

# Actualité de la Commande publique 2017

Réunion de la Commission Droit public des affaires

12 janvier 2018

Didier ISRAEL Directeur des affaires juridiques – CCI Région  
Paris-Ile-de-France

Sandra GRENAILLE Juriste – Pôle emploi, DSI

Olivier DORCHIES Juriste – Orange Business Services

# Actualité de la Commande publique 2017

## I. Passation des contrats et marchés publics

## II. Exécution des contrats et marchés publics

## II. Passation des contrats et marchés publics

I.1. Procédure concurrentielle avec négociation

I.2. Clause d'interprétariat

I.3. Modification de la candidature d'un groupement

I.4. Analyse des offres

I.5. Fin de procédure

I.6. Référé précontractuel et contractuel

# I.1. Procédure concurrentielle avec négociation

## Hypothèse de recours à la procédure concurrentielle avec négociation

TA Paris 1<sup>er</sup> décembre 2016, Canon France business Services, n° 1619219

Art. 25 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016: II. Les pouvoirs adjudicateurs peuvent utiliser la procédure concurrentielle avec négociation [...] dans les cas suivants: 1° **lorsque le besoin ne peut être satisfait sans adapter des solutions immédiatement disponibles;** [...]

Il résulte de l'instruction et notamment du règlement de la consultation lancée par l'AP-HP que l'établissement de santé a décidé de mettre en œuvre un projet de massification industrialisé du courrier en recourant à un prestataire (centre éditique mutualisé) externe à l'établissement, pouvant absorber en central toutes les impressions de documents émis par les groupes hospitaliers et le siège, sans affecter de manière trop intrusive le contenu fondamental de ces documents; qu'il en résulte que **la mise en place d'une plateforme de massification du courrier de l'AP-HP nécessite pour y répondre des efforts d'adaptations aux diverses contraintes de l'établissement à savoir notamment la diversité des sites, des émetteurs et des volumes de courrier dès lors que le service attendu ne correspond à aucun service standardisé;** ainsi et contrairement à ce que soutient la société Canon, l'AP-HP pouvait recourir à la procédure concurrentielle avec négociation.

**La procédure concurrentielle avec négociation peut être mise en œuvre dans certaines hypothèses limitativement énumérées à l'article 25-II du décret n° 2016-360. Le pouvoir adjudicateur doit pouvoir justifier que les conditions de recours à ces procédures, qui doivent s'interpréter strictement, sont remplies. A défaut, le marché est entaché d'une nullité que le juge est tenu de soulever d'office.**

## I.2. Clause d'interprétariat

### **Légalité des exigences du cahier des charges: clause d'interprétariat dans un marché de travaux**

CE 4 décembre 2017, N° 413366, Ministre d'État, Ministre de l'Intérieur contre Région Pays de la Loire

Le Conseil d'État s'est prononcé sur la légalité de **deux clauses d'interprétariat** n'imposant pas systématiquement la maîtrise de la langue française sur un chantier comme le font les clauses Molière proprement dites.

La région Pays de la Loire a lancé une consultation pour conclure un marché de travaux de mise en accessibilité handicaps et de réfection des cours d'un lycée. Le préfet de la région a saisi, avant la date limite de remise des offres, le juge des référés. Il lui demandait de supprimer les "clauses d'interprétariat" prévues aux articles 8 et 12 du cahier des clauses administratives particulières (CCAP) et d'enjoindre à la région de reprendre la consultation à ses débuts. Le juge des référés ayant rejeté son recours, le ministre de l'intérieur se pourvoit en cassation (TA Nantes 7 juillet 2017, préfète de la région Pays-de-Loire, n° 1704447). Le recours du ministre a été rejeté pour les raisons qui suivent.

Le Conseil d'État rappelle qu'un pouvoir adjudicateur peut imposer, parmi les conditions d'exécution d'un marché public, des exigences particulières pour prendre en compte des considérations relatives à l'économie, à l'innovation, à l'environnement, au domaine social ou à l'emploi, « **sous réserve que celles-ci présentent un lien suffisant avec l'objet du marché** ». Une mesure nationale qui restreint l'exercice des libertés fondamentales garanties par le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne « *ne peut être admise qu'à la condition qu'elle poursuive un objectif d'intérêt général, qu'elle soit propre à garantir la réalisation de celui-ci et qu'elle n'aille pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif* ».

**Concernant la clause d'exécution relative à une information sur les droits sociaux et la clause d'exécution relative à la protection de la sécurité et de la santé des travailleurs** : Pour le Conseil d'État, ces clauses présentent respectivement un « **lien suffisant avec l'objet du marché** ». De plus, chacune de ces clauses, qui s'applique indistinctement à toute entreprise quelle que soit sa nationalité, **n'est pas discriminatoire et n'entrave pas la libre circulation**. Par ailleurs, pour le Conseil d'État, chacune de ces clauses «  *vise à garantir la réalisation d'un objectif d'intérêt général lié à la protection sociale des travailleurs [...]*  » ou permet au maître d'ouvrage de s'assurer «  *que chaque travailleur directement concerné par l'exécution de tâches risquées sur le chantier est en mesure de réaliser celles-ci dans des conditions de sécurité suffisantes, respectivement ... sans aller au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif d'intérêt général.* »

