



Newsletter Contrats publics – n° 6

Mai 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} avril et le 30 avril 2023.

PASSATION DU CONTRAT

- **Candidat irrégulièrement évincé : le manque à gagner doit être déterminé en fonction du bénéfice net que lui aurait procuré le marché s'il l'avait obtenu**
[CAA Marseille, 3 avril 2023, Métropole Toulon Provence Méditerranée, req. n° 21MA00348](#)

La Cour administrative d'appel de Marseille rappelle que « l'entreprise candidate à l'attribution d'un marché public qui a été irrégulièrement évincée de ce marché qu'elle avait des chances sérieuses d'emporter, a droit à être indemnisée de son manque à gagner » et que « Ce manque à gagner doit être déterminé non en fonction du taux de marge brute constaté dans son activité, mais en fonction du bénéfice net que lui aurait procuré le marché si elle l'avait obtenu ».

- **Un acheteur doit-il rejeter une offre comme inacceptable au motif qu'elle est inférieure au montant maximum de l'accord-cadre ?**
[CAA PARIS, 18 avril 2023, Société Actor France, req. n° 21PA02213](#)

Après avoir été informée de ce que son offre était rejetée comme inacceptable au motif qu'elle excédait les crédits budgétaires alloués au marché, la société requérante a saisi la juridiction administrative d'une demande tendant à l'annulation ou, à défaut, la résiliation du contrat conclu entre la Ville de Paris et un groupement d'entreprises sous la forme d'un accord-cadre à bon de commandes d'une durée de 48 mois en vue de la fourniture et de la maintenance de corbeilles de rue compactantes à énergie solaire.

La Cour considère que la circonstance que le budget de 2 500 000 euros HT soit inférieur au montant maximum de l'accord-cadre à bons de commande, fixé à 3 500 000 euros HT est « *en elle-même sans incidence sur la légalité de l'élimination par la ville de Paris de l'offre de la société requérante* », laquelle a été prise au seul motif que « *cette offre excède les crédits budgétaires alloués au marché public tels qu'ils ont été déterminés et établis avant le lancement de la procédure, dès lors que l'acheteur n'était pas tenu de commander le montant maximum du marché mais seulement le montant minimum* ».

La Cour confirme également la solution retenue par les premiers juges en considérant que « *aucune disposition du décret du 26 mars 2016 ni aucune autre disposition législative ou réglementaire ni aucun principe n'impose au pouvoir adjudicateur de communiquer aux candidats le montant des crédits budgétaires alloués au marché public ni par suite le montant au-dessus duquel une offre sera considérée comme inacceptable* ».

-
- **Attribution de deux lots d'un même marché à deux entités d'un même groupe**
[CAA Bordeaux, 25 avril 2023, Société Baqélec Réunion, req. n° 21BX01212](#)

Saisie d'une requête en contestation de validité d'un marché public à la demande d'un candidat évincé qui faisait valoir que deux sociétés d'un même groupe, filiales d'une même entité, se sont vu attribuer chacune l'un des lots de ce marché, la Cour administrative d'appel de Bordeaux relève que « *ces deux sociétés sont chacune dotées de la personnalité morale et d'une adresse de siège social distincte* », qu'elles « *disposent chacune de moyens matériels et humains propres pour répondre à l'offre dont elles ont été déclarées attributaires* », et que « *aucun élément du dossier ne permet d'estimer qu'en raison des liens existants entre leurs dirigeants, ces sociétés ne seraient pas dotées d'une autonomie commerciale* ».

La Cour en déduit que les deux sociétés ne peuvent être regardées comme un seul et même candidat pour l'application des dispositions des articles 2 et 8 du règlement de la consultation aux termes desquels, respectivement, « *Les candidats peuvent soumissionner à tous les lots, mais ne peuvent être attributaire que d'un seul et unique lot* » et « *Un candidat ne peut être attributaire de plus d'un lot* ».

CONTENU DU CONTRAT

- **Illégalité du contrat et illicéité de son objet**
[CE, 5 avril 2023, Commune de Hyères, req. n° 459834](#)

Saisi à la requête d'un candidat évincé d'un recours en contestation de validité d'un marché public pour la fourniture de produits larvicides destinés à la lutte contre les moustiques, le Conseil d'Etat précise, aux termes d'une décision de principe, que « *Le contenu d'un contrat ne présente un caractère illicite que si l'objet même du contrat, tel qu'il a été formulé par la personne publique contractante pour lancer la procédure de passation du contrat ou tel qu'il résulte des stipulations convenues entre les parties qui doivent être regardées comme le définissant, est, en lui-même, contraire à la loi, de sorte qu'en s'engageant pour un tel objet, le cocontractant de la personne publique la méconnaît nécessairement* ».

