FIDAL
AVOCATS

Commande Publique

LA NEWSLETTER DU DROIT PUBLIC

À lire

Cotraitance et sous-traitance
Une organisation très utile pour répondre aux procédures de passation des marchés publics mais à utiliser avec précaution

Actualité réglementaire et jurisprudentielle

ABONNEZ-VOUS !

Cotraitance et sous-traitance

Une organisation très utile pour répondre aux procédures de passation des marchés publics mais à utiliser avec précaution

Soumissionner à plusieurs pour répondre aux besoins d'un pouvoir adjudicateur peut s'avérer très utile (pour améliorer sa capacité à répondre) voire indispensable lorsque le besoin fait appel à des spécificités techniques et professionnelles très différentes. Cette opportunité organisationnelle doit néanmoins être saisie avec précaution. En effet, elle peut générer de véritables difficultés juridiques et financières qu'il convient de bien anticiper.

Le choix de répondre avec plusieurs opérateurs économiques prendra la forme d'un groupement (ou cotraitance) ou de sous-traitance.

Précisons à titre liminaire que le choix de recourir à l'une et/ou l'autre de ces formes d'organisation est à la discrétion de l'entreprise.

Pour ce qui concerne tout d'abord le groupement, nous rappellerons en premier lieu qu'il peut prendre la forme de groupement conjoint ou solidaire.

Il sera qualifié de conjoint lorsque chacune des entreprises membres du groupement s'engage à exécuter les prestations qui lui sont confiées dans le marché. Mais elles ne sont responsables financièrement que de la bonne exécution de leurs propres prestations.

Il sera qualifié de solidaire lorsque chacune des entreprises membres du groupement est engagée financièrement pour la totalité du marché. Autrement dit, l'acheteur public peut rechercher la responsabilité financière (pénalités contractuelles, mesures coercitives aux frais et risques) de n'importe quelle entreprise membre du groupement.

Nous précisons en second lieu qu'une entreprise peut, par principe, participer à plusieurs groupements sous réserve que l'acheteur public ne limite cette possibilité. Mais cela doit être expressément mentionné dans le règlement de la consultation.

Enfin, nous rappellerons en troisième lieu que les capacités d'un groupement d'entreprise sont appréciées de manière globale. Dès lors, il n'est pas exigé que chaque membre du groupement présente la totalité des capacités requises pour exécuter le marché.

Cette faculté offre de belles perspectives aux opérateurs économiques, notamment ceux qui viennent d'être créés et qui ne disposent pas encore de références professionnelles ou de chiffre d'affaires suffisant pour justifier d'une capacité économique et technique à exécuter le contrat.

Si cette forme de groupement offre de réelles opportunités pour les entreprises, nous attirons néanmoins les lecteurs intéressés sur le fait que cette organisation doit être parfaitement structurée.

Outre la forme du groupement ou encore le choix du mandataire (chargé notamment de toutes les relations juridiques, administratives et financières entre le groupement et l'acheteur public), il peut être impératif de contractualiser les relations entre les membres du groupement.

En effet, et surtout si le groupement est passé sous la forme solidaire, ou si le mandataire a lui-même la qualité de mandataire solidaire, il est nécessaire que les opérateurs économiques se protègent.

Le risque étant que chaque membre peut répondre financièrement des défaillances ou mauvaises exécutions générées par un autre membre.

Pour cela, la solution passe par la conclusion d'un contrat de cotraitance. Ce contrat aura pour objet de responsabiliser chacun des membres du groupement et permettre de se retourner contre les véritables responsables des difficultés d'exécution. En outre, il pourra prévoir toutes les modalités d'organisation et de fonctionnement du groupement dans le cadre de l'exécution du contrat. Ainsi, une rémunération du mandataire ou des sanctions contractuelles appliquées en cas de manquements pourront être envisagées.

Un contrat de cotraitance bien rédigé sera la garantie d'une exécution sereine du contrat.

Cotraitance et sous-traitance

Une organisation très utile pour répondre aux procédures de passation des marchés publics mais à utiliser avec précaution

Pour ce qui concerne la sous-traitance, nous rappellerons qu'il s'agit d'une opération par laquelle une première entreprise titulaire d'un marché public confie, sous sa responsabilité, à une autre personne appelée sous-traitant, l'exécution d'une partie des prestations du marché conclu avec l'acheteur public.

Ce sous-traitant doit naturellement être accepté par l'acheteur public et voir ses modalités de paiement agréées.

A défaut, il s'agira d'une sous-traitance occulte de nature à fonder une mesure de résiliation du contrat pour faute de l'entreprise principale.

