

LE COURRIER

des maires et des élus locaux



LA GESTION DES MARCHÉS PUBLICS

De 1 à 11
**DÉFINIR
SON MARCHÉ**

Définition
des besoins.
Durée. Allotisse-
ment. Prix...
P.III

De 12 à 20
**ANTICIPER LES
DIFFICULTÉS**

Variante et option.
Modifications.
Offre anormale-
ment basse...
P.VI

De 21 à 31
**EXÉCUTER
UN MARCHÉ**

Marché à bons
de commande.
Vérifications. Délais
de paiement...
P.VIII

De 32 à 42
**ACHÈVEMENT
DU MARCHÉ**

Avenant. Décision
de poursuivre. Auto-
risation de cession
du marché...
P.XI

De 43 à 50
CONTENTIEUX

Sanctions appli-
cables à l'opérateur.
Résiliation
pour faute.
Transaction...
P.XIV

▮ Les références

Codes des marchés publics

Loi n°2013-100 du 28 janvier 2013 portant diverses dispositions d'adaptation de la législation au droit de l'Union européenne en matière économique et financière (JO du 29 janvier 2013 p.1721)

Loi n°94-679 du 8 août 1994 portant diverses dispositions d'ordre économique et financier (JO du 10 août 1994 p.11668)

Loi du 17 avril 1906 portant fixation du budget général des dépenses et des recettes de l'exercice 1906

Décret n°2013-269 du 29 mars 2013 relatif à la lutte contre les retards de paiement dans les contrats de la commande publique (JO du 31 mars 2013 p.5497)

Décret n°2010-406 du 26 avril 2010 relatif aux contrats de concession de travaux publics et portant diverses dispositions en matière de commande publique (JO du 28 avril 2010 p.7686)

Arrêté modifié du 28 août 2006 relatif aux spécifications techniques des marchés et des accords-cadres, NOR: ECOM0620005A

Circulaire du 14 février 2012, Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics, NOR: EFIM1201512C

Circulaire du 7 septembre 2009 relative au recours à la transaction pour la prévention et le règlement des litiges portant sur l'exécution des contrats de la commande publique, NOR: ECEM0917498C

LA GESTION DES MARCHÉS PUBLICS

Par Nicolas Nahmias, Laurent Givord, Rachel Cattier, Nausicaa Brun et Emmanuelle Benoît, avocats, AdDen avocats

Ce «50 questions», conçu comme une «feuille de route» de bonne gestion de la passation et de l'exécution des marchés publics, s'attache à examiner les questions relatives à la bonne définition du marché (I), à la nécessité d'anticiper dès le stade de la passation les difficultés d'exécution (II), à la bonne gestion de la vie normale du marché (III), à la bonne gestion des aléas et de l'arrivée du terme du marché (IV) et, enfin, à la bonne gestion des contentieux issus de l'exécution du marché (IV).

1

Quelle est la clef d'un achat réussi ?

Il convient préalablement de «périmétrer» son besoin, c'est-à-dire en déterminer, de manière homogène et précise, sa nature et son étendue (art. 5 **CMP**; CE 15 déc. 2008, CU Dunkerque, req. n°310380). Il revient alors aux pouvoirs adjudicateurs, pour réussir leurs achats, d'avoir une approche programmatique et anticipatrice. Une telle approche s'avère fondamentale. D'abord, elle concourt à l'application efficiente des principes fondamentaux que sont «l'efficacité de la commande publique» et «la bonne utilisation des deniers publics» (article 1^{er} **CMP**). Par ailleurs, il s'agit, dans les **DCE**, d'être en mesure de décrire avec suffisamment de précision et sans contradiction (CE 29 mai 2013, CU Marseille Provence Métropole c/ Comatis, req. n°366456) les besoins, afin «de permettre aux candidats de présenter une offre adaptée aux prestations attendues, compte tenu des moyens nécessaires pour les réaliser» (CE 1^{er} juin 2011, Cne de Saint-Benoît, req. n°345649); de sorte à assurer le respect des «principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence». Le contrôle du choix des prestations reste toutefois souple (CE 2 oct. 2013 département de l'Oise, req. n°368846).

2

De quelles manières les prestations attendues, les besoins, doivent-ils être définis ?

Les prestations attendues sont définies, au sein des documents de la consultation, par des «spécifications techniques» (art. 6 **CMP**), exprimées soit «par référence à des normes ou à d'autres documents équivalents accessibles aux candidats» (ex.: agréments techniques ou autres référentiels techniques élaborés par les organismes de normalisation), soit «en termes de performances ou d'exigences fonctionnelles» (pouvant inclure des caractéristiques environnementales; arrêté modifié du 28 août 2006 relatif aux spécifications techniques des marchés et des accords-cadres, NOR: ECOM0620005A). Ces deux modes de détermination des «spécifications techniques» peuvent être utilisés de manière exclusive l'un de l'autre ou de manière combinée. Les **spécifications techniques** doivent permettre «l'égal accès des candidats et ne peuvent pas avoir pour effet de créer des obstacles injustifiés à l'ouverture des marchés publics à la concurrence».

CMP

Code des marchés publics.

DCE

Dossier de consultation des entreprises.

Spécifications techniques

En principe, celles-ci ne peuvent pas faire état «d'un mode ou procédé de fabrication particulier ou d'une provenance ou origine déterminée, ni faire référence à une marque, à un brevet ou à un type, dès lors qu'une telle mention ou référence aurait pour effet de favoriser ou d'éliminer certains opérateurs économiques ou certains produits» (CE 11 sept. 2006, Commune de Saran, req. n°257545).

3

Que faire lorsqu'il n'est pas possible de définir précisément les besoins ?

Le dialogue compétitif est conduit « avec les candidats admis à y participer en vue de définir ou de développer une ou plusieurs solutions de nature à répondre à ses besoins ». L'utilisation de ce mécanisme doit être justifiée par une complexité technique, juridique ou financière, constituée lorsque l'acheteur public « n'est objectivement pas en mesure de définir seul et à l'avance les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins » ou « lorsqu'il n'est pas en mesure d'établir le montage juridique ou financier d'un projet » (*art. 36 CMP*). Le pouvoir adjudicateur va engager un dialogue avec les candidats pour définir ses besoins : le cahier des charges arrêté à l'issue de ce dialogue servira de base à la remise des offres des candidats. Par ailleurs, si les marchés de définition ont été abrogés par le décret n° 2010-406 du 26 avril 2010, le pouvoir adjudicateur reste libre de passer des marchés de prestations intellectuelles visant à l'assister dans la définition de ses besoins (marchés d'étude et de programmation, etc.).

Marchés complémentaires

Il s'agit là de nouveaux marchés et pas tout à fait d'un outil de pilotage de la durée. Mais ces marchés permettent de demander au titulaire d'origine de continuer d'intervenir lorsque le changement de prestataire obligerait à acquérir un matériel technique entraînant une incompatibilité avec le matériel déjà acquis ou à être confronté à des difficultés techniques disproportionnées.

Allotissement

Les pouvoirs adjudicateurs soumis à l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 (sur les « marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au CMP ») ne sont pas soumis à une telle obligation, aucune disposition équivalente à l'article 10 précité du CMP ne leur étant applicable (*CE 23 déc. 2011 EPA Euroméditerranée, req. n° 351505*). Cependant, rien n'empêche ceux-ci d'y procéder (*Rép. min. JO 3 janvier 2013, p. 31, Q. n° 02391*).

4

Comment faire en cas d'incertitude sur la régularité ou l'étendue des besoins ?

