

LETTRE D'ACTUALITE



JUILLET 2018

Sommaire

(Textes, réponses ministérielles et autres, jurisprudences)

| | |
|--------------------------------------|------------|
| Droit administratif général | p.2 |
| Droit de la fonction publique | p.6 |
| Droit de la commande publique | p.8 |

I. TEXTES

Décret n°2018-617 du 17 juillet 2018 portant modification du Code de justice administrative et du Code de l'urbanisme

Ce décret vient modifier un certain nombre de règles en matière de contentieux administratif général et dans le cadre du contentieux de l'urbanisme.

Ainsi, le nouvel article R.612-5-2 du Code de justice administrative, très critiqué, prévoit que le requérant est réputé s'être désisté de sa requête au fond dès lors qu'il n'a pas, dans le délai d'un mois, confirmé sa demande d'annulation ou de réformation à la suite du rejet de son référé-suspension au motif qu'il n'a pas fait état d'un moyen de nature à créer un doute sérieux quant à la légalité de la décision attaquée.

De même, le nouvel article R.600-6 du Code de l'urbanisme que les tribunaux administratifs et les cours administratives d'appel devront, pour les requêtes enregistrées à compter du 1^{er} octobre 2018, statuer dans un délai de 10 mois, alors que le délai moyen est de 23 mois en première instance et de 16 à 18 mois en appel.

De plus, une nouvelle cristallisation des moyens est également prévue par le nouvel article R. 600-5 du Code de l'urbanisme qui prévoit que « *les parties ne peuvent plus invoquer de moyens nouveaux passé un délai de deux mois à compter de la communication aux parties du premier mémoire en défense* ». Il sera relevé que ce mémoire en défense peut être, tout à la fois, celui du bénéficiaire de l'autorisation d'urbanisme ou celui de l'auteur de la décision attaquée.

Ce décret contient donc d'importantes limites au droit au recours et des recours en annulation sont actuellement à l'étude. Affaire à suivre donc....

Lien : <http://urlz.fr/7v91>

II. JURISPRUDENCES

Tribune d'opposition diffamatoire dans le bulletin municipal

CE, 27 juin 2018, Mme A, n°406081

Le Conseil d'Etat confirme qu'un exécutif peut refuser une tribune diffamatoire et caricaturale :

« Il résulte des dispositions de l'article L. 2121-27-1 du code général des collectivités territoriales qu'une commune de 3 500 habitants et plus est tenue de réserver dans son bulletin d'information municipale, lorsqu'elle diffuse un tel bulletin, un espace d'expression réservé à l'opposition municipale. Ni le conseil municipal ni le maire de la commune ne sauraient, en principe, contrôler le contenu des articles publiés, sous la responsabilité de leurs auteurs, dans cet espace. Il en va toutefois autrement lorsqu'il ressort à l'évidence de son contenu qu'un tel article présente un caractère manifestement outrageant, diffamatoire ou injurieux au regard des dispositions précitées de la loi du 29 juillet 1881 [...] la tribune est accompagnée d'une caricature qui représente le maire les poches remplies de billets de banque et déclarant " l'important c'est la taille des poches ". La juxtaposition de cette tribune, au contenu manifestement erroné, et de la caricature du maire, représenté les poches remplies de billets de banque, faisant ainsi allusion, sans preuve, à sa malhonnêteté, présente à l'évidence un caractère manifestement diffamatoire. Il suit de là que le maire de la commune de Châtenay-Malabry pouvait légalement s'opposer à la publication la tribune du groupe d'opposition municipale " Tous ensemble à la mairie " dans le bulletin d'information municipale ».

Lien : <http://urlz.fr/7v93>

Médiation administrative et référé provision

TA Strasbourg, 12 juillet 2018, n°1801873

Nouvelle illustration du développement de la médiation dans le contentieux administratif. Saisi d'une requête en référé provision sur le fondement de l'article R. 541-1 du CJA par un agent hospitalier à l'encontre d'un établissement hospitalier, une procédure de médiation a été proposée aux parties par le juge des référés. Cette proposition a été acceptée par les deux parties.

Le juge du référé provision sursoit dès lors à statuer sur les conclusions indemnitaires de l'agent tendant au versement d'une allocation provisionnelle en se fondant sur une obligation non sérieusement contestable, et procède à la désignation d'un médiateur pour une période de 3 mois, tous droits et moyens sur lesquels il n'a pas été statué demeurant expressément réservés en cas d'échec de la médiation.

Ainsi, même dans le cadre d'un référé provision (assez peu propice à la discussion, la créance étant a priori certaine ou non) la médiation peut être proposée.

Lien : <http://urlz.fr/7v95>

Conséquences de l'illégalité d'un arrêté de péril

Cass. 3e civ., 5 juill. 2018, n° 12-27.823

L'illégalité de l'arrêté de péril s'oppose à ce que le coût des travaux soit mis à la charge du propriétaire de l'immeuble :

« pour accueillir la demande de la commune en paiement du coût des travaux de démolition, l'arrêt retient qu'il est constant que ces travaux ont été effectués à ses frais avancés, qu'ils étaient autorisés par une ordonnance du juge des référés du tribunal administratif qui avait rejeté la demande de M. X... en suspension de l'arrêté de péril ordinaire et, qu'ainsi, ces travaux devaient être mis à la charge de M. X..., la demande reconventionnelle de celui-ci pour voie de fait étant indépendante de cette obligation, Qu'en statuant ainsi, alors que la commune n'agit pour le compte et aux frais du propriétaire que lorsqu'elle fait régulièrement usage des pouvoirs d'exécution d'office qui lui sont reconnus et que, dès lors, l'irrégularité de la procédure résultant de l'illégalité de l'arrêté de péril fait obstacle à ce que soit mis à la charge du propriétaire le coût des travaux ordonnés par cet arrêté et exécutés d'office par la commune, la cour d'appel a violé le texte susvisé ».

