



Zoom sur les actualités rendues publiques entre le 1^{er} septembre et le 30 septembre 2024

AUTEUR



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

PASSATION DES CONTRATS

- **Intangibilité des groupements momentanés d'entreprises**
[CJUE, 26 septembre 2024, Luxone Srl, aff. C-403/23](#)

Si les directives européennes autorisent les candidats à l'attribution des marchés et des concessions à constituer un groupement momentané d'entreprises pour soumettre leurs offres, elles ne prévoient aucune règle quant à l'évolution de leur composition en cours de procédure. Il appartient donc aux Etats membres de réglementer cette situation, sous réserve de respecter les principes généraux du droit de l'Union européenne au nombre desquels figure le principe de proportionnalité.

Statuant sur renvoi préjudiciel, la Cour de justice de l'Union européenne considère que les articles 47 et 48 de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, lus en combinaison avec le principe général de proportionnalité, doivent être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à « *une réglementation nationale excluant la possibilité, pour des membres originaires d'un groupement temporaire d'entreprises soumissionnaire, de se retirer de ce groupement,*

lorsque le délai de validité de l'offre présentée par ledit groupement vient à échéance et que le pouvoir adjudicateur sollicite la prorogation de la validité des offres qui lui ont été soumises, pour autant qu'il soit établi, d'une part, que les membres restants du même groupement satisfont aux exigences définies par le pouvoir adjudicateur et, d'autre part, que la continuation de leur participation à la procédure de passation en question n'entraîne pas une détérioration de la situation concurrentielle des autres soumissionnaires ».

- **Distinction entre négociation et demande de précisions**

TA Versailles, 6 septembre 2024, Société MPK, n° 2407096 (décision non publiée)

Un acheteur est regardé comme se bornant à demander des précisions sur le contenu des offres, et non comme ayant engagé une négociation, lorsqu'il demande à un candidat s'il lui est possible de prévoir un module pour une réserve sèche, de retravailler le DPGF et de chiffrer la partie VRD, dès lors que, conformément aux stipulations des documents du marché, l'offre remise par les sociétés candidates devait obligatoirement prévoir la prestation relative aux VRD et devait comporter un bureau ainsi qu'une réserve sèche.

Par suite, en demandant à un candidat de prévoir un module pour une réserve sèche, l'acheteur « *n'a pas exigé un module complémentaire, modifié les documents du marché ou son étendue, mais a seulement demandé à la société MPK de préciser le contenu de son offre quant à l'un des éléments contractuellement attendus* ».

- **Présentation d'une offre par des entreprises liées**

TA Rouen, 13 septembre 2024, Société TPR, n° 2403392 (décision non publiée)

Statuant aux vises des articles L. 1220-3 et R. 2151-6 du CCP, le juge du référé précontractuel du Tribunal administratif de Rouen rappelle que « *si deux personnes morales différentes constituent en principe des opérateurs économiques distincts, elles doivent néanmoins être regardées comme un seul et même candidat lorsque le pouvoir adjudicateur constate leur absence d'autonomie commerciale, résultant notamment des liens étroits entre leurs actionnaires ou leurs dirigeants, qui peut se manifester par l'absence totale ou partielle de moyens distincts ou la similarité de leurs offres pour un même lot* ».

En l'espèce, l'analyse des mémoires techniques de la société TPR et de la société MBTP a révélé que ces deux sociétés « *disposent en partie des mêmes moyens humains, plusieurs personnes occupant les mêmes fonctions dans les deux sociétés, des mêmes moyens matériels, la présentation des moyens logistiques est identique, les deux sociétés utilisent les services de la même société de transport et travaillent avec les mêmes fournisseurs, présentent une méthodologie d'étude du besoin de l'établissement similaire et proposent des prix identiques à la différence près que ceux de la société requérante sont 3% plus élevés que ceux de la société MBTP* », de sorte que « *les offres des sociétés TPR et MBTP ne peuvent être regardées comme formulées de manière indépendante et révèlent une absence d'autonomie commerciale* ».

La société requérante faisait valoir que si les deux sociétés devaient dès lors être regardées comme un seul opérateur économique, la dernière offre déposée devait être analysée par le pouvoir adjudicateur.

Le juge des référés rappelle toutefois qu'il appartient au pouvoir adjudicateur « *d'examiner et d'apprécier les faits, afin de déterminer si le rapport existant entre deux entités a exercé une influence*

concrète sur le contenu respectif des offres déposées dans le cadre d'une même procédure d'adjudication publique, la constatation d'une telle influence, sous quelque forme que ce soit, étant suffisante pour que lesdites entreprises puissent être exclues de la procédure ».

