



**NOTE**

**DE VEILLE**

**REGLEMENTAIRE**

Décembre 2018 / RÉDACTEUR : CKS PUBLIC

**CKS** Public

## DE VEILLE REGLEMENTAIRE

### *Les pénalités de retard ne peuvent constituer un critère de jugement des offres - Conseil d'Etat, 09/11/2018 n°413533*

**Résumé :** Le Conseil d'Etat a annulé un marché public de travaux au motif que le maître d'ouvrage avait prévu, dans le cadre du jugement des offres, un sous-critère relatif au dépassement du délai fixé à l'acte d'engagement.

A l'occasion d'un marché de travaux de construction d'un gymnase, la Communauté de Communes de l'Arpajonnais avait prévu un critère de jugement des offres relatif au dépassement du délai, pondéré à 10% de la note globale. Chacun des candidats devait proposer le montant de la pénalité à appliquer en cas de non-respect du délai contractuel. Le candidat proposant la pénalité la plus élevée obtenant la meilleure note et les autres étant notés proportionnellement.

Dans cet arrêt, le Conseil d'Etat fait droit à la demande d'annulation du marché par un candidat évincé au motif « *qu'un sous-critère relatif au montant des pénalités à infliger en cas de retard dans l'exécution des prestations, qui n'a ni pour objet ni pour effet de différencier les offres au regard du délai d'exécution des travaux, ne permet pas de mesurer la capacité technique des entreprises candidates à respecter des délais d'exécution du marché ni d'évaluer la qualité technique de leur offre* ».

Au travers de cette décision, la Haute juridiction rappelle que les critères de jugement des offres doivent permettre d'évaluer la capacité du candidat à exécuter le marché (i.e. et non sa capacité à gérer une mauvaise exécution).

Le second argument avancé par le CE est le caractère incertain de la mise en œuvre de la pénalité dans la mesure où, d'une part, la personne publique peut décider de ne pas appliquer les pénalités et que le juge peut, d'autre part, en moduler le montant.

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETATEXT000037599991&fastReqId=989646828&fastPos=1>

### *Rappel des moyens invocables dans le cadre d'un recours en contestation de validité du contrat - Conseil d'Etat, 09/11/2018 n°420654*

**Résumé :** Un candidat évincé dont l'offre a été déclarée irrégulière ne peut qu'invoquer des manquements susceptibles de l'avoir lésé (en rapport direct avec son éviction).

Le Conseil d'Etat rappelle plusieurs points dans cet arrêt :

- le fait d'avoir formé un référé précontractuel afin d'obtenir l'annulation d'une procédure de passation ne fait pas obstacle à ce que le candidat évincé saisisse ensuite le juge administratif d'un recours en contestation de la validité du contrat,
- le fait que son offre ait été rejetée comme irrégulière n'est pas non plus de nature à le priver de la possibilité de faire un tel recours,
- seuls sont invocables les manquements aux règles applicables à la passation du contrat qui sont en rapport direct avec l'éviction du candidat.

Ainsi, le Conseil d'Etat juge que le candidat dont l'offre a été écartée à bon droit comme irrégulière ne peut critiquer l'appréciation portée sur les autres offres et, notamment, invoquer le caractère prétendument irrégulier ou inacceptable des propositions concurrentes, le manquement évoqué étant sans lien avec son éviction.

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechExpJuriAdmin&idTexte=CETATEXT000037600024&fastReqId=816024255&fastPos=1>

### *La responsabilité du maître d'œuvre ne peut être recherchée une fois le décompte général devenu définitif - Conseil d'Etat, 19/11/2018 n°402833*

**Résumé :** Le Conseil d'Etat a statué sur une affaire relative à la possibilité d'engager la responsabilité du maître d'œuvre (MOE) lorsque le décompte général du marché de maîtrise d'œuvre est devenu définitif.