Toute clause excédant les exigences que le CE admet sera considérée comme illégale et toute exécution excessive ou déraisonnable d'une clause « Molière » légitime dans son principe exposera le maître de l'ouvrage à des sanctions indemnitaires. (TA Lyon, 13 déc. 2017, n° 1704697, Préfet de la région Auvergne-Rhône-Alpes)

## I.3. Modification de la candidature d'un groupement

### Modification de la composition d'un groupement en cours de procédure

CAA Douai 1<sup>er</sup> décembre 2016, n° 14DA01892

Aux termes de l'article 51 du Code des marchés publics, dans sa rédaction applicable au litige: - Les opérateurs économiques sont autorisés à se porter candidat sous forme de groupement solidaire ou de groupement conjoint, sous réserve du respect des règles relatives à la concurrence, / ( ... ) / V. - **La composition du groupement ne peut être modifiée entre la date de remise des candidatures et la date de signature du marché. Toutefois, si le groupement apporte la preuve qu'un de ses membres est mis en liquidation judiciaire ou qu'il se trouve dans l'impossibilité d'accomplir sa tâche pour des raisons qui ne sont pas de son fait, il peut demander au pouvoir adjudicateur l'autorisation de continuer à participer à la procédure de passation sans cet opérateur défaillant, en proposant le cas échéant à l'acceptation du pouvoir adjudicateur un ou plusieurs sous-traitants.**

Il résulte de l'instruction que la candidature de la SARL Haskoning France, **membre** du groupement d'entreprises, a été retenue par LMCU dans le cadre d'une autre procédure de consultation lancée en vue de la conclusion d'un marché **d'assistance à maîtrise d'ouvrage concernant la même opération d'aménagement** ; que toutefois, en présentant sa candidature en vue de la conclusion du marché d'assistance à maîtrise d'ouvrage alors même qu'elle était, dans le même temps, **membre** d'un groupement **candidat à l'attribution du marché de conception-réalisation concernant la même opération, la SARL Haskoning France a pris un risque qui est directement à l'origine de la situation de conflit d'intérêts dans laquelle elle s'est trouvée placée et qui l'a conduite à devoir se retirer du groupement d'entreprises.**

Ainsi, si cette société était dans l'impossibilité d'accomplir la tâche qui lui était dévolue au sein de ce groupement, cette situation ne résultait pas de raisons qui n'étaient pas de son fait ; que, par suite, LMCU a pu à bon droit refuser, à la SAS SEGEX de faire droit à la demande qu'elle avait formée afin d'être autorisée à modifier la composition du groupement et ce refus n'est dès lors entaché d'aucune illégalité fautive.

## I.4. Analyse des offres

**Un candidat peut-il clarifier ou rectifier une erreur matérielle commise dans son offre en cours de procédure de sélection?**

CJUE 11 mai 2017, C-131/16, Archus et Gama

Demande de décision préjudicielle. Le litige au principal porte essentiellement sur le point de savoir si le pouvoir adjudicateur peut, sans méconnaître le principe d'égalité de traitement visé à l'article 10 de la directive 2004/17, admettre qu'un soumissionnaire puisse, postérieurement au dépôt de son offre, **remplacer un document dont la communication était exigée par le cahier des charges**, en l'occurrence un échantillon de microfilm, dans la mesure où l'échantillon transmis l'avait prétendument été par erreur.

L'article 10 de la directive 2004/17 doit être interprété en ce sens qu'**il s'oppose à ce que**, dans le cadre d'une procédure de passation d'un marché public, **le pouvoir adjudicateur invite un soumissionnaire à fournir les déclarations ou les documents dont la communication était requise par le cahier des charges et qui n'auraient pas été fournis dans le délai imparti pour soumettre les offres**. En revanche, **cet article ne s'oppose pas à ce que le pouvoir adjudicateur invite un soumissionnaire à clarifier une offre ou à rectifier une erreur matérielle manifeste que comporterait cette dernière**, sous réserve, toutefois, qu'une telle invitation soit adressée à tout soumissionnaire placé dans la même situation, que tous les soumissionnaires soient traités de manière égale et loyale **et que cette clarification ou cette rectification ne puisse être assimilée à la présentation d'une nouvelle offre**.

Particulièrement intéressant: « La régularisation des offres irrégulières dans la réforme des marchés publics » par G. D'Alboj, revue Contrats et marchés publics n° 1 janvier 2018.

## I.4. Analyse des offres

**Référé précontractuel: L'examen partiel des offres dans le cadre d'une DSP respecte-t-il les principes fondamentaux de la commande publique?**

CE 9 juin 2017, commune de Saint-Maur-de-Fossés, n° 408082

Il ressort des pièces du dossier soumis au juge des référés du tribunal administratif de Melun que, par un avis publié au Journal officiel de l'Union européenne du 10 mars 2016, la commune de Saint-Maur-des-Fossés a lancé une consultation en vue de la conclusion d'une délégation de service public pour la gestion des parcs de stationnement et le stationnement en surface de la ville ; qu'au cours de cette négociation, le règlement de la consultation a été modifié à plusieurs reprises par l'autorité concédante ; que, dans sa dernière version, ce document prévoyait que les candidats devraient déposer leur offre finale en la déclinant selon deux " scénarios ", le premier fondé sur l'absence de toute subvention versée par la commune de Saint-Maur-des-Fossés au délégataire (« scénario » dit « de base »), le second intégrant l'éventuelle prise en charge, par le futur délégataire, au 1er janvier 2018, de missions nouvelles pour tirer les conséquences des dispositions autorisant la perception de redevances de stationnement introduites par la loi du 27 janvier 2014 de modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles (« scénario » dit « optionnel ») ; que la commune a finalement renoncé à prendre en compte, au stade de l'appréciation des offres, ce second « scénario ».

