

#Newsletter 6

#Droit des contrats et marchés publics

Au sommaire :

- Différend dans le cadre d'un marché public de fournitures courantes et services : rappel sur le formalisme à observer lors de la rédaction du mémoire de réclamation
- Une candidature jugée incomplète et rejetée pour défaut de transmission de la copie numérique alors que la candidature « en version papier » avait elle bien été reçue !
- Rappel pédagogique du Conseil d'Etat sur les conditions de participation des collectivités territoriales aux procédures d'attribution des marchés publics
- Précisions financières concernant les marchés à bons de commande et les accords-cadres : le montant estimatif doit obligatoirement être mentionné dans l'avis de publicité, en revanche le montant maximum peut être fixé à n'importe quel moment de la procédure.
- Illégalités des pénalités de retard appliquées au titulaire d'un lot et fondées sur le dépassement du délai global du marché alors que le délai d'exécution propre au lot qui devait être défini par le calendrier détaillé d'exécution n'avait pas été fixé.

Publiée le 27 juin 2019

Différend dans le cadre d'un marché public de fournitures courantes et services : rappel sur le formalisme à observer lors de la rédaction du mémoire de réclamation.

« Un mémoire du titulaire du marché ne peut être qualifié de réclamation au sens de ces dispositions que s'il comporte l'énoncé d'un différend et expose, de façon précise et détaillée, les chefs de la contestation en indiquant, d'une part, les montants des sommes dont le paiement est demandé et, d'autre part, les motifs de ces demandes, notamment les bases de calcul des sommes réclamées.

Il résulte de l'instruction qu'au cours du mois de janvier 2014, la société Pegaze a adressé à l'OPAC 38 plusieurs factures établies le 31 décembre 2013 pour un montant total de 122 313,76 euros TTC. L'OPAC 38 a imputé sur ces factures des pénalités que, après contestation de la société Pegaze, l'OPAC a accepté de réduire au mois de juin 2013 en considération de " raisons commerciales ". Toutefois, par un courrier du 10 février 2014, l'OPAC 38 a informé la société Pegaze que les pénalités d'un montant déterminé par application des contrats étaient finalement maintenues dans leur totalité. Ainsi que le tribunal l'a jugé, sans être contesté sur ce point, un différend est né avec le refus clairement exprimé par l'OPAC 38 dans ce courrier de réduire le montant des pénalités imputées sur les redevances facturées par la société Pegaze pour l'exercice 2013. Par lettre du 10 juillet 2014, postérieurement à la date d'introduction de la demande de première instance, l'office a ramené le montant des pénalités à la somme de 45 917,18 euros, portant le solde dû à 60 959,75 euros TTC, ainsi qu'il l'a rappelé à la société Pegaze dans un second courrier du 22 juillet 2014 et dans lequel il lui était indiqué que, faute d'observations de sa part avant le 8 août 2014, l'office considérerait ce solde comme juste. Toutefois et contrairement à ce que soutient la société Pegaze, la fixation par l'office d'un délai impératif de réponse à son courrier du 22 juillet 2014, délai de surcroît inférieur à celui prévu au CCAG, n'est pas à lui seul révélateur de l'existence d'un nouveau différend. Si la position de l'office exposée dans ce courrier avait évolué au vu des éléments transmis par la société Pegaze, le tribunal avait été saisi dès le 5 mai 2014 du différend. C'est donc à tort que les premiers juges ont estimé que ces courriers des 10 et 22 juillet 2014 avaient fait naître un second différend et en ont tiré pour conséquence que la lettre du 7 août 2014 adressée par la société Pegaze à l'OPAC 38 en recommandé avec accusé de réception était constitutive d'un mémoire en réclamation pour les marchés n°s 166631, 16634 et 17303 sur lesquels portaient ses observations. L'OPAC 38 est dès lors fondé à soutenir que les premiers juges se sont mépris sur la teneur de ses courriers des 10 et 22 juillet 2014 et que la réclamation du 7 août 2014 de la société Pegaze était tardive s'agissant des marchés 16631, 16634 et 17303, la lettre du 3 mars 2014 mettant en demeure l'office de régler la somme de 122 313,76 euros TTC n'étant quant à elle pas constitutive d'une réclamation ».

