

Zoom sur les actualités rendues publiques entre le 1^{er} et le 31 mars 2024

AUTEUR



Steeve BATOT
Avocat associé – Droit public & Energie
Docteur en Droit public
sbatot@racine.eu
+33 6 12 63 20 49

ACTUALITE REGLEMENTAIRE

- **Modification des arrêtés du 22 décembre 2022 relatifs aux données essentielles des contrats de la commande publique**

[Arrêté du 18 mars 2024 modifiant l'arrêté du 22 décembre 2022 relatif aux données essentielles des marchés publics](#)

[Arrêté du 18 mars 2024 modifiant l'arrêté du 22 décembre 2022 relatif aux données essentielles des contrats de concession](#)

Pris en application des articles R. 2196-1, R. 2196-4 et D. 2396-2-1 du CCP (pour les marchés publics) et de l'article R. 3131-1 du CCP (pour les contrats de concession), les arrêtés du 18 mars 2024 précisent que les données essentielles relatives aux modifications et aux données d'exécution qui se rapportent aux marchés publics et aux contrats de concession notifiés ou, le cas échéant, conclus avant le 1^{er} janvier 2024 sont transmises et publiées dans les conditions fixées par l'arrêté modifié du 22 décembre 2022.

Les dispositions de l'arrêté du 22 décembre 2022 relatif aux données essentielles des marchés publics s'applique ainsi aux modifications, actes spéciaux de sous-traitance et actes de sous-traitance modificatifs qui se rapportent aux marchés publics notifiés avant le 1^{er} janvier 2024.

Les arrêtés du 18 mars 2024 entrent en vigueur le 1^{er} mai 2024.

PASSATION DES CONTRATS

- **Offre anormalement basse et écart de prix avec l'offre concurrente**

TA Bastia, ord. 12 mars 2024, Société Bureau GDA-études, n° 2400198 (décision non publiée)

Par une ordonnance du 12 mars 2024, le juge du référé précontractuel rappelle que « le fait, pour un pouvoir adjudicateur, de retenir une offre anormalement basse porte atteinte à l'égalité entre les candidats à l'attribution d'un marché public », et qu'il résulte des dispositions des articles L. 2152-5 et suivants du CCP « que, quelle que soit la procédure de passation mise en œuvre, il incombe au pouvoir adjudicateur qui constate qu'une offre paraît anormalement basse de solliciter auprès de son auteur toutes précisions et justifications de nature à expliquer le prix proposé ».

Dès lors que 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.

Toutefois, rappelle le Tribunal, « pour estimer que l'offre de l'attributaire est anormalement basse, le pouvoir adjudicateur ne peut se fonder sur le seul écart de prix avec l'offre concurrente, sans rechercher si le prix en cause est lui-même manifestement sous-évalué et, ainsi, susceptible de compromettre la bonne exécution du marché. En outre, l'existence d'un prix paraissant anormalement bas au sein de l'offre d'un candidat, pour l'une ou plusieurs des prestations faisant l'objet du marché, n'implique pas, à elle-seule, le rejet de son offre comme anormalement basse ».

Le juge des référés considère en l'espèce que « la seule circonstance que l'offre de la société Rocca è terra était de près de 70 % inférieure à la sienne et de plus de 80 % à celle du troisième candidat ne l'obligeait pas à engager la procédure de suspicion d'offre anormalement basse ».

- **Offre anormalement basse et justification du prix manifestement sous-évalué**

TA Cergy-Pontoise, ord. 4 mars 2024, Société Organidem, n° 2401687 (décision non publiée)

Par la présente ordonnance, le juge du référé précontractuel considère que les éléments produits par la société requérante en réponse à une demande d'explication de l'acheteur ne permettent de justifier que les prix proposés n'étaient pas manifestement sous-évalués.

Le tribunal relève en effet que « l'offre de la société Organidem était inférieure de 20,64 % à l'estimation réalisée par le pouvoir adjudicateur, de 45,77 % inférieur à la moyenne de l'ensemble des autres offres et de 41,30 % à la moyenne des autres offres après exclusion de l'offre la moins disante et de celle la plus élevée ».

