

LETTRE D'ACTUALITE



OCTOBRE 2018

Sommaire

(Textes, réponses ministérielles et autres, jurisprudences)

Droit administratif général	p.2
Droit de la fonction publique	p.8
Droit de la commande publique	p.13

I. ACTUALITES / REPONSES MINISTERIELLES

RGPD : le maire ne peut pas être désigné comme « délégué à la protection des données »
Réponse ministérielle du 27 septembre 2018, JO Sénat p.4914, Question n°05775

Une réponse ministérielle récente affirme, logiquement, que le maire ne peut pas être DPD (ou DPO en anglais) :

« En tant que responsable de traitement, le maire d'une commune ne peut pas être désigné comme délégué à la protection des données (DPD). Ces deux entités sont par définition distinctes, le responsable du traitement devant désigner le DPD, et les rôles qui leur sont attribués par le règlement général sur la protection des données (RGPD) étant différents. Il résulte notamment de l'article 38 du RGPD que le délégué doit bénéficier d'une certaine indépendance vis-à-vis du responsable de traitement, et ne pas se trouver en situation de conflit d'intérêts dans l'exercice de sa mission. Comme l'indiquent les autorités européennes de protection des données dans le document « Lignes directrices concernant les délégués à la protection des données » (WP243 rev. 01, 5 avril 2017, page 19) « l'absence de conflit d'intérêts est étroitement liée à l'obligation d'agir en toute indépendance. Bien que les DPD soient autorisés à exercer d'autres fonctions, un DPD ne peut se voir confier d'autres missions et tâches qu'à condition que celles-ci ne donnent pas lieu à un conflit d'intérêts. Cela signifie en particulier que le DPD ne peut exercer au sein de l'organisme une fonction qui l'amène à déterminer les finalités et les moyens du traitement de données à caractère personnel. En raison de la structure organisationnelle spécifique de chaque organisme, cet aspect doit être étudié au cas par cas. » Le DPD n'est pas nécessairement une personne extérieure à la collectivité. Le (6) de l'article 37 du RGPD dispose en effet que : « Le délégué à la protection des données peut être un membre du personnel du responsable du traitement ou du sous-traitant, ou exercer ses missions sur la base d'un contrat de service ». Le maire peut ainsi désigner l'un de ses agents dès lors qu'il présente les compétences requises et qu'il bénéficie d'une indépendance suffisante pour l'exercice de sa mission. Le maire peut toutefois également désigner une personne extérieure, sur la base d'un contrat de service, dès lors que cette dernière présente les garanties précédemment évoquées. Enfin, le (3) de l'article 37 du RGPD permet à plusieurs autorités publiques de désigner un seul délégué, compte tenu de leur structure organisationnelle et de leur taille. À cet égard, l'article 31 de la loi n° 2018-493 du 20 juin 2018 relative à la protection des données personnelles dispose que : « Sans préjudice du dernier alinéa de l'article L. 5111-1 du code général des collectivités territoriales, peuvent être conclues entre les collectivités territoriales et leurs groupements des conventions ayant pour objet la réalisation de prestations de service liées au traitement de données à caractère personnel. Les collectivités territoriales et leurs groupements peuvent se doter d'un service unifié ayant pour objet d'assumer en commun les charges et obligations liées au traitement de données à caractère personnel » »

Lien : <https://bit.ly/2CAIsGT>

Certification des compétences des DPO : adoptions des critères du référentiel

Deux délibérations de la CNIL concernant la certification des compétences du délégué à la protection des données (DPO) ont été publiées au Journal officiel du 11 octobre 2018 :

- la délibération n°2018-317 du 20 septembre 2018 fixe les critères d'agrément d'organismes de certification pour la certification des compétences de personnes physiques en tant que délégué à la protection des données, tel que visé par le RGPD,
- la délibération n°2018-318 du 20 septembre 2018 fixe les critères du référentiel de certification pour la catégorie « délégué à la protection des données », tel que visée par le RGPD.

Lien : <https://bit.ly/2ywvXbn> et <https://bit.ly/2Pm7Rtq>

Création d'une nouvelle Cour administrative d'appel en Région Occitanie

Nicole Belloubet, garde des Sceaux, ministre de la Justice, en déplacement à Nice ce 29 octobre, a indiqué à l'issue de son discours d'inauguration du nouveau tribunal administratif de Nice avoir accepté le principe de la création d'une nouvelle Cour administrative d'appel pour la région Occitanie. Ce sera la neuvième Cour administrative créée dans l'Hexagone.

La ville d'accueil n'est pas encore fixée, elle sera implantée soit à Toulouse, soit à Montpellier

Cette nouvelle juridiction devrait être opérationnelle d'ici deux ou trois ans.

II. TEXTES

Rappel : depuis le 1^{er} octobre, l'article R.612-5-2 du CJA relatif aux conséquences d'un rejet d'un référé suspension pour défaut de moyens sérieux s'applique

L'article R. 612-5-2 du CJA prévoit qu'« *en cas de rejet d'une demande de suspension présentée sur le fondement de l'article L. 521-1 au motif qu'il n'est pas fait état d'un moyen propre à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité de la décision, il appartient au requérant, sauf lorsqu'un pourvoi en cassation est exercé contre l'ordonnance rendue par le juge des référés, de confirmer le maintien de sa requête à fin d'annulation ou de réformation dans un délai d'un mois à compter de la notification de ce rejet. A défaut, le requérant est réputé s'être désisté* ».

Cette disposition est applicable aux requêtes à fin d'annulation enregistrées à compter du 1^{er} octobre 2018.

Lien : <https://bit.ly/2CzPY3r>

III. JURISPRUDENCES

Précisions sur la possibilité de marcher pieds nus dans un espace public

CE, 3 octobre 2018, n°414535

Le Conseil d'Etat s'est penché sur la question de savoir s'il était possible d'interdire l'accès au domaine public au gens marchant pieds nus. Sa réponse est mesurée :

« Aucune règle ni aucun principe ne font obstacle à ce que le règlement d'un ouvrage public ouvert au public édicte une interdiction générale, alors même que cet ouvrage public serait constitué de plusieurs composantes distinctes. Il appartient toutefois au juge de l'excès de pouvoir de contrôler si une telle interdiction est justifiée pour chacune des parties distinctes du site auxquelles elle s'applique.

En vertu de son article 1er, le champ d'application du règlement contesté s'étend à l'ensemble de la Citadelle. Il s'ensuit que l'interdiction de marcher pieds nus, posée à son article 4, s'applique tant au parc, en accès libre, qu'aux parties du site dont l'accès est subordonné à l'acquittement d'un droit d'entrée, à savoir le fort et ses parties intérieures, qui abritent différents musées et le jardin zoologique.

il ne ressort pas des pièces du dossier que, pour la partie du site, accessible depuis le Front royal, constituée de la cour intérieure de la forteresse, qui est délimitée par les remparts et dans laquelle se trouvent divers bâtiments abritant des musées, dont le musée de la Résistance et de la déportation et le musée comtois, l'interdiction de marcher pieds nus, fondée sur la nécessité de garantir le bon ordre et d'assurer la jouissance paisible du site en exigeant une tenue vestimentaire correcte au regard des usages, porte une atteinte excessive à la liberté d'aller et venir, à la liberté personnelle et aux droits protégés par les articles 8, 9 et 10 de la CEDH,

en revanche, pour la partie du site de la Citadelle en accès libre, qui est constituée d'un vaste parc abritant de larges pelouses, agrémentées d'espaces de pique-nique, destinées notamment à la promenade et aux loisirs des visiteurs, il ressort des pièces du dossier qu'eu égard aux motifs retenus par les auteurs du règlement tirés, d'une part, de la nécessité de garantir le bon ordre et la jouissance paisible du site, et, d'autre part, de la nécessité d'assurer la sécurité des visiteurs en prévenant les accidents et blessures susceptibles de se produire à raison des installations de chantier et des engins circulant pour les besoins des travaux effectués sur ce site, laquelle ne pourrait, le cas échéant, justifier qu'une interdiction partielle ou temporaire, l'interdiction générale et permanente de marcher pieds nus impose aux visiteurs des sujétions excessives au regard des buts poursuivis ».

