

REVUE D'ACTUALITE

MARS 2021

► Actualité législative et réglementaire**➡ Application de la loi ASAP – Décret n°2021-357 du 30 mars 2021 portant diverses dispositions en matière de commande publique**

Le décret n°2021-357 du 30 mars 2021 a pour objet principal de mettre en œuvre au plan réglementaire certaines dispositions de la loi ASAP. Par ailleurs, il procède à certains ajustements.

- Les **dispositions réglementaires relatives à la passation des marchés de services juridiques de représentation en justice et de consultation relative à un contentieux ont été supprimées du code**, ceci afin de prendre en compte l'exclusion de ces marchés des obligations de publicité et de mise en concurrence par la loi ASAP du 7 décembre 2020.
- Le décret fixe également à **10 % la part minimale que le titulaire d'un marché global s'engage à confier, directement ou indirectement, à des PME ou des artisans** alignant ainsi le régime des marchés globaux sur celui des marchés de partenariat. Ce taux est, logiquement inapplicable si le titulaire du marché global est lui-même une PME ou un artisan, une hypothèse assez improbable en pratique. Par ailleurs, **les dispenses de concours des marchés de maîtrise d'œuvre sont étendues aux marchés globaux**.
- Le texte prend également en compte la publication du nouveau CCAG maîtrise d'œuvre en précisant que **le délai de paiement court, pour ces marchés comme pour les marchés de travaux, à compter de l'établissement du décompte général et définitif tel qu'établi dans les conditions des CCAG**.

➡ Nouveaux CCAG – Arrêtés du 30 mars 2021 portant approbation des cahiers des clauses administratives générales applicables aux marchés publics

Les arrêtés portant approbation des nouveaux CCAG applicables aux marchés publics ont été publiés le 1^{er} avril 2021.

- Ces cahiers entrent en vigueur dès ce **1^{er} avril et sont utilisables dans les procédures lancées à compter de ce même jour**. Cependant, les anciens CCAG ne seront abrogés qu'au 1^{er} octobre 2021, afin de permettre aux acheteurs publics de s'acclimater aux nouveaux. Du reste, sans précision dans les documents de la consultation sur quel CCAG est concerné, c'est **l'ancienne version qui sera réputée applicable pour toute consultation lancée jusqu'au 30 septembre**.
- Outre la modernisation générale des cahiers, on peut noter, tout particulièrement, les nouveautés suivantes :
 - Intégration des exigences relatives à la **protection des données personnelles** pour prendre en compte le RGPD ;
 - D'importantes précisions relatives au **paiement des avances et au règlement des comptes**, notamment en ce qui concerne le sous-traitant bénéficiant du régime du paiement direct ;

CHAIRE DE DROIT DES CONTRATS PUBLICS
EDPL - UNIVERSITÉ JEAN MOULIN LYON 3

ADRESSE **GÉOGRAPHIQUE** > Site des quais – Bâtiment Cavenne | 15 quai Claude Bernard | LYON 7e
ADRESSE **POSTALE** > Équipe de droit public de Lyon | 1C avenue des Frères Lumière | CS 78242 - 69372 LYON CEDEX 08

Contact : chairedcp@univ-lyon3.fr | 04 78 78 70 54

LinkedIn : www.linkedin.com/company/chairedcp

Twitter : www.twitter.com/chairedcp

Site : <https://chairedcp.univ-lyon3.fr>

- Une refonte des stipulations relatives aux **pénalités de retard** ;
- L'apparition de deux clauses de développement durable : une « **clause d'insertion sociale** » et une « **clause environnementale générale** ».
- Un nouveau chapitre relatif à la **propriété intellectuelle** ;
- Le gommage de l'aspect parfois trop « pré-contentieux » des CCAG ;
- L'introduction de **clauses de suspension et de réexamen pour faire face à des circonstances imprévisibles** (pour lesquelles la Chaire a activement participé) ;
- La création d'un nouveau **CCAG maîtrise d'œuvre**.

► Actualité jurisprudentielle

➡ **Promesse de vente consentie par une SPLA : ni concession de travaux, ni contrat administratif – CE, 4 mars 2021, *Sté Socri gestion*, n°437232**

La **promesse synallagmatique de vente conclue par une société publique locale d'aménagement au bénéfice d'une société n'est pas un contrat de concession de travaux**. Le contrat n'est pas non plus administratif, la SPLA n'étant, du seul fait de la concession d'aménagement avec la métropole, **ni mandataire, ni transparente**.