Il relève également que « si la société requérante soutient, sans plus de justifications, que cette baisse s'explique par l'amortissement des véhicules utilisés par le marché, elle n'apporte toujours aucune explication au prix proposé d'une demi-journée de "Chef d'équipe, coordinateur", inférieur de 51,96 % à la moyenne de toutes les offres et de 51,49 % à la moyenne des autres offres après neutralisation

de la plus chère et de la moins chère pas plus qu'au prix d'une demi-journée de "Déménageur, emballeur, monteur", inférieur de 45,63 % à la moyenne de toutes les offres et de 46,64 % à la moyenne des autres offres après neutralisation de la plus chère et de la moins chère ».

CONTENU DES CONTRATS

- **L'absence de clause de révision des prix entache le marché d'illégalité**
CAA Paris, 5 mars 2024, Société SNLM, n° 21PA06640

Statuant aux visas des articles 18 et 19 du défunt Code des marchés publics, la Cour administrative d'appel de Paris relève que les marchés publics en cause ne comportaient pas de clause de révision de prix, alors que la durée d'exécution de ces contrats « était supérieure à trois mois, et que l'exécution de ces mêmes marchés, qui avait pour objet la fourniture de thon entier naturel, nécessitait le recours à une part importante de fournitures dont le prix est directement affecté par les fluctuations des cours mondiaux ».

La Cour en conclut que, « en l'absence de clause de révision de prix, ces marchés étaient donc entachés d'illégalité ».

EXECUTION DES CONTRATS

- **Caractère manifestement excessif des pénalités de retard**
CAA Nantes, 8 mars 2024, Société Concept Métallerie, n° 22NT03760

Un acheteur a mis à la charge de la société requérante une somme de pénalités s'élevant au total à 102 450 euros pour un marché dont le prix a été ramené à 115 111,80 euros HT, de sorte que les pénalités de retard infligées à cette société représentaient environ 89% du prix HT du contrat litigieux.

La Cour considère que les pénalités « présentent, au vu de ce ratio particulièrement élevé, un caractère manifestement excessif, alors même que la société Concept Métallerie n'a pas apporté d'autres éléments pour établir ce caractère ».

Au vu des manquements constatés et du montant du marché, la Cour estime qu'il y a lieu de ramener le montant des pénalités à la somme de 57 555,90 euros, correspondant à 50% du montant HT de ce marché, et de décharger la société Concept Métallerie de l'obligation de payer le surplus.

-
- **Distinction entre fournisseur et sous-traitant**
CAA Paris, 19 mars 2024, Société Wille Geotechnik, n° 22PA04020

Le marché public litigieux avait pour objet l'acquisition d'une presse tri-axiale à confinement à gaz haute pression haute température, devant répondre aux spécifications particulières du cahier des clauses techniques du marché, lesquelles fixaient « des caractéristiques extrêmement précises ».

La Cour relève toutefois que « la société Wille Geotechnik a participé non seulement à la conception mais également à la fabrication de cette presse, laquelle ne relevait pas d'une production courante ». Elle en déduit que la société requérante « n'est ainsi pas uniquement intervenue en qualité de fournisseur, mais a contribué de manière effective à l'exécution du marché » de sorte qu'elle peut « se

prévaloir de ce qu'elle disposait de la qualité de sous-traitante, au sens des dispositions précitées de l'article 1^{er} de la loi du 31 décembre 1975 ».

FIN DES CONTRATS

- **Exemple de résiliation aux frais et risques pour non-respect des délais contractuels**
CAA Nantes, 8 mars 2024, SAS Concept Métallerie, n° 22NT03817

Aux termes de l'article 46.3.1. du CCAG-Travaux dans sa version issue de l'arrêté du 8 septembre 2009, « Le représentant du pouvoir adjudicateur peut résilier le marché pour faute du titulaire [lorsque] le titulaire, dans les conditions prévues à l'article 48, ne s'est pas acquitté de ses obligations dans les délais contractuels, après que le manquement a fait l'objet d'une constatation contradictoire et d'un avis du maître d'œuvre, et si le titulaire n'a pas été autorisé par ordre de service à reprendre l'exécution des travaux », étant précisé que, « dans ce cas, la résiliation du marché décidée peut être soit simple, soit aux frais et risques du titulaire [...] ».