En cas d'incertitude sur la régularité ou l'étendue des besoins, le code offre à l'acheteur différentes solutions. Il peut d'abord recourir soit à un accord-cadre, soit à un marché à bons de commande. Ces techniques, prévues respectivement par les articles 76 et 77 du CMP, permettent de gérer plus aisément les marchés pour lesquels il n'est pas nécessaire que les besoins soient satisfaits en une seule fois. L'accord-cadre, qui sépare la procédure de choix des titulaires de l'attribution des marchés (via les marchés dits subséquents), constitue ainsi un instrument de planification et d'optimisation de l'achat. Le marché à bons de commande, passé avec un ou plusieurs attributaires, permet d'organiser de manière efficiente des achats à caractère répétitif, en émettant les bons de commande au fur et à mesure de l'apparition du besoin, mais en n'organisant qu'une seule procédure de mise en concurrence. Dans le cadre d'un programme « phasé », notamment lorsque l'acheteur ne dispose pas dès l'origine de l'ensemble des crédits, il peut recourir à la formule des marchés à tranches conditionnelles de l'article 72.

5

Comment définir la durée d'un marché public ?

La durée doit être fixée en tenant compte de la nature des prestations et de la nécessité d'une remise en concurrence périodique. Ce rappel fait, on voit bien que la détermination de la « bonne » durée permet une meilleure gestion du marché : une durée trop courte nuira parfois à l'efficacité du prestataire ou conduira à la fixation d'un prix trop élevé, une durée trop longue, outre qu'elle fait courir un risque juridique, ne permettra pas de le maintenir en « éveil ». Le code prévoit en outre certaines souplesses qui permettent encore à l'acheteur de mieux « piloter » son marché. C'est le cas de la reconduction autorisée par l'article 16 du CMP qui permet par exemple de fixer une durée de base et d'y ajouter une ou plusieurs reconductions. Dans le silence du contrat, la reconduction intervient tacitement et le titulaire ne peut pas s'y opposer. En pratique, ce dispositif autorise donc l'acheteur à faire varier la durée du marché, par exemple pour tenir compte de l'évolution de ses besoins ou encore de son niveau de satisfaction du titulaire. Enfin, l'acheteur peut passer sans publicité ni mise en concurrence les **marchés complémentaires** de l'article 35 II 4° et 5°.

6

L'allotissement est-il obligatoire ?

Oui, l'**allotissement** qui consiste à fractionner (techniquement, voire géographiquement) une prestation globale est en principe obligatoire, ce « afin de susciter la plus large concurrence » et dès lors que l'objet du marché permet d'identifier de prestations distinctes (*art. 10 CMP*; *CE 3 déc. 2012, Sybert, req. n° 360333*). Le pouvoir adjudicateur détermine librement le nombre de lots du marché, sous le seul contrôle en principe de l'erreur manifeste d'appréciation (*CE 21 mai 2010, Cne d'Ajaccio, req. n° 333737*). La jurisprudence donne un effet utile à ces dispositions en jugeant, par exemple, qu'un pouvoir adjudicateur ne saurait, « dans les documents de la consultation, contraindre les candidats à présenter une offre pour chacun des lots du marché » (*CE 1^{er} juin 2011, Soc. Kone, req. n° 346405*).

7

Dans quels cas est-il possible de ne pas allotir ?

Outre les marchés de conception/réalisation de l'article 37 du CMP et les contrats globaux de performance prévus à l'article 73 du même code, un marché global est possible dans les hypothèses suivantes: si l'allotissement « est de nature, dans le cas particulier, à restreindre la concurrence », ou « risque de rendre techniquement difficile ou financièrement coûteuse l'exécution des prestations », ou si le pouvoir adjudicateur s'avère ne pas « [être] en mesure d'assurer par lui-même les missions d'organisation, de pilotage et de coordination ». Ainsi, par exemple, l'obligation disparaît lorsque la passation d'un marché global permet des économies significatives (CE 27 oct. 2011, Dpt des Bouches-du-Rhône, req. n°350935 : baisse de 66 % du prix par rapport au précédent marché). Parallèlement, l'impact financier d'un regroupement, évalué à 2 % du budget alloué au lot, a été jugé insuffisant pour justifier une dérogation à l'obligation d'allotir (CE 11 août 2009, CU Nantes métropole, req. n°319949). Le juge est, en général, exigeant quant aux justifications invoquées pour éluder l'obligation d'allotir.

8

Peut-on limiter le nombre de lots à attribuer à un même opérateur ?

Oui. Le Conseil d'Etat s'est prononcé en ce sens, en énonçant que l'obligation d'allotir un marché n'interdit en rien au pouvoir adjudicateur, afin de mieux assurer la satisfaction de ses besoins en s'adressant à une pluralité de cocontractants ou de favoriser l'émergence d'une plus grande concurrence, de limiter le nombre de lots qui pourra être attribué à chaque candidat (CE 20 fév. 2013, IGNA req. n°363656). Simplement, si le pouvoir adjudicateur autorise les candidats à soumissionner à davantage de lots que le nombre maximum qu'ils peuvent obtenir, les documents de la consultation doivent en outre indiquer les modalités d'attribution des lots, en les fondant sur des critères ou des règles objectifs et non discriminatoires. Exemple: dans le cadre d'un marché limitant à 3 le nombre maximum de lots pouvant être obtenus par un même candidat, et si un candidat arrive premier pour 4 des lots du marché en application des critères de choix des offres, lui seront attribués les 3 lots dont l'importance quantitative estimée est la plus importante, ou, pour les marchés à bons de commande, dont le montant minimum est le plus élevé.

9

Comment définir le prix d'un marché public ?

L'article 17 du CMP distingue les prix unitaires, appliqués aux quantités réellement livrées ou exécutées, des prix forfaitaires, appliqués quelles que soient les quantités livrées ou exécutées. La personne publique est libre de choisir entre ces deux formes de prix, en fonction de l'organisation opérationnelle de son marché. Le caractère forfaitaire du prix a un effet « cristallisant »: le titulaire ne peut plus solliciter de complément de prix que dans deux hypothèses. D'une part, s'il établit avoir subi des sujétions techniques, soit des difficultés matérielles présentant un caractère exceptionnel, imprévisibles lors de la conclusion du contrat et dont la cause est extérieure aux parties, à condition qu'il en soit résulté un bouleversement de l'économie du contrat. D'autre part, s'il a dû assurer des travaux indispensables à la réalisation de l'ouvrage dans les règles de l'art et qui n'étaient pas prévus lors de la conclusion du marché (CAA Douai 6 mars 2013, SAS Sogea Caroni, req. n°12DA00766). Le caractère forfaitaire du prix doit donc être réservé aux prestations dont le contenu et l'ampleur sont très exactement identifiables.

10

Dans quel cas peut-on ou doit-on prévoir un prix révisable ?

On le peut, et on le doit parfois. En application de l'article 18 du CMP, le prix est ferme ou révisable. Le prix révisable permet de tenir compte des variations économiques concrètes rencontrées durant l'exécution du marché, en fonction d'une référence aux indices officiels de fixation et/ou d'une formule représentative de l'évolution du coût de la prestation. Pour autant, si le choix entre prix ferme et révisable reste une faculté dans beaucoup de cas, le recours à un prix révisable est obligatoire pour tous les marchés d'une durée d'exécution supérieure à trois mois qui nécessitent, pour leur réalisation, le recours à une part importante de fournitures notamment de matières premières dont le prix est directement affecté par les fluctuations de cours mondiaux. L'absence irrégulière d'une **clause de révision** constitue un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence que peut connaître le juge du référé précontractuel (CE 9 décembre 2009 département de l'Eure, req. n°328803).

Clause de révision

La formule de révision des prix doit être mûrement réfléchie : touchant aux conditions initiales de la concurrence, elle est considérée comme intangible pour toute la durée du marché (Rép. min. n°31973, JOAN Q, 3 novembre 2009, p. 10428).

11

Comment introduire des considérations sociales et/ou environnementales au stade de la passation et/ou de l'exécution d'un marché ?