Lien : <http://urlz.fr/7vb5>

Aide sociale : le Conseil d'Etat précise le département de prise en charge en cas de conflit négatif

CE, 18 juillet 2018, Département de la Haute-Garonne, n°412206

Le Conseil d'Etat a estimé que, lorsqu'il est pris une décision d'admission immédiate, le département qui, sous un délai excédant deux mois, transmet le dossier au département dans lequel il estime que le bénéficiaire a son domicile de secours, supporte la charge des frais exposés jusqu'à la date de ladite transmission (ce qui implique qu'il pourrait en obtenir le remboursement s'il agissait dans le délai de deux mois). En revanche, la méconnaissance du délai d'un mois prescrit dans l'hypothèse où aucune décision immédiate n'a été prise, est sans incidence sur la détermination du département auquel incombe les dépenses d'aide sociale susceptibles d'être exposées, y compris au titre de la période antérieure à cette transmission.

Lien : <http://urlz.fr/7v99>

La décision de refuser d'attribuer un logement social constitue une décision administrative peu importe le statut privé ou public du bailleur social

CE, 26 juillet 2018, Mme AB, n°417663

Par un arrêt du 26 juillet, le Conseil d'Etat affirme que la décision de refuser d'attribuer un logement social constitue une décision administrative, qu'elle émane d'un bailleur privé ou public :

« si le contrat qui lie un bailleur social à un locataire est un contrat de droit privé, la décision de refus d'attribuer un logement ne porte pas sur l'exécution d'un tel contrat ; qu'elle est prise dans le cadre de l'exécution d'un service public, dans les conditions et selon des procédures qu'imposent au bailleur social les articles L. 441-1 et suivants du code de la construction et de l'habitation et les dispositions réglementaires prises pour leur application ; qu'ainsi, quel que soit le statut, public ou privé, du bailleur social, elle constitue une décision administrative, dont il incombe à la seule juridiction administrative d'apprécier la légalité».

Lien : <http://urlz.fr/7vgu>

Acquisition des biens vacants et sans maître par les communes

Cass. 3e civ., 12 juillet 2018, n°17-16.103

Par un arrêt en date du 12 juillet 2018, la Cour de cassation s'est prononcée sur le régime applicable aux biens déclarés « vacants et sans maître », ces derniers donnant lieu à un mode d'acquisition régi par les articles 713 du Code civil et L. 1123-1, 1° du CG3P :

« que la cour d'appel qui, nonobstant l'usage inapproprié du terme « déboute » dans le jugement qu'elle a confirmé, n'a pas statué au fond sur la demande d'indemnisation qu'elle a déclarée irrecevable, a exactement retenu, sans excéder ses pouvoirs, que le délai de trente ans au-delà duquel les héritiers étaient présumés avoir renoncé à la succession était suffisamment long pour que les dispositions des articles 713 du code civil et L. 1123-1, 1°, du code général de la propriété des personnes publiques, prévoyant l'appropriation, au profit de la commune, des biens faisant partie d'une succession ouverte depuis plus de trente ans et pour laquelle aucun successible ne s'est présenté, ne portent pas une atteinte disproportionnée au droit de propriété au regard de l'utilité publique que peut représenter l'appropriation par une commune de terrains délaissés pendant une telle durée ».

Lien : <http://urlz.fr/7vbx>

Pouvoir de police et prévention des infractions pénales

CE, 21 juin 2018, SARL Les productions de la Plume, n°416353

Le Conseil d'Etat confirme qu'il appartient aux autorités investies du pouvoir de police administrative de prendre les mesures de nature à éviter que des infractions pénales soient commises :

« il appartient à l'autorité investie du pouvoir de police de prendre toute mesure pour prévenir une atteinte à l'ordre public. Le respect de la dignité de la personne humaine est une des composantes de l'ordre public. L'autorité investie du pouvoir de police peut, même en l'absence de circonstances locales particulières, interdire une manifestation qui porte atteinte au respect de la dignité de la personne humaine.

L'exercice de la liberté d'expression est une condition de la démocratie ainsi que l'une des garanties du respect des autres droits et libertés. Il appartient aux autorités chargées de la police administrative de prendre les mesures nécessaires à l'exercice de la liberté de réunion. Les atteintes portées, pour des exigences d'ordre public, à l'exercice de ces libertés fondamentales doivent être nécessaires, adaptées et proportionnées.

Dans l'hypothèse où l'autorité investie du pouvoir de police administrative cherche à prévenir la commission d'infractions pénales susceptibles de constituer un trouble à l'ordre public, la nécessité de prendre des mesures de police administrative et la teneur de ces mesures s'apprécient en tenant compte du caractère suffisamment certain et de l'imminence de la commission de ces infractions, ainsi que de la nature et de la gravité des troubles à l'ordre public qui pourraient en résulter. Pour apprécier la nécessité d'interdire la représentation d'un spectacle, cette autorité peut tenir compte d'éléments tels que l'existence de condamnations pénales antérieures sanctionnant des propos identiques à ceux susceptibles d'être tenus à l'occasion de nouvelles représentations de ce spectacle, l'importance donnée aux propos incriminés dans la structure même du spectacle, la publicité à laquelle ils donnent lieu, leur caractère répétitif et délibéré, ainsi que les atteintes à la dignité de la personne humaine qui pourraient en résulter ».

