

N° 413533
Société Savoie

7^{ème} et 2^{ème} chambres réunies
Séance du 12 octobre 2018
Lecture du 9 novembre 2018 - B

CONCLUSIONS

M. Gilles PELLISSIER, rapporteur public

L'acheteur public peut-il sélectionner les offres en fonction de l'importance des pénalités de retard auxquelles les candidats sont prêts à s'exposer ? Telle est la question que présente à juger le pourvoi formé par la société Savoie, candidate évincée à l'attribution du lot n° 1, portant sur les travaux de terrassements complémentaires, gros œuvre, charpente métal, bardage, étanchéité, couverture, façade et menuiseries extérieures, en vue de la réalisation, pour le compte de la communauté de communes de l'Arpajonnais, d'un gymnase sur le territoire de la commune de Lardy, à l'encontre de l'arrêt de la CAA de Versailles qui a rejeté ses conclusions tendant à la condamnation de la communauté de communes à l'indemniser du préjudice subi du fait de son éviction qu'elle estime irrégulière. Elle avait obtenu en première instance le versement d'une somme de 125 000 euros, le tribunal ayant considéré que la méthode de notation de l'un des quatre sous-critères de la valeur technique, représentant 10 points sur 60 et portant sur la pénalité pour dépassement du délai fixé dans l'acte d'engagement, qui conférerait la note la plus élevée à la proposition de pénalité la plus élevée, les autres propositions étant notées en proportion de leur écart avec la proposition la plus élevée, était de nature à neutraliser la pondération des autres critères. La cour a été d'un avis contraire et, après avoir censuré le jugement, a écarté l'autre moyen tiré de ce que ce sous-critère serait sans rapport avec l'objet du marché et dénué de tout caractère objectif. Elle a estimé qu'il tendait « à mesurer la capacité technique de l'entreprise à respecter des délais d'exécution prévue dans les documents contractuels et n'est pas sans lien avec la pertinence des moyens techniques qu'elle entend mettre en œuvre pour respecter les délais de réalisation du marché ».

Ces motifs sont critiqués sous l'angle de l'erreur de droit, à juste titre nous semble-t-il, pour plusieurs raisons.

Les procédures de mise en concurrence auxquelles sont astreints les acheteurs publics pour l'attribution de leurs marchés ont pour finalité de sélectionner, dans des conditions de transparence et d'égalité de traitement des candidats, l'offre économiquement la plus avantageuse, c'est-à-dire celle qui propose les meilleures performances, en termes de qualité d'exécution comme de prix, des prestations dont ils ont besoin. Cet objectif est atteint en évaluant les offres en fonction de critères de sélection prédéterminés qui représentent autant de qualités que l'acheteur public attend des offres et dont la pondération correspond à l'importance qu'il y attache. L'article 53 du code des marchés publics, applicable au présent litige, les articles 52 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 et 62 de son décret d'application, actuellement applicables, proposent une liste non exhaustive de critères qui peuvent ainsi être

choisis par l'acheteur public mais qui doivent toujours être liés à l'objet du marché ou à ses conditions d'exécution, c'est à dire propres à identifier la meilleure modalité d'exécution du marché.

Or les pénalités de retard ne nous paraissent correspondre ni par leur objet, ni par leur régime juridique à un critère de sélection.

Les pénalités de retard ne représentent pas une modalité d'exécution des prestations commandées, puisqu'elles ont pour objet de réparer les conséquences dommageables d'une mauvaise exécution et de l'éviter par la menace de leur application. Vous avez récemment rappelé que « les pénalités de retard prévues par les clauses d'un marché public ont pour objet de réparer forfaitairement le préjudice qu'est susceptible de causer au pouvoir adjudicateur le non-respect, par le titulaire du marché, des délais d'exécution contractuellement prévus ; qu'elles sont applicables au seul motif qu'un retard dans l'exécution du marché est constaté et alors même que le pouvoir adjudicateur n'aurait subi aucun préjudice ou que le montant des pénalités mises à la charge du titulaire du marché qui résulte de leur application serait supérieur au préjudice subi » (19 juillet 2017, *CH départemental de psychiatrie de l'enfant et de l'adolescent (CHIPEA)*, n° 392707, au rec).

Certes, le caractère forfaitaire de la réparation et le principe que vous avez fermement rappelé par cette décision de l'application des pénalités contractuellement fixées, la modération juridictionnelle devant demeurer exceptionnelle et n'aboutir qu'à réduire le montant final des pénalités de ce qu'il a de manifestement excessif, renforcent la fonction incitative du respect des délais des pénalités de retard. C'est sur cette fonction que joue le critère de sélection litigieux : plus la sanction à laquelle s'expose un candidat en cas de non respect des délais est lourde, plus il mettra de moyens pour l'éviter, de sorte que sa proposition sur ce point révèle indirectement l'importance des moyens qu'il dédiera à la bonne exécution du marché. La cour a fondé sur cette idée le lien d'un tel critère avec les conditions d'exécution du marché puisqu'elle a estimé que la proposition d'un candidat sur le montant des pénalités de retard « tend à mesurer la capacité technique de l'entreprise à respecter des délais d'exécution prévus dans les documents contractuels et n'est pas sans lien avec la pertinence des moyens techniques qu'elle entend mettre en œuvre pour respecter les délais de réalisation du marché ».

