HAL
open science

Distinction subvention - marché public. CAA de Nantes, n° 16NT04161, 22 décembre 2017, Société Public Événements

Florian Linditch

▶ **To cite this version:**

Florian Linditch. Distinction subvention - marché public. CAA de Nantes, n° 16NT04161, 22 décembre 2017, Société Public Événements. La Semaine Juridique. Administrations et collectivités territoriales, 2018. hal-02121856

HAL Id: hal-02121856

https://amu.hal.science/hal-02121856v1

Submitted on 6 May 2019

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Distinction subvention - marché public

CAA de Nantes, n° 16NT04161, 22 décembre 2017, Société Public Evénements

8. Considérant qu'il résulte de l'instruction que suite à la liquidation judiciaire de l'association Comité des fêtes qui a organisé le carnaval de Nantes jusqu'en 2010, des associations nantaises notamment de carnavaliers ont décidé de créer en 2011 une association, en l'occurrence l'association NEMO, pour faire perdurer le carnaval ; qu'il en résulte que c'est l'association NEMO qui a pris l'initiative d'organiser de nouveau le carnaval de la commune de Nantes à compter de l'année 2011 ; que les propos tenus par des élus lors de la tenue de conseils municipaux en 2011 témoignent non de la volonté de la commune de prendre en charge l'organisation de cet événement mais de leur volonté de s'assurer de la pérennité de la nouvelle structure, créée à cet effet par 17 associations de carnavaliers, à laquelle la commune s'apprêtait alors à octroyer une subvention ; qu'il résulte également de l'instruction que l'association NEMO, si elle ne disposait pas d'un local lors de sa constitution, regroupe environ 500 bénévoles qui créent les chars pendant les six mois qui précèdent le défilé de sorte qu'elle dispose d'une autonomie suffisante pour l'organisation de la manifestation ; qu'à cet égard, l'annulation au cours de l'année 2016, au demeurant postérieure aux années concernées par la convention contestée, du carnaval de nuit organisé par l'association NEMO a été décidée, pour des raisons de sécurité, par le maire de Nantes, au titre de son pouvoir de police, conformément aux dispositions des articles L. 2212-1 et L. 2212-2 du code général des collectivités territoriales en raison de débordements liés à des manifestations sociales ; que si le carnaval constitue une activité culturelle et festive qui présente un caractère d'intérêt général, la commune ne peut être regardée comme y trouvant une contrepartie directe à une prestation déterminée d'autant que la convention du 18 février 2013 ne prévoit pas que l'association NEMO fournisse un service à la commune de Nantes ou lui verse une somme en vue de répondre à ses besoins touristiques et économiques ; que, par suite, dès lors que l'organisation du carnaval ne répond pas à un besoin de la collectivité, qui n'en est pas à l'initiative, et que l'association dispose d'une autonomie certaine dans l'organisation de cet évènement, la convention de subventionnement signée le 18 février 2013 ne peut être regardée comme étant un marché public soumis à une procédure de mise en concurrence préalablement à sa passation ;

Commentaire :

Sans revenir sur le rappel de la totalité des indices de distinction marchés subventions, le présent arrêt témoigne de l'importance capitale de l'indice tiré de l'initiative et de la contrepartie (les seuls utilisés, en l'espèce, ce qui porterait à penser qu'ils peuvent à eux seuls permettre de trancher la question).

L'apport de la solution ne se situe pas sur la question des indices, mais sur leur mise en œuvre par le juge.

Concernant l'indice de l'initiative, l'arrêt permet de dénouer une question liée à la récurrence de la manifestation. Comme il est indiqué, le carnaval en question est organisé depuis plusieurs années de sorte qu'on pourrait douter qu'il provienne de la seule initiative de l'association. De même, l'usage des pouvoirs de police du maire pourrait faire penser que la municipalité à pris le contrôle de la manifestation et que celle-ci s'est officialisée. Le juge ne s'est pas laissé entraîner par ces moyens, en constatant l'investissement fort, tant de l'association que de ses membres bénévoles.

Ceci conduit à l'indice de la contrepartie, également écarté par la cour d'appel. On voit bien que le Carnaval correspond à un intérêt local, municipal (festivités, attractivité touristique, renforcement du lien collectif, réappropriation collective des espaces publics). Certains pourraient être tentés d'y voir une contrepartie. Or la solution dégagée montre que cet indice ne fonctionne que si les prestations rendues par l'association ont été individualisées, normées, afin d'y adosser un montant de subvention. Tel n'est pas le cas ici, ce qui conduit à écarter l'indice de la contrepartie.