Lien : <http://urlz.fr/7vgE>

I. TEXTES

Une circulaire du 18 juillet précise le cadre juridique des lanceurs d'alerte »

Circ. n° CPAF1800656C, 19 juill. 2018

Publiée le 20 juillet 2018, la circulaire du 19 juillet précise le cadre juridique applicable aux « lanceurs d'alerte » dans la fonction publique, les modalités de recueils des signalements et leur traitement ainsi que les garanties et protections dont bénéficient les agents.

Cette circulaire de 15 pages, agrémentée de 2 schémas de procédure, précise le champ d'application du régime du signalement dans la fonction publique, les modalités et la procédure de signalement, ainsi que les mesures de garantie et de protection dont bénéficient les agents à l'occasion d'un signalement.

Lien : <http://urlz.fr/7v9f>

II. JURISPRUDENCES

Violation de l'obligation de réserve et pseudonyme sur internet

CE, 27 juin 2018, M. AB., n°412541

L'obligation de réserve d'un fonctionnaire s'applique même en cas d'anonymat :

« dans le cadre d'activités extraprofessionnelles, M. B...a publié, sous un pseudonyme, sur plusieurs sites internet relayés par les réseaux sociaux, de nombreux articles critiquant en des termes outranciers et irrespectueux l'action de membres du Gouvernement et la politique étrangère et de défense française ; qu'il s'est prévalu, dans ces publications, de sa qualité d'ancien élève de l'école Saint-Cyr et de l'école des officiers de la gendarmerie nationale ; qu'alors pourtant qu'il avait été mis en garde à ce sujet, il a poursuivi ces publications ; que ces faits, même s'ils ont été commis en dehors du service et sans utiliser les moyens du service et si l'intéressé ne faisait pas état de sa qualité de militaire, sont constitutifs d'une violation de l'obligation de réserve à laquelle sont tenus les militaires à l'égard des autorités publiques, même en dehors du service et fût-ce sous couvert d'anonymat ; que les manquements reprochés à M. C..., dont l'inexactitude matérielle n'est pas établie, étaient constitutifs d'une faute de nature à justifier une sanction disciplinaire ».

Lien : <http://urlz.fr/7v9k>

La nomination d'un fonctionnaire ne peut pas résulter d'une décision implicite

CE, 27 juin 2018, Commune de Villejuif, n°415374

Après voir rappelé les articles 4 et 40 de la loi du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale : le Conseil d'Etat juge que :

« Il résulte de ces dispositions que la nomination d'un fonctionnaire territorial dans un emploi vacant au sein d'une commune ne peut résulter, sauf circonstances exceptionnelles, que d'une décision expresse prise par le maire de cette commune.

Pour faire droit à la demande de MB..., le juge des référés a jugé que l'exercice public, paisible et non équivoque par celle-ci, pendant plusieurs semaines au cours des mois de mai et juin 2017, des fonctions de responsable du service des affaires scolaires, qui s'était manifesté notamment par la participation de l'intéressée à des réunions en cette qualité et par la modification apportée par la direction de la communication à l'annuaire interne le 4 mai 2017, révélait l'existence d'une décision implicite de la nommer à ce poste.

En statuant de la sorte, alors que la circonstance qu'un agent a occupé, pendant une certaine durée, l'emploi pour lequel il a présenté sa candidature en vue d'y être nommé ne saurait être regardée comme révélant l'existence d'une décision de nomination prise par l'autorité territoriale, le juge des référés a commis une erreur de droit ».

Lien : <http://urlz.fr/7v9p>

RIFSEEP : le Conseil constitutionnel valide l'obligation d'instaurer le complément indemnitaire annuel

CC décision n°2018-727 QPC du 13 juillet 2018, commune de Ploudiry.

Dans le cadre d'une QPC, le Conseil Constitutionnel confirme que les collectivités territoriales qui mettent en place le régime indemnitaire tenant compte des fonctions, des sujétions, de l'expertise et de l'engagement professionnel (RIFSEEP) ont l'obligation de prévoir non seulement l'indemnité de fonctions, de sujétions et d'expertise (IFSE), mais également le complément indemnitaire annuel (CIA) lié à l'engagement professionnel et à la manière de servir.

La commune de Ploudiry contestait la conformité à la Constitution de cette obligation découlant du premier alinéa de l'article 88 de la loi du 26 janvier 1984, dont la dernière version résulte de la loi "déontologie" du 20 avril 2016.

Le conseil Constitutionnel considère que cette disposition est conforme à la Constitution, dans la mesure où les collectivités territoriales « demeurent libres de fixer les plafonds applicables à chacune des parts du régime indemnitaire, sous la seule réserve que leur somme ne dépasse pas le plafond global des primes octroyées aux agents de l'Etat ».

Lien : <http://urlz.fr/7vbO>

I. ACTUALITES

Dématérialisation : le Ministère des Finances a mis en ligne un espace pédagogique dédié

Afin de se préparer à l'échéance du 1^{er} octobre prochain, Le ministère des Finances vient de mettre en ligne un espace entièrement consacré à la commande publique numérique, qui s'adresse aux acheteurs et aux fournisseurs de l'administration pour expliquer, notamment grâce à plusieurs vidéos, ce qui va changer à compter de cette date.
A consulter pour toute question que vous vous poseriez sur ce sujet brûlant.

Lien : <https://www.economie.gouv.fr/commande-publique-numerique>

Ouverture d'une consultation publique sur le projet de décret portant diverses mesures relatives aux contrats de la commande publique

La Direction des affaires juridiques du ministère de l'économie, des finances, de l'action et des comptes publics (DAJ) a lancé le 23 juillet 2018 une consultation publique relative au projet de décret portant diverses mesures relatives aux contrats de la commande publique. Vous pouvez donc faire valoir vos remarques et commentaires en adressant un mail à concertation2.daj@finances.gouv.fr.

