

Marchés publics : quelle actualité en 2011 ?

David Moreau, premier conseiller au Tribunal administratif de Lille
François Tenailliau et Jean-Luc Tixier, avocats associés

Introduction

François Tenailleau, avocat associé

Présentation des interventions

- Actualité du contentieux de la passation et de l'exécution des marchés publics (David Moreau)
- Les textes en gestation (Jean-Luc Tixier)
- Focus sur le marché global de conception-réalisation-entretien-maintenance (François Tenailleau)

Actualité du contentieux de la passation et de l'exécution des marchés publics

David Moreau

Information préalable des candidats évincés

- Pas d'obligation d'information préalable des candidats évincés en dehors des cas expressément prévus par les textes :
 - **CE 19 janvier 2011, Grand Port maritime du Havre, n° 343435, A** (pour un marché en procédure adaptée)
 - v. application à une DSP : **TA Cergy-Pontoise 31 mai 2011, Sté EGS, n° 1100177**
- **Attention : incompatibilité avec la directive « Recours » de l'article 80.I.2°a) du CMP** qui dispense le pouvoir adjudicateur de tout délai de suspension après l'information préalable des candidats évincés lorsque le marché est attribué au seul candidat ayant présenté une offre répondant aux exigences du dossier de consultation (**CE 1er juin 2011, Sté Koné, n° 346405, A**)
- **Une information des candidats par fax permet-elle de réduire le délai de suspension à 11 jours ?**
- A la différence de la directive Recours (art. 2 bis), l'art. 80-I.1° du CMP ne prévoit pas qu'une information des candidats évincés par télécopie réduit le délai de suspension de la signature du contrat à 11 jours. Le droit français a pu, sur ce point, être plus exigeant que le droit européen dès lors que c'est dans un sens favorable aux concurrents évincés.

Référé contractuel (1/2)

- Interprétation restrictive de l'intérêt à agir :
 - CE 19 janvier 2011, Grand Port maritime du Havre, n° 343435, A : « sont seuls recevables à saisir le juge d'un référé contractuel les candidats qui n'ont pas engagé un référé précontractuel, lorsque le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice n'a pas communiqué la décision d'attribution aux candidats non retenus ou n'a pas observé, avant de signer le contrat, un délai de *onze jours* après cette communication »

Référé contractuel (2/2)

– Interprétation stricte des moyens invocables (CE 19 janvier 2011, GPMH) :

- « Les manquements susceptibles d'être utilement invoqués dans le cadre du référé contractuel sont, comme les sanctions auxquelles ils peuvent donner lieu, limitativement définis aux articles L. 551-18 à L. 551-20 du [code de justice administrative] »
- Manquements mentionnés à l'article L. 551-18 et s. du CJA :
 - 1/ Défaut de publication au JOUE dans les cas où une telle publication est requise
 - 2/ Défaut de mise en œuvre d'au moins une des mesures de publicité requises dans les autres cas (ex : pas d'annulation pour un mapa > 90 000 € HT qui a fait l'objet d'un avis sur le profil acheteur du PA : **TA Rennes 5 novembre 2010, Sté Climatech, n° 1003988**)
 - 3/ Méconnaissance des règles de mise en concurrence prévues par un accord-cadre ou un SAD
 - 4/ Signature du contrat en méconnaissance des délais de suspension prévus par les textes après l'information préalable des candidats évincés
 - 5/ Signature du contrat en méconnaissance de l'introduction d'un référé précontractuel (l'obligation de suspension devrait résulter a priori non pas de l'enregistrement de la requête au tribunal, comme pourrait le laisser penser la lettre de l'article L. 551-4 du CJA, mais de la communication de la requête au pouvoir adjudicateur : v. par ex. **TA Orléans 29 avril 2010, Sté France Telecom, n° 1001164 ; TA Lille 15 juillet 2010, SAS Isor, n° 1003942, TA Paris 31 janvier 2011, SOMAREP, n° 1100177 ; TA Grenoble 11 mai 2011, Sté National Protection Sécurité, n° 1101957**)

Référé précontractuel (1/3)

- Application de la jurisprudence « SMIRGEOMES » : le juge n'a pas à rechercher si le manquement invoqué a été susceptible de léser davantage le requérant que les autres candidats (CE 1er juin 2011, Cne de Saint-Benoît, n° 345649, B)
- Le juge peut, sans rentrer dans l'appréciation des mérites respectifs des candidats, contrôler la notation des offres :
 - sanction d'une erreur de fait (v. par ex. **TA Lille 10 août 2010, Sté N'Serv-Cimlec Industrie, n° 1004480**)
 - sanction du non respect de la méthode de notation prévue par le règlement de consultation (v. par ex. **TA Caen 4 juin 2009, Sté GS Compost, n° 0901212**) ou de la neutralisation d'un critère de sélection (**CE 27 avril 2011, Président du Sénat, n° 344244, B**)
 - sanction des inégalités de traitement commises lors de la notation (v. par ex. **TA Orléans 29 avril 2010, France Telecom, n° 1001164 ; TA Toulouse 15 janvier 2010, Sté Coved, n° 0905818**)