Pour le dire simplement l'intérêt local (nécessaire) de l'activité subventionnée ne constitue pas, par lui-même, la preuve que la commune a pris l'initiative de la manifestation, ni celle de ce que sa subvention rémunère une prestation.

Au plan plus général, de l'évolution du droit public, cet arrêt devra également être retenu. Ces dernières années, le droit public économique, tout à son objet a parfois négligé l'importance du bénévolat et du don, aux

fondements de la vie collective, alors même qu'ils sont parfaitement identifiés en droit privé (sur ces points, v. Clothilde Blanchon, Recherche sur la subvention, Contribution à l'étude du don en droit public, Thèse Aix-Marseille-Université 2017). Or, les subventions, et les associations, sont de plus en plus menacées par l'hégémonie du droit de la commande publique. Tout ce qui intéresse la vie publique devrait s'acheter, si possible après mise en concurrence. Au détriment d'un tiers secteur (associations, syndicats, mutuelles, etc.) sommé de se fondre dans la masse des opérateurs économiques et d'emprunter les mêmes armes concurrentielles.

La décision est d'autant plus remarquable, qu'il était aisé de succomber au paradigme économique dominant, d'ailleurs suggéré par la société requérante, dès lors qu'elle était elle-même spécialisée dans l' « évènementiel ».

La solution retenue confirme l'idée qu'il ne suffit pas que les associations interviennent sur le marché économique (tout est susceptible d'y entrer), mais il faut encore qu'elles s'y comportent comme les opérateurs économiques eux-mêmes.

Contrôle des seuils de passation – Maîtrise d'œuvre

CAA de NANCY, n° 16NC01207, 28 décembre 201, Conseil régional de l'ordre des architectes de Lorraine

6. Considérant que la commune de Raon-l'Etape a décidé de recourir à une procédure adaptée pour attribuer le marché de maîtrise d'oeuvre litigieux sur la base d'une estimation d'honoraires inférieure au seuil de 207 000 euros hors taxes prévu au 2° de l'article 26 précité du code des marchés publics ; qu'en se prévalant de simulations d'honoraires qu'il a lui-même établies sur la base de critères édités par la mission interministérielle pour la qualité des constructions publiques, le conseil régional de l'ordre des architectes n'établit pas que la commune aurait inexactement défini le montant prévisionnel des travaux et, corrélativement, le montant des honoraires de maîtrise d'oeuvre, alors que 16 des 19 groupements d'architectes ayant répondu à la consultation ont présenté des offres inférieures au seuil de 207 000 euros hors taxe ; que la circonstance que la commune a visé dans son avis d'appel à la concurrence l'article 179 du code des marchés publics relatif aux marchés de défense et de sécurité demeure sans influence sur la régularité de la procédure suivie dans la mesure où le seuil applicable aux marchés des collectivités territoriales n'a, en tout état de cause, pas été méconnu ; que, par suite, et contrairement à ce que soutient le conseil régional de l'ordre des architectes, la commune n'a commis aucune irrégularité en recourant à une procédure adaptée plutôt qu'à la procédure réglementée du concours d'architecture et qu'un tel choix ne peut être regardé comme ayant lésé les intérêts dont il a la charge ;

Commentaire :

On remarquera qu'à l'occasion de l'examen prétendant qu'un concours aurait dû être organisé et pas simplement un marchés à procédure adaptée, le juge se voit contraint de vérifier la bonne computation des seuils.

La charge de la preuve incombe au requérant. Or l'ordre des architectes produit une simulation d'honoraires élaboré avec la MIQCP. Fort heureusement pour le pouvoir adjudicateur, la preuve n'est pas jugée suffisante dès lors que 16 des 19 cabinets ayant répondu ont fait une offre respectant l'estimation de l'administration, et surtout ne franchissant pas le seuil du concours.