**L'absence d'évaluation de l'intégralité de l'offre d'une entreprise par l'autorité concédante constitue, de la part de celle-ci, un manquement aux obligations d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures susceptible de léser l'entreprise à l'origine du référé.**

--

Pour un autre cas de modification du règlement de consultation: oui en raison des circonstances très exceptionnelles particulières à l'espèce: CE 8 nov. 2017, n° 412859



## I.4. Analyse des offres

### **Analyse des offres: illégalité d'une méthode de notation ayant pour effet de neutraliser une partie des critères**

CE 24 mai 2017, n° 405787, Ministre de la défense c/ société Techno Logistique

Le pouvoir adjudicateur avait fixé, pour l'attribution du marché public litigieux, trois critères: le prix, la valeur technique et la politique sociale, pondérés respectivement à 60 %, 30 % et 10 %.

**La méthode de notation retenue par le pouvoir adjudicateur, conduisant automatiquement, sur le critère du prix, à l'attribution de la note maximale de 20 à l'offre la moins disante et de 0 à l'offre la plus onéreuse, a pour effet, compte tenu de la pondération élevée de ce critère, de neutraliser les deux autres critères en éliminant automatiquement l'offre la plus onéreuse, quel que soit l'écart entre son prix et celui des autres offres et alors même qu'elle aurait obtenu les meilleures notes sur les autres critères. Elle peut ainsi avoir pour effet d'éliminer l'offre économiquement la plus avantageuse au profit de l'offre la mieux disante sur le seul critère du prix, et ce quel que soit le nombre de candidats.**

**En retenant une telle méthode de notation pour l'attribution du marché litigieux, le pouvoir adjudicateur a manqué à ses obligations de mise en concurrence.**

## I.4. Analyse des offres

### **Analyse des offres: notation du prix au moyen d'une commande type**

CE 16 novembre 2016, société SNEF et Ville de Marseille n° 401660 401710

En effectuant, pour évaluer le montant des offres qui lui sont présentées, une simulation consistant à multiplier les prix unitaires proposés par les candidats par le nombre d'interventions envisagées, un pouvoir adjudicateur n'a pas recours à un sous-critère, mais à une **simple méthode de notation des offres** destinée à les évaluer au regard du critère du prix; il n'est donc pas tenu d'informer les candidats, dans les documents de la consultation, qu'il aura recours à une telle méthode.

Le pouvoir adjudicateur ne manque pas à ses obligations de mise en concurrence en élaborant plusieurs commandes fictives (en l'espèce « chantiers masqués ») et en tirant au sort, avant l'ouverture des plis, celle à partir de laquelle le critère du prix sera évalué, **à la triple condition que les simulations correspondent toutes à l'objet du marché, que le choix du contenu de la simulation n'ait pas pour effet d'en privilégier un aspect particulier de telle sorte que le critère du prix s'en trouverait dénaturé et que le montant des offres proposées par chaque candidat soit reconstitué en recourant à la même simulation.**

## I.4. Analyse des offres

**L'offre d'un candidat 30% moins élevée qu'une offre rejetée car anormalement basse peut-elle être retenue?**

CE 30 mars 2017, n° 406224, GIP FCIP et région Réunion

Oui. D'après l'art 53 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 : Quelle que soit la procédure de passation mise en œuvre, **il incombe au pouvoir adjudicateur qui constate qu'une offre paraît anormalement basse de solliciter auprès de son auteur toutes précisions et justifications de nature à expliquer le montant de son offre. Si les précisions et justifications apportées ne sont pas suffisantes** pour que le montant ne soit pas regardé comme manifestement sous-évalué et de nature, ainsi, à compromettre la bonne exécution du marché, **il appartient au pouvoir adjudicateur de rejeter l'offre.**

Pour établir que la région Réunion aurait commis une erreur manifeste d'appréciation en retenant pour l'ensemble des lots l'offre de BFAOI accusée d' anormalement basse par le GIP FCIP, **le GIP FCIP se borne à comparer son montant avec le montant de sa propre offre, sans apporter de précision ou de justification de nature à justifier que l'offre de l'entreprise BFAOI (de 30% moins chère que celle du GIP FCIP), qui au demeurant avait répondu à la demande de justification des prix de son offre que lui avait adressée la région eu égard à leur bas niveau.**

Il résulte de l'ensemble de ces éléments que la région Réunion n'a pas, en écartant l'offre du groupement GIP FCIP-GRETA Réunion comme anormalement basse, commis une erreur manifeste d'appréciation.

