

# Chat consacré à l'exécution des marchés : la compilation !

Le 23 octobre, Stéphanie Juffroy, Emmanuelle Roll et Xavier Bigas ont fait fort à l'occasion d'un chat consacré à l'exécution, sujet trop souvent délaissé. Notre trio, invité dans les locaux du journal, a en effet répondu à plus de 50 questions, de la défaillance d'un co-traitant à la modification de TVA en cours de marché, en passant par les remises de pénalité, les ordres de service, les retards de chantier ou l'affermissement d'une tranche conditionnelle...



## - La remise de pénalités doit-elle faire l'objet d'une délibération de l'organe délibérant ?

Deux possibilités, qui associent étroitement l'assemblée délibérante sous réserve de délégation à l'exécutif, sont ouvertes :

La première vise à passer un avenant avec report des délais d'exécution (attention, la signature de l'avenant doit préalablement être autorisée par l'assemblée délibérante).

La deuxième vise à ce que l'assemblée délibérante prononce l'exonération partielle ou totale des pénalités, par une délibération expresse (réponse ministérielle n°20975, JOS Q 1er juin 2006, page 15 33).

## - En cours d'exécution, peut-on scinder par avenant une tranche conditionnelle en 2 tranches conditionnelles ?

La circulaire du 14 février 2012 est très prudente quant aux modifications affectant le fractionnement des tranches (paragraphe 12.2.1) dans les procédures négociées. A fortiori, pour un marché passé après une procédure formalisée, la sécurité juridique recommande la plus grande prudence pour la modification des tranches par voie d'avenant.

## - Dans le cadre de l'exécution d'un marché de réhabilitation, l'entreprise titulaire d'un des lots a oublié de compter une partie des prestations décrites au CCTP. Le maître d'œuvre qui assistait la collectivité n'a pas vu cette carence. La commune souhaiterait ne pas faire supporter l'intégralité du surcoût à l'entreprise qui est une petite entreprise. Aussi elle envisage d'une part de prévoir des pénalités ou des réfections sur les honoraires du MO et d'autre part de prévoir un protocole transactionnel avec l'entreprise, est-ce possible ?

La possibilité de prévoir des pénalités ou des réfections sur les honoraires du MOe doit avoir été prévue dans le contrat et s'appliquer dans le cas précis (analyse insuffisante d'une offre qui s'avère incomplète).

Par ailleurs, il peut apparaître choquant de sanctionner le MOe sans pour autant sanctionner l'entreprise, qui est également fautive puisqu'elle a remis une offre erronée.

En ce qui concerne la portée de l'erreur de l'entreprise, au stade de la passation, la jurisprudence du CE admet la correction des erreurs matérielles d'une nature telle que nul ne pourra par la suite s'en prévaloir de bonne foi (CE, 21 septembre 2011, *Département des Hauts-de-Seine*, n°349149; CE, 16 janvier 2012, *Département de l'Essonne*, n°353629). Au stade de l'exécution, si un avenant ou une transaction était conclu, il ne saurait remettre en cause les conditions initiales du déroulement de la procédure de publicité et de mise en concurrence.



## - Dans le cadre d'un marché de travaux, l'envoi des OS par fax est-il suffisant pour avoir la preuve de l'accusé de réception ou faut-il que le titulaire renvoie l'OS signé et daté ?

Les CCAG travaux, ancienne (article 2.51) et nouvelle (article 3.8.1) versions, prévoient un accusé de réception daté de la part du titulaire. Si le CCAP ne déroge pas sur ce point au CCAG, l'envoi par télécopie n'est pas une garantie suffisante pour avoir la preuve de l'accusé de réception. Le titulaire doit renvoyer l'OS signé et daté.



## - Une modification de la TVA en cours d'exécution peut-elle faire l'objet d'un avenant ?

La TVA pèse sur le consommateur final (l'acheteur public) et la loi fiscale est d'ordre public. Aussi, en cas d'évolution de la TVA en cours d'exécution du marché, un avenant n'est pas indispensable mais peut s'avérer utile pour mettre à jour les prix du marché (fiche DAJ août 2012).



## - Pouvez-vous préciser les dispositions à prendre dans le cas de la liquidation d'une entreprise en cours d'exécution d'un marché de travaux : doit-on faire intervenir un huissier afin de vérifier l'avancement des travaux réalisés ?

La prudence recommande soit d'utiliser la procédure de constat contradictoire prévue au CCAG Travaux soit, a minima, et en cas de déconfiture de l'entreprise, d'utiliser le constat d'huissier.

## - Même s'il est abrogé, le CCAG-FCS modifié de 1977 continue-t-il de s'appliquer aux marchés qui s'y réfèrent (ceux conclus avant le CCAG-FCS de 2009) ?

Oui.

## - Peut-on affermir une TC après la date limite prévue au marché si l'opérateur économique donne son aval au prix initialement convenu ?

L'article 72 du CMP, en visant une indemnité contractuelle d'attente, prévoit expressément la possibilité d'un affermissement avec retard d'une tranche conditionnelle. En conséquence, si les parties en sont d'accord, rien ne s'oppose à un affermissement tardif au prix initialement convenu. La sécurité juridique commande de le faire par avenant plutôt que par ordre de service.

**- La résiliation du marché est elle la seule solution en cas de non production des attestations URSSAF tous les 6 mois ? Quel risque prend la collectivité qui ne résilierait pas le marché ?**

La résiliation apparaît la seule solution, après mise en demeure de l'entreprise et application des pénalités obligatoirement prévues au contrat (cf fiche de la DAJ de juin 2011 relative au renforcement du dispositif contre le travail dissimulé).

Il incombe toutefois au pouvoir adjudicateur, avant de prononcer la résiliation, de tenir compte des éventuelles justifications avancées par le titulaire qui se trouve dans l'impossibilité de fournir ces attestations (TA Strasbourg, ord. 5 juillet 2012, *société SORES TP SARL*, n°1202756).

Si la collectivité laisse le titulaire poursuivre l'exécution du marché sans avoir produit les justificatifs requis, elle encourt la responsabilité solidaire visée à l'article L.8222-2 du Code du travail.

