

Conférence annuelle de l'AAP le 22 novembre 2019

Actualités 2019 : pré-bilan

Sélection de jurisprudences



RAYSSAC AVOCATS

Avocats au Barreau de Paris

Conférence AAP 22/11/2019



Conférence annuelle de l'AAP le 22 novembre 2019

Sélection de jurisprudences

- Modalités de consultation et allotissement
- La précision des documents de la consultation : l'indication du volume des prestations attendues dans l'AAPC
- La régularité des candidatures
- La régularité des offres
- Les tests dans les marchés de fourniture
- L'information des candidats

Conférence annuelle de l'AAP le 22 novembre 2019

Sélection de jurisprudences

Modalités de consultation et allotissement



RAYSSAC AVOCATS

Avocats au Barreau de Paris

Les petites lots et les « mini-lots » (1)

- En application de l'article R2123-1 du code de la commande publique :
- « *L'acheteur peut recourir à une procédure adaptée pour passer :*
- *1° Un marché dont la valeur estimée hors taxes du besoin est inférieure aux seuils européens mentionnés dans un avis qui figure en annexe du présent code ;*
- *2° Un lot d'un marché alloti dont le montant total est égal ou supérieur aux seuils de procédure formalisée et qui remplit les deux conditions suivantes :*
- *a) La valeur estimée de chaque lot concerné est inférieure à 80 000 euros hors taxes pour des fournitures ou des services ou à 1 million d'euros hors taxes pour des travaux ;*
- *b) Le montant cumulé de ces lots n'excède pas 20 % de la valeur totale estimée de tous les lots ;*
- *3° Un marché ayant pour objet des services sociaux et autres services spécifiques, dont la liste figure dans un avis annexé au présent code, quelle que soit la valeur estimée du besoin (...) ».*
- En application de ces dispositions l'acheteur peut passer en procédure adaptée certains lots de ses marchés, si ces lots respectent une double condition liée à leur montant. Il s'agit des **petits lots**.



Les petites lots et les « mini-lots » (2)

- **Le Tribunal administratif de Besançon, en combinant ces dispositions avec celles applicables aux marchés passés sans publicité ni mise en concurrence a validé le recours aux « mini-lots »**
- Dans cette affaire, le département du Jura avait décidé de créer un festival musical en plein air, et avait mis en œuvre pour ce faire plusieurs procédures de passation alloties (prestations techniques, prestations sanitaires...). L'ensemble de ces prestations correspondaient à la réalisation d'un projet unique relevant donc d'une même « unité fonctionnelle » : la réalisation du festival.
- En application de l'article R2122-8 : *« l'acheteur peut passer un marché sans publicité ni mise en concurrence préalables pour répondre à un besoin dont la valeur estimée est inférieure à 25 000 euros hors taxes ou pour les lots dont le montant est inférieur à 25 000 euros hors taxes et qui remplissent la condition prévue au b du 2° de l'article R. 2123-1 ».*
- Ainsi, suivant l'analyse du Président du Tribunal administratif de Besançon, *« l'acheteur peut passer un marché sans publicité ni mise en concurrence préalables [...] pour les lots dont le montant est inférieur à 25.000 euros hors taxes et qui remplissent la condition prévue au b du 2° de l'article R.2123-1 »*, c'est-à-dire, concrètement, si le montant cumulé de ces lots n'excède pas 20 % de la valeur totale estimée de tous les lots du marché.
- *TA Besançon, ord. 27 juillet 2019, Sté No Logo Productions n°1901145*

L'allotissement et le regroupement des services en matière de concession

- **Quelle obligation d'allotir et quelle faculté de regroupement de plusieurs services en concession?**
- En application de la jurisprudence du Conseil d'Etat il n'existe pas d'obligation d'allotir les concessions contrairement aux marchés publics (CE, 21 septembre 2016, DIJON METROPOLE, n° 399656)
- La limite posée par la jurisprudence est que le périmètre de la concession ne soit pas « *manifestement excessif* » ou qu'il n'ait pas pour objet de « *réunir au sein de la même convention des services qui n'auraient manifestement aucun lien entre eux* ». La jurisprudence complète en précisant que l'autorité concédante put également mettre « *à la charge du cocontractant des prestations accessoires dès lors qu'elles présentent un caractère complémentaire à l'objet de la délégation* ».
- Une illustration récente a validé le regroupement dans une même concession de l'exploitation de services de distribution de l'eau potable, de gestion du réseau d'assainissement collectif et de production de biogaz dans le cadre de l'activité d'assainissement précitée (Voir également pour des services de « mobilité » : TA Rennes, 1^{er} octobre 2019, Société STUG, n°1904494.).
- **TA NIMES, ord. 20 février 2019, SOCIETE AGUAS DE VALENCIA, n°1900453**