Un défaut d'autorisation de mise sur le marché d'un produit dont la fourniture constitue l'objet même du contrat litigieux entache par conséquent d'illicéité le contenu de ce contrat, un tel vice étant de nature à justifier son annulation.

- **Licéité d'une clause tendant à prévenir une situation de conflit d'intérêts**
[CE, 12 avril 2023, Office National des Forêts, req. n° 466740](#)

L'ONF a lancé une consultation, le 11 mai 2022, en vue de la passation, selon une procédure d'appel d'offres ouvert, d'un accord-cadre à bons de commande ayant pour objet la commande de missions de travail aérien et de transport public sur l'ensemble du territoire de la Guyane. L'article dénommé « 6.1. Conditions de participation » du règlement de cette consultation stipulait que « *Les opérateurs économiques ayant un lien organique ou capitalistique avec une personne physique et/ou morale exerçant une activité professionnelle, soit d'exploitation du sol ou du sous-sol (extraction minière notamment), soit étroitement liée à ce secteur d'activité, ne peuvent pas candidater à la présente consultation* ».

Un candidat évincé a contesté la légalité de cette clause au motif qu'elle avait eu pour effet d'exclure sa candidature, et a demandé au juge des référés du Tribunal administratif de Guyane d'ordonner à l'ONF de reprendre le processus d'analyse des offres en écartant cette clause ou, à titre subsidiaire, de procéder à un nouvel appel d'offres en écartant cette clause d'exclusion des documents contractuels.

Saisi d'un pourvoi contre l'ordonnance du juge des référés, le Conseil d'Etat relève que « *la clause contestée [...], qui vise à exclure des candidats de la consultation, a pour objet d'assurer l'indépendance de l'attributaire du marché et de ses pilotes vis-à-vis des entités ou activités susceptibles d'être contrôlées dans le cadre de l'exécution de ce marché* » et considère que « *Elle doit ainsi être regardée comme une condition de participation à la procédure de passation propre à garantir les capacités professionnelles des candidats nécessaires à l'exécution du marché, au sens des dispositions de l'article L. 2142-1 du code de la commande publique* ».

Le juge des référés du Tribunal administratif de la Guyane a donc commis une erreur de droit en jugeant que cette clause portait sur les conditions d'exécution du marché lui-même, soumise à ce titre aux dispositions de l'article L. 2112-2 du CCP.

-
- **Les engagements souscrits au titre de l'article L. 33-13 du Code des postes et des communication électroniques ne présentent pas de nature contractuelle**
[CE, 21 avril 2023, Société Orange, req. n° 464349](#)

L'article L. 33-13 du CPCE permet au ministre chargé des communications électroniques d'accepter, après avis de l'ARCEP, les engagements, souscrits auprès de lui par les opérateurs, de nature à contribuer à l'aménagement et à la couverture des zones peu denses du territoire par les réseaux de communications électroniques et à favoriser l'accès des opérateurs à ces réseaux.

Par une décision du 21 avril 2023, le Conseil d'Etat relève qu'il ressort de ces dispositions que « *le législateur a entendu donner une force contraignante aux engagements librement consentis par les opérateurs en matière de déploiement du réseau de fibre jusqu'à l'habitant en permettant au ministre chargé des communications électroniques de les accepter* ».

Il en déduit que « *les engagements librement souscrits sur ce fondement et acceptés par cette autorité ne peuvent être qualifiés de contrat entre l'opérateur et l'Etat* », de sorte que « *la requérante ne peut utilement se prévaloir de ce que les dispositions attaquées [– en l'occurrence, une décision de l'ARCEP –] conduiraient à méconnaître la liberté contractuelle* », étant précisé que ces engagements sont « *librement souscrits par les opérateurs, qui se placent volontairement dans une situation différente de ceux qui ne se sont pas engagés* ».