**- Un OS de travaux envoyé par mail à travers la plateforme acheteur est il plus sûr en termes d'accusé réception qu'un envoi par fax ?**

Voir réponse supra sur l'accusé de réception de l'entreprise. Ces deux modes de transmission présentent des garanties insuffisantes. Et, pour information, ce n'est pas à l'acheteur public de s'assurer de la réception d'un courriel informant le candidat qu'un message lui a été adressé sur la plateforme de dématérialisation (CE, 3 octobre 2012, *Département des Hauts-de-Seine*, req. n°359921).

**- Le CCAP peut-il prévoir que le pouvoir adjudicateur, en cas de retard, pourra (simple éventualité...) appliquer telle ou telle pénalité ? Quels sont les risques s'il ne les applique pas ?**

L'application des pénalités n'est jamais une obligation pour le pouvoir adjudicateur, qui dispose en la matière d'un pouvoir discrétionnaire.

**- Peut-on faire un avenant pour augmenter le montant d'un marché à bons de commandes, si le maximum est atteint ?**

**- augmentation d'un maxi dans marché à bons de commande - il me semblait que le marché était terminé**

Pour éviter que le marché prenne fin de plein droit une fois dépassé le montant maximum, il convient d'anticiper le problème et de prévoir un avenant dans le respect des règles fixées à l'article 20 du CMP (cf fiche DAJ sur les marchés à bons de commande d'août 2012).

**- Dans le cadre de la délégation qu'il reçoit de l'assemblée délibérante, un pouvoir adjudicateur peut-il signer un avenant avec reports des délais d'exécution ?**

L'article L.2122-22-4° du CGCT vise désormais toute décision, par délégation, concernant la préparation, la passation, l'exécution et le règlement des marchés ainsi que toute décision concernant leurs avenants, lorsque les crédits sont inscrits au budget.

Lorsque l'avis de la Commission d'appel d'offres est préalablement requis, la décision de l'exécutif devra le viser.

**- Dans le cadre des moyens matériels nécessaires à l'exécution d'un marché et lorsque le candidat répond dans son offre qu'il va louer le matériel, est-il possible de demander la preuve du contrat de location ou tout autre élément attestant de son engagement à fournir le matériel demandé ?**

Dans un arrêt récent, le CE (12 janvier 2011, *Département du Doubs*, req. n°343324) exige que le candidat justifie dans son offre d'une commande ferme du matériel nécessaire à l'exécution du marché. Un devis ne suffit pas.



*Xavier Bigas, Stéphanie Juffroy et Emmanuelle Roll.*

**- Dans le cadre d'un marché de travaux d'entretien de patrimoine immobilier, peut-on imposer pour assurer la continuité du service public une obligation de réaliser l'exécution d'un bon de commande à n'importe quelle période de l'année, sans que l'entreprise puisse opposer ses périodes de congés annuels ?**

Oui, l'obligation peut être prévue dans les stipulations contractuelles.

**- Dans un marché de location avec une option de rachat résiduel en fin de marché, peut-on considérer que la révision de prix annuel peut s'appliquer tant sur le tarif de location (offre de base) que sur l'option de rachat ?**

Cette révision sur l'option de rachat ne nous paraît pas devoir être automatique.

**- Dans le cadre de marchés de travaux, en cas de modifications de programme, peut on émettre des OS tant que la masse initiale n'est pas atteinte (mais pas d'avenant)? Une fois la masse atteinte, doit on passer un avenant qui sans en avoir la dénomination serait un avenant de régularisation ?**

Tout d'abord, les modifications du programme par ordre de service peuvent appeler de la part de l'entreprise des réserves financières et techniques (voir le cas particulier de l'article 15.22 de l'ancien et du nouveau CCAG Travaux relatif à la possibilité de refus de l'entreprise). Un avenant (s'il est possible au regard de l'article 20 du CMP) offre donc aux parties la garantie d'une contractualisation de ces modifications du programme.

En tout état de cause, lorsque la masse initiale est en voie d'être atteinte, l'entreprise doit respecter la procédure d'alerte. Tant l'ancien que le nouveau CCAG prévoient qu'avant d'atteindre la masse initiale des travaux, le titulaire doit en informer le MOe. Une fois informé, le MOe doit en tenir compte lorsqu'il transmet des OS. Sous l'empire de l'ancien CCAG, une décision de poursuivre était nécessaire (article 15.4). Sous l'empire du nouveau CCAG, la solution

est différente : la poursuite « plafonnée » des travaux est possible, sauf émission par le MOe d'un ordre de service d'arrêter les travaux (article 15.4).

L'entreprise s'expose, en cas de non respect de la procédure d'alerte, à ce que le maître d'ouvrage refuse la conclusion d'un avenant "de régularisation" dont la rétroactivité est toujours délicate à manier.

**- Dans un C.C.A.P., deux pénalités contradictoires sont applicables dont une exorbitante. Doit-on corriger par avenant ou par transaction ? La transaction peut-elle prévoir une clause interdisant tout recours des 2 parties ?**

En vertu de la jurisprudence (CE, 29 décembre 2008, OPHLM de Puteaux, n°296930, voir réponse infra), le juge administratif peut moduler les pénalités. Aussi, avant tout contentieux, des pénalités exorbitantes peuvent être corrigées par voie d'avenant ou de transaction (si le différend est déjà né). La transaction comporte une clause de renonciation à recours, afin d'épurer définitivement le litige (voir circulaire du 7 septembre 2009).

**- Le CCAG travaux prévoit qu'il est appliqué des pénalités journalières en cas de retard imputable au titulaire dans l'exécution des travaux. Par ailleurs, une fiche technique de la DAJ du 17/09/2012 indique que les pénalités de retard ne peuvent s'appliquer que si le retard est imputable au titulaire du marché. Mais en cas de retard, et en l'absence de prolongation du délai de réalisation des travaux, convient-il d'appliquer au titulaire les pénalités prévues au marché puis de l'en exonérer (par décision expresse ou transaction) ou bien est-il envisageable de ne liquider aucune pénalité ?**

Au vu du pouvoir d'appréciation du Maître d'ouvrage dans l'application des pénalités de retard, il paraît plus opportun de ne pas en appliquer au titulaire au cours de l'exécution du marché en l'absence de faute de sa part plutôt que de les appliquer mécaniquement pour ensuite les retirer (voir fiche DAJ du 19 septembre 2012).