Imprécision des critères, compensée par les clauses

CAA de Nancy , n° 17NC00947, 28 décembre 2017, Société Hanover

3. Considérant que la société requérante soutient que le sous-critère de la valeur technique intitulé " Meantime between failure " ou MTBF, correspondant au temps moyen entre deux pannes, n'aurait pas été défini de manière suffisamment précise faute, pour les documents de la consultation, de préciser les modes de calculs attendus des candidats ce qui aurait entaché d'irrégularité sa mise en oeuvre, l'entité adjudicatrice n'ayant pas ainsi été mise en mesure de comparer efficacement les offres ; qu'il résulte toutefois de l'instruction que la communauté d'agglomération du Grand Besançon a précisément défini, dans le cahier des clauses techniques particulières, les conditions d'utilisation des produits demandés, en matière notamment de temps d'utilisation par jour et de conditions climatiques et qu'elle a indiqué que les candidats devaient s'engager à ce que l'ensemble de l'équipement en girouettes par véhicule ne soit pas en panne plus souvent que tous les quatre ans ; qu'elle a ainsi donné toutes les informations nécessaires aux candidats pour procéder, dans des conditions permettant la comparaison de leurs offres, à l'estimation du MTBF des équipements proposés ; que ce sous-critère est un indicateur objectif, opérationnel et non discriminatoire de la qualité des produits ; que, dans ces conditions, la seule circonstance que la communauté d'agglomération du Grand Besançon n'a pas davantage précisé la méthode de calcul devant être suivie par tous les candidats n'est pas de nature à établir qu'elle a méconnu les principes d'égalité de traitement des candidats, de transparence des procédures ou qu'elle aurait retenu un sous-critère ne lui permettant pas de choisir l'offre économiquement la plus avantageuse ; que le moyen doit donc être écarté ;

Commentaire :

Au concurrent évincé qui reprochait au pouvoir adjudicateur de n’avoir pas précisé un critère relatif à la fiabilité du matériel, le pouvoir adjudicateur peut valablement objecter que le cahier ds charges limitant les pannes admissibles à une tous les quatre ans, les concurrents pouvaient valablement en déduire que le critère portait sur les dispositifs mis en œuvre pour limiter encore plus la survenance de la panne et sur leur engagement à une fréquence de panne supérieure à quatre ans.

Moralité : les concurrents doivent également lire le cahier des charges s’ils veulent comprendre les critères , et ne pas s’en tenir à la seule lecture du règlement de consultation.

Quant au pouvoir adjudicateur, il tient ici un bon moyen pour s’assurer de l’effort de compréhension de son besoin par les concurrents.

Publicité des MAPA inférieurs à 90.000 € HT

CAA de Nancy , n° 17NC00947, 28 décembre 2017, Société Hanover

7. Considérant qu'avant de conclure avec la société Pass Ingénierie le marché de maîtrise d'oeuvre des travaux de construction d'une salle multifonctions à vocation sportive et d'expression corporelle, d'un montant prévisionnel inférieur à 90 000 euros hors taxes correspondant à un coût total des travaux estimé à 1 250 000 euros hors taxes, la commune de Vigy s'est bornée, dans le cadre de la procédure adaptée prévue à l'article 28 du code des marchés publics, à adresser une lettre de consultation à trois agences d'architecture alsaciennes ; que compte tenu de l'objet du marché, ces mesures ne permettaient pas d'assurer une publicité suffisante auprès de l'ensemble des architectes ayant vocation à y répondre afin que soient respectés les principes de libre accès à la commande publique et d'égalité de traitement des candidats ; qu'un tel manquement du pouvoir adjudicateur à ses obligations a eu pour conséquence de restreindre irrégulièrement l'accès des architectes à ce marché et d'affecter ainsi les modalités d'exercice de cette profession ; que le conseil régional de l'ordre des architectes de Lorraine justifiait, par conséquent, d'un intérêt lui donnant qualité pour contester la validité de ce marché ;

Commentaire :

On s’en doutait un peu : trois devis ne sauraient tenir lieu de la publicité adaptée pour un marché dont le montant est compris entre 25 et 90.000 €HT.

Le plus étonnant est que certains pouvoirs adjudicateurs en doutent encore.

Une explication pourrait en être trouvée dans la formulation de l'arrêt, celui-ci justifie au cas présent l'exigence de publicité par son « objet », et non par son montant. Il faut dire qu'il avait précédemment interprêté le code des marchés comme disposant « que la personne responsable du marché est libre, lorsqu'elle décide de recourir à une procédure adaptée, de déterminer, sous le contrôle du juge administratif, les modalités de publicité et de mise en concurrence appropriées aux caractéristiques de ce marché, et notamment à son objet, à son montant, au degré de concurrence entre les entreprises concernées et aux conditions dans lesquelles il est passé ». Ce qui laisse toujours le doute perdurer sur la possibilité de tenir compte d'un autre élément que le montant du marché.

