



Actualités 2019 : pré-bilan

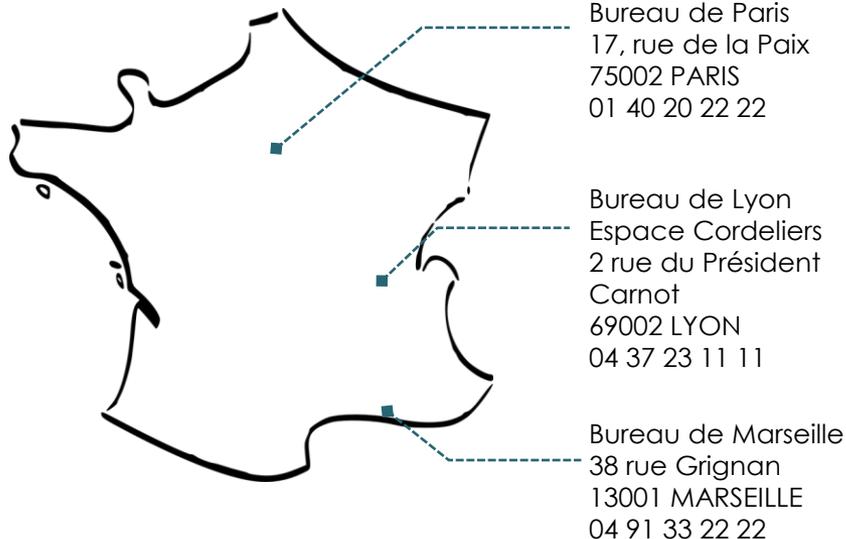
Réunion annuelle AAP
Paris, 22 novembre 2019



Raphaël APELBAUM
Avocat associé
Département Droit public des affaires
@: rapelbaum@lexcase.com
Port: 06.50.83.84.37

Présentation LexCase – Droit public

Notre implantation



Chiffres clés



Expertises

Passation

- Marchés publics, Marchés de partenariat Concession, Convention domaniales, transaction

Négociation

- Etude risques
- Assistance à la rédaction de la proposition et à son évolution au cours des négociations

Exécution

- Suivi de l'exécution : gestion des incidents d'exécution, mises en demeure et pénalités
- Assistance dans la rédaction des avenants

Contentieux

- Négociation précontentieuse et résolution amiable des litiges
- Procédures de référés
- Recours au fonds
- Expertises judiciaires

Offre anormalement basse : les nouveautés (1/2)

- ❑ **CE, 13 mars 2019, n° 425191 + CAA Bordeaux, 16 mars 2018, n° 16BX00337**
- ❑ **OAB et prix unitaires** : Le Conseil d'Etat rappelle que *l'examen d'une offre anormalement ne doit pas porter sur une ligne du BPU ou un élément du prix forfaitaire mais bien sur l'offre globale du candidat* : « Il résulte de ces dispositions que l'existence d'un prix paraissant anormalement bas au sein de l'offre d'un candidat, pour l'une seulement des prestations faisant l'objet du marché, n'implique pas, à elle-seule, le rejet de son offre comme anormalement basse, y compris lorsque cette prestation fait l'objet d'un mode de rémunération différent ou d'une sous-pondération spécifique au sein du critère du prix. Le prix anormalement bas d'une offre s'apprécie en effet au regard de son prix global. »
- ❑ **OAB et obligation de détection** : L'arrêt de la CAA illustre un point intéressant : *la détection d'une potentielle OAB constitue une obligation*. Pour mémoire, l'article L. 2152-6 du CCP impose à l'acheteur de mettre en œuvre « tous moyens lui permettant de détecter les offres anormalement basses ». Au cas d'espèce : « Il est constant que la commune de Cayenne n'a pas sollicité auprès de la société Vitrociset toutes précisions et justifications de nature à expliquer le prix proposé. Ainsi, les conditions dans lesquelles la consultation des offres a été effectuée doivent être regardées comme ayant porté atteinte à l'égalité entre les candidats. »

Offre anormalement basse : les nouveautés (2/2)

❑ OAB et obligation de détection : illustrations pratiques TA Toulon, 22 octobre 2019, SEM Façonéo, n° 1903499

❑ Faits:

- Marché de mandat de maîtrise d'œuvre
- Le candidat classé 3^{ème} constate que le candidat classé 2^{ème} a un prix 70 % plus bas que l'attributaire et 48 % que l'offre classée 3^{ème}
- Saisine du juge des référés en invoquant le fait que l'acheteur n'a pas contrôlé le caractère anormalement bas du candidat classé 2^{ème}

❑ Décision du juge :

- *« Il résulte de l'instruction, d'une part, que la commune d'Ollioules n'a pas dans le cadre de la procédure en litige, mis en oeuvre tous moyens lui permettant de détecter les offres anormalement basses et que, d'autre part, l'offre présentée par l'un des trois candidats était susceptible d'être qualifiée d'anormalement basse ».*
- Annulation partielle de la procédure

❑ Attention

- L'acheteur doit être vigilant et réussir à prouver qu'il a tout mis en œuvre pour détecter une éventuelle OAB. Le doute bénéficiera au requérant si le juge estime que l'acheteur n'a pas suffisamment examiné les offres.

Visites obligatoires, vraiment ?

❑ CAA Lyon, 19 janvier 2019, n° 16LY02207

- ❑ Faits
 - Un RC prévoit l'organisation d'une visite obligatoire
 - Un candidat connaissant le site n'effectue pas cette visite et présente une offre
- ❑ Question : l'acheteur doit-il considérer que l'offre est irrégulière car le candidat n'a pas effectué de visite de site ?
- ❑ Réponse : **NON**, l'acheteur doit être pragmatique en dispensant le soumissionnaire de cette visite prévue dans les documents de la consultation **si ce dernier établit qu'il a déjà une bonne connaissance du site**. En l'espèce, l'entreprise candidate avait réalisé un reportage photographique sur les bassins en 2012 et rencontré des élus l'année suivante pour évoquer le projet de réhabilitation avait une connaissance suffisante du site.
- ❑ **Attention**, l'exigence d'une visite obligatoire ne peut être un moyen de limiter la concurrence : (i) cette visite de site doit être rendue obligatoire par les exigences du marché, (ii) cette visite n'est pas obligatoire pour l'ancien titulaire si le site n'a pas changé (à rapprocher de CAA Bordeaux, 7 juillet 2016, n° 14BX02425) + **Attention au principe d'égalité d'accès à la commande publique**.

Le RC est obligatoire dans toutes ses mentions : oui mais... (1/2)