**- Quelles sont les obligations qui s'imposent lorsque le montant du marché n'est pas atteint (marché à prix forfaitaire, et marché à prix unitaires) ? La signature du DGD par le titulaire du marché suffit elle à acter cette différence ou la conclusion d'un avenant s'impose t'elle ? (marché à prix forfaitaire et marché à prix unitaires)**

La signature du DGD par les parties manifeste leur accord sur le montant définitif du marché.

**- La recette municipale peut elle exiger la conclusion d'un avenant (question DGD inférieur au montant du marché précédente)**

En théorie non. Le DGD signé sans réserves des deux parties suffit (article D.1617-19 du CGCT rubrique 43-25). La pratique est parfois toute autre...

**- Les indemnités de résiliation pour motif d'intérêt général (OS envoyé mais pas de commencement d'exécution des travaux) sont-elles soumises à la TVA ?**

La règle est que sont assujetties à la TVA les indemnités qui constituent la contrepartie d'une livraison de biens ou d'une prestation de services. En toute orthodoxie, il ne devrait pas y avoir de TVA sur la partie de l'indemnité relative au manque à gagner (Fiche DAJ du 7 juin 2011). Néanmoins, le Conseil d'Etat applique la TVA sur le manque à gagner (CE, 21 mars 2007, *Commune de Boulogne-Billancourt*, req. n°281796) pour des raisons de "simplicité" (selon les conclusions du rapporteur public, Monsieur Nicolas Boulouis).

**- Dans le cadre de l'année de garantie, une entreprise doit lever les réserves qui ont été prononcées soit lors de la réception, soit après par notification du Maître d'ouvrage. Lorsqu'aucun délai n'est prescrit pour procéder à ces reprises, quels sont les moyens mis à disposition pour y contraindre le titulaire du marché ?**

Tout d'abord, il faut assortir les obligations de reprise de malfaçons d'un délai d'exécution. Subsidiairement, en cas d'inaction de l'entreprise, le Maître d'ouvrage peut actionner les suretés prévues au marché (voir pour un exemple de retenue de garantie utilisée pour financer la reprise de malfaçons couvertes par la garantie contractuelle, jusqu'à l'expiration de la garantie de parfait achèvement, CAA Lyon, 18 février 2010, *SA Planche*, req. n° 07LY01299).

**- Lorsqu'un avenant ne prévoit pas de délai supplémentaire pour l'exécution des prestations, les pénalités de retard mentionnées dans le contrat sont elles applicables aux prestations de l'avenant ?**

Oui.

**Peut-on se servir de la retenue de garantie ou caution bancaire pour des réserves survenues pendant l'année de parfait achèvement ou sert-elle uniquement pour des réserves non levées émises au moment de la réception ?**

La retenue de garantie peut être utilisée pour financer la reprise de malfaçons couvertes par la garantie contractuelle, apparues pendant le délai de la garantie de parfait achèvement (cf supra CAA Lyon, 18 février 2010, *SA Planche*, n°07LY01299).

**Dans le cadre des marchés à bons de commande :**

**- quel que soit le type de marchés (travaux, fournitures ou services) peut on considérer que les paiements effectués à l'issue de chaque bon de commande sont des paiements partiels définitifs (et en ce cas, pour les marchés de travaux comment le concilier avec l'interdiction édictée à l'article 92 du CMP, que semble d'ailleurs mettre à mal l'arrêt CAA Marseille 14 février 2011 Sté Eiffage) ?**

Oui (cf infra). Attention, le cas des marchés à bons de commande est spécifique (article 77 du CMP).

**- Doit-on en ce cas le stipuler dans les CCAP spécifiquement ?**

Oui.

**- Doit on organiser une réception (marché de travaux) ou une admission (marché de fournitures et services) spécifique même succincte (et donc sous quelle forme ? ) des prestations à l'issue de chaque bons de commande (peu réalisé dans la pratique).**

Oui, mieux vaut organiser une « réception partielle » si le marché prévoit des « paiements partiels définitifs ». C'est plus cohérent et rigoureux, même si cela peut apparaître contraignant et nécessite un examen des prestations réalisées.

**En ce cas, ne faudrait il pas prévoir une clause spécifique dans les CCAP (le renvoi aux CCAG correspondants sur ce point ne semble t il pas inadapté ?) ?**

Oui. C'est une bonne remarque.

Le Conseil d'Etat a justement été saisi d'un pourvoi contre l'arrêt cité (CAA Marseille, 14 février 2011, *Société Eiffage TPM*, n°08MA02493) et a récemment rendu sa décision (3 octobre 2012, *Société Eiffage TPM*, n°348476, sera mentionné aux Tables).

Aux termes de cet arrêt, chaque commande d'un marché de travaux à bons de commande donne lieu à des prestations propres pouvant faire l'objet d'une réception et d'un règlement dès leur réalisation. Par suite, sauf à ce que le contrat renvoie le règlement définitif de l'ensemble des commandes au terme du marché, chaque commande de travaux peut donner lieu à un règlement définitif qui ne saurait donc être regardé comme un règlement partiel définitif interdit par l'article 92 al. 2 du CMP (« *Les marchés de travaux ne donnent pas lieu à des règlements partiels définitifs* »).

En l'espèce, le CCAP du marché pouvait donc prévoir, dans le cadre d'un marché de travaux à bons de commande, que soit considéré comme définitif le paiement de l'ensemble d'une commande. De telles clauses sont régulières.

En pratique, il revient à l'entreprise, dans cette hypothèse, de faire figurer dans ses factures le montant correspondant à l'ensemble des travaux réalisés.

**- Si l'automatisme des intérêts moratoires en cas de dépassement du délai global de paiement est prévue par le Code des marchés publics et ses textes d'application, la réalité est malheureusement toute autre. Dans le cas où des intérêts moratoires, justifiés en raison de retard de paiement avérés d'acomptes mensuels, n'ont pas été payés à l'entreprise titulaire du marché avant la procédure d'établissement du solde, doit-elle les calculer et en inclure le montant provisoire dans son projet de décompte final (PDF) ?**

Oui.

**Autrement dit, si elle ne le fait pas, perd-elle le droit d'en réclamer le paiement après établissement de son PDF ?**

Oui.

Plus précisément, il convient de distinguer les intérêts moratoires pour un retard dans le paiement des acomptes et les intérêts moratoires relatifs au règlement du décompte.

