

#Newsletter 12

#Droit des contrats et marchés publics

Au sommaire :

- Résiliation pour faute du titulaire du marché et exécution des prestations à ses frais et risques : encore faut-il que cette faculté soit précisée dans les pièces du marché !
- Répartition des pénalités de retard entre les membres d'un groupement : « *en cas d'inaction du mandataire commun, le maître d'ouvrage est tenu de lui imputer la totalité des pénalités* » (dixit le Conseil d'Etat)
- Pour un même MAPA (déclaré sans suite), un délai initial de remise des offres de 135 jours réduit et fixé dans le cadre de la seconde procédure de publicité à 30 jours a été jugé trop court
- Sous réserve qu'il ne soit pas discriminant, le critère de l'emploi local peut être régulièrement utilisé pour juger les offres
- Sous réserve qu'il ne soit pas discriminant et qu'il soit rendu nécessaire par l'objet du marché et la nature des prestations à réaliser, le critère de l'impact écologique peut être régulièrement utilisé pour juger les offres
- Procédure du concours : même le candidat dont l'offre n'est pas conforme peut avoir droit à une prime

Publiée le 27 février 2020

Résiliation pour faute du titulaire du marché et exécution des prestations à ses frais et à ses risques : encore faut-il que cette faculté soit précisée dans les pièces du marché !

En cas de faute grave du titulaire du marché, le pouvoir adjudicateur est fondé à résilier le marché. Ce point de droit est affirmé dans l'ensemble des CCAG (Travaux, Fournitures courantes et services, Prestations intellectuelles, Marchés industriels ..).

Toujours en cas de faute grave du titulaire du marché, le pouvoir adjudicateur est « logiquement » en droit de faire exécuter les prestations (travaux, services ..) aux frais et aux risques du titulaire résilié. Sauf que ce point n'est pas affirmé dans l'ensemble des CCAG. D'où l'utilité pour les pouvoirs adjudicateurs de préciser et de stipuler expressément dans leur CCAP que, en cas de résiliation pour faute, les prestations seront exécutées aux frais et aux risques du cocontractant résilié.

La commune d'Oresmaux, qui n'avait pas prévu une telle clause dans le cadre de son marché public de prestations intellectuelles (et qui au demeurant n'avait donc fait aucune référence à une telle stipulation dans son courrier notifiant la résiliation du marché), vient d'en faire l'amère expérience.

Partant, il a été jugé :

« La commune d'Oresmaux demande également à être indemnisée du surcoût engendré par les prestations de substitution assurées par le nouveau prestataire qu'elle a choisi et correspondant dans le dernier état de ses écritures à la somme de 21 642 euros. Toutefois, ainsi qu'il a été dit au point 2, si la commune d'Oresmaux a résilié le marché aux torts de la société Finalys Environnement, elle n'invoque pour autant aucune stipulation contractuelle qui lui permettrait de faire procéder par une autre société à l'exécution des prestations aux frais et risques du titulaire. En outre, et en tout état de cause, le cahier des clauses administratives générales (CCAG) applicables aux marchés publics de prestations intellectuelles, auquel renvoie le marché, prévoit à son article 36 que si le pouvoir adjudicateur peut faire procéder par un tiers à l'exécution des prestations prévues par le marché aux frais et risques du titulaire en cas de résiliation pour faute de ce dernier, c'est à la condition que les documents particuliers du marché le prévoient et que la décision de résiliation le mentionne expressément. Or, il n'est pas contesté, ni même allégué, qu'aucune de ces conditions n'est remplie en l'espèce. Par suite, les conclusions de la commune d'Oresmaux tendant à la condamnation de la société Finalys Environnement au titre du surcoût engendré par les prestations de substitution doivent être rejetées ».

