



Newsletter Contrats publics – n° 8 Septembre 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} juin et le 31 août 2023.

ACTUALITE LEGISLATIVE ET REGLEMENTAIRE

- **Mesures portant adaptations et dérogations temporaires au droit de la commande publique suite aux violences urbaines survenues du 27 juin au 5 juillet 2023**

[Ordonnance n° 2023-660 du 26 juillet 2023 portant diverses adaptations et dérogations temporaires en matière de commande publique nécessaires à l'accélération de la reconstruction et de la réfection des équipements publics et des bâtiments dégradés ou détruits au cours des violences urbaines survenues du 27 juin au 5 juillet 2023](#)

Afin d'accélérer et de faciliter les opérations de reconstruction ou de réfection des équipements publics et des bâtiment dégradés ou détruits au cours des troubles à l'ordre et à la sécurité publique survenus entre le 27 juin et le 5 juillet 2023, l'article 2 de la loi n° 2023-656 du 25 juillet 2023 (JORF n° 0171 du 28 juillet 2022, texte n° 1) a autorisé le Gouvernement à prendre par ordonnance toute mesure permettant aux maîtres d'ouvrage soumis au CCP, pendant une durée limitée, de conclure en dessous d'un certain seuil des marchés publics de travaux sans publicité préalable mais avec mise en concurrence, de déroger au principe d'allotissement et de recourir aux marchés globaux.

Ainsi que le rappelle la circulaire de la Première ministre du 5 juillet 2023 relative à l'accélération des procédures pour faciliter les opérations de réparation ou de reconstruction suite aux dégradations intervenues, le CCP prévoit déjà la possibilité de conclure des marchés sans publicité ni mise en concurrence préalable pour faire face à des situations relevant d'une urgence impérieuse que les acheteurs peuvent mobiliser pour réaliser les travaux de réparation ou de reconstruction qui ne souffrent d'aucun délai (circulaire disponible [ici](#)).

Cette procédure, qui est encadrée par des conditions strictes, ne peut toutefois pas être appliquée à l'ensemble des travaux nécessaires à la réfection ou la reconstruction des ouvrages touchés.

C'est donc sur le fondement de l'habilitation précitée que l'ordonnance n° 2023-660 du 26 juillet 2023 adapte les règles de passation des marchés de travaux afin de faciliter le retour au fonctionnement normal des services publics dans les meilleurs délais.

Cette ordonnance assouplit pour neuf mois les règles en matière de commande publique sur les points suivants :

- les acheteurs peuvent déroger aux règles normales de passation des marchés publics en recourant à une procédure négociée, sans publication préalable d'un avis d'appel à la concurrence, mais avec une mise en concurrence, pour tous les marchés de travaux nécessaires à la reconstruction ou à la réfection des équipements publics (mobilier urbain, réseaux de transport, équipements d'infrastructures, etc.) et des bâtiments endommagés et répondant à un besoin inférieur à 1,5 million d'euros hors taxes ;
- les acheteurs peuvent également, sans justification et sans limitation de montant, déroger au principe général d'allotissement des prestations nécessaires à ces reconstructions ou à ces réfections ;
- un nouveau cas de recours au marché de conception-réalisation est créé afin d'autoriser les maîtres d'ouvrages publics à confier à un opérateur économique (quel que soit le montant estimé des travaux), une mission globale portant à la fois sur l'établissement des études et l'exécution des travaux nécessaires à la reconstruction ou à la réfection des équipements publics et des bâtiments détruits ou dégradés.

L'ordonnance du 26 juillet 2023 a fait l'objet d'une fiche technique en date du 27 juillet 2023 publiée par la DAJ (fiche technique accessible [ici](#)).

-
- **Modification du Code de la commande publique par la loi relative à la programmation militaire pour les années 2024 à 2030**
[Loi n° 2023-703 du 1^{er} août 2023 relative à la programmation militaire pour les années 2024 à 2030 et portant diverses dispositions intéressant la défense](#)

La loi n° 2023-703 du 1^{er} août 2023 emporte modification du CCP.

A ainsi été institué un nouvel article L. 2196-7 qui prévoit que, pour l'application des dispositions relatives au contrôle du coût de revient des marchés de l'Etat et de ses établissements publics (Articles L2196-4 et suivants), peuvent être précisées par décret, après concertation préalable avec les groupements représentatifs des industriels concernés :

- la forme selon laquelle les éléments techniques et comptables mentionnés à l'article L. 2196-5 et au second alinéa de l'article L. 2196-6 sont présentés à l'administration, si celle-ci en fait la demande ;
- la nature des charges comprises dans la détermination du coût de revient et les modalités de leur comptabilisation ;

- les modalités de prise en compte des coûts de revient des stocks constitués, le cas échéant, en application de l'article L. 1339-1 du Code de la défense pour les entreprises titulaires de l'autorisation mentionnée à l'article L. 2332-1 du même Code.