- La société d'aménagement de Montpellier Méditerranée Métropole (SA3M) est concessionnaire d'aménagement de la métropole de Montpellier, cette dernière étant par ailleurs son actionnaire majoritaire. Dans le cadre de la réalisation d'une zone d'aménagement concerté, elle a conclu une promesse synallagmatique de vente avec une SCI portant sur un terrain fraction de la zone. La société Socri gestion, candidate évincée, conteste ce contrat devant les juridictions administratives. Trois points successifs sont abordés par le Conseil d'État pour conclure à l'incompétence du juge administratif en l'espèce.
- D'abord, il s'agissait de savoir si le contrat pouvait être requalifié en **concession de travaux**. Il faut ici rappeler que sous l'empire de l'ordonnance du 15 juillet 2009, toutes les concessions de travaux étaient des contrats administratifs, nonobstant tout élément organique, ce qui n'est plus le cas, l'article L.6 du Code de la commande publique précisant que les marchés et concessions ne sont des contrats administratifs que si conclus par des personnes morales de droit public. Le Conseil d'État estime ici, à la suite de la cour administrative d'appel de Marseille, que le droit d'exploiter de la SCI **découlait du droit de propriété transféré par le contrat, non d'un droit d'exploitation à proprement dit que la SA3M s'était par ailleurs définitivement privée par le contrat**. Il ne pouvait donc s'agir d'une concession de travaux.
- Ensuite, l'administrativité du contrat était recherchée à travers l'éventuel mandat dont aurait été titulaire la SA3M. Le Conseil d'État, reprenant la formule du Tribunal des conflits (TC, 11 déc. 2017, *Cne de Capbreton*) estime que **la concession d'aménagement ne saurait, à elle seule, emporter mandat au profit de son titulaire**. Il peut, néanmoins, en aller autrement « s'il résulte des stipulations qui définissent la mission du cocontractant de la collectivité publique ou d'un ensemble de conditions particulières prévues pour l'exécution de celle-ci, telles que le maintien de la compétence de la collectivité publique pour décider des actes à prendre pour la réalisation de l'opération ou la substitution de la collectivité publique à son

cocontractant pour engager des actions contre les personnes avec lesquelles celui-ci a conclu des contrats, que la convention doit en réalité être regardée, en partie ou en totalité, comme un contrat de mandat ».

• Enfin, la SA3M ne saurait être regardée comme transparente dans les conditions fixées par la jurisprudence (CE, 21 mars 2007, *Cne de Boulogne Billancourt*), dès lors que **les sociétés publiques locales d'aménagement « ont été instituées par le législateur pour permettre à une collectivité territoriale de transférer certaines missions à une personne morale de droit privé contrôlée par elle »**.

➡ **Contrat d'émission et de distribution de tickets restaurants, de titres cadeaux et de chèques emploi-service universels au bénéfice d'agents d'un département : qualification de marché public et calcul de la valeur du contrat – CE, 4 mars 2021, *Département de la Loire*, n°438859**

Le Conseil d'État qualifie, en l'absence de risque d'exploitation, un **contrat d'émission et de distribution de titre de paiement au bénéfice des agents publics du département de la Loire de marché public**. Il précise en outre que la valeur estimée d'un tel marché doit **prendre en compte la valeur faciale des titres susceptibles d'être émis pendant toute la durée d'exécution**.

• Le contrat d'émission est de distribution de titres de paiement est atypique puisque son exécution fait intervenir quatre types d'acteurs, schématiquement un émetteur, qui délivre les titres (ici le titulaire), un acheteur, qui les finance (ici l'acheteur public), des bénéficiaires (ici les agents) et enfin des affiliés, les commerçants chez qui les titres peuvent servir d'instruments de paiement. En l'espèce, le département de la Loire avait passé un accord-cadre ayant pour l'objet l'émission et la distribution de tels titres auprès de ses agents. Certains lots avaient été passés selon une procédure négociée sans publicité ni mise en concurrence au regard de leur valeur estimée. La société Edenred France avait été sollicitée pour présenter une offre, mais estimant que la procédure était illégale, a refusé d'en présenter une et a saisi le juge du référé précontractuel.

