

Du gré à gré dans les marchés publics pour les PME innovantes ?

Du gré à gré dans les marchés publics pour les PME innovantes ?

[Lancement d'une consultation publique sur le projet de décret portant diverses mesures relatives aux contrats de la commande publique](#)

La direction des affaires juridiques vient d'ouvrir une consultation intéressant un projet de décret portant diverses mesures relatives aux contrats de la commande publique.

Celui-ci comporte plusieurs précisions anecdotiques, comme les cas dans lesquels un marché doit être conclu à prix révisibles (exposition à des aléas majeurs), l'introduction d'un modèle d'avis de marché pour les procédures adaptées (qui serait applicable à compter du 1^{er} janvier 2020), les modalités de mise à disposition gratuite du DCE (de manière dématérialisée sur le profil acheteur pour les marchés dépassant 25 000 EUR HT, sans modalité imposée pour les marchés n'excédant pas ce seuil), les taux de l'avance lorsque le titulaire du marché est une PME, ou encore sur la signature électronique des concessions.

Mais ce projet de décret propose surtout d'introduire un mécanisme expérimental d'une durée de 3 ans, pendant laquelle les acheteurs, pouvoirs adjudicateurs comme entités adjudicatrices, pourront conclure sans publicité ni mise en concurrence préalables avec des petites et moyennes

entreprises des marchés portant sur des travaux, fournitures ou services innovants et dont la valeur estimée n'excède pas 100 000 EUR HT.

Les acheteurs seraient simplement tenus de veiller à choisir une offre pertinente, à faire une bonne utilisation des deniers publics et à ne pas contracter systématiquement avec un même opérateur économique lorsqu'il existe une pluralité d'offres susceptibles de répondre à leur besoin.

Ce projet de dispositif, pour le moins innovant en lui-même, appelle quelques commentaires.

D'abord, le texte vise les petites et moyennes entreprises au sens de [la recommandation 2003/361/CE de la Commission du 6 mai 2003 concernant la définition des micro, petites et moyennes entreprises](#).

Cette recommandation englobe dans la catégorie des PME toutes les entreprises qui occupent moins de 250 personnes et dont le chiffre d'affaires annuel n'excède pas 50 millions d'euros ou dont le total du bilan annuel n'excède pas 43 millions d'euros, sans en exclure les micro-entreprises, c'est-à-dire celles qui occupent moins de 10 personnes et dont le chiffre d'affaires annuel ou le total du bilan annuel n'excède pas 2 millions d'euros. La précision est importante, parce qu'au contraire de la recommandation, le [décret n° 2008-1354 du 18 décembre 2008 relatif aux critères permettant de déterminer la catégorie d'appartenance d'une entreprise pour les besoins de l'analyse statistique et économique](#) définit les PME sans y intégrer les micro-entreprises.

Ensuite, ce dispositif ne s'appliquerait qu'aux travaux, services ou fournitures innovants.

L'article 25 du décret n° 2016-360 définit comme innovants « *les travaux, fournitures ou services nouveaux ou sensiblement améliorés. Le caractère innovant peut consister dans la mise en œuvre de nouveaux procédés de production ou de construction, d'une nouvelle méthode de commercialisation ou d'une nouvelle méthode organisationnelle dans les pratiques, l'organisation du lieu de travail ou les relations extérieures de l'entreprise* ».

Aujourd'hui, la notion de solution innovante n'a d'incidence que sur le recours au dialogue compétitif ou à la négociation, dont on sait que le recours irrégulier ne lèse pas les candidats qui y ont participé dès lors que le dialogue ou la négociation s'est déroulé dans des conditions dont il n'est pas établi qu'elles ont vicié le consentement de l'une des parties ou porté atteinte aux principes de transparence et d'égalité entre les candidats [\[1\]](#). La jurisprudence ne s'est donc pas encore prononcée, à notre connaissance, sur la nature innovante de travaux, fournitures ou services au sens de ce texte.

Il est probable que l'adoption de ce mécanisme expérimental soit de nature à générer un contentieux sur la qualification de solution innovante, puisqu'elle sera cette fois-ci utilisée pour attribuer un marché de gré à gré, et non pas seulement pour utiliser une procédure prévoyant un échange avec les candidats.

La consultation s'achève le 10 septembre prochain.

[\[1\] CAA Paris 27 février 2018 Société Armor développement, req. n° 16PA02955 :](#)

Régime des biens dont le concessionnaire était propriétaire avant la conclusion de la concession

[CE Sect. 29 juin 2018 *Ministre de l'intérieur*, req. n° 402251 : Rec. CE](#)

Le Conseil d'Etat complète la jurisprudence *Commune de Douai* sur les biens de retour en précisant le régime applicable aux biens affectés au service public dont le concessionnaire était propriétaire avant la conclusion du contrat de *concession*.

1 Le contexte de l'affaire

Une station de ski a été créée, aménagée puis exploitée, à partir des années 1930, par différentes personnes privées sur des terrains leur appartenant ou dont elles avaient la jouissance. Par la suite, la loi n° 85-30 du 9 janvier 1985 relative au développement et à la protection de la montagne a qualifié le service des remontées mécaniques de service public et en a confié l'organisation et l'exécution aux communes et à leurs groupements ((Voir désormais les articles [L. 342-1 et suivants](#) du code du tourisme.)).

En application de ces dispositions, la communauté de communes compétente et une société ont conclu en 1998 une convention de délégation de service public pour l'aménagement du domaine skiable et l'exploitation des remontées mécanique. A l'expiration de cette convention, la communauté de communes a décidé la reprise en régie de l'exploitation et la remise à cette personne publique des biens affectés à l'exploitation du service public a été ordonnée à la société.

Enfin, à la suite d'un accord amiable, un protocole a été approuvé, prévoyant notamment le rachat des biens en cause par la communauté de communes. Les délibérations prises à cet effet ont été contestées par le préfet et l'affaire est finalement remontée au Conseil d'Etat.

