



---

## SOMMAIRE

---

I – DOCUMENTS À PRODUIRE LORS DE LA PASSATION  
(PAGE 2)

II – DEMANDE DE JUSTIFICATIFS PAR LE POUVOIR  
ADJUDICATEUR LORS DE LA PASSATION  
(PAGE 2)

III – GARANTIE BANCAIRE ET LEVÉE DES RÉSERVES  
ÉMISES LORS DE LA RÉCEPTION  
(PAGE 3)

IV – SURCÔÛ DES TRAVAUX SUPPLÉMENTAIRES  
INDISPENSABLES  
(PAGE 4)

V – RÉILIATION ET RÈGLEMENT DU MARCHÉ POUR  
LE TITULAIRE DÉFAILLANT  
(PAGE 5)

VI - APPRÉCIATION DE LA GARANTIE DÉCENNALE  
SUR LES ÉLÉMENTS D'ÉQUIPEMENTS INDISSOCIABLES  
(PAGE 5)

VII – PAIEMENT DES PRESTATIONS ACCOMPLIES  
APRÈS LA FIN DU MARCHÉ À BONS DE COMMANDE  
SUR DEMANDE DE LA PERSONNE PUBLIQUE  
(PAGE 6)

## EDITORIAL

Ce mois de février qui vient de s'achever est marqué tout d'abord par des précisions apportées par le Conseil d'Etat sur les justificatifs à produire par les candidats à un marché public.

La Cour de cassation, quant à elle, nous gratifie d'un arrêt en matière de garantie bancaire portant sur la reprise des désordres signalés lors de la réception et non levés.

L'éternelle question des travaux supplémentaires est abordée par le Conseil d'Etat sous l'angle de l'imputation de la charge du surcoût.

La cour administrative d'appel (CAA) de Lyon rappelle que l'exécution partielle du marché peut justifier la résiliation aux frais et risques.

La CAA de Bordeaux a eu l'occasion de décider que le désordre affectant un groupe électrogène peut relever de la garantie décennale dès lors que la pérennité de l'activité d'une usine d'approvisionnement en eau potable est en jeu.

Enfin, la CAA de Versailles traite de la problématique du paiement de la prestation réalisée à la demande du maître d'ouvrage au-delà du terme de l'accord-cadre à bons de commande.

Bonne lecture.

## I – DOCUMENTS A PRODUIRE LORS DE LA PASSATION

**Marchés publics. Passation. Documents à produire à l'appui d'une candidature. Les entreprises de moins de 20 salariés n'ont pas à justifier de l'emploi des travailleurs handicapés.**

CE, 22 janvier 2018, *Commune de Vitry le François*, n° 414860

A l'issue d'une consultation, une commune informe une entreprise du rejet de son offre. L'entreprise évincée saisit le juge des référés précontractuels en soutenant que l'attributaire ne pouvait être retenu faute de produire un certificat attestant de la régularité de sa situation au regard de l'obligation d'emploi des travailleurs handicapés mentionné dans l'arrêté du 25 mai 2016 fixant la liste des impôts, taxes, contributions ou cotisations sociales donnant lieu à la délivrance de certificats pour l'attribution de marchés publics et de contrats de concession.

Le juge des référés donne raison à l'entreprise évincée estimant que l'offre aurait dû être rejetée comme étant irrecevable pour manquement aux articles 45, 2° de l'ordonnance du 23 juillet 2015, 48 I 1, 51 II et 55 du décret du 25 mars 2016.

Mais le Conseil d'Etat relève que l'obligation d'emploi des travailleurs handicapés et l'obligation subséquente d'adresser une déclaration annuelle relative à cette obligation prévue par les articles L. 5212-2 et L. 5212-5 du Code du travail, s'appliquent uniquement, en vertu de l'article L. 5212-1 de ce code, aux employeurs occupant au moins vingt salariés.

Dès lors, la production du certificat attestant la régularité de la situation de l'employeur au regard de l'emploi des travailleurs handicapés ne peut être exigée, lors de la passation d'un marché public, d'un candidat qui emploie moins de vingt salariés.

L'ordonnance du juge des référés est annulée et l'attribution du marché validée.