En application de cet article, la commune du Croisic a résilié le marché conclu avec la société Concept Métallerie pour non-respect des délais contractuels.

Après avoir relevé que les retards de l'entrepreneur « avait fait l'objet de nombreuses relances de la part du maître d'ouvrage et de la maîtrise d'œuvre » et que la commune avait mis en demeure la société de s'exécuter, « dans un délai de quinze jours, sous peine de résilier pour faute son marché », la Cour considère que la requérante « ne saurait utilement soutenir que la commune du Croisic a fait obstacle à la finalisation de ses prestations [...] en s'opposant à son intervention sur site, pour reposer des ouvrages précédemment déposés, dès lors que la demande d'intervention faite à la société par la commune, alors que le marché était résilié, concernait uniquement la levée des réserves et non la finalisation d'un chantier avec la pose d'éléments qu'elle avait décidé de retirer ».

La Cour en déduit, dans ces conditions, que « la gravité des fautes commises tenant au non-respect des délais contractuels justifiait la résiliation du marché par la commune du Croisic pour faute et aux frais et risques de l'entreprise ».

CONTENTIEUX DES CONTRATS

- **L'illégalité tirée de l'absence d'une clause de révision des prix n'est pas de nature à justifier l'annulation du contrat**
CAA Paris, 5 mars 2024, Société SNLM, n° 21PA06640

Si l'absence d'une clause de révision de prix entache le marché d'illégalité, cette irrégularité « ne rend pas illicite le contenu même du contrat, et ne constitue pas un vice d'une particulière gravité, de nature à justifier que le contrat soit écarté et à faire obstacle à ce que le litige soit réglé sur le terrain contractuel ».

Il en découle que la société requérante n'est pas fondée à se prévaloir de l'illégalité entachant, en l'absence d'une telle clause, le marché qu'elle a conclu avec l'acheteur, pour solliciter la décharge des pénalités d'inexécution qui lui ont été infligées sur le fondement de ce contrat.

- **Comment caractériser l'existence d'une « entité transparente » ?**

CAA Paris, 18 mars 2024, Association AFT, n° 22PA00764

Par un arrêt du 18 mars 2024, la Cour administrative d'appel de Paris rappelle que « lorsqu'une personne privée est créée à l'initiative d'une personne publique qui en contrôle l'organisation et le fonctionnement et qui lui procure l'essentiel de ses ressources, cette personne privée doit être regardée comme "transparente" et les contrats qu'elle conclut pour l'exécution de la mission de service public qui lui est confiée sont des contrats administratifs ».

La Cour relève en l'espèce que « si l'association AFT fait état de l'origine de ses ressources et du contrôle dont elle ferait l'objet de la part de l'Etat, il est constant qu'elle n'a pas été créée à l'initiative d'une personne publique », de sorte qu'elle « ne peut, pour ce motif, être regardée comme une association "transparente" ».

C'est donc à bon droit que le tribunal administratif a regardé le marché qu'elle a conclu comme « un contrat de droit privé dont le contentieux relève de la compétence du juge judiciaire ».

- **Incidence de la cession du contrat à une société ad hoc sur l'intérêt à agir du titulaire initial à l'encontre de titres de recettes**

CAA Toulouse, 19 mars 2024, Société SFR, n° 23TL01382

Initialement titulaire d'un contrat de délégation de service public relatif à un réseau de communication électronique à très haut-débit, la société SFR a cédé la convention à une entité ad hoc, la société Tarn Fibre, dans les termes convenu entre les parties.

La Cour relève que « si la société appelante se prévaut du fait que les titres de recettes litigieux ont été émis à son encontre à une date antérieure à celle à laquelle la substitution prévue par la convention a eu lieu, il résulte des termes [...] de la convention conclue entre la société SFR et le département du Tarn que, dès lors que la substitution est opérée, les droits et obligations acquis par la société SFR au titre de la convention de délégation de service public sont transférés à la société Tarn Fibre, nouveau délégataire ».

Elle en déduit que « les droits et obligations découlant de l'émission de ces titres ont été transférés à la société Tarn Fibre dès la date de prise d'effet de la substitution et le recouvrement des sommes correspondantes ne peut, depuis, être poursuivi qu'auprès d'elle », de sorte que « la possibilité de contester les titres litigieux en tant que débitrice appartient à la seule société Tarn Fibre ».