Absence de note dans le RAO équivaut à la note zéro

CAA de Bordeaux, n° 15BX02913, 28 décembre 2017, Société Travaux Aquitains

7. D'une part, il ressort du rapport d'analyse des offres que la société Travaux Aquitains a obtenu la note globale de 69,74 contre 100 pour la société Dune Constructions. S'il ressort du tableau de notation des offres que les notes sur 10 et les valeurs en % des critères " Délais d'exécution " et " Développement durable " ne sont pas renseignées pour l'offre de la société requérante, compte tenu de la note finale attribuée, c'est à bon droit que le tribunal, qui a suffisamment motivé sa position sur ce point, a estimé que cette absence de note a nécessairement été regardée par le pouvoir adjudicateur comme équivalente à la note zéro. La société requérante ne saurait sérieusement faire valoir que cette absence de note révèlerait un défaut d'examen de son offre alors que la commission d'appel d'offres a expressément mentionné dans son rapport d'analyse que les délais d'exécution et les éléments d'appréciation sur le développement durable n'avaient pas été précisés.

Commentaire :

Comme on le voit, le fait qu'un critère (deux, en réalité) n'ait pas été noté dans le rapport d'analyse des offres ne signifie pas que l'offre n'a pas été analysée. La solution se comprend d'autant mieux que le RAO ne constitue jamais que l'analyse du technicien, et ne saurait constituer le choix du pouvoir adjudicateur.

Restait tout de même une difficulté, surmontée par le juge du fond : il fallait tout de même que les critères aient été appliqués à l'offre du requérant. De l'absence de note, le juge déduit que l'offre n'a obtenu aucun point sur ce critère, et que par conséquent, elle a nécessairement été notée zéro. Attention tout de même car rien n'indique que dans une autre affaire, le juge ne serait pas conduit à juger que le(s) critère(s) en question ont été neutralisés au moment de l'examen de l'offre du requérant. Au cas présent, le pouvoir adjudicateur à certainement produit des éléments probants démontrant que l'offre a bel et bien été appréciée, par exemple, il est possible que le rapport d'analyse ait contenu une appréciation phraséologique de l'offre sur les critères litigieux.

Oubli dans l'offre (ici délai d'exécution) pas d'obligation pour le PA d'inviter le candidat à compléter son offre

CAA de Bordeaux, n° 15BX02913, 28 décembre 2017, Société Travaux Aquitains

8. D'autre part, il résulte de l'instruction que la société Travaux Aquitains n'a pas renseigné la rubrique B5 contenue dans le formulaire portant acte d'engagement en ce qui concerne la durée d'exécution du lot n° 3, et n'a pas davantage précisé dans aucun autre élément de son offre le délai qu'elle envisageait, alors que cet élément était affiché comme un critère d'appréciation. Si elle fait valoir qu'elle s'est engagée à respecter l'ensemble des clauses du CCAG, ces dernières ne faisaient référence qu'à un calendrier prévisionnel d'exécution globale des 22

lots. La référence dans son mémoire technique à une variante résultant de l'intervention en une seule phase, qui aurait permis de gagner quatre mois environ, ne permettait pas au pouvoir adjudicateur, en l'absence de mention du délai initial, de se prononcer sur la consistance de son offre sur les délais d'exécution des travaux objets du lot n°3. Et, contrairement aux allégations de la requérante, le pouvoir adjudicateur n'était pas tenu de l'inviter à compléter son dossier sur ce point. Dans ces conditions, l'offre de la société Travaux Aquitains n'a pas apporté de réponse au critère du " délai d'exécution " et, en dépit de son classement, cette offre était irrégulière, au sens des dispositions précitées de l'article 35 du code des marchés publics. Par suite, la société Travaux Aquitains était dépourvue de toute chance de remporter le marché et n'est pas fondée à obtenir réparation d'un tel préjudice. Dès lors, les conclusions indemnitaires ne peuvent qu'être rejetées.