À l'instar de l'article 13.44 de l'ancien CCAG travaux, l'article 13.4.4. du nouveau CCAG travaux prévoit que : *"Dans un délai de quarante-cinq jours compté à partir de la notification du décompte général, le titulaire renvoie au représentant du pouvoir adjudicateur, avec copie au maître d'œuvre, le décompte général revêtu de sa signature, sans ou avec réserves, ou fait connaître les motifs pour lesquels il refuse de le signer. Si la signature du décompte général est donnée sans réserve par le titulaire, il devient le décompte général et définitif du marché. Ce décompte lie définitivement les parties, sauf en ce qui concerne le montant des intérêts moratoires afférents au solde [...]"*.

Les intérêts moratoires, dont les articles susvisés permettent la discussion après l'établissement du décompte général et définitif, sont ceux courant le cas échéant sur le solde résultant du décompte. En revanche, il n'en va pas de même pour les intérêts de retard pour le paiement des acomptes, inclus dans le décompte général définitif (CE, 26 janvier 2007, *Société Baudin Châteauneuf*, n°256819 ; CE, 4 décembre 1987, *Commune de La Ricamarie*, req. n°56108).

**La diminution d'un acte spécial de sous-traitance doit-elle être validée par le sous-traitant concerné ?**

Oui (voir formulaire DC4).

**- En cas de retard sur un chantier résultant de la faute de l'entreprise, nous devons souvent délivrer néanmoins un OS de prolongation de délai pour officialiser la situation. Comment appliquer ensuite les pénalités de retard ?**

Attention : il vaut mieux indiquer que l'OS est délivré en vue d'une simple prise d'acte du retard, mais sans autorisation expresse de report des délais d'exécution, afin que les pénalités de retard restent applicables (si le maître d'ouvrage le souhaite). Sinon, il y a un risque que cela soit assimilé à un report des délais d'exécution et à une renonciation à l'application des pénalités (voir CE, 17 mars 2010, *Commune d'Issy-les-Moulineaux*, n°308676).

**- Le DGD qui est un acte contractuel peut-il tenir lieu d'avenant pour indemniser le candidat de sujétions imprévues. Le comptable public réclame souvent un avenant alors que le DGD est signé des deux parties.**

Si l'article D.1617-19 du CGCT (rubrique 4325) prévoit que le paiement du solde peut s'effectuer sur la base du DGD (voir réponse lors du chat), il ne vise pas le cas particulier du paiement d'indemnités consécutives à des sujétions techniques imprévues. Dans cette hypothèse, si les crédits affectés au marché ne sont pas suffisants, le comptable réclamera un avenant.

**- La sous-traitance et le dépôt direct d'offres d'entreprises étrangères se développant dans les régions frontalières, quelles précautions convient-il de prendre particulièrement en phase d'exécution voire en phase amont ?**

La participation d'entreprises étrangères ne saurait être prohibée. L'acheteur public doit donc être vigilant, lors de la passation et de l'analyse des renseignements susceptibles d'être demandés lors de l'examen de la candidature (visés à l'arrêté du 28 août 2006).

A ce titre, dans un arrêt récent (3 octobre 2012, *Société Déménagement Le Gars-Hauts-de-Seine Déménagements*, n°360952, sera publié aux Tables), le Conseil d'Etat a indiqué que l'acheteur public devait relever les incohérences entre les renseignements donnés par l'entreprise et écarter cette dernière, le cas échéant, sauf à violer l'égalité de traitement. Ainsi, même si la véracité des informations communiquées ne peut en principe être contrôlée par l'acheteur public, celui-ci ne doit pas omettre de relever des incohérences grossières (dans l'affaire précitée, *« les informations relatives au montant des salaires et à la valeur des véhicules figurant dans ces documents étaient incompatibles avec les déclarations relatives à l'effectif salarié et au nombre de véhicules figurant dans le dossier de candidature »*).

Par ailleurs s'il est informé, postérieurement à l'examen des candidatures, qu'une entreprise retenue a transmis des informations gravement erronées qui l'ont induit en erreur, l'acheteur public ne doit pas laisser perdurer ce manquement qui a traduit une violation de l'égalité de traitement. Le choix de l'offre d'une entreprise fondé sur de fausses déclarations porte en effet atteinte à l'égalité de traitement (3 octobre 2012, *Société Déménagement Le Gars-Hauts-de-Seine Déménagements*, *ibid*).

Au stade de l'exécution, on ne saurait trop conseiller au maître d'œuvre d'être vigilant et d'exercer pleinement sa mission, et de constater par écrit toute irrégularité (voir article 3.5 du nouveau CCAG Travaux sur la lutte contre le travail dissimulé ; voir article 28.5 relatif au registre de chantier...), et au maître d'ouvrage de respecter scrupuleusement les obligations de contrôle semestriel des pièces prévues à l'article 46 du code des marchés publics (cf fiche de la DAJ de juin 2011 relative au renforcement du dispositif contre le travail dissimulé et formulaire NOT11).

**- Quid de l'application des pénalités de retard en lots séparés ?**

**En effet, si le planning global de l'opération est dépassé de par un retard de l'un des corps d'état, faut-il appliquer des pénalités de retard à l'ensemble des autres corps d'état ? Ou comment calculer pour ne pas pénaliser les entreprises non fautives ?**

En principe, l'entreprise qui subit le retard (dans l'ordre de service de commencement, en raison de l'absence d'informations imputables au retard d'une entreprise titulaire d'un autre lot...) doit évidemment faire état de réserves sur le premier OS qui lui sera adressé en vue de l'exécution de son lot. Ces réserves peuvent être reprises dans les comptes rendus de chantier et lors du suivi du planning d'exécution.

En outre, pour les pénalités, le maître d'ouvrage peut bien évidemment ne pas les appliquer, pour l'entreprise qui a subi les retards et qui est dans une situation différente de celle qui en est à l'origine.

En tout état de cause, l'entreprise qui a subi les retards pourrait, au contentieux, engager la responsabilité de celle qui en est à l'origine, voire l'appeler en garantie pour le cas où elle se retrouverait à défendre sur une requête du maître d'ouvrage.

**- Avenant de transfert: quelles sont les pièces nécessaires à un avenant de transfert (DC1/DC2) ?**

Toute pièce, dont la demande est justifiée, susceptible de permettre d'apprécier les capacités du « cessionnaire » (voir DC1 et DC2 ; voir également arrêté du 28 août 2006).