L'allotissement et les marchés globaux

- **Le Conseil d'Etat précise que les marchés globaux ne sont pas soumis à une obligation d'allotissement.**
- La Région Réunion a lancé une procédure concurrentielle avec négociation en vue de la conclusion d'un marché public global de performance (MPGP) ayant pour objet la conception, la réalisation, la maintenance et l'exploitation technique d'infrastructures de communications électroniques à très haut débit sur plusieurs communes.
- La société requérante avançait notamment un moyen tiré de ce que ce marché, bien que global, devait être allotit. En première instance, le Tribunal donne raison à la requérante et annule la procédure, au motif que « *si les différentes prestations pour lesquelles le marché en litige a été passé n'avaient pas à faire l'objet de marchés séparés dès lors qu'il était recouru à un marché [global] il résulte toutefois de l'instruction que la tranche ferme du marché a pour objet le déploiement du très haut débit dans six communes qui ne forment pas un territoire continu et auraient donc pu servir de support à un allotissement géographique du marché* ».
- Le Conseil d'Etat tranche cette question « inédite », ainsi que le rappelle le rapporteur public Gilles PELLISSIER sous cet arrêt, et annule l'ordonnance attaquée en précisant que les marchés de conception-réalisation, les marchés publics globaux de performance et les marchés publics globaux sectoriels ne sont pas soumis à une obligation d'allotissement.
- **CE, 8 avril 2019, SAS REUNICABLE, n°426096**

Conférence annuelle de l'AAP le 22 novembre 2019

Sélection de jurisprudences

La précision des documents de la consultation :
l'indication du volume des prestations attendues
dans l'AAPC, le cas de l'accord-cadre

L'indication du volume et du montant prévisionnel des achats : le cas de l'accord cadre (1)

- **Quelles sont les obligations du pouvoir adjudicateur concernant l'indication du montant prévisionnel des achats en accord-cadre ?**
- Le droit européen impose l'indication du montant prévisionnel des achats dans l'avis d'appel public à la concurrence y compris dans l'hypothèse d'un accord-cadre. A cet égard, la CJUE précise que l'absence de cette information constitue un vice (CJUE, 19 déc. 2018, *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato – Antitrust*, aff. C-216/17)
- La jurisprudence interne connaît régulièrement de cette question, un arrêt récent du Conseil d'Etat fait le point sur cette obligation.
- Les faits de cet arrêt sont les suivants : la direction du service de soutien de la flotte de Toulon a lancé une procédure négociée pour l'attribution d'un accord-cadre à bons de commande portant sur la fourniture et l'application de peintures sur des navires et matériels de la Marine nationale basés en façade méditerranéenne. Les documents de la consultation ne donnaient cependant aucune information dans le cadre « quantité ou étendue globale » de l'avis d'appel public à la concurrence, en contradiction avec le modèle d'avis européen.
- Un candidat qui s'estime lésé a donc soulevé ce moyen en tentant d'obtenir l'annulation de la procédure.

L'indication du volume et du montant prévisionnel des achats dans l'accord cadre (2)

- Le Conseil d'Etat raisonne en deux temps :
 - Il constate d'abord que l'absence de cette mention constitue effectivement un vice ;
 - Il rejette cependant le recours au motif que ce vice est insusceptible d'avoir lésé la société requérante.
- Il constate en effet que :
 - D'une part, si ces informations font défaut dans l'avis d'appel public à la concurrence, plusieurs informations sur le prix et l'étendue globale du marché, par la référence à des « prestations qui pourraient être commandées » sur la base d'un « scénario d'emploi » sont communiquées aux candidats ;
 - D'autre part, la procédure étant négociée, les candidats ont été en mesure de demander des précisions au cours des réunions de négociation.
- *CE, 12 juin 2019, société SONOCAR, n°427397*

