

CONTRATS PUBLICS

CONCESSIONS / CONTENTIEUX

SUSPENSION PAR LE CONSEIL D'ETAT DE L'EXECUTION D'UN CONTRAT A LA DEMANDE DU COCONTRACTANT SORTANT : CARACTERISATION DE L'URGENCE ET CARACTERE REALISABLE DES ENGAGEMENTS DES CANDIDATS (CE, 15 février 2021, n° 445488)

1° Les acheteurs doivent-ils, à réception des offres, juger du caractère réalisable des engagements non contractuels des candidats ?

Le Conseil d'Etat semble faire peser sur les acheteurs cette responsabilité. Il était question d'un contrat de concession, conclu le 20 août 2020, par la commune de Toulon à la société Arts et Loisirs Gestion (ALG), pour l'exploitation pendant une durée de cinq ans de la salle de spectacles du Zénith de Toulon. La société OMEGA +, candidate sortante évincée, avait sollicité et obtenu du juge des référés la suspension du contrat, en arguant, notamment, qu'une part prépondérante de l'appréciation du critère relatif aux conditions économiques et financières de l'offre reposait sur l'estimation du montant du chiffre d'affaires estimé du candidat sur la période d'exécution du contrat. Or, cet

MARCHES PUBLICS / PASSATION

L'ADEQUATION DES CRITERES EN PROCEDURE ADAPTEE (CAA Nantes, 5 février 2021, n° 19NT04272)

La cour administrative d'appel de Nantes rappelle que le pouvoir adjudicateur est tenu de porter à la connaissance des candidats les critères et sous-critères de sélection des offres en procédure adaptée. La simple décomposition d'un critère lié à la valeur technique ne constitue pas un sous-critère.

La société requérante – candidate évincée à une procédure de passation d'un marché de maîtrise d'œuvre – invoquait une violation des principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, découlant selon elle d'une mauvaise information donnée aux candidats sur les critères de sélection des offres : plus exactement, l'entreprise estimait que le critère « valeur technique », pondéré à 60 %, était composé d'un sous-critère relatif à l'expérience des candidats qui aurait dû leur être communiqué préalablement.

La cour rappelle tout d'abord que, **dans une procédure adaptée, le respect des principes fondamentaux de la commande publique**

élément ne reposait que sur des déclarations non engageantes. La commune de Toulon a formé un pourvoi.

Le Conseil d'Etat a donné raison au juge des référés, considérant que la commune de Toulon s'était fondée sur des éléments d'appréciation qui ne reposaient que sur les seules déclarations des candidats, « sans possibilité pour la commune d'en contrôler l'exactitude ». Il en conclut que :

« la commune avait, ce faisant, manqué à ses obligations de transparence et de mise en concurrence ».

2° Dans quelle mesure une société sortante d'un contrat remis en concurrence peut obtenir - après son attribution à un tiers - sa suspension en justifiant l'urgence par le lien de dépendance économique existant entre elle et l'acheteur en raison du contrat ?

Le Conseil d'Etat a fait droit à la demande de la société sortante, en considérant qu'une société, « spécialement créée pour assurer la délégation de service public dont elle était déjà titulaire » et dont « le chiffre d'affaires [...] était intégralement assuré par l'exploitation des salles de spectacle dont elle assurait précédemment la gestion », remplissait la condition d'urgence à suspendre dans le cadre d'un référé, puisque « son avenir à court terme était fragilisé par la perte de ce contrat ».