**- Dans quelles conditions peut-on refuser de formaliser un avenant de transfert ?**

Lorsqu'il apparaît que le « cessionnaire » ne dispose pas de capacités suffisantes pour exécuter le marché.

**- Peut-on faire exécuter aux frais et risques du titulaire alors que les travaux ont été réceptionnés et réglés (désordres constatés et mise en jeu de la garantie décennale) ?**

Non. C'est la voie contentieuse qui doit être privilégiée (expertise judiciaire, requête de plein contentieux) afin d'engager la responsabilité de l'entreprise sur le fondement de la garantie décennale.

**Conséquences sur la défaillance de l'un des cocontractants:**

Il convient de distinguer groupements conjoint et solidaire (voir article 51.I du CMP : « Les opérateurs économiques sont autorisés à se porter candidat sous forme de groupement solidaire ou de groupement conjoint, sous réserve du respect des règles relatives à la concurrence. Le groupement est conjoint lorsque chacun des opérateurs économiques membres du groupement s'engage à exécuter la ou les prestations qui sont susceptibles de lui être attribuées dans le marché. Le groupement est solidaire lorsque chacun des opérateurs économiques membres du groupement est engagé financièrement pour la totalité du marché »).

**hypothèse n°1** : cas du mandataire défaillant : Pour un groupement conjoint, ce n'est que le mandataire, si le marché le prévoit, qui est solidaire, pour l'exécution du marché, de chacun des membres du groupement pour ses obligations contractuelles à l'égard du pouvoir adjudicateur (et non l'inverse ; voir article 51.II al. 2 du CMP). La situation est différente en cas de groupement solidaire, les entreprises devant supporter les conséquences de la déconfiture d'un autre membre du groupement.

**hypothèse n°2** : co-traitants?

Le raisonnement est le même qu'exposé supra. Seule la forme solidaire du groupement permet au maître d'ouvrage de rechercher financièrement les autres entreprises.

**- Les conséquences de l'annulation d'un marché déjà en cours ?**

Trop vague

**- Les notions de « bouleversement de l'économie générale du contrat » et « objet du marché » ?**

Trop vague

**- Comment prévenir et régler, à l'amiable, un différend portant sur l'exécution des marchés publics ?**

Conclure une transaction voire saisir le C.C.R.A.

**- Dans un arrêt du Conseil d'État du 29/12/2008 "OPHLM de PUTEAUX", le juge administratif se reconnaît le pouvoir de moduler les pénalités de retard "si ces pénalités atteignent un montant manifestement excessif ou dérisoire eu égard au montant du marché".**

**Dès lors, en cas de pénalités dépassant le montant du marché, quel taux ou montant convient-il d'appliquer sans remettre en cause l'économie générale du marché et sans risquer d'être sanctionné par le juge administratif ?**

Effectivement, prenant la suite de plusieurs juges du fond (CAA Paris, Ass. Plén., 23 juin 2006, SARL Serbois, n°02PA03759 ; CAA Lyon, 27 décembre 2007, Société Nouvelle établissements Verger et Deporte, n°03LY01236 et 03LY01483), le Conseil d'Etat a procédé à un revirement de jurisprudence (voir auparavant, CE, 24 novembre 2006, Société Group 4 Falck Sécurité, n°275412 ; voir également CAA Versailles, 7 octo bre 2008, Société Rabot Dutilleul TP, n°05VE00834) en indiquant que le juge administratif peut moduler le montant des pénalités (29 décembre 2008, OPHLM de Puteaux, n°296930) :

*« Considérant par ailleurs qu'il est loisible au juge administratif, saisi de conclusions en ce sens, de modérer ou d'augmenter les pénalités de retard résultant du contrat, par application des principes dont s'inspire l'article 1152 du code civil, si ces pénalités atteignent un montant manifestement excessif ou dérisoire eu égard au montant du marché ; qu'après avoir estimé que le montant des pénalités de retard appliquées par l'office, lesquelles s'élevaient à 147 637 euros, soit 56,2 % du montant global du marché, était manifestement excessif, la cour administrative d'appel n'a pas commis d'erreur de droit en retenant une méthode de calcul fondée sur l'application d'une pénalité unique pour tous les ordres de service émis à la même date, aboutissant à des pénalités d'un montant de 63 264 euros ».*

La portée de cet arrêt permet donc au juge, au cas de contentieux sur l'exécution financière du contrat, de modérer l'application des stipulations relatives aux pénalités. Tout est affaire d'espèce et dans l'arrêt précité, le juge a considéré que des pénalités s'élevant à 56,2% du montant du marché étaient manifestement excessives.

En ce qui concerne les parties, rien n'empêche le maître d'ouvrage de renoncer aux pénalités de retard car elles n'ont pas un caractère obligatoire (CE, 28 octobre 1953, Société comptoir des textiles bruts et manufacturés, Rec T p 721 ; CE, 15 mars 1999, Jarnac, n°19072 ; CE, 17 mars 2010, Commune d'Issy-les-Moulineaux, n°308676 ; voir également Rép. Min. n°01248, JOS Q, 21 février 2008 p 340). Cela peut prendre la forme d'un avenant ou d'une transaction mais également d'une décision de poursuivre accordant des reports successifs de délais, le maître d'ouvrage étant alors réputé avoir renoncé à lui infliger des pénalités de retard (CE, 17 mars 2010, Commune d'Issy-les-Moulineaux, ibid.).

Si la voie de l'avenant est choisie (empreinte de plus de sécurité juridique que la simple décision de poursuivre), il ne nous paraît pas que la réduction du taux des pénalités constitue un d'identification du « bouleversement de l'économie du marché », au sens de l'article 20 du CMP. En effet, les pénalités susceptibles d'être infligées par l'administration à son cocontractant présentent, par nature, un caractère aléatoire, dans leur existence comme dans leur montant.

Mieux vaut surtout, pour démontrer la motivation d'une réduction importante des pénalités et éviter que cela soit considéré comme un avantage injustifié, tenir compte de leur caractère excessif/exceptionnel ainsi que des causes des retards extérieures à l'entreprise. A défaut de justification en ce sens, c'est la motivation de l'avenant, plus que ses effets financiers, qui pourrait être critiquée.