Commentaire

Bien que rendue sous l'empire du précédent code, cette décision est intéressante car elle préfigure les réclamations à venir. Dans l'ancien état de droit, il était impossible de faire compléter une offre sur des points aussi essentiels que ceux omis par le concurrent évincé (oubli des délais d'exécution), ce qui n'a pas empêché le requérant de se plaindre que le pouvoir adjudicateur n'y ait pas procédé. Son offre était donc définitivement irrégulière. En revanche, avec la possibilité désormais ouverte de faire régulariser les offres (décret du 25 mars 2015, art. 55), il est fort probable que les candidats évincés se plaindront de n'avoir pas eu la possibilité de régulariser leur offre. Pas plus que par le passé, le pouvoir adjudicateur ne sera tenu de procéder à la régularisation. Afin de prévenir cette réclamation, il serait sans doute opportun de mentionner très clairement dans le règlement de consultation que « la régularisation des offres n'étant qu'une faculté, les candidats sont invités à remettre une offre complète afin de ne pas s'exposer à la voir rejetée comme irrégulière »

Prolongation de délai, alors qu'une offre a déjà été déposée (légal)

CAA de Nantes, n° 16NT01413, 22 décembre 2017, société Eiffage Energie Val de Loire

5. Considérant, en premier lieu, qu'il résulte de l'instruction qu'à l'issue de la réunion de négociation qui s'est tenue le 25 mars 2014 les candidats ont été invités à remettre les documents demandés lors de cette réunion avant le jeudi 3 avril 2014 à 12 heures ; que, par un courriel du 3 avril 2014 adressé à 11 heures 40 à la société requérante, la direction des services techniques du centre hospitalier a indiqué que cette obligation était reportée au même jour à 19 heures et précisé que l'offre finale devait parvenir avant le lundi 7 avril 2014 à 12 heures ; que si la société Eiffage Energie Val de Loire soutient que la prorogation de délai accordée vingt minutes avant l'échéance du 3 avril 2014 à 12 heures a lésé ses intérêts dès lors qu'elle avait déjà adressé son offre et n'a pu ainsi bénéficier du délai complémentaire, l'ensemble des candidats a bénéficié de la prorogation du délai de présentation des offres consécutive à la survenance d'un problème technique sur la plateforme dématérialisée ; qu'en outre, il était loisible à la société requérante d'adresser une nouvelle offre au centre hospitalier, avant le lundi 7 avril 2014 à 12 heures ; que, par suite, la requérante n'est pas fondée à soutenir que la procédure de mise en concurrence aurait été viciée ;

Commentaire :

Toujours la volonté du juge de ne pas durcir la règlementation. Celle-ci autorise à prolonger les délais de réponse dès lors qu'ils ne sont pas expirés. Aucune condition n'est fixée quant au fait qu'aucune offre doit avoir été déposée lorsque la prolongation intervient, et il n'est pas question de la rajouter.

On remarquera d'ailleurs que l'auteur de l'offre n'est pas lésé par rapport à ses concurrents : libre à lui de mettre à profit ce nouveau délai pour retirer sa première offre et la remplacer par une autre qui l'améliorera.

Information des candidats, ce qui compte c'est la décision de l'autorité compétente

CAA de Nantes, n° 16NT01413, 22 décembre 2017, société Eiffage Energie Val de Loire

9. Considérant, en premier lieu, qu'il résulte de l'instruction, en particulier du tableau de comparaison des offres,

établi à l'issue des séances de négociation par le pouvoir adjudicateur, que la notation de la société Eiffage Energie Val de Loire résulte de la seule application des critères de sélection tels que définis par le règlement de la consultation ; qu'ainsi, il ne peut être déduit des termes du courrier adressé le 11 avril 2014 à la société requérante, afin de l'informer que le marché en cause a été attribué à la société Spie, que sa propre offre aurait été appréciée par rapport à cette offre concurrente et non par rapport aux seuls critères d'attribution définis par le règlement de la consultation ;

Commentaire :

Réponse à une question fréquemment soulevée devant les juridictions. La lettre d'information de rejet de l'offre, ou de la candidature, est nécessairement brève, elle peut même être incomplète, ou prêter à confusion. Ici le concurrent évincé considérait que la lettre indiquait que son offre n'avait été comparée qu'à celle de la seule société attributaire (on cherche d'ailleurs l'intérêt lésé). On remarquera que dans le cadre d'un recours Tarn et Garonne, le juge en revient au rapport d'analyse lui-même pour considérer que le choix est légal.