Lien : <http://urlz.fr/7vcG>

Commande publique : la reprise économique se confirme

Selon les derniers chiffres, la commande publique au 2^{ème} trimestre 2018 atteint 22,1 milliards, soit un bond de + 13% par rapport au 1^{er} trimestre (19,5 milliards). 67.489 marchés ont été publiés durant cette période, soit une augmentation de près de 18 % par rapport au premier trimestre. La reprise de la commande publique se confirme donc puisque comparativement à la même période en 2017 on enregistre une hausse de 6,7% des montants, alors que le nombre d'appels d'offres s'érode légèrement (-1%). Les collectivités locales continuent d'être les premiers donneurs d'ordres (11,2 milliards pour 37 350 marchés publiés) devant l'Etat (3,6 milliards et 13 021 marchés), les bailleurs sociaux (2,3 milliards et 5 381 marchés) et le secteur de la santé (1,4 milliard et 3 670 marchés).

II. TEXTES

Marchés des organismes de sécurité sociale : le nouvel arrêté est enfin publié

Arrêté du 19 juillet 2018 portant réglementation sur les marchés publics des organismes de sécurité sociale

Publié le 19 juillet, le nouvel arrêté portant réglementation sur les marchés publics des organismes de sécurité sociale abroge celui de juin 2008, et fixe le nouveau cadre des marchés passés par tous les organismes privés assurant en tout ou partie la gestion d'un régime obligatoire de sécurité sociale

Lien : <http://urlz.fr/7vcb>

La loi n°2018-670 du 30 juillet 2018 relative à la protection du secret des affaires modifie à la marge l'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics

Cette loi fait disparaître la notion de secret « *en matière industrielle et commerciale* » pour la remplacer par une notion plus générale secret « *des affaires* » au sein de l'article 4 de l'ordonnance.

Lien : <http://urlz.fr/7vgn>

Mise à jour de la fiche technique relative aux modalités de modification des contrats en cours d'exécution - fiche publiée le 13 juillet 2018

La DAJ de Bercy a procédé à l'actualisation de la fiche technique relative aux modalités de modification des contrats en cours d'exécution.

Le document récapitule les cas dans lesquelles une modification est autorisée (clause de réexamen, prestations supplémentaires, circonstances imprévues, substitution du cocontractant, modification inférieure à certains seuils) et revient sur la notion de modification « substantielle » du contrat. La fiche indique également la procédure à suivre avec la publication d'un avis de publicité ad hoc pour certains cas. Elle s'attarde enfin sur la situation particulière des anciens marchés complémentaires de travaux ou de service selon une procédure négociée sans publicité ni mise en concurrence.

Lien : <http://urlz.fr/7v9v>

III. REPONSES MINISTERIELLES ET AUTRES

Étendue de la délégation donnée à l'exécutif local en matière de marchés publics

Réponse publiée dans le JO AN du 10 juillet 2018 - page : 6015

Une convention de transfert temporaire de maîtrise d'ouvrage n'est pas un marché public et doit donc être spécifiquement autorisée par l'assemblée délibérante :

« Au titre des articles L. 2122-22, L. 3221-11 et L. 4231-8 du CGCT, l'assemblée délibérante peut déléguer à l'exécutif local la faculté de « prendre toute décision concernant la préparation, la passation, l'exécution et le règlement des marchés et des accords-cadres, ainsi que toute décision concernant leurs avenants, lorsque les crédits sont inscrits au budget ». L'interprétation a contrario du 2° de l'article L. 2122-22 précité, selon lequel le maire peut être chargé « de fixer, dans les limites fixées par le conseil municipal, les tarifs... », montre que le législateur a entendu permettre de lui confier la compétence la plus étendue possible, sauf si l'assemblée délibérante en décide autrement. En revanche, s'il n'est pas défini par les textes, le terme « préparation » désigne l'élaboration du dossier de consultation des entreprises, des critères d'attribution, et plus largement la définition de la nature et de l'étendue des besoins à satisfaire. À titre d'illustration, une convention constitutive de groupement de commandes n'est considérée ni comme un marché public, ni comme une « décision concernant la préparation, la passation, l'exécution et le règlement » des marchés publics. Il apparaît, d'une part, qu'une convention de transfert temporaire de maîtrise d'ouvrage, telle que prévue au II de l'article 2 de la loi no 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique, et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée (dite loi MOP), n'est pas un marché public. D'autre part, n'ayant ni pour objet, ni pour effet, d'élaborer le dossier de consultation des entreprises, de définir les critères d'attribution, ou même de définir la nature et l'étendue des besoins à satisfaire, une telle convention ne peut non plus être considérée comme une décision visant à préparer un marché. Elle ne peut donc être adoptée selon les règles prévues notamment à l'article L. 2122-22 du CGCT ».