## II – DEMANDE DE JUSTIFICATIFS PAR LE POUVOIR ADJUDICATEUR LORS DE LA PASSATION

**Marché public – passation – Demande de justificatifs par le pouvoir adjudicateur pour établir l'exactitude des informations données par un candidat sur un critère technique – Contrôle de la conformité de l'objet social du candidat avec l'objet du marché.**

CE, 5 février 2018, *Métropole Nice Côte d'Azur*, n° 414508

Voici une décision « de bon sens » si tant est que l'on puisse l'invoquer dans le contentieux de la passation des marchés publics. Cet arrêt vient préciser deux points.

D'une part, le Conseil d'Etat rappelle que le pouvoir adjudicateur n'est pas un technicien, et encore moins un devin, ce qui l'oblige à exiger de la part des candidats

la production de justificatifs pour établir la valeur des offres techniques et vérifier l'exactitude des informations données par les candidats (voir récemment : CAA Marseille, 27 mars 2017, n° 16MA03978).

Le défaut par celui-ci de s'y conformer peut entraîner l'annulation de la passation du marché.

D'autre part, il apporte une précision importante sur la question du contrôle par le juge du référé précontractuel des capacités techniques et professionnelles d'un candidat en précisant qu'il n'appartient pas au juge de vérifier que l'exécution du futur contrat entre dans le champ de l'objet social du candidat en tant que « personne morale de droit privé ».

Cet élément est intéressant au regard des solutions apportées pour les candidats « publics ».

En effet, lorsque le candidat est une personne morale de droit public, il incombe au juge du référé précontractuel de vérifier que l'exécution du contrat en cause entrerait dans le champ de sa compétence et, s'il s'agit d'un établissement public, ne méconnaîtrait pas le principe de spécialité auquel il est tenu (CE, 18 septembre 2015, SARL *Sitadin Urbanisme et Paysages et*

*autres*, n° 390041).

L'attribution d'un marché public à une personne publique en méconnaissance de sa compétence est irrégulière et peut dès lors être contestée par les autres candidats.

### III – GARANTIE BANCAIRE ET LEVÉE DES RESERVES EMISES LORS DE LA RÉCEPTION

**Marché public de travaux - exécution - Garantie bancaire et réserves à la réception, seule la levée des réserves peut libérer la banque de son engagement.**

Valable pour les marchés publics, l'action contre la banque qui garantit la levée des réserves ou la reprise des désordres signalés au titre de la garantie de parfaite achèvement (GPA), est recevable aussi longtemps que les réserves n'ont pas été levées, dès lors que celles-ci ont bien été dénoncées à la banque dans le délai de garantie.

La troisième chambre civile de la Cour de cassation vient de rappeler les règles régissant la fin de l'engagement de la banque qui a accordé une caution ou une garantie à première demande se substituant à la retenue de garantie contractuelle.

Cass. civ. 3e, 8 février 2018, FS-P+B, n° 17-11.135

Titulaire d'un marché de travaux, une société a souscrit une garantie bancaire à première demande. La réception est prononcée avec réserves et l'entreprise est ensuite mise en liquidation judiciaire. Le maître d'ouvrage public adresse une LRAR à la banque pour mobiliser la garantie et suite au refus de celle-ci assigne la banque devant le juge judiciaire en exécution de son engagement de garantie. Pour déclarer la demande irrecevable, la cour d'appel de

Paris retient « que, le procès-verbal de réception étant intervenu avec des réserves le 17 septembre 2010, la lettre recommandée adressée à la banque le 15 novembre 2011 était tardive ».

La Cour de cassation censure le raisonnement en rappelant l'article 103 du code des marchés publics, devenu l'article 124 du décret du 25 mars 2016, « les établissements ayant accordé leur caution ou leur garantie à première demande sont libérés un mois au plus tard après l'expiration du délai de garantie ; que, toutefois, si des réserves ont été notifiées au titulaire du marché ou aux établissements ayant accordé leur caution ou leur garantie à première demande pendant le délai de garantie et si elles n'ont pas été levées avant l'expiration de ce délai, **les établissements sont libérés de leurs engagements un mois au plus tard après la date de leur levée** ».