Référé précontractuel (2/3)

- Le juge du référé précontractuel peut-il tenir compte de considérations d'intérêt général ?
 - On voit certains juges des référés renoncer à annuler des procédures pour des raisons d'intérêt général (v. par ex **TA Paris 23 juillet 2010, Sté THK, n° 1012902**) or à la lettre de l'article L. 551-2 du CJA, le juge ne peut tenir compte de considérations d'intérêt général que lorsqu'il envisage des mesures provisoires (notamment prolongation supplémentaire de la suspension de la signature du contrat en attendant une communication plus complète des motifs) et non lorsqu'il envisage une annulation (v. en ce sens **TA Lille 16 juin 2010, Sté Agriopale Services, n° 1003335** et ccls Dacosta sous CE 10 novembre 2010, Ministre de la défense, n° 341132)
- Obligation pour le juge de proportionner la mesure prononcée au manquement commis :
 - **CE 12 janvier 2011, Dpt du Doubs, n° 343324, B** : « compte tenu du manquement ainsi relevé, qui se rapportait à la seule phase de sélection des offres par le pouvoir adjudicateur, il appartenait au juge des référés de n'annuler la procédure qu'à compter de l'examen de ces offres; que, par suite, le juge des référés a commis une erreur de droit en annulant l'ensemble de cette procédure »

Référé précontractuel (3/3)

– Quelques moyens nouveaux d'annulation :

- obligation d'examiner les capacités financières, techniques et professionnelles des candidats, même en procédure adaptée (**CE 29 avril 2011, Garde des Sceaux, n° 344617, B**)
- obligation d'information des candidats sur le coût de la masse salariale à reprendre (**CE 19 janvier 2011, Sté TEP, n° 340773, C**)
- illégalité du renvoi à un catalogue pour la moitié des prix dans un marché à bons de commande (**TA Grenoble 17 février 2011, Sté Signature SAS, n° 1100449**)
- attributaire ne justifiant pas par la seule production de devis qu'il disposera des moyens nécessaires à l'exécution du marché (**CE 12 janvier 2011, Dpt du Doubs, n° 343323, B**)
- attributaire public ne justifiant pas avoir pris en compte l'ensemble des coûts directs et indirects pour former son prix (**TA Orléans 17 février 2011, Sté Ambulances Appel, n° 1100270**)
- attribution du marché alors que le délai de validité des offres est expiré (**TA Rennes, 22 décembre 2010, Sté Sarpic, n° 1004951**)
- attribution du marché à un candidat qui n'avait pas respecté une des prescriptions du règlement de consultation (**CE 23 mai 2011, Cne d'Ajaccio, n° 339406, A**, marquant un durcissement par rapport à CE 22 décembre 2008, Ville de Marseille, n° 314244, B qui jugeait que le pouvoir adjudicateur pouvait s'affranchir du règlement de consultation quand la fourniture des éléments demandés ne présente pas d'utilité pour l'appréciation de l'offre)
- impossibilité de laisser les candidats à un marché public déterminer librement la durée du contrat (**CE 1er juin 2011, Cne de Saint-Benoît, n° 345649, B**)

L'exigence de loyauté dans les relations contractuelles (1/3)

- **CE 12 janvier 2011, Manoukian, n° 338551, A :**
- « lorsque les parties soumettent au juge un litige relatif à l'exécution du contrat qui les lie, il incombe en principe à celui-ci, eu égard à l'exigence de loyauté des relations contractuelles, de faire application du contrat ; que, **toutefois, dans le cas seulement où il constate une irrégularité invoquée par une partie ou relevée d'office par lui, tenant au caractère illicite *du contrat* ou à un vice d'une particulière gravité relatif notamment aux conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement, il doit écarter le contrat et ne peut régler le litige sur le terrain contractuel** ; qu'ainsi, lorsque le juge est saisi d'un litige relatif à l'exécution d'un contrat, les parties à ce contrat ne peuvent invoquer un manquement aux règles de passation, ni le juge le relever d'office, aux fins d'écarter le contrat pour le règlement du litige ; que, par exception, il en va autrement lorsque, eu égard d'une part à la gravité de l'illégalité et d'autre part aux circonstances dans lesquelles elle a été commise, le litige ne peut être réglé sur le fondement de ce contrat ; »
- Le juge du référé provision n'a pas à s'interroger sur les circonstances dans lesquelles un manquement aux règles de passation a été commis pour écarter le contrat (**CE 20 avril 2011, Cne de Baie Mahault, n° 342850, B**)

