

Septembre 2021



Actualité Juridique des marchés publics

Direction de la Commande Publique

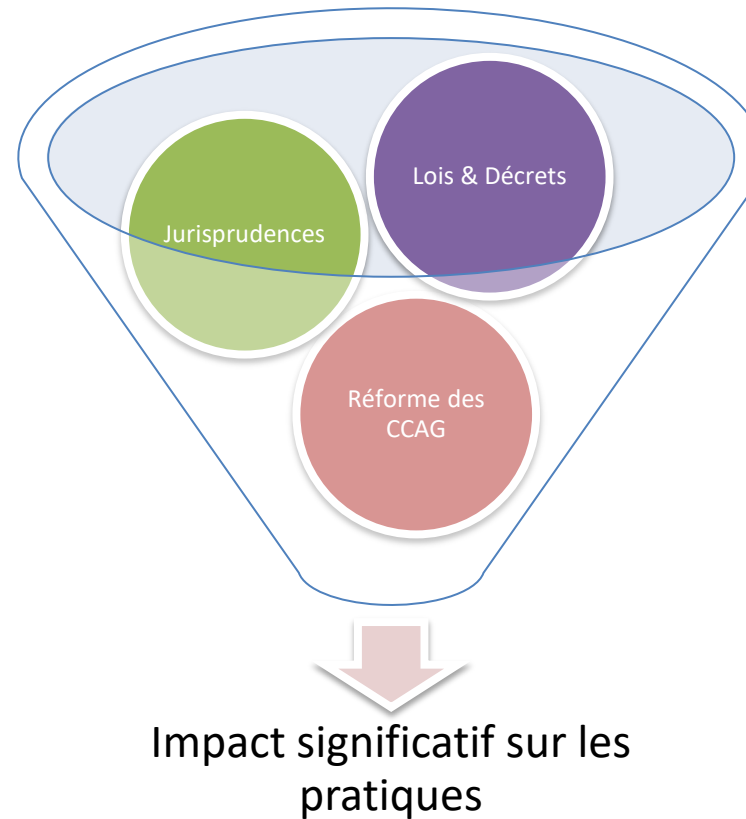


Introduction

Actualité juridique Marchés Publics – Septembre 2021

LOADING...

Une actualité 2020 – 2021 intense



Il est indispensable d'assimiler ces changements et d'adapter en conséquence nos pratiques

Programme de la formation

LOADING...



1. **Nouveautés concernant la préparation des marchés**
2. **Modifications impactant le dépôt des plis**
3. **Précisions en matière de critères et de méthode de notation**
4. **Evolution des règles en matière de recours contentieux**
5. **Focus sur la mise en œuvre de réforme des CCAG**



Partie n° 1 :

Nouveautés concernant la préparation des marchés publics

Partie n° 1 :

Nouveautés concernant la préparation des marchés

La prise en compte du
Développement Durable
dans l'élaboration des marchés

FORMATION

ACTUALITÉ JURIDIQUE DES
MARCHÉS PUBLICS



Développement Durable

➤ Développement durable & définition du besoin

Ce qu'il faut retenir :

*[Les] spécifications techniques prennent en compte des objectifs de développement durable
Les conditions d'exécution prennent en compte des considérations relatives à l'environnement*

Délai : au plus tard au 22 août 2026



Loi n° 2021-1104 du 22 août 2021 Climat & Résilience – Articles L. 2111-2 et L. 2112--2 du CCP



Incidences opérationnelles :

- ✓ Les prescripteurs doivent désormais évaluer les incidences environnementales et sociales de leurs achats dès le stade de la définition du besoin
- ✓ L'impact socio-environnemental de l'achat doit ainsi être réduit autant que possible
- ✓ Une telle prise en considération implique une meilleure connaissance du secteur économique et une bonne maîtrise du besoin

Un cap potentiellement difficile à franchir pour les prescripteurs ne maîtrisant pas suffisamment leurs achats



Développement Durable

➤ Critère environnemental obligatoire

Ce qu'il faut retenir :

Obligation d'un critère environnemental dans tous les marchés et concessions
Délai : au plus tard au 22 août 2026



Loi n° 2021-1104 du 22 août 2021 Climat & Résilience – Article L. 2152-7 du CCP



Incidences opérationnelles :

