

Zoom sur les actualités rendues publiques entre le 1^{er} et le 30 avril 2024

AUTEUR



Steeve BATOT
Avocat associé – Droit public & Energie
Docteur en Droit public
sbatot@racine.eu
+33 6 12 63 20 49

ACTUALITE REGLEMENTAIRE

- **Contrôle du coût de revient des marchés de défense**

Décret n° 2024-308 du 4 avril 2024 relatif au contrôle du coût de revient des marchés de défense ou de sécurité de l'Etat et de ses établissements publics

Pris pour l'application de l'article 51 de la loi n° 2023-703 du 1^{er} août 2023 portant création des articles L. 2196-7 et L. 2521-6 et modification de l'article L. 2396-3 du CCP, le décret n° 2024-308 du 4 avril 2024 précise la forme selon laquelle les opérateurs économiques doivent présenter leurs éléments techniques et comptables dans le cadre du contrôle du coût de revient des marchés de l'Etat et de ses établissements publics. Le texte définit, par ailleurs, la nature des charges comprises dans la détermination du coût de revient et les modalités de leur comptabilisation.

Il est ainsi prévu, notamment, que « la forme et les modalités d'établissement des coûts de revient sont définies de telle façon que le coût de revient [...] de l'ensemble des produits, services et travaux réalisés pendant l'exercice comptable annuel soit égal au montant des charges nettes de l'entreprise incorporables aux coûts, sur le même exercice ».

Le texte rapporté est entré en vigueur le 6 avril 2024.

CHAMP D'APPLICATION DES REGLES DE LA COMMANDE PUBLIQUE

- **Le Conseil d'Etat précise la notion de pouvoir adjudicateur**

CE, 11 avril 2024, avis n° 489440

Par un avis du 11 avril 2024, le Conseil d'Etat précise la notion de pouvoir adjudicateur et, en particulier, celle de « contrôle par un pouvoir adjudicateur » sur une personne morale de droit privé.

L'article L. 1211-1 du CCP dispose que « les pouvoirs adjudicateurs sont : / 1° Les personnes morales de droit public ; / 2° Les personnes morales de droit privé qui ont été créées pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial, dont : / a) Soit l'activité est financée majoritairement par un pouvoir adjudicateur ; / b) Soit la gestion est soumise à un contrôle par un pouvoir adjudicateur ; / c) Soit l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié sont désignés par un pouvoir adjudicateur [...] ».

Le Conseil d'Etat considère qu'il résulte de ces dispositions, qui « sont issues de l'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics qui a notamment procédé à la transposition, dans l'ordre juridique interne, de l'article 2 de la directive du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics [...], telles qu'éclairées par la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, notamment l'arrêt du 3 février 2021, Federazione Italiana Giuoco Calcio (C 155/19 et C-156/19), que la gestion d'une personne morale de droit privé est regardée comme soumise à un contrôle par un pouvoir adjudicateur lorsqu'une autorité publique exerce un contrôle actif de sa gestion qui, dans les faits, remet en cause son autonomie, au point de permettre à cette autorité d'influencer ses décisions en matière d'attribution de marchés ».

A cet égard, il estime que « ce contrôle doit être de nature à créer une situation de dépendance à l'égard de l'autorité publique, équivalente à celle qui existe lorsque l'activité de la personne morale de droit privé est financée majoritairement par un pouvoir adjudicateur ou lorsque son organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié sont désignés par un pouvoir adjudicateur. Le fait que l'autorité publique puisse imposer un profil de gestion déterminé est un indice de l'existence d'un tel contrôle, ainsi qu'il résulte de l'arrêt de la Cour de justice du 1er février 2001, Commission c. France (C-237/99). En revanche, en principe, un contrôle, a posteriori, de la régularité de l'activité de la personne morale de droit privé par l'autorité publique de tutelle ne s'apparente pas à un contrôle de sa gestion ».

