

#Newsletter 17

#Droit des contrats et marchés publics

Au sommaire :

- Un candidat évincé, en raison de son offre jugée irrégulière, peut quand même contester la régularité de l'offre de la société attributaire du marché (et exercer un référé précontractuel)
- En matière de marchés publics de travaux, l'envoi par le titulaire du marché d'une mise en demeure de payer le solde du marché constitue bien un mémoire en réclamation au sens de l'article 50.1.1 du CCAG Travaux
- Notation des sous-critères : le Juge vérifie pour chaque sous-critère que l'acheteur public n'a pas commis d'erreur manifeste d'appréciation
- Délai de standstill : le non respect par l'acheteur public d'un délai de suspension entre la notification du rejet de l'offre d'un candidat et la signature du marché n'entraîne pas l'annulation ou la résiliation du marché
- Indemnisation du titulaire du marché suite à une résiliation pour motif d'intérêt général : les documents comptables produits pour justifier la demande indemnitaire doivent être certifiés, et pas seulement visés, par l'expert-comptable
- Publicité de la pondération des sous-critères : pas d'obligation pour l'acheteur public d'informer les candidats sur la pondération des sous-critères techniques lorsqu'ils sont notés de manière « quasi-identique »
- Réduction des pénalités de retard : l'entreprise doit impérativement justifier, éléments concrets à l'appui, sa demande de modération

Publiée le 3 septembre 2020

Un candidat évincé, en raison de son offre jugée irrégulière, peut quand même contester la régularité de l'offre de la société attributaire du marché (et exercer un référé précontractuel)

En 2012, le Conseil d'Etat avait clairement fermé la porte du référé précontractuel au candidat évincé dont l'offre était irrégulière (voir CE, 11 avril 2012, Syndicat Ody 1218 newline du Lloyd's de Londres et autres, req. n° 354652).

Ainsi et jusqu'à récemment étaient admis à exercer un tel recours :

- le candidat évincé dont l'offre avait été jugée régulière
- et le candidats potentiel que la violation des obligations de publicité et de mise en concurrence a dissuadés de soumissionner .

Désormais, par un arrêt du 27 mai 2020, le Conseil d'Etat vient de considérer **qu'avait un intérêt à agir le candidat qui a remis une offre irrégulière lorsque celui-ci se prévaut de l'irrégularité de l'offre de l'entreprise attributaire.**

CE, 27 mai 2020, Sté Clean Building, req. n°435982

En matière de marchés publics de travaux, l'envoi par le titulaire du marché d'une mise en demeure de payer le solde du marché constitue bien un mémoire en réclamation au sens de l'article 50.1.1 du CCAG Travaux

« Il résulte de l'instruction que, le 28 janvier 2016, la société CIM a adressé à la commune de Stenay une mise en demeure de lui verser la somme de 35 712,21 euros TTC au titre du solde du marché litigieux. Cette mise en demeure constitue un mémoire en réclamation au sens de l'article 50.1.1 du CCAG-Travaux ».

CAA de Nancy, 4e chambre, 16 juin 2020, req n° 18NC02300

Notation des sous-critères : le Juge vérifie pour chaque sous-critère que l'acheteur public n'a pas commis d'erreur manifeste d'appréciation

D'une part, le Juge administratif contrôle bien sous-critère technique par sous-critère technique.

D'autre part, son contrôle porte sur les appréciations et les notes portées dans le rapport d'analyse des offres.

C'est après avoir contrôlé ces deux éléments qu'il considère ou non que l'acheteur public a commis une erreur manifeste d'appréciation de la valeur technique des offres des candidats.

Le considérant suivant illustre ce contrôle :

*« S'agissant en premier lieu du sous-critère relatif aux moyens et méthodes mises en oeuvre pour assurer la qualité du service au client pour la réservation et la prise en charge, pour lequel l'offre du groupement Guderzo a obtenu la note de 3 et celle de la société Bustours la note de 9, les offres différaient d'abord par l'amplitude horaire de la permanence téléphonique. Si les sociétés appelantes soutiennent que leur offre présentait en outre une réservation par Internet accessible 24 h /24 de sorte que la plage de réservation était plus large que celle de l'offre de la société attributaire, les articles 2.1 et 3.4.2 du cahier des clauses techniques particulières (CCTP) privilégiaient le téléphone pour la réservation, service auquel la communauté de communes précisait à l'article 3.4 attacher une grande importance. L'article 3.4.1 du CCTP imposait par ailleurs au titulaire d'assurer seulement la prise de réservation du lundi au vendredi. En vertu de l'article 3.4.2 du CCTP ensuite, les candidats devaient fournir les outils téléphoniques ou informatiques pour la gestion de la réservation. Le tribunal a estimé que le pouvoir adjudicateur avait pu valablement se fonder sur l'absence de description dans l'offre du groupement requérant des fonctionnalités du logiciel de gestion des commandes et des courses. Les appelantes se bornent à soutenir qu'elles avaient précisé dans leur offre que ce logiciel, qui n'est pas, en outre, adapté pour le transport à la demande, s'appuierait sur la base de données Oracle qui permet la mise en place de circuits optimisés en temps réel. Il résulte de l'instruction que le mémoire technique de la société Bustours décrivait quant à lui avec précisions les fonctionnalités d'un logiciel déjà diffusé et développé, Mobiter, qui constitue une plateforme pour la gestion des systèmes de transport à la demande. **L'appréciation par la communauté de communes de l'offre du groupement s'agissant du premier sous-critère n'est donc pas entachée d'erreur manifeste d'appréciation** ».*

