

#Newsletter 3

#Droit des contrats et marchés publics

Au sommaire :

- Un marché public ne peut être attribué avant la date limite de remise des offres, c'est la règle
- Précisions sur les droits du maître d'œuvre à obtenir l'augmentation de son forfait de rémunération
- Pas de prime pour le maître d'œuvre dont le projet ne respecte pas le règlement du concours
- Offre anormalement basse : le pouvoir adjudicateur doit préalablement demander au candidat de justifier son offre de prix s'il veut l'écarter régulièrement par la suite
- Offre anormalement basse (encore) : l'acheteur public doit apprécier l'offre au regard du prix global et non pas prix par prix ou poste par poste
- La résiliation d'un marché public est justifiée si l'entreprise n'est pas à jour de ses cotisations sociales et fiscales
- Des conventions conclues entre collectivités territoriales et portant sur des créations ou gestions d'équipements sont-elles soumises à la réglementation des marchés publics ? Non si elles sont conclues sans rémunération

Un marché public ne peut être attribué avant la date limite de remise des offres, c'est la règle

Un marché public est entaché d'irrégularité s'il est attribué avant la date limite de remise des offres défini dans le RDC.

Dans cette affaire, la société requérante avait réussi à démontrer au Juge que le montant de l'offre qu'elle s'appropriait à déposer était inférieur à celui de l'offre retenue. La commune n'avait pas réussi à démontrer que l'offre de la société requérante ne répondait pas aux exigences techniques du marché. Dans ces circonstances, elle avait des chances sérieuses d'être attributaire du marché querellé. Le Juge lui accorde alors l'indemnisation de son manque à gagner au titre du marché.

CAA Nancy, 29 janvier 2019, req. n°18NC00019

Précisions sur les droits du maître d'œuvre à obtenir l'augmentation de son forfait de rémunération

Quelques modifications mineures ne peuvent être regardées comme des modifications du programme de l'opération impliquant et justifiant des prestations supplémentaires aux prestations initialement prévues dans le forfait de rémunération du maître d'œuvre.

Dans cette affaire, les sujétions étaient liées à l'allongement de 4 mois de la durée initiale des travaux, dû à un incendie survenu sur le chantier et aux retards d'entreprises intervenantes. De plus, les maîtres d'œuvre n'avaient pas réussi à démontrer que ces délais supplémentaires, extérieurs aux parties, avaient eu pour effet de bouleverser l'économie du marché public en cause.

CAA Marseille, 21 janvier 2019, Sté AD2I Ingénierie, req. n°16MA00097

Pas de prime pour le maître d'œuvre dont le projet ne respecte pas le règlement du concours

Les candidats admis à participer à un concours d'architecture organisé dans le cadre de la passation d'un marché public de maîtrise d'œuvre ont le droit de bénéficier de la prime prévue sous condition que leurs études soient conformes au règlement du concours.

Dans cette affaire, le projet présenté par le groupement des sociétés requérantes n'était pas conforme au règlement du PLU de la commune. Le pouvoir adjudicateur pouvait donc légalement lui refuser le bénéfice de la prime.

CAA Marseille, 28 janvier 2019, Sté Averous et Simay, req. n°17MA03703

Offre anormalement basse : le pouvoir adjudicateur doit préalablement demander au candidat de justifier son offre de prix s'il veut l'écartier régulièrement par la suite

Ainsi, il a été jugé :

« En dernier lieu, aux termes de l'article 55 du code des marchés publics : " Si une offre paraît anormalement basse, le pouvoir adjudicateur peut la rejeter par décision motivée après avoir demandé par écrit les précisions qu'il juge utiles et vérifié les justifications fournies (...) ". Il résulte de ces dispositions que, quelle que soit la procédure de passation mise en oeuvre, il incombe au pouvoir adjudicateur qui constate qu'une offre paraît anormalement basse de solliciter auprès de son auteur toutes précisions et justifications de nature à expliquer le prix proposé. (...)

Il résulte de l'instruction que si M. B...a été informé, le 7 avril 2015, du rejet de son offre comme anormalement basse au regard des prix proposés dans son devis, la commune de Rosheim ne l'a pas mis en mesure de justifier du niveau de ces prix comme les dispositions précitées lui en faisaient pourtant obligation. Par voie de conséquence, M. B...est fondé à soutenir qu'il a été irrégulièrement évincé de la procédure d'attribution du marché public litigieux et à demander l'indemnisation du préjudice qui est en lien direct avec cette irrégularité.

Une entreprise, qui n'a pas été mise en mesure de justifier son prix jugé comme anormalement bas par le pouvoir adjudicateur, est en droit de demander à être indemnisée du préjudice qui est en lien direct avec ce manquement (l'absence de demande de justifications de la part de l'acheteur public).

La société, ayant donc été privée de chances sérieuses de se voir attribuer le marché, a obtenu une indemnisation de son manque à gagner (incluant le taux de sa marge nette auquel on ajoute les frais de présentation de son offre).