Conférence annuelle de l'AAP le 22 novembre 2019

Sélection de jurisprudences

La régularité des candidatures

La demande de complément d'une candidature dans le silence du règlement de la consultation (1)

- **La demande de complément d'une candidature est-elle toujours une faculté, y compris dans le silence du règlement de la consultation?**
- C'est la question qu'a eu à trancher le Président du Tribunal administratif de PARIS dans une ordonnance récente.
- Dans le cadre d'une consultation relative à un contrat de concession de mobilier urbain, le candidat attributaire avait omis de joindre ses comptes annuels à sa candidature. En application des dispositions du Décret de 2016 relatif aux contrats de concession (dorénavant codifié dans le code de la commande publique), la Ville de PARIS, autorité concédante avait sollicité la régularisation de sa candidature. A noter que ces dispositions existent également pour les marchés publics.
- La société évincée avance que l'autorité concédante ne pouvait pas solliciter cette régularisation car elle ne s'était pas réservé expressément cette faculté dans le règlement de la consultation.
- Le Tribunal administratif de PARIS précise que le pouvoir adjudicateur peut toujours solliciter la régularisation des candidatures en application des disposition applicables, sauf lorsqu'il a expressément renoncé à cette faculté.
- *TA Paris, ord. 16 mai 2019, SOMUPI, n°1907472*

La demande de complément d'une candidature dans le silence du règlement de la consultation (2)

- **Quelle faculté de régularisation pour l'Acheteur?**
- Les règles applicables à la faculté du pouvoir adjudicateur de solliciter la régularisation des offres des candidats peuvent être utilement rappelées à la suite de l'ordonnance du Tribunal administratif de PARIS examinée ci-avant.
- Lorsqu'il existe un doute sur la régularité d'une offre mais que le pouvoir adjudicateur ne peut pas l'écarter avec certitude, le Conseil d'Etat incite le pouvoir adjudicateur à poser des questions aux candidats concernés et à demander, le cas échéant, la régularisation de leur offre.
- Par ailleurs, s'il est constant que certaines pièces peuvent être régularisées par le pouvoir adjudicateur, cette faculté offerte au pouvoir adjudicateur n'est sans limite.
- Ainsi, la DAJ rappelle que si certains éléments manquants peuvent être sollicités des candidats, l'absence de production du mémoire technique et/ou des pièces financières par le candidat n'est pas régularisable. En effet, laisser la faculté à un candidat de produire ces documents de façon différée, en lui laissant ainsi plus de temps pour préparer son offre, serait contraire au principe d'égalité de traitement avec les autres candidats.
- *CE, 16 avril 2018, Collectivité de Corse, n°417235 ; DAJ, L'examen des offres, 4 avril 2019*

La production d'une candidature au format papier dans le cadre d'une concession

- **Quelles sont les conséquences de la production d'une candidature au format papier dans le cadre d'une concession, en contradiction avec le règlement de la consultation ?**
- Contrairement aux marchés publics, pour lesquels la dématérialisation est imposée depuis le 1^{er} octobre 2018, les concessions peuvent encore exiger des candidats la remise de leur offre par voie papier ou par la remise d'un support électronique. Pour ces contrats, la dématérialisation est seulement facultative.
- Dans le cadre d'une procédure ayant pour objet, par le biais d'une concession, l'exploitation du service public de transports maritimes de marchandises et de passagers entre la Corse et le continent, le règlement de la consultation imposait la remise d'une offre sous format papier et sous format électronique (clé USB).
- La société requérante qui n'avait remis son offre que sous format papier a vu son offre rejetée comme irrégulière, car incomplète, par la collectivité de Corse. La société évincée avançait que la remise de son offre sur un support électronique est inutile et que l'autorité concédante disposait, en toute état de cause, de son offre « papier » dans les temps.
- Malgré ces arguments, le Conseil d'Etat confirme l'ordonnance du Tribunal administratif de BASTIA selon laquelle la candidature remise uniquement en version papier sans support informatique, en contradiction avec le règlement de la consultation, peut entraîner son rejet pour irrégularité quand bien même l'offre « papier » aurait été remise dans les temps.
- ***CE. 22 mai 2019, Sté Corsica Ferries, n°426763***