L'exigence de loyauté dans les relations contractuelles (2/3)

Caractère illicite du contrat:

- un contrat de concession déléguant illégalement des missions de police administrative doit être écarté (**CAA Versailles 15 juillet 2010, MM. Auguste et Géraud, n° 08VE01241**)
- de même un contrat de concession prévoyant un transfert en propriété au cocontractant de droit privé de biens relevant du domaine public sans déclassement préalable (**CE 4 mai 2011, Communauté de communes du Queyras, n° 340089, au Leb.**)

Vices de passation ne justifiant pas d'écarter le contrat :

- absence de transmission préalable au contrôle de légalité de la délibération autorisant l'exécutif à signer un contrat (**CE 28 décembre 2009, Cne de Béziers, n° 304802 A ; CE 10 novembre 2010, Cne de Palavas-les-Flots, n° 314449, B**)
- défaut de compétence du signataire public (**CAA Douai 22 mars 2011, SAS d'architecture Guy Petit, n° 10DA00130, C+ ; CAA Marseille 14 février 2011, Centre international d'études supérieures en sciences agronomiques, n° 08MA01110 ; CAA Nantes 31 août 2010, Sarl Merlot, n° 09NT02072**) ;
- défaut d'information des élus (**CAA Nancy 9 mai 2011, SA Ets Richard-Ducros, n° 10NC01276, C+ : caractère incomplet de la note de synthèse accompagnant le projet de délibération approuvant la signature du contrat**) ;
- défaut de consultation du comité technique paritaire avant la passation d'une délégation de service public (**CAA Marseille 17 janvier 2011, Ville de Cannes, n° 08MA00632**).

L'exigence de loyauté dans les relations contractuelles (3/3)

Manquements aux règles de publicité et de mise en concurrence

- * La passation du contrat sans mise en concurrence en application d'une clause de tacite reconduction constitue-t-elle un vice d'une particulière gravité ?

OUI : CE 20 avril 2011, Cne de Baie-Mahault, n° 342850, B

NON : CE 23 mai 2011, Dpt de la Guyane, n° 314715, B

- * Incertitude de la notion de « circonstances particulières » dans lesquelles l'illégalité a été commise

v. TA Lille 8 avril 2011, Sté CTR, n° 0704965, C+ : l'illégalité a-t-elle été de nature à vicier le consentement de la personne publique ou était-elle de nature à faire peser un soupçon de délit de concussion, de corruption, de trafic d'influence ou de prise illégale d'intérêts ?

La contestation des décisions de résiliation

- Le Conseil d'Etat a ouvert la possibilité au titulaire d'un contrat administratif résilié de contester devant le juge administratif la validité de la décision de résiliation dans le délai de deux mois suivant la notification de cette mesure (**CE 21 mars 2011, Cne de Béziers, n° 304806, A**). Cette demande peut s'accompagner d'un référé suspension (même arrêt).
- Toutefois, la contestation de la validité d'une résiliation ayant nécessairement pour objectif la reprise des relations contractuelles, elle perd son objet si, à la date où le juge statue, le contrat serait en tout état de cause expiré (**CE 23 mai 2011, Sté d'aménagement d'Isola 2000, Sté de gestion d'Isola 2000, n° 323468, B**).

La procédure de contestation du décompte dans le nouveau CCAG Travaux

– Ce qui change :

- Délai unique de 45 jours après la réception (quelle que soit la durée du marché) pour adresser le projet de décompte final au maître d'œuvre
- Si le décompte général n'est pas notifié dans les 40 jours suivant la réception du projet de décompte final par le MOE, possibilité de saisir le TA après mise en demeure restée sans effet pendant 30 jours
- Délai unique de 45 jours (quelle que soit la durée du marché) après la réception du décompte général pour adresser un mémoire en réclamation
- Le mémoire en réclamation doit être adressé au MOA (et non plus au MOE) avec copie au MOE
- Le silence gardé par le MOA pendant 45 jours (et non plus 3 mois) sur le mémoire en réclamation vaut rejet
- Le titulaire a 6 mois pour saisir le TA après le rejet exprès ou tacite du mémoire en réclamation
- Le délai de recours n'est plus interrompu mais simplement « suspendu » par la saisine du comité de règlement amiable des marchés

Marchés publics : la réforme permanente

Jean-Luc Tixier, avocat associé

A l'horizon : de nouvelles directives communautaires sur les marchés publics

- Livre vert de la Commission européenne : vers une révision des directives marchés publics (2014 ?)
- Réaction de la France :
 - souhait d'un libre choix entre appel d'offres, procédure négociée et dialogue compétitif
 - Volonté de relèvement des seuils
 - Idée d'inverser les phases d'examen des offres et des candidatures
 - Proposition d'assouplir le lien entre critères d'attribution et objet du marché