## I.5. Fin de procédure

### **Un acheteur public a-t-il l'obligation de communiquer les caractéristiques et avantages de l'offre de l'attributaire au candidat évincé le demandant?**

TUE 2 février 2017, European Dynamics Luxembourg SA et autre C/Commission européenne, aff T-74/15

Oui. L'obligation de motivation constitue une formalité substantielle qui doit être distinguée de la question du bien-fondé de la motivation, celui-ci relevant de la légalité au fond de l'acte litigieux (arrêt du 15 mars 2012, Evropaïki Dynamiki /Commission, T-236/09). En effet, la motivation de la décision attaquée vise à garantir le droit de la personne, à laquelle l'acte fait grief, à un recours effectif et permet l'exercice d'un contrôle effectif sur l'impartialité de la procédure d'appel d'offres qui a abouti à cette décision (Arrêt du 22 avril 2015, Evropaïki Dynamiki/Frontex, T-554/10).

### **Les motifs pour lesquels l'offre du soumissionnaire retenu n'était pas anormalement basse font partie des caractéristiques et avantages de l'offre retenue.**

Exiger du pouvoir adjudicateur qu'il présente les motifs au vu desquels une offre n'a pas été estimée comme étant anormalement basse ne l'oblige pas à révéler des informations précises sur les aspects techniques et financiers de cette offre, comme les prix offerts ou les ressources que le soumissionnaire retenu propose de mettre en œuvre pour fournir les services qu'il offre. Pour fournir une motivation suffisante de cet aspect de l'offre retenue, le pouvoir adjudicateur doit **exposer le raisonnement** au terme duquel, d'une part, il a conclu que, par ses caractéristiques principalement financières, **une telle offre respectait notamment la législation du pays dans lequel les services devraient être exécutés, en matière de rémunération du personnel, de contribution au régime de sécurité sociale et de respect des normes de sécurité et de santé au travail** et, d'autre part, il a **vérifié que le prix proposé intégrait tous les coûts induits par les aspects techniques de l'offre retenue**. Le tribunal constate le non-respect des formes substantielles entourant la décision attaquée entraînant son annulation.

## I.6. Référé précontractuel et contractuel

### **Recevabilité du référé contractuel: Le Conseil d'Etat confirme l'absence de délai de standstill en MAPA**

CE 31 octobre 2017, n° 410772, société MB Terrassements

L'obligation de **donner une information immédiate du rejet de l'offre** est définie à l'article 99 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 tant pour les MAPA que pour les procédures formalisées, tandis que **le délai de standstill est défini à l'article 101 du décret mais uniquement pour les marchés conclus au terme d'une procédure formalisée.**

La société MB Terrassements a demandé, sur le fondement de l'art. L 551-13 du CJA (référé contractuel) l'annulation du contrat du 27 mars 2017.

Il résulte de ce qui a été dit [précédemment] que le moyen tiré de ce que le SIVOM des plaines du sud de la Corse aurait dû, selon la société requérante, respecter un délai raisonnable entre la notification du rejet de son offre et la signature du contrat est en tout état de cause inopérant devant le juge du référé contractuel ; qu'il en va de même du moyen tiré de ce que le SIVOM n'a publié aucun avis d'attribution du marché au Journal Officiel de l'Union européenne.

**L'information du rejet des offres ne fait pas basculer les MAPA dans le respect du délai de standstill (ce délai n'est donc pas obligatoire en MAPA). La conclusion d'un MAPA peut toujours faire l'objet d'un référé précontractuel** et même si la signature du marché est très rapide et peut empêcher, le cas échéant, le candidat évincé à présenter un tel référé, cela ne lui ouvre pas pour autant et **de ce seul motif**, l'accès au juge du référé contractuel.

## I.6. Référé précontractuel et contractuel

**Recevabilité du référé contractuel: Un référé précontractuel réalisé contre un contrat conclu avant la fin du délai de standstill est-il recevable? Est-il exclusif du référé contractuel?**

CE 24 mai 2017, n° 407047, Ville de Paris

*La société Concepts et Collectivités, la société Services et Equipements " Urbacar " et la société Proconcept 2 roues ont saisi le tribunal administratif de Paris d'un référé précontractuel après l'expiration du délai de onze jours que la ville de Paris leur avait régulièrement notifié ; qu'alors même que la ville de Paris a signé le contrat la veille de l'expiration de ce délai, **les sociétés requérantes, qui n'ont intenté un référé précontractuel que trois jours après l'expiration de ce délai et qui ne soutiennent pas avoir été empêchées de saisir le juge du référé précontractuel durant ce délai du fait du comportement du pouvoir adjudicateur, n'ont pas été privées de la possibilité de saisir utilement le juge du référé précontractuel** ; que, par suite, elles n'étaient pas recevables à saisir le juge d'un référé contractuel ; que, dès lors, leur demande présentée sur le fondement des dispositions de l'article L. 551-13 de ce code ne peut qu'être rejetée.*

**Le référé contractuel est irrecevable malgré le fait que la ville n'avait pas respecté le délai qu'elle s'était imposé et cela eu égard à la date à laquelle les sociétés avaient introduit leur référé précontractuel.**

## I.6. Référé précontractuel et contractuel

**Recevabilité du référé contractuel: cas où le pouvoir adjudicateur a signé le contrat alors qu'il avait été informé d'un référé précontractuel par Télérecours**