Dans le cadre d'un marché de travaux pour la construction d'un ensemble immobilier, la réception a été prononcée sans réserves mais, deux ans plus tard, des désordres sont apparus.

Le maître d'ouvrage a alors engagé la responsabilité du groupement chargé de la maîtrise d'œuvre devant le juge administratif.

Le Conseil d'Etat confirme l'arrêt d'appel jugeant que la responsabilité contractuelle du MOE ne peut être recherchée, y compris en raison d'un manquement à son devoir de conseil lors de la réception des travaux, dès lors que le décompte du marché de maîtrise d'œuvre est devenu définitif. Il précise en outre que cela vaut alors même que les désordres au titre desquels la responsabilité contractuelle du MOE est recherchée ne sont apparus que postérieurement à l'établissement du décompte du marché de MOE.

Si le MOA estimait que le MOE n'avait pas attiré son attention sur certaines déficiences lors de la réception des travaux, manquant ainsi à son devoir de conseil, il aurait dû « *soit surseoir à l'établissement du décompte jusqu'à ce que sa créance puisse y être intégrée, soit assortir le décompte de réserves* ».

<http://arianeinternet.conseil-etat.fr/arianeinternet/getdoc.asp?id=214768&fonds=DCE&item=1>

### *La responsabilité du maître d'oeuvre (MOE) est engagée pour faute simple - Conseil d'Etat, 19/11/2018 n°413017*

**Résumé :** Le Conseil d'Etat, retient que la responsabilité du MOE est engagée, dans le cadre de sa mission de surveillance de l'exécution des travaux, en cas de faute simple.

Dans cet arrêt, le Conseil d'Etat considère que l'engagement de la responsabilité du maître d'oeuvre dans le cadre de sa mission de surveillance de l'exécution des travaux n'est pas subordonnée à l'existence d'une faute caractérisée d'une gravité suffisante.

En effet, il appartient seulement au juge de rechercher si le comportement du maître d'oeuvre présente un caractère fautif eu égard à la portée de son intervention.

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechExpJuriAdmin&idTexte=CETATEXT000037625000&fastReqId=2064256855&fastPos=1>

### *Le sort de sommes non dépensées à la fin d'une délégation de service public - Conseil d'Etat, 18/10/2018 n°420097 et CE, 26/10/2018 n°422652 et 423140*

**Résumé :** Le Conseil d'Etat, au travers de deux arrêts, a statué sur le sort des sommes non dépensées à la fin d'une délégation de service public (normale ou anticipée).

Les deux litiges en cause portaient sur les provisions dites GER (Gros Entretien et Renouvellement) et sur les investissements engagés par le délégataire pour des biens encore inachevés à la fin du contrat.

Le CE a rappelé, en premier lieu, que les biens acquis par le concessionnaire, qui sont nécessaires au fonctionnement du service public, doivent retourner gratuitement dans le patrimoine de la personne publique à l'échéance du contrat.

Il s'est prononcé, en second lieu, sur le sort de sommes requises pour l'exécution des travaux de renouvellement des biens nécessaires au fonctionnement du service public qui ont seulement donné lieu, à la date d'expiration du contrat, à des provisions. Il considère qu'elles doivent également faire l'objet d'un retour gratuit dans le patrimoine de la personne publique (CE, 18 octobre 2018, Société EDT ENGIE, n°420097).

Il en va de même des sommes qui auraient fait l'objet de provisions en vue de l'exécution des travaux de renouvellement pour des montants excédant ce que ceux-ci exigeaient, l'équilibre économique du contrat ne justifiant pas leur conservation par le concessionnaire.

En outre, le CE a confirmé l'interprétation de la CAA de Versailles qui refuse de considérer comme des biens de retour les investissements engagés par le délégataire pour des biens encore inachevés (CE, 26 octobre 2018, SMCTVPE n°s 422652 et 423140).