Lien : <https://bit.ly/2OLcG00>

L'administration peut être contrainte par le juge de fournir la décision contestée

CE, 3 octobre 2018, n°413989

Lorsque le requérant, en dépit de toutes ses diligences, ne peut produire la décision contestée, le juge de l'excès de pouvoir doit mettre en œuvre ses pouvoirs généraux d'instruction et prendre toutes mesures propres à lui procurer, la décision attaquée :

« il revient au juge de l'excès de pouvoir, avant de se prononcer sur une requête assortie d'allégations sérieuses non démenties par les éléments produits par l'administration en défense, de mettre en œuvre ses pouvoirs généraux d'instruction des requêtes et de prendre toutes mesures propres à lui procurer, par les voies de droit, les éléments de nature à lui permettre de former sa conviction, en particulier en exigeant de l'administration compétente la production de tout document susceptible de permettre de vérifier les allégations du demandeur ».

Lien : <https://bit.ly/2Jbfeyg>

Précisions sur les mentions que doit comporter un titre de recettes

CE, avis du 26 septembre 2018, n°421481

Le Conseil d'Etat précise les mentions que doit comporter un titre de recettes individuel ou l'extrait du titre de recettes collectif transmis au redevable :

« Aux termes, d'une part, de l'article L.1617-5 du CGCT, applicable au litige : « (...) 4° Une ampliation du titre de recettes individuel ou de l'extrait du titre de recettes collectif est adressée au redevable sous pli simple. (...) / En application de l'article 4 de la loi n°2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, le titre de recettes individuel ou l'extrait du titre de recettes collectif mentionne les nom, prénoms et qualité de la personne qui l'a émis ainsi que les voies et délai de recours. Seul le bordereau de titres de recettes est signé pour être produit en cas de contestation. Aux termes, d'autre part, du second alinéa de l'article 4 de la loi du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, codifié depuis lors au premier alinéa de l'article L. 212-1 du code des relations entre le public et l'administration : « (...) / Toute décision prise par l'une des autorités mentionnées à l'article 1^{er} comporte, outre la signature de son auteur, la mention, en caractères lisibles, du prénom, du nom et de la qualité de celui-ci ».

*Il résulte des dispositions cités au point 1, éclairées par les travaux préparatoires de la loi du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures d'où les deux derniers alinéas sont issus, d'une part, que **le titre de recettes individuel ou l'extrait du titre de recettes collectif doivent mentionner les nom, prénoms et qualité de l'auteur de cette décision, au sens des dispositions citées au point 2, de même, par voie de conséquence, que l'ampliation adressée au redevable**, et d'autre part, qu'il appartient à l'autorité administrative de justifier en cas de contestation que le bordereau de titre de recettes comporte la signature de cet auteur. Lorsque le bordereau est signé non par l'ordonnateur lui-même mais par une personne ayant reçu de lui une délégation de compétence ou de signature, ce sont, dès lors, les noms, prénoms et qualité de cette personne qui doivent être mentionnés sur le titre de recettes individuel ou l'extrait du titre de recettes collectif, **de même que sur l'ampliation adressée au redevable** ».*

Lien : <https://bit.ly/2yyN3W1>

Le litige né du refus de réaliser ou de financer des travaux de raccordement au réseau public de collecte relève de la compétence de la juridiction administrative

TC, 8 octobre 2018, n°C4135

La demande présentée par les propriétaires d'une maison visant à obtenir la condamnation de la commune à leur rembourser les frais qu'ils ont engagés pour la réalisation des travaux de raccordement au réseau public d'assainissement se rattache à un refus d'exécution et de financement de travaux publics et par suite le litige relève de la compétence de la juridiction administrative :

*« eu égard aux rapports de droit privé nés du contrat qui lie le service public industriel et commercial de l'assainissement à ses usagers, les litiges relatifs aux rapports entre ce service et ses usagers relèvent de la compétence de la juridiction judiciaire ; qu'ainsi, il n'appartient qu'à la juridiction judiciaire de connaître des litiges relatifs à la facturation et au recouvrement de la redevance due par les usagers, aux dommages causés à ces derniers à l'occasion de la fourniture du service, peu important que la cause des dommages réside dans un vice de conception, l'exécution de travaux publics ou l'entretien d'ouvrages publics, ou encore à un refus d'autorisation de raccordement au réseau public ; qu'en revanche, **un litige né du refus de réaliser ou de financer des travaux de raccordement au réseau public de collecte, lesquels présentent le caractère de travaux publics, relève de la compétence de la juridiction administrative** ».*

Lien : <https://bit.ly/2JbmCK8>

Conditions d'homologation d'un accord de médiation

TA Poitiers, 12 juillet 2018, n°1701757

Le tribunal a rappelé que l'accord de médiation est exécutoire de plein droit et que les parties ne sont donc pas tenues d'en demander l'homologation au juge. Toutefois, si elles l'estiment utile, notamment si l'exécution de l'accord est susceptible de se heurter à des difficultés particulières, les parties peuvent demander au tribunal, en application de l'article L. 213-4 du code de justice administrative, d'homologuer l'accord de médiation.

En outre, le tribunal a distingué les accords de médiation des transactions. En effet, l'accord issu d'un processus de médiation n'est pas forcément une transaction et il n'est donc pas nécessaire, pour que la demande d'homologation soit recevable, que l'accord présenté au juge contienne des concessions réciproques entre les parties.

*« Selon l'article L. 213-1 du code de justice administrative : « La médiation régie par le présent chapitre s'entend de tout processus structuré, quelle qu'en soit la dénomination, par lequel deux ou plusieurs parties tentent de parvenir à un accord en vue de la résolution amiable de leurs différends, avec l'aide d'un tiers, le médiateur, choisi par elles ou désigné, avec leur accord, par la juridiction. ». Aux termes de l'article L. 213-4 de ce code : « Saisie de conclusions en ce sens, la juridiction peut, dans tous les cas où un processus de médiation a été engagé en application du présent chapitre, homologuer et donner force exécutoire à l'accord issu de la médiation. ». L'accord issu d'un processus de médiation est exécutoire de plein droit, sans qu'y fassent obstacle, en particulier, les règles de la comptabilité publique. Toutefois, si elles l'estiment utile, notamment si l'exécution de l'accord est susceptible de se heurter à des difficultés particulières, les parties ayant conclu un accord de médiation peuvent, en application de l'article L. 213-4 du code de justice administrative, demander l'homologation de l'accord au juge. **Il appartient alors au tribunal de vérifier que les parties consentent effectivement à l'accord, que l'objet de celui-ci est licite, qu'il ne porte pas atteinte à des droits dont les parties n'ont pas la libre disposition, qu'il ne constitue pas de la part de la collectivité publique une libéralité et ne méconnaît pas d'autres règles d'ordre public.** En cas d'homologation de l'accord, le tribunal constate le non-lieu à statuer sur la requête ou, dans le cas où la partie requérante aurait déclaré se désister de sa requête, donne acte de ce désistement. En revanche, le refus d'homologation entraînant la nullité de l'accord, il appartient dans cette hypothèse au tribunal de statuer sur la requête ».*

Lien : <https://bit.ly/2JbebhO>

Portée du recours dirigé contre une décision retirée en cours d'instance mais remplacée par une décision de même portée

CE, 15 octobre 2018, n°414375

Le Conseil d'Etat limite l'intérêt, pour l'administration, de retirer une décision attaquée en cours d'instance pour rendre le recours sans objet :