CAA Douai, 12 décembre 2019, Commune d'Oresmaux, req. n°18DA01630

Répartition des pénalités de retard entre les membres d'un groupement : « en cas d'inaction du mandataire commun, le maître d'ouvrage est tenu de lui imputer la totalité des pénalités » (dixit le Conseil d'Etat)

Rappel et précision intéressants sur un sujet au combien délicat et source de contentieux :

« En premier lieu, aux termes des stipulations de l'article 20.7 du cahier des clauses administratives générales (CCAG) Travaux, applicable au marché en litige : " Dans le cas d'entrepreneurs groupés pour

lesquels le paiement est effectué à des comptes séparés, les pénalités (...) sont réparties entre les cotraitants conformément aux indications données par le mandataire, sauf stipulations différentes du cahier des clauses administratives particulières. Dans l'attente de ces indications (...) les pénalités sont retenues en totalité au mandataire (...). Il résulte de ces stipulations que s'il incombe au maître de l'ouvrage de liquider le montant global des pénalités de retard dues par l'ensemble des entreprises, il appartient au seul mandataire commun de répartir entre les entreprises les pénalités dont il fait l'avance jusqu'à ce qu'il ait fourni les indications nécessaires à leur répartition. En cas d'inaction du mandataire commun le maître de l'ouvrage est tenu de lui imputer la totalité des pénalités. Dans cette hypothèse, sauf s'il est dans l'impossibilité de recouvrer effectivement le montant de ces pénalités sur le mandataire, le maître de l'ouvrage ne peut les imputer à une autre entreprise.

4. Lorsque le mandataire commun s'est acquitté de l'obligation énoncée au point précédent, en fournissant au maître d'ouvrage les indications nécessaires à la répartition des pénalités de retard entre les cotraitants, le maître de l'ouvrage ne peut se substituer au mandataire pour les modifier, mais est tenu de s'y conformer pour procéder à la répartition des pénalités entre les membres du groupement ».

CE, 2 décembre 2019, société Giraud-Serin, req.n°422615

Pour un même MAPA (déclaré sans suite), un délai initial de remise des offres de 135 jours réduit et fixé dans le cadre de la seconde procédure de publicité à 30 jours a été jugé trop court

En MAPA, le Code de la commande publique ne fixe aucun délai minimum obligatoire de publicité.

Seule la jurisprudence administrative impose, au gré de ses décisions qui restent des cas d'espèce, le respect de certains délais minimaux.

Pour bien comprendre la décision commentée, il est nécessaire d'avoir connaissance de l'élément suivant : le marché en cause avait précédemment fait l'objet d'une mesure de publicité et de mise en concurrence, déclarée sans suite, qui avait fixé un délai de remise des offres à 135 jours.

A l'égard du nouveau délai de 30 jours pour soumissionner, et après avoir rappelé que « *il est constant que le délai de remise des offres accordé par la commune lors de la première procédure avait été fixé à 135 jours* », le Juge a considéré que :

« *le nouveau délai de consultation, fixé à 30 jours, est manifestement inadapté à la présentation d'une offre compte tenu de la complexité de la délégation concernée et du temps nécessaire aux opérateurs économiques pour préparer leur candidature* »

puis

« *la fixation du délai à 30 jours a constitué un manquement de la commune à ses obligations de publicité et de mise en concurrence qui a directement et gravement lésé la requérante puisqu'elle s'est trouvée dans la totale incapacité de remettre une offre conforme aux documents de la consultation* »

TA Toulon, 16 décembre 2019, Société Aquaclub, req. n°1904139

Sous réserve qu'il ne soit pas discriminant, le critère de l'emploi local peut être régulièrement utilisé pour juger les offres

C'est une véritable avancée. Certes à utiliser avec beaucoup de précautions mais il s'agit ici d'une véritable avancée.

Utilisé dans le cadre d'un contrat de délégation de service public, son utilisation est transposable aux contrats de marchés publics.