Lien : <http://urlz.fr/7v1O>

Accords-cadres et seuil des marchés subséquents

Réponse publiée dans le JO AN du 10 juillet 2018 - page 6066

Interrogé sur la possibilité de passer un subséquent en MAPA lorsque le seuil du subséquent est inférieur aux procédures formalisées, le ministère des Finances a rappelé que :

« Le recours à la négociation pour la passation des marchés subséquents n'est possible que lorsque l'accord-cadre a été passé selon une procédure permettant la négociation. Cette règle découle du paragraphe 5 de l'article 33 de la directive 2014/24/UE qui prévoit que la mise en concurrence des marchés subséquents dans le cadre des accords-cadres conclus par les pouvoirs adjudicateurs « obéit aux mêmes conditions que celles qui ont été appliquées à l'attribution de l'accord-cadre ». Ainsi, quelle que soit la valeur estimée du besoin concerné par le marché subséquent, il ne peut y avoir de phase de négociation dans l'attribution de ce dernier si l'accord-cadre a été conclu selon une procédure ne permettant pas la négociation. La négociation des marchés subséquents est, en revanche, possible si l'accord-cadre a été passé selon une procédure adaptée prévoyant une phase de négociation, une procédure concurrentielle avec négociation, un dialogue compétitif ou un marché négocié sans publicité ni mise en concurrence. Enfin, quelle que soit la procédure de passation mise en œuvre pour conclure l'accord-cadre, il est possible, si cela a été prévu dans l'accord-cadre, de recourir à des marchés subséquents négociés sans remise en concurrence lorsqu'il apparaît que, pour des raisons techniques, ces marchés ne peuvent plus être confiés qu'à un opérateur économique déterminé. Le dernier alinéa du II de l'article 79 du décret no 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics dispose que « tel est notamment le cas lorsque aucun produit, matériel ou service ne peut être substitué au produit, matériel ou service à acquérir et qu'un seul des titulaires est en mesure de le fournir ».

Le recours à une procédure de passation permettant la négociation n'est pas en soi gage d'une meilleure efficacité économique de la commande publique que la procédure d'appel d'offres. En effet, en procédure négociée comme en appel d'offres, l'efficacité de la commande publique passe notamment par la bonne définition préalable du besoin. Cette définition précise peut être facilitée, si l'acheteur public ne dispose pas de l'expertise requise sur les prestations considérées, en procédant à un sourçage ou en recourant à une assistance à maîtrise d'ouvrage avant le lancement de la consultation. D'autres leviers d'efficacité économique de la commande publique doivent également être mis en œuvre, tels que le choix des critères de sélection des offres et une pondération de ceux-ci qui soient adaptés à l'objet du marché public, la fixation d'un délai de remise des candidatures et des offres suffisant pour permettre aux opérateurs économiques de trouver, si nécessaire, des partenaires et d'établir une offre en adéquation avec le cahier des charges, et la publication de l'avis d'appel à la concurrence dans des supports de publicité pertinents au regard du segment d'achat ».

Lien : <http://urlz.fr/7vIV>

IV. JURISPRUDENCE

Marchés publics d'assurances : les acheteurs peuvent recourir à la procédure concurrentielle avec négociation

TA Dijon, ord. 19 juillet 2018, BEAH, n°1801667

Dans cette ordonnance, le juge valide le recours à la PCN pour les marchés d'assurances :

« il est constant que si le centre hospitalier de Nevers a initié la procédure litigieuse sur le fondement des dispositions du 5° du II de l'article 25 du décret du 25 mars 2016, dans ses dernières écritures, il se réfère aux dispositions du 1° et du 4° de cet article pour justifier le recours à cette procédure. [...] Or, il résulte de l'instruction que le marché en litige concerne des assurances « Responsabilité civile hospitalière – protection juridique » spécifiques aux missions de services publics d'un groupement hospitalier de territoire (GHT) comprenant huit établissements de santé aux profils différents à raison à la fois de leur tailles respectives, des prises en charges, des soins prodigués et des publics accueillis. Dès lors, si des cahiers des charges ont été rédigés par un assistant à maitre d'ouvrage pour exprimer les besoins des divers types d'établissements composant le groupement hospitalier, il n'est pas démontré que ces documents pouvaient permettre à eux seuls la présentation d'offres standard d'assurances déjà disponibles, sans adaptation de celles-ci, tant dans leur prix que dans leur modalités, eu égard à la complexité du montage juridique et financier à opérer, que ce soit pour le groupement hospitalier ou les candidats. Il y avait donc nécessité d'adapter les solutions proposées, qui pouvaient contenir réserves ou variantes, aux niveaux de risques, aux besoins exprimés et aux possibilités financières de chacun des établissements. Le centre hospitalier de Nevers pouvait par conséquent recourir à la procédure concurrentielle avec négociation pour rechercher la meilleure offre d'assurance possible ».

Lien : ordonnance disponible sur simple demande

DSP : la collectivité peut opter pour un allotissement géographique et demander le dépôt d'offres regroupant plusieurs lots

TA Marseille, ord. 16 juillet 2018, Sté ELRES, n°1804849

Dans cette affaire, la ville de Marseille avait mis en œuvre une procédure de passation pour l'attribution de la délégation du service public de la restauration scolaire du 1^{er} degré dans les écoles de la ville. Selon le règlement de la consultation, la DSP comprenait deux lots géographiques, le lot B concernant les 13^{ème} à 16^{ème} arrondissements de la ville et le lot A reprenant l'ensemble des autres arrondissements. Le règlement de la consultation autorisait les candidats à présenter une offre pour chacun des lots (A + B), pour un seul lot (A ou B) ou pour une offre « groupée », réunissant les deux lots (offre AB). Le candidat évincé contestait cette possibilité en faisant valoir que la comparaison des offres n'était pas possible dans une telle hypothèse. Pourtant, dans son ordonnance, le juge confirme tout à la fois la possibilité d'un allotissement géographique en matière de DSP et la possibilité de prévoir des dépôts d'offres groupées (c'est-à-dire regroupant les deux lots ensemble). Ainsi, selon le juge des référés :

« aucune disposition de l'ordonnance du 29 janvier 2016 ou du décret du 1^{er} février 2016 relatifs aux contrats de concession n'interdit à l'autorité délégante, qui envisage de déléguer la gestion d'un service public, de procéder à un allotissement géographique et, dans cette hypothèse, de prévoir dans le règlement de la consultation la possibilité de présenter une offre pour chacun des lots, pour un seul des lots ou pour des lots réunis afin de retenir la meilleure offre au regard de l'avantage économique global pour l'autorité concédante conformément à l'article 47 de l'ordonnance du 29 janvier 2016 ».