*« lorsqu'une décision administrative faisant l'objet d'un recours contentieux est retirée en cours d'instance pour être remplacée par une décision ayant la même portée, **le recours doit être regardé comme tendant également à l'annulation de la nouvelle décision** ; que, lorsque que le retrait a acquis un caractère définitif, il n'y a plus lieu de statuer sur les conclusions dirigées contre la décision initiale, qui ont perdu leur objet ; **que le juge doit, en revanche, statuer sur les conclusions dirigées contre la nouvelle décision** ».*

Lien : <https://bit.ly/2D53PzU>

Les menus de substitution aux plats contenant du porc dans les cantines scolaires ne portent pas atteinte aux principes de laïcité et de neutralité du service public

CAA Lyon, 23 octobre 2018, n°17LY03323

La cour administrative d'appel de Lyon juge que l'existence de menus de substitution aux plats contenant du porc dans les cantines scolaires, ne porte pas atteinte aux principes de laïcité et de neutralité du service public :

« Les principes de laïcité et de neutralité auxquels est soumis le service public ne font, par eux-mêmes, pas obstacle à ce que, en l'absence de nécessité se rapportant à son organisation ou son fonctionnement, les usagers du service public facultatif de la restauration scolaire se voient offrir un choix leur permettant de bénéficier d'un menu équilibré sans avoir à consommer des aliments proscrits par leurs convictions religieuses ou philosophiques. Il est constant que, depuis 1984, les restaurants scolaires des écoles publiques de Chalon-sur-Saône proposaient à leurs usagers des menus alternatifs leur permettant de bénéficier de repas répondant aux bonnes pratiques nutritionnelles sans être contraints de consommer des aliments prohibés par leurs convictions religieuses. Il ne ressort pas des pièces du dossier que, pendant les trente et une années qu'elle a duré, cette pratique aurait provoqué des troubles à l'ordre public ou été à l'origine de difficultés particulières en ce qui concerne l'organisation et la gestion du service public de la restauration scolaire. Il suit de là qu'en se fondant exclusivement sur les principes de laïcité et de neutralité du service public pour décider de mettre un terme à une telle pratique, le maire de Chalon-sur-Saône et le conseil municipal de Chalon-sur-Saône ont entaché leur décision et délibération attaquées d'erreur de droit ».

Lien : <https://bit.ly/2D08GT9>

I. ACTUALITES / REPONSES MINISTERIELLES

Un fonctionnaire ne peut pas exercer librement une activité de correspondant local de presse régionale

Réponse ministérielle publiée au JO 16 octobre 2018 page 9273, question n°10767

« L'article 25 septies de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires dispose que le fonctionnaire consacre l'intégralité de son activité professionnelle aux tâches qui lui sont confiées et ne peut exercer, à titre professionnel, une activité privée lucrative sous réserve de certains exceptions posées par ce même article. Ainsi, un agent public peut, sous réserve de l'autorisation de l'autorité hiérarchique dont il relève, créer ou reprendre une entreprise, pour une durée maximale de deux ans renouvelable un an, ou exercer, à titre accessoire, une activité lucrative parmi celles énumérées par l'article 6 du décret n° 2017-105 du 27 janvier 2017 relatif à l'exercice d'activités privées par des agents publics. L'agent public peut, également, librement sans autorisation et sans condition, produire des œuvres de l'esprit au sens des articles L. 112-1, L. 112-2 et L. 112-3 du code de la propriété intellectuelle. L'article 6 du décret du 27 janvier 2017 précité ne mentionne pas dans la liste des activités exercées à titre accessoire susceptibles d'être autorisées la production d'œuvre de l'esprit dans la mesure où le régime de l'activité accessoire diffère de celui de la production des œuvres de l'esprit. La première nécessite l'autorisation de l'autorité hiérarchique et relève nécessairement de l'une des activités énumérées dans une liste limitative tandis que la seconde s'exerce librement sans contrôle de la part de l'administration. En ce qui concerne la qualification d'œuvre de l'esprit, une conception stricte de cette notion est retenue en ce qui concerne les agents publics. Ainsi, le Conseil d'État dans un arrêt du 8 octobre 1990 (n° 107762) a considéré que l'activité de photographe d'un fonctionnaire ne revêtant pas de caractère artistique, elle constituait une activité privée lucrative non cumulable avec ses fonctions. Une même conception est également adoptée par la commission de déontologie de la fonction publique qui a, notamment, indiqué dans son rapport d'activité de 2013 que l'activité de traduction ne peut être regardée comme étant une œuvre de l'esprit que s'il s'agit de l'écriture d'une œuvre manifestant la personnalité du traducteur, par exemple la traduction d'une œuvre littéraire mais non celle d'articles de presse. Ainsi, s'il ressort d'une jurisprudence constante que si les articles de journaux peuvent être considérés comme des œuvres de l'esprit, au titre de la protection des œuvres littéraires, c'est à la condition qu'ils présentent une certaine originalité révélant la personnalité de l'auteur, une simple information n'étant pas protégée par le droit d'auteur. Or l'article 10 de la loi n° 87-39 du 27 janvier 1987 portant diverses mesures d'ordre social dispose que le rôle du correspondant local de la presse régionale ou départementale est de contribuer à la collecte de toute information de proximité. **L'information transmise par le correspondant local de presse ne saurait alors être considérée comme une œuvre de l'esprit dont la production peut être exercée librement par l'agent public** ».

Lien : <https://bit.ly/2OII3YU>

II. JURISPRUDENCES

L'administration ne peut pas radier directement un fonctionnaire pour mentions incompatibles portées sur son casier judiciaire

CE, 18 octobre 2018, n°412845

Selon le Conseil d'Etat, une décision de radiation ne peut être que la conséquence de la cessation définitive de fonctions résultant d'une décision administrative ou juridictionnelle antérieure :

« une décision de radiation n'est prise, pour la gestion des cadres, qu'en conséquence de la cessation définitive de fonctions résultant d'une décision administrative ou juridictionnelle antérieure. Par suite, si l'autorité administrative peut se fonder sur les dispositions de l'article 4 de la délibération du 24 juillet 1990 portant droits et obligations des fonctionnaires territoriaux de la Nouvelle-Calédonie précitées pour refuser de nommer ou titulariser un agent public, elle ne peut légalement, s'agissant d'un agent en activité, prononcer directement sa radiation des cadres au motif que les mentions portées au bulletin n° 2 de son casier judiciaire seraient incompatibles avec l'exercice des fonctions. A ce titre, il appartient, le cas échéant, à l'autorité administrative d'engager une procédure disciplinaire pour les faits ayant donné lieu à la condamnation pénale mentionnée au casier judiciaire de l'agent et, si cette procédure disciplinaire se conclut par une sanction mettant fin à ses fonctions de manière définitive, de prononcer sa radiation des cadres par voie de conséquence ».

Lien : <https://bit.ly/2SfICIT>

La suspension du fonctionnaire 3 ans après la révélation de faits délictueux n'est pas irrégulière

CAA Nantes, 17 septembre 2018, n°17NT00966

Le fait qu'un fonctionnaire soit suspendu 3 ans après la révélation des faits ayant entraîné la procédure disciplinaire n'entache pas cette dernière d'irrégularité :

« la mesure provisoire de suspension est uniquement destinée à écarter temporairement un agent du service, en attendant qu'il soit statué disciplinairement ou pénalement sur sa situation. Elle peut être légalement prise dès lors que l'administration est en mesure d'articuler à l'encontre de l'intéressé des griefs qui ont un caractère de vraisemblance suffisant et qui permettent de présumer que celui-ci a commis une faute grave. L'autorité investie du pouvoir disciplinaire ne méconnaît pas la présomption d'innocence en prononçant la suspension d'un fonctionnaire, qui n'est qu'une mesure conservatoire prise dans l'intérêt du service, sans attendre l'issue de l'information judiciaire visant l'intéressé.

