

#Newsletter 9

#Droit des contrats et marchés publics

Au sommaire :

- La décision de déclarer sans suite une procédure de passation d'un marché public doit toujours être motivée, sous peine d'être illégale.
- Passation sans publicité ni mise en concurrence de lots dont le montant est inférieur à 25 000 € HT et dont le montant cumulé n'excède pas 20% de la valeur de tous les lots : première décision favorable pour les pouvoirs adjudicateurs
- La signature sans réserve du décompte général du marché public de travaux met fin à toute réclamation financière formulée préalablement par le titulaire du marché
- En procédure adaptée, tout candidat est en principe libre de proposer des variantes sauf si le pouvoir adjudicateur les a explicitement interdites dans les documents de la consultation
- Les prestations exécutées dans le cadre d'un marché public, qui sont de piètre qualité et réalisées tardivement, doivent quand même être payées (à un prix juste cependant)
- Les nouveaux montants européens des marchés publics applicables à compter du 1^{er} janvier 2020 dévoilés.

Publiée le 25 octobre 2019

La décision de déclarer sans suite une procédure de passation d'un marché public doit toujours être motivée, sous peine d'être illégale

Le rappel fait par le Ministre dans sa réponse est doublement utile car :

- non seulement il rappelle que la déclaration sans suite doit être toujours motivée
- mais surtout il rappelle qu'il « *n'existe pas d'exception à l'obligation de motiver une décision déclarant sans suite une procédure de passation d'un marché public* ».

La réponse est en ces termes :

« En application de l'article R. 2185-2 du code de la commande publique, reprenant les dispositions de l'article 98 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics, l'acheteur public qui déclare sans suite une procédure de passation d'un marché public doit communiquer dans les plus brefs délais les motifs de sa décision de ne pas attribuer le marché ou de recommencer la procédure aux opérateurs économiques y ayant participé. Hormis pour les marchés publics portant sur des services juridiques de représentation légale d'un client par un avocat dans le cadre d'une procédure juridictionnelle ou de consultation juridique fournis par un avocat en vue de la préparation d'une telle procédure, lesquels ne sont pas soumis aux dispositions de l'article R. 2185-2 du code de la commande publique en application de l'article R. 2123-8 du même code, **il n'existe pas d'exception à l'obligation de motiver une décision déclarant sans suite une procédure de passation d'un marché public.** Un défaut ou une insuffisance de motivation constitue une illégalité susceptible d'être soulevée à l'appui du recours contentieux dont peut faire l'objet une telle décision (CJUE 18 juin 2002 "Hospital Ingenieure Krankenhaus-technik Planungs GmbH c/ Stadt Wien", aff. C-92/00 ; C.E. 18 mars 2005 "Société Cyclergie", n° 238752). L'illégalité de cette décision peut également être invoquée à l'occasion d'un recours contre la passation d'un nouveau marché public fondée sur l'abandon de la procédure précédente (C.E. 3 octobre 2012 "Département des Hauts-de-Seine", n° 359921) ».

Question écrite n° 09685 ; Réponse publiée au JO du Sénat du 12 septembre 2019

Passation sans publicité ni mise en concurrence de lots dont le montant est inférieur à 25 000 € HT et dont le montant cumulé n'excède pas 20% de la valeur de tous les lots : première décision favorable pour les pouvoirs adjudicateurs

Pour rappel, l'article R2122-8 du Code de la commande publique dispose que :

« L'acheteur peut passer un marché sans publicité ni mise en concurrence préalables pour répondre à un besoin dont la valeur estimée est inférieure à 25 000 euros hors taxes ou pour les lots dont le montant est inférieur à 25 000 euros hors taxes et qui remplissent la condition prévue au b du 2° de l'article R. 2123-1.

L'acheteur veille à choisir une offre pertinente, à faire une bonne utilisation des deniers publics et à ne

pas contracter systématiquement avec un même opérateur économique lorsqu'il existe une pluralité d'offres susceptibles de répondre au besoin ».

Dans cette affaire, un Département avait décidé de créer un festival de musique.

Pour ce faire, contraint de respecter le droit de la commande publique, il avait conclu plusieurs lots pour un montant de plus de 500 000 € dont certains lots avaient été attribués sans publicité ni mise en concurrence préalables car les lots en cause étaient inférieurs à 25 000 € HT et leur montant cumulé n'excédait pas 20% de la valeur de tous les lots.

Il s'appuyait sur l'article R2122-8 du Code de la commande pour légitimer ses actions.

Le Juge administratif valide son approche.