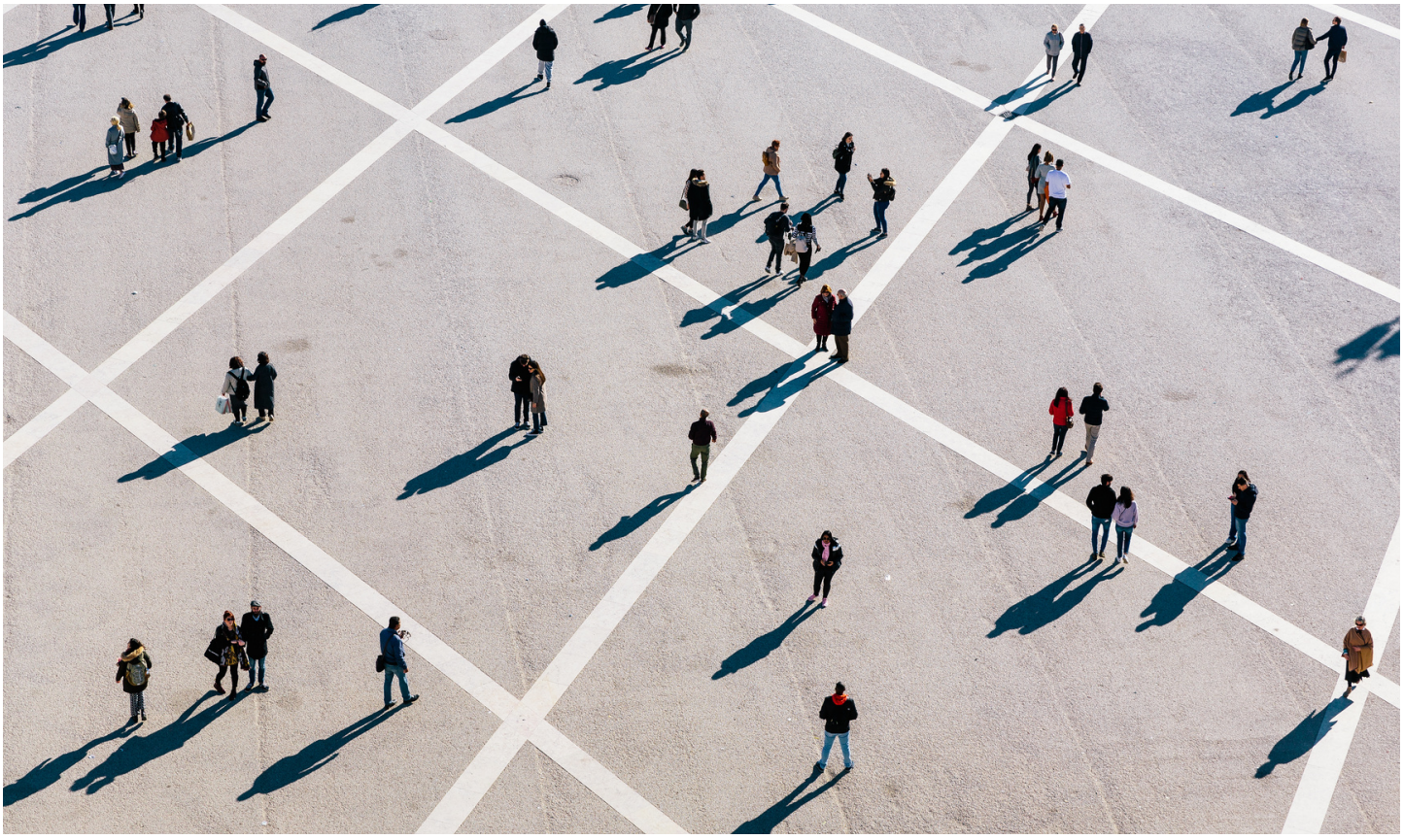
Le recours à la sous-traitance peut s'avérer judicieuse au moment de la passation du contrat pour améliorer la qualité de l'offre technique du soumissionnaire, mais également en cours d'exécution du contrat si le titulaire rencontre une difficulté nécessitant une assistance extérieure.

Là encore, le recours à la sous-traitance doit être anticipé et structuré.

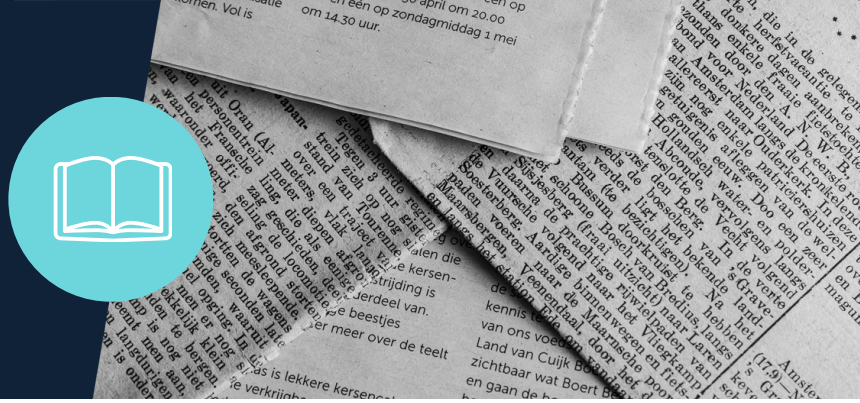
En effet, le législateur impose qu'un contrat, dit contrat de sous-traité, soit conclu entre l'entreprise principale et le sous-traitant. Mieux, l'acheteur public peut exiger la communication de ce contrat sous peine de résiliation du marché public.