Au vu des agissements reprochés à M. D..., et alors même que des mesures de réorganisation du service ont dû être prises, matérialisées dès la dénonciation des faits au directeur du SDIS par un déplacement de l'intéressé qui était chef de ce service à Concarneau et alors que l'agent ayant dénoncé ces faits n'était plus placée sous l'autorité hiérarchique du requérant, la présence de M. D... au sein du service, pendant le déroulement de l'information judiciaire, était de nature à perturber le fonctionnement du SDIS. La circonstance que la décision de suspension soit intervenue près de trois ans après la révélation des faits reprochés est sans incidence sur la légalité de la mesure. Par suite, M. D... n'est pas fondé à soutenir que la mesure de suspension dont il a fait l'objet serait entachée d'une erreur de droit ou d'une erreur manifeste d'appréciation ».

Lien : <https://bit.ly/2PIEGGX>

Le contrat conclu avec un agent à l'issue de sa mise à disposition peut prévoir une période d'essai

CE, 10 octobre 2018, n°412072

Un contrat peut légalement prévoir une période d'essai, y compris lorsqu'il a pour objet les mêmes fonctions que celles assurées par l'agent durant la période de mise à disposition :

« qu'il résulte des articles 25 de la loi du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale et 35 et 38 du décret du 15 février 1988 relatif aux agents non titulaires de la fonction publique territoriale que la collectivité ou l'établissement qui accueille un agent contractuel mis à disposition par un centre départemental de gestion de la fonction publique territoriale avec lequel il est lié par contrat, ne peut être regardé comme son employeur en l'absence de tout contrat entre l'administration d'accueil et l'agent ; qu'ainsi, dans l'hypothèse où la collectivité ou l'établissement conclurait avec l'agent, à l'issue de la mission qu'il a assuré en étant mis à disposition par un centre de gestion, un contrat en vue de la poursuite de ses fonctions, ce contrat peut légalement prévoir une période d'essai, y compris lorsqu'il a pour objet les mêmes fonctions que celles assurées par l'agent durant la période de mise à disposition ; que, dans cette dernière hypothèse, la durée des missions accomplies par l'agent pour le compte de l'employeur dans le cadre de sa mise à disposition doit toutefois être déduite de la période d'essai prévue par le contrat ».

Lien : <https://bit.ly/2SatOds>

Etendue de la protection des salariés investis de fonctions représentatives

CE, 10 octobre 2018, n°400956

*« qu'en vertu de l'article L. 2111-1 du code du travail, les dispositions du livre Ier de ce code, relatif aux syndicats professionnels, ainsi que celles de la deuxième partie du code du travail, qui prévoient notamment l'institution du délégué syndical, s'appliquent au personnel des personnes publiques employé dans les conditions du droit privé, tel que le personnel de la RATP, sous réserve des dispositions particulières ayant le même objet résultant du statut qui régit ce personnel ; qu'en vertu des dispositions du code du travail ainsi rendues applicables à la RATP, **les salariés légalement investis de fonctions représentatives, tels les délégués syndicaux, bénéficient, dans l'intérêt de l'ensemble des travailleurs qu'ils représentent, d'une protection exceptionnelle** ; que lorsque le licenciement de l'un de ces salariés est envisagé, il appartient à l'administration, saisie par la RATP, de s'assurer notamment de la régularité de la procédure de révocation au regard de l'ensemble des règles applicables au sein de l'entreprise, dont les dispositions particulières du statut du personnel*

qu'il ne résulte d'aucun texte, notamment ni des dispositions du code du travail ni du statut du personnel de la RATP, ni d'aucun principe, que l'agent de la RATP faisant l'objet de poursuites disciplinaires doive être mis à même d'être assisté par une personne de son choix lors de l'enquête interne préalable à l'engagement de ces poursuites ; qu'à ce titre, M. B..., qui, d'ailleurs, n'allègue pas avoir demandé à être assisté durant l'enquête ou qu'une telle assistance lui aurait été refusée, n'est pas fondé à soutenir que la procédure de licenciement était irrégulière au motif qu'il n'a pu, lors de l'enquête interne préalable à l'engagement de la procédure disciplinaire, être assisté par une personne de son choix ».

Lien : <https://bit.ly/2q9I5dE>

Conditions de retrait de la protection fonctionnelle

CE, 1^{er} octobre 2018, n°412897

Le Conseil d'Etat précise les conditions dans lesquelles la protection fonctionnelle peut être valablement retirée :

« qu'aux termes de l'article 11 de la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, dans sa rédaction alors en vigueur : " Les fonctionnaires bénéficient, à l'occasion de leurs fonctions et conformément aux règles fixées par le code pénal et les lois spéciales, d'une protection organisée par la collectivité publique qui les emploie à la date des faits en cause (...) / La collectivité publique est tenue de protéger les fonctionnaires contre les menaces, violences, voies de fait, injures, diffamations ou outrages dont ils pourraient être victimes à l'occasion de leurs fonctions, et de réparer, le cas échéant, le préjudice qui en est résulté. / (...) " ; que si le caractère d'acte créateur de droits de la décision accordant la protection prévue par les dispositions précitées fait obstacle à ce que l'administration puisse légalement retirer, plus de quatre mois après sa signature, une telle décision, hormis dans l'hypothèse où celle-ci aurait été obtenue par fraude, l'autorité administrative peut mettre fin à cette protection pour l'avenir si elle constate à la lumière d'éléments nouvellement portés à sa connaissance que les conditions de la protection fonctionnelle n'étaient pas réunies ou ne le sont plus, notamment si ces éléments permettent de révéler l'existence d'une faute personnelle ou que les faits allégués à l'appui de la demande de protection ne sont pas établis ;

dans le cas où la demande de protection fonctionnelle a été présentée à raison de faits de harcèlement, que la seule intervention d'une décision juridictionnelle non définitive ne retenant pas la qualification de harcèlement ne suffit pas, par elle-même, à justifier qu'il soit mis fin à la protection fonctionnelle ; que, cependant l'administration peut réexaminer sa position et mettre fin à la protection si elle estime, sous le contrôle du juge de l'excès de pouvoir, que les éléments révélés par l'instance, et ainsi nouvellement portés à sa connaissance, permettent de regarder les agissements de harcèlement allégués comme n'étant pas établis ».

Lien : <https://bit.ly/2JinNrr>

Exposition au WIFI : pas de reconnaissance d'une maladie professionnelle

CAA Bordeaux, 9 octobre 2018, n°16BX03178

Dans cette affaire, la Cour ne reconnaît pas le caractère professionnel de la maladie d'une enseignante se plaignant d'une exposition au WIFI :

« Mme B...s'est prévaluée pour demander un congé de longue maladie d'un état dépressif réactionnel en soutenant que les troubles dont elle souffrait, qualifiés de "somatoformes de type fibromyalgie " par l'un de ses médecins traitants, associés à une " dermite des écrans " seraient consécutifs à l'installation et la mise en service, au cours de l'automne 2009, d'un équipement de type Wifi au rez-de-chaussée du collège où elle enseignait précédemment, au point qu'elle s'est présentée devant le médecin spécialiste agréé le 19 juin 2012, dotée d'une casquette spéciale destinée à " repousser les ondes électromagnétiques, [...] il appartient au juge administratif d'apprécier au vu des pièces du dossier soumises à son examen s'il existe un lien direct et certain entre la pathologie dont est atteint le fonctionnaire et le service. Il ressort des pièces du dossier et notamment du rapport de l'expert désigné par ordonnance du juge des référés du tribunal administratif du 30 avril 2014, que l'hyper-sensibilité aux champs électromagnétiques que Mme B...invoque relève de facteurs physiopathologiques propres à son état de santé. Par suite, elle n'est pas fondée à soutenir que les troubles dont elle est atteinte présentent un lien direct, certain et déterminant avec le service ».