Le cas de l'offre reçue quelques secondes après l'heure limite de remise des offres

- **Bien que la réponse sur le profil acheteur soit en principe automatique, peut utilement être examiné le cas de l'offre remise quelques secondes après l'heure limite.**
- Le Département de la Côte-d'Or a lancé une consultation en vue de la passation d'un marché public de fournitures ayant pour objet l'acquisition de postes de travail pour les services du département et les collèges du département.
- La date limite de remise des offres était fixée au 15 novembre 2018 à 17h00.
- L'offre de la société requérante, a été déposée le 15 novembre 2018 à 17:00:25 comme en atteste l'accusé de réception émis par la plateforme utilisée par le pouvoir adjudicateur. Elle était donc rejetée comme étant hors délai. La société requérante formait un référé précontractuel en avançant notamment que certaines plateformes utilisées par d'autres pouvoirs adjudicateurs ne décomptent pas les secondes.
- Le Président du Tribunal administratif de DIJON rejette la requête de la société, en confirmant ainsi la décision du pouvoir adjudicateur.
- A noter que le temps de téléchargement du fichier au moment du dépôt de l'offre, précise la DAJ, peut conduire à ce que certains plis « *dont le téléchargement a commencé avant la date et l'heure limite [...] s'est achevé hors délai [et soient cependant] acceptés par la plateforme* ». La DAJ précise cependant que dans ce cas « *l'acheteur est [alors] tenu de les rejeter* ».
- *TA DIJON, ord. 28 décembre 2018, SOCIETE NUMERICARCHIVE, n°1803328 ; DAJ, l'examen des candidatures, 1er avril 2019*



Conférence annuelle de l'AAP le 22 novembre 2019

Sélection de jurisprudences

La régularité des offres

La production des agréments et autorisations nécessaires par les candidats (1)

- **L'absence de production par les candidats d'un agrément ou d'un certificat non exigé par le règlement de la consultation mais nécessaire à la réalisation de la prestation objet du marché a-t-elle pour effet de rendre leur offre irrégulière ?**
- Le Conseil d'Etat a eu à trancher cette question récemment.
- Dans le cadre de cet arrêt, l'activité objet du marché, en l'occurrence, une activité de traitement des déchets d'emballages non ménagers, nécessitait un agrément fourni par l'autorité préfectorale. Cette pièce n'était pas exigée par les documents de la consultation, pour autant, elle était absolument indispensable à l'exercice de l'activité projetée.
- Le candidat évincé considère que l'offre de la société attributaire, qui ne comportait pas cet agrément, aurait dû être jugée irrégulière.
- Le Conseil d'Etat considère que la société attributaire n'avait pas à fournir ce document au moment du dépôt de son offre, étant donné qu'il ne s'agissait pas d'une exigence du règlement de la consultation, mais qu'elle pouvait, au contraire, fournir cette pièce postérieurement. Il considère donc que l'absence de production de cet agrément n'a pas pour effet de rendre l'offre de la société attributaire irrégulière.
- *CE, 4 octobre 2019, SMIDDEV, n° 421022*

La production des agréments et autorisations nécessaires par les candidats (2)

- Par deux ordonnances très récentes, le Président du Tribunal administratif de DIJON a fait application de cette jurisprudence du Conseil d'Etat.
- Le marché litigieux avait pour objet des prestations de transport sanitaire hélicoptérés au bénéfiques de plusieurs centre hospitaliers. Les candidats proposaient chacun des modèles d'hélicoptères différents. Avant d'être commercialisés par leur fabricant, ces hélicoptères doivent pouvoir recueillir une certification européenne (EASA). La société classée 2^{ème} avançait que l'offre de la société attributaire se fondait sur les caractéristiques techniques d'hélicoptères qui n'étaient pas certifiés et devait donc être jugée irrégulière.
- Or, le règlement de la consultation n'imposait pas la production de ces certificats au moment du dépôt de l'offre. La partie défenderesse expliquait ce choix par un double objectif : d'une part, pour ne pas priver l'acheteur d'appareils de dernière génération dans un secteur en constante évolution technologique, alors que certains appareils ne seraient commandés qu'en 2021 et d'autre part, afin de ne pas restreindre la concurrence.
- S'inscrivant dans la droite ligne de la jurisprudence du Conseil d'Etat précitée, le Tribunal administratif de DIJON rejette la requête de la société évincée en précisant par ailleurs, que le candidat retenu pourra démontrer l'obtention de l'agrément dans le cadre de l'exécution du marché.
- *TA DIJON, ord. 29 octobre 2019, société BABCOCK, n°1902851*
- *TA DIJON, ord. 29 octobre 2019, Société SAF HELICOPTERES, n°1902901*