Ce raisonnement parfaitement compréhensible (une simple lettre d'information ne saurait vicier la décision dont elle rend compte), comporte peut-être une limite : si la lettre de rejet par son caractère insuffisant ne permettait pas au requérant de comprendre les motifs de son éviction, et partant, le privait de la possibilité de la contester, le pouvoir adjudicateur prendrait le risque de voir sa procédure annulée, ou du moins suspendue pour ce seul motif.

Régularisation des offres

Conseil d'Etat, 5 février 2018, n° 414508, Compagnie d'autocars des Alpes-Maritimes

10. Considérant, en cinquième lieu, que la commission d'appel d'offres n'a pas méconnu ses obligations de mise en concurrence en procédant d'office à la rectification d'une erreur de plume dans le calcul du prix final proposé par la société attributaire ;

Commentaire

Selon, le conseil d'Etat, la commission d'appel d'offres pouvait rectifier «une erreur de plume dans le calcul du prix final proposé par la société attributaire ».

Premièrement, on se réjouira pour cette pauvre commission d'appel d'offres, désormais cantonnée au seul choix de l'offre économiquement la plus avantageuse, qu'elle dispose pour ce faire du droit de contrôler la cohérence des offres qui lui sont soumises, et que, sans être tenue de rejeter les offres comportant des erreurs purement matérielles (si l'on comprend bien l'expression « erreur de plume », elle puisse de son propre chef, les rectifier.

Deuxièmement, l'arrêt ne fait pas mention de la nécessité de demander au concurrent s'il accepte la correction. En pratique l'acheteur public sera bien inspiré de faire cette demande avant toute correction. Et s'il ne le fait pas, mieux vaudra avoir annoncé qu'il se reconnaît ce droit dans le règlement de consultation.

Troisièmement, la correction en question constitue en réalité une régularisation de l'offre. Bien que la décision ne le précise pas, on peut deviner que si le prix final était affecté par l'erreur, le pouvoir de régularisation de l'administration pourrait s'exercer. Dans ce cas, et dans ce cas seulement de l' « erreur de plume » l'acte d'engagement pourrait donc être modifié.

Communication des caractéristiques de l'offre retenue… durant la procédure de référé précontractuel

Conseil d'Etat, 5 février 2018, n° 414508, Compagnie d'autocars des Alpes-Maritimes

11. Considérant, en sixième lieu, que si la métropole n'a pas répondu, avant l'introduction de l'instance, aux demandes formées par la société Compagnie d'autocars des Alpes-Maritimes tendant à ce que lui soient

communiquées les caractéristiques de l'offre retenue, elle a apporté suffisamment d'éléments de nature à répondre à cette demande dans son mémoire en défense enregistré le 25 août 2017 ;

Commentaire :

Bien entendu, il faudrait savoir à quelles demandes de la requérante, le pouvoir adjudicateur n'a pas souhaité répondre. Cependant, il semble que ces informations étaient dues au concurrent évincé, la motivation de l'arrêt permet de comprendre que le refus de répondre était irrégulier au départ, mais qu'il a été régularisé durant l'instance contentieuse (référé précontractuel).De fait, l'article 99 du décret du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics prévoit que lorsque l'acheteur informe le candidat évincé des motifs de son rejet, il doit également, si le candidat concerné lui en fait la demande « lui communique(r), en outre, les caractéristiques et avantages de l'offre retenue ainsi que le nom de l'attributaire du marché public » *(Décret 2016-360, art. 99-I et II),* sauf si son offre était irrégulière, inacceptable ou inappropriée.

Le conseil d'Etat aurait pu adopter une position plus rigoureuse et considérer qu'il s'agissait là d'un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence.

Il restera sans doute à tracer une subtile ligne de démarcation entre les informations dues aux concurrents évincés alors même qu'ils n'ont pas saisi le juge des référés et celles qui devront lui être communiquées devant le juge des référés…

Incompétence du juge du référé précontractuel pour vérifier que l'exécution du contrat entre dans l'objet social du candidat retenu

Conseil d'Etat, 5 février 2018, n° 414508, Compagnie d'autocars des Alpes-Maritimes

6. Considérant, en premier lieu, que si la société Compagnie d'autocars des Alpes-Maritimes soutient que le pouvoir adjudicateur doit apprécier les capacités professionnelles et techniques d'un candidat en prenant notamment en considération son objet social, il n'appartient pas au juge du référé précontractuel, lorsqu'une personne morale de droit privé se porte candidate à l'attribution d'un contrat de commande publique, de vérifier que l'exécution de ce contrat entre dans le champ de son objet social ;

Commentaire :

Il ne s'agit évidemment pas de libérer l'acheteur public de son obligation de vérifier que le candidat par son objet social pourra bien exécuter le marché. Ce point pourra être tranché dans le cadre d'un recours Tarn et Garonne qui permettra de vérifier la correcte appréciation de l'objet social, mais pas dans le cadre du référé précontractuel.