Classiquement, la jurisprudence considère la condition de l'urgence satisfaite lorsque « la décision administrative contestée préjudicie de manière suffisamment grave et immédiate à un intérêt public, à la situation du requérant ou aux intérêts qu'il entend défendre » (CE, 19 janvier 2001, n° 228815). Lorsque le requérant est un candidat évincé, le juge s'attache à examiner la gravité des répercussions financières de la perte du contrat sur la situation de l'entreprise. La jurisprudence est toutefois stricte à cet égard puisque le juge administratif a par exemple refusé de reconnaître l'urgence alors même que le marché attaqué représentait 36,7 % du chiffre d'affaires potentiel d'une entreprise (CE, 19 janvier 2015, n° 385634). La décision rendue le 15 février dernier est notable en ce qu'elle **admet l'existence d'une situation d'urgence et suspend à ce titre l'exécution du contrat de concession attaqué.**

exige que le pouvoir adjudicateur fasse connaître aux entreprises non seulement les critères de sélection des offres mais également les sous-critères lorsque ces derniers sont susceptibles d'exercer une influence sur la présentation des offres par les candidats. Ceci paraît logique au regard de la lecture combinée de deux décisions du Conseil d'Etat, qui avait déjà jugé que le pouvoir adjudicateur est tenu de faire connaître les critères de sélection des offres en procédure adaptée (CE, 24 février 2010, n° 333569) et que ce dernier doit également faire connaître les sous-critères de sélection des offres (CE, 18 juin 2010, n° 337377), solution que la cour étend donc ici à la procédure adaptée.

Toutefois, la cour estime en l'espèce que **l'appréciation de l'expérience ne constituait pas un sous-critère** : d'une part, le règlement de la consultation donnait déjà aux concurrents des indications très précises sur les attentes du pouvoir adjudicateur quant à la valeur technique des offres, d'autre part, la pondération affectée aux différents éléments d'appréciation décomposant le critère de sélection de la valeur technique était proche et révélait l'absence de volonté du pouvoir adjudicateur d'attribuer une importance particulière à l'un d'entre eux : par conséquent, ces éléments « relevaient des modalités d'évaluation permettant de transformer une appréciation en note chiffrée en ce qui concerne les qualités techniques attendues de leur offre », mais ne constituaient pas des sous-critères.

MARCHES PUBLICS

RAPPEL DE LA DELIMITATION DE COMPETENCE JUGE JUDICIAIRE / JUGE ADMINISTRATIF CONCERNANT LES LITIGES ENTRE COTRAITANTS (TC, 8 février 2021, n° 4203)

Le juge judiciaire peut-il être compétent en matière de litige entre co-traitants à l'exécution d'un marché public ?

Par un arrêt en date du 8 février 2021, le Tribunal des conflits a rappelé la répartition des compétences s'opérant entre le juge administratif et le juge judiciaire en matière de litiges entre co-traitants à l'exécution d'un marché public.

Classiquement, le juge judiciaire dispose, par principe, d'une compétence pour connaître d'un litige né de l'exécution d'un marché de travaux publics lorsqu'il oppose des parties liées par un contrat de droit privé. Toutefois, si la responsabilité recherchée est quasi-délictuelle, le juge administratif est alors compétent pour en connaître.

Le centre hospitalier universitaire de Nice conclut le 16 juin 2010 un marché de travaux avec un groupement d'entreprises constitué des Fayat Bâtiment, et Pro-Fond. L'exécution dudit marché est interrompue du 18 avril au 31 mai 2011, du fait de dommages causés aux bâtiments voisins. Les sociétés Fayat Bâtiment et Pro-Fond saisissent toutes les deux le tribunal administratif de Nice d'un recours en responsabilité quasi-délictuelle.

Par un jugement du 16 octobre 2020, le tribunal administratif de Nice considère que le litige ne relève pas de la juridiction administrative en raison, notamment, du contrat de droit privé liant les sociétés co-traitantes Fayat Bâtiment et Pro-Fond.

Saisi de la question, le Tribunal des conflits, sans opérer un revirement, clarifie sa jurisprudence relative aux litiges nés de l'exécution d'un marché de travaux publics et opposant des participants à l'exécution de ces travaux :

MARCHES PRIVÉS

ASSURANCE RESILIEE FAUTE DU PAIEMENT DES COTISATIONS ET GARANTIE (Cass, civ 3^e, 4 mars 2021, n° 19-26.333)

Peut-on être couvert par une police d'assurance résiliée, faute d'en avoir réglé les cotisations ?