**- Si la collectivité dispose des outils pour obtenir des informations financières détaillées et que l'enquête démontre des risques élevés de solvabilité, cette information peut-elle être prise en considération dans le cadre de l'attribution ou non d'un marché ?**

Attention : les informations susceptibles d'être demandées à l'entreprise, sur la question de la capacité, au stade des candidatures, sont celles prévues par l'arrêté du 28 août 2006. Si le maître d'ouvrage dispose d'informations particulières lors de l'examen des candidatures, il ne peut les utiliser que dans le cadre des documents sollicités en vertu de cet arrêté. Ainsi, l'utilisation d'un document obtenu hors de ce cadre peut s'avérer dangereuse.

Néanmoins, si, pendant ou après l'examen des candidatures, le maître d'ouvrage se voit communiquer une information démontrant que l'une des entreprises dont la candidature a été retenue lui a transmis des éléments fallacieux (par exemple sur sa capacité financière), il ne saurait lui attribuer le marché, car cela générerait une inégalité de traitement avec les soumissionnaires qui ont transmis des éléments transparents démontrant leur capacité (cf supra, et CE 3 octobre 2012, *Société Déménagement Le Gars-Hauts-de-Seine Déménagements*, n°360952, sera publié aux Tables).

**Lorsqu'une entreprise est défaillante lors de l'exécution d'un marché :**

**- question 1 : puis je recourir à une autre entreprise ?**

Oui (les modalités sont détaillées dans les différents CCAG).

- Quelles sont les modalités que je dois respecter : faut il que je résilie d'abord le marché ?

Il faut résilier avant de signer le nouveau marché (cf supra).

**- Puis je prévoir une clause précisant qu'en cas de retard dans l'exécution je recourrai à une autre entreprise ?**

Pourquoi pas, mais il convient alors de justifier l'utilisation d'une telle mesure (urgence, délais très stricts...).

**- Quelle procédure suivre pour recourir au tiers, notamment dois je respecter les règles de computation alors que le marché initial en a déjà tenu compte ?**

Le « marché de substitution » est un nouveau marché qui, en principe, doit respecter les règles classiques de passation, hors cas très particulier permettant l'utilisation d'une procédure négociée (voir cas limitativement énumérés dans le CMP).

**- Question 2 : Pénalités de retard et réfaction : leur cumul est possible ?**

Théoriquement oui, car elles visent deux cas de figure différents (un retard pour la première, une non-conformité pour la seconde).

**- Question 3 : Abandon de pénalités dans les collectivités : faut-il une délibération ?**

Cf réponses précédentes.

**- Bonjour, doit-on appliquer les pénalités de retard en cas d'ajournement en marché de prestations intellectuelles ?**

Tout d'abord, l'application des pénalités de retard n'est pas obligatoire (voir supra). Une réduction ou une renonciation, par le maître d'ouvrage, est possible, mais une justification doit être apportée (voir supra).

Par ailleurs, rien n'empêche le cumul avec un ajournement, puisque l'objet de ce dernier est différent : l'ajournement est en effet la « décision prise par le pouvoir adjudicateur qui estime que les prestations pourraient être reçues moyennant des corrections à opérer par le titulaire » (voir article 2, nouveau CCAG-PI). Il conviendrait néanmoins, par sécurité, de préciser, dans la décision d'ajournement, que celle-ci ne remet pas en cause la volonté de l'acheteur public d'appliquer les pénalités (si c'est ce qu'il souhaite).

**- Dans le cadre des moyens matériels nécessaires à l'exécution d'un marché et lorsque le candidat répond dans son offre qu'il va louer le matériel, est-il possible de demander la preuve du contrat de location ou tout autre élément attestant de son engagement à fournir le matériel demandé ? Le cas échéant à quel stade de la procédure pourrait-on l'exiger ?**

Cela peut se faire au stade de l'examen des offres (étant entendu que l'examen des candidatures est très formalisé).

Attention, lorsque le maître d'ouvrage impose aux entreprises de donner les caractéristiques d'un matériel nécessaire à l'exécution du marché, les candidats ne sont certes pas tenus de justifier qu'ils disposent déjà de ce matériel à la date de remise de leur offre.

Néanmoins, ils doivent à cette date justifier qu'ils en disposeront pour l'exécution du marché et il a été jugé, pour un véhicule, qu'un « simple devis signé obtenu auprès d'un garage et revêtu de la mention lu et approuvé » n'était pas suffisant (CE, 12 janvier 2011, *Département du Doubs*, n°343924). Il vaut donc mieux obtenir, au stade de l'examen des offres, une copie du contrat de location plutôt qu'un simple engagement de le conclure. Les entreprises pourraient faire stipuler dans le contrat de location une clause suspensive en vertu de laquelle le contrat ne serait exécuté que dans l'hypothèse où leur offre serait retenue.

**- Comment déterminer si la révision des prix d'un marché de maîtrise d'œuvre de plus d'un an, doit être mensuelle, trimestrielle, semestrielle ou annuelle pour le suivi d'exécution d'un marché ?**

Cette question relève de la liberté contractuelle (article 10.2 du nouveau CCAG-PI). En pratique, la périodicité de révision de la rémunération du maître d'œuvre en phase d'exécution est souvent calée sur la périodicité des situations de travaux de l'entreprise (généralement mensuelle).

**- Quelle est la règle de révision des prix intégrés par avenant au regard des principes du marché ? Plus précisément un prix intégré par avenant en 2012 va subir la révision globale de l'ensemble des prix d'origine, est-ce à dire que ce prix doit être recalculé à la valeur euro de la date de signature du marché ? Quelle est la règle en la matière ?**

A notre connaissance, il n'existe pas de règle impérative en la matière, qui s'opposerait à ce qu'un avenant fixe un prix base 2012 au lieu d'un prix base marché. Toutefois, une telle méthode ne permet pas de mesurer pertinemment l'augmentation du montant global du marché qui résulte de l'avenant et pose en pratique des difficultés pour le règlement des prestations. Il est donc préférable que l'avenant fixe des prix base marché. Par analogie, on peut se référer à l'article 14.2 du nouveau CCAG-Travaux qui stipule que les prix nouveaux « sont établis sur les mêmes bases que les prix du marché, notamment aux conditions économiques en vigueur le mois d'établissement de ces prix ».