❑ CE, 22 septembre 2019, n° 421075

❑ Faits

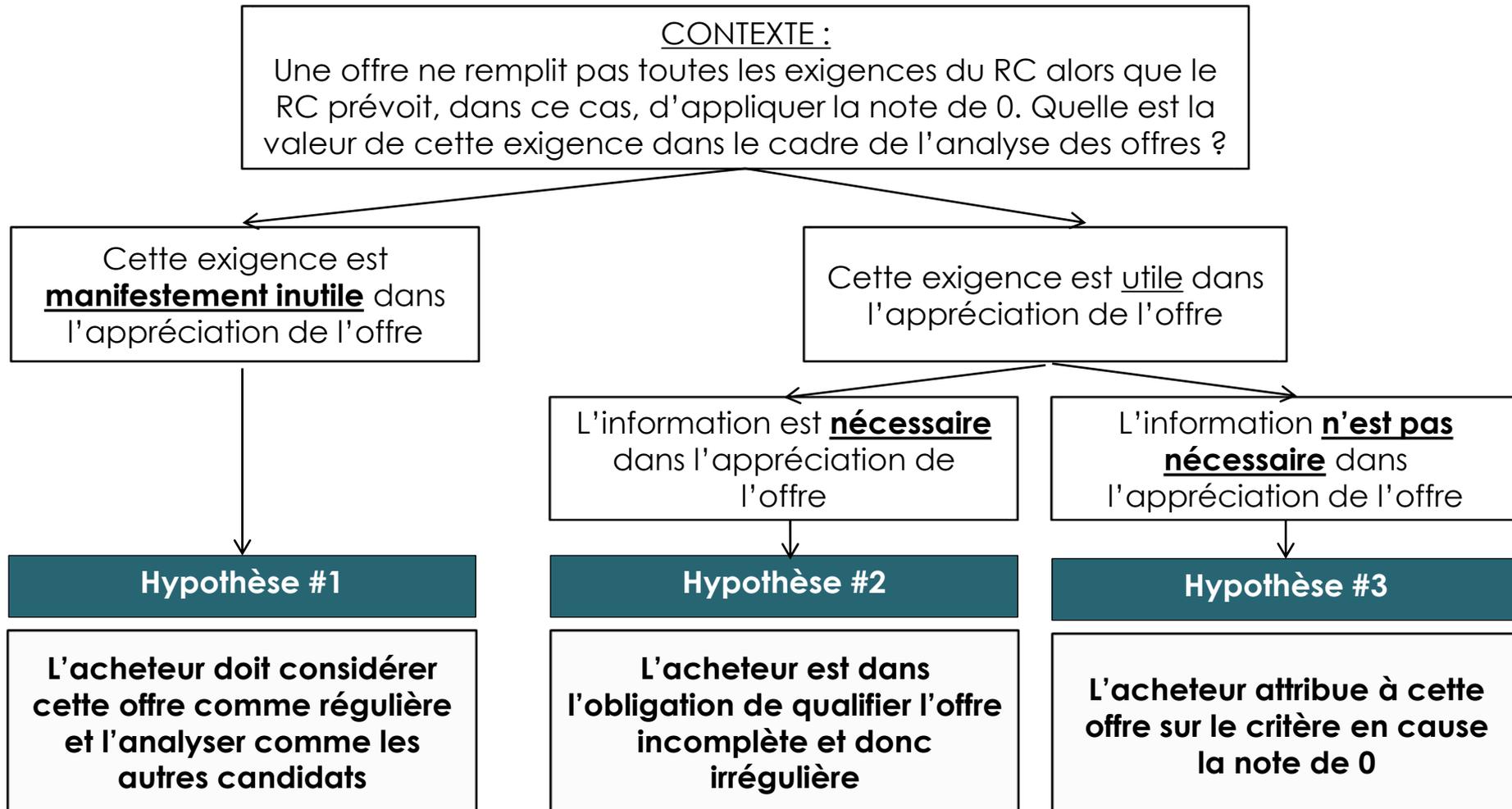
- Un RC prévoit parmi les critères d'attribution, un critère de la valeur technique divisé en un sous-critère relatif (i) à la méthodologie employée, (ii) aux matériels employés et aux personnels affectés et (iii) à la qualité des matériaux et des prestations et 'il ajoutait, en des termes au demeurant ambigus, que « *toute absence de renseignement d'un sous-critère sera sanctionnée d'une note égale à zéro* »
- L'acheteur devait-il écarter purement et simplement le candidat ou lui attribuer la note de 0 sur ce sous-critère ?

❑ Considérant du CE sur les exigences du RC

- si une offre ne répond pas aux exigences du dossier de consultation des entreprises :
 - **D'abord**, l'acheteur doit se demander si cette exigence était manifestement **inutile** pour l'appréciation des offres : si c'est le cas, le non-respect de cette exigence n'entraîne pas l'irrégularité de l'offre ;
 - **Ensuite**, l'acheteur doit se demander comment le RC propose de traiter le non-respect d'une exigence qui ne serait pas manifestement inutile : notation sur 0 d'un critère ou irrégularité d'ensemble :
 - **Si une notation 0 d'un critère est prévue par le RC en cas de non-respect d'une exigence utile sans être nécessaire** à l'appréciation des offres, le **procédé est régulier** ;
 - **Si une notation 0 prévue par le RC alors que l'exigence formulée est nécessaire** ; alors l'offre doit être rejetée dans son ensemble

Le RC est obligatoire dans toutes ses mentions : oui mais... (2/2)

- ❑ Arbre de décision en cas de doutes



Redressement judiciaire et marchés publics (1/2)

❑ CE, 25 janvier 2019, Société Dauphin Telecom, n° 421844

❑ Faits

- La société Dauphin Telecom bénéficiait d'un **plan de redressement judiciaire** expirant en 2020

❑ Question : la société peut-elle être attributaire d'un marché public pour une durée de 6 ans ? Ou est-elle sous le coup d'une interdiction de présenter sa candidature ?