2 Rappel du régime applicable aux biens de retour

Reprenant la solution dégagée, pour l'essentiel, dans son arrêt *Commune de Douai* de 2012 ((CE Ass. 21 décembre 2012 *Commune de Douai*, req. n° [342788](#) : RFDA 2013, p. 25, concl. Dacosta. – CE 21 octobre 2013 *Ministre du budget*, req. n° [358873](#).)), le Conseil d'Etat commence par rappeler le régime applicable aux biens dits « de retour », c'est-à-dire les biens affectés au service public et revenant à la personne publique concédante à l'expiration du contrat de concession :

- Dans le cadre d'une concession de service public mettant à la charge du cocontractant les investissements correspondant à la création ou à l'acquisition des biens nécessaires au fonctionnement du service public, l'ensemble de ces biens, meubles ou immeubles, appartient, dans le silence de la convention, dès leur réalisation ou leur acquisition à la personne publique.
- Le contrat peut toutefois attribuer au concessionnaire, pour la durée de la convention, la propriété des ouvrages qui, bien que nécessaires au fonctionnement du service public, ne sont pas établis sur la propriété d'une personne publique, ou des droits réels sur ces biens, sous réserve de comporter les garanties propres à assurer la continuité du service public.
- A l'expiration de la convention, les biens qui sont entrés, en application de ces principes, dans la propriété de la personne publique et ont été amortis au cours de l'exécution du contrat font nécessairement retour à celle-ci

gratuitement, et il en va de même pour les biens nécessaires au service public dont le contrat a attribué la propriété au concessionnaire pour la durée de la convention ou lesquels il lui a conféré des droits réels.

- Le concessionnaire peut toutefois demander l'indemnisation du préjudice qu'il subit à raison du retour des biens à titre gratuit dans le patrimoine de la collectivité publique, lorsqu'ils n'ont pu être totalement amortis, soit en raison d'une durée du contrat inférieure à la durée de l'amortissement de ces biens, soit en raison d'une résiliation à une date antérieure à leur complet amortissement.

3 Le sort des biens appartenant déjà au concessionnaire

Le Conseil d'Etat règle ensuite la question du régime applicable aux biens qui n'ont pas été réalisés par le concessionnaire en application du contrat, puisqu'ils étaient déjà sa propriété antérieurement à sa conclusion, mais qui ont été affectés par ce contrat à l'exécution du service public :

« 6. Considérant que les règles énoncées ci-dessus, auxquelles la loi du 9 janvier 1985 n'a pas entendu déroger, trouvent également à s'appliquer lorsque le cocontractant de l'administration était, antérieurement à la passation de la concession de service public, propriétaire de biens qu'il a, en acceptant de conclure la convention, affectés au fonctionnement du service public et qui sont nécessaires à celui-ci ; qu'une telle mise à disposition emporte le transfert des biens dans le patrimoine de la personne publique [...] ; qu'elle a également pour effet, quels que soient les termes du contrat sur ce point, le retour gratuit de ces biens à la personne publique à l'expiration de la convention [...] ; que les parties peuvent prendre en compte cet apport dans la définition de l'équilibre économique du

contrat, à condition que, eu égard notamment au coût que représenterait l'acquisition ou la réalisation de biens de même nature, à la durée pendant laquelle les biens apportés peuvent être encore utilisés pour les besoins du service public et au montant des amortissements déjà réalisés, il n'en résulte aucune libéralité de la part de la personne publique ;

7. Considérant que, dans l'hypothèse où la commune intention des parties a été de prendre en compte l'apport à la concession des biens qui appartenaient au concessionnaire avant la signature du contrat par une indemnité, le versement d'une telle indemnité n'est possible que si l'équilibre économique du contrat ne peut être regardé comme permettant une telle prise en compte par les résultats de l'exploitation ; qu'en outre, le montant de l'indemnité doit, en tout état de cause, être fixé dans le respect des conditions énoncées ci-dessus afin qu'il n'en résulte aucune libéralité de la part de la personne publique ».

Ainsi, en acceptant d'affecter ses biens au service public, le concessionnaire est également réputé accepter d'en transférer la propriété à la personne publique. Et si cet apport peut être pris en compte dans la définition de l'équilibre économique du contrat, voire donner lieu à une indemnité, ce n'est que sous certaines conditions.

Enfin, il est à noter que cette solution revêt une portée générale et n'est pas propre aux remontées mécaniques puisque l'arrêt précise au contraire que la loi du 9 janvier 1985 n'a pas entendu y déroger.

En conséquence, dans l'affaire qui lui était soumise, le Conseil d'Etat casse l'arrêt de la cour administrative d'appel, qui avait considéré que la propriété des biens en cause, alors même qu'ils étaient nécessaires au fonctionnement du service public concédé, n'avait pas été transférée à la communauté de communes dès la conclusion de la convention du

seul fait de leur affectation à la concession de service public et que ces biens n'étaient pas régis par les règles applicables aux biens de retour.

Saisine du juge du référé précontractuel et suspension de la signature : rappels et précisions à propos d'un mécanisme technique

[CE 25 juin 2018 Société hospitalière d'assurances mutuelles \(SHAM\), req. n° 417734 : mentionné dans les tables du recueil Lebon](#) – [CE 20 juin 2018 Société Cercis, req. n° 417686](#)

La signature du contrat a d'importantes conséquences sur les voies de recours ouvertes aux requérants : le référé précontractuel ne peut être introduit qu'avant la conclusion du contrat, c'est-à-dire avant sa signature ((L. 551-1 CJA)), tandis qu'une fois le contrat conclu, le référé contractuel ne sera ouvert (pour l'essentiel ((Les trois hypothèses d'ouverture du référé contractuel listées à l'article L. 551-18 CJA sont limitatives, et les deux autres se rencontrent plus rarement (absence totale de publicité ou méconnaissance des modalités de remise en concurrence d'un accord-cadre).))) que si la signature est intervenue en méconnaissance d'une interdiction faite au pouvoir adjudicateur.

Il est fait interdiction au pouvoir adjudicateur de signer le contrat (i) avant l'expiration du délai de *standstill* qui doit séparer la date d'envoi des courriers de notification du rejet

de leurs offres aux soumissionnaires non retenues et (ii) dès lors que le juge est saisi d'un référé précontractuel.