La défaut de production d'informations exigées par les documents de la consultation : les conséquences

- **Une offre qui ne fournit pas intégralement les éléments demandés par l'acheteur est-elle obligatoirement irrégulière ?**
- Dans cette affaire la Collectivité territoriale de Corse avait conclu avec un groupement d'entreprises, un marché public de travaux en vue de la reconfiguration et de l'aménagement d'un carrefour.
- Plusieurs éléments prescrits par le règlement de la consultation font défaut dans l'offre de la société requérante.
- Le Conseil d'Etat précise à cet égard :
- D'une part, que le pouvoir adjudicateur est tenu d'éliminer, sans en apprécier la valeur, les offres incomplètes, c'est-à-dire celles qui ne comportent pas toutes les pièces ou renseignements requis par les documents de la consultation et sont, pour ce motif, irrégulières.
- D'autre part, que « *cette obligation ne fait pas obstacle à ce que ces documents prévoient en outre la communication, par les soumissionnaires, d'éléments d'information qui, sans être nécessaires pour la définition ou l'appréciation des offres et sans que leur communication doivent donc être prescrite à peine d'irrégularité de l'offre, sont utiles au pouvoir adjudicateur pour lui permettre d'apprécier la valeur des offres au regard d'un critère ou d'un sous-critère* ». Le Conseil d'Etat précise par ailleurs « *qu'en l'absence de ces informations, l'offre [pourra être] notée zéro au regard du critère ou du sous-critère en cause* ».
- **CE, 20 septembre 2019, Collectivité territoriale de la Corse, n° 421075**

Conférence annuelle de l'AAP le 22 novembre 2019

Sélection de jurisprudences

Les tests dans les marchés de fourniture

Le contrôle du juge sur les conditions de réalisation des tests dans les marchés de fourniture (1)

- **Quelles précisions exigées pour la réalisation des tests ?**
- Une chambre d'agriculture avait mis en œuvre une procédure d'appel d'offres en vue de la passation d'un accord-cadre ayant pour objet la fourniture de boucles d'identifications d'animaux à implanter sur les oreilles d'espèces ovines et caprines. Le règlement de la consultation prévoyait que ces produits devaient être testés mais ne précisait pas les modalités de mise en œuvre de ces tests. Il ressort de l'instruction que les tests ont finalement été réalisés sur un matériau inerte, tel que du carton.
- La société évincée conteste les modalités de réalisation de ces tests, aux motifs, d'une part, qu'elle n'a pas eu communication de leurs modalités de réalisation et d'autre part, que ces tests auraient dénaturé son offre car ils ne correspondraient pas à leurs conditions d'utilisation réelles.
- Le Président du Tribunal administratif de Dijon écarte ces arguments en précisant, d'une part, que la société requérante ne démontre pas en quoi elle aurait modifié le contenu de son offre si elle avait eu connaissance des modalités de réalisation des tests et d'autre part, qu'elle ne démontre pas non plus en quoi la méthode choisie aurait pour conséquence de fausser les résultats de l'analyse des offres.
- *TA DIJON, ord. 26 juin 2019, société ALLFLEX EUROPE, n°1901616*

Le contrôle du juge sur les conditions de réalisation des tests dans les marchés de fourniture (2)