Lien : ordonnance disponible sur simple demande

Comment appliquer la limitation du nombre de lots attribués à un même candidat en présence de deux candidats intimement liés entre eux ?

CE, 11 juillet 2018, CANGT, n°418021

L'acheteur public a le droit de limiter le nombre de lots qu'il souhaite attribuer à un même candidat (article 12 du décret du 25 mars 2016). Dans le marché en cause, le RC précisait ainsi qu'un candidat ne pouvait soumettre de propositions que pour un maximum de 5 lots et qu'aucun candidat ne pouvait se voir attribuer plus de 3 lots.

La question se posait de savoir comment appliquer cette règle en présence de deux candidats juridiquement distincts, mais utilisant les mêmes ressources. En effet, dans cette procédure, une société A, créée en juillet 2017 par le fils de la gérante de la société B, n'avait pas de moyens propres, mais se prévalait uniquement de ceux de la société B, qui s'est engagée à mettre à sa disposition les véhicules nécessaires à l'exécution des marchés en question et que la quasi-totalité des moyens matériels de la société A étaient ceux de la société B.

L'acheteur pouvait-il attribuer 3 lots à la société A et 3 lots à la société B ? La règle de la limitation du nombre de lot à attribuer à chaque candidat était dans ce cas respectée à la lettre, mais *in fine*, la création d'une « coquille vide » (la société A) permettait de détourner la règle puisqu'en réalité, le candidat B se verrait attribuer 6 lots.

Le juge des référés de première instance avait donc choisi de globaliser ces deux candidats et appliquer la règle de limitation au niveau des deux candidats, ce que valide le Conseil d'Etat :

« que le juge des référés a relevé que la société A, créée en juillet 2017 par le fils de la gérante de la société B, n'avait pas de moyens propres, mais se prévalait uniquement de ceux de cette dernière société, qui s'est engagée à mettre à sa disposition les véhicules nécessaires à l'exécution des marchés en question et que la quasi-totalité des moyens matériels de la société A étaient ceux de la société B ; qu'il a pu déduire, sans erreur de droit, du fait que ces deux sociétés ne mettaient pas en œuvre de moyens distincts, qu'elles devaient être regardées comme un seul et même candidat pour l'application des dispositions précitées, et que le pouvoir adjudicateur ne pouvait pas leur attribuer un total de six lots sans méconnaître les obligations de mise en concurrence fixées par le règlement de la consultation ; que ce motif justifie à lui seul l'annulation de la procédure en ce qui concerne les lots 2, 6 et 8 ; que la communauté d'agglomération du Nord Grande-Terre n'est, dès lors, pas fondée à demander l'annulation des ordonnances attaquées en ce qui concerne ces trois lots ».

Les pouvoirs adjudicateurs doivent donc être vigilants lorsqu'ils décident de limiter le nombre de lots à attribuer à un même candidat aux relations étroites qui peuvent exister entre plusieurs candidats, qui peuvent en réalité n'en former qu'un pour l'application de cette règle.

Lien : <http://urlz.fr/7v9B>

Délai de remise des offres : le contrôle du juge des référés est limité à son caractère manifestement inadapté

CE, 11 juillet 2018, CANGT, n°418021

Le Conseil d'Etat vient de préciser la nature du contrôle du juge des référés sur le délai laissé par l'acheteur public aux candidats pour élaborer et déposer leurs offres.

L'article 43 du décret du 25 mars 2016 dispose ainsi que « l'acheteur fixe les délais de réception des candidatures et des offres en tenant compte de la complexité du marché public et du temps nécessaire aux opérateurs économiques pour préparer leur candidature et leur offre ». En appel d'offres ouvert, le délai minimal qui doit être laissé aux candidats entre la publication de l'avis de marché et la date limite de remise de offres est de 30 jours.

Toutefois pour certains marchés, ce délai peut paraître insuffisant pour élaborer une offre (marchés d'assurances, gros marchés de travaux, marché nécessitant de conclure des contrats de location ou de fournitures préalables).

En l'espèce, la communauté d'agglomération du Nord Grande-Terre (CANGT) avait mis en œuvre un appel d'offres ouvert pour la passation d'un marché de transports scolaires, en prévoyant un délai de remise des offres d'un peu plus de 35 jours, donc supérieur aux délais réglementaires. Toutefois, le RC prévoyait, au titre de l'analyse des offres, que 20 points étaient attribués en fonction de l'âge des véhicules proposés et qu'une proposition ne comportant pas de véhicules neufs, ou de deux ans au maximum, recevait une note substantiellement inférieure à celle d'une proposition remplissant ce critère. Autrement dit, les candidats avaient tout intérêt à se fournir en véhicules neufs pour augmenter leurs chances de remporter le marché. Le problème c'est qu'il est difficile de s'équiper de bus neufs en un mois. Un des candidats évincés a donc saisi le juge des référés en faisant valoir que le délai de remise des offres était en l'espèce bien trop court, en favorisant de facto les candidats ayant déjà des véhicules neufs.