Les règles générales applicables aux marchés publics mentionnés au titre 1^{er} (autres marchés publics) à l'exception de ceux portant sur le service public de transport de voyageurs par chemin de fer (Articles L. 2521-1 à L. 2521-6 du CCP) sont également complétées par un nouvel article L. 2521-6 qui rend applicable aux marchés publics de défense ou de sécurité les dispositions relatives au contrôle du coût de revient des marchés de l'Etat et de ses établissements publics.

Par ailleurs, la loi du 1^{er} août 2023 modifie les 3^o et 4^o de l'article L. 2515-1 du CCP en précisant que sont soumis aux règles applicables aux « autres marchés publics » (livre V de la deuxième partie du CCP) les marchés de défense ou de sécurité :

- portant sur des armes, munitions ou matériel de guerre lorsque, au sens de l'article 346 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, la protection des intérêts essentiels de sécurité de l'Etat l'exige, « notamment pour des achats qui nécessitent une confidentialité extrêmement élevée ou une grande rapidité d'acquisition, pour le remplacement accéléré des équipements militaires et des munitions mis à disposition des partenaires et des alliés de la France et pour les acquisitions de matériels militaires destinées à tirer rapidement les enseignements des conflits et des crises affectant la sécurité du continent européen ou celle des outre-mers ou lorsque le rythme du progrès technologique nécessite une très grande rapidité d'acquisition » ;
- pour lesquels l'application de la deuxième partie du CCP obligerait à une divulgation d'informations contraire aux intérêts essentiels de sécurité de l'Etat, « notamment pour des travaux, des fournitures ou des services particulièrement sensibles, qui nécessitent une confidentialité extrêmement élevée, tels que certains achats destinés à la protection des frontières ou à la lutte contre le terrorisme ou la criminalité organisée, des achats liés au cryptage ou destinés spécifiquement à des activités secrètes ou à d'autres activités tout aussi sensibles menées par les forces de sécurité intérieure ou par les forces armées ».

PASSATION DES CONTRATS

▪ Offre mal orientée : quelle conséquence ?

[CE, 1^{er} juin 2023, Communauté d'agglomération de la région de Château-Thierry, req. n° 469127](#)

Saisi à la requête de la société Routière de la Vallée de la Marne d'une demande de référé présentée sur le fondement de l'article L. 551-1 du CJA, le Conseil d'Etat rappelle les termes de l'article R. 2132-3 du CCP selon lesquels « *Le profil d'acheteur est la plateforme de dématérialisation permettant notamment aux acheteurs de mettre les documents de la consultation à disposition des opérateurs économiques par voie électronique et de réceptionner par voie électronique les documents transmis par les candidats et les soumissionnaires. Un arrêté du ministre chargé de l'économie figurant en annexe du présent code détermine les fonctionnalités et les exigences minimales qui s'imposent aux profils d'acheteur* ».

Par une ordonnance du 8 novembre 2022 rendue sous le numéro 2203116, le juge des référés du Tribunal administratif d'Amiens avait estimé que la Communauté d'agglomération de la région de

Château-Thierry avait manqué à ses obligations de mise en concurrence en « *ne prenant pas en compte la candidature et l'offre de la société requérante du fait de l'erreur de celle-ci concernant le "tiroir numérique" dans lequel elle avait déposé sa candidature et son offre et en n'analysant pas à ce titre l'offre qu'elle avait remise* » aux motifs que « *les dates limites de remise des offres et candidatures étaient identiques, qu'il n'y avait pas d'ambiguïté possible sur le fait que les pièces transmises par la société correspondaient au marché référencé n°2022S13 et que leur rétablissement au titre de la procédure de passation litigieuse ne nécessitait aucune analyse ni aucune contrainte particulière pour le pouvoir adjudicateur* ».

Le Conseil d'Etat considère toutefois que, « *d'une part, aucune disposition ni aucun principe n'impose au pouvoir adjudicateur d'informer un candidat que son offre a été déposée dans le cadre d'une autre consultation que celle à laquelle il voulait postuler et, d'autre part, il ne peut rectifier de lui-même l'erreur de dépôt ainsi commise, sauf dans l'hypothèse où il serait établi que cette erreur résulterait d'un dysfonctionnement de la plateforme de l'acheteur public* ».