1/ L'article 15 du CMP permet de réserver des lots ou des marchés aux structures permettant aux personnes handicapées d'exercer une activité professionnelle. 2/ L'article 53 du CMP permet d'introduire des critères de choix de l'offre économiquement la plus avantageuse liés aux « performances en matière de protection de l'environnement » ou aux « performances en matière d'insertion professionnelle des publics en difficulté » (*le recours à ce type de critère étant plus souplement admis depuis CE 25 mars 2013, Dpt de l'Isère, req. n° 364950*). 3/ L'article 14 du CMP permet au pouvoir adjudicateur d'imposer au titulaire du marché des conditions particulières d'exécution satisfaisant des exigences sociales ou environnementales, à condition qu'elles ne soient pas discriminatoires (*ex. : emploi publics en difficulté ; Rep. min. Q n° 30308, JOAN 10/09/2013*).

Options

La jurisprudence distingue, d'une part, celles au sens du droit de l'UE qui se réaliseront dans le cadre d'éventuelles reconductions du marché, d'avenants ou de marchés complémentaires et, d'autre part, celles au sens du droit interne que les candidats sont tenus de proposer, en complément de l'offre de base, et que le pouvoir adjudicateur se réserve la possibilité de demander au cours du marché (CE 15 juin 2007 Min. de la Défense, req. n° 299391).

Modifications marginales

Le juge censure donc toute modification substantielle qui révélerait une forme de négociation du marché susceptible de remettre en question les conditions de la mise en concurrence initiale, que cela tienne à une modification du prix (TA Pau 10 juillet 1984 req. n° 7556) ou à une modification de la consistance des prestations objet du marché (CAA Nancy 26 janvier 2006, req. n° 02NV00635).

Manquements

A lire, sur ce point, une récente réponse ministérielle, synthétique et complète (JO du 26 mars 2013, p. 3370, réponse du ministre de l'Intérieur à la question 16045).

12

Quelle est la différence entre les variantes et les options ?

Les variantes sont des modifications, à l'initiative des candidats, de spécifications attendues dans la solution de base et décrite dans les documents de la consultation (*CE 5 janvier 2011, Soc. Technologie Alpine Sécurité, req. n° 343206 ; art. 50 CMP*). Dans la plupart des cas, elles permettent de perfectionner, notamment de manière innovante, l'offre (en terme économique et/ou technique). Les variantes sont possibles lorsque le pouvoir adjudicateur se fonde sur plusieurs critères pour attribuer le marché et doivent respecter les exigences minimales fixées. En procédure formalisée, les candidats doivent être expressément autorisés à en déposer. En procédure adaptée, sauf prohibition expresse, les candidats peuvent en déposer. Les **options** sont des prestations supplémentaires par rapport aux prestations principales.

13

Quelles sont les modifications qu'il est possible d'apporter au contrat pendant la mise au point ?

En matière d'appel d'offres ouvert (*art. 59 CMP*) ou restreint (*art. 64 CMP*), le Code prévoit qu'« il est possible, en accord avec le candidat retenu, de procéder à une mise au point des composantes du marché, sans que ces modifications puissent remettre en cause les caractéristiques substantielles de l'offre, ni le classement des offres ». La mise au point permet ainsi à un pouvoir adjudicateur et au candidat retenu, d'apporter des **modifications marginales** tenant principalement à la correction d'erreurs matérielles et à des ajustements techniques mineurs, avant signature du marché, étant entendu que de telles modifications ne doivent pas avoir pour objet de remettre en cause la mise en concurrence.

14

Comment traiter la candidature d'un cocontractant avec lequel on a déjà eu des difficultés ?

Après avoir admis qu'un acheteur pouvait écarter un candidat simplement « en raison de difficultés qui avaient affecté la réalisation de travaux antérieurs » (*CE 27 février 1987, Hôpital départemental Esquirol, req. n° 61402*), le Conseil d'État a ensuite précisé que s'il peut tenir compte des **manquements** du candidat dans l'exécution de précédents marchés, l'acheteur ne peut le faire sans rechercher si d'autres éléments du dossier de candidature permettent de justifier de garanties (*CE 10 juin 2009, Région Lorraine, req. n° 324153*). Un candidat ne peut donc être éliminé que s'il ne fournit pas d'autres références que les marchés antérieurs. En cas de marchés antérieurs litigieux, c'est à la personne publique de prouver la réalité des manquements allégués et que ceux-ci mettent en cause la capacité du candidat à répondre au nouveau marché (*CE 1^{er} mars 2012, Département de la Corse-du-Sud, req. n° 354159*).

15

Comment traiter la candidature d'une entreprise en redressement judiciaire ?

Le Code des marchés publics interdit d'admettre la candidature d'une entreprise en redressement judiciaire si celle-ci n'établit pas qu'elle a été habilitée à poursuivre ses activités pendant la **durée prévisible d'exécution** du marché. En effet, l'article 8 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005, auquel renvoie l'article 43 du CMP, prévoit que « les personnes admises à la procédure de redressement judiciaire instituée par l'article L.631-1 du Code de commerce [...] doivent justifier qu'elles ont été habilitées à poursuivre leurs activités pendant la durée prévisible d'exécution du marché ». C'est la raison pour laquelle le formulaire DC2 prévoit qu'en cas de redressement judiciaire, le candidat doit produire le jugement ayant prononcé ledit redressement.

16

Comment traiter les candidatures et offres multiples ?

L'article 48 CMP prévoit que lorsqu'un même candidat transmet successivement plusieurs offres dans le délai fixé pour la remise des offres, seule est ouverte la dernière offre reçue, que ce soit par voie électronique ou sur support matériel.

L'article 51-VI prévoit en outre que le règlement de la consultation peut interdire aux candidats de se présenter en qualité de candidat individuel et en qualité de membre d'un groupement ou en qualité de membre de plusieurs groupements. Pour autant, le CMP n'apporte pas de précision quant à l'hypothèse d'un même opérateur économique présentant plusieurs candidatures distinctes à titre individuel, avec des sous-traitants différents par exemple. Cette technique est parfois utilisée par certains candidats qui espèrent, en se prévalant de l'expérience de différents sous-traitants, multiplier ainsi leurs chances. Afin d'éviter toute difficulté, il convient de préciser dans le règlement de la consultation l'interdiction pour les candidats de présenter, à titre individuel, deux candidatures à un même marché.

Durée prévisible d'exécution

Doit être rejetée la candidature placée en redressement judiciaire avec une période d'observation s'achevant le 24 mars 2010, alors que le marché, à notifier le 1^{er} janvier 2010, avait une durée d'exécution prévisible de 20 mois (CAA Nancy 28 novembre 2013 OPH Metz Habitat Territoire, req. n° 13NC00967).

17

Que faire face à une offre qui semble anormalement basse ?

L'article 55 du CMP dispose que « si une offre paraît anormalement basse, le pouvoir adjudicateur peut la rejeter par décision motivée après avoir demandé par écrit les précisions qu'il juge utiles et vérifié les justifications fournies ». Pour caractériser une **OAB**, l'acheteur doit rechercher si l'offre est, en elle-même, sous-évaluée. Cela au moyen de critères tels que notamment le prix de l'offre, sa comparaison avec l'estimation initiale, sa comparaison avec les autres offres ou au regard des obligations qui s'imposent au candidat. Lorsque l'acheteur est confronté à une offre qui paraît anormalement basse, il a l'obligation de demander à l'opérateur toutes les précisions et justifications expliquant son prix (CE 29 oct. 2013, Dpt du Gard, n° 371233). Le Conseil d'Etat considère alors que « si les précisions et justifications apportées ne sont pas suffisantes pour que le prix proposé 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 » (CE 29 mai 2013, Ministre de l'Intérieur c/ Sté Artéis, n° 366606). L'administration a donc l'obligation, et non la faculté, de rejeter une telle offre.

18

Comment détecter une offre irrégulière, inacceptable ou inappropriée ?