En l'espèce, les offres des sociétés MBTP et TPR « ont eu une influence certaine l'une sur l'autre » de sorte que « les deux offres étaient dès lors irrégulières ». En conséquence, le Tribunal considère que « la société requérante n'est ainsi pas susceptible, en l'espèce, d'avoir été lésée ».

EXECUTION DES CONTRATS

- **Droit du sous-traitant au paiement direct des travaux supplémentaires**
CAA Douai, 19 septembre 2024, SAS Set Tertiaire, n° 23DA00758

Par un arrêt du 19 septembre 2024, la Cour administrative de Douai rappelle que « le sous-traitant bénéficiant du paiement direct des prestations sous-traitées a également droit à ce paiement direct pour les travaux supplémentaires qu'il a exécutés et qui ont été indispensables à la réalisation de l'ouvrage, ainsi que pour les dépenses résultant pour lui de sujétions imprévues qui ont bouleversé l'économie générale du marché, dans les mêmes conditions que pour les travaux dont la sous-traitance a été expressément mentionnée dans le marché ou dans l'acte spécial signé par l'entrepreneur principal et par le maître de l'ouvrage. Ne peuvent toutefois être considérés comme des travaux supplémentaires que les travaux qui excèdent ceux confiés à l'entrepreneur principal par le pouvoir adjudicateur ».

La Cour précise que « la circonstance que les travaux excéderaient ceux dont la réalisation avait été contractuellement confiée au sous-traitant par l'entrepreneur principal n'est pas de nature à leur conférer ce caractère dans l'hypothèse où le sous-traitant ne fait que se substituer à l'entrepreneur principal dans la réalisation des travaux confiés à ce dernier ».

Si la société requérante demande le paiement direct de la somme de 59 686,22 euros au titre des travaux supplémentaires qu'elle aurait réalisés sur le chantier de construction de structures psychiatriques et qui ont fait l'objet de onze factures déjà émises, « elle n'apporte aucun élément permettant de démontrer que ces travaux, qui portent sur l'alimentation électrique de volets roulants et du portail, l'alimentation et le câblage oculus LCD, la modification des systèmes d'appel des malades, l'électricité CFO CFA, la rocade pour l'alimentation en téléphonie, l'installation de tête de détection incendie, les besoins en RJ des locaux techniques, la modification d'un câblage DECT et WIFI, l'alimentation PVC courants faibles, courants forts, et des prestations électriques diverses, excéderaient ceux dont la réalisation a été confiée à la société Scobat, mandataire du groupement d'entreprises titulaire du marché, et présenteraient ainsi le caractère de travaux supplémentaires ».

CONTENTIEUX DES CONTRATS

- **Information des candidats évincés et manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence**
CE, 27 septembre 2024, Région Guadeloupe, n° 490697

L'information sur les motifs du rejet de son offre dont est destinataire l'entreprise en application des articles L. 2181-1 et R. 2181-1 et suivants du CCP a, notamment, pour objet de permettre à la société non retenue de contester utilement le rejet qui lui est opposé devant le juge du référé précontractuel

saisi en application de l'article L. 551-1 du CJA. L'absence de respect de ces dispositions constitue un manquement aux obligations de transparence et de mise en concurrence.

Par la décision rapportée, le Conseil d'Etat considère qu'un tel manquement « *n'est plus constitué si l'ensemble des informations [...] a été communiqué au candidat évincé à la date à laquelle le juge des référés statue sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, et si le délai qui s'est écoulé entre cette communication et la date à laquelle le juge des référés statue a été suffisant pour permettre à ce candidat de contester utilement son éviction* ».

La Haute juridiction précise à cet égard qu'il ne résulte « *ni des dispositions citées [du CCP], ni de la finalité de la communication des motifs de rejet de l'offre [...], que le délai écoulé entre la décision d'attribution du marché et l'information d'un candidat évincé du rejet de son offre serait susceptible, à lui seul, de constituer un manquement de l'acheteur à ses obligations de transparence et de mise en concurrence* ».

Dès lors, en jugeant que la Région Guadeloupe avait commis un manquement en ne communiquant au concurrent évincé sa décision concernant l'attributaire du lot n° 2 que quinze mois après la réunion de la commission d'appel d'offres, le juge des référés du Tribunal administratif de la Guadeloupe a commis une erreur de droit, de sorte que la requérante est fondée à demander l'annulation de l'ordonnance attaquée.