En effet, la réforme du référé précontractuel introduite par l'[ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique](#) a simplifié l'articulation entre la saisine du juge et la signature du contrat : alors qu'auparavant le juge devait adopter une ordonnance de suspension de signature une fois saisi, ce qui se traduisait en pratique par un décalage de quelques heures (ou jours parfois) entre le moment de la saisine du juge et le moment où la suspension de signature était effectivement ordonnée, **depuis 2009, la signature du contrat est automatiquement interdite à compter du moment où le juge est saisi** ((L551-4 CJA : « *Le contrat ne peut être signé à compter de la saisine du tribunal administratif et jusqu'à la notification au pouvoir adjudicateur de la décision juridictionnelle.* »)).

La mise en œuvre de ce mécanisme suppose cependant que le pouvoir adjudicateur soit informé de l'introduction du référé précontractuel. Le fait que le pouvoir adjudicateur n'ait pas été informé de l'introduction du référé précontractuel ne le rend pas irrecevable (([CE 10 novembre 2010 Ministre de la Défense, req. n° 341132 : mentionné aux tables du Rec. CE.](#))), **mais le fait qu'il ait (régulièrement ou non) signé le contrat va ouvrir ou non le référé précontractuel** : s'il était en droit de signer le contrat, le référé contractuel est fermé, s'il n'était pas en droit de signer le contrat, le référé contractuel est ouvert.

Le pouvoir adjudicateur doit suspendre la signature du contrat dès qu'il est averti de l'introduction du référé précontractuel **soit par le requérant** (l'article R. 551-1 CJA lui impose de notifier au pouvoir adjudicateur le référé précontractuel dont il saisit le tribunal), **soit par le tribunal** (mais avec un possible temps de décalage entre la saisine et la notification effectuée par le greffe) : aucune

autre source d'information ne peut valablement interdire au pouvoir adjudicateur de signer (http://www.adden-leblog.com/2014/04/01/si-le-pouvoir-adjudicateur-signe-le-contrat-alors-qu'il-est-dans-l-ignorance-de-l-introduction-dun-refere-precontractuel-la-voie-du-refere-contractuel-est-fermee/#identifier_0_5452.)).

Les décisions commentées apportent ou confirment deux précisions importantes sur ces deux modalités d'information.

Premièrement, pour interdire la signature du contrat, la notification du référé précontractuel au pouvoir adjudicateur que le requérant effectue n'a pas à être accompagnée de l'accusé de réception de la requête délivré par l'application Télérecours : le requérant n'a pas à prouver qu'il a adressé le recours à la juridiction, le pouvoir adjudicateur doit s'interdire de signer le contrat **dès lors qu'il reçoit le courrier de notification accompagné d'une copie de la requête** ([CE 25 juin 2018 Société hospitalière d'assurances mutuelles \(SHAM\), req. n° 417734 : mentionné dans les tables du recueil Lebon](#)).

Deuxièmement, et ainsi que le Conseil d'Etat l'avait déjà jugé ([CE 17 octobre 2016 Ministre de la défense, req. n° 400791 : à mentionner aux tables du Rec. CE.](#))), dès lors que le greffe du tribunal saisi a transmis la requête au pouvoir adjudicateur via Télérecours, la signature est interdite, sans qu'importe à cet égard que le pouvoir adjudicateur ait effectivement consulté l'application ([CE 20 juin 2018 Société Cercis, req. n° 417686](#)). La même logique prévaut pour les notifications par télécopie : la transmission de la requête par fax suffit à suspendre la signature au moment de la réception de la télécopie, qu'importe si les services du pouvoir adjudicateur n'en prennent connaissance que postérieurement ([CE 14 février 2017 Société des eaux de Marseille, req. n° 403614](#).)

Il appartient donc à l'acheteur, le jour de la signature du

contrat, de vérifier qu'il n'a reçu aucune notification d'un référé précontractuel par télécopie ou sur Télérecours avant de pouvoir le signer effectivement.

Garantie décennale : la certitude que la solidité de l'ouvrage sera compromise par les désordres constatés engage la responsabilité des constructeurs, même si cette situation ne se réalise qu'après l'expiration du délai de garantie de 10 ans

[CE 15 juin 2018 Communauté de communes du Cher à La Loire, req. n° 417595](#)

La communauté de commune du Cher à la Loire a entrepris en 2005 une opération de réhabilitation et d'extension de la piscine intercommunale. Après avoir réceptionné les travaux en 2009, la communauté de commune a constaté l'apparition de coulures de rouille le long des parois verticales intérieures de la piscine. A la suite d'une expertise judiciaires, la communauté de commune a saisi le juge des référés aux fins de

condamnations des concepteurs mais aussi de la société en charge de la réalisation du lot « étanchéité » à lui verser une provision de 244 681,44 EUR TTC en réparation de ces désordres affectant la piscine.

Le tribunal a d'abord rejeté sa demande, mais la cour administrative d'appel de Nantes a annulé cette ordonnance et a au contraire condamné les sociétés au versement de la somme demandée par la communauté de commune. C'est l'arrêt à l'encontre duquel l'une des sociétés s'est pourvue en cassation. Elle soutenait qu'il n'était pas possible de déterminer à quelle échéance le phénomène d'oxydation constaté finirait par compromettre la solidité de l'ouvrage, que la compromission de la solidité de l'ouvrage pourrait ne devenir réalité qu'après l'expiration du délai de garantie de 10 ans, et que dès lors la responsabilité décennale ne pouvait pas être engagée.

Dans sa décision, le Conseil d'Etat rappelle que les principes qui régissent la garantie décennale des constructeurs impliquent la réparation des désordres, apparus dans le délai d'épreuve de dix ans, de nature à compromettre la solidité de l'ouvrage ou à le rendre impropre à sa destination dans un délai prévisible, « *même s'ils ne se sont pas révélés dans toute leur étendue avant l'expiration du délai de dix ans.* » (([CE 15 avril 2015 Commune de Saint-Michel-sur-Orge, req. n°376229](#))).

