



#Newsletter 2

#Droit des contrats et marchés publics

Au sommaire :

- La signature anticipée du marché, sans attendre la fin du « délai de stand still », peut vraiment coûter cher au pouvoir adjudicateur !
- Une offre rejetée pour 25 secondes de retard !
- Le Juge censure le recours non justifié à un marché négocié sans publicité ni mise en concurrence
- Une diminution du chiffre d'affaires ne peut justifier l'éviction du candidat
- Annulation partielle d'une procédure fondée sur la dénaturation de l'offre d'un candidat évincé
- L'occupation du domaine privé d'une personne publique doit désormais faire l'objet d'une publicité et mise en concurrence préalables

Version modifiée 080419

La signature anticipée du marché, sans attendre la fin du « délai de stand still », peut vraiment coûter cher au pouvoir adjudicateur !

Le centre hospitalier intercommunal de Fréjus vient d'être condamné à payer une amende de 20 000 € pour avoir signé un marché public de manière anticipée, c'est-à-dire avant la fin du délai de « stand still », empêchant ainsi l'introduction de tout référé précontractuel.

Le Conseil d'Etat se prononce comme suit : *« Pour déterminer la sanction à prononcer, il incombe au juge du référé contractuel qui constate que le contrat a été signé prématurément, en méconnaissance des obligations de délai rappelées à l'article L. 551-20 du code de justice administrative, d'apprécier l'ensemble des circonstances de l'espèce, en prenant notamment en compte la gravité du manquement commis, son caractère plus ou moins délibéré, la plus ou moins grande capacité du pouvoir adjudicateur à connaître et à mettre en œuvre ses obligations ainsi que la nature et les caractéristiques du contrat ».*

En l'espèce, une sanction financière importante est infligée : *« il résulte de l'instruction que le centre hospitalier intercommunal de Fréjus Saint-Raphaël, qui ne pouvait ignorer les conditions dans lesquelles un marché peut être signé lorsque le juge du référé précontractuel a été saisi, a signé le contrat litigieux alors qu'il était clairement informé de l'existence d'un référé précontractuel, qui lui avait été notifié. Il y a lieu, dans ces conditions, de lui infliger une pénalité financière d'un montant de 20 000 euros en application des dispositions de l'article L. 551-20 du CJA ».*

Mieux vaut donc ne pas précipiter la signature du marché et laisser le délai de stand still s'écouler intégralement.

CE, 25 janvier 2019, BEAH, req.n°423159

Une offre rejetée pour 25 secondes de retard !

Après l'heure, c'est plus l'heure.

Dans cette affaire, la date limite de remise des offres était fixée au 15 novembre à 17h00.

Une entreprise avait transmis son offre dématérialisée le jour de la date limite à 17h00.25, soit 25 secondes trop tard.

Son offre avait donc été rejetée par le pouvoir adjudicateur au motif qu'elle était arrivée hors délai.

Dans une appréciation très rigoureuse, le Juge du référé précontractuel a validé le caractère tardif de ce dépôt et a donc donné raison à l'acheteur public.

TA Dijon, ord. 28 décembre 2018, Sté Numéricarchive, n°1803328

Le Juge censure le recours non justifié à un marché négocié sans publicité ni mise en concurrence

Les conditions de recours aux procédures dérogatoires et négociées sans publicité ni mise en concurrence de l'article 30 du décret n° 2016-360 sont strictes.

Dans cette affaire, un syndicat mixte de traitement des déchets du Nord et de l'Est avait attribué à la société *Inovest* un marché public de services de tri, traitement, stockage et enfouissement des déchets non dangereux, sans publicité ni mise en concurrence préalables, pour une durée de 15 ans et un montant de 243 millions €.

Pour justifier le recours au marché dérogatoire, le syndicat s'était appuyé sur le dispositif de l'article 30 - 3° du décret précité notamment celui relatif aux raisons techniques (dans cette hypothèse, le pouvoir adjudicateur doit prouver qu'il n'existait pas d'autre solution alternative ou de remplacement raisonnable).