CAA Nancy, 29 janvier 2019, M. B, req. n°18NC00017

Offre anormalement basse (encore) : l'acheteur public doit apprécier l'offre au regard du prix global et non pas prix par prix ou poste par poste

C'est l'enseignement majeure de cette décision récente.

La Haute juridiction rappelle que, pour être considérée et qualifiée comme telle par le pouvoir adjudicateur, une offre anormalement basse doit être appréciée et analysée au regard du prix dans son ensemble et non seulement par rapport à une seule prestation ou un seul prix du bordereau du marché.

Partant, il a été jugé que : *« l'existence d'un prix paraissant anormalement bas au sein de l'offre d'un candidat, pour l'une seulement des prestations faisant l'objet du marché, n'implique pas, à elle-seule, le rejet de son offre comme anormalement basse, y compris lorsque cette prestation fait l'objet d'un mode de rémunération différent ou d'une sous-pondération spécifique au sein du critère du prix. Le prix anormalement bas d'une offre s'apprécie en effet au regard de son prix global. Il s'ensuit que le juge des référés du tribunal administratif de Dijon a commis une erreur de droit en se fondant, pour juger que la communauté d'agglomération du Grand Sénonais n'avait pas commis d'erreur manifeste d'appréciation*

en rejetant l'offre de la société Sepur comme anormalement basse, sur le seul motif que celle-ci proposait de ne pas facturer les prestations de collecte supplémentaire des ordures ménagères produites par certains gros producteurs ».

Concrètement, dans le cadre d'un marché à prix unitaires, un prix du BPU qui pourrait apparaître comme anormalement bas ne permet pas à lui seul et au pouvoir adjudicateur de pouvoir écarter régulièrement l'offre comme anormalement basse.

CE, 13 mars 2019, Sté SEPUR, req. n°425191

La résiliation d'un marché public est justifiée si l'entreprise n'est pas à jour de ses cotisations sociales et fiscales

C'est seulement au stade de l'attribution que l'entreprise dont l'offre a été jugée comme économiquement la plus avantageuse doit produire les certificats fiscaux et sociaux attestant qu'elle ne rentre pas dans les interdictions obligatoires et générales interdisant son accès aux marchés. Dans le cas contraire, le candidat pressenti est éliminé.

Il vient d'être jugé que l'attribution d'un marché à une entreprise en situation d'irrégularité vis-à-vis de ses paiements justifie la résiliation du marché public.

Dans cette affaire, était en cause un marché de transports scolaires. Une société évincée demandait l'annulation de la procédure et pour ce faire, elle arguait du fait que l'attributaire retenu n'était pas à jour de ses obligations fiscales et sociales au 31 décembre de l'année précédant la procédure de mise en concurrence.

En appel, l'entreprise retenue avait bien transmis les différents documents exigés lors de l'attribution du marché. Toutefois, la société requérante avait produit dans le cadre de l'instruction un courrier de l'URSSAF mentionnant la conclusion entre cet organisme et la société attributaire du marché, d'un protocole d'accord transactionnel de règlement et de sursis à poursuites. La Cour a alors considéré que la société requérante était fondée à soutenir, qu'au moment de la passation du marché, la société attributaire était frappé d'une interdiction de soumissionner aux marchés publics.

Ainsi, en retenant l'offre de la société attributaire, le pouvoir adjudicateur avait donc méconnu le principe d'égalité de traitement entre les candidats.

En raison du manquement ainsi relevé, la Cour confirme l'annulation et la résiliation du marché querellé. Elle indemnise également l'entreprise écartée du préjudice subi du fait de son éviction irrégulière de la procédure de passation du marché et pour ce faire, elle renvoie à une expertise comptable pour chiffrer le préjudice.

CAA Marseille, 25 février 2019, Sté Transports Tibéri Voyages, req. n°16MA04475

Des conventions conclues entre collectivités territoriales et portant sur des créations ou gestions d'équipements sont-elles soumises à la réglementation des marchés publics ? Non si elles sont conclues sans rémunération

Certaines conventions de prestations de services peuvent être appréciées comme des délégations ou des transferts de compétences ou même de responsabilités entre personnes publiques. Ces conventions échappent alors à la qualification de contrats de la commande publique.

Dans ce cas, les conventions doivent impérativement être conclues en vue de l'exercice de missions d'intérêt général sans rémunération de prestations contractuelles, comme l'exigent les dispositions des articles 7 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics.

A contrario, lorsque la collectivité délégataire se comporte comme un véritable prestataire de services et moyennant une rémunération ou un prix, la convention de prestations de services sera alors susceptible d'être qualifiée de contrat de la commande publique et soumise aux procédures de publicité et de mise en concurrence existantes.

Question écrite n° 01970 de M. Jean Louis Masson (Moselle – NI) du 16 novembre 2017, Réponse du ministère de la Cohésion des territoires et des relations avec les collectivités territoriales publiée dans le JO Sénat du 28 février 2019