Lien : <https://bit.ly/2Ocf0GH>

Conditions de licenciement d'un salarié protégé

CE, 26 septembre 2018, n°401510

Lorsque l'employeur sollicite de l'inspecteur du travail l'autorisation de licencier un salarié protégé, il doit faire état avec précision, dans sa demande, de la cause justifiant, selon lui, ce licenciement et si le licenciement a pour cause la réorganisation de l'entreprise, l'employeur doit en préciser la justification :

« qu'en vertu des dispositions du code du travail, les salariés légalement investis de fonctions représentatives bénéficient, dans l'intérêt de l'ensemble des salariés qu'ils représentent, d'une protection exceptionnelle ; que, lorsque le licenciement d'un de ces salariés est envisagé, ce licenciement ne doit pas être en rapport avec les fonctions représentatives normalement exercées ou l'appartenance syndicale de l'intéressé ; que, dans le cas où la demande d'autorisation de licenciement présentée par l'employeur est fondée sur un motif de caractère économique, il appartient à l'inspecteur du travail et, le cas échéant, au ministre, de rechercher, sous le contrôle du juge de l'excès de pouvoir, si la situation de l'entreprise justifie le licenciement du salarié ;

qu'aux termes de l'article R. 2421-10 du code du travail, " la demande d'autorisation de licenciement (...) énonce les motifs du licenciement envisagé " ; que lorsque l'employeur sollicite de l'inspecteur du travail l'autorisation de licencier un salarié protégé, il lui appartient de faire état avec précision, dans sa demande, ou le cas échéant dans un document joint à cet effet auquel renvoie sa demande, de la cause justifiant, selon lui, ce licenciement ; que si le licenciement a pour cause la réorganisation de l'entreprise, il appartient à l'employeur de préciser si cette réorganisation est justifiée par des difficultés économiques, par la nécessité de sauvegarder la compétitivité de l'entreprise ou encore par des mutations technologiques,

que, pour juger que la demande de licenciement de M. B...présentée par la société Forge France permettait à l'autorité administrative d'appréhender la cause de ce licenciement, la cour administrative d'appel s'est fondée sur ce que cette demande, d'une part, faisait état de la réorganisation de l'entreprise et, d'autre part, comportait, parmi ses annexes, un document relatif à la présentation d'un projet de réorganisation par l'employeur au comité d'entreprise, dans lequel une phrase mentionnait l'intention de sauvegarder la compétitivité de l'entreprise ; qu'il résulte de ce qui a été dit au point 3 qu'en jugeant qu'une telle demande de l'employeur satisfaisait aux dispositions, citées ci-dessus, de l'article R. 2421-10 du code du travail, la cour administrative d'appel de Nancy a commis une erreur de droit ; que, dès lors, sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens du pourvoi, son arrêt doit être annulé ».

Lien : <https://bit.ly/2q9zCax>

I. ACTUALITES

Des précisions sur le futur code de la commande publique !

Selon Laure Bédier, Directrice de la DAJ de Bercy, le code de la Commande Publique, tant de fois envisagé, sortira avant le 9 décembre 2018 et entrera en vigueur au 1^{er} avril 2019.

Projet de loi ELAN : des modifications de la loi MOP en vue pour les acteurs du logement social

Le projet de loi ELAN définitivement adopté le 16 octobre et transmis au Conseil Constitutionnel avant sa promulgation assouplit les règles pour les acteurs du logement social.

L'article 28.28.v permettra à ces organismes de déterminer eux même le contenu de la mission de maîtrise d'œuvre

L'article 20.I permettra également un recours libre aux marchés de conception-réalisation dans certaines hypothèses

lien : <https://bit.ly/2Dx05IC>

Publication du décret « contrats de la commande publique » avant la fin de l'année

La DAJ du MINEFI a indiqué qu'un décret serait publié avant la fin de l'année qui comprendra trois mesures en faveur des PME : l'expérimentation pendant trois ans d'un seuil de 100.000 euros sans publicité ni mise en concurrence s'agissant d'achats innovants, les avances portées à 20% et le montant de garantie abaissé à 3% pour les marchés de l'Etat.

Publication d'une nouvelle fiche de la DAJ sur l'impact du RGPD sur le droit de la commande publique

Suite à l'entrée en application du Règlement général sur la protection des données (RGPD) le 25 mai dernier, la DAJ a mis en ligne le 25 octobre une fiche technique visant à expliquer l'impact de ce règlement sur le droit de la commande publique

Lien : <https://bit.ly/2yzBWfk>

II. JURISPRUDENCE

Le contrat portant sur l'achat d'une carte de carburant et de péage est un marché public relevant de la juridiction administrative

TC, 8 octobre 2018, n°C4125

Le tribunal des conflits tranche la qualification d'un contrat portant sur une carte de carburant et de péage :

« la commune a conclu le 9 décembre 2004 avec la société Total France, un contrat lui permettant, au moyen de cartes de paiement, d'acquérir au sein de divers points de vente du réseau du carburant, et de s'acquitter des péages ; que la commune ayant contesté des factures des mois de mai et juin 2012, la société Total France l'a assignée devant le tribunal de commerce, qui, par jugement du 13 juin 2017, s'est déclaré incompétent ; que la société a saisi le tribunal administratif de Montpellier, lequel, considérant que le litige relevait de la compétence de la juridiction judiciaire, a renvoyé au Tribunal, sur le fondement de l'article 32 du décret du 27 février 2015, le soin de décider sur la question de compétence ;

*qu'aux termes de l'article 2 de la loi du 11 décembre 2001 (MURCEF) : " les marchés passés en application du code des marchés publics ont le caractère de contrats administratifs " ; que les contrats ainsi visés sont ceux qui entrent dans le champ d'application du code des marchés publics alors applicable ; qu'aux termes de l'article 1er de ce code, dans sa version issue du décret du 7 janvier 2004, les marchés publics sont les contrats conclus à titre onéreux avec des personnes publiques ou privées par les personnes morales de droit public mentionnées à l'article 2, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services ; que le contrat liant la société Total France à la commune **a pour objet de répondre aux besoins de cette dernière en matière de fourniture de carburant** et de produits et services annexes ; qu'il est au nombre des marchés publics définis par l'article 1er de ce code, quelles que soient les modalités selon lesquelles il a été effectivement conclu, que le litige relatif à l'exécution du contrat relève de la compétence de la juridiction administrative ».*

Lien : <https://bit.ly/2O040xD>

Déclaration sans suite pour un motif d'intérêt général d'une DSP : l'absence de concurrence est un motif valable

CE, 17 septembre 2018, 407099

*« une personne publique qui a engagé une procédure de passation d'un contrat de concession ne saurait être tenue de conclure le contrat ; qu'elle peut décider, sous le contrôle du juge, de renoncer à le conclure pour un motif d'intérêt général ; que, contrairement à ce que soutient la société requérante, **l'insuffisance de la concurrence constitue un motif d'intérêt général susceptible de justifier la renonciation à conclure un contrat de délégation de service public** ».*

Lien : <https://bit.ly/2OGqc50>

Décompte général et garantie à première demande

CE, 12 octobre 2018, n°409515

Le Conseil d'Etat a rappelé que, théoriquement, les montants correspondant aux réserves non levées doivent être portés au débit du titulaire lors de la notification du décompte général. De plus, si la garantie à première demande a été actionnée, les sommes versées par le garant doivent être portées au crédit du titulaire. Toutefois, une telle obligation ne fait pas obstacle, en cas d'omission de la part du maître d'ouvrage, à ce que soit mis à la charge du titulaire le coût des travaux nécessaires à la levée des réserves.