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETATEXT000037509308&fastReqId=1745909294&fastPos=1>

### *Publication de la Loi ELAN au JORF du 24/11/2018*

**Résumé :** La loi n° 2018-1021 du 23 novembre 2018, portant Evolution du logement, de l'aménagement et du numérique (ELAN), adoptée par le Parlement le 16 octobre dernier, été publiée au JORF du 24 novembre 2018.

Elle comporte plusieurs modifications qui concernent la commande publique :

- dérogations à la loi MOP : les bailleurs sociaux entendus au sens large – comprenant les organismes HLM, les offices publics de l'habitat, les organismes privés d'habitation à loyer modéré et les SEM pour les logements à usage locatifs aidés par l'Etat – ne seront plus assujettis au titre II de la loi MOP relatif à la maîtrise d'œuvre,
- assouplissement des conditions de recours aux marchés de conception-réalisation pour les bailleurs sociaux concernant les logements locatifs aidés,
- suppression de l'obligation de concours d'architecture pour les marchés de maîtrise d'œuvre des organismes d'HLM, des SEM de construction et de gestion de logements sociaux, ainsi que des Crous pour la réalisation d'un ouvrage de bâtiment,
- fonctionnement et intervention de la CAO.

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000037639478&dateTexte=&categorieLien=id>

## DE VEILLE REGLEMENTAIRE

### *Confirmation de la possibilité pour les tiers à un marché public de demander l'annulation du contrat par le biais du recours de plein contentieux – CE, 30 novembre 2018, 416628*

**Résumé :** Par un arrêt du 30 novembre 2018, le Conseil d'Etat fait application de sa jurisprudence SMPAT du 30 juin 2017 en permettant à un tiers au contrat de demander directement au juge de plein contentieux la résiliation d'un contrat.

Un candidat évincé d'un marché public relatif à l'intervention d'huissiers de justice, en vue du recouvrement amiable de créances, amendes, condamnations pécuniaires et produits locaux, a demandé la résiliation du marché.

Le Conseil d'Etat rappelle qu'un tiers à un contrat administratif susceptible d'être lésé dans ses intérêts de façon suffisamment directe et certaine par une décision refusant de faire droit à sa demande de mettre fin à l'exécution du contrat est recevable à former devant le juge du contrat un recours de pleine juridiction tendant à ce qu'il soit mis fin à l'exécution du contrat.

Dans le cadre d'un tel recours, le requérant doit prouver que les irrégularités qu'il invoque sont constitutives d'inexécutions d'obligations contractuelles qui, de par leur gravité, compromettent manifestement l'intérêt général et justifient qu'il soit mis fin à l'exécution de ces contrats. En l'espèce, le recours a été rejeté dans la mesure où les irrégularités invoquées étaient faibles et qu'aucune intention frauduleuse du Titulaire du marché n'était établie.

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechExpJuriAdmin&idTexte=CETATEXT00037675248&fastReqId=1784254505&fastPos=1>

### *Publication du Code de la Commande Publique le 5 décembre 2018*

**Résumé :** Les parties législative (Ordonnance du 26 novembre 2018) et réglementaire (Décret du 3 décembre 2018) du code de la commande publique ont été publiées le 5 décembre au Journal officiel de la République française.

Ce code rassemble, à droit constant, l'ensemble des règles applicables à la commande publique. Il intègre :

- l'ordonnance et le décret relatifs aux marchés publics et leurs homologues en matière de concessions,
- de nombreuses dispositions relatives à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses relations avec la maîtrise d'œuvre privée (loi MOP et ses décrets d'application),
- les dispositions relatives à la sous-traitance (loi du 31 décembre 1975), aux délais de paiement, à la facturation électronique, au 1% artistique, etc.
- des règles issues de jurisprudences fermement établies.

Ce texte entrera en vigueur le 1er avril 2019, laissant aux praticiens près de quatre mois pour s'y adapter.