CE 17 octobre 2016, n° 400791 400794, Ministre de la défense c/ société Tribord

Il ressort des énonciations de l'ordonnance attaquée, non contestées sur ce point, que le greffe du tribunal administratif de Rennes a mis à la disposition du ministre de la défense **le 26 avril 2016 à 12h17** le référé précontractuel déposé par la société Tribord, **en utilisant l'application informatique « Télérecours »** à laquelle est inscrite son administration ; que le ministre a **signé le contrat** correspondant au lot n° 2 du marché en litige **le 26 avril 2016 à 17h07** ; la communication de ce référé doit être réputée avoir été reçue par le ministre dès sa mise à disposition dans l'application " Télérecours ". **Il est déduit que le pouvoir adjudicateur a méconnu les dispositions de l'article L. 551-4 du code de justice administrative en signant le contrat postérieurement à la réception du référé précontractuel. De ce fait, la voie du référé contractuel était ouverte à la société Tribord.**

## I.6. Référé précontractuel et contractuel

**Recevabilité du référé contractuel: seule la publication au JOUE d'un avis de « transparence ex ante volontaire » permet d'opposer l'irrecevabilité du référé contractuel prévue par l'art. L.551-15 du CJA - MAPA**

CE 23 janvier 2017, n° 401400, Société Decremps BTP

**Référé contractuel/Article L551-15 du CMP** Le recours [...] ne peut être exercé ni à l'égard des contrats dont la passation n'est pas soumise à une obligation de publicité préalable lorsque le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice a, avant la conclusion du contrat, **rendu public son intention de le conclure\* et observé un délai de onze jours après cette publication [...].** \* avis au JOUE

La même exclusion s'applique aux **contrats fondés sur un accord-cadre** ou un système d'acquisition dynamique lorsque le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice a envoyé aux titulaires la **décision d'attribution du contrat et observé un délai de seize jours** entre cet envoi et la conclusion du contrat, **délai réduit à onze jours** si la décision a été communiquée à tous les titulaires par voie électronique.

Quelques faits: le 10 mai, notification du rejet de l'offre

le 23 mai matin, signature du contrat

le 23 mai après-midi, introduction du référé précontractuel

Le requérant a été informé de la signature du contrat par le mémoire en défense, alors le requérant a requalifié son action en référé contractuel

Un candidat évincé qui a engagé un référé **précontractuel** postérieurement à la signature d'un marché passé selon une procédure adaptée alors que le pouvoir adjudicateur n'a pas publié *l'avis relatif à son intention de conclure un marché ou un accord-cadre dispensé d'obligations de publicité* dans les conditions prévues par l'article 40-1 du code des marchés publics et n'a pas observé, avant de le signer, un délai d'au moins onze jours entre la date de publication de l'avis prévu par cet article et la date de conclusion du contrat est recevable à saisir le juge du **référé contractuel** d'une demande dirigée contre ce marché, quand bien même le pouvoir adjudicateur lui aurait notifié le choix de l'attributaire et aurait respecté un délai avant de signer le contrat.



## II. Exécution des contrats et marchés publics

II.1. Sous-traitance

II.2. Marchés à forfait et travaux supplémentaire

II.3. Exception d'inexécution invoquée par le titulaire

II.4. Pénalités

II.5. Recours en résiliation du contrat ouvert aux tiers

## II.1. Sous-traitance

### Sous-traitance et acte spécial

CE, 27 janv. 2017, n° 397311, Sté Baudin Châteauneuf Dervaux

« *Considérant qu'il résulte des dispositions combinées de l'article 6 de la loi du 31 décembre 1975 et de l'article 114 du Code des marchés publics qu'en l'absence de modification des stipulations du contrat de sous-traitance relatives au volume des prestations du marché dont le sous-traitant assure l'exécution ou à leur montant, **le maître de l'ouvrage et l'entrepreneur principal ne peuvent, par un acte spécial modificatif, réduire le droit au paiement direct du sous-traitant dans le but de tenir compte des conditions dans lesquelles les prestations sous-traitées ont été exécutées** ; qu'ainsi, en jugeant que le droit au paiement direct de la société Dervaux était celui qui résultait de l'acte spécial tel qu'il avait été modifié par le Port autonome de Marseille et la société Gardiol, quand bien même cette modification était intervenue alors que les stipulations du contrat de sous-traitance étaient demeurées identiques, la cour administrative d'appel de Marseille a entaché son arrêt d'erreur de droit ; que, par suite, la société Baudin Châteauneuf Dervaux est fondée, sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens de son pourvoi, à en demander l'annulation »*



**Le maître d'ouvrage et l'entrepreneur principal ne peuvent pas modifier unilatéralement l'acte spécial de sous-traitance pour réduire la rémunération du sous-traitant régulier, en l'absence de toute modification du contrat de sous-traitance.**

## II.1. Sous-traitance

### Etendue des pouvoirs du maître d'ouvrage à l'égard du sous-traitant

CE, 9 juin 2017, n° 396358, Sté Keller fondations spéciales

« Considérant que, dans l'hypothèse d'une rémunération directe du sous-traitant par le maître d'ouvrage, ce dernier peut contrôler l'exécution effective des travaux sous-traités et le montant de la créance du sous-traitant ; qu'en jugeant que le maître d'ouvrage pouvait, au titre de ce contrôle, s'assurer que la consistance des travaux réalisés par le sous-traitant correspondait à ce qui était prévu par le marché, la cour administrative d'appel de Paris n'a pas commis d'erreur de droit ; qu'elle n'a pas davantage commis d'erreur de droit en jugeant qu'alors même que les travaux réalisés par la société KFS auraient été conformes aux règles de l'art, la commune était fondée à refuser de procéder au paiement direct de la somme sollicitée par cette société, dès lors qu'il ressortait des éléments qu'elle avait souverainement relevés, sans dénaturation, que la consistance des travaux de fondation réalisés par la société KFS ne correspondait pas à ce que prévoyait le marché ; que la société KFS n'est, par suite, pas fondée à demander l'annulation de l'arrêt qu'elle attaque (...) »