- **Que faire lorsqu'un candidat qui a remis un échantillon ne se présente pas pour la réalisation des tests?**
- Un centre hospitalier a lancé un accord-cadre à bons de commande ayant pour objet la fourniture de dispositifs médicaux stériles pour diverses utilisations (cardiologie, chirurgie cardiaque et vasculaire etc.).
- Le règlement de la consultation prévoyait notamment la remise d'échantillons par les candidats au titre de leur offre. Des tests, indispensables, étaient également prévus. A cet égard, le règlement de la consultation prévoyait, que les candidats devaient prendre rendez-vous avec le centre hospitalier pour la réalisation des tests.
- Cependant, le candidat évincé qui avait valablement remis son offre accompagné des échantillons avant les dates et heures limites imposées dans les documents de la consultation ne s'est jamais manifesté pour la réalisation des tests.
- Le candidat évincé, se considérant lésé a attaqué la procédure, alors même que le centre hospitalier lui avait proposé plusieurs dates pour la réalisation des tests, d'ailleurs postérieures aux dates limites indiquée dans le règlement de la consultation.
- Le Président du Tribunal administratif de Dijon rejette la requête de la société car elle ne saurait se prévaloir de sa propre inertie et qu'elle ne saurait donc être lésé.
- *TA DIJON, ord. 10 octobre 2019, société R ACTION, n° 1902707*

Conférence annuelle de l'AAP le 22 novembre 2019

Sélection de jurisprudences

L'information des candidats

L'information du candidat sortant

- **Le contrôle strict du juge sur l'information privilégiée du candidat sortant**
- La Caisse Nationale de l'Assurance Maladie (CNAM) a lancé un marché pour le renouvellement du programme de dépistage du cancer colorectal (fournitures de kits de dépistage).
- Plusieurs coffrets de « kits » étaient prévus (coffrets de 20 et de 50 kits), cependant, les documents de la consultation ne prévoyaient pas la répartition des commandes entre ces kits ce qui avait une incidence sur leur coût de transport. Le Tribunal administratif annule donc la procédure en relevant que cette information était nécessaire à l'élaboration des offres et que le société attributaire avait pu bénéficier de sa situation de sortant, connaissant cette information.
- *TA PARIS, ord., 1er avril 2019, société EBIOSANTE, n°1904340 confirmé par CE, 12 juillet 2019, CNAM, n°429782*
- Faisant application d'une jurisprudence constante, le Président du Tribunal administratif de Mayotte a considéré que l'absence d'information sur le personnel, dans un marché de restauration, alors même que le marché imposait leur reprise, avait pour objet de favoriser le candidat sortant qui connaissait cette information et devait donc entraîner l'annulation du marché.
- *TA MAYOTTE, ord., 26 juillet 2019, société TRANSPORTS L'OISEAU BLEU, n°1901573*

Les obligations du pouvoirs adjudicateur sur la procédure en cas de divulgation d'informations confidentielles

- **Quelles obligations du pouvoir adjudicateur en cas de divulgation d'informations confidentielles?**
- Dans le cadre de la procédure de concession lancée par la Collectivité de Corse relative au transport maritime de marchandises et de passagers avec le Continent plusieurs informations confidentielles de l'un des candidats ont été communiquée. Le Conseil d'Etat, donne un début de mode d'emploi dans de telles circonstances :
- *« (...) la personne publique informée, avant la signature d'un contrat, de l'existence d'une irrégularité de procédure affectant le choix du concessionnaire doit s'abstenir de signer le contrat litigieux, alors même qu'elle ne serait pas responsable de cette irrégularité. Ainsi, lorsqu'est constatée, au cours de la procédure de passation, qu'ont été divulguées des informations relatives à l'offre déposée par un candidat à l'attribution du contrat, il appartient à la personne publique d'apprécier si cette divulgation peut être regardée comme étant de nature à porter atteinte au principe d'égalité entre les candidats. La seule circonstance qu'une telle divulgation ne soit pas imputable à la personne publique responsable de la procédure de passation ne la dispense pas de cette obligation ».*
- Ce principe n'est finalement pas appliqué dans le cadre de cette affaire, au motif que l'offre de la société requérante a été éliminée et qu'elle ne peut donc se prévaloir d'aucun intérêt lésé. Néanmoins dans une telle situation, le pouvoir adjudicateur doit être vigilant.
- **CE, 24 juin 2019, société LA MERIDIONALE, 429407**

CONCLUSION

Mathieu DIDIER

RAYSSAC AVOCATS

5 Place du 18 Juin 1940

75006 PARIS

didier@rayssac-avocats.fr

Tel : 06 79 38 69 32



RAYSSAC AVOCATS

Avocats au Barreau de Paris