« L'ensemble des opérations auxquelles donne lieu l'exécution d'un marché public est, en principe, compris dans un décompte dont aucun élément ne peut être isolé et dont seul le solde, arrêté lors du décompte définitif, détermine les droits et obligations définitifs des parties, le mécanisme de la garantie à première demande institue une obligation autonome, qui incombe à un tiers à l'égard du marché ;

que, pour concilier cette obligation autonome avec la règle de l'unité du décompte, il revient en principe aux parties, si ce mécanisme a été actionné, de faire figurer dans le décompte, au débit du titulaire, le montant correspondant aux réserves non levées et, au crédit de celui-ci, le montant versé par le garant pour son compte ; que, toutefois, si le montant versé par le garant n'a pas été inscrit dans le décompte général au crédit du titulaire et si, par suite, le montant correspondant aux réserves non levées n'a pas été porté à son débit, ces circonstances n'ont pas pour conséquence de faire obstacle à ce que soit mis à la charge du titulaire le coût des travaux nécessaires à la levée des réserves ; qu'en juger ainsi reviendrait, en effet, à mettre à la charge finale du maître d'ouvrage le coût de ces travaux ; que, dès lors, en se fondant sur la seule circonstance que la communauté de communes n'avait pas mentionné le montant de 138 606 euros, correspondant aux réserves non levées, au débit de la société RCM, dans le décompte général notifié à la société, pour condamner le maître d'ouvrage à verser cette somme à la société, la cour a entaché son arrêt d'erreur de droit ; que, par suite, sans qu'il soit besoin de statuer sur les autres moyens du pourvoi, la communauté de communes du pays de Montereau est fondé à en demander l'annulation ».

Lien : <https://bit.ly/2R3XjfC>

Réclamation à hauteur de 9% du montant du marché : absence de bouleversement de l'économie générale du contrat

CAA Marseille, 8 octobre 2018, n°16MA03789

Une réclamation à hauteur de 9,2 % du montant du marché ne constitue pas un bouleversement de l'économie générale du contrat :

*« Il résulte, en revanche, de l'instruction que les autres surcoûts allégués par la société tenant au coût de location de deux hangars durant la période de prolongation de l'exécution du marché, en vue du stockage de ses produits et matières premières, à la prolongation de sa caution bancaire et à l'exécution de l'ordre de service n°25/16T, émis en raison de malfaçons commises par le titulaire du lot n° 23, **résultent effectivement de difficultés rencontrées dans l'exécution du marché en litige. Toutefois, à supposer même que ces surcoûts puissent être évalués aux sommes avancées par l'appelante, pour un montant total de 264 367,93 euros hors taxes, ce montant représente seulement 9,2 % du montant total du marché, tel que rappelé au point 1, ce qui ne peut suffire à caractériser un bouleversement de l'économie générale du marché au sens du principe rappelé au point 2. 5** ».*

Lien : <https://bit.ly/2qckLvO>

La Cour de justice précise ce qu'il faut entendre par « contrat à titre onéreux »
CJUE, 18 octobre 2018, IBA Molecular, aff. C-606/17

Une « subvention » ne couvrant que partiellement le prix du service mais affectée en totalité à la prestation en cause remplit le critère de l'onérosité d'un marché public :

« il apparaît que, dans l'affaire au principal, la région de Vénétie et le Sacro Cuore ont conclu un contrat par lequel ce dernier s'engage à produire et à distribuer gratuitement le médicament 18-FDG aux hôpitaux publics régionaux, moyennant toutefois le paiement par ces derniers de frais de livraison forfaitaires de 180 euros par expédition. À cet effet, cette région verse au Sacro Cuore une subvention de 700 000 euros intégralement affectée à la production de ce médicament.

Le caractère onéreux d'un tel contrat ne fait aucun doute. En effet, conformément à l'article 1er, paragraphe 2, sous a), de la directive 2004/18, pour relever de la notion de marchés publics, un contrat passé entre un ou plusieurs opérateurs économiques et un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs doit avoir été conclu « à titre onéreux ». Or, **il ressort du sens juridique habituel des termes « à titre onéreux » que ceux ci désignent un contrat par lequel chacune des parties s'engage à réaliser une prestation en contrepartie d'une autre.** Ainsi, **un contrat prévoyant un échange de prestations relève de la notion de marché public même lorsque la rémunération prévue est limitée au remboursement partiel des frais** encourus pour fournir le service convenu. Dans l'affaire au principal, l'appréciation du caractère onéreux du contrat de production et de fourniture d'un médicament doit donc tenir compte de l'existence de la contrepartie versée au fournisseur de ce médicament au moyen d'une subvention de la région de Vénétie d'un montant de 700 000 euros ».

Lien : <https://bit.ly/2O42FG9>

Rappel utile : les références du candidat peuvent être un critère de choix en MAPA
CAA Lyon, 27 septembre 2018, n°16LY01710

La Cour administrative applique la jurisprudence *Parc naturel régional des grands causses* :

« les dispositions de l'article 53 du code des marchés publics permettent dans le cadre d'une procédure adaptée au pouvoir adjudicateur de tenir compte pour choisir l'offre économiquement la plus avantageuse, de l'expérience des candidats, et donc de leurs références portant sur l'exécution d'autres marchés, lorsque cette prise en compte est rendue objectivement nécessaire par l'objet du marché et la nature des prestations à réaliser et n'a pas d'effet discriminatoire. pour évaluer la valeur technique, pondérée à 40 %, des offres, la commune a notamment pris en compte les références des candidats pour des prestations similaires et les a notées sur 30 points. Il ressort du rapport d'analyse des offres que la société ADG a obtenu 10 points à ce sous-critère, le pouvoir adjudicateur ayant estimé, sans être contredit, qu'elle disposait de " références intéressantes mais peu d'expériences de déménagements d'archives (...) ". La société attributaire qui justifiait de " nombreuses références en matière de déménagements d'archives " a, quant à elle, obtenu la note de 30/30.

que les opérations à réaliser comprenaient outre celui du mobilier, le déménagement des fonds (linéaires, cartons d'archives et registres), de maquettes de livres, d'appareils dont des lecteurs microfiches, et divers autres équipements. Ainsi que le fait valoir la commune, ce déménagement impliquait la manutention de fonds et objets à valeur patrimoniale importante dont la perte ou la détérioration auraient constitué un préjudice irréversible. En outre, certains documents ou objets présentaient, par leur nature ou leur ancienneté, une fragilité particulière et leur transport nécessitait l'utilisation de matériel adapté. Ainsi, la prestation objet du marché en litige, présentait des spécificités et une technicité particulière. Dans ces conditions, la prise en compte de l'expérience des candidats pour l'analyse de l'offre économiquement la plus avantageuse pouvait être regardée comme rendue objectivement nécessaire par l'objet du marché, et n'avait pas d'effet discriminatoire ».

Lien : <https://bit.ly/2NYdt8v>

Suspension d'un contrat conclu sans mise en concurrence dans le cadre d'un référé suspension « Tarn et Garonne »

CE, 10 octobre 2018, n°419406

Le motif technique de l'article 30.I.3° du décret "marché" impose de démontrer qu'aucun autre opérateur n'aurait pu se présenter à l'attribution du contrat et ce pour des motifs objectifs, extérieurs à l'acheteur public. A défaut, le contrat peut être suspendu :

« qu'aux termes du I de l'article 30 du décret du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics : " Les acheteurs peuvent passer un marché public négocié sans publicité ni mise en concurrence préalables dans les cas suivants : (...) / 3° Lorsque les travaux, fournitures ou services ne peuvent être fournis que par un opérateur économique déterminé, pour l'une des raisons suivantes : (...) / b) Des raisons techniques. (...) / Les raisons mentionnées aux b et c ne s'appliquent que lorsqu'il n'existe aucune solution alternative ou de remplacement raisonnable et que l'absence de concurrence ne résulte pas d'une restriction artificielle des caractéristiques du marché public " ;