❑ Réponse: **OUI**

- *« la circonstance que le plan de redressement mis en place par ces jugements prévoyait l'apurement du passif sur une durée limitée et que **la durée d'exécution du marché excédait, en l'espèce, la durée d'apurement du passif** restant à courir était à cet égard sans incidence, le plan de redressement ne limitant pas dans le temps la poursuite de l'activité de l'entreprise. Dans ces conditions, le moyen tiré de ce que le marché ne pouvait être attribué à la société Dauphin Télécom au motif qu'elle se serait trouvée dans le cas d'interdiction prévu par le c) du 3° de l'article 45 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 doit être écarté »*

Redressement judiciaire et marchés publics (2/2)

☐ CE, 21 octobre 2019, Commune de Chaumont, n° 416616

☐ Faits

- 18 septembre 2013 : DLRO => la société EDM Projets a déposé sa candidature
- 31 décembre 2013 : le TC de Paris arrête un plan de cession, accordant à la société EDM Ateliers de France le « droit de se présenter comme successeur de la société EDM Projets »
- janvier 2014 : Lorsque la collectivité a demandé aux candidats de compléter leur candidature courant janvier 2014, la société EDM Ateliers de France a déclaré « reprendre pour son compte et dans les mêmes conditions la candidature et l'offre déposée par la société EDM Projets ». Acceptant cette situation, la commune de Chaumont avait alors décidé d'attribuer le lot n°7 au successeur de la société EDM Projets.

☐ Question : **une nouvelle société peut-elle prendre part à une procédure de passation d'un marché public alors qu'elle n'avait pas elle-même présenté sa candidature ?**

☐ Réponse : **NON**, le Conseil d'Etat a répondu par la négative, estimant que les sociétés EDM Projets et EDM Ateliers de France avaient deux personnalités juridiques distinctes. Il a également indiqué que "les capacités professionnelles, techniques et financières de la société EDM Ateliers de France [...] ne se confondent pas avec celles de la société EDM Projets".

Régularité des candidatures : quand effectuer le contrôle en procédure ouverte ?

❑ CE, 25 janvier 2019, Société Dauphin Telecom, n° 421844

❑ Faits

- La société Dauphin Telecom bénéficiait d'un plan de redressement judiciaire expirant en 2020
- Elle n'avait pas communiqué ce document lors de sa réponse à l'appel d'offres
- En revanche, elle a produit ce document lors de l'attribution du marché

❑ Question : peut-on régulariser une candidature au stade de l'attribution du marché ?

- #### ❑ Réponse : **OUI**, dans les procédures ouvertes, l'acheteur ne peut contrôler la régularité que du seul attributaire : « Il résulte de ces dispositions que, sauf lorsque l'acheteur décide de limiter le nombre des candidats admis à négocier, *les preuves de ce qu'un candidat ne se trouve pas dans un des cas d'interdiction de soumissionner* énumérés à l'article 45 de l'ordonnance du 23 juillet 2015, qui ne peuvent être exigées au stade du dépôt des dossiers de candidature, *doivent seulement être apportées par le candidat auquel le pouvoir adjudicateur envisage d'attribuer le marché public* »

Transaction des différends : quelles limites ? (1/2)

❑ TA Bordeaux, 15 juillet 2019, Bordeaux Métropole, n° 1902219

❑ Faits

- Dans le cadre d'un marché de génie civil, le MOA et l'entreprise mandataire ont convenu d'une médiation à la suite de difficultés d'exécution du marché
- A l'issue de la médiation, les parties ont signé une transaction soumise par les parties à homologation
- Le juge du TA a refusé d'homologuer la transaction

❑ Pourquoi ? La décision est sévère mais juste au regard du droit :

- Difficulté d'identifier le litige
- Pas de réelles contreparties équilibrées et réciproques entre les deux parties et notamment pour le MOA
- Méconnaissance des règles de la commande publique dans la mesure où la transaction s'apparente à un marché public

❑ Attention

- Le recours à la transaction doit s'effectuer dans un cadre très précis quand bien même un médiateur aurait été nommé entre les parties. Le travail des conseils juridiques dans la rédaction des clauses de la transaction est primordial
- **Accord amiable entre les parties ≠ Accord légal entre les parties**

Transaction des différends : quelles limites ? (2/2)

Ce que ne peut pas contenir une transaction/protocole d'accord

- Renonciation à un pouvoir de l'administration (résiliation unilatérale, modification unilatérale, etc.)
- Contractualisation des pouvoirs de police
- Renonciation par le titulaire aux intérêts moratoires
- Libéralité au profit du titulaire
- Nécessité d'identifier un réel litige et non une simple difficulté d'exécution