Certes, l'espèce posait la question de manière légèrement différente, puisque ce n'était pas exactement l'étendue des désordres qui n'avait pas été entièrement révélée dans ce délai de 10 ans, mais le fait même que ces désordres compromettent la solidité de l'ouvrage. Mais la Haute Juridiction confirme le raisonnement de la cour : dès lors que le processus d'aggravation de ce phénomène d'oxydation était inévitabile, il engage bien la responsabilité des constructeurs, et ce même s'il n'aboutit à compromettre la solidité de l'ouvrage qu'après l'expiration du délai.

Cette solution consacre une approche efficace de la responsabilité décennale, qu'elle semble réserver aux situations dans lesquelles il est inéluctable que les désordres finissent par compromettre la solidité de l'ouvrage.

Le respect du principe d'impartialité s'impose au pouvoir adjudicateur dans la passation des marchés publics

[CAA Bordeaux 12 juin 2018 SARL Convergences Public-Privé, req. n°16BX00656](#)

En mars 2012, une communauté de communes a lancé une consultation pour l'attribution d'un marché public de services portant sur l'aide au développement, la prospection économique et la commercialisation d'une zone d'intérêt régional. Par une lettre du 29 mai 2012, elle a informé la société Convergences Public-Privé que son offre a été écartée au profit de celle de M. F...

La société Convergences Public-Privé a saisi le tribunal administratif d'un recours en contestation de la validité du contrat tendant à l'annulation de ce marché public et à la condamnation de la communauté de communes à lui verser la somme de 244 717 euros à titre de dommages et intérêts. Le tribunal ayant rejeté ses demandes, la société a interjeté appel du jugement.

Cet arrêt est l'occasion pour la cour administrative d'appel de réaffirmer que l'impartialité constitue un principe général

du droit dont la méconnaissance est constitutive d'un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence ([\(CE 14 octobre 2015 Société Applicam Région Nord-Pas-de-Calais, req. n° 390968.\)](#)). Comme le rappelle la DAJ ([\(Fiche DAJ « Examen des candidatures »\)](#)), il appartient à l'acheteur de prévenir les situations de conflit d'intérêt, c'est-à-dire « *toute situation dans laquelle une personne qui participe au déroulement de la procédure de passation du marché public ou est susceptible d'en influencer l'issue a, directement ou indirectement, un intérêt financier, économique ou tout autre intérêt personnel qui pourrait compromettre son impartialité ou son indépendance dans le cadre de la procédure de passation du marché public.* » ([\(Article 48 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015.\)](#))

Pour ce faire, l'acheteur doit avant tout s'organiser en interne pour écarter des instances de désignation de l'attributaire du marché les personnes qui présentent avec des opérateurs des liens qui feraient douter de leur impartialité, plutôt que d'exclure d'emblée un opérateur présentant des liens avec une personne participant à la procédure d'attribution ou susceptible d'en influencer l'issue ([\(CE 9 mai 2012 Commune de Saint-Maur des Fossés, req. n°355756, commenté sur notre blog.\)](#)). En effet, ce n'est **que** s'il n'est pas possible de remédier à une situation de conflit d'intérêts autrement que l'acheteur peut interdire la candidature d'un opérateur économique créant une situation de conflit d'intérêts, après lui avoir permis de démontrer que sa candidature ne porte pas atteinte à l'égalité de traitement ([\(Article 48 I 5 ° de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 : « I. – Les acheteurs peuvent exclure de la procédure de passation du marché public : \[...\] 5° Les personnes qui, par leur candidature, créent une situation de conflit d'intérêts, lorsqu'il ne peut y être remédié par d'autres moyens. »\)](#)).

En l'espèce, la communauté de communes n'avait ni écarté du process de désignation de l'attributaire du marché les

personnes présentant des liens avec M. F..., ni n'avait interdit la candidature de cet opérateur. La cour constate que ce faisant, la communauté de communes a méconnu le principe d'impartialité.

La cour constate d'abord qu'à l'époque de la consultation et de l'attribution du marché litigieux, M. F... était membre du conseil municipal de l'une des communes membres de la communauté de communes. A ce titre, il participait aux commissions de la commune chargées des « finances », des « appels d'offres et marchés publics » et des « lotissements finances », lesquelles intervenaient sur des questions qui n'étaient pas étrangères aux actions qui lui ont été confiées par le marché litigieux. M. F... était également délégué suppléant de la commune au conseil communautaire de la communauté de communes, mais aussi élu membre titulaire de la commission de développement économique de cet EPCI, commission dont le champ d'intervention ne peut pas davantage être regardé comme étranger aux actions confiées par le marché litigieux. Par ailleurs, le maire de la commune dont fait partie M. F... est à la fois le président de la communauté de communes et l'auteur de l'analyse technique des offres ayant classée l'offre de M. F... en première position.

Ces différents mandats et fonctions et les liens entre M. F... et le président de la communauté de communes ont abouti à constater que « *sa participation à la procédure d'attribution du marché litigieux* » pouvait légitimement faire naître un doute sur l'impartialité de la procédure suivie.

Après avoir constaté ce manquement la cour s'est ensuite intéressée à la réparation du préjudice subi par la société évincée. Lorsqu'un candidat à l'attribution d'un contrat public demande la réparation du préjudice qu'il estime avoir subi du fait d'une irrégularité ayant affecté la procédure dont il a été évincé, il appartient au juge de vérifier si ladite irrégularité est la cause directe de l'éviction du candidat, c'est-à-dire s'il existe un lien direct entre la

faute commise et le préjudice dont le candidat demande l'indemnisation (([CE10 février 2017 Sté Bancel, req. n° 393720](#))). En outre, le juge vérifie si l'entreprise était dépourvue de toute chance de remporter le marché. Dans la négative, elle a droit en principe au remboursement des frais qu'elle a engagés pour présenter son offre. Dans le cas où l'entreprise avait des chances sérieuses d'emporter le marché, elle a droit à l'indemnisation de l'intégralité du manque à gagner qu'elle a subi (([CE 27 janvier 2006 Commune d'Amiens, req.n°259374](#))). Pour la cour, en l'espèce, le manquement commis par la communauté de communes au principe d'impartialité est directement à l'origine de l'éviction de la société requérante.