Est offre irrégulière celle qui s'avère incomplète ou ne respecte pas les exigences formulées dans l'**AAPC** ou dans les documents de la consultation (CE 12 janvier 2011, Dpt du Doubs, req. n° 343324), à condition que ces derniers soient eux-mêmes réguliers (TA Montreuil 17 nov. 2010, Soc. Direct Impression, req. n° 1011171, concl. B. Dacosta sur CE 22 décembre 2008, Ville de Marseille, req. n° 314244). Est inacceptable l'offre dont les conditions d'exécution méconnaissent la législation en vigueur (CE 23 nov. 2011, CU de Nice-Côte-d'Azur, req. n° 351570; CE 11 déc. 2013, Soc. antillaise de sécurité, req. n° 372214) ou qui ne peut être financée par le pouvoir adjudicateur une fois les crédits budgétaires alloués au marché après évaluation du besoin à satisfaire, ces crédits devant correspondre à une estimation sincère et fiable de la prestation attendue (Rép. mini. : JO 15/10/2013, p. 10817, Q. n° 32664). Est **inappropriée** celle qui apporte une réponse sans rapport avec le besoin du pouvoir adjudicateur.

AAPC

Avis d'appel public à la concurrence

OAB

Offre anormalement basse

Inappropriée

L'offre inappropriée est assimilable à une absence d'offre (art. 35 CMP).

19

Quelle attitude adopter en cas d'offres irrégulières, inacceptables ou inappropriées ?

Les offres irrégulières, inacceptables ou inappropriées doivent en principe être éliminées avant tout classement (*art. 53-III CMP*). S'il apparaît qu'une telle offre a tout de même été analysée, notée puis classée, elle demeure vouée au rejet (*CE 29 mai 2013 CU Marseille Provence Métropole c/ Comatis, req. n°366456*). Une exception subsiste: il est possible, dans le cadre spécifique d'un « **MAPA** » avec négociations, d'engager des négociations « avec les candidats ayant remis des offres inappropriées, irrégulières ou inacceptables », mais il ne s'agit aucunement d'une obligation. Cette possibilité doit respecter le « principe d'égalité » et le pouvoir adjudicateur doit, « à l'issue de la négociation, rejeter sans les classer les offres qui sont demeurées inappropriées, irrégulières ou inacceptables » (*CE 30 nov. 2011, Ministre de la défense et des anciens combattants c/ EURL Qualitech, req. n°353121*).

MAPA

S'il n'a été proposé que des offres irrégulières ou inacceptables, le pouvoir adjudicateur peut mettre en œuvre une procédure négociée avec publicité et mise en concurrence. En revanche, si seules des offres inappropriées ont été déposées, il est possible de recourir à une procédure négociée sans publicité ni concurrence (il en est de même si aucune candidature ou aucune offre n'a été déposée).

Durée d'exécution

Le CMP prohibe tout détournement de procédure consistant à retenir une date d'émission et une durée d'exécution de ces bons de commande telles que leur exécution se prolongerait au-delà de la date limite de validité du marché dans des conditions qui méconnaissent l'obligation d'une remise en concurrence périodique des opérateurs économiques (*art. 77-II CMP*).

20

Comment limiter au mieux le risque de contentieux touchant la procédure de passation ?

Le Code des marchés publics impose des procédures rigoureuses en matière d'information des candidats non retenus (*art. 80 et 83 CMP*). Pour les marchés passés selon une procédure formalisée, il impose également à l'acheteur de respecter un délai de suspension (*art. 80 CMP également*) entre le moment où il notifie le rejet des offres et la date de conclusion du marché (délai dit de « stand still »). Ce délai a pour objectif évident de rendre effectif la possibilité de recourir au référé précontractuel. L'accomplissement de ces formalités est nécessaire à la bonne gestion des marchés publics passés par l'acheteur et cela pour 2 raisons. 1/ En étant pédagogue et précis, l'acheteur permet aux candidats évincés de bien comprendre pourquoi ils n'ont pas été les meilleurs et d'adapter leur offre de façon à être plus efficace lors des mises en concurrence suivantes. Autrement dit, une bonne explication stimule la concurrence pour les marchés suivants. 2/ Ces explications permettent fréquemment de désamorcer les situations contentieuses.

21

Un bon de commande émis en fin d'exécution est-il valide après l'expiration du marché ?

Oui, sous conditions. L'émission des bons de commande ne peut intervenir que pendant la durée de validité du marché, d'un maximum de quatre ans en principe – d'où l'impossibilité d'émettre un bon de commande une fois le marché parvenu à son terme, un tel bon ne générant pas d'obligations contractuelles, et n'ouvrant donc en principe pas droit au paiement du titulaire, même si ce dernier peut espérer être indemnisé sur la base de l'enrichissement sans cause (*CAA Bordeaux 8 sept. 2009, Sté Bull SA, req. n°08BX00203*). Dès lors qu'il est régulièrement émis pendant la période de validité du marché la **durée d'exécution** d'un bon de commande peut valablement s'achever après l'expiration du marché (*Circulaire du 14 février 2012, Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics, NOR: EFIM1201512C*).

22

Le pouvoir adjudicateur peut-il s'adresser à un autre prestataire que le titulaire du marché à bons de commande ?

Le titulaire d'un marché à bons de commande bénéficie, de plein droit, d'une exclusivité sur les prestations du contrat. La jurisprudence a reconnu qu'il peut engager la responsabilité de la personne publique s'il prouve que des prestations liées au marché ont été confiées à un tiers (*CAA Bordeaux 30 juil. 2009, Marcelin X., req. n°08BX00239*). Toutefois, aux termes de l'article 77 du CMP, « pour des besoins occasionnels de faible montant, le pouvoir adjudicateur peut s'adresser à un prestataire autre que le ou les titulaires du marché, pour autant que le montant cumulé de tels achats ne dépasse pas 1 % du montant total du marché, ni la somme de 10000 € HT. Le recours à cette possibilité ne dispense pas le pouvoir adjudicateur de respecter son engagement de passer des commandes à hauteur du montant minimum du marché lorsque celui-ci est prévu ».

23

Est-il possible de résilier un marché à bons de commande avant son terme une fois le minimum atteint ?

Le guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics prévoit de manière explicite qu'« il n'est pas possible de résilier un marché à bons de commande avant son terme, pour le seul motif que le minimum a été atteint : la durée du marché est l'un des éléments déterminant les conditions de la mise en concurrence initiale. Une résiliation effectuée dans ces conditions est, en outre, susceptible de constituer une méconnaissance des dispositions du code interdisant de s'adresser, pendant la durée de l'exécution du marché, à un autre prestataire que le titulaire, sauf pour des besoins occasionnels de faible montant ».

24

A quoi sert l'acceptation du sous-traitant ?

Le sous-traitant qui a été régulièrement accepté et dont les conditions de paiement ont été agréées par la personne publique se voit reconnaître un droit au paiement direct, notamment en cas de défaillance du titulaire du marché (*art. 115 CMP*). Pour financer les dépenses nécessaires à la réalisation de l'objet du contrat de sous-traitance, le sous-traitant bénéficiaire du paiement direct pourra ainsi avoir recours à une cession des créances nées de ce droit au paiement direct.

L'acceptation du sous-traitant est précédée d'une procédure de présentation, qui permet à la personne publique de connaître le sous-traitant auquel il est envisagé de confier l'exécution d'une partie du marché, et de vérifier qu'il n'entre pas dans un cas d'interdiction de participer à l'exécution d'un marché public. Pour autant, l'acceptation du sous-traitant par le pouvoir adjudicateur ne désengage pas le titulaire principal du marché, qui reste responsable de l'exécution de toutes les prestations, y compris celles sous-traitées.

25

Comment procéder aux opérations de vérification ?

Non évoquées dans le code, les opérations de vérification constituent pourtant une étape clé de l'exécution des marchés, qui plus en marché de travaux : elles permettent de s'assurer de la livraison des prestations au regard des spécifications techniques stipulées au marché, et par suite, de la satisfaction des besoins de la personne publique et leur résultat conditionne le paiement du titulaire.