Il en déduit que le juge des référés du Tribunal administratif d'Amiens a entaché son ordonnance d'une erreur de droit en estimant que la Communauté d'agglomération de la région de Château-Thierry avait dans ces conditions manqué à ses obligations de mise en concurrence.

- **Droit à réparation en cas de déclaration sans suite**

[CAA Lyon, 22 juin 2023, Société Eastern Airways UK Limited, req. n° 22LY00219](#)

La société requérante faisait valoir, sur le terrain de la responsabilité sans faute, qu'elle avait subi un préjudice anormal et spécial du fait notamment de l'abandon de la procédure de délégation de service public portant sur le développement et l'exploitation de l'aéroport de Dijon-Longvic.

La Cour administrative d'appel de Lyon relève « *qu'avant de soumissionner à l'attribution de la délégation de service public, la société Eastern Airways exploitait depuis 2010 les liaisons Dijon-Bordeaux et Dijon-Toulouse pour lesquelles elle avait bénéficié d'aides au démarrage pendant trois années* » et que « *si, à l'issue de cette période, les lignes en cause ont été placées sous obligations de service public, permettant au gestionnaire de l'aéroport de les déléguer à un exploitant unique, il ne résulte pas de l'instruction que la société Eastern Airways, qui s'était d'ailleurs engagée, en contrepartie des aides qui lui avaient été accordées, à exploiter les lignes pendant quatre ans et qui pouvait librement continuer à les exploiter tant que cette délégation n'avait pas été attribuée, aurait reçu une quelconque garantie d'obtenir l'attribution de cette délégation pour laquelle elle devait, comme tout candidat à l'attribution de la délégation, soumissionner afin d'obtenir le droit exclusif de les exploiter* ».

La Cour en déduit que, « *dès lors qu'une telle procédure de délégation avait été lancée, elle n'avait aucune garantie d'en obtenir l'attribution et savait qu'elle encourrait le risque que cette délégation soit confiée à l'un de ses concurrents, une autre offre ayant d'ailleurs été présentée* », après avoir relevé que « *tant qu'aucun engagement n'avait pas été pris, la collectivité était libre de renoncer à contracter* ».

L'abandon de la procédure de délégation de service public ne constitue donc pas la cause directe des préjudices dont la société Eastern Airways demandait réparation.

- **Remise tardive d'une offre : comment caractériser l'accomplissement en temps utile des diligences normales pour le téléchargement de la candidature ?**

TA Marseille, 1^{er} juin 2023, *Société LDS*, req. n° 2304811 (décision non publiée)

Saisi à la requête d'un candidat évincé pour l'attribution de la concession de l'organisation de spectacles taurins et traditionnels dans les arènes de la ville d'Arles, le Tribunal administratif de Marseille rappelle que « *s'il résulte des dispositions combinées des articles R. 3123-14 et R. 3123-21 du code de la commande publique que les candidatures présentées hors du délai fixé par l'autorité concédante ne peuvent participer à la suite de la procédure de passation du contrat de concession, cette autorité ne saurait toutefois rejeter une candidature remise par voie électronique comme tardive lorsque le candidat, qui n'a pu déposer celle-ci dans le délai sur le réseau informatique mentionné à l'article R. 3122-15 du même code, établi, d'une part, qu'il a accompli en temps utile les diligences normales attendues d'un opérateur économique pour le téléchargement de sa candidature et, d'autre part, que le fonctionnement de son équipement informatique était normal* ».

Le Tribunal relève que « *lors du dépôt de son dossier de candidature sur le site internet prévu par le règlement de la consultation, la société LDS concept s'est trouvée dans l'impossibilité de sélectionner les fichiers à télécharger, et s'est vue dans l'obligation de recommencer la procédure de dépôt de son dossier à partir d'un ordinateur différent, le dépôt du dossier n'étant achevé qu'à 16h01, au-delà du délai prévu par le règlement de la consultation* » et que, « *alors que les documents de candidatures et l'offre de la société LDS concept étaient achevés longtemps avant la date limite de dépôt des candidatures, selon les déclarations de la société elle-même, celle-ci a pris la décision de déposer son offre le plus tardivement possible et ne s'est connectée au site sur lequel le dossier devait être déposé que « vers 15h20 » selon les termes du constat d'huissier, qu'à 15h27 selon le bordereau de contrôle d'un pli dématérialisé produit par la société requérante* ».