En ces termes :

« Il résulte de l'instruction qu'alors même le département du Jura n'a pas procédé avec précision à l'estimation de l'ensemble des prestations nécessaires à la satisfaction du projet constitué par le festival « 39 Août », il est constant que ce besoin représentera une somme de plusieurs centaines de milliers d'euros, soit 500 000 euros selon le département. Par suite, quels que soient le nombre d'opérateurs économiques auquel il est fait appel et le nombre de marchés à passer, le département ne pouvait pas passer des marchés pour l'organisation du festival « 39 Août », sans publicité ni mise en concurrence préalables.

8. Toutefois, le département du Jura se prévaut des dispositions de l'article R. 2122-8 du code de la commande publique selon lesquelles : « L'acheteur peut passer un marché sans publicité ni mise en concurrence préalables pour répondre à un besoin dont la valeur estimée est inférieure à 25 000 euros hors taxes ou pour les lots dont le montant est inférieur à 25 000 euros hors taxes et qui remplissent la condition prévue au b du 2° de l'article R. 2123-1... ». L'article R. 2123-1 de ce code prévoit que : « L'acheteur peut recourir à une procédure adaptée pour passer : 1° Un marché dont la valeur estimée hors taxes du besoin est inférieure aux seuils européens mentionnés dans un avis qui figure en annexe du présent code ; 2° Un lot d'un marché alloti dont le montant total est égal ou supérieur aux seuils de procédure formalisée et qui remplit les deux conditions suivantes : a) La valeur estimée de chaque lot concerné est inférieure à 80 000 euros hors taxes pour des fournitures ou des services ou à 1 million d'euros hors taxes pour des travaux ; b) Le montant cumulé de ces lots n'excède pas 20 % de la valeur totale estimée de tous les lots ; (...) ».

9. En vertu de ces dispositions, le département pouvait s'affranchir des règles de publicité ou de mise en concurrence pour des lots inférieurs à un seuil de 25 000 euros HT et dont le montant n'excède pas 20 % de la valeur de l'ensemble des lots.

10. Ainsi qu'il a été dit, l'ensemble des lots relatifs aux prestations nécessaires pour l'organisation du festival « 39 Août » peut être évalué à environ 500 000 euros. Il résulte de l'instruction que le lot afférent aux prestations de programmation artistique et de gestion administrative de tous les contrats artistiques représente un montant de 5 400 euros TTC, soit 4 500 HT, et le lot portant sur le mandat de commercialisation de la billetterie doit donner lieu à une rémunération de la société « Le bruit qui pense » à hauteur de 0,50 euro TTC par billet, soit d'après une estimation de 20 000 personnes durant la durée du festival, 10 000 euros TTC ou 8 333 euros HT. Par conséquent, la somme des deux lots litigieux n'excède pas 20 % de l'ensemble des lots. Même en faisant abstraction des prestations artistiques susceptibles d'être conclues sans publicité ou mise en concurrence dans le cadre de contrats d'exclusivités en application de l'article R. 2122-3 du code de la commande publique, le montant de l'ensemble des lots atteindrait la valeur de 125 000 euros TTC ou 104 166 euros HT. La somme des deux

lots conclus avec la société « Le bruit qui pense » n'atteindrait donc pas 20 % de cette valeur. Enfin, il n'est pas établi et il ne résulte pas de l'instruction que d'autres contrats auraient été conclus, même verbalement, pour des prestations concourant à l'organisation du festival. Dans ces conditions, alors même que la société « Le bruit qui pense » aurait anticipé la mise en œuvre de son contrat de billetterie, la société No Logo Productions n'est pas fondée à soutenir que le département du Jura n'aurait pas respecté les mesures de publicité requises pour la passation des deux contrats en litige. Par suite, les conclusions de la requête tendant à l'annulation de ces contrats et au prononcé d'une pénalité financière doivent donc être rejetées ».

TA Besançon, 27 juillet 2019, Société No Logo Productions, n°1901145

La signature sans réserve du décompte général du marché public de travaux met fin à toute réclamation financière formulée préalablement par le titulaire du marché

La décision est limpide sur ce point :

« Il résulte de l'instruction que le décompte général établi par le pouvoir adjudicateur à la somme de 24 846,50 euros, conformément à la facture du 31 mars 2015 présentée par M. C..., est devenu définitif le 6 mai 2015, date à laquelle ce dernier l'a signé sans l'assortir d'aucune réserve. Ainsi même s'il avait présenté un mémoire en réclamation le 28 avril 2015 tendant au versement de la somme de 8 864,45 euros au titre des travaux supplémentaires, M. C... doit être regardé comme ayant renoncé à la réclamation qu'il avait présentée avant qu'il ne signe le décompte général sans réserve. Par suite, M. C..., qui est lié par le décompte général définitif du 6 mai 2015, n'est pas fondé à demander la condamnation de l'Etat à lui verser la somme qu'il réclame ».