*que, pour justifier le recours à une procédure de négociation sans publicité ni mise en concurrence, l'avis d'attribution du marché se fonde sur un risque de saturation de l'installation de stockage des déchets non dangereux dès 2020 et sur le fait que la société Inovert, qui a obtenu un permis de construire et une autorisation d'exploiter portant sur un centre de valorisation des déchets non dangereux, serait le seul opérateur en capacité de répondre aux besoins du SYDNE et d'apporter une solution de tri et de valorisation des déchets non dangereux pouvant être mise en oeuvre courant 2019 ; qu'il résulte toutefois de l'instruction que compte tenu des flux actuels d'enfouissement des déchets et des capacités de l'installation de stockage, celle-ci ne devrait pas être saturée avant la fin de 2021 ; que l'objectif tenant à ce que l'exploitation du nouveau centre de traitement des déchets soit effective au plus tard en septembre 2019 est lié à la circonstance que l'autorisation délivrée à la société Inovert par un arrêté préfectoral du 15 septembre 2016 est susceptible d'être frappée de caducité au terme d'un délai de trois ans ; **qu'il n'apparaît pas qu'aucun autre opérateur économique n'aurait pu se manifester si le calendrier retenu par le SYDNE avait été différent** ; que, par suite, le moyen tiré de ce qu'il existait une solution alternative ou de remplacement raisonnable, de ce que l'absence de concurrence résultait d'une restriction artificielle des caractéristiques du marché public et de ce que, par voie de conséquence, le SYDNE, en passant le marché sans publicité ni mise en concurrence, a méconnu les dispositions de l'article 30 du décret est de nature, en l'état de l'instruction, à créer un doute sérieux sur sa validité et à conduire à la cessation de son exécution ou à son annulation ».*

Lien : <https://bit.ly/2yvXvNT>

Conclusion de contrats sans mise en concurrence préalable : condamnation pour délit de favoritisme Ccass, crim, 12 septembre 2018, n°17-83793

Un Directeur de CHU qui a illégalement fractionné les commandes sans mise en concurrence a été définitivement condamné pour favoritisme :

« en qualité de directeur général du CHU, M. X... a, dès avant sa prise de fonction, contacté le cabinet d'architecte de M. Philippe A... afin de lui demander de travailler sur le projet de rénovation de son futur logement de fonction à partir des plans qu'il lui a lui-même fournis ; que ce cabinet a réalisé plusieurs prestations, avant de signer, le 24 avril 2007, sans qu'ait été mise en œuvre une quelconque procédure de publicité et de mise en concurrence avec le CHU, un premier marché de maîtrise d'œuvre d'un montant de 31 262 euros portant sur des travaux intérieurs et extérieurs du pavillon de fonction occupé par M. X..., suivi de trois avenants, dont les deux derniers ont été visés par celui-ci, portant la rémunération du maître d'oeuvre à la somme de 63 763,21 euros HT, l'estimation prévisionnelle des travaux passant de 284 200 euros HT à 625 120 euros HT ; qu'un second marché de maîtrise d'oeuvre d'un montant de 6 686 euros HT a également été conclu, l'estimation des travaux étant de 66 860 euros ; que par ailleurs, en vue de la rénovation du logement de fonction du directeur-adjoint du CHU, M. Z... B..., M. A... a conclu, dans les mêmes conditions, un marché de maîtrise d'oeuvre le 4 juin 2008, qui a été contresigné par M. X..., le montant total des travaux ayant été évalué à la somme de 317 112,42 euros HT ;

*Que le demandeur, pour financer les travaux, a eu recours au marché à bons de commande passé aux fins d'entretien des locaux de l'établissement hospitalier par le CHU avec différentes entreprises, ce qui a généré, outre un fractionnement du montant global des rénovations, des surfacturations et des surcoûts liés à l'inadaptation des prestations et matériaux prévus dans le marché mais également au comportement des époux X... qui, choisissant des matériaux de prix, ont, à plusieurs reprises, fait détruire et recommencer certains travaux ; pour déclarer M. X... coupable du délit d'atteinte à la liberté et à l'accès des candidats dans les marchés publics, l'arrêt, après avoir rappelé les conditions dans lesquelles le prévenu a eu recours aux services du cabinet A..., en dehors de toute procédure de publicité et de mise en concurrence, et au marché à bons de commande conclu par le CHU pour les besoins de l'établissement, pour financer les travaux de rénovation des deux appartements de fonction, énonce que le demandeur a personnellement choisi le cabinet d'architecte sans laisser la possibilité à la direction du patrimoine et des infrastructures (DPI) du CHU, de venir le contester et a, par son action, contourné les règles relatives à la procédure de publicité avec mise en concurrence qui s'imposaient au regard du montant des marchés de maîtrise d'oeuvre en application de l'article 40 du code des marchés publics en vigueur à l'époque des faits et qu'en sa seule qualité d'ordonnateur général, il est présumé connaître les dispositions légales relatives aux marchés publics ; **Que les juges ajoutent que le recours au marché à bons de commande a permis au prévenu de contourner les règles de la commande publique en fractionnant artificiellement des prestations qui auraient dû constituer une opération globale déclenchant un marché formalisé,**;*

Attendu qu'en l'état de ces énonciations, relevant de son appréciation souveraine des faits, dont il résulte que le prévenu a mis en place le système lui ayant permis de contourner les règles des marchés publics, peu important qu'il ne soit pas le signataire des marchés publics dès lors qu'entre dans la catégorie des personnes visées à l'article 432-14 du code pénal, le directeur général d'un CHU, ordonnateur principal des recettes et des dépenses de ce dernier, qui a le pouvoir d'intervenir dans le déroulement d'une procédure d'attribution de marchés, en vue de préparer ou de proposer les décisions prises par d'autres, la cour d'appel, qui a répondu aux chefs péremptoires de conclusions régulièrement déposées devant elle, a justifié sa décision ».

Lien : <https://bit.ly/2D13Nca>

La Cour de justice valide l'utilisation de notes éliminatoires

CJUE, 20 septembre 2018, Montte SL c/Musikene, aff. C-546/16

Il est possible de prévoir, dans le cadre d'une procédure ouverte, une note qui, si elle n'est pas atteinte, entraîne l'élimination immédiate de l'offre :

*« Les critères d'attribution du marché sont « a) la "présentation et description du projet", avec une pondération de 50 points sur 100, est ventilée en sous-critères secondaires distincts pour chacun des cinq lots sur lesquels porte le marché. À chacun de ces lots s'applique la clause suivante : "Seuil minimum des points nécessaires pour poursuivre la procédure de sélection : **les soumissionnaires qui n'atteignent pas 35 points pour l'offre technique ne seront pas admis à la phase économique.**"*

Par sa première question, la juridiction de renvoi demande, en substance, si la directive 2014/24 doit être interprétée en ce sens qu'elle s'oppose à une législation, telle que celle en cause au principal, qui permet aux pouvoirs adjudicateurs d'imposer, dans le cahier des charges d'une passation de marché selon une procédure ouverte, des exigences minimales quant à l'évaluation technique, de telle sorte que les offres soumises qui n'atteignent pas un seuil de points minimum prédéterminé au terme de cette évaluation sont exclues de l'évaluation ultérieure fondée tant sur des critères techniques que sur le prix.