**Le maître d'ouvrage peut contrôler l'exécution effective des travaux effectués par le sous-traitant en cas de paiement direct de ce dernier et peut à ce titre vérifier la conformité des travaux aux stipulations du marché.**

## II.2. Marchés à forfait et travaux supplémentaires

### **Droit à indemnité dans le cadre d'un marché à forfait**

CAA Marseille, 15 mai 2017, n° 15MA03270, Sté Berthouly Construction

*« Considérant en deuxième lieu, que **les difficultés rencontrées dans l'exécution d'un marché à forfait ne peuvent ouvrir droit à indemnité au profit de l'entreprise titulaire du marché que dans la mesure où celle-ci justifie soit que ces difficultés trouvent leur origine dans des sujétions imprévues ayant eu pour effet de bouleverser l'économie du contrat, soit qu'elles sont imputables à une faute de la personne publique commise notamment dans l'exercice de ses pouvoirs de contrôle et de direction du marché, dans l'estimation de ses besoins, dans la conception même du marché ou dans sa mise en œuvre, en particulier dans le cas où plusieurs cocontractants participent à la réalisation de travaux publics** »*



Le titulaire d'un marché à forfait peut être indemnisé en cas de difficultés exceptionnelles, imprévisibles et extérieures ayant eu pour effet de bouleverser l'économie du contrat ou qui sont imputables à une faute de la personne publique. Application de l'arrêt Région Haute-Normandie (CE, 5 juin 2013, n° 352917, Région Haute-Normandie).

Voir également en ce sens CAA Lyon, 20 juill. 2017, n° 15LY01748, Sté Acquadro.

## II.3. Exception d'inexécution invoquée par le titulaire

### Conditions pour que le titulaire puisse invoquer l'exception d'inexécution

CAA Nantes, 12 avr. 2017, n° 16NT00758, A c/ Cne Rivière Saint-Sauveur

*« Considérant, en premier lieu, que le cocontractant lié à une personne publique par un contrat administratif est tenu d'en assurer l'exécution, sauf en cas de force majeure, et ne peut notamment pas se prévaloir des manquements ou défaillances de l'administration ou d'autres intervenants pour se soustraire à ses propres obligations contractuelles, notamment en prenant l'initiative de résilier unilatéralement le contrat ; que s'il est toutefois loisible aux parties de prévoir dans un contrat qui n'a pas pour objet l'exécution même du service public les conditions auxquelles le cocontractant de la personne publique peut résilier le contrat en cas de méconnaissance par cette dernière de ses obligations contractuelles, d'une part, le cocontractant ne peut procéder à la résiliation sans avoir mis à même, au préalable, la personne publique de s'opposer à la rupture des relations contractuelles pour un motif d'intérêt général, tiré notamment des exigences du service public, d'autre part, lorsqu'un motif d'intérêt général lui est opposé, le cocontractant doit poursuivre l'exécution du contrat et un manquement de sa part à cette obligation est de nature à entraîner la résiliation du contrat à ses torts exclusifs, enfin, en l'espèce, le contrat conclu entre M. A...et la commune de La Rivière Saint-Sauveur ne comportait en tout état de cause aucune clause permettant sa résiliation unilatérale par le cocontractant, lequel ne pouvait ainsi refuser de son propre chef de poursuivre l'exécution des obligations lui incombant en vertu de ce contrat ; que, par suite, en décidant de se soustraire à ses obligations contractuelles au motif d'un grave différend l'opposant au représentant de la société Aurore Architecture sur la délimitation de leurs attributions respectives dans la maîtrise d'oeuvre du chantier, M. A...a commis une faute contractuelle »*



Reprise du considérant de principe de l'arrêt du Conseil d'État du 8 octobre 2014, Sté Grenke Location (n° 370644 : *JurisData*). La Cour relève ensuite que le contrat ne comportait aucune clause permettant la résiliation unilatérale par le titulaire lequel ne pouvait donc ne pas refuser, de son propre chef, de poursuivre l'exécution des obligations qui lui incombait en vertu de ce contrat. En décidant de se soustraire à ses obligations contractuelles au motif d'un grave différend l'opposant à l'architecte sur la délimitation respective des attributions, le titulaire a commis une faute contractuelle de nature à engager sa responsabilité.

## II.4. Pénalités

### **Cumul des sanctions contractuelles: pénalités financières puis résiliation**

CAA Bordeaux, 4 mai 2017, n° 15BX00573, Sté Transports Carpaye

« S'agissant du bien-fondé de la résiliation :

(...)