-
- **L'absence d'une clause de révision des prix en méconnaissance de l'article L. 2112-14 du CCP constitue un manquement de l'acheteur à ses obligations de mise en concurrence**
TA Rennes, 14 avril 2023, *Société Chantiers Piriou et Société Mauric*, req. n° 2301645 (décision non publiée)

Lorsqu'il est établi, au moment de la passation d'un marché public, que celui-ci nécessite pour sa 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, le contrat doit comporter une clause de révision de prix établie en fonction d'une référence aux indices officiels de fixation de ces cours (art. L. 2112-13 et L. 2112-14 du CCP).

Saisi d'une demande en référé présentée sur le fondement de l'article L. 551-1 du CJA, le Tribunal administratif de Rennes considère, s'agissant d'un marché public ne comportant aucune clause de révision des prix, que « *Compte-tenu de l'incidence des clauses du contrat relatives aux prix et à leur révision sur la formation des offres des candidats, notamment en fonction des capacités financières respectives de ces derniers, cette méconnaissance des dispositions de l'article R. 2112-14 du code de la commande publique constitue un manquement de l'Ifremer à ses obligations de mise en concurrence* ».

Le juge des référés écarte toutefois le moyen au motif que « *il ne résulte pas de l'instruction que ce manquement, eu égard à sa portée et au stade de la procédure auquel il se rapporte, aurait lésé ou serait susceptible d'avoir lésé le groupement des sociétés Chantiers Piriou et Mauriac, qui a pu présenter utilement une offre et ne précise pas en quoi le chiffrage de son offre, notamment* ».

EXECUTION DU CONTRAT

- **Exécution aux frais et risques du cocontractant**
[CE, 5 avril 2023, *Ministre des armées c./ Société Iveco France*, req. n° 463554](#)

Par une décision du 5 avril 2023, le Conseil d'Etat rappelle que « *il résulte des règles générales applicables aux contrats administratifs que l'administration contractante peut, après avoir vainement mis en demeure son cocontractant de poursuivre l'exécution des prestations qu'il s'est engagé à réaliser conformément aux stipulations du contrat, décider de confier l'achèvement des prestations à une autre entreprise aux frais et risques de son cocontractant* » et que, dans ce cas, « *Le cocontractant défaillant doit être mis à même de suivre l'exécution du marché de substitution ainsi conclu afin de lui permettre de veiller à la sauvegarde de ses intérêts, les montants découlant des surcoûts supportés par l'administration en raison de l'achèvement des prestations par un nouvel entrepreneur étant à sa charge* ».

Il précise par ailleurs que, « *A cet effet, si l'administration doit dans tous les cas notifier le marché de substitution au titulaire du marché résilié, elle n'est tenue de lui communiquer les pièces justifiant de la réalité des prestations effectuées en exécution du nouveau contrat qu'à la condition d'être saisie d'une demande en ce sens* ».

Pour juger que l'acheteur n'avait pas mis le titulaire initial à même de suivre l'exécution du marché de substitution, la Cour administrative d'appel avait en l'espèce estimé que celui-ci avait entendu vérifier la réalité des prestations exécutées en contestant par des mémoires en réclamation les deux décomptes provisoires qui lui avaient été adressés. La Haute juridiction considère que la Cour a commis

une erreur de droit en statuant ainsi, sans rechercher si le titulaire initial avait saisi l'acheteur d'une demande de communication de pièces justifiant de la réalité des prestations.

- **Appréciation du caractère manifestement excessif des pénalités de retard appliquées à un membre d'un groupement solidaire**

[CE, 12 avril 2023, Société Art et Build Architectes, req. n° 461576](#)

Par une décision du 12 avril 2023, le Conseil d'Etat rappelle que « *lorsque le titulaire du contrat saisit le juge de conclusions tendant à ce qu'il modère les pénalités mises à sa charge, il ne saurait utilement soutenir que le pouvoir adjudicateur n'a subi aucun préjudice ou que le préjudice qu'il a subi est inférieur au montant des pénalités mises à sa charge* », qu'il appartient au titulaire du contrat « *de fournir aux juges tous éléments, relatifs notamment aux pratiques observées pour des contrats comparables ou aux caractéristiques particulières du contrat en litige, de nature à établir dans quelle mesure ces pénalités présentent selon lui un caractère manifestement excessif* », et que c'est au vu de l'argumentation des parties qu'il incombe au juge « *soit de rejeter les conclusions dont il est saisi en faisant application des clauses du contrat relatives aux pénalités, soit de rectifier le montant des pénalités mises à la charge du titulaire du contrat dans la seule mesure qu'impose la correction de leur caractère manifestement excessif* ».