Le Tribunal de Guadeloupe a suivi cet argument, et a annulé la procédure de passation en considérant que le délai de consultation du marché en litige, bien que supérieur au délai minimal prévu par ce texte, était insuffisant pour permettre aux candidats de passer une commande de véhicules avec une date de livraison ferme en Guadeloupe après avoir obtenu le financement de ces véhicules, et que cette insuffisance était de nature à empêcher certains candidats d'obtenir la note maximale sur le critère de l'âge des véhicules dont ils disposaient. Pourtant, ce raisonnement est infirmé par le Conseil d'Etat, qui précise le contrôle limité du juge des référés sur ce délai de remise des offres : « qu'en annulant, pour ce motif, la procédure de passation, alors qu'il lui incombait seulement de vérifier si le délai de consultation, bien que supérieur au délai minimal fixé par les textes applicables, n'était néanmoins pas manifestement inadapté à la présentation d'une offre compte tenu de la complexité du marché public et du temps nécessaire aux opérateurs économiques pour préparer leurs candidatures et leurs offres, le juge des référés a commis une erreur de droit ».

Statuant au fond le Conseil d'Etat considère qu'en l'espèce, le requérant « n'établit pas que le délai de consultation, qui était supérieur au délai minimal fixé par les textes applicables, était manifestement inadapté à la présentation d'une offre, eu égard à la complexité du marché public et au temps nécessaire aux opérateurs économiques pour préparer leur candidature et leur offre ».

Autrement dit, les pouvoirs adjudicateurs sont donc assez libres dans la fixation de ce délai de remise, dès lors qu'ils respectent les délais minimums réglementaires.

Lien : <http://urlz.fr/7v9B>

DGD : précisions sur les modalités permettant la naissance du DGD tacite

CE, 25 juin 2018, Sté Merceron TP, n°417738

Le Conseil d'Eta juge qu'à défaut de transmission du projet de décompte final au maître d'ouvrage et au maître d'œuvre, aucun DGD tacite n'est susceptible d'intervenir :

« même si elle intervient après l'expiration du délai de trente jours prévu à l'article 13.3.2 du CCAG Travaux, courant à compter de la réception des travaux, la réception, par le maître d'ouvrage et le maître d'œuvre, du projet de décompte final, établi par le titulaire du marché, est le point de départ du délai de trente jours prévu à l'article 13.4.2, dont le dépassement peut donner lieu à l'établissement d'un décompte général et définitif tacite dans les conditions prévues par l'article 13.4.4 ; que, toutefois, dès lors qu'en application de l'article 13.4.2, l'expiration du délai de trente jours prévu par celui-ci est appréciée au regard de la plus tardive des dates de réception du projet de décompte final respectivement par le maître d'ouvrage et le maître d'œuvre, ce délai ne peut pas courir tant que ceux-ci n'ont pas tous deux reçus le document en cause [...] qu'en revanche, en jugeant qu'à défaut de transmission du projet de décompte final au maître d'œuvre, le délai de trente jours prévu par l'article 13.4.2 imparti au maître d'ouvrage pour notifier au titulaire du marché le décompte général ne peut pas courir, ce qui fait obstacle à la naissance d'un décompte général et définitif tacite selon les modalités prévues par l'article 13.4.4, la cour n'a pas commis d'erreur de droit ; que ce second motif justifie à lui seul le rejet des conclusions présentées devant elle par les requérantes, fondées sur l'existence d'un décompte général et définitif tacite ».

Ce faisant, il atténue clairement la rigueur de la règle du DGD tacite vis-à-vis du maître d'ouvrage et rappelle le rôle déterminant du maître d'œuvre dans la procédure d'établissement du décompte.

Lien : <http://urlz.fr/7vit>

Une dénaturation de l'offre sans lésion n'entraîne pas l'annulation de la procédure

TA Paris, ord. 11 juillet 2016, Sté Securi.dress, n°1810677

Dans cette affaire, le moyen tiré de la dénaturation de l'offre du candidat évincé (souvent soulevé mais rarement retenu) a été relevé par le juge qui a considéré que l'offre du requérant avait bien été dénaturée. Le pouvoir adjudicateur avait retenu un élément manquant à l'encontre de l'offre du requérant et ce alors que cet élément n'était pas demandé au CCTP : « la société soutient que s'agissant pour le critère « phase de mise en place de l'accord-cadre » du poste n° 1 « Mise en place de l'accord-cadre. » son offre a été dénaturée pour le lot n° 1 en ce que le pouvoir adjudicateur a retenu que « La résolution d'un scénario n'a pas pris en compte la totalité des exigences d'une fiche technique d'un article » alors qu'elle a obtenu la même note pour ce poste pour les deux lots et que cette mention ne figure pas dans l'appréciation de ce poste pour le lot n° 2. Il est constant que la résolution d'un scénario ne fait pas partie des énonciations des cahiers des charges et que sur ce point son offre a été dénaturé ».

Le fait de retenir négativement un élément manquant de l'offre d'un candidat, alors que cet élément n'est pas exigé, constitue donc une dénaturation de son offre.

Toutefois, le juge va ensuite appliquer, de manière stricte (voir sévère), la jurisprudence *Smirgeomes* en considérant que cette dénaturation n'était pas susceptible de léser le requérant, compte tenu de l'écart de points avec l'attributaire : « cependant, en admettant même le calcul très favorable proposé par la société requérante cette erreur ne lui aurait fait perdre que 1,52 points. Or compte tenu de l'écart de points final entre les deux concurrents, cet apport de points ne lui aurait pas permis d'obtenir un score supérieur à celui de la société attributaire. Dans ces conditions la société requérante ne justifie pas d'un intérêt lésé sur ce point ».