Dans les marchés publics de fournitures, la garantie des vices cachés n'est enserrée que dans le délai de 2 ans à compter de la découverte du vice

[CE 7 juin 2018 SYTRAL, req. n° 416535 : mentionné dans les tables du recueil Lebon](#)

Le syndicat mixte des transports pour le Rhône et l'agglomération lyonnaise (SYTRAL) a passé plusieurs marchés publics de fournitures d'autobus avec la société Iveco France, les 4 avril 2005, 24 décembre 2008 et 22 juin 2010. Ces autobus ont subi de graves désordres, à savoir des départs de

feu sur une dizaine d'entre eux. Le SYTRAL a introduit, à la suite des désordres, une demande de référé-expertise auprès du tribunal administratif de Lyon, en sollicitant qu'elle s'étende à tout le parc d'autobus fournis par la société Iveco (exploité par Kéolis) : de nouveaux bus plus récents avaient été livrés dans le cadre de trois autres marchés publics conclus respectivement le 15 décembre 2011, le 23 avril 2015 et le 17 juillet 2015, et le SYTRAL souhaitait que l'expertise détermine si ces autobus étaient également susceptibles de subir les départs de feu constatés.

Par une ordonnance du 6 juin 2017, le juge des référés a fait droit à cette demande d'expertise. Les sociétés Iveco, SPT Powerttrain technologies et FPT Industrial Spa (fabricants des moteurs) se sont pourvus en cassation de l'ordonnance.

La Haute Juridiction casse d'emblée l'ordonnance pour une contradiction de motifs, dans la mesure où le tribunal a affirmé à la fois que « *l'expertise demandée tendait exclusivement à identifier l'origine des dysfonctionnements constatés et la manière d'y remédier* » et que « *cette expertise avait pour seul objet de fournir au tribunal les éléments de nature à lui permettre de déterminer les responsabilités encourues* ».

Sur le fond, les sociétés contestaient l'utilité de la mesure d'expertise ordonnée, au motif que l'action susceptible d'être engagée au principal en garantie des vices cachés était prescrite. Il est exact qu'une mesure de référé-expertise est inutile si l'action au fond envisagée est irrecevable ([CE 7 juin 2004 Assistance publique à Marseille, req. n° 252869 : mentionné dans les tables du Rec. CE](#))).

La garantie des vices cachés, fondée sur les articles 1641 à 1649 du code civil (directement applicables aux marchés publics de fourniture ([CE 24 novembre 2008 CHR d'Annecy, req. n° 291539 : mentionné dans les tables du Rec. CE](#))), doit être mise en œuvre dans les deux ans à partir de la découverte

du vice.

Les sociétés soutenaient cependant que l'article L. 110-4 du code de commerce enserrerait ce délai de 2 ans dans un délai d'action plus large de 5 ans, dont le point de départ est « *le commerce entre commerçants ou entre commerçants et non-commerçants* » : en d'autres termes, le délai courrait à partir de la vente, de telle sorte qu'une action fondée sur la garantie des vices cachés devrait, selon les sociétés, respecter à la fois le délai de 2 ans à compter de la découverte du vice et le délai de 5 ans à compter de la vente.

Effectivement, la cour de cassation estime que l'action fondée sur la garantie de vice cachée engagée à l'encontre d'un fabricant ne peut prospérer après le terme du délai de 5 ans prévu à l'article L. 110-4 du code de commerce après la vente, parce que l'acquéreur final ne peut détenir plus de droits que le vendeur intermédiaire auquel ce délai s'applique (([Cass. civ. 1^{ère} 6 juin 2018 société Jean Latin Autosport, pourvoi n° 17-17.438](#))).

En transposant cette règle à la situation en question, les vices ayant causé des départs de feu dans les autobus fournis lors des marchés publics de 2005, 2008 et 2010 ne pourraient donner lieu à garantie des vices cachés, alors même qu'ils n'ont été découverts qu'en mars 2017.

Le Conseil d'Etat refuse cependant de faire application de l'article L. 110-4 du code de commerce aux marchés publics. Seul le délai de 2 ans à compter de la découverte du vice se trouvent applicable aux marchés publics. Le vice n'ayant été découvert qu'en mars 2017, l'action en garantie des vices cachés n'est pas prescrite avant mars 2019, et la mesure d'expertise présente bien un caractère utile.

Les décisions de non-reconduction ne sont que de simples mesures d'exécution du contrat dont le cocontractant ne peut pas solliciter l'annulation

[CE 6 juin 2018 Société Orange, req. n° 411053 : mentionné dans les tables du Rec. CE](#)

La société Orange a conclu avec la commune de Lorient une convention d'occupation du domaine public pour l'installation de matériel de radiophonie mobile sur et autour d'un château d'eau. Cette convention se reconduisait de plein droit tous les 2 ans, mais prévoyait la possibilité pour chacun des cocontractants de la dénoncer par lettre recommandée avec accusé de réception, en respectant un préavis de six mois avant l'expiration de chaque période de reconduction. La communauté d'agglomération de Lorient agglomération, qui s'est substituée à la commune de Lorient, a exercé cette faculté de dénonciation de la convention le 28 novembre 2013.

La société Orange a contesté devant le juge administratif la validité de la décision de non-reconduction en sollicitant la reprise des relations contractuelles, inscrivant ainsi cette action dans le cadre du recours « *Béziers II* » (([CE 21 mars 2011 commune de Béziers, req. n° 304806 : publié au Rec. CE](#))), autorisant une partie à un contrat résilié à contester la mesure de résiliation et à solliciter que le

contrat reprenne effet.

Le Conseil d'Etat refuse d'assimiler la décision de ne pas reconduire un contrat à une décision de résiliation, et partant, rejette la demande tendant à la reprise des relations contractuelles comme irrecevable.

Le sujet du traitement contentieux des décisions de non reconduction d'un contrat administratif a fait l'objet de plusieurs décisions dernièrement, manifestant que le contentieux contractuel n'en a pas tout à fait terminé avec les questionnements.