Le Conseil d'Etat en déduit que « les personnes morales de droit privé gestionnaires des établissements et services sociaux et médico-sociaux énumérés à l'article L. 312-1 du code de l'action sociale et des familles, y compris les organismes à but lucratif, ne sont soumises qu'à un contrôle de régularité, y compris lorsqu'est en cause, s'agissant des établissements à but non lucratif, des dysfonctionnements dans leur gestion financière. Si certains de ces contrôles, en matière de garantie d'emprunt et de programmes d'investissements, sont exercés a priori, ils sont destinés à garantir le respect de la réglementation tarifaire et n'ont, pas davantage que les autres contrôles, pour objet ou pour effet de remettre en cause l'autonomie de gestion de ces personnes privées. Les établissements et services sociaux et médico-sociaux ne sont ainsi pas soumis, du fait de ces dispositions, à un contrôle actif de leur gestion permettant aux autorités publiques d'influencer leurs décisions en matière d'attribution de marchés ».

Dès lors, le contrôle exercé par l'administration sur ces organismes n'est pas de nature à créer une situation de dépendance à l'égard de l'autorité publique, équivalente à celle qui existe notamment lorsque l'organe de direction de la personne morale de droit privé est composé de membres dont plus

de la moitié sont désignés par un pouvoir adjudicateur. Les gestionnaires de droit privé des établissements et services sociaux et médico-sociaux ne sauraient par conséquent être regardés comme un pouvoir adjudicateur au sens de l'article L. 1211-1 du CCP.

PASSATION DES CONTRATS

- **Le Conseil d'Etat précise les conséquences indemnitaires attachées à l'éviction d'un candidat à l'issue d'une procédure irrégulière**

CE, 24 avril 2024, Commune de la Chapelle d'Abondance, n° 472038

Statuant dans le cadre d'un litige opposant la Commune de la Chapelle d'Abondance à un candidat malheureux lors de l'attribution de la délégation du service public des remontées mécaniques, le Conseil d'Etat rappelle et précise les droits indemnitaires du candidat évincé à l'issue d'une procédure irrégulière.

D'une part, le Conseil d'Etat rappelle que « lorsqu'un candidat à l'attribution d'un contrat public demande la réparation du préjudice né de son éviction irrégulière de la procédure d'attribution, il appartient au juge de vérifier d'abord si l'entreprise était ou non dépourvue de toute chance de remporter le contrat. Dans l'affirmative, l'entreprise n'a droit à aucune indemnité. Dans la négative, elle a droit en principe au remboursement des frais qu'elle a engagés pour présenter son offre. Il convient ensuite de rechercher si l'entreprise avait des chances sérieuses d'emporter le contrat. Dans un tel cas, l'entreprise a droit à être indemnisée de son manque à gagner, incluant nécessairement, puisqu'ils ont été intégrés dans ses charges, les frais de présentation de l'offre qui n'ont donc pas à faire l'objet, sauf stipulation contraire du contrat, d'une indemnisation spécifique ».

D'autre part, le Conseil d'Etat estime que « lorsqu'un candidat à l'attribution d'un contrat public demande la réparation du préjudice qu'il estime avoir subi du fait de l'irrégularité ayant, selon lui, affecté la procédure ayant conduit à son éviction, il appartient au juge, si cette irrégularité et si les chances sérieuses de l'entreprise d'emporter le contrat sont établies, de vérifier qu'il existe un lien direct de causalité entre la faute en résultant et le préjudice dont le candidat demande l'indemnisation. Il lui incombe aussi d'apprécier dans quelle mesure ce préjudice présente un caractère certain, en tenant compte notamment, s'agissant des contrats dans lesquels le titulaire supporte les risques de l'exploitation, de l'aléa qui affecte les résultats de cette exploitation et de la durée de celle-ci ».

Enfin, la Haute juridiction précise que « dans le cas où le contrat a été résilié par la personne publique, il y a lieu, pour apprécier l'existence d'un préjudice directement causé par l'irrégularité et en évaluer le montant, de tenir compte des motifs et des effets de cette résiliation, afin de déterminer quels auraient été les droits à indemnisation du concurrent évincé si le contrat avait été conclu avec lui et si sa résiliation avait été prononcée pour les mêmes motifs que celle du contrat irrégulièrement conclu ».

