

Jurisprudence / Marchés publics

Par Gilles Le Chatelier,
avocat (cabinet Adamas)

Référé précontractuel Le juge peut être saisi de la question de la compétence d'une personne publique candidate à un marché

Une commune a lancé une procédure négociée en vue de la réalisation d'études d'urbanisme portant sur la création d'une ZAC. La commune a retenu l'offre formée par un groupement constitué de plusieurs sociétés et de l'association de gestion du Conservatoire national des arts et métiers (Cnam) des Pays de la Loire. Une société évincée a soulevé devant le juge du référé précontractuel le fait qu'il n'entrait pas dans la mission de service public d'enseignement et de recherches du Cnam (établissement public) de délivrer des prestations de conseil juridique en droit de l'urbanisme.

Question

Le juge du référé précontractuel peut-il être saisi d'un tel moyen ?

Réponse

Oui. Le Conseil d'Etat énonce qu'il appartient au juge du référé précontractuel, lorsque le candidat est une personne morale de droit public, de vérifier que l'exécution du contrat en cause entre dans le champ de sa compétence et, s'il s'agit d'un établissement public, qu'il ne méconnaît pas le principe de spécialité auquel il est tenu. Cette décision revient sur une jurisprudence antérieure du Conseil d'Etat qui avait estimé que ce type de moyens n'était pas opérant devant le juge du référé précontractuel (CE, 21 juin 2000, « Syndicat intercommunal de la Côte d'Amour et de la presque île guérandaise », n° 209319).
CE, 18 septembre 2015, n° 390041.

Mapa Le pouvoir adjudicateur peut se réserver la possibilité de négocier

Un établissement public a lancé une consultation en vue de l'attribution d'un marché public en procédure adaptée (Mapa) relatif à des prestations d'accueil et d'assistance technique. Une société évincée a critiqué la procédure suivie. Pour elle, l'établissement public ne pouvait, *a priori*, se réserver le droit de ne négocier qu'avec les trois premiers candidats retenus au classement.

Question

Cette disposition du règlement de la consultation est-elle légale ?

Réponse

Oui. Si le pouvoir adjudicateur (PA) a décidé de faire usage de sa faculté de négocier dans le cadre d'un Mapa, il doit en informer les candidats dès le lancement de la procédure, et ne peut renoncer à négocier en cours de procédure. Il peut aussi se borner à informer les candidats, lors du lancement de la procédure, qu'il se réserve la possibilité de négocier, sans être tenu, s'il décide effectivement de négocier après la remise des offres, d'en informer l'ensemble des candidats. La décision du PA de recourir à la négociation dans le cadre d'un Mapa ne saurait être utilement critiquée devant le juge. En revanche, si le PA choisit de ne négocier qu'avec certains des candidats qui ont présenté une offre, il appartient au juge de s'assurer qu'il n'a méconnu aucune des règles qui s'imposent à lui, notamment le principe d'égalité de traitement des candidats. En l'espèce, la disposition du règlement de consultation est validée par le Conseil d'Etat, qui met ainsi fin à une incertitude jurisprudentielle.
CE, 18 septembre 2015, n° 380821.

Vice du consentement L'imposition d'une modification substantielle du contrat méconnaît le principe de loyauté des relations contractuelles

Un office public de l'habitat a confié à une société un marché portant sur la fourniture d'un progiciel et l'assistance à sa mise en place. En raison de retards dans l'exécution du marché, l'office a demandé la résiliation du contrat aux torts exclusifs de son cocontractant et la réparation du préjudice subi. Le juge a refusé de faire application des stipulations du contrat en estimant que la modification des clauses contractuelles relatives au calcul des pénalités avait constitué une méconnaissance du principe de loyauté contractuelle.

Question

Ce principe a-t-il été méconnu ?

Réponse

Oui. En effet, l'article 9 du contrat relatif aux pénalités de retard a été modifié après le choix du titulaire du marché et le début d'exécution des prestations. Eu égard tant à l'objet de cette modification - qui consistait en un changement du mode de calcul et des modalités de déclenchement des pénalités de retard - qu'à ses conséquences financières qu'il a regardées comme graves et inéluctables, le juge a estimé qu'un élément substantiel de l'offre de la société, au sens de l'article 67, VIII, du Code des marchés publics, avait été modifié. La société a été contrainte d'accepter cette modification et son consentement a été vicié. Ce vice de consentement justifie que le contrat soit écarté, dès lors qu'il y a atteinte à l'exigence de loyauté des relations commerciales.
CE, 1^{er} juillet 2015, n° 384209.