CAA Lyon, 9 mai 2019, OPAC 38, req n°17LY000945

Une candidature jugée incomplète et rejetée pour défaut de transmission de la copie numérique alors que la candidature « en version papier » avait elle bien été reçue !

Dans cette affaire, le règlement de la consultation exigeait que chaque candidat soumissionnaire remette sa candidature en version papier **et** en version numérique.

La décision du Conseil d'Etat peut apparaître très (voire trop) rigoureuse.

Il a ainsi considéré que :

« aux termes de l'article 23 du décret du 1er février 2016 relatif aux contrats de concession : « I. – Avant de procéder à l'examen des candidatures, l'autorité concédante qui constate que des pièces ou informations dont la production était obligatoire conformément aux articles 19, 20 et 21 peuvent demander aux candidats concernés de compléter leur dossier de candidature dans un délai approprié. Elle informe alors les autres candidats de la mise en oeuvre de la présente disposition. II. – Les candidats qui produisent une candidature incomplète, le cas échéant après mise en oeuvre des dispositions du I, ou contenant de faux renseignements ou documents ne sont pas admis à participer à la suite de la procédure de passation du contrat de concession. / Les candidatures irrecevables sont également éliminées. Est irrecevable la candidature présentée par un candidat qui ne peut participer à la procédure de passation en application des articles 39, 40, 42 et 44 de l'ordonnance du 29 janvier 2016 susvisée ou qui ne possède pas les capacités ou les aptitudes exigées en application de l'article 45 de la même ordonnance ».

3. D'autre part, le règlement de la consultation prévu par une autorité concédante pour la passation d'un contrat de concession est obligatoire dans toutes ses mentions. L'autorité concédante ne peut, dès lors, attribuer ce contrat à un candidat qui ne respecte pas une des exigences imposées par ce règlement, sauf si cette exigence se révèle manifestement dépourvue de toute utilité pour l'examen des candidatures ou des offres. Une candidature doit être regardée comme incomplète, au sens de l'article 23 du décret du 1er février 2016, quand bien même elle contiendrait les pièces et informations dont la production est obligatoire en application des articles 19, 20 et 21 de ce décret, dès lors qu'elle ne respecte pas les exigences fixées par le règlement de la consultation relatives au mode de transmission de ces documents, sous réserve que ces exigences ne soient pas manifestement inutiles.

4. En premier lieu, il ressort des énonciations de l'ordonnance attaquée que, pour rejeter la demande de la société Corsica Ferries, le juge des référés du tribunal administratif de Bastia a estimé, par une appréciation souveraine exempte de dénaturation, que l'obligation imposée aux candidats par l'article 6-1 du règlement de la consultation de déposer une version sur support numérique des dossiers de candidature n'était pas une formalité inutile, en raison notamment de ce qu'elle avait pour objet de permettre l'analyse des candidatures déposées dans des délais contraints. Ainsi qu'il a été dit au point précédent, les candidats à l'attribution d'un contrat de concession doivent respecter les exigences imposées par le règlement de la consultation et ne peuvent être exonérés de cette obligation que dans l'hypothèse où l'une de ces exigences serait manifestement dépourvue de toute utilité pour l'examen des candidatures ou des offres. Par suite, c'est sans commettre d'erreur de droit que le juge des référés a estimé que l'absence de version sous format dématérialisé du dossier de candidature de la société Corsica Ferries avait pour effet de rendre cette candidature incomplète au sens de l'article 23 du décret du 1er février 2016 précité, alors même qu'une version sous format papier comportant les pièces et informations demandées avait été également déposée ».