- ✓ Obligation avant tout formelle (pas de prise en compte du degré d'engagement environnemental des candidats)
- ✓ Effectivité du critère susceptible d'être remise en cause si les caractéristiques techniques définissent déjà un niveau environnemental élevé
- ✓ Concerne également les marchés de services et prestations intellectuelles (aucune dérogation envisagée), y compris pour des prestations dont l'enjeu environnemental ne semble pas lié à l'objet du marché
- ✓ Rend caduque la possibilité de recourir au critère unique du prix



➤ **Critère environnemental & Politique générale**

Ce qu'il faut retenir :

Si l'autorité concédante peut (...) mettre en œuvre des critères (...) environnementaux, c'est à la condition, notamment, qu'ils soient liés à l'objet du marché ou à ses conditions d'exécution, ces dispositions n'ayant ni pour objet, ni pour effet de permettre l'utilisation d'un critère relatif à la politique générale de l'entreprise en matière environnementale, apprécié au regard de l'ensemble de son activité



Tribunal Administratif de Rennes, 10 mai 2021, Société Edeis Concessions, req. n° 2101760



Contexte : Utilisation d'un critère « qualité de la politique environnementale et de développement durable » avec détails des engagements attendus spécifiquement dans le cadre de la Concession



Incidences opérationnelles :

- ✓ Considérant de principe rappelant que la politique générale de l'entreprise ne peut pas être prise en compte dans l'analyse des offres, y compris en matière environnementale
- ✓ Simple rappel qui prend du sens à l'aune des nouvelles obligations du projet de loi Climat & Résilience



➤ **Obligations en matière de réemploi**

Ce qu'il faut retenir :

A compter du 1^{er} janvier 2021, les biens acquis annuellement par (...) les collectivités territoriales et leurs groupements sont issus du réemploi ou de la réutilisation ou intègrent des matières recyclées dans des proportions de 20% à 100% selon le type de produit, définies par décret



Article 53 de loi de la loi du 10 février 2020 (dite loi AGEC)
Décret n° 2021-254 du 9 mars 2021 fixant les seuils



Incidences opérationnelles :

- ✓ Très forte incidence opérationnelle ; mise en œuvre pratique peu évidente
- ✓ Quelques illustrations :
 - 20% des vêtements issus du réemploi
 - 20% de matériel informatique et de téléphonie issu du réemploi
 - 40% de papier recyclé

*Décret passé un peu inaperçu et pourtant compliqué à mettre en œuvre
Débat sur la sanction en cas de non-respect (annulation de la procédure de passation ?)*



> **Dimension sociale des conditions d'exécution**

Ce qu'il faut retenir :

L'acheteur prévoit des conditions d'exécution prenant en compte des considérations relatives au domaine social ou à l'emploi, notamment en faveur des personnes défavorisées, dans ses marchés dont la valeur estimée est égale ou supérieure aux seuils européens

Délai : au plus tard le 22 août 2026



Loi n° 2021-1104 du 22 août 2021 Climat & Résilience – Article L. 2112-2-1 du CCP



Incidences opérationnelles :

- ✓ Généralisation des clauses sociales dans les marchés passés en procédure formalisée et en concessions
- ✓ 4 exceptions prévues : besoin satisfait par une solution immédiatement disponible ; lien insuffisant avec l'objet du marché ; risque de restriction de la concurrence, difficulté technique ou économique ; travaux de moins de 6 mois
- ✓ Les contours du périmètre et des exceptions seront surement affinés par la DAJ

Quid des clauses sociales qui ne peuvent pas être exécutées sur le territoire de l'acheteur : absence de lien avec l'objet du marché ? Quid du suivi des clauses sociales par l'acheteur ?



➤ Véhicules propres

Ce qu'il faut retenir :

Nouvelles obligations en matière de véhicules propres applicables à tous les contrats d'achat, de prise en crédit-bail, de location ou de location-vente de véhicules de transport routier, ainsi qu'aux contrats de service public ayant pour objet la fourniture de services de transport routier de voyageurs



Projet d'ordonnance relative à la transposition de la Directive « véhicules propres »



Incidences opérationnelles :

- ✓ Retard dans la transposition de la directive (échéance au 2 août 2021 dépassée)
- ✓ Un taux minimal de véhicules propres (faibles émission de CO2) est fixé par catégorie de véhicules
- ✓ Ce taux minimal devra être vérifié dans les offres des marchés concernés
- ✓ L'amélioration de ce taux peut également faire l'objet d'un des éléments du critère environnemental



➤ **Le renforcement des SPASER**

Ce qu'il faut retenir :

[Le SPASER] est rendu public notamment par une mise en ligne sur le site internet, lorsqu'il existe, des pouvoirs adjudicateurs (...)