**- Dans le cadre d'un marché à bons de commande SPS dont les prix des prestations sont basés sur un pourcentage en fonction de l'importance du marché de travaux correspondant, pouvez vous me dire comment je peux réviser des prix sur des bons de commande dont l'exécution dure plus d'un an ?**

Il nous semble que dès lors que le montant du marché de travaux est fixé à l'origine (sous réserve d'éventuels avenants), le marché SPS peut prévoir une formule de révision périodique du prix des bons de commande qui s'exécutent sur une longue durée, quand bien même ce prix résulterait de l'application initiale d'un pourcentage au montant des travaux.

**- En cas de liquidation judiciaire en cours de chantier, la résiliation du marché doit elle faire l'objet d'une délibération de l'assemblée délibérante ? Un arrêté de sans suite suffit-il pour relancer une procédure ?**

En vertu du principe de parallélisme des compétences (et sous réserve de délégation régulièrement consentie à l'exécutif), la résiliation relève de la compétence de l'organe délibérant (CAA Lyon, 14 février 2008, *Société Provence Méditerranée Conseil*, req. n°03LY01152 ; CAA Douai, 4 juin 2009, *Société Jakob Macfarlane*, req. n°07DA01398).

Nous comprenons la seconde question comme distincte de la première et relative à la phase de passation des marchés. La déclaration sans suite d'un appel d'offres (par ex. sur le fondement de l'article 59-IV du Code des marchés publics, s'agissant des appels d'offres ouverts) relève de la compétence de l'exécutif (au moyen, par exemple, d'un arrêté municipal ou d'une simple décision). Toutefois, si l'organe délibérant a été initialement appelé à délibérer sur l'engagement de la procédure, il convient de revenir devant lui pour la déclaration sans suite (sauf délégation en sens contraire) et l'engagement de la nouvelle procédure.

**- Bonjour, dans le cadre de travaux de transformation d'un container recyclé en abris vélo d'un montant de 9600 euros HT, les notes de calcul relatives au bardage extérieur qui sera posé sont elles obligatoires avant démarrage des travaux (découpe bardage) ?**

Par principe, une note de calcul est antérieure au démarrage des travaux, car son objet est de contribuer à la définition et au dimensionnement des ouvrages. Si la construction envisagée est soumise au contrôle technique, le contrôleur technique pourra solliciter la production des notes de calculs.

**- Une petite question hors exécution... Dans le cadre d'un marché de formation nous avons reçu des offres d'entreprises soumises à TVA et d'autres non soumises à TVA. Aussi doit-on noter le critère prix sur du HT ou TTC ?**

Pour comparer les offres sur le critère du prix, il convient de prendre en compte l'ensemble des sommes que chaque candidat fait peser sur l'acheteur public (Rép. Min à QE n°81891, JOAN 21/09/2010, p.10339). Aussi, la circonstance que certains opérateurs soient exonérés de TVA, comme cela peut être le cas en matière de formation professionnelle, ne doit pas conduire à neutraliser « fictivement » un montant qui restera in fine à la charge de l'acheteur. On ne saurait en effet y voir une violation du principe d'égalité de traitement, dans la mesure où l'assujettissement ou non à la TVA découle de l'application de la loi fiscale et est indépendante de l'offre même des candidats.

**Quelles solutions s'offrent aux concurrents pour contrer les offres anormalement basses ?**

Les concurrents disposent comme armes principales des voies de recours que sont le référé précontractuel et le recours en contestation de validité du contrat (dit recours « Tropic »), dans le cadre desquels ils développeront un moyen tiré de la violation de l'article 55 du Code des marchés publics, nourri par les informations communiquées sur l'offre retenue (articles 80 et 83 du Code des marchés publics, pour les deux types de recours) puis par le contrat signé (pour le recours « Tropic »).

Il est plus difficile d'obtenir gain de cause en référé précontractuel car les informations disponibles à ce stade sont généralement restreintes.

Dans tous les cas, le moyen doit être étayé par des données concrètes (coûts de revient, salaires, marges, pratiques du secteur, etc).

Au-delà de ces démarches contentieuses qui restent toujours aléatoires, compte tenu de ce que le contrôle du juge est limité à l'erreur manifeste d'appréciation (v. en référé précontractuel, CE, 1er mars 2012, *Département de la Corse du Sud*, n°354159), on ne peut que conseiller de sensibiliser en amont les acheteurs publics et les organismes professionnels concernés, par une communication institutionnelle adaptée.

**- Dans le cadre d'une réception de travaux assortie de réserves, quelle procédure mettre en place afin que celles-ci soient levées dans un délai le plus court possible ? Si l'entreprise s'avère être récalcitrante, quelle solution nous propose le CCAG Travaux pour faire réaliser au plus vite les travaux? Même question dans le cadre de l'année de parfait achèvement ?**

Le CCAG Travaux, ancienne et nouvelle versions, prévoit dans son article 41.6 que lorsque la réception est assortie de réserves, le titulaire doit remédier aux imperfections et malfaçons correspondantes dans le délai fixé par le représentant du pouvoir adjudicateur ou, en l'absence d'un tel délai, trois mois avant l'expiration du délai de garantie de parfait achèvement et que, au cas où ces travaux ne seraient pas faits dans le délai prescrit, le maître de l'ouvrage peut les faire exécuter aux frais et risques du titulaire, après mise en demeure demeurée infructueuse.

Il convient donc de fixer précisément, lors de la réception, les délais impartis au titulaire pour lever les différentes réserves (le maître d'œuvre devant exercer un suivi rigoureux de la levée de ces réserves). En cas d'inaction du titulaire, si le maître d'ouvrage n'opte pas pour l'exécution des travaux de reprise aux frais et risques du titulaire, il peut prolonger le délai de garantie de parfait achèvement sur le fondement de l'article 44.2 du CCAG Travaux jusqu'à l'exécution complète des travaux de reprise.

Il peut également actionner les sûretés prévues au marché (cf réponse à une question précédente).

**- Une entreprise peut-elle contester le montant des travaux retenu pour lever la réserve à ses frais et risques ?**

Oui, soit dans le cadre de la contestation du décompte général si le maître d'ouvrage a appliqué une moins-value correspondant aux travaux de reprise (v. par ex. CAA Marseille, 8 juillet 2010, *SERI*, n°08MA00897), soit dans le cadre de la contestation de la retenue opérée sur les sûretés (v. par ex. CAA Lyon, 18 février 2010, *SA Planche*, n°07LY01299 et 09LY00808).

