



Newsletter Contrats publics – n° 4

Mars 2023

La présente Newsletter a pour objet de mettre à disposition une sélection des décisions et des actualités juridiques rendues publiques entre le 1^{er} février et le 28 février 2023.

PASSATION DU CONTRAT

- **Méconnaissance du principe d'impartialité et participation de l'AMO à l'élaboration des documents de la consultation**
[CE, 28 février 2023, société Sofratel, req. n° 467455](#)

Statuant au visa de l'article L. 2141-10 du CCP, le Conseil d'Etat rappelle que « *le principe d'impartialité, principe général du droit, s'impose au pouvoir adjudicateur comme à toute autorité administrative* » et que « *sa méconnaissance est constitutive d'un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence* ».

Le Conseil d'Etat relève, d'une part, que le dirigeant de la société AMO de la Commune est également le dirigeant de la société éditrice d'un logiciel que l'offre du groupement attributaire désignait comme son fournisseur et, d'autre part, que l'AMO a participé à l'analyse des offres et à leur notation et a été ainsi susceptible d'influencer l'issue de la procédure.

Dès lors, « *en jugeant que la participation de [l'AMO] au déroulement de la procédure de passation du marché litigieux n'était pas de nature à compromettre l'impartialité de l'assistant à la maîtrise d'ouvrage ni, par conséquent, la régularité de la procédure de passation, le juge des référés a inexactement qualifié les faits de l'espèce* ».

La Haute juridiction en déduit que, « *en faisant participer [l'AMO] à l'analyse et l'évaluation des offres dans le cadre de la procédure de passation du marché litigieux, la commune de Caudry a méconnu le principe d'impartialité et, partant, ses obligations de publicité et de mise en concurrence. En revanche, il ne résulte de l'instruction aucune circonstance de nature à faire naître un doute sur le fait que cette société aurait élaboré le règlement de la consultation et les pièces du marché de façon à favoriser l'offre*

qui indiquerait utiliser le logiciel commercialisé par la société avec laquelle elle partage des intérêts. Par suite, il y a lieu, sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens de la demande, d'annuler la procédure de passation contestée au stade de l'analyse des offres, et d'enjoindre à la commune de Caudry, si elle entend conclure le marché en litige, de la reprendre à ce stade, sans qu'y participe la société [AMO] ».

- **Méthode d'évaluation du préjudice subi par un acheteur victime d'une entente anticoncurrentielle**

[CAA Paris, 17 février 2023, SNCF Mobilités, req. n° 14PA02419](#)

La présente décision s'inscrit dans les suites contentieuses de la demande indemnitaire présentée par la SNCF et tendant à ce que la juridiction administrative condamne solidairement plusieurs sociétés à lui verser la somme de 14.200.000 d'euros en réparation des préjudices résultant, pour elle, des pratiques anticoncurrentielles de ces sociétés (voir à ce sujet CE, 12 octobre 2020, req. n° 432918).

La décision rendue par la Cour administrative d'appel de Paris retient notamment l'attention s'agissant de la méthode d'évaluation du préjudice. A cet égard, la Cour considère que « *Toute personne ayant subi un préjudice causé par une infraction à l'article 101 ou 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) a le droit d'en obtenir réparation. Cette réparation consiste à placer la partie lésée dans la situation où elle se serait trouvée si l'infraction ne s'était pas produite. L'estimation des taux de surpris repose dès lors sur la comparaison des prix effectivement payés par la victime et des prix dits contrefactuels qu'elle aurait payés en l'absence de cartel* ». Elle en déduit que « *le préjudice subi par la SNCF résulte donc de la différence entre le prix effectivement payé et celui qui aurait été acquitté en l'absence d'entente anticoncurrentielle, pour l'acquisition, tant auprès de sociétés ayant participé à l'entente que d'entreprises tierces, d'une part, de balais de traction en carbone utilisés sur les trains, principalement les locomotives, pour conduire l'électricité, et, d'autre part, de bandes d'usure en carbone et graphite pour les pantographes assurant l'alimentation des trains en électricité* ».