Il convient de noter que ces opérations font l'objet de développements détaillés dans les CCAG ; les délais, la procédure et la répartition des frais relatifs aux opérations de vérification, qui varient selon les types de marchés, y sont notamment précisés. Quels que soient les marchés, leur objet est cependant similaire. Les vérifications sont d'abord quantitatives : l'acheteur public contrôle ainsi la conformité entre le volume livré ou le travail fait et le volume ou le travail commandé. Les vérifications sont également qualitatives : l'acheteur public s'assure alors que le titulaire du marché a bien mis en œuvre les moyens définis dans le marché et qu'il a correctement réalisé les prestations définies dans le marché comme étant à sa charge.

26

Quelles décisions peuvent être prises au terme des opérations de vérification ?

Au terme du délai imparti pour procéder à ses opérations de vérification, l'acheteur public peut prendre quatre décisions. 1/ Les prestations correspondent en tout point aux spécifications du marché : l'acheteur public prononce la réception (ou l'admission) des prestations ; cette décision entraîne en principe le transfert de propriété des biens attachés (ce qui implique le paiement des prestations). 2/ S'il estime que des prestations ne peuvent être reçues que moyennant certaines mises au point, l'acheteur peut prononcer un ajournement de la réception des prestations ; les prestations sont alors représentées à l'acheteur dans un certain délai. 3/ S'il estime que des prestations, sans être entièrement conformes aux stipulations du marché, peuvent néanmoins être reçues en l'état, l'acheteur peut les admettre avec réfaction de prix proportionnelle à l'importance des imperfections constatées. 4/ S'il estime les prestations non conformes aux stipulations du marché, il en prononce le **rejet** partiel ou total.

Rejet

Lorsque les prestations sont rejetées car non conformes aux stipulations du marché, son titulaire est tenu de les exécuter à nouveau. Dans le cas de la réfaction et du rejet, et parce que ces décisions l'impactent significativement, le titulaire du marché doit avoir été mis à même de présenter ses observations.

27

Quels sont les délais de paiement selon les catégories d'acheteurs ?

En application du décret n° 2013-269 du 29 mars 2013 relatif à la lutte contre les retards de paiement dans les contrats de la commande publique, le **délai de paiement** à compter de la réception de la demande de paiement du titulaire du marché est de 30 jours pour l'Etat et ses établissements publics autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial, pour les collectivités territoriales et les établissements publics locaux, et pour les pouvoirs adjudicateurs mentionnés à l'article 3 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 ; de 50 jours pour les établissements publics de santé et les établissements du service de santé des armées ; et de 60 jours pour les pouvoirs adjudicateurs considérés comme des entreprises publiques au sens de l'article 1^{er} II de l'ordonnance n° 2004-503 du 7 juin 2004, à l'exception de ceux qui sont des établissements publics locaux.

Délai de paiement

Le non-respect des délais de paiement ouvre de plein droit et sans autre formalité, au titulaire et à ses sous-traitants agréés, le bénéfice d'intérêts moratoires à compter du jour suivant l'expiration du délai, dans les conditions précisées au décret n° 2013-269 indiqué ci-contre.

28

Quelles sont les conséquences d'un retard de paiement des sommes dues par un pouvoir adjudicateur ?

Le retard de paiement fait courir, de plein droit et sans autre formalité, des intérêts moratoires à compter du jour suivant l'expiration du délai de paiement ou l'échéance prévue au contrat (*art. 37 de loi n° 2013-100 du 28 janvier 2013. art. 98 CMP*) et au versement d'une indemnité forfaitaire pour frais de recouvrement (*art. 40 de la loi*). Le décret n° 2013-269 du 29 mars 2013 précise que le taux des intérêts moratoires est égal au taux d'intérêt appliqué par la BCE à ses opérations principales de refinancement les plus récentes, en vigueur au 1^{er} jour du semestre de l'année civile au cours duquel les intérêts moratoires ont commencé à courir, majoré de huit points de pourcentage (*art. 8*) et que l'indemnité forfaitaire pour frais de recouvrement est fixée à 40 euros (*art. 9*). Ces sommes sont payées dans un délai de 45 jours suivant la mise en paiement du principal (*art. 10*). Les clauses de renonciation aux intérêts moratoires sont réputées non écrites (*art. 67 de la loi du 8 août 1994 ; CE 17 octobre 2003 Min. de l'intérieur, req. n° 249822*).

29

Quelles garanties la personne publique peut-elle exiger ?

Pour s'assurer de la bonne exécution du marché jusqu'à son terme, l'acheteur public peut souhaiter obtenir certaines garanties de la part de son cocontractant. Ainsi, l'acheteur public peut, en application de l'article 101 du CMP, exiger du titulaire du marché une retenue de garantie, destinée à couvrir les réserves à la réception des prestations, dont le montant ne peut être supérieur à 5 % du montant initial augmenté le cas échéant du montant des avenants ; cette retenue est prélevée par fractions sur chacun des versements autres qu'une avance. L'acheteur public ne peut cependant exiger une telle retenue de garantie de la part d'un organisme public titulaire du marché. Pendant toute la durée du marché, le titulaire peut, sur le fondement de l'article 102 du CMP, substituer à la retenue de garantie une garantie à première demande ou, si le pouvoir adjudicateur ne s'y oppose pas, une caution personnelle et solidaire, pour autant que leur montant – calculé sur le montant total du marché y compris des avenants – ne soit pas supérieur à celui de la retenue de garantie qu'elles remplacent et qu'elles aient le même objet. Enfin, les documents du marché peuvent préciser, s'il y a lieu, d'autres garanties pour l'exécution d'engagements particuliers.

Notification

Lorsque la cession est régulièrement notifiée au comptable assignataire, l'acheteur public ne peut se libérer qu'en procédant au paiement entre les mains de l'établissement de crédit cessionnaire ; pour le reste, l'exécution du marché demeure inchangée.

30

Que faire face à une notification de cession de créance du marché ?

Le titulaire d'un marché public ou son sous-traitant agréé a le droit de céder les créances qu'il détient sur un acheteur public, que ce soit dans le cadre d'une cession de créance de droit commun prévue aux articles 1689 et suivants du Code civil ou d'une cession de créances professionnelles (« cession Dailly ») prévue aux articles L.313-23 et suivants du Code monétaire et financier. Pour se faire, la cession de créance doit être signifiée par huissier, dans le cadre d'une cession ordinaire, ou notifiée, dans le cadre d'une cession Dailly, au comptable assignataire de l'acheteur public. Le comptable doit alors s'assurer que la procédure de **notification** est régulière et que le cessionnaire a bien joint l'exemplaire unique ou le certificat de cessibilité du marché. A défaut (par exemple en cas de notification à l'ordonnateur ou à un comptable autre que le comptable assignataire désigné dans le marché), la cession est inopposable à l'acheteur public.

31

Que faire face à une demande d'acceptation de cession de créance du marché ?

Outre la notification, un acheteur public peut recevoir une demande d'**acceptation** de cession de créance née d'un marché adressée par le cessionnaire. Saisi d'une telle demande, l'acheteur public dispose du droit de la refuser ou de l'accepter, voire de l'assortir de conditions. Il convient cependant d'en mesurer les implications : s'il y répond favorablement, l'acheteur public s'engage à payer intégralement un montant précis au cessionnaire, sans pouvoir lui opposer ses rapports avec le titulaire du marché cédant. En d'autres termes, l'acheteur ne peut minorer le paiement au cessionnaire alors même qu'il aurait pu le faire vis-à-vis du titulaire du marché, que ce soit au titre des pénalités, de la réfaction ou de la compensation entre créances (sauf s'il a conditionné à cet égard son acceptation). En outre, la cession acceptée devient opposable, même si sa notification était en fait irrégulière.

32

Quand conclure un avenant ?