L'annonce de nouvelles mesures législatives de « simplification du droit » (1/2)

- Présentation aux Assises de la simplification du 29 avril 2011
- Devrait donner lieu à un rapport « Warsmann » au Président de la République
- Et éventuellement à une nouvelle proposition de loi de simplification du droit

L'annonce de nouvelles mesures législatives de « simplification du droit » (2/2)

– Les grandes lignes :

- Projet de mettre en place un seul site web centralisant ou référençant toutes les annonces d'appels d'offres
- Créer une possibilité de déposer les attestations des entreprises sur une plateforme dématérialisée
 - Pièces concernées : pièces justifiant de l'accomplissement des obligations fiscales et sociales des entreprises
 - Dépôt possible sur une plateforme, où les pouvoirs adjudicateurs pourront accéder à ces pièces
- Rendre possible la soumission d'offres variantes indépendamment de l'offre de base dans le cadre des marchés publics
- Réaffirmer la possibilité de mutualiser les dossiers de candidature pour tous les marchés auprès d'un même pouvoir adjudicateur, sur une période donnée

Le toilettage d'été

- Précisions sur la mise en concurrence en « MAPA »
 - Maintien du seuil de 4 000 € HT et reprise des termes de la jurisprudence du Conseil d'Etat, concernant les circonstances permettant de justifier de l'absence de publicité et de mise en concurrence
 - Mais annonce d'une initiative parlementaire pour augmenter le seuil par la loi
- Possibilité de tacite reconduction
 - Toujours en mentionnant le nombre de reconductions
- Réécriture des dispositions sur la dématérialisation
- De très nombreuses modifications « de détail »

Vers un renouveau des marchés globaux ?

François Tenailleau, avocat associé

Marchés globaux : rappel des contraintes

- Pour les personnes soumises à la loi sur la maîtrise d'ouvrage publique (MOP) : caractère dérogatoire des marchés de conception-réalisation
 - Concerne les personnes soumises au Code, mais également certaines personnes soumises à l'Ordonnance (EPIC, organismes HLM)
 - Nécessité de motifs d'ordre technique, liés à la destination ou à la mise en œuvre technique de l'ouvrage, entendus strictement
- Pour les personnes soumises au Code : allotissement de principe, séparation construction / exploitation, interdiction des paiements différés
 - l'interdiction des paiement différés vaut aussi pour les EPIC de l'Ordonnance

Marchés globaux : de nombreuses dérogations sectorielles

- LOPSI « I » du 29 août 2002 (modifiée en 2003)
 - Immeubles affectés à la police nationale, à la gendarmerie nationale, aux armées ou aux services du ministère de la défense ...
 - Autorise des contrats de conception, construction, aménagement, entretien et maintenance (CCAEM)
- LOPJ du 9 septembre 2002
 - Conception, construction et aménagement d'établissement pénitentiaires
- Loi « maîtrise de l'immigration » du 26 novembre 2003
 - Conception, construction, aménagement, entretien, hôtellerie et maintenance de centres de rétention ou de zones d'attente

Marchés globaux : rappel des multiples dérogations

- Ordonnance « Santé » du 4 septembre 2003
 - Conception, construction, aménagement, entretien et maintenance de bâtiments ou d'équipement affectés aux services de santé
- Loi de mobilisation pour le logement du 25 mars 2009
 - Recours dérogatoire à la conception construction pour les logements sociaux

Le renouveau attendu des marchés publics globaux : conception-réalisation et performance énergétique

- La loi « Grenelle II » ajoute une nouvelle possibilité de recours à la conception-réalisation :
 - Motif : « engagement contractuel sur un niveau d'amélioration de l'efficacité énergétique »
 - Ce motif doit rendre nécessaire l'association de l'entrepreneur aux études de l'ouvrage
 - A l'origine, il s'agissait de faciliter le recours au « contrat de performance énergétique », mais la formulation retenue va au-delà

Le renouveau attendu des marchés publics globaux : conception-réalisation et performance énergétique

- Complément attendu dans le cadre du « toilettage » du Code et des décrets d'application de l'Ordonnance
 - Nouvel article 73 (*41-3 Décret*) : dérogation expresse à l'obligation d'allotir : ouverture vers des contrat de
 - « conception-réalisation-entretien-maintenance »
 - et de « réalisation-entretien-maintenance » (reposant sur des objectifs de « performance », pas seulement énergétiques ?)
 - En revanche l'interdiction des paiements différés subsisterait : il ne s'agit donc pas d'un succédané de contrat de partenariat, au sens de l'ordonnance du 17 juin 2004, faute de préfinancement

Questions