**- Faut-il indiquer dans le CCAP/CCP, le support sur lequel l'indice doit être regardé (ex : site du Moniteur / Insee...) ?**

La prudence recommande de l'indiquer pour pallier tout risque de mauvaise identification de l'indice.

**- Est-il possible que le pouvoir adjudicateur réalise la révision des prix pour le titulaire ? Si oui, doit-on ensuite lui notifier par courrier ?**

Si les CCAG FCS et PI sont silencieux à cet égard, le CCAG Travaux, ancienne et nouvelle versions, prévoit dans son article 13.21 que le maître d'œuvre détermine l'effet de la révision des prix lors de l'établissement de l'état d'acompte mensuel, sur la base du projet de décompte mensuel établi hors révision par le titulaire et auquel ce dernier joint le calcul, avec justifications à l'appui, des coefficients de révision des prix. L'état d'acompte est ensuite notifié par ordre de service.

On peut donc en conclure qu'il appartient aux parties de régler la question dans les pièces particulières du marché, étant précisé que le comptable public devra disposer d'un état liquidatif des révisions de prix pour procéder au paiement (article D.1617-19 du CGCT, rubriques 4324 et 4325, annexe E).

**Quelles sont les pratiques pour la réception en fournitures et services ? Le CCAG FCS est-il souvent respecté ? Quels sont les risques ?**

Question trop large.

**- Pour le contrôle des pièces relative au travail illégal, devant être réalisé tous les 6 mois, uniquement les documents URSAFF et attestation sociale doivent être demandés ? Auparavant, il existait le DC6, toutefois, je ne vois pas le formulaire qui a pu remplacer cela ?**

Ainsi que le rappelle la circulaire du 14 février 2012 portant Guide des bonnes pratiques en matière de marchés publics (§ 17.1.1), le donneur d'ordre demande, tous les six mois (art. D. 8222-4 à D. 8222-8 du code du travail), à son cocontractant, de lui transmettre l'ensemble des pièces prévues par le code du travail (art. D. 8222-4 et D. 8222-5 du code du travail pour le cocontractant établi en France, art. D. 8222-6 à D. 8222-8 pour celui établi à l'étranger) ; ces documents sont mentionnés dans le formulaire « NOTI1 — Information au candidat retenu ».

**- Notre collectivité a conclu des marchés à bons de commande avec seuils mini et maxi, par corps d'état, d'une durée d'un an, pour les travaux d'entretien de ses bâtiments communaux. Nous souhaiterions savoir s'il est possible d'avoir recours à l'article 35 II 6e du CMP pour conclure un marché complémentaire avec l'un des titulaires d'un marché de travaux dont le seuil maxi est atteint sans que la durée d'un an soit atteinte, étant précisé que la possibilité d'y recourir a été prévue lors de la mise en concurrence initiale.**

**D'une façon plus générale, l'article 35 II 6e est-il applicable aux marchés à bons de commande ?**

Aucune disposition ne paraît s'opposer à l'application, aux marchés à bons de commande, de l'article 35-II-6° du Code des marchés publics relatif aux « marchés de services ou de travaux ayant pour objet la réalisation de prestations similaires à celles qui ont été confiées au titulaire d'un marché précédent passé après mise en concurrence », même si l'on pourrait penser qu'elle remet en cause la définition des besoins initialement établie au travers d'un montant maximal de commandes.

Par analogie avec l'article 35-II-5°, on peut se reporter à la fiche de la DAJ de décembre 2010 « Marchés à bons de commande et marchés complémentaires », selon laquelle cet article est d'application générale quelle que soit la forme du marché, incluant les marchés à bons de commande.

**- Dans le cadre d'un marché à prix actualisable et à tranche, lors de l'affermissement de l'une des tranches conditionnelles, le Maître d'Ouvrage doit-il notifier l'ordre de service en actualisant le prix ou bien est-ce au titulaire de procéder à la facturation des prestations en actualisant ou pas ledit marché? La question est transposable aux marchés soumis à révision: en cas de non facturation de la révision de prix par le titulaire, quelle position le pouvoir adjudicateur doit-il tenir ?**

D'une manière générale, il est admis que les parties peuvent renoncer, d'un commun accord, à l'application de la clause de révision de prix (CAA Bordeaux, 7 mai 2009, *Communauté de Communes Aubusson-Felletin*, n°07BX02372) et que l'omission de faire jouer la révision de prix n'ouvre pas droit à remise en cause du décompte (CE, 5 juin 1981, *Sté Comsip-Entreprise*, Rec.T. p.814 ; 5 février 1971, *Société des téléphériques français*, Rec. p. 110).

Par analogie, cette solution devrait également s'appliquer en matière d'actualisation des prix fermes.

En pratique, il a pu être constaté que certains comptables publics exigeaient de la part des titulaires des factures incluant la révision/l'actualisation des prix ou une renonciation expresse à l'application de la révision/l'actualisation.

En ce qui concerne l'actualisation des prix des tranches conditionnelles, l'état du droit a toutefois connu une modification récente.

Sous l'empire des dispositions du Code des marchés publics antérieures au décret n°2011-100 du 25 août 2011, le Conseil d'Etat avait jugé que l'actualisation ne pouvait jouer qu'une seule fois pour les tranches ferme et conditionnelles, lors de la notification du marché, et non lors de l'affermissement de chaque tranche conditionnelle (CE, 18 novembre 2009, *Société 2H Energy*, req. n°311179).

Depuis la modification de l'article 18-III du Code des marchés publics par le décret précité, et pour les marchés de fournitures et services non courants ou de travaux, cette actualisation est de droit pour le titulaire lorsque la tranche conditionnelle est affermée plus de trois mois après la date de fixation du prix de l'offre, et elle s'opère aux conditions économiques observées à une date antérieure de trois mois au début d'exécution des prestations de la tranche conditionnelle.

Par conséquent, en l'absence à ce jour de jurisprudence topique sur cette nouvelle disposition, il est prudent, pour le maître d'ouvrage, de procéder spontanément à l'actualisation du prix de la tranche conditionnelle.