

#Newsletter 8

#Droit des contrats et marchés publics

Au sommaire :

- Le marché public global de performance est-il soumis à l'obligation d'allotissement ? Non ! répond le Conseil d'Etat
- Sous-traitance : le pouvoir adjudicateur a le droit de demander au titulaire du marché la communication du ou des contrat(s) de sous-traitance conclu(s)
- Sous-traitance encore : le titulaire du marché est seul responsable des retards d'exécution de son sous-traitant et, à ce titre, il est légitime pour le pouvoir adjudicateur de lui appliquer les pénalités de retard correspondantes.
- Une offre inférieure de 29% par rapport au prix estimatif n'est pas une offre anormalement basse
- Nouvelle cause d'irrégularité d'une offre : l'absence de renseignements de plusieurs postes du bordereau de décomposition des prix ET la modification de plusieurs lignes du même bordereau
- La difficile mise en oeuvre des critères environnementaux pour juger l'offre économiquement la plus avantageuse : illustration avec le critère de la prise en compte du bilan carbone des offres
- Candidature d'une personne publique à une procédure de passation d'un contrat public : le Conseil d'Etat livre de nouveaux éléments sur la méthode qui doit être mise en oeuvre pour apprécier les éléments financiers de l'offre remise par la personne publique soumissionnaire.

Publiée le 23 septembre 2019

Le marché public global de performance est-il soumis à l'obligation d'allotissement ? Non ! répond le Conseil d'Etat

C'est encore plus précis que cela : l'obligation d'allotissement ne s'applique pas :

- aux marchés publics globaux de performance,
- aux marchés publics de conception-réalisation,
- et aux marchés publics globaux sectoriels.

Partant, la Haute juridiction a jugé que : « la section 4 " marchés publics globaux " du chapitre Ier du titre II de la première partie de cette même ordonnance comprend trois sous-sections, relatives respectivement aux marchés de conception-réalisation, aux marchés publics globaux de performance et aux marchés publics globaux sectoriels. L'article 33 fixe les conditions dans lesquelles les acheteurs peuvent conclure des marchés de conception-réalisation. L'article 34 dispose que : " Nonobstant les dispositions de l'article 33, les acheteurs peuvent conclure des marchés publics globaux de performance qui associent l'exploitation ou la maintenance à la réalisation ou à la conception-réalisation de prestations afin de remplir des objectifs chiffrés de performance définis notamment en termes de niveau d'activité, de qualité de service, d'efficacité énergétique ou d'incidence écologique. Ces marchés publics comportent des engagements de performance mesurables ". Aux termes de l'article 35, " Sans préjudice des dispositions législatives spéciales et nonobstant les dispositions des articles 33 et 34 ", les acheteurs peuvent confier à un opérateur économique une mission globale portant sur l'un des objets énumérés aux 1° à 9°.

Il résulte de la combinaison des dispositions citées aux points précédents que l'obligation d'allotissement énoncée par l'article 32 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 ne s'applique pas aux marchés qui entrent dans l'une des trois catégories mentionnées à la section 4. Par suite, le juge du référé précontractuel du tribunal administratif de La Réunion a commis une erreur de droit en jugeant que les marchés publics globaux de performance étaient soumis à une obligation d'allotissement et en annulant, pour ce motif, la procédure de passation du marché litigieux faute pour celui-ci d'avoir été alloti.

CE, 8 avril 2019, Société Orange, req n°426096 et Région Réunion, req. n°426914

Sous-traitance : le pouvoir adjudicateur a le droit de demander au titulaire du marché la communication du ou des contrat(s) de sous-traitance conclu(s)

En réponse à une question posée, Monsieur le Ministre de l'Economie et des Finances le justifie comme suit :

« Concernant plus particulièrement les modalités de sous-traitance, s'il est loisible au titulaire d'un marché public de sous-traiter l'exécution d'une partie des prestations du marché tout au long de son exécution, le code de la commande publique encadre toutefois cette pratique. En effet, le titulaire ne peut recourir à

la sous-traitance qu'à la condition de l'avoir déclarée à l'administration et d'avoir obtenu l'acceptation du sous-traitant et l'agrément de ses conditions de paiement (article L. 2193-4). Dans ce cadre, l'acheteur doit alors procéder à certaines vérifications, notamment en matière fiscale et sociale. Par ailleurs, il peut exiger que certaines tâches essentielles du marché soient effectuées directement par le titulaire (article L. 2193-3, alinéa 2). **Il peut également solliciter la communication du contrat de sous-traitance qui lie le titulaire et son fournisseur, dans une logique de transparence qui contribuera à la bonne exécution du marché.**

(...)

Néanmoins, une bonne pratique (qui sera valorisée dans le guide TPE/PME précité) peut consister à demander plus fréquemment aux entreprises de présenter leurs futurs sous-traitants dès le stade des offres, afin de sensibiliser les acheteurs publics à la problématique évoquée par l'auteur de la question et de responsabiliser les titulaires de marchés. Le renforcement du suivi de la sous-traitance par les acheteurs se manifeste également à l'article R. 2193-9 du code de la commande publique qui impose le contrôle des offres anormalement basses jusqu'au niveau des sous-traitants ».