C'est donc à bon droit que les premiers juges ont estimé que la société SFR était dépourvue d'intérêt à agir à l'encontre des titres litigieux.

- **Irrecevabilité des conclusions à fin d'homologation d'un protocole transactionnel ayant pour objet de définir les conséquences de la résiliation du contrat**

CAA Marseille, 18 mars 2024, Métropole Nice-Côte-d'Azur, n° 22MA00453

Par une décision du 18 mars 2024, la Cour administrative d'appel de Nice a rappelé le principe selon lequel, « en dehors des cas où la contestation à laquelle il est mis fin a été précédemment portée devant le juge administratif, des conclusions tendant à ce que celui-ci homologue une transaction sont en principe dépourvues d'objet et par suite irrecevables », et que « la recevabilité d'une telle demande d'homologation doit toutefois être admise, dans l'intérêt général, lorsque la conclusion d'une

transaction vise à remédier à une situation telle que celle créée par une annulation ou la constatation d'une illégalité qui ne peuvent donner lieu à régularisation, ou lorsque son exécution se heurte à des difficultés particulières ».

Faisant application de ces principes, la Cour relève en premier lieu que le protocole transactionnel en cause, qui a été conclu en vue de définir les conséquences financières de la résiliation d'une délégation de service public pour la mise en place et l'exploitation d'un service d'automobiles électriques en autopartage, n'a pas pour but de mettre fin à une contestation précédemment portée devant le juge administratif et ne vise pas à remédier à une situation telle que celle créée par une annulation ou la constatation d'une illégalité ne pouvant donner lieu à régularisation.

La Cour relève en second lieu qu'il n'est pas établi que « l'exécution du protocole transactionnel se heurterait à des difficultés particulières », précisant que « le fait que la transaction vise à régler la cessation anticipée d'une convention de délégation de service public comportant des enjeux financiers n'est pas de nature à établir, par elle-même, l'existence de telles difficultés ».

A cet égard, le juge d'appel considère que l'existence de difficultés particulières d'exécution du protocole transactionnel ne saurait se déduire des seules stipulations prévoyant que « le montant de l'indemnité transactionnelle sera versé » à compter de la notification par le tribunal administratif du jugement d'homologation » et que « la présente transaction est soumise à condition suspensive de son homologation par le tribunal administratif ».

Faute d'élément établissant l'existence d'une difficulté particulière relative à l'exécution de la transaction, les parties ne sont pas fondées à soutenir que c'est à tort que le tribunal a rejeté comme irrecevable leur demande en homologation de la transaction.

- **Intérêt lésé du candidat dont l'offre est irrégulière**

TA Caen, ord. 26 mars 2024, Société JC Decaux France, n° 2400564 (décision non publiée)

La présente ordonnance de référé précontractuel est l'occasion de rappeler le principe selon lequel, « alors même que l'offre du concurrent évincé demandant l'annulation du contrat de délégation de service public a été classée et notée, le pouvoir adjudicateur peut se prévaloir devant le juge du caractère irrégulier de son offre pour soutenir que le demandeur ne peut utilement soulever un moyen critiquant l'appréciation des autres offres ».

En l'espèce, l'autorité concédante a, lors de l'audience, fait valoir que l'offre de la société JCDecaux France était conditionnée à la modification du cahier des charges sur certains éléments identifiés lors des réponses apportées aux questions de la commune, notamment en ce qui concerne les redevances versées. Le tribunal considère que, « compte tenu du caractère substantiel des modifications du cahier des charges, s'agissant des modalités financières de la concession en litige, ainsi contenues dans l'offre de la société requérante, la commune [...] est fondée à soutenir que son offre devait être éliminée et ne pouvait pas être classée ». Il en découle que, dans ces conditions, la société JC Decaux France n'est pas susceptible d'avoir été lésée par les différents manquements qu'elle invoque, alors même que son offre a été classée à l'issue de la procédure de passation du marché.

Inscrivez-vous à notre lettre Contrats publics

Profitez de nos flashes info et ne manquez pas nos prochains événements (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 - Énergie

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