Dès lors, « en l'absence de levée des réserves formulées dans le procès-verbal de réception et notifiées au titulaire du marché, la banque demeure tenue à garantie ».

**Conseil : en présence d'une caution ou d'une GPA, ne jamais omettre de notifier dans le délai de la garantie les réserves ou désordres à la banque.**

#### IV – SURCOUT DES TRAVAUX SUPPLEMENTAIRES INDISPENSABLES

##### Marché public de travaux. – exécution – Travaux supplémentaires indispensables. Qui supporte le surcoût ?

CE, 20 décembre 2017, *Communauté d'agglomération du Grand Troyes*, n° 401747

La situation est classique. Une communauté d'agglomération attribue un marché de travaux à une société pour un prix global et forfaitaire. Après réception, la société demande le paiement de travaux supplémentaires indispensables à la bonne réalisation de l'ouvrage dans les règles de l'art.

Le tribunal administratif condamne la communauté d'agglomération à payer la société, au titre de ces travaux 162 025,01 € TTC, et condamne le maître d'œuvre à garantir la communauté d'agglomération à hauteur de 95 %. En appel, la cour administrative d'appel décharge partiellement le maître d'œuvre de sa condamnation.

La communauté d'agglomération se pourvoit en cassation.

Le Conseil d'Etat rappelle les principes selon lesquels :

- l'entrepreneur a le droit d'être indemnisé du coût des travaux supplémentaires indispensables à la réalisation d'un ouvrage dans les règles de l'art,
- la charge définitive de l'indemnisation incombe, en principe, au maître de l'ouvrage,
- toutefois, le maître d'ouvrage est fondé, en cas de faute du maître d'œuvre, à l'appeler en garantie.

Deux situations sont distinguées qui permettent toutes deux de retenir la responsabilité du maître d'œuvre si les conditions précisées par le Conseil d'Etat sont réunies

1<sup>ère</sup> situation, deux conditions :

- les travaux indispensables n'ont été identifiés que postérieurement à la passation du marché, en raison d'une

mauvaise évaluation initiale par le maître d'œuvre,

- le maître d'ouvrage établit qu'il aurait renoncé à son projet de construction ou modifié celui-ci s'il en avait été avisé en temps utile.

2<sup>nd</sup>e situation, deux conditions :

- les travaux indispensables résultent d'une faute du maître d'œuvre dans la conception de l'ouvrage ou dans le suivi de travaux,
- le montant de l'ensemble des travaux est supérieur au coût qui aurait dû être celui de l'ouvrage si le maître d'œuvre n'avait commis aucune faute.

Autrement exprimé, dans le 2<sup>nd</sup> cas, il faut comparer le coût final et recalculer le coût initial comme si les travaux indispensables avaient été pris en compte pour déterminer s'il subsiste un surcoût pour le maître d'ouvrage. La responsabilité du maître d'œuvre est alors engagée à hauteur de la différence entre ces deux montants.

Au cas particulier, une partie des conclusions d'appel en garantie de la communauté d'agglomération est rejetée faute pour celle-ci d'établir qu'elle aurait renoncé à son projet ou l'aurait modifié (1<sup>ère</sup> situation).

Et comme la communauté d'agglomération ne soutenait pas que le montant des travaux, en ce compris les travaux indispensables, serait supérieur au coût qui aurait dû être celui de la construction si le maître d'œuvre n'avait pas commis de faute, elle seule supporte la charge définitive du surcoût, peu importe d'ailleurs que celui-ci n'ait pas été inscrit dans son budget initial.

**Conclusion, les travaux indispensables ne constituent pas toujours une source de préjudice.**

**Notamment, la preuve, par le maître d'ouvrage, qu'il aurait renoncé à son projet ou l'aurait modifié est difficile à rapporter. En revanche la preuve d'un surcoût de l'opération, et pas seulement du marché considéré, peut résulter d'autres facteurs comme les incidences sur l'exécution des autres marchés, ou encore le retard pris par l'opération.**

## V - RESILIATION ET REGLEMENT DU MARCHE POUR LE TITULAIRE DEFAILLANT

### Marché public – exécution – résiliation aux frais et risques du cocontractant et règlement du marché public

CAA Lyon, 15 février 2018, *Société SMAC*, n° 16LY01386

Cet arrêt de la cour administrative d'appel permet de rappeler au titulaire d'un marché public que le contrat, une fois signé, doit être exécuté (et en totalité). En cas d'inexécution fautive, les conséquences sont lourdes.