Le Conseil d'Etat encadre son utilisation comme suit :

« un critère ou un sous-critère relatif au nombre d'emplois locaux dont la création sera induite par la gestion et l'exploitation d'un port, lequel est une infrastructure concourant notamment au développement de l'économie locale, doit être regardé comme en lien direct avec les conditions d'exécution du contrat de délégation de la gestion de ce port et, pourvu qu'il soit non discriminatoire, comme permettant de contribuer au choix de l'offre présentant un avantage économique global pour l'autorité concédante. Il suit de là que c'est sans commettre d'erreur de droit ni entacher son arrêt d'insuffisance de motivation que la cour a jugé qu'en l'espèce, un tel sous-critère, qui n'implique pas, par lui-même, de favoriser des entreprises locales, n'était pas entaché d'irrégularité. Par ailleurs, en relevant notamment que les candidats avaient été informés de ce que leur offre devait présenter avec précision les perspectives de création d'emplois en lien avec le trafic portuaire, la cour a implicitement mais nécessairement répondu au moyen d'appel tiré de ce que les prétentions des candidats ne pouvaient pas être vérifiées par le département ».

CE, Toulon, 20 décembre 2019, Département de Mayotte, req. n°428290

Sous réserve qu'il ne soit pas discriminant et qu'il soit rendu nécessaire par l'objet du marché et la nature des prestations à réaliser, le critère de l'impact écologique peut être régulièrement utilisé pour juger les offres

C'est une fois de plus une véritable avancée. Certes toujours à utiliser avec beaucoup de précautions.

Pour être précis, le critère utilisé était celui de l'impact écologique des processus internes du candidat.

Le Juge administratif encadre son utilisation et s'assure que l'utilisation du critère remplit les 3 conditions suivantes :

- il doit être rendu nécessaire par l'objet du marché en cause,
- il doit être rendu nécessaire par la nature des prestations à exécuter,
- enfin, il ne doit pas avoir d'effet discriminatoire.

TA Lille, 3 février 2020, SFR, req. n°2000255

Procédure du concours : même le candidat dont l'offre n'est pas conforme peut avoir droit à une prime

« Aux termes de l'article 5 du règlement du concours : " 5.1. Composition du jury de concours : Le jury, arrêté par le maître d'ouvrage dans le respect des dispositions de l'article 24 du code des marchés publics, est composé des membres suivants : a) Membres avec voix délibératives : - le président du jury / - les cinq membres de la commission d'appel d'offres ou leurs suppléants / - les personnes désignées par le président du jury conformément à l'article 24.I du code des marchés publics. / b) Membres avec voix consultatives : - le payeur départemental, comptable public, ou son représentant / - le représentant du service en charge de la concurrence / - les agents du pouvoir adjudicateur compétents dans la matière qui fait l'objet de la consultation ; (...) 5.3. Suite à donner à la consultation : Le jury, après examen des prestations, formule un avis motivé et dresse un procès-verbal : le procès-verbal indiquera notamment : l'organisation et le déroulement du jury, les noms des concurrents exclus du jugement du concours et les motifs d'exclusion, l'avis motivé du jury, la proposition finale de classement des projets par ordre décroissant et de versement des indemnités. L'anonymat sera levé une fois que le procès-verbal sera signé par tous les membres du jury à voix délibérative (...). Le lauréat de concours ainsi que chaque concurrent non retenu ayant remis des prestations répondant au programme, recevra une prime d'un montant de 66 400 euros TTC. L'indemnité de concours est décomposée de la façon suivante : - maquette : 6 400 euros TTC / - esquisse : 60 000 euros TTC. / Dans le cas où une offre serait incomplète ou ne répondrait pas au programme, une réduction ou la suppression de la prime pourra être effectuée par le maître de l'ouvrage sur proposition du jury ".

3. En interprétant ces stipulations comme excluant qu'un candidat dont l'offre ne répondait pas au programme puisse percevoir une prime, alors qu'il résultait de leurs termes mêmes qu'en un tel cas, il appartient au maître d'ouvrage, sur proposition du jury, de déterminer s'il convient de la verser, de la réduire ou de la supprimer, la cour administrative d'appel de Marseille les a dénaturées. La société Marc Dalibard - Société d'architecture est dès lors fondée, sans qu'il soit besoin d'examiner ses autres moyens, à demander l'annulation de l'arrêt attaqué ».

CE, 10 février 2020, Sté Marc Dalibard, req . n°429227