Question écrite n° 18383 ; Réponse publiée au JO de l'Assemblée Nationale du 21 mai 2019

Sous-traitance encore : le titulaire du marché est seul responsable des retards d'exécution de son sous-traitant et, à ce titre, il est légitime pour le pouvoir adjudicateur de lui appliquer les pénalités de retard correspondantes.

Ce point de droit est désormais connu et reconnu.

La Cour d'appel le rappelle en ces termes :

« Toutefois, si Me F...conteste le bien-fondé des pénalités de retard mises à la charge de la société Entreprise Bernard Bour, il résulte de l'instruction, et plus particulièrement des comptes-rendus de chantier que **les retards dans l'exécution du chantier résultent de son sous-traitant, la société A-Tech, ainsi que de France Telecom, son fournisseur. Or, la société Entreprise Bernard Bour était, en sa qualité d'entrepreneur principal, tenue de répondre de son sous-traitant à l'égard du maître d'ouvrage et, ne pouvant pas davantage lui opposer le retard d'un de ses fournisseurs pour s'exonérer de sa responsabilité contractuelle**, il en résulte que Me F..., qui ne présente aucune autre justification au retard d'exécution constaté, n'est pas fondé à soutenir que ce retard de 159 jours ne serait pas imputable à cette société ni, par suite, que les pénalités dont elle a fait l'objet pour un montant de 57 240 euros n'étaient pas justifiées ».

CAA Nancy, 18 juin 2019, Sté Entreprise Bernard Bour, req. n°18NC01343

Une offre inférieure de 29% par rapport au prix estimatif n'est pas une offre anormalement basse

La démonstration du caractère anormalement bas d'une offre a la vie dure !

Une fois de plus, ce qui a « freiné » le Juge pour déclarer l'offre inférieure de 29% anormalement basse, ce n'est pas l'écart de prix (entre le prix proposé et le prix estimé) mais l'absence de preuve concernant le fait que l'offre retenue aurait rendue difficile l'exécution du marché querellé.

« Si en l'espèce l'offre variante de la société Star Pacifique d'un montant de 150 347 350 francs CFP représente une différence de - 29 % par rapport à l'estimation confidentielle de 211 998 830 francs CFP du SIVM Sud, il ne résulte pas de l'instruction et n'est d'ailleurs pas allégué que l'offre retenue serait susceptible de rendre difficile l'exécution du marché. Par suite, en ne rejetant pas l'offre retenue comme anormalement basse, le pouvoir adjudicateur n'a pas entaché sa décision d'une erreur manifeste d'appréciation ni, dès lors, méconnu le principe d'égalité entre les candidats et manqué à ses obligations de mise en concurrence.

CAA Paris, 24 juin 2019, Sté Viva Environnement, req. n°17PA01649

Nouvelle cause d'irrégularité d'une offre : l'absence de renseignements de plusieurs postes du bordereau de décomposition des prix ET la modification de plusieurs lignes du même bordereau de décomposition des prix

Tout entreprise soumissionnaire qui prend la liberté de modifier un ou plusieurs documents de la consultation élaboré(s) par le pouvoir adjudicateur prend le risque de voir son offre rejetée ou qu'une note de 0 lui soit attribuée.

L'arrêt ci-dessous illustre parfaitement ce risque.

Dans cette affaire, l'entreprise soumissionnaire avait modifié, dans le bordereau de décomposition des prix, plusieurs lignes. De plus, elle n'avait pas renseigné le prix de certains des postes figurant dans le même bordereau, faisant le choix de les « lisser » dans d'autres postes.

Pour le Juge : *« il résulte de l'instruction que la SARL EERI a, dans le bordereau de décomposition des prix joint à son offre, modifié, en méconnaissance des dispositions de l'article 1.7.3 du cahier des clauses techniques particulières propre au lot n°16, les sous-lignes relatives aux installations de chantier (2.1), aux canalisations (3.4), aux petits appareillages (3.5), aux appareils d'éclairage (3.6), à l'éclairage de sécurité (3.7), à l'onduleur (3.8), aux chemins de câbles (4.1), au portique antivol et platine (4.8), et à la sonorisation (4.9) ; que la société requérante, en outre, n'a pas renseigné le prix de certains des postes figurant dans le bordereau de décomposition des prix, préférant les inclure dans d'autres ; que ces modifications conséquentes ont rendu impossible la comparaison de son offre avec celles des sept autres*

candidats ; que la société Le Teuff, titulaire du marché et qui a obtenu la note de 3/3 à ce sous-critère, a scrupuleusement respecté la trame de la décomposition du prix global et forfaitaire pour présenter son offre ; que, par suite, la société requérante n'est pas fondée à soutenir que la note de 0/3 qui lui a été attribuée au titre du sous-critère " présentation des offres " serait entachée d'une erreur manifeste d'appréciation ».