Dès lors, en jugeant que, par principe, la circonstance que le contrat en litige initialement signé a été résilié par la suite était sans incidence sur le droit à l'indemnisation du manque à gagner du concurrent évincé, sans tenir compte des motifs et des effets de cette résiliation, le juge d'appel a commis une erreur de droit.

Le Conseil d'Etat précise en outre que ce moyen, qui est né de l'arrêt attaqué, « peut [...] être soulevé pour la première fois devant le juge de cassation ».

CONTENU DES CONTRATS

- **Caractère illicite des clauses de paiement différé dans les marchés publics**

CE, 3 avril 2024, Centre hospitalier Alpes-Isère, n° 472476

Par une décision du 3 avril 2024, le Conseil d'Etat rappelle que « le contrat par lequel un pouvoir adjudicateur prend à bail ou acquiert des biens immobiliers qui doivent faire l'objet de travaux à la charge de son cocontractant constitue un marché de travaux au sens [...] des articles 4 et 5 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 lorsqu'il résulte des stipulations du contrat qu'il exerce une influence déterminante sur la conception des ouvrages » et précise que « tel est le cas lorsqu'il est établi que cette influence est exercée sur la structure architecturale de ce bâtiment, telle que sa dimension, ses murs extérieurs et ses murs porteurs ». La Haute juridiction ajoute que « les demandes de l'acheteur concernant les aménagements intérieurs ne peuvent être considérées comme démontrant une influence déterminante que si elles se distinguent du fait de leur spécificité ou de leur ampleur ».

Après avoir rappelé les termes de l'article 60 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics alors en vigueur, désormais codifié à l'article L. 2191-5 du code de la commande publique, en vertu desquels « L'insertion de toute clause de paiement différé est interdite dans les marchés publics passés par l'Etat, ses établissements publics, les collectivités territoriales et leurs établissements publics », le Conseil d'Etat estime que, « en jugeant, après avoir souverainement constaté que la clause de paiement différé mentionnée au point 6 était indivisible du reste du contrat, qu'eu égard à la nature de cette clause, le contenu du contrat présentait un caractère illicite et qu'un tel vice était de nature à justifier son annulation, la cour n'a pas commis d'erreur de droit ni inexactement qualifié les faits qui lui étaient soumis ».

Il en déduit en l'espèce que la requérante ne pouvait « utilement critiquer les motifs surabondants par lesquels la cour a, d'une part, relevé que le montage contractuel retenu avait pour but d'échapper aux règles de publicité et de mise en concurrence et, d'autre part, rappelé l'interdiction pour les établissements publics de santé de recourir à la procédure du marché public de partenariat ».

FIN DES CONTRATS

- **Résiliation unilatérale d'un marché public d'assurance**

CE, 4 avril 2024, Métropole Toulon Provence Méditerranée, n° 491068

Par une décision du 4 avril 2024, le Conseil d'Etat rappelle que l'assureur tient des dispositions de l'article L. 113-12 du Code des assurances « la faculté de résilier unilatéralement le contrat à l'expiration d'un délai d'un an suivant sa conclusion, avec un préavis d'au moins deux mois et que « le contrat peut prévoir une durée de préavis plus longue lorsque l'assuré est une personne morale », tout en soulignant que, par application des principes généraux applicables aux contrats administratifs « lorsque l'assureur entend en faire application pour résilier unilatéralement le marché qui le lie à la personne publique assurée et que le contrat ne prévoit pas un préavis de résiliation suffisant pour passer un nouveau marché d'assurance, cette dernière peut, pour un motif d'intérêt général tiré notamment des exigences du service public dont la personne publique a la charge, s'y opposer et lui imposer de poursuivre l'exécution du contrat pendant la durée strictement nécessaire, au regard des dispositions législatives et réglementaires applicables, au déroulement de la procédure de passation d'un nouveau marché public d'assurance, sans que cette durée ne puisse en toute hypothèse excéder douze mois, y compris lorsque la procédure s'avère infructueuse. L'assureur peut contester cette décision devant le juge afin d'obtenir la résiliation du contrat ».