**La société requérante soutient que cette résiliation ne pouvait être prononcée dès lors que ces manquements ont déjà donné lieu au paiement de pénalités. Toutefois, ainsi que l'ont relevé les premiers juges, la circonstance que chaque manquement puisse être sanctionné par des pénalités financières ne saurait faire obstacle au prononcé de la résiliation lorsque le cumul des manquements révèle, ainsi que le prévoit l'article 19 du CCAP, des insuffisances graves et répétées dans l'exécution par le prestataire de ses obligations contractuelles** et, notamment, pour celles qui ont trait à la sécurité des usagers, qui constitue une exigence particulière dans les missions de transport scolaire. Par ailleurs, et contrairement à ce qu'elle soutient, la sécurité des personnes transportées ne se limite pas à la détention d'une licence ou à la communication du procès-verbal de visite de la DRIRE. Le respect des horaires et des circuits de transports scolaires, un entretien régulier des véhicules, le respect des limites d'âge des véhicules, l'absence d'équipements de car défectueux participent ensemble de la mise en sécurité des usagers. »



**Le marché peut être valablement résilié quand bien même les manquements considérés ont déjà préalablement donné lieu à l'application de pénalités contractuelles.**

## II.4. Pénalités

### **Des pénalités de retard représentant la moitié du montant du marché en litige sont manifestement excessives**

CAA Marseille, 15 mai 2017, n° 15MA03044, Sté EIB

« S'agissant de la modulation des pénalités de retard :

*Considérant qu'aux termes de l'article **1231-5 du code civil** : " Lorsque le contrat stipule que celui qui manquera de l'exécuter paiera une certaine somme à titre de dommages et intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte ni moindre. / Néanmoins, le juge peut, même d'office, modérer ou augmenter la pénalité ainsi convenue si elle est manifestement excessive ou dérisoire. " ; qu'aux termes de l'article 20.5 du cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés de travaux, dans sa version en vigueur lors de la conclusion du marché en litige : " Le montant des pénalités et des primes n'est pas plafonné. " ;*

**Considérant qu'il est loisible au juge administratif, saisi de conclusions en ce sens, de modérer ou d'augmenter les pénalités de retard résultant du contrat, par application des principes dont s'inspire l'article 1231-5 du code civil, si ces pénalités atteignent un montant manifestement excessif ou dérisoire eu égard au montant du marché ; que contrairement à ce que soutient la société EIB, ces pénalités ayant le caractère d'une réparation forfaitaire, l'administration n'a pas à justifier de l'existence d'un préjudice consécutif à ce retard ; que, d'autre part, la société ne fait pas utilement état, au regard de ce qui précède, du montant des vols dont elle aurait été la victime ;**

**Considérant qu'ainsi qu'il a été indiqué au point 1, le montant total lot n° 10 du marché en litige était de 80 507 euros hors taxes ; que, dès lors que le montant des pénalités de retard infligées par l'établissement Habitat du Gard à la société EIB en représente environ la moitié, il est manifestement excessif par rapport à ce montant total ;**

*Considérant que, d'une part, ainsi qu'il a été dit au point 13, la société EIB ne justifie pas s'être trouvée, s'agissant de la remise des certificats établis par l'association " Consuel ", dans l'impossibilité absolue de respecter le délai contractuel d'exécution du marché en litige ; qu'en outre, en se bornant à faire état des congés de fin d'année, elle n'apporte aucun élément de nature à expliquer le retard de 28 jours constaté dans la remise de ces certificats ; que par ailleurs, si elle fait état du préjudice financier que lui auraient causé les vols précités, il résulte de l'instruction que, compte tenu de l'indemnisation reçue de son assureur pour un montant total de 33 115,16 euros, ce préjudice se limite à la somme totale de 7 800 euros ; que, d'autre part, le retard en cause a nécessairement eu pour conséquence de reporter d'autant le raccordement de l'ouvrage au réseau électrique, lequel n'a ainsi été effectif que le 5 janvier 2012 ; que la société EIB allègue sans l'établir, au vu des réserves mineures relatives aux autres lots portées sur le procès-verbal des opérations préalables à la réception du 28 novembre 2011, que le retard subséquent dans la livraison de l'ouvrage et le préjudice, notamment économique, en ayant résulté pour l'établissement Habitat du Gard ne lui seraient pas principalement imputables ; que dans ces conditions, **le montant de ces pénalités doit être ramené à la somme de 20 000 euros** »*



**Après avoir rappelé que « ces pénalités ayant le caractère d'une réparation forfaitaire, l'Administration n'a pas à justifier de l'existence d'un préjudice consécutif à ce retard », la Cour considère que le montant des pénalités infligées est manifestement excessif lorsqu'il représente environ la moitié du montant total du marché en litige.**

## II.4. Pénalités

### Précisions concernant la modulation des pénalités et l'office du juge

CE, 19 juill. 2017, n° 392707, Centre hospitalier interdépartemental de psychiatrie de l'enfant

« En ce qui concerne les conclusions tendant à l'annulation de l'arrêt attaqué en tant qu'il a procédé à la modulation des pénalités de retard infligées à la société GBR Île-de-France :

Considérant que les pénalités de retard prévues par les clauses d'un marché public ont pour objet de réparer forfaitairement le préjudice qu'est susceptible de causer au pouvoir adjudicateur le non-respect, par le titulaire du marché, des délais d'exécution contractuellement prévus ; qu'elles sont applicables au seul motif qu'un retard dans l'exécution du marché est constaté et alors même que le pouvoir adjudicateur n'aurait subi aucun préjudice ou que le montant des pénalités mises à la charge du titulaire du marché qui résulte de leur application serait supérieur au préjudice subi ;