Ce schéma comporte des indicateurs précis, exprimés en nombre de contrats ou en valeur et publiés tous les deux ans, sur les taux réels d'achats publics relevant des catégories de l'achat socialement et écologiquement responsable parmi les achats publics réalisés par la collectivité ou l'acheteur concerné. Il précise les objectifs cibles à atteindre pour chacune de ces catégories



Loi n° 2021-1104 du 22 août 2021 Climat & Résilience – Article L. 2111-3 du CCP



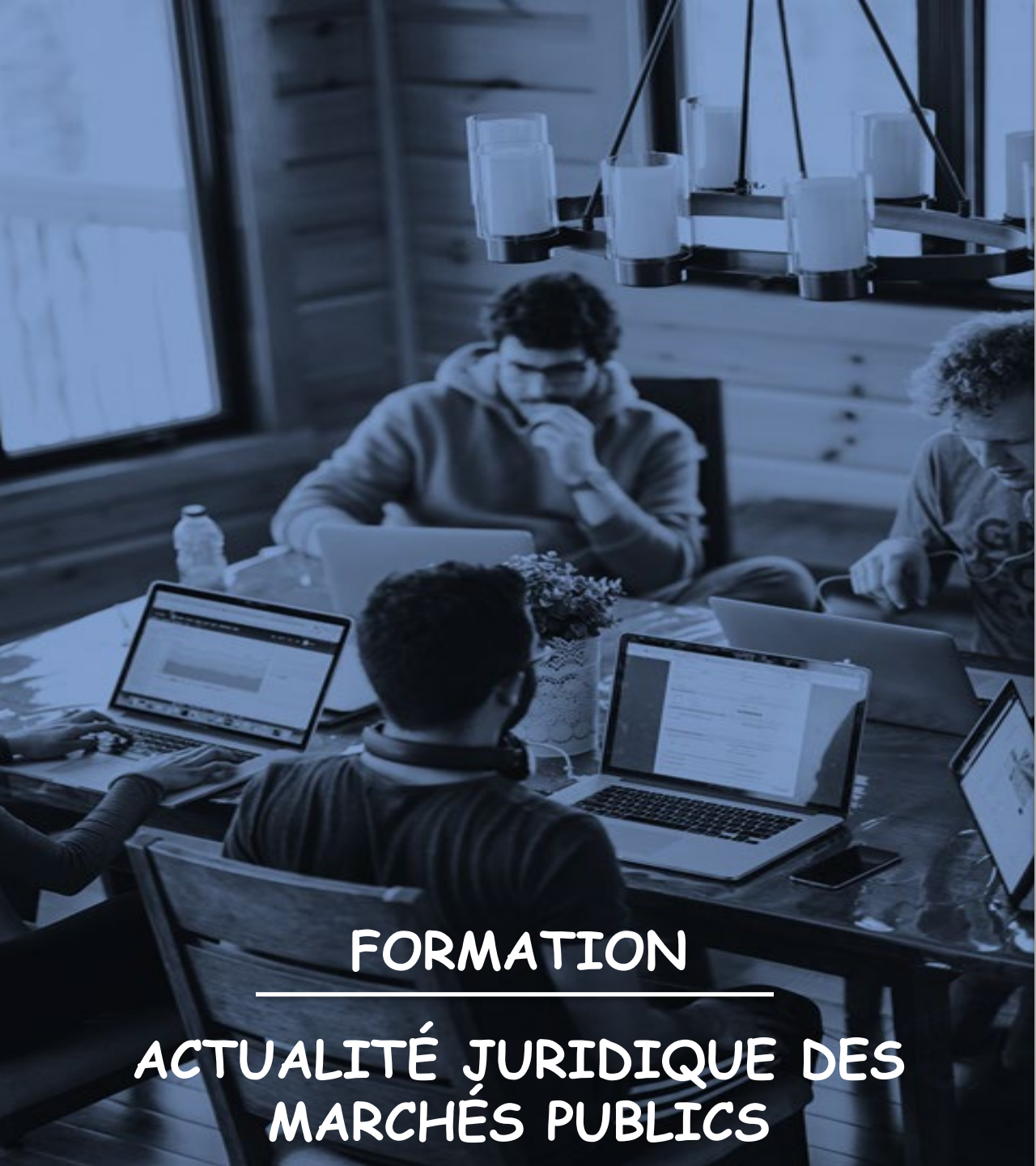
Incidences opérationnelles :