En l'espèce, l'entrepreneur avait contesté qu'il lui incombait contractuellement de réaliser certaines prestations. La commune, maître d'ouvrage, l'avait alors mis en demeure de se conformer à ses obligations à peine de voir le marché résilié à ses frais et risques.

Le marché a été effectivement résilié.

Après que la cour a démontré que les prestations litigieuses étaient prévues par les dispositions du marché, celle-ci rappelle que le maître d'ouvrage peut, à la suite du refus par le titulaire de réaliser l'intégralité des prestations et après l'avoir mis en demeure en vain, prononcer la résiliation à ses frais et risques.

La décision est sévère dans la mesure où la cour considère que le refus d'exécuter une partie seulement des travaux justifie une telle sanction.

Enfin, elle rappelle que le titulaire étant fautif, il ne peut demander le règlement des sommes qui lui sont dues sans attendre le règlement définitif du nouveau marché de substitution. En effet, en cas de substitution aux frais et risques du titulaire, le décompte général du marché résilié n'est notifié au titulaire qu'après règlement définitif du nouveau marché passé pour l'achèvement des travaux (article 48.4 du CCAG Travaux).

## VI - APPRECIATION DE LA GARANTIE DECENNALE SUR LES ELEMENTS D'EQUIPEMENTS INDISSOCIABLES

### Marché public – exécution – responsabilité décennale et éléments d'équipement dissociables – risque pour l'exécution du service public

CAA Bordeaux, 8 février 2018, *SAS 2H Energy*, n° 15BX01701

C'est une décision classique sur la question de l'applicabilité de la responsabilité décennale aux éléments dits dissociables d'un ouvrage principal (v. p. ex. : CAA Lyon, 15 novembre 2012, *Société Paralu*, n° 11LY02971)

Pour rappel, cette dissociabilité est définie *a contrario* par l'alinéa 2 de l'article 1792-2 du code civil, qui prévoit qu'un élément

indissociable est celui qui peut être démonté, déposé ou remplacé sans détérioration ou enlèvement de matière d'un ouvrage de viabilité, de fondation, d'ossature, de clos ou de couvert.

La garantie décennale, rappelle la cour administrative d'appel, ne peut être retenue que si le désordre rend, dans son ensemble, l'ouvrage principal impropre à sa destination (ou en affecte la solidité). En l'espèce, il s'agissait du dysfonctionnement puis du bris du moteur d'un groupe électrogène d'une usine de traitement d'eau potable.

L'usine a dû fonctionner plusieurs mois sans nouveau groupe électrogène.

La cour va adopter une vision pragmatique du dysfonctionnement. Elle estime en effet que le risque d'apparition de coupures du réseau d'énergie obère le bon fonctionnement de l'usine, dont l'activité relative au traitement de l'eau potable induit nécessairement, pour satisfaire en permanence les besoins d'approvisionnement en eau potable de la population qu'elle dessert, que cette

installation puisse disposer de dispositifs fonctionnels permettant une alimentation électrique en continu.

Ainsi, un élément dissociable peut rendre un ouvrage impropre à sa destination en raison d'un risque hypothétique qui aurait une grave incidence sur le fonctionnement du service public.

## VII – PAIEMENT DES PRESTATIONS ACCOMPLIES APRES LA FIN DU MARCHE A BONS DE COMMANDE SUR DEMANDE DE LA PERSONNE PUBLIQUE

### Marché public – exécution – accord-cadre à bons de commande – enrichissement sans cause

CAA Versailles, 8 février 2018, *Centre hospitalier d'Arpajon*, n° 16VE01638

La cour administrative d'appel de Versailles a rendu un intéressant arrêt concernant le paiement des prestations accomplies après la fin d'un marché à bons de commande (désormais accord-cadre à bons de commande) sur demande du cocontractant public.