CE, 22 mai 2019, Sté Corsica Ferries, req. n°426763

Rappel pédagogique du Conseil d'Etat sur les conditions de participation des collectivités territoriales aux procédures d'attribution des marchés publics

La Haute juridiction rappelle le principe :

« Hormis celles qui leur sont confiées pour le compte de l'Etat, les compétences dont disposent les collectivités territoriales ou leurs établissements publics de coopération s'exercent en vue de satisfaire un intérêt public local. Si aucun principe ni aucun texte ne fait obstacle à ce que ces collectivités ou leurs établissements publics de coopération se portent candidats à l'attribution d'un contrat de commande publique pour répondre aux besoins d'une autre personne publique, ils ne peuvent légalement présenter une telle candidature que si elle répond à un tel intérêt public, c'est-à-dire si elle constitue le prolongement d'une mission de service public dont la collectivité ou l'établissement public de coopération a la charge, dans le but notamment d'amortir des équipements, de valoriser les moyens dont dispose le service ou d'assurer son équilibre financier, et sous réserve qu'elle ne compromette pas l'exercice de la mission. Une fois admise dans son principe, cette candidature ne doit pas fausser les conditions de la concurrence. En particulier, le prix proposé par la collectivité territoriale ou l'établissement public de coopération doit être déterminé en prenant en compte l'ensemble des coûts directs et indirects concourant à sa formation, sans que la collectivité publique bénéficie, pour le déterminer, d'un avantage découlant des ressources ou des moyens qui lui sont attribués au titre de ses missions de service public et à condition qu'elle puisse, si nécessaire, en justifier par ses documents comptables ou tout autre moyen d'information approprié ».

Puis, précise la notion d'amortissement des équipements :

« Ainsi qu'il a été dit au point 2, la candidature d'une collectivité territoriale à l'attribution d'un contrat de commande publique peut être regardée comme répondant à un intérêt public local lorsqu'elle constitue le prolongement d'une mission de service public dont la collectivité a la charge, notamment parce que l'attribution du contrat permettrait d'amortir des équipements dont elle dispose. Cet amortissement ne doit toutefois pas s'entendre dans un sens précisément comptable, mais plus largement comme traduisant l'intérêt qui s'attache à l'augmentation du taux d'utilisation des équipements de la collectivité, dès lors que ces derniers ne sont pas surdimensionnés par rapport à ses propres besoins. Par suite, en se bornant à prendre en compte la durée d'amortissement comptable de la drague " Fort Boyard " pour apprécier l'intérêt public local de la candidature du département de la Charente-Maritime, la cour administrative d'appel de Nantes a commis une erreur de droit ».

CE, 14 juin 2019, Sté Vinci construction Maritime, req. n°411444

Précisions financières concernant les marchés à bons de commande et les accords-cadres : le montant estimatif doit obligatoirement être mentionné dans l'avis de publicité, en revanche le montant maximum peut être fixé à n'importe quel moment de la procédure

Dans un arrêt du 12 juin 2019, le Conseil d'Etat vient de préciser que :

- pour les accords-cadres, le montant estimatif doit être renseigné dans l'avis d'appel public à la concurrence.

En ces termes :

« En deuxième lieu, aux termes de l'annexe IV de la directive 2009/81/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 relative à la coordination des procédures de passation de certains marchés de travaux, de fournitures et de services par des pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices dans les domaines de la défense et de la sécurité, l'avis de marché doit indiquer, dans le cas d'un accord-cadre, outre la " quantité des services à fournir ", " la valeur totale des prestations estimée pour toute la durée de l'accord-cadre ". Le modèle d'avis de marché établi, pour les marchés de défense ou de sécurité, par l'annexe XIV au règlement n° 2015/1986 établissant les formulaires standard pour la publication d'avis dans le cadre de la passation de marchés publics, prévoit que doit figurer dans l'avis de marché, outre la " quantité ou étendue globale ", une " estimation de la valeur totale des acquisitions pour l'ensemble de la durée de l'accord-cadre " .