CAA Nantes, 6 juillet 2019, SARL EERI, req.n°16NT01702

La difficile mise en oeuvre des critères environnementaux pour juger l'offre économiquement la plus avantageuse : illustration avec le critère de la prise en compte du bilan carbone des offres

L'utilisation d'un tel critère n'est pas sans danger.

En effet, le risque majeur est celui de l'annulation de la procédure de passation au motif que l'utilisation du critère du bilan carbone entraîne la rupture d'égalité de traitement entre les candidats.

De plus, pour ne rien simplifier, la réponse ministérielle reproduite ci-dessous n'est pas des plus « aidante » sur le sujet :

« Le 2° de l'article R. 2152-7 du code de la commande publique prévoit ainsi que, pour choisir l'offre économiquement la plus avantageuse, l'acheteur peut se fonder « sur une pluralité de critères non-discriminatoires et liés à l'objet du marché ou à ses conditions d'exécution, parmi lesquels figure le critère du prix ou du coût et un ou plusieurs autres critères comprenant des aspects qualitatifs, environnementaux ou sociaux ». Ainsi qu'il est expressément mentionné, les critères retenus doivent être non-discriminatoires. Il n'est dès lors pas possible de limiter la recevabilité des offres à celles présentées par des candidats dont la production se situe à proximité du lieu d'exécution du marché. Une telle limitation serait censurée tant par le juge administratif français que par les juridictions communautaires. Cependant, au titre des aspects environnementaux qui peuvent être retenus parmi les critères évalués, un acheteur public est parfaitement autorisé à exiger, dans son règlement de consultation, la production, par les candidats, du bilan carbone de leurs offres. Il peut même aller au-delà et intégrer, dans son coût global, ceux des externalités environnementales des offres présentées. Lesdites externalités peuvent intégrer les émissions de CO2 mais également d'autres polluants tels que les oxydes d'azote (NOx) ou encore les particules fines. De même, l'évaluation des émissions de substances polluantes ne se limite pas aux émissions observées au cours de la phase de transport des produits faisant l'objet du marché : elle doit s'étudier sur l'ensemble de leurs cycles de vie. Cette approche, dite du « coût du cycle de vie », est cependant d'une mise en œuvre complexe et n'est pas nécessairement adaptée à la totalité des biens et services acquis dans le cadre de la commande publique. En conséquence, si sa généralisation est encouragée, sa systématisation n'est, à ce jour, pas envisagée ».

Question écrite n° 19968 de Mme Alexandra Valetta Ardisson du 28 mai 2019, Réponse publiée au JOAN, le 27 août 2019

Candidature d'une personne publique à une procédure de passation d'un contrat public : le Conseil d'Etat livre de nouveaux éléments sur la méthode qui doit être mise en œuvre pour apprécier les éléments financiers de l'offre remise par la personne publique soumissionnaire.

Tout d'abord, après avoir rappelé que l'objet du marché doit obligatoirement rentrer dans le champ de compétences de la personne publique qui se porte candidate, le Conseil d'Etat rappelle le cadre juridique suivant :

*« En troisième lieu, lorsqu'une personne publique est candidate à l'attribution d'un contrat de concession, **il appartient à l'autorité concédante**, dès lors que l'équilibre économique de l'offre de cette personne publique diffère substantiellement de celui des offres des autres candidats, **de s'assurer, en demandant la production des documents nécessaires, que l'ensemble des coûts directs et indirects a été pris en compte pour la détermination de cette offre, afin que ne soient pas faussées les conditions de la concurrence**. Il incombe au juge du référé précontractuel, saisi d'un moyen en ce sens, de vérifier que le contrat n'a pas été attribué à une personne publique qui a présenté une offre qui, faute de prendre en compte l'ensemble des coûts exposés, a faussé les conditions de la concurrence ».*

Ensuite, le Conseil d'Etat tranche le cas d'espèce en appréciant comme suit :

*« Il résulte de ce qui précède que la société des eaux de Corse ne saurait utilement soutenir devant le juge du référé précontractuel que la CCIRB aurait dû s'assurer, en demandant la production des documents nécessaires, que l'offre de l'OEHC n'avait pas faussé la concurrence en omettant de prendre en compte l'ensemble des coûts et en profitant des ressources et moyens qui lui sont attribués au titre de sa mission de service public. **Elle ne saurait davantage soutenir utilement que l'OEHC n'opère aucune séparation comptable entre les moyens et ressources qui lui sont attribués au titre de sa mission de service public et ceux qu'il utilise pour l'exécution du contrat de concession du service public de distribution d'eau**. Par ailleurs, il résulte de l'instruction que l'équilibre économique de l'offre présentée par l'OEHC ne diffère pas substantiellement de celui de l'offre concurrente présentée par la société des eaux de Corse. Il en résulte qu'en retenant son offre, la CCIRB ne saurait être regardée comme ayant retenu une offre qui aurait, pour les raisons mentionnées ci-dessus, faussé les conditions de la concurrence et comme ayant, pour ce motif, méconnu ses obligations de publicité et de mise en concurrence ».*

CE, 18 septembre 2019, Communauté de communes de l'Ile-Rousse-Balagne, req.n°430368