- **Compétence juridictionnelle et clause imposant le recours préalable à une procédure de médiation**

CE, 27 septembre 2024, Commune de Saint-Yrieix-la-Perche, n° 492140

La clause d'un contrat d'affermage, dont l'appréciation de la légalité est l'objet d'un renvoi préjudiciel sur lequel s'est prononcé le Tribunal administratif de Limoges (TA Limoges, 13 février 2024, n° 2100457), stipule que « *Toute contestation survenant entre les deux parties au sujet de l'exécution de la présente convention est obligatoirement réglée selon la procédure ci-après : / Chacune des parties soumet d'abord sa contestation à l'autre par écrit en lui fixant un délai de réponse de quinze jours. / Si aucun accord n'est intervenu, la contestation est soumise, soit à un expert unique choisi d'un commun accord entre les parties, soit à deux experts, chaque partie en désignant un. En cas de désaccord, la contestation est soumise à un tiers expert désigné par le président du tribunal administratif. / Si le conflit subsiste, il est porté devant le tribunal administratif de Limoges* ».

Conclue pour l'exploitation d'un marché, l'article 136 du décret du 17 mai 1809 relatif aux octrois municipaux et de bienfaisance, applicable aux droits de place perçus dans les halles et marchés, attribue spécialement compétence aux tribunaux judiciaires pour statuer sur toutes les contestations qui pourraient s'élever entre les communes et les fermiers de ces taxes indirectes, sauf renvoi préjudiciel à la juridiction administrative sur le sens et la légalité des clauses contestées des baux.

Par un jugement du 13 février 2024, le Tribunal administratif de Limoges a considéré que les stipulations de la convention d'affermage prévoyant la saisine du juge administratif pour le règlement des litiges subsistant entre les parties étaient illégales comme contraires aux dispositions du décret du 17 mai 1809 donnant compétence aux juridictions de l'ordre judiciaire, pour en déduire que « *les stipulations du troisième alinéa de cet article prévoyant l'obligation pour les parties de saisir le président du tribunal administratif d'une demande tendant à la désignation d'un "expert" étaient illégales dans la mesure où elles conduisaient à l'engagement, par le juge administratif, d'une mission de conciliation en-dehors des domaines de compétence de la juridiction administrative* ».

Le Tribunal a également estimé que, « *compte tenu de leur lien indivisible avec le troisième alinéa, les stipulations des deux premiers alinéas de l'article 38 organisant les premières étapes de la procédure amiable entre les parties devaient également être déclarées illégales* ».

Saisi sur renvoi préjudiciel, le Conseil d'Etat estime en premier lieu, s'agissant de l'appréciation portée par le Tribunal administratif sur la légalité des stipulations de cet article 38, que « *la compétence, confiée par les dispositions figurant désormais à l'article L. 213-5 du code de justice administrative, aux présidents de tribunaux et de cours administratives d'appel pour organiser des missions de médiation et désigner les personnes chargées d'une telle mission ne saurait s'exercer hors des domaines de compétence de leur juridiction* », de sorte que, « *en jugeant illégales les stipulations de l'article 38 de la convention en tant qu'elles prévoient qu'en cas d'échec de la procédure amiable de règlement des différends survenus entre les parties, la contestation est soumise à un tiers désigné par le président du tribunal administratif, alors [...] que ces litiges relèvent de la compétence de la juridiction judiciaire, le tribunal administratif n'a pas commis d'erreur de droit* ».

En deuxième lieu, le Conseil d'Etat estime que le Tribunal administratif n'a pas commis d'erreur de droit en jugeant, par une appréciation souveraine exempte de dénaturation, que « *les stipulations des deux premiers alinéas de l'article 38 prévoyant, lors de la survenance d'une contestation entre les parties au sujet de l'exécution de la convention, un échange écrit entre celles-ci puis, en cas d'échec, la désignation par chacune d'entre elles d'un "expert" ou d'un "expert" commun, ne sont pas divisibles des autres stipulations de l'article 38* ».

En troisième et dernier lieu, la Haute juridiction rappelle qu'il « *n'appartient pas au juge administratif, saisi à titre préjudiciel par le juge judiciaire de la légalité de stipulations d'un contrat, de se prononcer sur les effets de la déclaration d'illégalité qu'il prononce* », de sorte que la Commune requérante n'est pas fondée à soutenir que « *le Tribunal administratif aurait commis une erreur de droit en jugeant que l'exigence de loyauté des relations contractuelles ne faisait pas obstacle à la déclaration d'illégalité de l'article 38 de la convention et en s'abstenant de moduler dans le temps les effets de la déclaration d'illégalité de ces stipulations* ».

Inscrivez-vous à notre lettre Contrats publics

Profitez de nos flashs 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>