Il en déduit, dans ces conditions, que la société requérante « *n'établit pas avoir accompli en temps utiles les diligences normales pour le téléchargement de sa candidature* ».

-
- **Offre irrégulière et absence de communication d'un document à caractère public**

TA Bastia, 4 août 2023, *Société méditerranéenne de travaux et d'enrobés*, req. n° 2300865 (décision non publiée)

Statuant au visa des articles L. 2152-1 et suivants et R. 2132-1 du CCP, le Tribunal administratif de Bastia rappelle que « *le règlement de la consultation d'un marché est obligatoire dans toutes ses mentions* » et que « *l'administration ne peut en conséquence attribuer le marché à un candidat qui ne respecterait pas une des prescriptions imposées par le règlement, sauf si cette exigence se révèle manifestement dépourvue de toute utilité pour l'examen des candidatures ou des offres, notamment parce que les éléments demandés ont un caractère public* » (CE, 22 décembre 2008, Commune de Marseille, req. n° 314244).

Le juge des référés du Tribunal administratif de Bastia estime que, dans la mesure où la pièce que s'est abstenue de produire le requérant – à savoir l'autorisation préfectorale d'exploitation de la centrale d'enrobés à chaud – a été octroyée par un arrêté préfectoral qui a été publié au recueil des actes administratifs de la Préfecture, il s'agissait alors d'une pièce présentant un caractère public.

Il en déduit que l'absence de production de cette pièce par le requérant ne pouvait conduire à l'irrégularité de son offre.

EXECUTION DES CONTRATS

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

[CAA Douai, 17 août 2023, Société entreprise Jacques Delens, req. n° 20DA01270](#)

Le titulaire d'un marché de travaux d'un montant total de 7 054 223,37 euros s'est vu réclamer par l'acheteur une somme correspondant à une pénalité journalière de 1/2000^{ème} – soit 3 527,11 euros – et à une pénalité de 10 % du montant de ce marché – soit 705 422,33 euros – au titre d'un retard d'exécution du contrat. Un ordre de service avait fixé le démarrage des travaux le 17 juillet 2006. Le délai d'achèvement contractuel de 18 mois ayant été prolongé de 26 mois et 23 jours, venant ainsi à échéance le 11 octobre 2008. La réception a été prononcée avec un retard de 242 jours, supérieur au plafond contractuel de 200 jours.

Dans ce contexte, la Cour administrative d'appel de Nancy considère que « *les pénalités, plafonnées à 10 % du montant des travaux, n'atteignent pas un montant manifestement excessif* ».

La Cour estime également que si le cocontractant « *fait valoir que le retard ne lui est pas exclusivement imputable, il ne conteste pas que le retard lui est en grande partie imputable, à hauteur de 63,8 % selon ses propres écritures* », de sorte que « *il n'y a pas davantage lieu de retenir une quelconque incidence des travaux supplémentaires exécutés* ».

CONTENTIEUX DES CONTRATS

- **Offre irrégulière et intérêt à agir contre la procédure d'attribution d'un contrat de concession**

[CE, 1^{er} juin 2023, Société Vinci Airports, req. 468930](#)

La société Egis Airport Operation a demandé au juge des référés, sur le fondement de l'article L. 551-24 du CJA, d'enjoindre à l'Etat, à titre conservatoire, de différer la signature de la concession de l'aérodrome de Tahiti-Faa'a, dans la limite de vingt jours, et d'annuler l'ensemble des décisions qui se rapportent à l'attribution de cette concession.

Saisi du pourvoi contre l'ordonnance par laquelle le Tribunal administratif de la Polynésie française avait annulé la décision de l'Etat d'attribuer ce contrat au groupement constitué de la société Egis Airport Operation et de la Caisse des dépôts et consignations au motif que leur offre était irrégulière, le Conseil d'Etat considère qu'il résulte des dispositions de l'article L. 551-24 du CJA que « *la circonstance que l'offre d'un concurrent évincé, auteur du référé précontractuel, soit irrégulière ne fait pas obstacle à ce qu'il puisse se prévaloir, pour contester l'attribution du contrat, de l'irrégularité de l'offre de la société attributaire. Toutefois, si l'offre de ce concurrent évincé a été jugée irrégulière par une décision juridictionnelle devenue définitive annulant la décision d'attribution du contrat, il ne peut être regardé comme ayant un intérêt à conclure le contrat et habilité à agir contre la nouvelle décision en portant attribution après reprise de la procédure* ».

