



#Newsletter 4

#Droit des contrats et marchés publics

Au sommaire :

- Résiliation pour motif d'intérêt général : le dépassement de 36% de l'enveloppe prévisionnelle est un motif suffisant
- Résiliation aux torts et risques du titulaire : l'exécution très tardive des travaux (96 jours) est une faute suffisamment grave pour justifier la résiliation
- Que doivent savoir les élus avant de se prononcer sur l'attribution d'un marché public ?
- La mise en place d'une commission d'appel d'offres est obligatoire pour tous les établissements publics locaux, c'est une réponse ministérielle qui le dit !
- La passation d'un marché est irrégulière s'il est prouvé que l'ancien titulaire, candidat à l'attribution du nouveau marché, est le seul à détenir des informations non connues des autres entreprises soumissionnaires

Publiée le 19 avril 2019

Résiliation pour motif d'intérêt général : le dépassement de 36% de l'enveloppe prévisionnelle est un motif suffisant

Quelle collectivité territoriale n'a pas été exposée un jour au « casse-tête » du projet irréalisable ou au projet dont le budget « dérape » ?

Dans cette affaire, l'estimation figurant au niveau de l'avant projet définitif (APD) était supérieure de 36% par rapport au montant de l'enveloppe prévisionnelle admise par le maître d'ouvrage public (et déjà réévaluée une première fois).

Il s'agissait donc pour le maître d'ouvrage de mettre régulièrement un terme au marché public de maîtrise d'œuvre.

En l'espèce, le Centre hospitalier de Montauban avait résilié le marché de maîtrise d'œuvre pour motif d'intérêt général.

Le motif de la résiliation était, entre autres contesté.

Dans son arrêt, la Cour d'appel affirme que le dépassement excessif du budget prévisionnel par le maître d'œuvre dans l'avant-projet définitif était susceptible de fonder la résiliation du marché pour motif d'intérêt général. Elle juge en ces termes : « *Contrairement à ce que soutient la société requérante, la résiliation en litige a pu être valablement fondée sur un motif tiré du dépassement excessif de l'enveloppe prévisionnelle déjà réévaluée* ».

CAA Bordeaux, 14 décembre 2018, groupe BETCE, req. n° 16BX01224

Résiliation aux torts et risques du titulaire : l'exécution très tardive des travaux (96 jours) est une faute suffisamment grave pour justifier la résiliation

L'exécution très tardive d'un marché public constitue une faute grave et légitime la décision du pouvoir adjudicateur de résilier le marché de travaux aux torts et risques du titulaire.

C'est ce que vient d'apprendre à ses dépens la société Fimaluplast qui avait achevé le chantier avec 96 jours calendaires de retard.

Et c'est ce qu'a jugé que la Cour administrative d'appel de Nancy :

« *Il en résulte qu'en raison de son ampleur, le retard de la société Fimaluplast à s'acquitter de ses obligations dans les délais contractuels, est constitutif d'une faute d'une gravité suffisante pour justifier la résiliation du marché à ses torts exclusifs* ».

CAA Nancy, 26 février 2019, Sté FIMALUPLAST, req.n° 18NC00163

Que doivent savoir les élus avant de se prononcer sur l'attribution d'un marché public ?

Autrement dit, de quel type d'informations doivent disposer préalablement les élus qui vont autoriser la signature d'un marché public ?

La réponse est en deux parties :

- premier élément de réponse, il est réglementaire : le Code général des collectivités territoriales énonce que les élus en charge de se prononcer sur l'attribution d'un contrat public doivent disposer d'une information suffisante sur les motifs de choix de l'offre.

Et c'est l'article L. 2121-12 du Code précité qui se charge de préciser que : « *une note explicative de synthèse sur les affaires soumises à délibération doit être adressée avec la convocation aux membres du conseil municipal. / Si la délibération concerne un contrat de service public, le projet de contrat ou de marché accompagné de l'ensemble des pièces peut, à sa demande, être consulté à la mairie par tout conseiller municipal dans les conditions fixées par le règlement intérieur (...)* ».

Les élus doivent donc disposer d'une note explicative de synthèse sur les affaires soumises à délibération qui doit leur être adressée avec la convocation.

En outre, lorsque la délibération concerne un contrat de service public, le projet de contrat ou de marché accompagné de l'ensemble des pièces peut, à sa demande, être consulté par tout élu.

- deuxième élément de réponse, il est jurisprudentiel : la Cour administrative d'appel de Nantes vient de préciser que la présentation en séance du rapport d'analyse des offres donne une information suffisante sur le choix de l'offre et que la communication du rapport d'analyse des offres n'est pas obligatoire.

Ces termes sont les suivants :

« Il résulte de l'instruction que le conseil communautaire de la CCLBN, convoqué le 3 juillet 2014, a autorisé le président de cet établissement public à signer le marché litigieux avec la société SITA Ouest par une délibération du 10 juillet 2014. Il ressort par ailleurs des mentions, qui font foi jusqu'à preuve contraire, de l'extrait du registre des délibérations de la communauté de communes que les conclusions du rapport de la commission d'appel d'offres, qui s'était réunie le 7 juillet 2014, ont été présentées aux conseillers communautaires lors de la séance du 10 juillet 2014. Par suite, et alors, d'une part que les dispositions précitées du code général des collectivités territoriales n'imposent pas de joindre aux convocations des membres de l'assemblée délibérante le rapport d'analyse des offres de la commission d'appel d'offres ni, plus généralement, l'ensemble des pièces se rapportant au marché dont la conclusion est envisagée, et d'autre part, qu'il ne résulte pas de l'instruction qu'un conseiller communautaire aurait été empêché de consulter le dossier afférant au marché en litige, le moyen tiré de ce que les conseillers communautaires n'auraient pas bénéficié d'une information suffisante sur le choix du prestataire retenu doit être écarté ».