La Haute juridiction estime par suite que, « en jugeant que la demande que la métropole Toulouse Provence Méditerranée avait formée sur le fondement des dispositions de l'article L. 521-3 du code de justice administrative afin qu'il soit enjoint à sa cocontractante de poursuivre l'exécution du marché en litige était manifestement irrecevable au motif que cette demande visait à obtenir une mesure définitive, alors que la mesure sollicitée, dont les effets sont bornés dans le temps et ont vocation à cesser dès que la procédure de passation d'un nouveau marché public est arrivée à son terme, présente un caractère provisoire, le juge des référés a commis une erreur de droit ».

CONTENTIEUX DES CONTRATS

- **Office du juge du référé provision (1)**

CAA Lyon, ord. 17 avril 2024, Commune de Reignier-Esery, n° 23LY03924 (décision non publiée)

La Cour administrative d'appel de Lyon rappelle que les dispositions de l'article R. 541-1 du CJA « ne limitent pas l'office du juge du référé aux cas d'espèce insusceptibles de donner lieu à des litiges de fond », de sorte que l'acheteur n'est pas fondé « à soutenir que le juge des référés du tribunal aurait dû renoncer à faire droit à la demande de provision [du cocontractant] au seul motif qu'une expertise judiciaire sur les causes de la plus-value des travaux du lot 2 avait été ordonnée et qu'elles entendaient ultérieurement contester tout droit à supplément de rémunération ».

La Cour considère en l'espèce, d'une part, que « le choix du maître d'ouvrage d'imposer à l'entreprise [...] la réalisation d'un ouvrage apte à supporter une couverture végétalisée et une charpente intégralement en bois appelle une rémunération hors forfait » et, d'autre part, que « les quantités supplémentaires de béton et de ferrailage à mettre en œuvre revêtant le caractère, non d'un préjudice supporté par le maître d'ouvrage mais d'une dépense nécessaire qu'il aurait dû exposée si le marché avait été conclu originellement en fonction de ce choix technique », la part de responsabilité prétendument imputable à l'entreprise dans l'évolution de la conception de l'ouvrage étant « sans incidence sur son droit à être intégralement rémunérée des prestations supplémentaires qu'elle a réalisées ».

- **Office du juge du référé provision (2)**

TA Montreuil, ord. 29 avril 2024, Société Euro Iso, n° 2400841 (décision non publiée)

Le requérant n'établit pas détenir à l'égard de l'acheteur une créance non sérieusement contestable lorsque, compte tenu des éléments avancés en défense, le bien-fondé de cette créance « soulève des questions sérieuses dont, eu égard à son office, il n'appartient pas au juge des référés de connaître, s'agissant tant de la valeur contractuelle du devis et de la validité du contrat qui aurait été conclu que de la réalité et de l'étendue des préjudices invoqués, en particulier le manque à gagner résultant de l'inexécution dudit contrat ».

- **Obligation non sérieusement contestable et difficultés financières rencontrées par l'acheteur**

TA Nîmes ord., 19 avril 2024, Société Bristol-Myers Squibb, n° 2403723 (décision non publiée)

Un acheteur ne peut utilement remettre en cause le caractère non sérieusement contestable de son obligation à l'égard de son cocontractant « en se bornant à faire état des difficultés de trésorerie qu'il

a rencontrées et de ce qu'une partie des sommes dues n'auraient pas encore donné lieu à la réclamation préalable prévue par les stipulations de l'article 37.2 du cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés de fournitures courantes et de services, sans contester la réalité des fournitures livrées et du montant des factures correspondantes ».

Inscrivez-vous à notre lettre Contrats publics

Profitez de nos flashes info et ne manquez pas nos prochains événements (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 - Énergie

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