Ce que peut contenir une transaction/protocole d'accord

- Renonciation à exercer un recours
- Détermination des droits et obligations des parties
- Modification des clauses contractuelles dans le respect du Code de la commande publique
- Interprétation des clauses contractuelles

Exclusion facultative d'un candidat : cas #1 mauvaise exécution d'un marché public précédent (1/2)

❑ CAA Nancy, 26 février 2019, n° 18NC00064

❑ Faits

- Dans le cadre d'un marché de démolition et de désamiantage, un acheteur avait usé de la faculté d'écarter la candidature d'une société « *en raison de la mauvaise exécution sur une opération antérieure* »
- Mauvaise exécution selon l'acheteur : négligence dans un marché ayant conduit à l'application de pénalités à 5 jours de retard
- Est-ce suffisant ?

❑ Réponse

- Décision d'éviction irrégulière
- La société en cause avait produit trois références postérieures au précédent chantier, accompagnées d'attestations très majoritairement positives

❑ Rappel

- L'exclusion pour mauvaise exécution doit concerner une **inexécution grave** ayant conduit à une résiliation ou à la sanction de dommages intérêts
- L'acheteur a l'obligation de **demander à l'entreprise des éléments en vue d'apprécier la situation de l'entreprise**
- L'acheteur doit analyser ces éléments avant de prendre une décision

Exclusion facultative d'un candidat : cas #2 pour un candidat ayant eu la volonté d'influencer la procédure (2/2)

☐ CE, 24 juin 2019, n° 428866

☐ Faits

- Une entreprise a été exclue par un acheteur au motif qu'un gérant avait été mis en examen pour avoir entrepris d'influer indûment le processus décisionnel de l'acheteur lors de la passation de marchés de travaux entre 2013 et 2016 et qu'une information judiciaire avait été ouverte au mois de mai 2016
- Or, l'article L. 2141-8 du CCP (« *L'acheteur peut exclure de la procédure de passation d'un marché les personnes qui (...) ont entrepris d'influer indûment sur le processus décisionnel de l'acheteur* ») s'applique-t-il aux procédures précédentes ou bien à la seule procédure en cours ?

☐ Réponse

- **L'article L. 2141-8 du CCP s'applique aussi aux procédures précédentes** : « *en jugeant qu'un acheteur ne pouvait pas exclure une entreprise de la procédure de passation d'un marché en application des dispositions du 2° du I de l'article 48 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 pour des faits portant sur des marchés antérieurs, le juge des référés du tribunal administratif de Marseille a commis une erreur de droit* »

☐ Rappel

- **L'acheteur doit veiller à bien respecter le principe du contradictoire avant d'éliminer un candidat.**

Variantes : peut-on s'abstenir de présenter une offre de base avec sa variante ?

❑ CE, 20 septembre 2019, n° 421317

❑ Faits

- Le RC prévoit que la notation s'effectue « sur l'offre de base, puis sur l'offre de base + options, puis sur l'offre variantée (...) permettant ainsi d'établir trois classements d'offres ». Le même article indique que la commune se réserve le droit de " choisir soit l'offre de base, soit l'offre avec une ou plusieurs options, soit l'offre variantée intégrant la ou les options sans aucune contestation des entreprises »
- Un candidat n'a pas présenté d'offre de base

❑ Question : le candidat peut-il présenter une offre variante sans offre de base ?

- ❑ Réponse : **OUI SAUF SI LE RC EXIGE LES 2**: « Si le code des marchés publics ne subordonnait pas la présentation d'une variante à celle d'une offre de base dans le cadre d'un marché passé selon une procédure adaptée, il était toutefois loisible au pouvoir adjudicateur de prévoir une telle obligation ». La régularité de la présentation des offres de base sans variante (et inversement) est normalement réglée par le RC. A défaut de mention dans le RC, la présentation de l'un sans l'autre est régulière. En l'espèce, le RC obligeait la présentation des deux : offre de base + variantes.



Paris

17, rue de la Paix
Tel. 01 40 20 22 22
Fax. 01 56 72 84 99



Lyon

Espace Cordeliers
2, rue Pdt Carnot
Tel. 04 37 23 11 11
Fax. 04 37 23 11 00



Marseille

38, rue Grignan
Tél. 04 91 33 22 22
Fax. 04 91 33 20 85



Raphaël APELBAUM
Avocat associé
Département droit public des affaires
@: rapelbaum@lexcase.com
Port: 06.50.83.84.37