Pour se justifier, le syndicat mixte avait indiqué que la société *Inovest*, qui avait obtenu un permis de construire et une autorisation d'exploiter un centre de valorisation des déchets non dangereux, était non seulement le seul opérateur pouvant répondre aux besoins du syndicat mais aussi le seul à pouvoir lui apporter une solution de tri et de valorisation des déchets non dangereux.

Le Conseil d'État rejette cette justification et relève, au demeurant, 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 et que l'absence de concurrence résultait d'une volontaire restriction des caractéristiques techniques du marché public telles que voulues par le syndicat, lequel ne justifiait pas plus de l'absence de solution alternative ou de remplacement raisonnable.

CE, 10 oct. 2018, SYDNE, req. n°419406

Une diminution du chiffre d'affaires ne peut justifier l'éviction du candidat

La Cour relève que : « *le règlement de la consultation ne prévoyait, s'agissant de la vérification des capacités des candidats au stade de l'examen des candidatures, aucun chiffre d'affaires annuel minimum. Dans ces conditions, si le chiffre d'affaires hors taxes de l'entreprise Hydrolia a connu une baisse au titre de l'exercice 2014 en passant de 126 000 euros à 65 000 euros et si la part de son chiffre d'affaires concernant les prestations faisant l'objet du marché est passé de 50 % à 70 %, il ne résulte pas de l'instruction, qu'au regard des données fournies concernant les trois dernières années, la capacité financière de cette entreprise puisse, eu égard à l'objet du marché et à son montant, être regardée comme manifestement insuffisante et justifier l'élimination de sa candidature.* »

CAA Nancy, 4 déc. 2018, MCE et MFE req.n° 17NC02994

Annulation partielle d'une procédure fondée sur la dénaturation de l'offre d'un candidat évincé

Selon la jurisprudence, les candidats évincés qui veulent remettre en cause une procédure d'attribution peuvent soulever le moyen tiré de la dénaturation de leur offre. Cependant, ce moyen est systématiquement rejeté.

Pour la première fois, une procédure de passation vient d'être annulée pour dénaturation de l'offre.

En l'espèce, l'entreprise soumissionnaire écartée faisait valoir qu'un élément figurant dans son mémoire technique avait pourtant été noté comme absent dans l'analyse de son offre et jugé négativement.

Dans le cadre du marché public d'entretien du patrimoine arboré de la ville en cause, le CCTP imposait aux candidats de prévoir, après une coupe, un « *second passage 48 heures après la coupe de la taille en rideaux pour enlever les branchages tombés entre-temps* », élément qui avait été considéré comme absent dans le mémoire technique de l'entreprise requérante.

Pourtant, dans cette affaire, le Tribunal estime que « *le mémoire technique de la société requérante présente les diverses tâches générales afférentes à la taille architecturée, lesquelles incluent « 24 h à 48 h après l'intervention, un deuxième balayage et soufflage des fragments de rameaux et de feuilles qui peuvent être restés accrochés dans le houppier et retombent en fonction des conditions météorologiques ». A la suite de ces éléments généraux, ce mémoire expose la méthode d'exécution propre à la taille en rideaux* ». Après avoir également rappelé les règles de l'art des coupes d'arbres, le Juge affirme donc que « *contrairement à ce qu'a estimé la commune dans l'analyse de l'offre de la requérante, l'offre de cette dernière, aux termes de son mémoire technique, comprenait bien une prestation de second passage 48 heures après la coupe de la taille en rideaux pour enlever les branchages tombés entre-temps. Par suite, le contenu de l'offre de la société requérante a été dénaturé* ». La société requérante ayant été classée en deuxième position, le Juge considère donc qu'elle est lésée par ce manquement.

Au final, le Tribunal enjoint donc à la collectivité territoriale de reprendre la procédure de passation du marché querellé au stade de l'analyse des offres. La collectivité territoriale devra ainsi procéder à une nouvelle analyse en veillant à ne pas dénaturer, une nouvelle fois, le mémoire technique de l'entreprise écartée.

