

MARCHÉS PUBLICS

La cotraitance en marchés de travaux

C'est l'un des leviers de l'accès des PME aux marchés publics, thème dont la crise économique ne cesse de raviver l'actualité: la cotraitance permet à des opérateurs économiques d'unir leurs capacités et compétences pour se porter candidats ensemble à l'attribution d'un marché. Les règles issues du Code des marchés publics et du CCAG travaux sont volontairement souples, pour en favoriser le recours.

CYRIL LAROCHE, docteur en droit, avocat, président de l'Association des professionnels du droit public (APDP)

Qu'est-ce que la cotraitance ?

Cela consiste, pour des opérateurs économiques, à créer un groupement momentané d'entreprises (GME) afin d'associer leurs candidatures et de présenter une offre unique pour être désignés attributaires d'un marché public. En cas de marché alloti, un groupement présente une offre pour l'attribution d'un lot de ce marché.

Comment un GME est-il créé ?

Le GME est créé par une convention de groupement conclue entre les opérateurs économiques candidats à l'attribution du marché. Ce contrat répartit les missions qui seront confiées à chaque membre et coordonne leurs actions lors de l'exécution du marché. Sauf à ce que les stipulations du cahier des clauses administratives particulières (CCAP) prévoient le contraire, la convention de groupement n'est pas opposable au pouvoir adjudicateur et le mandataire du groupement n'est pas tenu de la lui communiquer de sa propre initiative. La convention conclue entre des opérateurs économiques qui seraient exclusivement des personnes de droit privé est un contrat de droit privé. En cas de litige entre les membres relatif à l'exécution de cette convention, il sera porté devant la juridiction judiciaire.

Qui est titulaire du marché public: les membres du groupement ou le GME lui-même ?

Le GME créé par la convention de groupement n'a pas la personnalité morale. Il ne saurait donc être partie au contrat. Ce sont les opérateurs économiques membres du groupement qui concluent chacun leur propre marché avec le pouvoir adjudicateur.

La convention de groupement désigne-t-elle un mandataire ?

Oui. Elle doit désigner un opérateur économique parmi les membres du groupement qui sera leur mandataire pour les représenter vis-à-vis du pouvoir adjudicateur et coordonner l'exécution de leurs prestations.

Quelles peuvent être les obligations du mandataire du GME dans le cadre de l'exécution d'un marché public de travaux ?

Le CCAG travaux du 8 septembre 2009 stipule que le mandataire prévient les membres du groupement des ordres de service et des informations qui lui sont communiqués par le maître d'ouvrage ou par le maître d'œuvre. Il prévoit aussi que le mandataire présente les projets de décomptes et accepte ou refuse le décompte général. Il fait les réserves sur les ordres de service et il émet les réclamations sur les états d'acompte mensuels et sur le décompte général. Il encaisse les sommes versées au titre de l'exécution du marché sur un compte ouvert à son nom ou à celui des entreprises groupées, sauf à ce que le marché stipule qu'un versement doit être effectué sur les comptes de chaque membre

du groupement au titre de l'exécution de leurs propres prestations. Le mandataire propose au pouvoir adjudicateur comment répartir les pénalités de retard et les primes entre les entreprises groupées.

Qui signe l'acte d'engagement du marché ?

L'acte d'engagement est un document unique. Il peut être signé par l'ensemble des entreprises groupées. Mais la convention de groupement peut prévoir que le mandataire est habilité à présenter la candidature des membres du GME et leur offre groupée puis à signer l'acte d'engagement du marché en leur nom. Si tel est le cas, l'acte d'engagement est signé par le seul mandataire.

La présentation d'une offre groupée est-elle toujours possible ?

Les opérateurs économiques sont libres de présenter une offre groupée sans qu'une disposition de l'avis de marché ou du règlement de la consultation puisse porter atteinte à cette liberté.

La composition d'un GME est-elle libre ?

Des opérateurs économiques peuvent présenter une offre groupée sous réserve

CE QU'IL FAUT RETENIR

- Les entreprises cotraitantes constituent un groupement momentané d'entreprises pour présenter une offre unique afin d'être désignées attributaires d'un marché public.
- Chaque membre du groupement doit justifier de sa capacité professionnelle, technique et financière à exécuter le marché. Le marché est signé avec chacun d'entre eux.
- Le groupement est représenté par l'un de ses membres. Il s'agit du mandataire

qui coordonne l'action des membres du groupement.

- La composition du groupement est libre sous réserve de respecter les règles relatives à la concurrence. Elle ne peut pas, en principe, être modifiée entre la date de remise des candidatures et la date de signature du marché. Le groupement peut être conjoint ou – si les documents de la consultation ou le marché le prévoient – solidaire. Il prend fin lorsque les obligations contractuelles cessent.