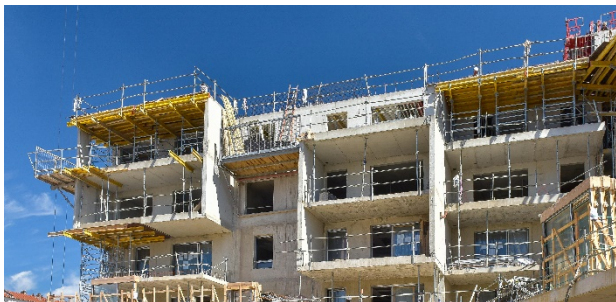
La jurisprudence prévoit que lorsque le montant maximum du marché à bons de commande a été atteint, l'administration ne peut plus régulièrement émettre de bons. Ainsi, en cas d'atteinte du montant maximum du marché, le contrat arrive à son terme par réalisation complète de son objet alors même que le terme initialement prévu par le marché n'est pas atteint. Le titulaire du contrat ne peut alors se prévaloir d'une résiliation unilatérale du marché (CAA Versailles, 22 mars 2012,

*Société Inter-routage*, n° 10VE03014).

La question se posait de savoir si le titulaire qui avait continué à poursuivre l'exécution du marché, sur demande de la personne publique, pouvait bénéficier du paiement de ces prestations. Dans l'affirmative, sur quel fondement ?

La cour vient préciser que le fait que la personne publique demande à ce que les prestations soient poursuivies, au-delà des quatre ans prévus initialement, ne permet pas de caractériser l'existence d'un nouveau contrat en l'absence d'accord sur les conditions financières.

Cependant, le juge estime expressément que l'absence de contrat ouvre la possibilité pour le cocontractant de solliciter et d'obtenir le paiement de ses prestations sur le terrain extracontractuel, à savoir l'enrichissement sans cause. Le prestataire aura droit au paiement des dépenses utiles au maître d'ouvrage, déduction faite des bénéfices nets réalisés sur ces prestations.



## CONTACTS



**Xavier Heymans**

Avocat Associé

[xavier.heymans@adamas-lawfirm.com](mailto:xavier.heymans@adamas-lawfirm.com)



**Philippe Nugue**

Avocat Associé

[Philippe.nugue@adamas-lawfirm.com](mailto:Philippe.nugue@adamas-lawfirm.com)

## RÉDACTEURS DE CETTE NEWSLETTER

**Xavier Heymans**

Avocat Associé

**Philippe Nugue**

Avocat Associé

**Anthony Quevarec**

Avocat



Lyon	+33 (0) 4 72 41 15 75
Paris	+33 (0) 1 53 45 92 22
Bordeaux	+33 (0) 5 57 83 73 16

Pour recevoir nos lettres d'information, faites-en la demande sur : [infocom@adamas-lawfirm.com](mailto:infocom@adamas-lawfirm.com)  
Pour consulter toutes nos lettres d'informations, rendez-vous sur : [www.adamas-lawfirm.com](http://www.adamas-lawfirm.com)

Les articles contenus dans cette newsletter sont fournis à des fins d'information uniquement et ne peuvent en aucun cas constituer une consultation ou un avis juridique. De ce fait, la responsabilité de leurs auteurs ou du cabinet ADAMAS ne saurait en aucun cas être engagée au titre de l'utilisation faite par les lecteurs des informations contenues dans cette lettre.

Toute personne qui souhaiterait utiliser les informations contenues dans la présente lettre à des fins autres que d'information personnelle devra au préalable avoir recours aux conseils d'un professionnel du droit dûment habilité à fournir des conseils juridiques.

L'intégralité des contenus de cette lettre, ainsi que le logo et la marque ADAMAS sont protégés par des droits de propriété intellectuelle qui sont la propriété exclusive du cabinet ADAMAS ou des auteurs qui lui sont liés. Ces contenus, logo et marque ne peuvent être reproduits, même partiellement, sans leur autorisation.

Conformément à la loi « Informatique et Libertés » du 6 janvier 1978 modifiée en 2004, vous disposez d'un droit d'accès et de rectification aux informations qui vous concernent. Vous disposez également du droit de vous désabonner de la liste de diffusion de cette lettre. Vous pouvez exercer ces droits en vous adressant à : [infocom@adamas-lawfirm.com](mailto:infocom@adamas-lawfirm.com)