La décision *commune de Port-Vendres* ([\(CE 25 janvier 2017 commune de Port-Vendres, req. n° 395314 : mentionné dans les tables du Rec. CE\)](#)) a permis d'identifier un contrôle spécifique ouvert à l'encontre d'une décision de non-reconduction d'une convention d'occupation du domaine public : même si le titulaire d'une telle convention n'a aucun droit acquis à son renouvellement, le gestionnaire doit justifier d'un motif d'intérêt général pour refuser une demande de reconduction, lequel n'est pas établi si le gestionnaire ne fait état d'aucun projet à établir sur l'immeuble objet de l'occupation, alors que l'occupant assure un service public dont la continuité doit être garantie. Néanmoins, dans cette affaire, la décision de ne pas reconduire le contrat a été déférée devant le juge administratif par le préfet, et non pas par la partie cocontractante.

Dans sa décision *Office national des forêts* ([\(CE 29 mars 2017 Office national des forêts, req. n° 403257 : mentionné dans les tables du Rec. CE\)](#)), si le Conseil d'Etat a reconnu la compétence du juge du contrat pour connaître de la demande de suspension d'une décision de ne pas reconduire une convention d'occupation présentée par le cocontractant cette fois, il ne s'était pas expressément prononcé sur la recevabilité d'une telle voie de recours : la demande de suspension se trouvait privée d'objet, dès lors que la convention était expirée et

que la décision de non-reconduction avait donc déjà produit tous ses effets. Le juge devant se prononcer sur un non-lieu à statuer avant d'aborder la recevabilité du recours, le constat du défaut d'objet du recours a empêché l'analyse de sa recevabilité.

L'arrêt *société Orange* met un terme aux spéculations ouvertes par l'arrêt *ONF* et clarifie le cadre contentieux d'une décision de non-reconduction d'un contrat : la Haute Juridiction retient qu'une telle décision n'a pas à être distinguée des autres mesures d'exécution du contrat, dont l'annulation ne peut pas être sollicitée par le cocontractant qui n'a droit qu'à l'indemnisation du préjudice qu'il subit si la mesure d'exécution considérée est irrégulière (([CE 31 mars 1989 département de la Moselle, req. n° 57000 : publié au Rec. CE](#) : « *Considérant que si le juge du contrat n'a pas, en principe, le pouvoir de prononcer, à la demande de l'une des parties, l'annulation de mesures prises par l'autre partie comme contraires aux clauses du contrat et s'il lui appartient seulement de rechercher si ces mesures sont intervenues dans des conditions de nature à ouvrir un droit à indemnité* »)).

C'est ainsi sans erreur de droit que la cour administrative d'appel a relevé que la décision du 28 novembre 2013 n'était pas une mesure de résiliation parce qu'elle n'avait pas pour effet ou portée de « *mettre unilatéralement un terme à une convention en cours* ». En effet, la décision de non-reconduction du contrat ne met pas par elle-même fin au contrat, c'est le terme normal du contrat tel qu'initialement convenu qui a cet effet, contrairement à une décision de résiliation, laquelle provoque bien le terme anticipé du contrat.

Partant, le cocontractant n'est pas recevable à solliciter l'annulation de la décision de ne pas reconduire le contrat, pas plus qu'à demander la reprise des relations contractuelles, qui ne peut être ordonnée qu'en conséquence d'une telle annulation.

Reste le déféré préfectoral de *commune de Port-Vendres* (([CE 25 janvier 2017 commune de Port-Vendres, req. n° 395314 : mentionné dans les tables du Rec. CE](#))), qui permettra de contester les décisions de non reconduction qui ne seraient pas justifiées par un motif d'intérêt général.

L'allotissement : principe et modalités soumis au seul contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation

[CE 25 mai 2018 Groupement MPPEA, req. n° 417428 : publié au Rec. CE](#)

La passation d'un marché d'entretien courant et de remise en état des logements d'un organisme d'HLM va être l'occasion pour le Conseil d'Etat de réaffirmer que les conditions dans lesquelles l'acheteur renonce à l'allotissement ou dans lesquelles il l'organise ne sont soumises qu'au contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation. Il manie également les principes applicables aux méthodes de notation des offres et les mécanismes d'identification des offres anormalement basses à propos de

L'allotissement : un contrôle réservé à l'erreur manifeste d'appréciation

On le sait depuis déjà quelques années, le juge administratif ne doit exercer qu'un contrôle limité à l'erreur manifeste

d'appréciation sur les modalités d'allotissement que retient un acheteur (([CE 21 mai 2010 commune d'Ajaccio, req. n° 333737](#) : mentionné aux tables du Rec. CE : « s'il appartient au juge des référés précontractuels de relever un manquement aux obligations de mise en concurrence résultant d'une méconnaissance de ces dispositions, s'agissant de la définition du nombre et de la consistance des lots, **un tel manquement ne peut résulter que d'une erreur manifeste du pouvoir adjudicateur**, compte tenu de la liberté de choix qui lui est reconnue à ce titre ; que le juge des référés du tribunal administratif de Bastia, en relevant l'existence d'une méconnaissance de l'article 10 du code des marchés publics au motif que les deux lots retenus par la COMMUNE D'AJACCIO, comprenant des prestations dans les domaines du droit public, du droit privé ou du droit pénal, par l'ampleur et l'hétérogénéité des matières qu'ils regroupent présentent en réalité les caractéristiques d'un marché global, **sans limiter son contrôle à l'existence d'une erreur manifeste d'appréciation dans la détermination du nombre et de la consistance des lots eu égard à la nature des prestations et à l'objet du marché**, a commis une erreur de droit »)).

En l'espèce, la question se posait d'une superposition des allotissements techniques et géographiques du marché.