CAA Lyon, 25 juin 2020, Stés Mobilité Guderzo et Tourisme Guderzo, req. n° 18LY00256

Délai de standstill : le non respect par l'acheteur public d'un délai de suspension entre la notification du rejet de l'offre d'un candidat et la signature du marché n'entraîne pas l'annulation ou la résiliation du marché

Dans le cadre d'une procédure d'appel d'offres, il a été jugé :

*« En premier lieu, l'obligation pour le pouvoir adjudicateur de respecter un délai de suspension entre la notification du rejet de l'offre d'un candidat et la signature du marché, vise seulement à permettre aux candidats évincés de saisir utilement le juge du référé précontractuel. Par suite, **le vice tenant au non-respect de ce délai de suspension n'affecte pas la validité du contrat et ne saurait, en conséquence, justifier son annulation ou sa résiliation** ».*

CAA Paris, 7 juillet 2020, EURL FEPI, req.n° 18PA00826-01119-01183

Indemnisation du titulaire du marché suite à une résiliation pour motif d'intérêt général : les documents comptables produits pour justifier la demande indemnitaire doivent être certifiés, et pas seulement visés, par l'expert-comptable

« Comme l'ont relevé les premiers juges, la société MSEE est fondée à demander l'indemnisation de son manque à gagner pour les neuf mois qui restaient à courir entre le 29 mars 2015, date à compter de laquelle le marché de nettoyage qui la liait à la commune de Barbizon a été résilié, et le 31 décembre 2015, date de son échéance. Si elle sollicite à ce titre le versement à titre principal d'une somme de 19 590,03 euros, supposée correspondre à la marge perdue en raison de la résiliation qui lui a été imposée, **il est constant que cette somme ne ressort que de deux tableaux produits à l'instance, non assortis de documents comptables susceptibles d'en justifier, qui, s'ils ont été visés par un cabinet d'expertise-comptable, n'ont pas pour autant été certifiés.** De plus, les documents produits ne permettent pas de vérifier si la somme de 19 590,03 euros en cause correspond à une perte de marge nette ou brute. Dans ces conditions, la société MSEE n'est pas fondée à soutenir que c'est à tort que les premiers juges, pour évaluer le préjudice né de son manque à gagner, ont appliqué le taux de 5 % prévu, à défaut de pourcentage fixé par les documents particuliers du marché, par l'article 33 de l'arrêté du 19 janvier 2009 portant approbation du cahier des clauses administratives générales des marchés publics de fournitures courantes et de services, au montant hors taxe de 36 660 euros de chiffre d'affaires que lui aurait procuré le marché à défaut de résiliation anticipée ».

CAA Paris, 07/07/2020, Sté MSEE, req.n° 18PA02436

Publicité de la pondération des sous-critères : pas d'obligation pour l'acheteur public d'informer les candidats sur la pondération des sous-critères techniques lorsqu'ils sont notés de manière « quasi-identique »

C'est une décision à interpréter avec beaucoup de prudence.

« Le règlement de la consultation du marché de renouvellement du réseau d'eau potable et de collecte des eaux usées de la commune de Midrevaux énonce que les offres seront attribuées à partir de trois critères, un critère prix pondéré à 50 %, la valeur technique de l'offre pondérée à 40 % et le délai d'exécution des prestations pondéré à 10 %. Il précise, s'agissant de l'appréciation de la valeur technique de l'offre que : " La valeur technique de l'offre sera appréciée au regard : / - des références du candidat pour des prestations similaires ; / - des moyens matériels et humains de l'entreprise affectés à l'opération ; / - du mémoire technique (à remettre obligatoirement) précisant les dispositions que l'entreprise s'engage à mettre en oeuvre s'agissant notamment : / - des matériaux proposés (liste complète et détaillée de toutes les fournitures - modèle et désignation commerciale précise - fournisseur). La mention " ou similaire " est proscrite à ce stade. / - des techniques de réalisation (Evacuation des déblais, mesures d'autocontrôle, méthodologie réalisation, planning, Plan d'assurance qualité, Etudes d'exécution, mise en service ...)