La Haute juridiction précise également « *lorsqu'une convention, à laquelle le maître d'ouvrage est partie, fixe la part qui revient à chaque membre d'un groupement solidaire dans l'exécution d'une prestation, et lorsque le juge est saisi par l'un de ces membres de conclusions tendant à ce que soient modérées les pénalités mises à sa charge en raison des retards dans l'exécution de la part des prestations dont il avait la charge, il appartient au juge, pour apprécier leur caractère manifestement excessif eu égard au montant du marché, de prendre en compte la seule part de ce marché qui lui est attribuée en application de cette convention* ».

- **Faute de l'acheteur dans l'exécution par le sous-traitant de prestations excédant celles prévues par l'acte d'engagement**

[CAA Marseille, 3 avril 2023, Société Construction Fernandes, req. n° 21MA01199](#)

Saisie à la requête de la société Construction Fernandes d'une demande tendant à ce que la Commune de La Barben soit condamnée à lui verser, au titre des travaux qu'elle a effectués comme sous-traitante de la société Méridionale CSL, la somme de 26 271,25 euros, assortie des intérêts au taux légal et de la capitalisation des intérêts, la Cour administrative d'appel de Marseille relève que « *La commune ne pouvait [...] ignorer l'exécution, par le sous-traitant, de prestations excédant celles prévues par l'acte spécial et conduisant au dépassement du montant maximum des sommes à lui verser par paiement direct* » et rappelle « *qu'en ne mettant pas en demeure le titulaire du marché ou le sous-traitant lui-même de prendre toute mesure utile pour mettre fin à cette situation ou pour la régulariser, la commune a commis une faute de nature à engager sa responsabilité sur un fondement quasi-délictuel* ».

- **Avenant transactionnel et procédure préalable de publicité et de mise en concurrence**
[CAA Paris, 14 avril 2023, Société Boyer, req. n° 20PA01615](#)

Par un avenant signé le 3 juin 2019, le président de la Polynésie française et la société Boyer, titulaire du marché de travaux de construction d'une marina sur l'île de Raiatea, ont entendu mettre un terme aux réclamations concernant les préjudices financiers subis par la société du fait de l'interruption des travaux liée à l'impossibilité d'accéder au terrain, sur lequel les travaux devaient être réalisés, en raison de son occupation par des opposants au projet.

Statuant au visa de l'article 2044 du Code civil, la Cour considère que « *si l'avenant litigieux fait improprement référence, concernant l'estimation des préjudices financiers subis, à l'introduction de » trois prix nouveaux », pour autant celui-ci, uniquement destiné à prévenir un litige à naître, n'avait ni pour objet ni pour effet de modifier les prestations prévues par le marché initial » et « n'avait pas davantage pour finalité de compenser une absence de résiliation qui, si elle avait été envisagée, n'aurait en tout état de cause pu être prononcée que pour un motif d'intérêt général, ouvrant ainsi un droit à indemnisation de la société titulaire ».*

Elle en déduit que l'avenant litigieux n'avait pas « *à être soumis à des mesures préalables de publicité et de mise en concurrence et n'était dès lors pas entaché d'un détournement de pouvoir »*, de sorte que « *la transaction contenue dans l'avenant contesté, eu égard aux concessions réciproques librement consenties, ne peut être regardée comme mettant à la charge de la Polynésie française une obligation dépourvue de fondement, ni même manifestement disproportionnée, constitutive d'une libéralité »*.

-
- **Le contrat ayant pour objet de prévoir une résolution amiable ne présente pas le caractère d'une transaction**
[CAA Marseille, 17 avril 2023, Société Grasse-Vacances, req. 22MA03094](#)

Par la décision rapportée, la Cour administrative d'appel de Marseille considère que « *le contrat, qui [...] a pour objet de prévoir la résolution amiable d'un contrat, ne peut s'analyser comme un contrat de transaction, lequel a pour seul objet, en vertu de l'article 2052 du code civil, de terminer une contestation née ou de prévenir une contestation à naître »*.

Il en découle que les parties ne peuvent utilement invoquer la méconnaissance des règles s'imposant aux contrats de transaction à l'appui d'un recours dirigé contre la délibération par laquelle une commune a autorisé son maire à résilier ce contrat de manière anticipée en contrepartie du versement d'une indemnité.



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>