Mais outre que, comme nous le verrons dans un instant, le régime juridique des pénalités de retard ne permet pas d'en faire un exact révélateur des moyens qui seront mis en œuvre, ce lien avec l'exécution du marché nous paraît trop indirect pour en faire un critère de sélection. Les critères doivent porter positivement sur les moyens techniques qui seront mis en œuvre. Ce serait à notre avis faire trop crédit à la rationalité des décisions humaines que de penser qu'une personne, physique ou morale, ne s'exposera à un risque que dans la mesure où elle sera en mesure d'éviter sa réalisation.

Par ailleurs, s'il s'agit pour l'acheteur de s'assurer de la capacité générale des candidats à respecter les délais d'exécution et, plus généralement, à exécuter les prestations objet du marché, voire sa capacité financière à supporter les lourdes conséquences financières de retards d'exécution, il doit le faire lors de l'examen des candidatures, les critères de sélection ne portant que sur les offres (CE, 29 décembre 2006, *Société Bertele SNC*, n°273783, aux T ; 13 juin 2016, *sté Latitudes*, n° 396403).

Mais plus encore que leur objet, c'est leur régime juridique qui fait obstacle à ce que les pénalités de retard puissent être utilisées comme critère de sélection.

En effet, à supposer même que l'on admette que les entreprises candidates ne s'exposeraient jamais à des pénalités trop importantes sans être certaines d'avoir les moyens techniques de ne pas les subir, autrement dit que l'on partage le postulat de rationalité sur lequel repose un tel dispositif auto-incitatif, il ne fonctionne pas dans le cadre juridique qui est actuellement celui des pénalités de retard.

Car l'importance du risque auquel on s'expose ne peut révéler la capacité à l'éviter qu'à la condition que la réalisation de ce risque en cas de survenance de son fait générateur soit certaine. Or tel n'est pas le cas des pénalités de retard qui, d'une part, peuvent ne pas être infligées par la personne publique ou être réduites, puisqu'elles font partie du décompte dont l'établissement donne lieu à une négociation avec son cocontractant, d'autre part peuvent être modérées par le juge, sur demande du cocontractant, « si elles atteignent un montant manifestement excessif ..., eu égard au montant du marché et compte tenu de l'ampleur du retard constaté dans l'exécution des prestations » (décision *CHIPEA* précitée).

Ainsi, plus le montant proposé de pénalité sera élevé, plus grandes seront les probabilités qu'il ne soit pas intégralement infligé, ce qui fausse nécessairement le jeu d'un tel critère de sélection puisque les candidats auront intérêt à proposer des montants très excessifs afin d'obtenir la note maximale et ils le feront d'autant facilement plus que le risque de se les voir appliqués sera d'autant moins grand que leurs offres seront excessives. Le critère relatif au montant des pénalités que les candidats proposent apparaît ainsi déconnecté de la réalité de la future exécution du marché et transforme la compétition en un jeu de hasard que remportera celui qui aura eu l'audace de l'offre la plus excessive.

Outre son caractère finalement artificiel, un tel critère peut donner lieu à des détournements de la procédure de mise en concurrence, un candidat proche du pouvoir adjudicateur, par exemple une entreprise localement bien implantée, pouvant recevoir des assurances de ce dernier que les pénalités ne seront pas intégralement infligées et proposer un montant élevé pour emporter le marché puisque, comme nous l'avons dit, les pénalités font partie des droits qu'il appartient au maître d'ouvrage de réclamer lors de l'établissement du décompte.

Le montant des pénalités de retard auxquelles un candidat propose de s'exposer apparaît donc doublement détaché de l'objet du marché ou de ses conditions d'exécution : non seulement un tel critère ne porte pas sur une qualité des prestations achetées, mais sa fonction théoriquement révélatrice des moyens qui seront mis en oeuvre est en pratique neutralisée par les nombreuses possibilités de réduction du montant contractuel des pénalités. Dans ces conditions, un tel critère ne peut, contrairement à ce qu'a jugé la cour, être considéré comme en lien avec l'objet du marché ou ses conditions d'exécution.

Si vous nous suivez, vous annulerez pour ce motif l'arrêt de la cour, ce qui vous dispensera d'examiner les autres moyens du pourvoi, qui portaient également sur les modalités d'appréciation de ce critère irrégulier et lui renverrez l'affaire.

Vous pourrez mettre à la charge de la cté d'agglomération Coeur Essonne Agglomération le versement à la société Savoie d'une somme de 3 500 euros au titre des frais qu'elle a exposés dans cette instance.