TA Versailles, ord. 15 février 2019, Sté SAMU, n°1900632

L'occupation du domaine privé d'une personne publique doit désormais faire l'objet d'une publicité et mise en concurrence préalables (c'est le Ministre qui le dit !)

L'occupation du domaine public d'une personne publique doit préalablement faire l'objet d'une publicité et d'une mise en concurrence préalables : cette règle est inscrite dans le « marbre » du Code général de la propriété des personnes publiques.

En revanche, concernant l'occupation du domaine privé d'une personne publique, aucune règle de publicité et de mise en concurrence préalables n'était prévue : ni dans le Code général de la propriété des personnes publiques, ni dans les textes régissant le droit des marchés publics.

Dans une réponse ministérielle récente (et surprenante), il a été précisé que l'occupation du domaine privé doit désormais donner lieu à des mesures de publicité et de mise en concurrence préalables similaires à celles déjà prévues pour les occupations du domaine public alors qu'il n'existe aucune disposition dans le CG3P et le nouveau Code de la commande publique en ce sens.

A la question :

« M. Jean-Luc Fugit attire l'attention de M. le ministre de l'économie et des finances sur la mise en concurrence des titres d'occupation domaniale. En effet, l'ordonnance n° 2017-562 du 19 avril 2017 relative à la propriété des personnes publiques a créé une nouvelle obligation s'agissant de la délivrance des titres d'occupation, laquelle doit désormais être précédée, selon les termes de l'article L. 2122-1-1 du code général de la propriété des personnes publiques, d'une procédure de sélection préalable présentant toutes les garanties d'impartialité et de transparence, et comportant des mesures de publicité permettant aux candidats potentiels de se manifester. Selon ce même article, les obligations de publicité et de mise en concurrence préalables sont applicables à la délivrance des titres lorsque ces derniers permettent à leur titulaire d'occuper ou d'utiliser le domaine public en vue d'une exploitation économique. En revanche, il n'existe pas de disposition comparable s'agissant des titres d'occupation portant sur le domaine privé. Or, les collectivités locales délivrent fréquemment des titres, tels que des baux, sur leur domaine privé, à des tiers privés en vue de l'exploitation d'une activité économique. La délivrance de ces titres sur le domaine privé peut-elle ainsi s'affranchir de toutes règles de publicité et de mise en concurrence ? Il lui demande ainsi de lui indiquer quelle interprétation retenir pour éviter toute ambiguïté. »

La réponse fût :

« Prise sur le fondement de l'habilitation prévue par l'article 34 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, l'ordonnance n° 2017-562 du 19 avril 2017 relative à la propriété des personnes publiques a précisé les conditions dans lesquelles la délivrance de certains titres d'occupation du domaine public est soumise à une procédure de sélection préalable des candidats potentiels ou à des obligations de publicité, lorsque ces titres ont pour effet de permettre l'exercice d'une activité économique sur ce domaine. Cette ordonnance n'a pas modifié, en droit interne, les règles régissant l'attribution des titres d'occupation sur le domaine privé des personnes publiques. Toutefois, la décision de la Cour de justice de l'Union européenne du 14 juillet 2016 « Promoimpresa » (affaires n° C-458/14 et C67/15), à la suite de laquelle a été adoptée l'ordonnance de 2017, soumet à des principes de transparence et de sélection préalable l'octroi de toute autorisation qui permet l'exercice d'une activité économique dans un secteur concurrentiel, sans opérer de distinction selon que cette activité s'exerce sur le domaine public ou sur le domaine privé des personnes publiques. Il résulte de cette jurisprudence que la délivrance de titres sur le domaine privé doit garantir dans les mêmes termes le respect des principes d'impartialité, de transparence et d'égalité de traitement des candidats. Ainsi, les autorités gestionnaires du domaine privé doivent donc mettre en oeuvre des procédures similaires à celles qui prévalent pour le domaine public et qui sont précisées par les articles L. 2122-1-1 et suivants du CGPPP. »

Question écrite N°12868 de M. Jean-Luc Fugit