Par un arrêt du 4 mars 2021, la Cour de cassation a répondu par l'affirmative, mais sous conditions.

Une société, assurée auprès de la société AXA, a réalisé la maîtrise d'œuvre de la rénovation d'un bien, courant 2010. La société avait cessé de régler ses cotisations d'assurance en 2011, entraînant la réalisation du contrat à compter du 1^{er} janvier 2012. Divers désordres sont survenus sur le chantier, et le propriétaire de l'appartement a assigné en indemnisation la société et son assureur, AXA, postérieurement à la résiliation de la police d'assurance.

La Cour, contrairement au juge d'appel, retient que la police d'assurance était bien applicable, malgré le non-paiement des cotisations et la résiliation du contrat :

« Vu les articles L. 124-5 et L. 113-3 du code des assurances :

7. Selon le premier de ces textes, la garantie déclenchée par la réclamation couvre l'assuré contre les conséquences pécuniaires des sinistres dès lors que le fait dommageable est antérieur à la date de résiliation ou d'expiration de la garantie et que la première réclamation est adressée à l'assuré ou à son assureur entre la prise d'effet initiale de la garantie et l'expiration d'un délai subséquent à sa date de résiliation ou d'expiration mentionné par le contrat, quelle que soit la date des autres éléments constitutifs des sinistres.

8. Le second, qui fixe les modalités dans lesquelles la garantie peut-être suspendue et le contrat résilié en cas de non-paiement des primes, ne fait pas obstacle à l'application du premier dès lors que le fait engageant la responsabilité de l'assuré survient à une date à laquelle la garantie était en

« le litige né de l'exécution d'un marché de travaux publics et opposant des participants à l'exécution de ces travaux relève de la compétence de la juridiction administrative, sauf si les parties sont unies par un contrat de droit privé ».

En l'espèce, bien que les deux co-traitants soient par ailleurs liés par un contrat de droit privé, le litige en cause ne concernait pas l'exécution de ce contrat de droit privé, puisqu'il portait sur une action en responsabilité quasi-délictuelle à raison de fautes commises au cours de l'exécution du contrat public conclu avec le maître de l'ouvrage.

Le Tribunal des conflits conclut à la compétence du juge administratif pour connaître d'un tel litige.

SANCTION D'UNE ENTENTE ENTRE CONSTRUCTEURS POUR COMMUNICATION D'INFORMATIONS PREALABLE A L'OFFRE (Autorité de la concurrence, D. Décision 21-D-05 du 04 mars 2021)

La communication d'informations « sensibles » par des candidats à l'attribution d'un marché public en amont du dépôt des offres constitue-t-il une entente anticoncurrentielle quand bien même aucune répartition du marché ou aucune contrepartie entre les entreprises candidates ne serait prévue ?

Par une décision du 4 mars 2021 l'Autorité de la concurrence a répondu par l'**affirmative**.

Était en cause un marché public de maintenance et de transformation des installations de gestion technique des bâtiments de Lille métropole communauté urbaine, lancé en avril 2014. En amont du dépôt des offres, deux des trois entreprises candidates, la société SANTERNE (détenue par VINCI) et la société NEU ont échangé des informations qualifiées de « sensibles » par l'ADLC, à savoir une « part significative de l'offre technique et financière », en ce compris les prix figurant sur le BPU.

La société NEU a remporté le marché.

vigueur et que la première réclamation, effectuée après la résiliation du contrat, l'a été dans le délai de garantie subséquente.

(...)

10. En statuant ainsi, alors qu'elle avait constaté que les faits dommageables étaient survenus dès le mois de mars 2011 et que la réclamation était intervenue dans le délai de garantie subséquente, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, a violé les textes susvisés ».