Pour autant, la position du conseil d'Etat n'en demeure pas moins surprenante. Le juge du référé précontractuel doit sanctionner les manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence. A ce titre, on aurait pu penser qu'il censurerait l'attribution d'un marché à un candidat ne présentant pas la capacité juridique pour l'exécuter. A tort, selon le conseil d'Etat.

Maîtrise d'œuvre –Respect de l'intégrité de la mission de Base – Sanction par l'Ordre des architectes

CAA de NANCY, n° 16NC01207, 28 décembre 201, Conseil régional de l'ordre des architectes de Lorraine

8. Considérant, en troisième lieu, que la loi n°85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'oeuvre privée dresse, dans son article 7, la liste des éléments de conception et d'assistance qu'un maître d'ouvrage peut confier au maître d'oeuvre, au nombre desquels figurent les études d'esquisse en précisant que " pour les ouvrages de bâtiment, une mission de base fait l'objet d'un contrat unique " ; qu'aux termes de l'article 15 du décret n°93-1268 du 29 novembre 1993 relatif aux missions de maîtrise d'oeuvre confiées par des maîtres d'ouvrage publics à des prestataires de droit privé : " Pour les opérations de construction neuve de bâtiment, la mission de base comporte les études d'esquisse, d'avant-projet, de projet, l'assistance apportée au maître de l'ouvrage pour la passation des contrats de travaux, la direction de l'exécution du contrat de travaux et l'assistance apportée au maître de l'ouvrage lors des opérations de réception et pendant la période de garantie de parfait achèvement. (...) " ; que si, ainsi que le fait valoir le requérant, le cahier des clauses administratives particulières et l'acte d'engagement du marché en litige ne mentionnent pas la mission " études d'esquisse ", il ressort toutefois de la décomposition du prix forfaitaire, de l'annexe à l'acte d'engagement intitulée " missions et répartitions des honoraires " et des termes mêmes de l'acte d'engagement que l'intégralité de la mission de base a été confiée au groupement attributaire en application du contrat en litige ; qu'ainsi le conseil régional de l'ordre des architectes n'est pas davantage fondé à soutenir que les prérogatives de la profession d'architecte auraient été méconnues sur ce point ;

Commentaire :

Deux éléments à retenir :

1° L’ordre des architecte dispose d’un intérêt lésé à faire valoir devant le juge administratif pour demander l’annulation d’un marché ne comportant pas l’ensemble des prestations prévues dans le cadre de la mission de base (il reste à savoir si un maître d’œuvre concurrent évincé, disposerait également d’un intérêt lésé dans le même cas), cette solution s’explique par l'article 26 de la loi du 3 janvier 1977 disposant que « le conseil national et le conseil régional de l'ordre des architectes concourent à la représentation de la profession auprès des pouvoirs publics. Ils ont qualité pour agir en justice en vue notamment de la protection du titre d'architecte et du respect des droits conférés et des obligations imposées aux architectes par la présente loi. (...) ;

2° bien que le cahier des charges ne mentionne pas expressément chacune des missions prévues par la loi, le juge accepte la démonstration de leur existence par les rubriques du bordereau des prix unitaires du marché litigieux.