- ✓ Apporte une plus grande visibilité et exigence aux SPASER
- ✓ Mais ces derniers ne restent obligatoires que pour les acheteurs dont le volume annuel d'achats dépasse 100 M€ HT
- ✓ Applicable au 1^{er} janvier 2023

Partie n° 1 :

Nouveautés concernant la préparation des marchés

Les modalités d'élaboration des
accords-cadres



FORMATION

ACTUALITÉ JURIDIQUE DES
MARCHÉS PUBLICS



➤ **Notation des accords-cadres : DQE obligatoire**

Ce qu'il faut retenir :

Eu égard à la diversité des prestations faisant l'objet de l'accord-cadre et à l'écart très important des prix unitaires proposés par les candidats, cette méthode de notation, qui renforçait l'importance relative des prix unitaires les plus élevés dans la notation du critère du prix alors même que le nombre prévisible de prestations correspondantes était faible, était par elle-même de nature à priver de sa portée ce critère



Conseil d'Etat, 13 novembre 2020, Commune de Perpignan, req. n°439525



Contexte : Passation d'un accord-cadre à bons de commande, critère prix évalué par la somme des prix du BPU



Incidences opérationnelles :

- ✓ La méthode de notation utilisée dans un marché à prix unitaire doit tenir compte des quantités prévisionnelles de chaque prestations (recours à un DQE, publié ou masqué)
- ✓ A noter qu'un Tribunal Administratif a considéré l'absence de DQE valable lorsque l'incertitude sur les quantités prévisionnelle peut être justifiée, notamment par un choix opérationnel des membres du groupement et selon le budget qui leur sera alloué (TA Rennes, 27 janvier 2021, Société MBH SAMU)



➤ **Plafonnement des accords-cadres (1/2)**

Ce qu'il faut retenir :

Le pouvoir adjudicateur (...) doit (...) impérativement préciser (...) le volume global, et donc la quantité et/ou la valeur maximale, dans lequel pourront s'inscrire les marchés subséquents



Cour de Justice de l'Union Européenne, 17 juin 2021, Simonsen & Weel AS, aff. n° C-23/20



Contexte : Passation d'un accord-cadre à bons de commande sans montant maximum



Incidences opérationnelles :

- ✓ Tout accord-cadre doit être passé avec un montant maximum de commande
- ✓ La DAJ préconise de prévoir une marge de sécurité dans le montant maximum pour faire face aux aléas
- ✓ En cas de groupement, il est possible d'indiquer un montant maximum tout membre confondu ou membre par membre

Pour les accords-cadres pluriannuels, il peut être sécurisant de prévoir une clause précisant les conséquences de l'atteinte du montant maximum sur l'une des périodes



➤ **Plafonnement des accords-cadres (2/2)**

Ce qu'il faut retenir :

*Actualisation des textes internes pour mise en conformité (R. 2121-8 et R. 2162-4 du CCP)
Application immédiate par le juge administratif français*



Décret n° 2021-1111 du 23 août 2021

Tribunal Administratif de Bordeaux, 23 août 2021, req. n° 2103959



Incidences opérationnelles :

- ✓ Suppression des dispositions permettant la passation d'accords-cadres sans montant maximum
- ✓ Suppression de l'incidence de ce choix sur le type de procédure
- ✓ Ce décret est censé ne s'appliquer qu'à compter du 1^{er} janvier 2022, mais le juge administratif français a déjà appliqué la jurisprudence européenne, rendant ainsi son application immédiate et fragilisant les consultations engagées durant l'été

Il est préférable de se conformer à ses nouvelles dispositions dès à présent



➤ **Passation simultanée de l'AC & du MS1**

Ce qu'il faut retenir :

Le juge des référés a commis une erreur de droit en considérant qu'il était (...) contraire au principe de transparence de procéder à l'attribution simultanée d'un accord-cadre mono-attributaire et d'un marché subséquent