*Les pouvoirs adjudicateurs disposent de la liberté de déterminer, conformément à leurs besoins, notamment, le niveau de qualité technique que les offres soumises doivent assurer en fonction des caractéristiques et de l'objet du marché en cause et d'établir un seuil minimal que ces offres doivent respecter d'un point de vue technique. À cet effet, **l'article 67 de la directive 2014/24 ne s'oppose pas à la possibilité, au stade de l'attribution du marché, d'exclure dans un premier temps des offres soumises qui n'atteignent pas un seuil de points minimum prédéterminé quant à l'évaluation technique.** Il apparaît qu'une offre qui n'atteint pas un tel seuil ne correspond, en principe, pas aux besoins du pouvoir adjudicateur et ne doit pas être prise en compte lors de la détermination de l'offre économiquement la plus avantageuse. Le pouvoir adjudicateur n'est donc, dans un tel cas, pas tenu de déterminer si le prix d'une telle offre est inférieur à ceux des offres non éliminées qui atteignent ledit seuil et correspondent donc aux besoins du pouvoir adjudicateur. la directive 2014/24 doit être interprétée en ce sens qu'elle ne s'oppose pas à une législation nationale, telle que celle en cause au principal, qui **permet aux pouvoirs adjudicateurs d'imposer, dans le cahier des charges d'une passation de marché selon une procédure ouverte, des exigences minimales quant à l'évaluation technique, de telle sorte que les offres soumises qui n'atteignent pas un seuil de points minimum prédéterminé au terme de cette évaluation sont exclues de l'évaluation ultérieure** ».*

Lien : <https://bit.ly/2OMXyPS>

Méthode de notation : il est possible d'attribuer la note de 0 à une offre 50 % plus chère à l'offre la moins disante

CAA Bordeaux, 24 juillet 2018, n°15BX04151

Une méthode de notation qui prévoit l'attribution d'une note de zéro aux offres d'un montant supérieur de 50 % à l'offre la moins disante pour chacun des lots techniques n'est pas entachée d'irrégularité :

*« le critère du prix a été évalué, pour chacun des lots techniques 2 A et 2 B, en faisant application de la formule $50 \times (2 - P/M)$ où P correspond au prix à noter et M au prix de l'offre moins disante, **la note de zéro étant attribuée aux offres d'un montant supérieur à cinquante pour cent à l'offre la moins disante pour chacun des lots techniques.** D'une part et contrairement à ce que soutient l'appelante, aucune disposition législative ou réglementaire, pas davantage que les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures n'imposaient au pouvoir adjudicateur de porter cette méthode de notation à la connaissance des candidats, alors même qu'elle dérogerait à celle qui est communément utilisée. D'autre part, il n'est pas établi que cette méthode de notation ait privé de portée ou neutralisé la pondération des critères de sélection des offres.*

Enfin, et alors que l'appelante n'établit pas par les pièces qu'elle produit que la même méthode de notation n'aurait pas été appliquée par le pouvoir adjudicateur pour l'ensemble des offres qui lui étaient soumises, il résulte de l'instruction que, pour les prestations du lot 2 A, le candidat le moins disant avait proposé pour les tranches ferme et conditionnelle les prix respectifs de 11 498 915 euros et de 1 889 730 euros tandis que la société ICM avait proposé les prix respectifs de 18 341 882,53 euros et de 3 166 962,10 euros. Pour les prestations du lot 2 B, le candidat le moins disant avait proposé pour les tranches ferme et conditionnelle les prix respectifs de 1 884 956,94 euros et de 307 375 euros tandis que la société ICM avait proposé les prix respectifs de 2 693 834,43 euros et de 532 464,28 euros. Alors qu'ainsi qu'il a été dit l'offre la moins disante n'était pas anormalement basse, l'application de la méthode de notation retenue par le pouvoir adjudicateur devait conduire à lui attribuer, pour le critère du prix, les notes de zéro pour le lot 2 A et de 26,42 pour le lot 2 B. **Par suite, la société ICM n'est pas fondée à soutenir que la note qui lui a été attribuée par le pouvoir adjudicateur pour le critère du prix, après correction d'erreurs matérielles, aurait été sous-évaluée** ».

Lien : <https://bit.ly/2CBaf8P>

Requalification d'une DSP d'exploitation des cantines scolaires en marché public en l'absence de risque d'exploitation pesant sur le titulaire

CAA Bordeaux, 8 octobre 2018, n°16BX02772

Un contrat qui ne transfère pas un risque d'exploitation suffisant n'est pas une DSP, mais un marché public :

« pour qualifier un contrat de délégation de service public et en déduire les règles qui s'appliquent à sa passation, il appartient au juge, non seulement de déterminer l'objet du contrat envisagé, mais aussi d'apprécier si les modalités de rémunération du cocontractant sont substantiellement liées aux résultats de l'exploitation de l'activité.

Pour soutenir que la convention litigieuse constitue une délégation de service public en sens des dispositions de l'article L. 1411-1 du CGCT, la commune se prévaut de ce que les services de restauration collective organisés par les collectivités publiques constituent une activité de service public pouvant donner lieu à délégation de service public et de ce que le délégataire assure, en l'espèce, la gestion de ce service à ses risques et périls en percevant auprès des usagers un prix fixé par la collectivité. Toutefois, il résulte des termes mêmes des stipulations précitées des articles 44.1, 44.2 et 45.3 du contrat litigieux que le prix des prestations réalisées par le délégataire intègre, d'une part, une subvention forfaitaire d'exploitation annuelle (SFE) couvrant les charges fixes et devant représenter au moins 60 % du montant total de sa rémunération annuelle ainsi que, d'autre part, une provision destinée à couvrir les éventuels impayés susceptibles de se produire en cours d'exécution du contrat, le délégataire percevant en outre un complément de prix unitaire au repas servi couvrant les charges variables, notamment liées à l'approvisionnement en denrées alimentaires. Ainsi, le risque économique du délégataire ne porte que sur la différence entre les repas comptabilisés et/ou commandés et les repas servis ainsi que sur les impayés. Par ailleurs, 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, le nombre d'usagers n'est pas non plus susceptible de variations substantielles durant l'exécution de la convention. Dans ces conditions, **la part de risque transférée au délégataire n'implique pas une réelle exposition aux aléas du marché, de sorte que le cocontractant ne peut être regardé comme supportant un risque lié à l'exploitation du service.** Par suite, la convention litigieuse ne revêt pas le caractère d'une délégation de service public, mais celui d'un marché public de services ».

Lien : <https://bit.ly/2SeYA5d>

Manque à gagner suite à résiliation d'un accord-cadre à bons de commande

CE, 10 octobre 2018, n°410501

Le Conseil d'Etat apporte des précisions sur la manière de calculer le manque à gagner à la suite de la résiliation irrégulière d'un marché à bons de commande :

*« par un marché à bons de commande, le centre hospitalier a confié à la société du docteur Jacques Franc l'interprétation des clichés radiographiques réalisés au sein de l'hôpital sur prescription des praticiens de celui-ci ; que, par une décision du 17 mars 2011, le centre hospitalier a résilié ce marché aux frais et risques de la société requérante au motif que celle-ci aurait manqué à plusieurs de ses obligations contractuelles ; que, par un jugement avant dire droit, le tribunal administratif d'Orléans a jugé irrégulière cette résiliation ; que si le titulaire d'un marché résilié irrégulièrement peut prétendre à être indemnisé de la perte du bénéfice net dont il a été privé, il lui appartient d'établir la réalité de ce préjudice ; **que dans le cas d'un marché à bons de commande dont les documents contractuels prévoient un minimum en valeur ou en quantité, le manque à gagner ne revêt un caractère certain qu'en ce qu'il porte sur ce minimum garanti ;***

qu'il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que le contrat en litige était un marché à bons de commande dont les documents contractuels prévoyaient que son montant serait compris entre une valeur annuelle minimale de 200 000 euros et une valeur maximale de 400 000 euros ; que, par suite, en se fondant sur le montant minimal de commandes ainsi garanti pour évaluer le manque à gagner dont a été privée la société cocontractante du fait de la résiliation irrégulière du marché en litige, la cour administrative d'appel de Nantes n'a pas commis d'erreur de droit ;

*que le calcul du bénéfice s'opérant par soustraction au total des produits de l'ensemble des charges, la cour n'a pas commis d'erreur de droit en jugeant **que le taux de marge devait être déterminé en prenant en compte non seulement les charges variables de la société mais également ses charges fixes ; que la cour n'a pas davantage entaché son arrêt d'erreur de droit en se référant aux résultats nets des quatre exercices précédant la résiliation du marché en litige pour évaluer le taux de marge moyen de la société requérante** »*

Lien : <https://bit.ly/2yyIYkF>