La Haute juridiction relève que « *la société Egis Airport Operation n'avait pas intérêt à conclure le contrat [...] et n'était donc pas recevable à agir sur leur fondement contre la nouvelle décision portant attribution de ce contrat, après reprise de la procédure, à la société Vinci Airports dont l'offre avait été classée deuxième* ».

Elle en déduit que l'ordonnance en litige par laquelle le juge des référés du Tribunal administratif de la Polynésie française a fait droit à la demande de la société Egis Airport Operation alors qu'elle était dépourvue de qualité lui donnant intérêt à agir doit être annulée.

-
- **Compétence juridictionnelle pour connaître du contentieux des actes relatifs à une convention d'occupation du domaine privé**

[CE, 28 juin 2023, Société VOLTALIA, req. n° 456291](#)

Par une décision du 28 juin 2023, le Conseil d'Etat confirme la compétence des juridictions administratives « *pour connaître de la demande formée par un tiers tendant à l'annulation de la délibération d'un conseil municipal autorisant la conclusion d'une convention ayant pour objet la mise à disposition d'une dépendance du domaine privé communal et de la décision du maire de la signer* ».

La Haute juridiction précise en revanche que « *la contestation par une personne privée de l'acte, délibération ou décision du maire, par lequel une commune ou son représentant, gestionnaire du domaine privé, initie avec cette personne, conduit ou termine une relation contractuelle dont l'objet est la valorisation ou la protection de ce domaine et qui n'affecte ni son périmètre ni sa consistance relève de la compétence du juge judiciaire* ».

-
- **Application de la jurisprudence *Czabaj* au recours en contestation de validité des contrats**

[CE, 10 juillet 2023, Société Seateam aviation, req. n° 465308](#)

Par un avis d'appel public à la concurrence publié le 3 décembre 2009 au BOAMP, le ministre de la Défense a lancé une procédure négociée ayant pour objet la fourniture d'heures de vol d'aéronef pour assurer des essais de matériel et l'entraînement des forces de la marine nationale. La société Seateam aviation a déposé une offre pour chacun des lots 1 et 2 de ce marché, qui ont été rejetées par des décisions du 19 août 2010. Saisi par la société Seateam aviation de conclusions tendant notamment à l'annulation de ce marché, le Tribunal administratif de Toulon a, par un jugement du 10 octobre 2019, rejeté sa demande. Sur appel de la société Seateam aviation, la Cour administrative d'appel de Marseille a, par un arrêt avant dire droit du 25 avril 2022 (req. n° 19MA05387), notamment annulé ce jugement en tant qu'il a rejeté la demande indemnitaire de la société Seateam aviation ainsi que ses conclusions tendant à l'annulation du contrat.

Le Conseil d'Etat rappelle que le recours en contestation de validité du contrat – dit recours « Département Tarn-et-Garonne » – doit « *être exercé, y compris si le contrat contesté est relatif à des travaux publics, dans un délai de deux mois à compter de l'accomplissement des mesures de publicité appropriées, notamment au moyen d'un avis mentionnant à la fois la conclusion du contrat et les modalités de sa consultation dans le respect des secrets protégés par la loi* », étant souligné que « *ce délai de deux mois ne peut commencer à courir que si ces mesures indiquent au moins l'objet du contrat et l'identité des parties contractantes ainsi que les coordonnées, postales ou électroniques, du service auprès duquel le contrat peut être consulté* ».

La Haute juridiction précise à cet égard, reprenant les termes de sa décision *Czabaj* (CE, 13 juillet 2016, req. n° 387763) que « *le principe de sécurité juridique, qui implique que ne puissent être remises en cause sans condition de délai des situations consolidées par l'effet du temps, fait obstacle à ce que la validité d'un contrat administratif puisse être contestée indéfiniment par les tiers au contrat. Dans le*

cas où, faute que tout ou partie des mesures de publicité appropriées mentionnées au point précédent aient été accomplies, le délai de recours contentieux de deux mois n'a pas commencé à courir, le recours en contestation de la validité du contrat ne peut être présenté au-delà d'un délai raisonnable à compter de la date à laquelle il est établi que le requérant a eu connaissance, par une publicité incomplète ou par tout autre moyen, de la conclusion du contrat, c'est-à-dire de son objet et des parties contractantes. En règle générale et sauf circonstance particulière dont se prévaudrait le requérant, un délai excédant un an ne peut être regardé comme raisonnable ».

Auteur



Steve BATOT
Avocat associé
sbatot@racine.eu

Inscrivez-vous à notre newsletter Contrats publics

Profitez de nos flashs 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>