La Cour considère entre autres que « *pour déterminer l'assiette du préjudice, il y a lieu de retenir la somme des achats tracés et des achats estimés* » et que « *Les achats estimés doivent être calculés à l'aide de ratios établis entre les achats tracés et l'utilisation correspondante de la flotte ferroviaire, soit, pour les balais, le nombre de trains-kilomètres parcourus annuellement par les trains équipés et, pour les bandes, le nombre de passagers-kilomètres parcourus annuellement par les passagers des TGV* ».

- **Une offre ne respectant pas les prescriptions du CCTP alors même que ces prescriptions ne sont pas techniquement réalisables est-elle irrégulière ?**

TA Poitiers , 27 février 2023, société Batisol Plus, req. n° 2101637 (décision non publiée)

Le CCTP du marché litigieux prescrivait la pose d'un sol de grés cérame classé U4 P3 E3 C3. Or, l'offre de la société requérante, laquelle avait saisi le Tribunal administratif de Poitiers d'une demande tendant à être indemnisée du fait de son éviction irrégulière de la procédure, proposait un revêtement U4 P3 E3 C2 – et non un revêtement U4 P3 E3 C3 – au motif que « *le revêtement prescrit par le CCTP n'était pas techniquement réalisable* ».

Le Tribunal relève que la société requérante « *ne démontre pas qu'elle aurait, comme elle en avait la possibilité, posé des questions ou signalé cette impossibilité au maître d'œuvre ou au maître d'ouvrage préalablement au dépôt de son offre, alors que l'offre de la société [attributaire] était quant à elle*

réputée, en l'absence de précisions sur le type de revêtement, respecter l'ensemble des prescriptions requises par le CCTP ».

Il en déduit que l'offre de la société requérante était irrégulière au motif qu'elle « *ne respectait pas les exigences formulées dans le CCTP* », de sorte que la requérante ne pouvait prétendre à l'indemnisation d'aucun préjudice.

-
- **Un candidat dont l'offre est irrégulière est-il dépourvu de toute chance de remporter le marché si l'offre de l'attributaire est elle-même irrégulière ?**

TA Bordeaux, 8 février 2023, *société Hycodis*, req. n° 2104972 (décision non publiée)

Dans le cadre de l'élaboration de son offre, la société Hycodis a renseigné le bordereau des prix unitaires en méconnaissance des prescriptions du CCAP.

Le Tribunal administratif de Bordeaux relève ainsi que « l'offre de la société Hycodis, qui ne respecte pas les exigences formulées dans les documents de la consultation, est irrégulière. Il considère par suite que, « *alors même que l'offre de la société attributaire présenterait également un caractère irrégulier, la société requérante doit être regardée comme étant dépourvue de toute chance d'obtenir le marché* ».

CONTENU DU CONTRAT

- **Bail en l'état futur d'achèvement et prohibition des clauses de paiement différé**

[CAA Marseille, 27 février 2023, Centre hospitalier Alpes-Isère, req. n° 21MA04312](#)

La Cour administrative d'appel de Marseille considère que le contrat qui prévoit « *la réalisation d'un ouvrage répondant aux besoins exprimés par le centre hospitalier, avec une option d'achat pour ce dernier à l'issue d'une période de location de douze ans, constituée [...] un marché public de travaux* ».

Elle relève également qu'en vertu du bail en l'état futur d'achèvement en cause, « *les travaux d'aménagement des bâtiments A et B et les travaux de construction du bâtiment C sont rémunérés non par le versement immédiat d'un prix, mais, s'agissant de la construction du bâtiment C, par le versement des loyers et, s'agissant des aménagements, par celui de "surloyers" annuels d'un montant annuel de 31 852 euros pendant une durée de dix ans* », de sorte que « *ces versements constituent des paiements différés, prohibés par les dispositions précitées de l'article 60 de l'ordonnance du 23 juillet 2015* », lesquelles sont « *applicables à tous les marchés publics, et non aux seuls marchés d'entreprise de travaux publics comprenant à la fois la construction de l'ouvrage et son exploitation* ».

La méconnaissance par le contrat des dispositions de l'article 60 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 entraîne l'illicéité du contenu des clauses qui prévoient les modalités de versement des surloyers lesquelles, compte tenu de leur caractère déterminant lors de la conclusion du contrat, « *sont indivisibles du reste du contrat* ».