L'entreprise principale n'a donc pas le choix.

En conséquence, les entreprises ne doivent pas hésiter à recourir à ces organisations particulières pour obtenir de nouveaux marchés et/ou sécuriser leur bonne exécution. Mais elles doivent nécessairement sécuriser leur position en contractualisant au préalable avec leurs partenaires économiques.



Actualité réglementaire et jurisprudentielle



#DONNEES ESSENTIELLES #ACCESSIBILITE
Deux arrêts du 22 décembre 2023 fixent la liste des formats, normes et nomenclatures dans lesquels les données essentielles des contrats de la commande publique doivent être publiées.

JURISPRUDENCES MARCHES PUBLICS ET DÉLÉGATION DE SERVICE PUBLIC

CAA MARSEILLE, 16 octobre 2023, n° 19MA03272, #PASSATION D'UN MARCHE PUBLIC #CONCURRENT EVINCE #CALCUL DE L'INDEMNISATION
Le concurrent évincé qui disposait d'une chance sérieuse d'obtenir le contrat peut prétendre « être indemnisé de son manque à gagner incluant nécessairement les frais de présentation de l'offre. Le manque à gagner doit être déterminé en prenant en compte le bénéfice net qu'aurait procuré ce marché à l'entreprise. Ce manque à gagner ne peut ainsi qu'être reconstitué à partir du chiffre d'affaires non réalisé duquel sont soustraits les seules charges variables économisées sans tenir compte des coûts fixes, à moins qu'il ne résulte de l'instruction qu'il s'agit de coûts fixes supplémentaires induits par l'obtention du marché.

TA CAEN, 23 octobre 2023, Sté Couverture JL Leprovost et Fils #PASSATION D'UN MARCHE PUBLIC #METHODE DE NOTATION #OBLIGATION DE LA RESPECTER
Une méthode de notation des offres portée à la connaissance des candidats doit être respectée par l'acheteur public.
A défaut, la procédure encourt la censure du juge administratif.
Nous rappelons néanmoins que la méthode de notation n'a pas, par principe, à être communiquée aux soumissionnaires.

CE, 17 octobre 2023, Commune de Viry-Châtillon #EXECUTION D'UN MARCHE PUBLIC #SOUS-TRAITANCE #FOURNISSEUR
Un contrat portant sur la fourniture de biens présentant des caractéristiques particulières peut être considéré comme un contrat de sous-traitance dans le cadre de l'exécution d'un marché public de travaux. Dans ce cas, le fournisseur est éligible au paiement direct auprès du maître d'ouvrage public.

CE, 12 octobre 2023 Sté Advanced Accelerator Applications #RESPONSABILITE PARTIELLE #GROUPEMENT DE MAITRISE D'OEUVRE #INCENDIE
Un groupement de maîtrise d'œuvre peut être condamné à garantir partiellement le sous-traitant à l'origine du dommage des condamnations prononcées contre lui, au motif de négligences dans la direction et la coordination des travaux sans lesquelles l'incendie aurait pu être évité.

CAA VERSAILLES, 19 octobre 2023, n°19VE02864 Sté Alu Rennais #RETARD D'EXECUTION #PENALITES #REDRESSEMENT JUDICIAIRE
Le maître d'ouvrage n'engage pas sa responsabilité vis-à-vis des autres entreprises si un des titulaires devient défaillant à la suite de l'engagement d'une procédure de redressement judiciaire.
Il n'a pas à s'enquérir des éventuelles difficultés de son cocontractant, notamment en sollicitant au jour de la signature du contrat un extrait K bis du registre du commerce plus récent que celui déjà transmis. Le juge apprécie néanmoins les diligences de l'acheteur vis-à-vis de l'administrateur judiciaire.

CE, 13 octobre 2023, M. D. et Collectif alétois gestion publique de l'eau actions sur le Limousin et le Saint-Hilairois #DELEGATION DE SERVICE PUBLIC #INFORMATION DES MEMBRES DU CONSEIL MUNICIPAL
Les élus du conseil municipal qui délibèrent sur une convention de délégation de service public, doivent disposer d'une information appropriée, 15 jours au moins avant la délibération.
Ils doivent également pouvoir consulter le projet de contrat accompagné de l'ensemble des pièces. Mais il n'y a pas d'obligation de les communiquer spontanément.

FIDAL

Le droit d'inventer demain

Une commande publique ?

Notre équipe pluridisciplinaire vous accompagne dans tous les domaines du droit des affaires et sur ce marché spécifique.

Fidal Avocats - Val de Loire Océan

L'équipe en droit public

Guillaume Collart
Avocat associé

Violaine Vally
Avocate

UNE QUESTION ?
Contactez Guillaume Collart
guillaume.collart@fidal.com

CETTE NEWSLETTER VOUS A PLU ?

ABONNEZ-VOUS !

Un besoin de formation ?
FIDAL FORMATIONS VOUS ACCOMPAGNE

Member of Unyer Global Advisors & wts global