[https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=048EB1FEE10648BE5C33A7AFCCA18B30.tplgfr31s\\_2?cidTexte=JORFTEXT000037695219&dateTexte=&oldAction=rechJO&categorieLien=id&idJO=JORFCO NT000037694938](https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=048EB1FEE10648BE5C33A7AFCCA18B30.tplgfr31s_2?cidTexte=JORFTEXT000037695219&dateTexte=&oldAction=rechJO&categorieLien=id&idJO=JORFCO NT000037694938)

[https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=8455B8893C67DBDEF5692A8783AoCFEA.tplgfr31s\\_2?cidTexte=JORFTEXT000037696277&dateTexte=&oldAction=rechJO&categorieLien=id&idJO=JORFCO NT000037694938](https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=8455B8893C67DBDEF5692A8783AoCFEA.tplgfr31s_2?cidTexte=JORFTEXT000037696277&dateTexte=&oldAction=rechJO&categorieLien=id&idJO=JORFCO NT000037694938)

*L'exploitation exclusive par une entreprise contrôlée par l'État hongrois d'un système national de paiement mobile est contraire au droit de l'Union- CJUE, 07/11/2018 n°C-171/17*

**Résumé :** Par un arrêt du 7 novembre 2018, la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) a jugé contraire au droit de l'Union l'exploitation exclusive, par une entreprise contrôlée par l'Etat hongrois, d'un système national de paiement mobile.

A l'origine de cet arrêt, une société, détenue par l'Etat Hongrois, qui exploite un système national de paiement mobile dont l'utilisation est obligatoire pour certains services (transports de personnes, frais de stationnement public, réseau routier, etc.).

La Commission Européenne, considérant ce système comme un monopole étatique illégal et contraire à la Directive 2006/123/CE ainsi qu'à la liberté d'établissement et de prestations de services, a introduit un recours en manquement auprès de la CJUE.

Si la Cour reconnaît, dans un premier temps, que le système de paiement pourrait éventuellement être considéré d'intérêt général et donc échapper à la Directive (i.e. justifier un monopole), elle estime dans un second temps que les conditions cumulatives de non-discrimination, de nécessité et de proportionnalité ne sont pas respectées en l'espèce.

Elle juge donc que l'Etat Hongrois a manqué à ses obligations en matière de respect de la liberté d'établissement et de prestation des services en instituant ce système.

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=207421&pageIndex=0&doclang=fr&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=1596798>

*Une réglementation interdisant aux entreprises privées d'exercer une activité de garde d'urnes funéraires est contraire au droit de l'Union européenne – CJUE 14 novembre 2018 – C-342/17*

**Résumé :** La Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE) constate qu'une réglementation nationale qui interdit aux ressortissants de l'Union de fournir un service de garde d'urnes funéraires dans un État membre instaure une restriction à la liberté d'établissement.

Une Commune italienne a modifié en 2015 son règlement relatif aux services funéraires en excluant la possibilité pour le dépositaire d'une urne funéraire de recourir aux services d'une entreprise privée, indépendante du service municipal des cimetières, afin de conserver les urnes en dehors de chez lui.

Saisie par le Tribunal Administratif Régional pour la Vénétie, la Cour confirme que le principe de liberté d'établissement n'est pas compatible avec une telle réglementation dans la mesure où elle entraîne une restriction non justifiée. En effet, les raisons impérieuses d'intérêt général invoquées par le gouvernement italien tenant à la protection de la santé publique, à la nécessité de veiller au respect dû à la mémoire des défunts ou à la protection des valeurs morales et religieuses dominantes en Italie ne permettent pas de justifier cette limitation de la concurrence.

Elle ajoute que l'activité de conservation de cendres mortuaires fait l'objet, en Italie, d'une tarification fixée par les autorités publiques et que l'ouverture à des acteurs privés de ces activités pourrait être soumise à ce même encadrement tarifaire lequel, en lui-même, n'est pas visiblement considéré, par l'Italie, comme contraire à ses valeurs morales et religieuses.

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=207745&pageIndex=0&doclang=fr&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1984369>