requête.

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>