Conseil d'Etat, 6 novembre 2020, Métropole Européenne de Lille, req. n° 437718



Contexte : Les candidats devaient déposer simultanément une offre pour l'accord-cadre et pour le marché subséquent



Incidences opérationnelles :

- ✓ Le RC de l'accord-cadre doit clairement dissocier les deux étapes pour que cela soit compréhensible de tous les candidats
- ✓ Les offres déposées au titre du marché subséquent ne peuvent pas être prises en compte pour évaluer et attribuer l'accord-cadre (deux étapes hermétiques)
- ✓ Cette technique peut poser une difficulté pour la publication des données essentielles via le Profil d'acheteur

Très intéressant dans certaines situations (maintenance des ascenseurs par exemple)

Partie n° 1 :

Nouveautés concernant la
préparation des marchés

Les modalités d'organisation des
négociations

FORMATION

ACTUALITÉ JURIDIQUE DES
MARCHÉS PUBLICS



➤ *Négocier avec qui je veux*

Ce qu'il faut retenir :

Le pouvoir adjudicateur a donné (...) une information précise sur la négociation qu'il se réservait de mener (...). Aucune disposition législative ou réglementaire ne fixant un nombre minimum ou maximum de candidats à retenir dans le cadre de la négociation, la commune pouvait (...) engager une (...) négociation avec le seul candidat arrivé premier



Tribunal Administratif de Rennes, 17 décembre 2020, Société Jardin service, req. n° 2005292



Contexte : Clause du RC « se réserve le droit de négocier (...) avec le nombre de candidats de son choix et dans l'ordre du classement issu de la première analyse des offres »



Incidences opérationnelles :

- ✓ Une position similaire déjà reconnue en Concessions
- ✓ Une très (trop?) grande souplesse accordée à l'acheteur dans l'élaboration de sa stratégie de négociation

Approche susceptible d'être mal perçue par les candidats et difficile à justifier ; voir si d'autres juridictions se prononcent

Partie n° 1 :

Nouveautés concernant la
préparation des marchés

Le suivi et le contrôle des
principes Républicains

FORMATION

ACTUALITÉ JURIDIQUE DES
MARCHÉS PUBLICS



Respect des principes Républicains

Actualité juridique Marchés Publics – Septembre 2021

➤ Principes Républicains & Contrats Publics

Ce qu'il faut retenir :

Lorsqu'un contrat de la commande publique (...) a pour objet, en tout ou partie, l'exécution d'un service public, son titulaire est tenu d'assurer l'égalité des usagers devant le service public et de veiller au respect des principes de laïcité et de neutralité du service public

Il veille à ce que ses salariés (...) lorsqu'ils participent à l'exécution du service public, s'abstiennent notamment de manifester leurs opinions politiques ou religieuses et traitent de façon égale toutes les personnes

Les clauses du contrat rappellent ces obligations et précisent les modalités de contrôle et de sanction du cocontractant lorsque celui-ci n'a pas pris les mesures adaptées pour les mettre en œuvre et faire cesser les manquements constatés



Article 1^{er} de la loi n° 2021-1109 du 24 août 2021 confortant le respect des principes de la République



Incidences opérationnelles :

- ✓ Les contrôles et sanctions peuvent s'avérer délicats selon la prestation et les moyens de la Collectivité
- ✓ Principales activités concernées : transports en commun, restauration scolaire, crèches, activités sportives
- ✓ Le périmètre sera sûrement affiné pendant le délai de mise en conformité (un an pour les contrats en cours)