On a pu constater des approches pour le moins différentes entre les juges du fond sur ce sujet, certains retenant qu'un allotissement technique sans division géographique est suffisant (([CAA Nantes 22 déc. 2015 sociétés Titok distribution et production, req. n° 13NT03272](#) : « 12. Considérant, d'une part, qu'il résulte de l'instruction que les lots n° 8, n° 10 et n° 11 concernaient chacun un segment très précis des produits industriels d'épicerie ; que six candidats ont présenté une offre pour le lot n° 8, trois pour le lot n° 10 et sept pour le lot n° 11 ; que le grand nombre d'établissements constituant le groupement de commande justifie le montant important de chacun des marchés conclus

pour ces lots ; qu'enfin, eu égard, à la nature industrielle des produits concernés, un allotissement de chacun de ces lots selon un critère géographique, outre qu'il aurait conduit à l'identification d'une soixantaine de lots, rendant ainsi excessivement complexe la procédure, n'aurait présenté aucun avantage, tant économique que pour la qualité des produits en cause ; que, par suite, l'allotissement retenu par le CHRU de Tours pour les lots n° 8, 10 et 11 n'est pas entaché d'erreur d'appréciation ».)), d'autres censurant au contraire une absence d'allotissement géographique pour des prestations techniques identiques ((CAA Marseille 18 avril 2016 société Twin Audiolive, req. n° 15MA03482 : « 12. Considérant qu'il n'est pas contesté que le lot n° 1 portait sur la sonorisation et l'équipement de trois scènes distinctes, disposant chacune de ses équipements propres, dans trois zones de diffusion différentes, dont deux destinées à accueillir de 1 000 à 3 000 spectateurs et la dernière destinée à accueillir de 3 000 à 10 000 spectateurs ; que ce lot doit ainsi être regardé comme portant, en réalité, sur la réalisation de trois prestations autonomes et donc distinctes, alors même que ces dernières seraient, dans les trois cas, techniquement identiques »)).

Le Conseil d'Etat offre un exemple d'analyse, qui se fera manifestement en fonction des caractéristiques de chaque marché.

Il retient ainsi que pour le marché en cause, la division par lots géographiques, en fonction des sites concernés, suffisait, dans la mesure où une division supplémentaire par prestations techniques aurait créé d'importantes difficultés de coordination et d'exécution du marché (le précédent marché alloti de la sorte par l'organisme ayant abouti à 97 lots dont l'exécution s'était avérée malaisée). Aucune erreur manifeste d'appréciation dans les conditions d'allotissement du marché ne peut donc être relevée.

Sur la méthode de notation

Une méthode de notation ne doit pas priver de leur portée les critères de sélection ou neutraliser leur pondération, de telle sorte que la meilleure note ne soit finalement pas attribuée à la meilleure offre ou que l'offre économiquement la plus avantageuse ne soit pas choisie.

Mais pour autant, la méthode de notation consistant à attribuer automatiquement la note maximale à la meilleure offre, ce qui conduit ainsi à une différenciation plus grande des candidats sur certains critères, ne prive pas pour autant les critères de leur portée, pas plus qu'elle ne les neutralise.

La question se pose souvent pour les critères techniques : cette décision permet d'attribuer la note maximale au candidat ayant remis la meilleure offre technique, sans s'inquiéter d'une dénaturation de la pondération des critères. Les autres notes allouées doivent cependant respecter les écarts initiaux séparant les notes techniques.

Sur les offres anormalement basses

Enfin, le juge rappelle qu'un seul écart de l'ordre de 24 % entre des offres ne suffit pas à caractériser une offre anormalement basse, c'est-à-dire une offre dont le montant est de nature à compromettre la bonne exécution du marché. Par suite, l'acheteur n'était pas tenu de mettre en œuvre la procédure prévue par l'article 53 de l'ordonnance n° 2015-899 (demande de justification sur le niveau de prix).

Critère social : l'exigence

d'un lien direct avec l'objet du marché ou ses conditions d'exécution

[CE 25 mai 2018 Nantes Métropole, req. n° 417580 : publié au Rec. CE](#)

Plusieurs mécanismes sont prévus par les textes relatifs aux obligations de mise en concurrence applicables aux marchés publics pour prendre en considération des aspects sociaux.

D'abord, l'acheteur peut réserver l'attribution de certains des marchés publics à des entreprises adaptées, s'il le souhaite (article 36 de l'ordonnance n° 2015-899 : « *I. – Des marchés publics ou des lots d'un marché public peuvent être réservés à des entreprises adaptées [...].* »). L'acheteur peut également imposer à l'attributaire du marché, pour son exécution, d'employer des travailleurs handicapés ou d'avoir recours à des entreprises adaptées pour certaines prestations ou pour un volume d'heures donné (on désigne ces exigences « *clauses d'insertion sociale* »).

Ensuite, l'acheteur peut choisir un critère technique lié à des considérations sociales, comme les performances en matière d'insertion professionnelle des publics en difficultés :

« *II. – Pour attribuer le marché public au soumissionnaire ou, le cas échéant, aux soumissionnaires qui ont présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, l'acheteur se fonde :*

2° Soit sur une pluralité de critères non-discriminatoires et liés à l'objet du marché public ou à ses conditions d'exécution [...] Il peut s'agir, par exemple, des critères suivants :

1. a) *La qualité, y compris [...] l'apprentissage, la*

diversité, les conditions de production et de commercialisation, la garantie de la rémunération équitable des producteurs, le caractère innovant, les performances en matière de protection de l'environnement, de développement des approvisionnements directs de produits de l'agriculture, d'insertion professionnelle des publics en difficulté[...] »

(article 62 du décret n° 2016-360)

Néanmoins, le Conseil d'Etat rappelle que ce critère doit présenter un lien avec l'objet du marché ou ses conditions d'exécution.