Il ressort des pièces du dossier soumis au juge du référé que le cadre " quantité ou étendue globale " de l'avis d'appel public à la concurrence de l'accord-cadre contesté ne comportait aucune des indications requises. Par suite, en relevant que le pouvoir adjudicateur avait manqué à ses obligations de publicité et de mise en concurrence en ne faisant figurer aucune information, même à titre indicatif ou prévisionnel, dans l'avis de marché, et en jugeant qu'une telle irrégularité ne pouvait être palliée ni par le fait qu'avait été fourni aux candidats admis à présenter une offre un scénario de commandes, ni par la transmission aux candidats à l'issue de la première réunion de négociation d'un tableau récapitulant les bons de commande et métrés associés notifiés au titre du marché précédent, le juge du référé précontractuel n'a entaché son ordonnance, qui est suffisamment motivée, ni d'erreur de droit, ni de dénaturation ».

- le montant maximum du marché peut être fixé à n'importe quel moment de la procédure.

En ces termes :

« En premier lieu, aux termes de l'article 70 du décret du 25 mars 2016 : " I. - Les acheteurs peuvent conclure des accords-cadres définis à l'article 4 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 susvisée avec un ou plusieurs opérateurs économiques. (...) Lorsque l'accord-cadre fixe toutes les stipulations contractuelles, il est exécuté au fur et à mesure de l'émission de bons de commande dans les conditions fixées à l'article 72. (...) / II. - Les accords-cadres peuvent être conclus : 1° Soit avec un minimum et un maximum en valeur ou en quantité ; 2° Soit avec seulement un minimum ou un maximum ; 3° Soit sans minimum ni maximum (...) " .

Il résulte de ces dispositions que l'acheteur public n'est pas tenu de fixer un montant maximum

pour l'accord-cadre qu'il entend conclure. En outre, aucune règle ni aucun principe ne lui interdit, dans le cadre d'une procédure négociée, qu'il ait informé ou non les candidats dans les documents de la consultation que la négociation pourrait le conduire à fixer un montant maximum, de fixer effectivement un tel montant en fin de procédure. Par conséquent, en jugeant que le pouvoir adjudicateur, dans le cadre d'une procédure négociée, était tenu, dès lors qu'il avait envisagé d'assigner un montant maximal à un marché, de mentionner ce montant dans les documents de la consultation, le juge du référé précontractuel du tribunal administratif de Toulon a commis une erreur de droit ».

CE, 12 juin 2019, Ministère des Armées, n°427397

Illégalités des pénalités de retard appliquées au titulaire d'un lot et fondées sur le dépassement du délai global du marché alors que le délai d'exécution propre au lot qui devait être défini par le calendrier détaillé d'exécution n'avait pas été fixé

La bonne compréhension de l'arrêt impose les deux précisions suivantes.

Tout d'abord, on précisera que le marché en cause (en l'espèce, l'acte d'engagement) prévoyait deux types de délais :

- un délai global d'exécution du marché
- et un délai pour chaque lot. Ce délai était englobé dans le délai global et il était prévu qu'il soit fixé dans le calendrier détaillé d'exécution.

Ensuite, on précisera également que le calendrier détaillé d'exécution (devant définir les délais d'exécution pour chaque lot) n'a jamais été établi (par le maître d'œuvre).

Ceci précisé, pour juger, au cas d'espèce, que le pouvoir adjudicateur ne pouvait fonder l'application des pénalités sur le dépassement du délai global d'exécution du marché, la Cour a considéré que seul le délai pour chaque lot (sensé être défini par le calendrier détaillé d'exécution) était opposable.

