Transaction[1] entre l'Université d'Aix-Marseille et la société DANTEC DYNAMICS

Contexte :
Le 3 mars 2011, un avis d'appel public à la concurrence dans le cadre d'une procédure adaptée a été lancé par la responsable du service des marchés publics de l'Université de Provence pour la fourniture d'un système DUAL PIV pour la soufflerie supersonique de l'IUSTI.
Le marché n°2011-019 a été notifié, sans fiche de financement préalable signée de Monsieur Denis BERTIN – Vice président du Conseil Scientifique, à la société DANTEC DYNAMICS en date du 11 avril 2011 pour un montant de ***114 478 € HT.***

Le 7 mars 2011, le Directeur de l'IUSTI, fait parvenir à la responsable du service des marchés un courrier concernant une demande de marché complémentaire au marché initialement conclu (n° 2011-019) en invoquant l'article 35.II.4° du code des marchés publics car il concerne l'achat auprès du fournisseur initial (Sté DANTEC) de composants d'optiques et électroniques compatibles avec ceux déjà acquis. Ce marché est le marché n° 2011-022 ayant pour objet « la mise à niveau du système DUAL PIV stéréoscopique pour les écoulements supersoniques de l'IUSTI », lancé également sans fiche de financement préalable et notifié à la société DANTEC en date du 28 mars 2011 pour un montant de ***72 315 € HT.***

Le même jour, soit le 7 mars 2011, le Directeur de l'IUSTI, fait parvenir à la responsable du service des marchés publics un second courrier concernant une deuxième demande de marché complémentaire au marché initialement conclu (n°2011-019), en invoquant également l'article 35.II.4° du code des marchés publics, afin d'acquérir une mise à niveau du système ALD pour expériences en régime supersonique. Ce second marché complémentaire est le marché n° 2011-023, ayant pour objet « la mise à niveau du système ALD pour expériences en régime supersonique », lancé sans fiche de financement préalable et notifié à la société DANTEC en date du 28 mars 2011 pour un montant de ***119 900 € HT.***

La société DANTEC DYNAMICS a livré les équipements et adressé les 3 factures correspondantes en mai 2011. Depuis cette date, aucun paiement n'a été effectué à la société.

Sur la procédure de transaction :
Les établissements publics d'enseignement supérieur sont autorisés à transiger dans les conditions par le décret n° 2000-764 du 1er août 2000 (JORF n° 181 du 6 août 2000).
La transaction est conclue par le président de l'établissement mais doit être soumise à l'approbation du CA.
Bien que le Président bénéficie d'une délégation de pouvoir en matière de transaction pour les litiges de toute nature, il est demandé au CA d'en approuver le principe.

Justification du recours à la transaction[2] :
Le recours à la transaction est justifié par le fait que le titulaire doit être rémunéré, à titre d'indemnisation, sur le fondement de la responsabilité quasi-contractuelle de l'administration (CE, 19 avril 1974, Sté Entreprise Louis Segrette, Lebon, p. 1052).
Le versement d'intérêts moratoires à compter de la fin du délai de paiement est également à prendre en compte.
Enfin, en vertu de l'article 2052 du code civil, les transactions ont entre les parties l'autorité de la chose jugée en dernier ressort et sont exécutoires de plein droit

Cependant le Conseil d'administration est saisi compte tenu des 2 points litigieux suivants :
Non-respect du code des marchés publics
Absence de financement préalable

[1] Définition de la transaction : Article 2044 Code civil : « Contrat par lequel les parties au contrat terminent une contestation née ou préviennent une contestation à naître. »

[2] Circulaire du 7 septembre 2009 relative au recours à la transaction pour la prévention et le règlement des litiges portant sur l'exécution des contrats de la commande publique **NOR: ECEM0917498C**

Sur le non-respect du code des marchés publics :
Le code des marchés publics stipule d'une part dans son article 27, que le pouvoir adjudicateur ne peut pas se soustraire à l'application du code en scindant ses achats ou en utilisant des modalités de calcul de la valeur estimée des marchés autres que celles prévues par le Code.
Le fait d'avoir passé un marché initial en procédure adaptée puis deux marchés complémentaires au titre de l'article 35 ont eu pour conséquence de modifier le seuil de procédure et d'aboutir à un fractionnement abusif.
D'autre part, si le recours à un marché complémentaire est prévu par le code, les conditions de recours sont très claires et notamment le montant cumulé des marchés complémentaires ne doit pas dépasser 50 % du montant principal.

Dès le 1er marché complémentaire, le seuil de procédure formalisé était dépassé et le % d'augmentation également puisqu'il était de 63 %
Avec le 2ème marché, le % d'augmentation était de 170 %.
Au total, le montant total du marché, livraisons complémentaires comprises, est de ***306 693 € ht***, soit 2,4 fois supérieur au seuil de la procédure formalisée.
Enfin un marché négocié relevant de l'article 35, quel que soit son montant entre dans le cadre de l'application des articles 79 (rédaction d'un rapport de présentation), 85 (avis d'attribution) et 130 (observatoire économique de l'achat public). Ces formalités substantielles n'ont également pas été respectées.

Le marché initial aurait dû faire l'objet d'une déclaration sans suite pour motif d'intérêt général et être relancé en procédure formalisée (appel d'offres ouvert avec un lot comportant les caractéristiques techniques des 3 projets d'achats) sachant qu'il y aurait deux marchés complémentaires à ce dernier.

Enfin, les 2 marchés complémentaires ont été signés le 24 mars 2011 et notifiés le 28 mars 2011 alors que le marché principal n'avait pas encore été signé : Date de signature 8 avril 2011 et notification le 11 avril 2011.

Sur l'absence de financement
Les marchés n'auraient pas dû être lancés sans fiche de financement validée par le Vice-Président du Conseil scientifique qui avait dès le mois de décembre 2010 alerté les responsables qu'aucune procédure ne pouvait être lancée après février 2011 lorsque l'origine du financement provenait du FEDER, puisque la justification devait intervenir au plus tard en juin 2011 et que les délais ne pouvaient être respectés.