Dans ces conditions, l'acheteur ne peut pas tenir compte de la politique générale de l'entreprise en matière sociale, et doit ainsi s'attacher à juger les pratiques qui s'appliqueraient effectivement aux prestations qui vont être exécutées par le prestataire :

« 7. Considérant qu'il résulte de ces dispositions que si l'acheteur peut, pour sélectionner l'offre économiquement la plus avantageuse, mettre en œuvre des critères comprenant des aspects sociaux, c'est à la condition, notamment, qu'ils soient liés à l'objet du marché ou à ses conditions d'exécution ; qu'à cet égard, **des critères à caractère social, relatifs notamment à l'emploi, aux conditions de travail ou à l'insertion professionnelle des personnes en difficulté, peuvent concerner toutes les activités des entreprises soumissionnaires, pour autant qu'elles concourent à la réalisation des prestations prévues par le marché** ; que ces dispositions n'ont, en revanche, ni pour objet ni pour effet de permettre l'utilisation d'un critère relatif **à la politique générale de l'entreprise en matière sociale**, apprécié au regard de l'ensemble de son activité et indistinctement applicable à l'ensemble des marchés de l'acheteur, indépendamment de l'objet ou des conditions d'exécution propres au marché en cause »

En l'espèce L'acheteur avait retenu un critère de jugement des offres lié à la performance générale en matière de responsabilité sociale des entreprises (RSE), décomposé en cinq sous-critères relatifs à la protection de l'environnement, aux aspects sociaux, aux aspects sociétaux, à la performance économique durable ainsi qu'aux aspects gouvernance des entreprises candidates.

La pratique était pour le moins louable, puisqu'elle consistait ainsi à valoriser les candidats qui démontraient une mobilisation particulière sur les fronts de la lutte contre les discriminations, du respect de l'égalité hommes / femmes, de la sécurité et la santé du personnel, de la formation du personnel, de la stabilité des effectifs.

Pour autant, en l'état des textes, un tel critère est effectivement irrégulier : cet aspect n'est pas directement lié à l'objet du marché ou à l'exécution même des prestations, puisqu'il valorise une politique générale de l'entreprise, et non pas des caractéristiques spécifiques d'une offre.

L'annulation de la procédure est confirmée par la Haute Juridiction.

Une exclusivité d'exploitation du mobilier urbain ne supprime pas le risque

[CE 25 mai 2018 société Girod Médias, req. n° 416825 : publié au Rec. CE](#)

Comme nous le rappelions récemment, le mobilier urbain semble le fournisseur principal des exemples illustrant les notions propres au droit des contrats publics. C'est le cas encore pour cet arrêt, qui s'intéresse cette fois-ci au risque d'exploitation, caractéristique des contrats de concession les distinguant des marchés publics ((CJCE 10 septembre 2009 *Eurawasser*, [affaire C-206/08](#).)).

On constate que le juge administratif s'attache à analyser de manière très concrète la réalité du risque d'exploitation que le contrat laisse à la charge du partenaire de la personne publique : qu'importe si le contrat affirme haut et fort que le partenaire exploite le service à ses risques et périls, si la réalité de l'exploitation ne l'expose finalement pas aux aléas du marché :

*« 9. Considérant qu'il résulte de l'instruction que la convention litigieuse, dénommée » concession provisoire de service public pour la gestion du service de restauration municipale « , a pour objet de déléguer par affermage provisoire le service public de restauration scolaire ; qu'aux termes de son article 2, » la gestion du service est assurée par le concessionnaire à ses risques et périls » et celui-ci » perçoit auprès des usagers un prix » ; que les stipulations de l'article 37 relatives à la rémunération du concessionnaire prévoient que le concessionnaire reçoit, en plus des recettes perçues sur les usagers, une subvention forfaitaire d'exploitation annuelle versée par la commune de Saint-Benoît, d'un montant de 3 389 228 euros hors taxe, ainsi qu'un complément de prix unitaire au repas servi, facturé selon le nombre de repas comptés lors de chaque service, également versé par la commune; que, **compte tenu de ces versements, qui couvrent 86 % de la rémunération du cocontractant, le risque économique du cocontractant ne porte, ainsi que le stipule la convention, que sur la différence entre les repas commandés et ceux effectivement servis, sur les variations de la fréquentation des cantines et sur les***

*impayés ; qu'eu égard à l'existence d'un dispositif de commande des repas, prévu par les stipulations de l'article 12.2 de la convention, **la différence entre les repas commandés et les repas servis ne saurait varier de manière substantielle** ; qu'en outre, compte tenu de l'objet du service, consistant en la fourniture de repas pour les cantines scolaires, pour les crèches et pour les centres aérés, et de la durée du contrat, limitée à quatorze mois, **le nombre d'usagers n'est pas non plus susceptible de variations substantielles durant l'exécution de la convention** ; qu'enfin, la commune de Saint-Benoît ne fournit aucun élément permettant d'évaluer le risque découlant des impayés ; que, dans ces conditions, **la part de risque transférée au délégataire n'implique pas une réelle exposition aux aléas du marché** et le cocontractant ne peut, par suite, être regardé comme supportant un risque lié à l'exploitation du service » ((CE 24 mai 2017 société Régal des Iles, req. n° [407213](#) : mentionné aux tables du Rec. CE))*

S'agissant du contrat d'exploitation publicitaire du mobilier urbain dont le Conseil d'Etat a eu à connaître, la personne publique a confié à un prestataire cette exploitation à titre exclusif, ce dont le tribunal avait déduit que le prestataire ne supportait aucun risque d'exploitation. La Haute Juridiction censure cette approche, qu'on peut effectivement reconnaître comme réductrice : le droit d'exclusivité ne supprime pas toute exposition aux aléas du marché.

Jugeant l'affaire au fond, le Conseil d'Etat retient au contraire que le prestataire est bien exposé aux aléas du marché en termes de demande d'espaces publicitaires, tandis que le contrat ne prévoit aucune prise en charge par la commune des pertes d'exploitation éventuelles :

*« 5. Considérant qu'il résulte de l'instruction que le contrat litigieux, dont l'objet et l'équilibre économique ont été rappelés au point 3 ci-dessus, ne comporte aucune stipulation prévoyant le versement d'un prix à son titulaire ; **que celui-ci est exposé aux aléas de toute nature qui peuvent affecter***

le volume et la valeur de la demande d'espaces de mobilier urbain par les annonceurs publicitaires sur le territoire de la commune, sans qu'aucune stipulation du contrat ne prévoie la prise en charge, totale ou partielle, par la commune des pertes qui pourraient en résulter ; qu'il suit de là que ce contrat, dont l'attributaire se voit transférer un risque lié à l'exploitation des ouvrages à installer, constitue un contrat de concession et non un marché public »

Le contrat est donc bien une concession, et non pas un marché.