Partant :

« Aux termes de l'article B 5 de l'acte d'engagement signé par la commune et la société Nadal le 24 janvier 2012 : " - Durée d'exécution du marché public (...) : La durée d'exécution du marché public (...) est de 6 (six) mois, non compris le délai de neutralisation de 2 (deux) semaines pour congés annuels d'été et non compris le délai de préparation qui est fixé à 7 (sept) jours, à compter de : la date de notification de l'ordre de service (...) ". Aux termes de l'article 4.1 du cahier des clauses administratives particulières (CCAP) applicable au marché en litige : " 4.1. Délais d'exécution des travaux. Le délai global de l'ensemble des lots est fixé à l'article B5 de l'Acte d'Engagement. Le délai imparti englobe le repliement du matériel et le nettoyage des lieux. Les délais d'exécution propres à chacun des lots s'insèrent dans ce délai d'ensemble. (...) 4.1.2. - Calendrier détaillé d'exécution : Le calendrier détaillé d'exécution est

élaboré par le Maître d'oeuvre après consultation des entrepreneurs titulaires des différents lots. Le calendrier détaillé d'exécution distingue les différents ouvrages dont la construction fait l'objet des travaux. Il indique en outre, pour chacun des lots : La durée et la date probable de départ du délai d'exécution qui lui est propre ; La durée et la date probable de départ des délais particuliers correspondants aux interventions successives de l'entrepreneur sur le chantier. Après acceptation par les entrepreneurs, le calendrier détaillé d'exécution est soumis par le Maître d'oeuvre à l'approbation de la maîtrise d'ouvrage. Le délai d'exécution propre à chacun des lots commence à courir à la date d'effet de l'ordre de service prescrivant de commencer l'exécution des travaux lui incombant. (...) ". Aux termes de l'article 4.3.1 du CCAP : " Pénalités pour retard. Les dispositions suivantes sont appliquées lot par lot, en cas de retard dans l'exécution des travaux, comparativement au calendrier détaillé d'exécution élaboré et éventuellement modifié comme indiqué à l'article 4.1.2. ci-avant. • A - Retard sur le délai d'exécution propre au lot concerné : Il est fait application de la pénalité journalière calendaire indiquée au CI ci-après. • B - Retard sur les délais particuliers correspondant aux interventions successives, autres que la dernière, de chaque entrepreneur sur le chantier (...) "

Si l'article B 5 de l'acte d'engagement signé entre les parties contractantes stipule que la durée d'exécution du marché est de six mois à compter de la notification à l'entrepreneur de l'ordre de service de démarrage des travaux, il résulte des stipulations précitées du CCAP, d'une part, qu'un tel délai présente un caractère global dans lequel doivent s'insérer des délais d'exécution propres à chacun des lots prévus au marché et, d'autre part, que ces délais particuliers sont à définir dans un calendrier détaillé d'exécution à élaborer par le maître d'oeuvre pour chacun des lots en cause. Il en résulte que seul l'établissement d'un calendrier détaillé d'exécution propre à chaque lot est de nature à faire déclencher le délai de réalisation des travaux confiés aux entrepreneurs. Quant aux pénalités, elles s'appliquent, ainsi qu'il résulte également des stipulations du CCAP, lot par lot en fonction du retard de l'entrepreneur constaté au regard des prévisions contenues dans les calendriers détaillés d'exécution. Enfin, il n'existe entre l'article B 5 de l'acte d'engagement et les articles 4.1 et 4.3.1 du CCAP aucune contradiction devant conduire à faire prévaloir les stipulations dudit article B 5 selon la hiérarchie des pièces contractuelles fixée à l'article 2 du CCAP applicable au marché en litige.

Dans ces conditions, la commune de Montagnier n'aurait été fondée, le cas échéant, à appliquer les pénalités litigieuses qu'en présence d'un calendrier détaillé d'exécution dûment établi et notifié à la société Nadal dans le cadre du lot n° 1 qui lui a été confié. Dès lors qu'il résulte de l'instruction qu'un tel calendrier n'a pas été établi, c'est à bon droit que, par le jugement attaqué, le tribunal administratif de Bordeaux a condamné la commune de Montagnier à reverser à la société Nadal la somme de 30 926,35 euros au titre des pénalités de retard calculée après déduction de l'abattement de 25 % décidé par le conseil municipal de Montagnier dans sa délibération du 19 septembre 2013 ».

CAA Bordeaux, 11 juin 2019, Sté Nadal, req. n°17BX02100