Un avenant peut être conclu lorsque les parties souhaitent modifier les termes du marché, sans en bouleverser l'économie ni en changer l'objet (*art. 20 CMP*).

De nombreuses stipulations contractuelles peuvent être modifiées par avenant, afin de répondre à la volonté des parties ou à des événements extérieurs. L'avenant peut avoir pour but de rectifier une erreur matérielle (erreur d'indices dans la formule d'indexation, erreur de délais), de modifier des clauses d'obligation réciproques pour tenir compte de l'exécution des prestations (avenant fixant le forfait définitif de rémunération du maître d'œuvre, modifiant la masse des travaux, les délais d'exécution), de prendre en compte des modifications affectant l'un des cocontractants (changement de la personne publique contractante en raison d'un transfert de compétences, changement de titulaire du marché en cas de cession). L'avenant peut aller jusqu'à bouleverser l'économie du marché ou en modifier l'objet s'il a pour objet d'acter les conséquences de sujétions techniques imprévues (*difficultés matérielles exceptionnelles, imprévisibles et extérieures aux parties* : *CE 30 juillet 2003, Commune de Lens, req. n° 223445*).

Procédure d'acceptation

Elle se traduit, pour la cession de droit commun, par l'édition un acte authentique et, dans la « cession Daily » (cf. question 30), par l'engagement écrit de l'ordonnateur à payer directement le cessionnaire. S'agissant d'une collectivité territoriale, l'exécutif ne peut procéder à l'acceptation sans y avoir été, au préalable, autorisé par l'organe délibérant (*CE 25 juin 2003 Caisse centrale de Crédit mutuel du Nord de la France, req. n° 240679*).

33

Dans quel cas un avenant bouleverse-t-il l'économie du contrat ?

Aux termes de l'article 20 du CMP, « en cas de sujétions techniques imprévues ne résultant pas du fait des parties, un **avenant** ou une décision de poursuivre peut intervenir quel que soit le montant de la modification en résultant. Dans tous les autres cas, un avenant ou une décision de poursuivre ne peut bouleverser l'économie du marché, ni en changer l'objet ». Ainsi, en dehors du strict cas « des sujétions techniques imprévues », le code encadre le recours aux avenants par deux principes : d'une part, l'absence de bouleversement économique du contrat et, d'autre part, l'absence de modification de l'objet du marché initial. A défaut, l'avenant est illégal et les prestations y afférant, qui s'analysent comme un nouveau marché, doivent faire l'objet d'une procédure de mise en concurrence distincte. Sur le plan quantitatif, il n'existe pas de seuil prédéfini permettant de caractériser le bouleversement de l'économie du contrat et celui-ci s'apprécie donc au cas par cas selon les caractéristiques de chaque contrat. On considère toutefois qu'une augmentation des prix de plus de 15 % commence à faire courir un risque juridique.

34

Quelles sont les conditions de régularité d'une décision de poursuivre ?

La décision de poursuivre (*art. 20, 118 et 126 CMP*) est un acte unilatéral par lequel la personne publique décide que l'exécution des prestations sera poursuivie par le titulaire au-delà du montant initialement prévu par le marché et jusqu'au montant qu'elle fixe. A la différence de l'avenant, acte contractuel, la décision de poursuivre est signée par la seule personne publique. Toutefois, tout comme l'avenant, la décision de poursuivre ne doit pas bouleverser l'économie du marché ni en affecter l'objet. Les conditions dans lesquelles la personne publique peut utiliser la décision de poursuivre doivent être prévues dans le marché (*ex. : art. 14.1 du CCAG Travaux*). Celle-ci est utilisée pour dépasser l'ampleur des prestations prévues au contrat initial, pour permettre leur continuation alors même que les prévisions initiales sont dépassées. Elle permet ainsi d'engager les travaux imprévus nécessaires à la réalisation de l'ouvrage dans des délais courts, sur la base des prix initialement prévus au marché.

Avenant

Un avenant ne saurait conduire à « conférer un avantage au titulaire choisi, soit par rapport aux candidats évincés, soit par rapport à des entreprises qui, ne s'étant pas présentées, auraient pu être intéressées par la nouvelle demande de la collectivité » (*Rép. min. n° 29418, JOAN Q, 25 décembre 1995, p. 5463*). C'est également la position de la CJUE (*CJCE, 19 juin 2008, Pressetext Nachrichtenagentur GmbH, n° C-454/06*).

Modification substantielle

Si la cession de marché est un droit, elle ne saurait être assortie d'une remise en cause des éléments essentiels de ce contrat, tels que la durée, le prix, la nature des prestations. Lorsque la modification substantielle de l'un de ces éléments implique nécessairement la conclusion d'un nouveau contrat, il doit faire l'objet d'une publicité et d'une mise en concurrence conformément au CMP (CE section des finances, avis du 8 juin 2000, n° 364803).

Liquidation judiciaire

L'acheteur doit adresser une mise en demeure au liquidateur qui dispose d'un délai d'un mois pour se prononcer sur la poursuite de l'exécution du contrat. Comme en cas de redressement, l'acheteur peut résilier de plein droit le marché sans indemnité en l'absence de reprise des obligations du titulaire, sauf à ce que la liquidation soit assortie d'une période de maintien de l'activité.

35

Que faire en cas d'une demande d'autorisation de cession du marché par le titulaire ?

Le titulaire d'un marché qui souhaite céder son contrat à un tiers – y compris dans le cadre d'une opération de réorganisation capitalistique qui pourrait sembler a priori peu impactante pour l'exécution du marché – doit en demander l'autorisation préalable à l'acheteur public. Le juge de l'UE exige que cette possibilité figure au contrat (*CJCE 19 juin 2008 Pressetext, aff. C-454/06*). Le pouvoir d'autorisation n'est en rien arbitraire : l'acheteur public ne peut opposer un refus que lorsque la cession du marché est de nature à remettre en cause l'un des éléments essentiels relatifs au choix du titulaire initial du marché (par exemple en cas d'insuffisance des garanties professionnelles et financières du cocontractant présenté ou en cas de conflit d'intérêt avec la personne publique) ou de nature à **modifier substantiellement** l'économie dudit contrat.

36

Que faire face à un cocontractant en difficulté financière pendant l'exécution du marché ?

La difficulté financière peut résulter de plusieurs situations juridiques, qui ont différentes conséquences sur l'exécution du marché. En cas de procédure de sauvegarde, le marché n'est pas résilié de plein droit ; l'acheteur public a cependant tout intérêt à interroger l'administrateur judiciaire pour savoir s'il entend poursuivre le contrat. En cas de redressement judiciaire, l'acheteur doit adresser une mise en demeure à l'administrateur, qui dispose d'un délai d'un mois pour se prononcer sur la poursuite du marché. Faute de reprise des obligations du titulaire, le marché est résiliable de plein droit sans indemnité. A l'inverse, en cas de décision de poursuite, l'acheteur ne peut résilier unilatéralement le marché, sauf pour motif d'intérêt général. Enfin, en cas de placement sous **liquidation judiciaire**, le titulaire n'est plus en mesure de satisfaire ses obligations contractuelles et doit en informer l'acheteur.

37

Quel est le rôle du décompte général et définitif ?

Le décompte général et définitif retrace l'ensemble des conséquences financières de l'exécution du marché. Les parties doivent y mentionner toutes leurs prétentions financières nées de l'exécution du marché puisqu'à défaut, elles seront ensuite irrecevables à présenter une demande indemnitaire contractuelle non comprise dans le décompte notifié. Le rôle essentiel de ce décompte, son unicité et son intangibilité ont été réaffirmés à plusieurs reprises récemment, dans le cadre de l'exécution des marchés de travaux (*CE 20 mars 2013, Centre hospitalier de Versailles, req. n° 357636*), mais également dans le cadre de l'exécution d'un marché de maîtrise d'œuvre (*CE 6 novembre 2013, Région Auvergne, req. n° 361837*). Le tribunal administratif de Toulouse est allé jusqu'à considérer que la personne publique ne pouvait pas rechercher la responsabilité contractuelle du titulaire d'un marché avant l'établissement du décompte, jugeant une telle action « prématurée » (*TA Strasbourg 21 mars 2013, Département du Bas-Rhin, req. n° 0801418 : Contrats et Marchés publics n° 5, mai 2013, comm. 136*).