FICHE PRATIQUE

d'avoir la capacité technique, professionnelle et financière d'exécuter le marché ou, à tout le moins, la prestation qui leur serait confiée. De surcroît, ils doivent respecter les règles relatives à la concurrence. Il s'ensuit que les opérateurs économiques ne doivent pas empêcher des entreprises concurrentes d'accéder au marché ou rompre l'égalité de traitement entre les candidats en participant à plusieurs groupements.

Afin de prévenir une telle atteinte aux règles relatives à la concurrence, un même opérateur économique ne peut pas être le mandataire de plus d'un groupement pour un même marché. De surcroît, l'avis d'appel public à la concurrence ou le règlement de la consultation peut prévoir qu'un même opérateur économique ne pourra pas être membre de plusieurs groupements.

La composition d'un GME peut-elle évoluer ?

Quelle que soit la procédure de passation lancée (appel d'offres ouvert ou restreint, procédure adaptée...), la composition d'un GME ne peut pas être modifiée entre la date de remise des candidatures et la date de signature du marché.

Toutefois, il peut être dérogé à cette règle si l'un des membres du GME est mis en liquidation judiciaire (et non pas en redressement judiciaire) ou s'il est dans l'impossibilité d'accomplir sa tâche pour des raisons qui ne sont pas de son fait. Si tel est le cas, les membres du groupement peuvent décider de remplacer ce membre défaillant, le cas échéant, par une entreprise sous-traitante ou bien se substituer à lui dans l'exécution des prestations prévues par le marché.

Qu'en est-il de la composition du GME, passée la date de signature du marché ?

La modification de la composition du GME passée la signature du marché doit être comprise comme une cession partielle du marché de l'entreprise démissionnaire du groupement à une entreprise tiers. Il s'ensuit que la composition du GME peut être modifiée sous réserve que le pouvoir adjudicateur l'autorise. Un refus serait fondé si l'entreprise cessionnaire n'avait pas la capacité technique, professionnelle ou financière d'exécuter le marché.

Quelles sont les différentes formes de GME ?

Le GME peut être conjoint ou solidaire. Lorsqu'il est conjoint, chacun des membres du groupement s'engage à exécuter la ou les prestations qui sont susceptibles de lui être attribuées dans le marché. Quand le groupement est solidaire, chacun de ses membres est engagé financièrement pour la totalité du marché. Si le marché ne prévoit

pas des prestations distinctes à exécuter par chacun des membres du groupement solidaire, les opérateurs économiques sont solidairement tenus d'exécuter l'ensemble des prestations du marché.

Le GME peut également être conjoint avec solidarité du mandataire vis-à-vis des autres membres du groupement.

Comment savoir si le GME est conjoint ou solidaire ?

Le marché doit expressément prévoir si le GME est solidaire pour l'ensemble de ses membres ou pour le mandataire. Sinon, le GME doit être considéré comme conjoint.

La forme du GME peut-elle être modifiée ?

Les dispositions de l'avis d'appel public à la concurrence ou du règlement de la consultation prévoient, le plus souvent, la forme que doit revêtir le GME. A défaut, la présence d'une clause de solidarité dans le CCAP permet de déterminer si le GME doit être conjoint ou solidaire. Il s'ensuit que les opérateurs économiques peuvent présenter une offre en toute connaissance de cause.

A supposer qu'une offre groupée ne réponde pas aux dispositions prévues par les documents de la consultation ou par le CCAP, le pouvoir adjudicateur sera fondé à demander aux membres du groupement de régulariser la forme de leur groupement passée la signature du marché.

A quelle date les entreprises cotraitantes cessent-elles d'être groupées ?

Le GME prend fin lorsque les obligations contractuelles cessent. Les entreprises ne sont donc plus groupées à compter de l'expiration du délai de la garantie de parfait achèvement, qui met fin aux relations contractuelles relatives à l'exécution du marché. Concernant le règlement financier du marché, la mission du mandataire du GME s'achève après qu'il ait présenté le projet de décompte final et, le cas échéant, un mémoire en réclamation contre le décompte général établi par le maître d'ouvrage.

Qu'en est-il en cas de litige porté devant le juge administratif à l'encontre du maître d'ouvrage ?

En cas de GME conjoint, chaque membre poursuit seul les litiges qui le concernent. Si le GME est solidaire, chaque entreprise – qu'elle soit ou non mandataire – agit dans l'intérêt de l'ensemble des membres du groupement, sauf à ce qu'il existe une clause de répartition de leurs droits incluse dans le marché public. Toutefois, la représentation mutuelle des membres du GME prend fin à l'égard de l'un d'entre eux si ce dernier a déposé des conclusions divergentes de celles présentées par les autres membres du groupement. ■

TEXTES DE RÉFÉRENCES

- Article 51 du Code des marchés publics.
- Articles 3.1, 3.8.5, 11.6, 13.5.2, 20.6, 50.6 du Cahier des clauses administratives générales (CCAG) applicables aux marchés publics de travaux du 8 septembre 2009.