CAA Paris, 9 octobre 2019, Sté E2MI, req. n°17PA23213

En procédure adaptée, tout candidat est en principe libre de proposer des variantes sauf si le pouvoir adjudicateur les a explicitement interdites dans les documents de la consultation

Ce n'est pas très nouveau mais tout rappel est toujours utile :

« En premier lieu, aux termes de l'article 50 du code des marchés publics, applicable au litige : " (...) II. Pour les marchés passés selon une procédure adaptée, lorsque le pouvoir adjudicateur se fonde sur plusieurs critères pour attribuer le marché, les candidats peuvent proposer des variantes sauf si le pouvoir adjudicateur a mentionné dans les documents de la consultation qu'il s'oppose à l'exercice de cette faculté. Le pouvoir adjudicateur peut mentionner dans les documents de la consultation les exigences minimales ainsi que les modalités de leur présentation. Dans ce cas, seules les variantes répondant à ces exigences minimales sont prises en considération. Toutefois, la mention des exigences minimales et

des modalités de leur présentation peut être succincte. (...) ". Si le code des marchés publics ne subordonnait pas la présentation d'une variante à celle d'une offre de base dans le cadre d'un marché passé selon une procédure adaptée, il était toutefois loisible au pouvoir adjudicateur de prévoir une telle obligation ».

CE, 20 septembre 2019, Sté BGC, req. n°421317

Les prestations exécutées dans le cadre d'un marché public, qui sont de piètre qualité et réalisées tardivement, doivent quand même être payées (à un prix juste cependant)

« Il résulte de l'instruction que si, en l'absence de toute précision dans la lettre de commande, les prestations devaient donner lieu, après leur réalisation par la société Calia Conseil, à une rémunération forfaitaire unique, ces prestations avaient été décrites et évaluées, dans l'offre de cette société, de manière distincte. Par ailleurs, s'il est constant que certains documents ont été livrés par la société requérante avec plusieurs semaines de retard, ce retard ne justifie pas une absence de toute rémunération, la commune ne soutenant pas qu'ils seraient devenus inutiles. Si la dernière prestation prévue, à savoir une réunion finale de restitution, n'a pas été fournie, il ne résulte pas de l'instruction que la société requérante serait exclusivement responsable de cette carence, la commune ayant reporté ou annulé elle-même les réunions envisagées. Enfin, si la commune critique la qualité des documents fournis par la société Calia Conseil, elle ne prétend pas qu'ils étaient inutiles ou inexploitable. Bien qu'ils comportent de nombreux passages descriptifs ou théoriques, ces documents décrivent les auditions menées par la société requérante et les options possibles pour la gestion future de l'équipement. Ainsi, quand bien même la commune de Nogent-sur-Oise a lancé ensuite, le 18 mars 2013, une nouvelle procédure de consultation pour une mission de conseil et d'assistance en vue de la conclusion d'une délégation de service public pour la gestion de l'équipement, les prestations accomplies par la société Calia Conseil ne peuvent être regardées comme non conformes aux prévisions contractuelles. Compte tenu de l'ensemble de ces éléments, la commune de Nogent-sur-Oise a manqué à ses obligations contractuelles, en ne versant aucune rémunération à la société Calia Conseil. Il sera fait une juste appréciation de la valeur des prestations fournies par la société Calia Conseil en l'évaluant à la somme de 7 500 euros toutes taxes comprises, cette somme étant d'ailleurs celle que la commune de Nogent-sur-Oise avait envisagée de lui verser dans le cadre des pourparlers. Il y a lieu, dès lors, de condamner la commune à verser à la société Calia Conseil cette somme de 7 500 euros, tous intérêts compris ».

CAA Douai, 13 juin 2019, Sté Calia Conseil, req. n°17DA02502

Les nouveaux montants européens des marchés publics applicables à compter du 1^{er} janvier 2020 dévoilés

La Commission européenne a dévoilé les seuils de procédure formalisée qui seront applicables à compter du 1^{er} janvier 2020 et ce pour une durée de 2 ans.

Les seuils sont :

- 139 000 € pour les marchés de fournitures et services des pouvoirs adjudicateurs centraux ;
- 214 000 € pour les marchés de fournitures et services des autres pouvoirs adjudicateurs et pour les marchés de fournitures et services des pouvoirs adjudicateurs centraux dans le domaine de la défense ;
- 428 000 € pour les marchés de fournitures et services des entités adjudicatrices et pour les marchés de fournitures et services de défense ou de sécurité ;
- 5 350 000 € pour les marchés de travaux et les contrats de concessions.

Communiqué de la direction des Affaires juridiques du ministère de l'Économie, 16 octobre 2019

Actualités du cabinet

En Octobre 2019 :

MARCHE PUBLIC : le 18 octobre 2019, CELEXANSE présent au sein de la Fédération Française du Bâtiment et invité par la Chambre syndicale des entreprises d'équipement électrique pour traiter du thème des clauses sociales d'insertion dans les marchés publics