CAA de Nantes, n° 16NT02851, 22 décembre 2017, société SLVL

Marge bénéficiaire - Eléments à prendre en compte

9. Considérant, toutefois, que les attestations comptables produites par la société SLVL, qui ne précisent pas si le taux de marge obtenu est un taux brut ou net, comptabilisent les seuls frais variables de chantier et les dépenses de sous-traitance, à l'exception de la quote-part des frais fixes et des frais de personnel qu'auraient nécessairement mobilisés la société SLVL pour réaliser le chantier ; que si en appel la requérante produit une nouvelle attestation établie le 28 avril 2017 par le même expert comptable ainsi qu'un tableau récapitulant les devis des entreprises de sous-traitance contactées par elle dans la perspective de la réalisation du marché dont elle a été évincée, cette attestation, pas plus que les précédentes, ne permet de connaître le montant des frais fixes et des frais propres de personnel qu'elle aurait engagés si elle avait été retenue pour réaliser les travaux objet du marché en cause ; qu'ainsi, la société SLVL n'établit pas plus en appel qu'en première instance que son taux de marge nette serait de 33,5 %, ou même de 23,56 % comme elle le soutient dans le dernier état de ses écritures ; que pour sa part le ministre des armées produit divers éléments, notamment un extrait du blog de la construction modulaire en date 6 février 2015, faisant état de la volatilité du marché de la construction modulaire, qui après avoir connu une baisse de son chiffre d'affaires de 3,6 % au 1er semestre 2013 est reparti à la hausse au second semestre de cette même année avec une croissance de 2,1 % de son chiffre d'affaires, et soulignant que les anticipations sur les taux de marge sont pessimistes, tant pour le secteur de la location que pour celui de la vente ; que l'autorité administrative produit en outre un article des Echos, du 20 octobre 2009, révélant que l'entreprise de bâtiments modulaires Cougnaud, connaît un taux de marge nette de 7 % au lieu de 9 % les années précédentes ; qu'enfin, le ministre verse en appel un extrait du compte de résultat et du bilan partiel 2009-2010 de la société SLVL mentionnant que celle-ci a dégagé une marge bénéficiaire nette de 0,8 % en 2009 et de 3,3 % en 2010 ;

qu'ainsi, la requérante ne démontre pas qu'en retenant un taux de marge nette de 7 % et en l'appliquant au montant de l'offre de la société SLVL, soit 2 110 626,85 euros HT, le tribunal administratif d'Orléans aurait sous-évalué le montant de ce chef de préjudice en le fixant à la somme de 147 700 euros ;

Commentaire :

Bel exemple d'opiniâtreté. Le pouvoir adjudicateur auquel le candidat évincé prétendait opposer une marge bénéficiaire de 23 ou 33% %, sur la base des écritures de son comptable, ne s'en est pas laissé compter. On remarquera que pour contredire la méthode de calcul (ce qui est quasiment impossible de l'extérieur de l'entreprise requérante), l'administration peut s'appuyer sur la presse économique spécialisée. Dans ce cadre, sont retenus comme éléments pertinents :

- La conjoncture économique morose, pour ne pas dire baissière ;
- L'évolution prévisible de celle-ci (« pessimiste ») ;
- La marge nette d'un concurrent, nettement plus faible, alors même qu'elle serapporte à 2009, et non 2013 date de notification du marché ;
- Des extraits du compte de résultat et du bilan partiel faisant apparaître une marge bénéficiaire nette de 0,8 % en 2009 et de 3,3 % en 2010

Eviction irrégulière – Préjudices indemnisables en sus de la marge bénéficiaire

CAA de Nantes, n° 16NT02851, 22 décembre 2017, société SLVL

10. Considérant, en troisième lieu, que la société SLVL n'établit pas, par la seule production des formulaires remplis " de rupture conventionnelle de contrat de travail à durée indéterminée " de quatre salariés de l'entreprise, dont l'un a été signé le 14 janvier 2013, antérieurement à la décision du 4 février 2013, rejetant son offre, et dont deux occupaient des postes généraux de directeur technique et de responsable comptable, l'existence d'un lien de causalité direct et certain entre son éviction irrégulière du marché en cause et le préjudice financier allégué résultant du licenciement de ces salariés ; qu'elle n'est pas dès lors fondée à demander la condamnation de l'Etat à lui verser la somme de 15 810 euros à ce titre ;

Commentaire :

Les frais liés à la rupture conventionnelle de contrat de travail ne sont pas exclus par principe du préjudice occasionné par la non obtention d'un marché. Encore doit on pouvoir démontrer que cette rupture résulte bien de l'éviction irrégulière. Au cas présent, aucun élément ne paraît avoir été apporté par la société requérante. Une des deux ruptures est même antérieure à la réception de la lettre de rejet de l'offre…

Cet élément de préjudice est intéressant, car il permet de comprendre que le candidat irérgulièment évincé n'a pas droit qu'à la seule indemnisation de sa marge bénéficiaire comme on l'écrit parfois trop rapidement. La cour semble admettre que tout autre préjudice, dès lors qu'il est causé de manière directe et certaine par l'éviction irrégulière puisse être pris en charge.