38

Quelle est la portée du décompte général et définitif ?

L'établissement du décompte doit comprendre toute indemnisation liée à la responsabilité contractuelle des titulaires. Ainsi, une demande supplémentaire relative à l'indemnisation des préjudices subis par le maître d'ouvrage en termes de délais et de frais d'honoraires générés par un accident causé par l'action des entrepreneurs sera rejetée comme irrecevable si elle n'a pas été intégrée dans le décompte (*CE 6 avril 2007, CHG de Boulogne-sur-Mer, req. n° 264490*). Si la réception a été prononcée avec réserves, les relations contractuelles se poursuivent jusqu'à ce qu'elles soient levées : le maître d'ouvrage doit inclure dans le décompte les sommes correspondant aux travaux nécessaires à la levée des réserves (*CE 20 mars 2013, CH de Versailles, req. n° 357636*).

À NOTER

Le maître d'ouvrage reprochant au maître d'œuvre des fautes dans l'établissement du décompte du marché travaux, doit inclure sa prétention indemnitaire dans le décompte du marché maîtrise d'œuvre (CE 6 nov. 2013).

39

Sur quelles sommes le décompte général et définitif ne porte pas ?

Si la portée du décompte est étendue, quelques hypothèses permettent de s'extraire de son caractère unique et intangible, mais elles demeurent résiduelles. C'est le cas d'abord des travaux supplémentaires qui se révéleraient nécessaires au parfait achèvement de l'ouvrage pendant le délai d'un an visé à l'article 44.1 du **CCAG-Travaux**, après la réception de l'ouvrage et après l'établissement du décompte. Le Conseil d'Etat semble également réserver le cas où le maître d'ouvrage réclamerait des sommes supplémentaires qui seraient liées aux sommes à l'égard desquelles le titulaire aurait émis des réserves (*CE 6 nov. 2013 région Auvergne, req. n°361837*), mais la portée de cette hypothèse est difficile à circonscrire. Enfin, reste le cas d'une demande de révision de comptes en cas d'erreur ou d'omission matérielle ou de présentation inexacte, prévue par l'article 1269 du **CPC**, dont le juge administratif fait application (*ex. : CAA Lyon 30 oct. 2013, Cne de Laval-sur-Doulon, req. n°12LY02887*).

41

Comment assurer l'égalité de traitement des candidats lors du renouvellement d'un marché ?

En matière de renouvellement d'un marché, il appartient au pouvoir adjudicateur d'assurer l'égalité de traitement entre les candidats en leur communiquant « non seulement les éléments essentiels et nécessaires à la présentation d'une offre satisfaisante, mais aussi, sous réserve du secret des affaires, les informations privilégiées, seules détenues par les sortants et susceptibles de leur donner un avantage décisif » (*TA Paris 29 juin 2009, Sté Perfect Nettoyage SA, n°0909822*), cela afin que tous les candidats « puissent présenter une offre dans des conditions d'une égale concurrence » (*CE 19 janvier 2011, Sté TEP, req. n°340773*). Cette obligation pèse sur le pouvoir adjudicateur, qui ne peut se contenter d'inviter les candidats à se rapprocher du sortant pour obtenir ces **informations**.

40

Quand restituer la retenue de garantie ?

Aux termes de l'article 101 du CMP, la retenue de garantie a pour objet, tout à la fois, de couvrir les réserves à la réception des travaux, fournitures ou services ainsi que celles formulées, le cas échéant, pendant le délai de garantie contractuellement convenu (*un an après la réception de l'ouvrage en principe ; art. 44.1 du CCAG-Travaux*). Elle doit donc être restituée au titulaire du marché public au plus tard un mois après l'expiration du délai de la garantie qu'elle a pour objet de couvrir, soit en principe, après un an à compter de la date d'effet de réception de l'ouvrage. Si des réserves sont émises pendant le délai de garantie et qu'elles n'ont pas été levées au moment de son expiration, la retenue de garantie n'est remboursée qu'un mois après la levée des réserves (*art. 103 CMP*). La circonstance que l'entreprise soit placée en liquidation judiciaire ne lui permet pas d'exiger le remboursement anticipé de cette retenue de garantie (*Réponse du ministre de l'Economie et des Finances n°6587, JO Sénat du 10/10/2013, p. 2974*).

42

Quelles sont les modalités de la résiliation d'un marché public pour motif d'intérêt général ?

La personne publique dispose du droit de résilier unilatéralement le marché pour un motif d'intérêt général, en contrepartie de quoi le titulaire du marché, qui n'a par définition commis aucune faute, a droit à la réparation intégrale de son préjudice (*CE Ass. 2 mai 1958, Distillerie de Magnac-Laval, Rec. p. 246*). L'indemnisation à laquelle a droit le titulaire doit couvrir l'intégralité du dommage subi. En principe, elle tient compte des dépenses engagées (*CE 18 novembre 1988, Ville d'Amiens, req. n°61871*) et s'étend au gain attendu par le titulaire (*CE 16 février 1996, Syndicat intercommunal de l'arrondissement de Pithiviers, req. n°82880*), à savoir le bénéfice net que lui aurait procuré le marché s'il l'avait exécuté (*CAA Marseille 16 avril 2012, Commune de Javols, req. n°09MA03162*). Ces modalités d'indemnisation peuvent être **contractuellement modulées**.

CCAG

Cahier des clauses administratives générales.

CPC

Code de procédure civile.

Informations

Elles concernent notamment l'étendue de l'obligation de reprise du personnel, mais également des informations techniques sur la prestation concernée, comme les consommations énergétiques effectives dans le cadre d'un marché d'exploitation d'installations de chauffage (*CE 12 mars 2012, Dynacité et Dalkia France c/ Idex Energies et Cofely, req. n°354355*).

Modulation contractuelle

Le marché peut en effet prévoir, dès lors que le cocontractant est une personne privée, une indemnisation substantiellement moindre, voire l'absence de toute indemnisation (*CE 19 décembre 2012 Soc. AB Trans, req. n°350341 ; CE 22 juin 2012 chambre de commerce et d'industrie de Montpellier, req. n°348676 ; CE 4 mai 2011 CCI de Nîmes, req. n°334280*).

43

Quelles sont les sanctions applicables à l'opérateur économique pour mauvaise exécution du marché ?

L'acheteur public peut d'abord appliquer au cocontractant défaillant les pénalités prévues par le marché. Elles peuvent être prononcées de plein droit si le marché le prévoit, à défaut, une mise en demeure préalable devra être respectée. Le juge administratif s'est reconnu le pouvoir de moduler le montant des pénalités appliqué si celui-ci est « manifestement excessif ou dérisoire eu égard au montant du marché » (CE 29 déc. 2008, *OPHLM de Puteaux c/ SARL Serbois*, req. n°296930). La personne publique peut également accepter une prestation mal exécutée, mais en appliquant une réfaction au prix initialement convenu. En cas d'inertie du cocontractant à remédier aux inexécutions du marché, l'acheteur pourra procéder à une mise en régie (poursuite des travaux par la personne publique) ou à une **résiliation** aux frais et risques du cocontractant, (les travaux sont exécutés par une entreprise tierce par le biais d'un nouveau marché).

Résiliation

La résiliation du marché par le pouvoir adjudicateur peut intervenir unilatéralement pour faute (« déchéance »), dans les hypothèses de défaillance les plus graves (cf. question 44).

Cocontractant

Le cocontractant a droit d'être indemnisé de son préjudice lorsque la résiliation pour faute n'est pas justifiée (CAA Versailles 26 juin 2012 Europe Service Propreté, req. n°10VE00725).