Considérant que 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 ;

Considérant qu'il résulte de ce qui a été dit au point 4 que **lorsque le titulaire du marché saisit le juge de conclusions tendant à ce qu'il modère les pénalités mises à sa charge, il ne saurait utilement soutenir que le pouvoir adjudicateur n'a subi aucun préjudice ou que le préjudice qu'il a subi est inférieur au montant des pénalités mises à sa charge ; qu'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 ; qu'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 ;**

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que la cour administrative d'appel de Paris a commis une erreur de droit en réduisant le montant des pénalités à la charge de la société GBR Île-de-France sans s'assurer du caractère manifestement excessif des pénalités au regard notamment des pratiques observées pour des marchés comparables ou des caractéristiques particulières du marché en litige ; qu'elle a également commis une erreur de droit en réduisant les pénalités à un montant qui ne pouvait, en tout état de cause, être regardé comme corrigeant leur caractère manifestement excessif dès lors qu'il était soutenu, ce qu'il lui incombait de vérifier, que ce montant était inférieur au préjudice subi ; que, par suite et sans qu'il soit besoin d'examiner le moyen d'insuffisance de motivation soulevé à l'encontre de cette partie de l'arrêt, l'arrêt de la cour doit être annulé en tant qu'il se prononce sur la modulation des pénalités de retard (...)



## II.4. Pénalités



**Pour obtenir la modulation des pénalités infligées:**

- **D'une part, le titulaire ne peut se contenter de soutenir que l'administration qui les applique n'a subi aucun préjudice ou un préjudice inférieur au montant des pénalités appliquées. Le préjudice subi par le pouvoir adjudicateur est un plancher pas un plafond ;**
- **D'autre part, le titulaire doit fournir au juge tous éléments de nature à établir dans quelle mesure les pénalités présentent un caractère excessif (donc administrer la preuve du caractère excessif par tous moyens).**

## II.5. Recours en résiliation du contrat ouvert aux tiers

### Nouveau recours en résiliation du contrat ouvert aux tiers

CE, sect., 30 juin 2017, n° 398445, Synd. mixte de promotion de l'activité transmanche (SMPAT)

**« Considérant qu'un tiers à un contrat administratif susceptible d'être lésé dans ses intérêts de façon suffisamment directe et certaine par une décision refusant de faire droit à sa demande de mettre fin à l'exécution du contrat, est recevable à former devant le juge du contrat un recours de pleine juridiction tendant à ce qu'il soit mis fin à l'exécution du contrat ; que s'agissant d'un contrat conclu par une collectivité territoriale ou un groupement de collectivités territoriales, cette action devant le juge du contrat est également ouverte aux membres de l'organe délibérant de la collectivité territoriale ou du groupement de collectivités territoriales concerné ainsi qu'au représentant de l'Etat dans le département ;**

*Considérant que les tiers ne peuvent utilement soulever, à l'appui de leurs conclusions tendant à ce qu'il soit mis fin à l'exécution du contrat, que des moyens tirés de ce que la personne publique contractante était tenue de mettre fin à son exécution du fait de dispositions législatives applicables aux contrats en cours, de ce que le contrat est entaché d'irrégularités qui sont de nature à faire obstacle à la poursuite de son exécution et que le juge devrait relever d'office ou encore de ce que la poursuite de l'exécution du contrat est manifestement contraire à l'intérêt général ; **qu'à cet égard, les requérants peuvent se prévaloir d'inexécutions d'obligations contractuelles qui, par leur gravité, compromettent manifestement l'intérêt général ; qu'en revanche, ils ne peuvent se prévaloir d'aucune autre irrégularité, notamment pas celles tenant aux conditions et formes dans lesquelles la décision de refus a été prise ; qu'en outre, les moyens soulevés doivent, sauf lorsqu'ils le sont par le représentant de l'Etat dans le département ou par les membres de l'organe délibérant de la collectivité territoriale ou du groupement de collectivités territoriales compte-tenu des intérêts dont ils ont la charge, être en rapport direct avec l'intérêt lésé dont le tiers requérant se prévaut ;***

*Considérant que, saisi par un tiers dans les conditions définies ci-dessus, de conclusions tendant à ce qu'il soit mis fin à l'exécution d'un contrat administratif, il appartient au juge du contrat d'apprécier si les moyens soulevés sont de nature à justifier qu'il y fasse droit et d'ordonner après avoir vérifié que sa décision ne portera pas une atteinte excessive à l'intérêt général, qu'il soit mis fin à l'exécution du contrat, le cas échéant avec un effet différé ;*

*Considérant que ces règles, qui ne portent pas atteinte à la substance du droit au recours des tiers, sont d'application immédiate »*



**L'arrêt pose les conditions auxquelles un tiers à un contrat administratif, susceptible d'être lésé dans ses intérêts de façon suffisamment directe et certaine par une décision refusant de faire droit à sa demande de mettre fin à l'exécution du contrat, est recevable à former devant le juge du contrat un recours de pleine juridiction tendant à ce qu'il soit mis fin à l'exécution du contrat.**

Réunion de la Commission Droit public des affaires

12 janvier 2018

**Merci de votre attention!**