6. Il résulte du rapport d'analyse des offres que leur valeur technique a été appréciée au regard des éléments mentionnés dans le règlement de la consultation, à savoir les références des candidats pour des prestations similaires, les moyens matériels et humains mis en oeuvre, les matériaux proposés et la

méthodologie retenue par les candidats, qui ont été notés respectivement sur 5, 5, 13 et 17 points. Cependant, les matériaux proposés, faisant l'objet d'une notation sur 13 points, étaient eux-mêmes évalués en fonction, d'une part, des fournitures assainissement notées sur 5 points, d'autre part, des fournitures eau potable faisant l'objet d'un même nombre de points et enfin du poste de relèvement des eaux usées noté sur 3 points. La méthodologie, notée sur 17 points, était elle-même appréciée au regard de cinq rubriques, à savoir l'installation de chantier - hygiène et sécurité sur 3 points, les études d'exécution - contrôle interne et assurance qualité sur 4 points, les procédures générales mises en oeuvre sur 4 points, la méthodologie spécifiquement proposée pour le chantier de Midrevaux sur 5 points et la gestion des déchets sur 1 point.

7. Ainsi, les précisions apportées par le règlement de la consultation quant à l'appréciation de la valeur technique de l'offre - références du candidat, moyens matériels et humains de l'entreprise affectés à l'opération et mémoire technique - constituaient des éléments d'appréciation, définis par le pouvoir adjudicateur pour préciser ses attentes au regard du critère de la valeur technique. **La pondération quasi-similaire des 12 éléments d'appréciation ainsi pris en compte par le rapport d'analyse des offres**, affectés de 1 point pour l'un de ces éléments seulement à 5 points pour trois d'entre eux et de 2 à 4 points pour huit autres, **manifestait l'intention du pouvoir adjudicateur de ne pas accorder à l'un d'entre eux une importance particulière. Au regard de leur pondération, en réalité quasiment identique et non inégale ainsi que l'a jugé le tribunal, ces éléments d'appréciation n'étaient pas susceptibles d'exercer une influence sur la présentation des offres**, Par suite, les éléments mentionnés au titre du critère de la valeur technique de l'offre par le règlement de consultation ne constituaient pas des sous-critères pondérés ou hiérarchisés que la commune de Midrevaux aurait été tenue de porter à la connaissance des candidats mais informaient seulement les candidats sur les qualités techniques attendues de leur offre ».

[CAA Nancy, 16 juin 2020, Société Remy Boulanger, req.n° 18NC03163](#)

Réduction des pénalités de retard : l'entreprise doit impérativement justifier, éléments concrets à l'appui, sa demande de modération

Pas de justification, pas de modération !

On le sait : les conditions de réduction des pénalités de retard dans les marchés publics par le Juge administratif se sont durcies depuis un arrêt du Conseil d'Etat du 19 juillet 2017 (Sté GBR Ile-de-France, req n°392707).

Deux arrêts de la Cour administrative d'appel de Paris avaient confirmé cette « tendance » (CAA Paris, 5 mars 2019, n° 17PA02067 et CAA Paris, 24 juin 2019, n° 17PA02639).

Le présent arrêt en est une illustration de plus (à propos d'un marché d'un montant HT de 115 133,90 € et de pénalités d'un montant de 24 485,14 €) :

« Si, lorsqu'il est saisi d'un litige entre les parties à un marché public, le juge du contrat doit, en principe, appliquer les clauses relatives aux pénalités dont sont convenues les parties en signant le contrat, il peut, à titre exceptionnel, saisi de conclusions en ce sens par une partie, modérer ou augmenter les pénalités de retard résultant du contrat si elles atteignent un montant manifestement excessif ou dérisoire, eu égard

au montant du marché et compte tenu de l'ampleur du retard constaté dans l'exécution des prestations. Lorsque le titulaire du marché saisit le juge de conclusions tendant à ce qu'il modère les pénalités mises à sa charge, il lui appartient de fournir aux juges tous éléments, relatifs notamment aux pratiques observées pour des marchés comparables ou aux caractéristiques particulières du marché en litige, de nature à établir dans quelle mesure ces pénalités présentent selon lui un caractère manifestement excessif. Au vu de l'argumentation des parties, il incombe au juge soit de rejeter les conclusions dont il est saisi en faisant application des clauses du contrat relatives aux pénalités, soit de rectifier le montant des pénalités mises à la charge du titulaire du marché dans la seule mesure qu'impose la correction de leur caractère manifestement excessif. **En l'espèce la société Resina ne verse au dossier aucun élément relatif d'une part aux pratiques observées pour des marchés comparables d'autre part aux caractéristiques particulières du marché en litige.** La requérante n'est pas, par suite, fondée à demander la modération des pénalités qui lui sont infligées ».

CAA Douai, 30 juin 2020, Sté Résina, req n°18DA02536