MARCHES PUBLICS

RAPPEL DU FONCTIONNEMENT DES REGLES DE PRESCRIPTION (CE, 4 février 2021, n° 441593)

La demande de référé d'un maître d'ouvrage visant des constructeurs, à l'exclusion de leurs assureurs, interrompt-elle la prescription également à leur égard ?

Par une décision en date du 4 février le Conseil d'Etat répond par la négative et revient sur les règles applicables en matière de prescription.

La communauté de communes du Haut-Jura Saint-Claude a fait procéder, à partir de 2014, à des travaux en vue de l'aménagement d'une médiathèque ; à la suite de désordres, elle a sollicité et obtenu une expertise judiciaire en décembre 2018. La SMABTP, appelée à la cause en sa qualité d'assureur du MOA, a sollicité l'extension des opérations à d'autres parties ; cette demande a été partiellement rejetée, notamment sur la mise en cause de deux assureurs.

La CAA de Nancy a validé ce rejet au motif que la demande en référé du MOA, bien qu'elle ne citait pas ces deux assureurs « *avait aussi pour effet d'interrompre la prescription au bénéfice de son assureur, la SMABTP, à l'encontre de tous les assureurs des constructeurs* ».

Le Conseil d'Etat censure cette analyse, constitutive d'une « *erreur de droit* », et rappelle les règles de prescription applicables, à savoir que **la prescription n'est pas interrompue pour les assureurs des constructeurs qui n'auraient pas été cités en justice :**

Interrogée par l'ADLC, la société SANTERNE, qui reconnaît les faits, **justifie en partie cet échange d'informations par le fait qu'elle comptait sous-traiter une partie des prestations à la société NEU**, « sous-traitant indispensable », sans pour autant l'avoir déclarée en tant que sous-traitante dans son offre.

L'ADLC retient que la société SANTERNE est coupable d'entente anticoncurrentielle ayant faussé le libre jeu de la concurrence, les offres des entreprises NEU et de la société SANTERNE n'étant pas indépendantes.

Après avoir rappelé que « **il convenait pour Santerne et Neu de déposer une seule offre** », l'ADLC considère, au cas d'espèce, que la circonstance qu'aucune compensation, financière ou autre, n'était perçue par la société SANTERNE, n'enlève en rien la qualification d'entente :

« Le jeu de la concurrence est faussé par l'échange d'informations. Il n'est pas pertinent de s'assurer de l'existence ou non d'une contrepartie financière, qui relève de l'examen des intentions des parties ».

L'ADLC a, en conclusion, infligé solidairement une **sanction de 435.000 euros** à la société Santerne en qualité d'auteur et à plusieurs sociétés du groupe Vinci en leur qualité de sociétés mères, pour avoir mis en œuvre une pratique concertée ayant pour objet de fausser la concurrence, prohibée par l'article L. 420-1 du code de commerce.

« S'agissant en particulier de la responsabilité décennale des constructeurs, il en résulte que, lorsqu'une demande est dirigée contre un constructeur, la prescription n'est pas interrompue à l'égard de son assureur s'il n'a pas été également cité en justice. Lorsqu'une demande est dirigée contre un assureur au titre de la garantie décennale souscrite par un constructeur, la prescription n'est interrompue qu'à la condition que cette demande précise en quelle qualité il est mis en cause, en mentionnant l'identité du constructeur qu'il assure. A cet égard n'a pas d'effet interruptif de la prescription au profit d'une partie la circonstance que les opérations d'expertise ont déjà été étendues à cet assureur par le juge, d'office ou à la demande d'une autre partie. De son côté, l'assureur du maître de l'ouvrage, susceptible d'être subrogé dans ses droits, bénéficie de l'effet interruptif d'une citation en justice à laquelle le maître d'ouvrage a procédé dans le délai de garantie décennale ».

Haize Avocats

5 rue Saint Philippe du Roule

75008 – Paris

Tél. : + 33 (0) 1 44 29 33 70

Fax : + 33 (0) 1 44 29 33 20

contact@haize-avocats.com