Cette illicéité du contrat justifie en l'espèce son annulation.

EXECUTION DU CONTRAT

- **Absence de caractère excessif du montant des pénalités de retard**
[CAA Paris, 17 février 2023, société Sogea Sud Bâtiment, req. n° 20PA01427](#)

La Cour relève que le montant du marché litigieux s'élève, après travaux supplémentaires, à la somme de 1.108 045,98 euros HT et que le montant des pénalités de retard de 398.000 euros infligées à la société requérante correspond ainsi à 36 % du montant du marché.

Elle considère que si la société requérante fait valoir que le montant de 2.000 euros par jour de retard est « *sans commune mesure avec la pratique habituelle de la SNCF au vu de l'article 22.1 du CCCG Travaux qui prévoit un montant de 1/3 000ème du montant du marché par jour de retard, d'une part, cette référence au CCCG Travaux, qui s'applique dans le silence du marché, ne permet pas de connaître la pratique habituelle de la SNCF, d'autre part, le montant de 398.000 euros n'a été calculé que sur la base de 199 jours de retard* ».

Elle relève également que le retard constaté de 741 jours est « *particulièrement important au regard du délai contractuel d'exécution du marché* » et considère que la requérante « *ne peut utilement faire valoir que ce retard n'aurait pas causé de préjudice à la SNCF, ni se prévaloir de la modicité du montant des travaux impactés concernés par ce retard* ».

La Cour en déduit que le montant des pénalités qui lui a été infligé n'est pas manifestement excessif.

-
- **Dérogation à la règle selon laquelle seul le DGD détermine les droits et obligations définitifs des parties**
TA Saint-Denis, 21 février 2023, SAS Razel-Bec Réunion, req. n° 2000379 (décision non publiée)

Le Tribunal considère que « *si les parties à un marché public de travaux peuvent convenir que l'ensemble des opérations auxquelles donne lieu l'exécution de ce marché est compris dans un compte dont aucun élément ne peut être isolé et dont seul le solde, arrêté lors de l'établissement du décompte définitif, détermine leurs droits et obligations définitifs, elles n'y sont pas tenues* ».

Il est donc loisible aux parties à un marché de travaux de déroger à la règle selon laquelle seul le solde débiteur dégagé du décompte définitif permet de liquider la créance et d'en exiger le paiement par l'entreprise.

FIN DU CONTRAT

- **Bien de retour et ensemble contractuel unique**
[CAA Bordeaux, 28 février 2023, Mme A. c/ Commune de Sanilhac, req. n° 21BX01167](#)

La Cour administrative d'appel de Bordeaux relève, d'une part, que le contrat litigieux prévoyait une gestion de l'exploitation sur un terrain qui n'était pas la propriété du délégataire mais celle de Mme A., qui le lui a donné à bail, et que Madame A. est restée propriétaire des bâtiments à l'achèvement de la convention et, d'autre part, que le contrat de bail tripartite conclu entre Madame A., la société A. Frères et la commune avait pour seul objet la location d'un crématorium dans le respect des conditions prévues à l'article L. 2223-40 du CGCT.

La Cour en déduit que « *les appelants sont fondés à soutenir que cette délégation de service public et ce contrat de bail ne constituent pas un ensemble contractuel unique* » et précise que, « *en tout état*

de cause, la seule mise à disposition du délégataire, par Mme A., d'un bien lui appartenant [...] ne saurait avoir pour effet d'attirer cette dernière au contrat de délégation de service public et de lui conférer la qualité de délégataire ».

Il en découle que « le crématorium dont elle est propriétaire et qui n'a pas fait l'objet d'investissements par le délégataire n'est pas au nombre des biens qui sont entrés dans la propriété de la commune [...] quand bien même il est nécessaire au fonctionnement du service public funéraire ».

Auteur



Steve BATOT
Avocat, associé
sbatot@racine.eu

Inscrivez-vous à notre newsletter Contrats publics

Profitez de nos flashes info et ne manquez pas nos prochains événements Racine avocats (Matinales de la commande publique, petits déjeuners débats et ateliers pratiques) pour découvrir toute l'actualité juridique de ce domaine présentée par nos experts en Droit public – Energie

Pour vous inscrire gratuitement : <https://urlz.fr/k71y>