La mise en place d'une commission d'appel d'offres est obligatoire pour tous les établissements publics locaux, c'est une réponse ministérielle qui le dit !

L'obligation de constituer une commission d'appel d'offres s'applique non seulement aux centres de gestion de la fonction publique territoriale mais aussi et de manière plus générale à tous les établissements publics locaux.

La précision résulte d'une réponse ministérielle récente.

A la question :

« sur l'obligation pour les centres de gestion de la fonction publique territoriale de mettre en place une commission d'appel d'offres pour l'attribution des marchés publics dont la valeur estimée hors taxe est égale ou supérieure aux seuils européens. Selon l'ancienne rédaction du code des marchés publics, une commission d'appel d'offres devait être instituée dans les établissements publics locaux pour la passation de certains marchés. Depuis la réforme du droit des marchés publics, l'article L. 1414-1 du code général des collectivités territoriales prévoit que les marchés publics des collectivités territoriales, de leurs établissements publics et de leurs groupements sont passés et exécutés conformément à l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics. Cependant, les centres de gestion de la fonction publique territoriale sont des établissements publics locaux à caractère administratif en vertu de l'article 1er du décret n° 85-643 modifié du 26 juin 1985 ; ils n'ont donc pas à proprement parler un lien de rattachement direct à une collectivité territoriale en particulier. La seule référence législative et réglementaire aux établissements publics et groupements des collectivités territoriales ainsi qu'aux collectivités territoriales elles-mêmes à l'article L. 1414-1 du code général des collectivités territoriales semble donc de nature à écarter l'application de ces dispositions pour les centres de gestion de la fonction publique territoriale. Par conséquent, il lui demande si la nouvelle réglementation relative aux marchés publics impose que les centres de gestion de la fonction publique territoriale mettent en place une commission d'appel d'offres pour les marchés dont les montants sont supérieurs aux seuils européens ».

Le ministre a répondu :

« L'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics a abrogé le code des marchés publics et intégré les dispositions relatives aux commissions d'appel d'offres (CAO) des collectivités territoriales et des établissements publics locaux dans le code général des collectivités territoriales (CGCT). En effet, si l'article L. 1414-1 du CGCT précise que les marchés publics des collectivités territoriales, de leurs établissements publics et de leurs groupements sont passés et exécutés conformément à l'ordonnance du 23 juillet 2015, les dispositions relatives aux CAO figurent à l'article L. 1414-2 du même code. Celui-ci renvoie, s'agissant uniquement de la composition des CAO, aux dispositions de l'article L. 1411-5 relatives aux commissions de délégation de service public. Aussi, conformément aux dispositions du II de l'article L. 1411-5 du CGCT, la CAO d'un établissement public local est présidée par l'autorité habilitée à signer le marché public ou son représentant et est composée de cinq membres de l'assemblée délibérante élus en son sein à la représentation proportionnelle au plus fort reste. Or, aux termes de l'article 13 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions

statutaires relatives à la fonction publique territoriale, les centres de gestion de la fonction publique territoriale sont des établissements publics locaux à caractère administratif. L'article 14 de la même loi précise qu'ils regroupent les collectivités et établissements qui leur sont affiliés à titre obligatoire ou volontaire. Par conséquent, il résulte des dispositions des articles L. 1411-5 et L. 1414-2 du CGCT que les centres de gestion de la fonction publique territoriale doivent, en tant qu'établissements publics locaux, constituer une CAO pour attribuer les marchés publics passés selon une procédure formalisée dont la valeur estimée hors taxe prise individuellement est égale ou supérieure aux seuils européens mentionnés à l'article 42 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 ».

Texte de référence : Question n° 16050 de M. Éric Poulliat du 22 janvier 2019, Réponse publiée au JOAN le 26 mars 2019

La passation d'un marché est irrégulière s'il est prouvé que l'ancien titulaire, candidat à l'attribution du nouveau marché, est le seul à détenir des informations non connues des autres entreprises soumissionnaires

Dans le cadre de la passation d'un marché public de fourniture de kits de dépistage du cancer, la Caisse Nationale de l'Assurance Maladie n'avait donné aucune information sur la volumétrie dans les documents de la consultation et, de plus, elle s'était bornée à fournir, suite à la demande d'un candidat, des documents incomplets.

N'ayant pas été retenue, la société Biosanté avait alors contesté la procédure au motif que, selon elle, le titulaire sortant avait été avantagé par rapport aux autres candidats pour la formulation de ses prix.

Le Juge des référés du Tribunal administratif de Paris va lui donner raison comme suit : « *la société EBioSanté est fondée à soutenir que le caractère incomplet des informations portées à la connaissance des candidats est susceptible de constituer un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence* ».

Dans cette affaire, le Tribunal avait préalablement pris le soin de relever le faible écart sur la notation des prix (1,36/100) existant entre l'entreprise pressentie et l'entreprise plaignante. Partant de ce constat, il a alors considéré que le manquement ainsi dénoncé avait bien été susceptible de léser la société Biosanté.

TA Paris, ord. 1er avril 2019, « Sté Ebiosanté », n°1904340