Lien : ordonnance disponible sur simple demande

Référé mesures-utiles : le juge peut enjoindre au titulaire de continuer d'exécuter le marché CE, 25 juin 2018, ADEME, n°418493

Dans sa décision ADEME, le Conseil d'État rappelle que :

« s'il n'appartient pas au juge administratif d'intervenir dans la gestion d'un service public en adressant des injonctions à ceux qui ont contracté avec l'administration, lorsque celle-ci dispose à l'égard de ces derniers des pouvoirs nécessaires pour assurer l'exécution du contrat, il en va autrement quand l'administration ne peut user de moyens de contrainte à l'encontre de son cocontractant qu'en vertu d'une décision juridictionnelle ; qu'en pareille hypothèse, le juge du contrat est en droit de prononcer, à l'encontre du cocontractant, une condamnation, éventuellement sous astreinte, à une obligation de faire ». En cas d'urgence, le juge des référés peut, « ordonner au cocontractant, éventuellement sous astreinte, de prendre à titre provisoire toute mesure nécessaire pour assurer la continuité du service public ou son bon fonctionnement, à condition que cette mesure soit utile, justifiée par l'urgence, ne fasse obstacle à l'exécution d'aucune décision administrative et ne se heurte à aucune contestation sérieuse ».

Le conseil d'Etat ajoute que les mesures que le juge des référés « peut ordonner au cocontractant de l'administration pour assurer la continuité du service public ou son bon fonctionnement ne sont pas seulement celles qui découlent des obligations prévues dans le contrat initialement signé par les parties, mais également celles qui résultent de l'exercice, par l'administration, de son pouvoir de modification unilatérale du contrat » et que si la société en cause soutenait que l'utilisation des licences par l'ADEME contrevenait aux stipulations du marché initial et se heurtait « aux droits de propriété intellectuelle de la société prestataire et de la société Microsoft [...] ces circonstances, à supposer qu'elles puissent être regardées comme fondées, [étaient] sans incidence sur l'absence de contestation sérieuse qui s'attache à ce que la mesure sollicitée soit ordonnée ».

Lien : <http://urlz.fr/7v9I>

Marchés de maîtrise d'œuvre : la prime est obligatoire, même en l'absence d'investissement significatif

CAA Douai, 4 juin 2018, Conseil régional de l'ordre des architectes de Picardie, n°15DA01818

La CAA de Douai a jugé qu'il résulte des dispositions de l'article 74 du code des marchés publics de 2006 « qui ne prévoient aucune dérogation au principe de versement de la prime qu'elles énoncent, que les candidats qui ont présenté une offre dans le cadre d'une procédure de consultation organisée pour l'attribution, selon la procédure adaptée, d'un marché de maîtrise d'œuvre, sont en droit, sans qu'il y ait lieu de rechercher si leur investissement pour établir leur offre a été significatif, de bénéficier de cette prime à la condition que les études remises soient conformes au règlement de la consultation [...] L'absence, dans l'avis d'appel à concurrence du marché litigieux, de dispositions prévoyant l'allocation de primes pour les candidats non retenus a été de nature à limiter l'accès des architectes à ce marché et à affecter les modalités d'exercice de cette profession. Le conseil régional de l'ordre des architectes justifie, dès lors, d'un intérêt lui donnant qualité pour demander l'annulation de l'attribution du marché de maîtrise d'œuvre en cause ».

Au regard de la rédaction de l'article 57 du décret du 25 mars 2016, il n'est pas sûr que cette jurisprudence prospère, la notion « d'investissement significatif » restant cependant à préciser, mais elle illustre le contrôle vigilant de l'Ordre des architectes sur les passations de marchés de maîtrise d'œuvre.

Lien : <http://urlz.fr/7vfm>

Marchés d'AMO et périmètre du droit : attention aux missions juridiques

TA Poitiers, 4 juillet 2018, Conseil national des Barreaux, n°1501814

Attention aux AMO contenant des missions d'assistance juridique, le Conseil National des Barreaux n'hésite pas à saisir les juridictions administratives pour demander l'annulation des marchés attribués à sociétés ou des groupements ne contenant pas d'avocats.

Nouvelle illustration ici s'agissant d'un marché d'assistance à maîtrise d'ouvrage pour la passation d'un marché public de collecte des déchets ménagers :

« le marché en cause doit être regardé comme confiant notamment au prestataire une activité de conseil juridique comprenant une analyse approfondie du droit applicable et une qualification de la situation au regard de la prise en compte des besoins de la communauté d'agglomération de La Rochelle et de la réglementation en vigueur, en particulier celle issue du code des marchés publics [...] Par suite, la mission d'assistance à maîtrise d'ouvrage en cause relevait pour l'essentiel d'une activité de consultation juridique qui ne pouvait pas être attribuée à la société X eu égard à son activité. Il suit de là que le marché litigieux est contraire aux dispositions précitées de la loi du 31 décembre 1971 et à celles du 4° du II de l'article 30 du code des marchés publics et, par suite, a été conclu dans des conditions illicites

Les conséquences sont importantes puisque le marché est annulé : « Lorsque le juge constate l'illicéité d'un contrat, il peut en prononcer l'annulation, lorsque celle-ci ne porte pas une atteinte excessive à l'intérêt général. En l'espèce, le manquement relevé au point 11 est, au regard de sa gravité, de nature à justifier, à lui seul et sans qu'il soit besoin d'examiner l'autre moyen soulevé, l'annulation du marché en litige dès lors qu'en l'espèce, le marché ayant été entièrement exécuté, une telle annulation ne porte pas une atteinte excessive à l'intérêt général. Par suite, il y a lieu de prononcer l'annulation du marché »

Lien : jugement disponible sur simple demande