44

Quelles sont les modalités de la résiliation d'un marché public pour faute ?

Les hypothèses dans lesquelles la résiliation « pour faute » est prononcée et la procédure à suivre sont décrites au sein des CCAG. En général, cette résiliation est soit simple, auquel cas la personne publique supporte les conséquences d'un marché de remplacement, tandis que le titulaire est délivré de ses obligations contractuelles et ne perçoit, en principe, aucune indemnisation (CE 20 janvier 1988, *Soc. d'étude et de réalisation des applications du froid*, req. n°56503); soit aux frais et risques du titulaire, qui doit assumer le surcoût engendré par le marché de remplacement (CE 29 mai 1981, *SA Roussey*, req. n°12315). La résiliation intervient, sous peine d'irrégularité, dans les conditions de fond et de forme prévues contractuellement (CE 9 novembre 1988, *Commune de Freistroff*, req. n°69450). Le caractère irrégulier de la décision de résilier un marché public est susceptible de faire obstacle à ce que le surcoût résultant de cette résiliation soit mis à la charge du **cocontractant**, ce même si la résiliation est justifiée au fond (CE 15 novembre 2012 *Soc. Travaux Guillarduranc*, req. n°349840).

45

Quelle est la mission des comités de règlement amiable des différends ou litiges relatifs aux marchés publics (CCRA) ?

Les CCRA sont, au sens de l'article 127 du CMP, des organismes consultatifs qui peuvent être saisis directement, tant par les pouvoirs adjudicateurs que par les titulaires de marchés publics, de tout différend ou litige survenu lors de l'exécution d'un marché public. Ces comités ont pour mission de rechercher des éléments de droit ou de fait en vue d'une solution amiable et équitable. L'administration est ensuite libre de suivre ou non leur avis. Leur saisine, qui suspend les délais de recours contentieux, est facultative, mais il est possible que les stipulations du marché l'imposent. On voit donc bien l'intérêt que peut présenter ce type de procédure. Elle permet aux parties à un contrat, dans un moment où le dialogue peut être devenu difficile, de communiquer à nouveau en faisant intervenir un tiers qui va émettre un avis en prenant en compte l'ensemble des arguments invoqués et en privilégiant une solution « équitable ».

46

Est-il possible de recourir à la conciliation pour un marché public ?

Oui. Les parties peuvent tout d'abord déterminer librement les conditions et modalités d'une conciliation « informelle ». Le Conseil d'Etat a en effet jugé « qu'aucune disposition législative ou réglementaire ne fait obstacle à l'insertion, dans les contrats que passe l'administration, d'une clause prévoyant que les difficultés auxquelles donnent lieu ces contrats devront être soumises, préalablement à la saisine du juge administratif compétent, à l'avis d'une personne ou d'un organisme qu'ils désignent » (CE 27 juillet 1984, *Sté OTH Méditerranée*, req. n°44895). Les parties peuvent également solliciter des chefs de juridiction (TA et CAA) qu'ils organisent une mission de conciliation et désignent à cet effet la ou les personnes qui en seront chargées (art. L.211-4 du CJA). La décision par laquelle un tribunal administratif refuse d'exercer une mission de conciliation est une décision administrative insusceptible de recours (CAA Nantes 5 novembre 2013 *SNCF*, req. n°12NT00689).

47

Dans quels cas le recours à la transaction est-il justifié ?

La transaction a pour objet de terminer un litige existant ou à naître entre les parties (*art. 2044 du Code civil*), avant la saisine du juge administratif, ou alors que celui-ci a été saisi. Elle peut notamment permettre d'asseoir les prétentions juridiques nées de l'exécution de prestations hors marché, ou en vertu d'un contrat invalidé (*enrichissement sans cause et responsabilité quasi délictuelle*: *CE 10 avril 2008 société Decaux, req. n°244950*). La transaction permet alors de fonder les prétentions indemnitaires liées au paiement de prestations fournies par un opérateur sans support contractuel valide (prestations commandées au prestataire en dehors de tout contrat, en application d'un contrat invalidé, ou en dehors des prescriptions d'un contrat existant), ou encore celles liées à la réparation des dommages subis par une partie. La transaction peut aussi mettre un terme à un litige né de l'exécution du contrat (*cf. circulaire du 7 septembre 2009, NOR: ECEM0917498C*).

48

Comment rédiger une bonne transaction ?

La transaction doit a minima viser le litige qu'elle entend prévenir ou régler, mais aussi la nature et l'étendue des concessions réciproques des parties. Les préjudices couverts par la transaction doivent être clairement identifiés tout comme les raisons de droit et de fait pour lesquelles la partie accepte d'en assurer la réparation et les modalités d'évaluation des concessions financières consenties: le juge pose pour règle d'ordre public qu'une personne publique ne peut pas s'engager à payer une somme qu'elle ne doit pas (*CE 19 mars 1971, Mergui, req. n°79962*). Notons que la transaction ne peut pas porter sur certains points, comme les conditions dans lesquelles l'administration exerce ses prérogatives, ou encore sur une éventuelle renonciation aux intérêts moratoires dus en cas de retard de paiement. Par ailleurs, la transaction ne peut comprendre de clause de confidentialité, celle-ci étant incompatible avec les obligations d'information qui s'imposent à la personne publique pour s'engager dans le cadre d'une transaction puis en assurer l'exécution (*Rep. min. à la question n°04464, JO Sénat 11 avril 2013, p. 1192*).

49

Quelles sont les modalités de conclusion des transactions ?

L'Etat, les collectivités territoriales et les établissements publics locaux disposent de la capacité de transiger. Les établissements publics de l'Etat ne peuvent transiger qu'avec l'autorisation du Premier ministre, sauf si leurs statuts les y autorisent (*art. 2045 du Code civil*). La signature des transactions nécessite par principe l'autorisation préalable de l'organe délibérant de l'entité considérée (*art. L.2122-21 et L. 3213-5 du CGCT*). La transaction est en principe exécutoire de plein droit, et elle interdit aux parties de saisir le juge du litige qu'elle a vocation à terminer (*art. 2052 du Code civil*). Par exception, la recevabilité d'une demande d'homologation doit être admise, dans l'intérêt général, lorsque la transaction vise à remédier à certaines situations (annulation ou constatation d'une illégalité qui ne peuvent donner lieu à régularisation, difficultés particulières d'exécution: *CE Avis 6 décembre 2002, L'Hay-les-Roses, n°249153*). Un litige relatif à l'exécution de la transaction peut être soumis au juge (*CE 5 mai 1971, Ville de Carpentras c/ Delhomme, req. n°77007: publié au Rec. CE*).

50

Est-il possible de recourir à l'arbitrage pour un marché public ?

L'arbitrage se heurte en droit public à l'interdiction faite aux personnes publiques de compromettre (*art. 2060 du Code civil*). Par exception à ce principe, la loi du 17 avril 1906 (*art. 128 CMP*), prévoit que l'Etat, les collectivités territoriales et les établissements publics locaux peuvent, pour la liquidation de leurs dépenses (chiffage des sommes dues aux entreprises) de travaux et de fournitures (ce qui exclut les marchés de services), recourir à l'arbitrage tel qu'il est réglé par le livre IV du CPC. Cette exception ne concerne que le compromis (contrat par lequel deux parties soumettent à l'arbitrage un litige déjà né). Demeure prohibée la **clause compromissoire** (*CE 8 mars 1961, Sté Air-Couzin-Trans-océanic, req. n°46215; CAA Lyon 27 décembre 2007 SA Lagarde Et Meregnani, req. n°03LY01017: en dépit de la nouvelle rédaction de l'article 2061 renversant l'ancienne prohibition de principe*).

Clause compromissoire

Stipulation contractuelle par laquelle les parties s'engagent à soumettre à l'arbitrage les litiges qui pourraient naître relativement à ce contrat.