• Le Conseil d'État commence par rappeler, très classiquement, que pour qu'un contrat puisse être qualifié de concession, doit peser un risque d'exploitation sur le cocontractant, celui-ci étant **« constitué par le fait de ne pas être assuré d'amortir les investissements ou les coûts liés à l'exploitation du service »**. Or, note le juge, « le coût de l'émission des titres et de leur distribution est intégralement payé par le département et le cocontractant bénéficie, à titre de dépôt, des fonds nécessaires pour verser leur contre-valeur aux personnes physiques ou morales auprès desquelles les titres seront utilisés », ce qui est de nature à **annihiler toute exposition réelle aux aléas du marché et à retenir la qualification de marché public**.

• Par la suite, sur la question du calcul de la valeur du marché, le Conseil d'État estime que « l'acheteur doit prendre en compte, **outre les frais de gestion versés par le pouvoir adjudicateur, la valeur faciale des titres susceptibles d'être émis pour son exécution**, somme que le pouvoir adjudicateur doit payer à son cocontractant en contrepartie des titres mis à sa disposition ». C'est donc à une **conception particulièrement globalisante** que se livre ici la Haute juridiction pour juger qu'en l'espèce, la valeur du marché avait été sous-estimée par l'acheteur.

➡ CJUE 24 mars 2021, *NAMA*, aff. C-771/19

• Par plusieurs questions préjudicielles posées par le Conseil d'État grec, il était demandé à la cour de savoir si la directive 92/13 relative aux procédures de passation des marchés des entités des secteurs en réseau, modifiée par la directive 2014/23, s'opposait « à une pratique nationale en vertu de laquelle un soumissionnaire qui a été exclu d'une procédure de passation de marché public à un stade antérieur à la phase d'attribution de ce marché et dont la demande de sursis à exécution de la décision l'excluant de cette procédure a été rejetée, ne peut, faute d'intérêt à agir, invoquer, dans sa demande de sursis à exécution de la décision admettant l'offre d'un autre soumissionnaire, introduite concomitamment, des moyens sans lien avec les irrégularités en raison desquelles son offre a été exclue, à l'exception du moyen selon lequel la décision d'admission de cette offre viole le principe d'égalité dans l'appréciation des offres ». Était donc demandée une interprétation de l'article 1er, 3^o de ladite directive selon lequel « **les États membres s'assurent que les procédures de recours sont accessibles, selon des modalités que les États membres peuvent déterminer, au moins à toute personne ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir un marché déterminé et ayant été ou risquant d'être lésée par une violation alléguée** ».

• **Confirmant sa jurisprudence portant admission large des moyens recevables en la matière** (CJUE, 4 juil. 2013, *Fastweb* ; 11 mai 2017, *Archus et Gama* ; 5 sept. 2019, *Lombardi*), la cour estime : « qu'un soumissionnaire qui a été exclu d'une procédure de passation de marché public à un stade antérieur à la phase d'attribution de ce marché et dont la demande de sursis à exécution de la décision l'excluant de cette procédure a été rejetée, **peut invoquer, dans sa demande de sursis à exécution de la décision admettant l'offre d'un autre soumissionnaire, introduite concomitamment, tous les moyens tirés de la violation du droit de l'Union en matière de marchés publics ou des règles nationales transposant ce droit, y compris des moyens qui ne présentent pas de lien avec les irrégularités en raison desquelles son offre a été exclue**. Cette faculté n'est pas affectée par la circonstance que le recours administratif précontentieux devant une instance nationale indépendante qui devait, en vertu du droit national, être introduit, au préalable, par ce soumissionnaire contre la décision de son exclusion a été rejeté, pour autant que ce rejet n'a pas acquis autorité de chose jugée ». En somme, la Cour semble fusionner les conditions de l'article 1er, 3^o de la directive en ne distinguant pas l'intérêt à agir et l'intérêt à invoquer certains moyens, dans une interprétation que pratiquait le Conseil d'État avant 2008 et que B. Dacosta résumait ainsi dans ses conclusions sur l'arrêt *SMIRGEOMES* : « Tout manquement peut donc être invoqué par tout requérant ».

• Rappelons que **la jurisprudence du Conseil d'État en la matière est bien plus restrictive** puisque, conformément à la lettre de l'article L.551-1 du code de justice administrative, le concurrent évincé requérant ne peut, à l'appui de son référé-précontractuel, qu'avancer des moyens relatifs à des manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence qui, « eu égard à leur portée et au stade de la procédure auquel ils se rapportent, sont susceptibles de l'avoir lésée ou risquent de la léser, fût-ce de façon indirecte en avantageant une entreprise concurrente » (**CE, 3 oct. 2008, *SMIRGEOMES***).