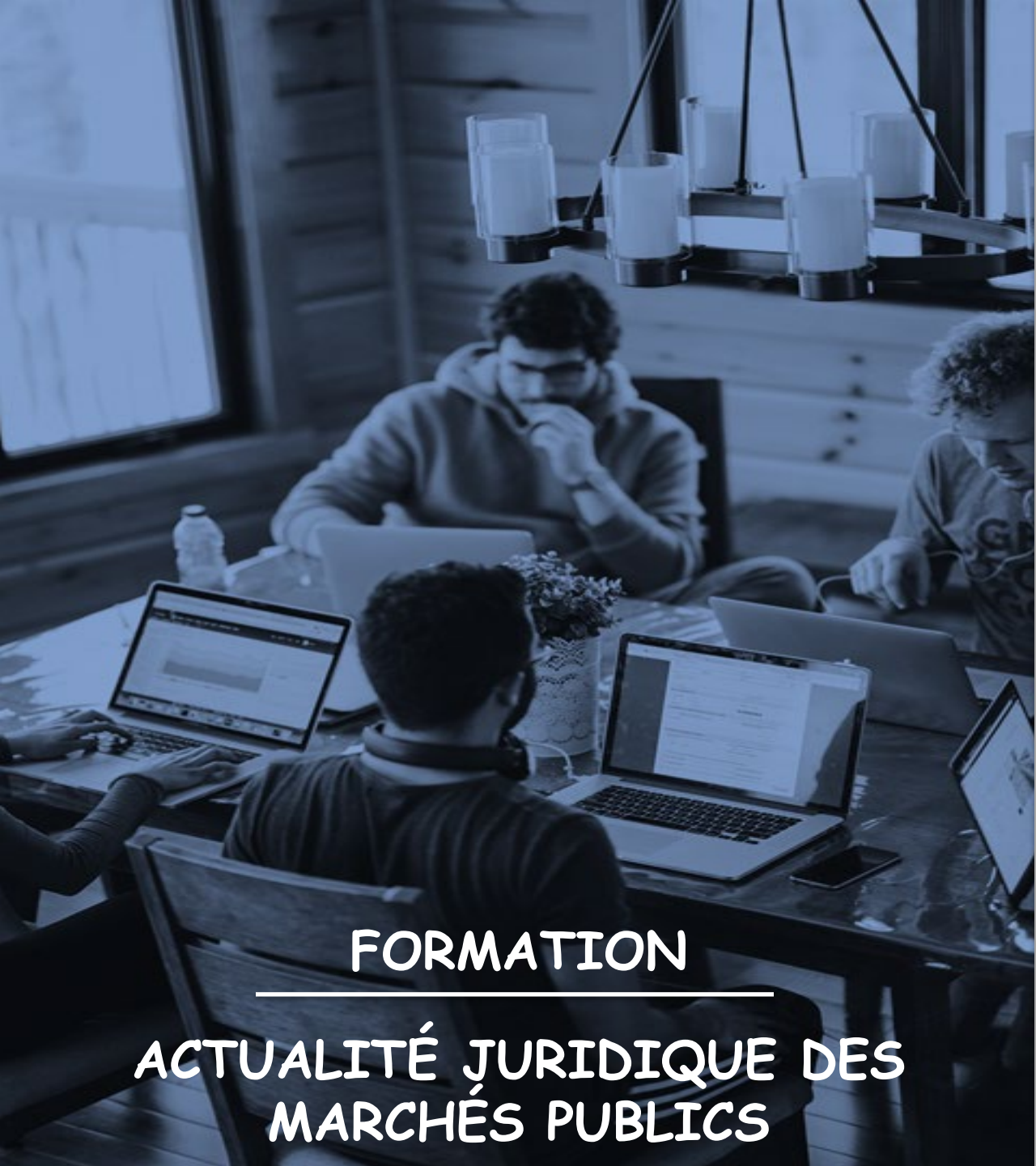


Partie n° 2 : Modalités impactant le dépôt des plis

Partie n° 2 :

Modalités impactant le dépôt des
plis

La simplification de la
phase de candidature



FORMATION

ACTUALITÉ JURIDIQUE DES
MARCHÉS PUBLICS



Simplification de la candidature

➤ Récupération de l'extrait K-bis

Ce qu'il faut retenir :

Afin de prouver qu'il ne se trouve pas dans un des cas d'exclusion (...), le candidat produit son numéro unique d'identification permettant à l'acheteur d'accéder aux informations pertinentes par le biais d'un système électronique

Délai : à partir du 1^{er} novembre 2021



Décret n° 2021-631 du 21 mai 2021 – Article R. 2143-9 du Code de la Commande Publique



Incidences opérationnelles :

- ✓ Les entreprises n'ont plus à fournir d'extrait K-Bis
- ✓ Il revient à l'acheteur de récupérer lui-même les éléments d'un extrait K-Bis sur une base de données officielle : <https://annuaire-entreprises.data.gouv.fr/>

Progressivement, l'ensemble des documents préalables à la notification du marché sont directement accessibles aux acheteurs, mais certains documents restent encore à demander aux candidats



Simplification de la candidature

➤ **Suppression de l'attestation AGEFIPH**

Ce qu'il faut retenir :

L'attestation AGEFIPH ne fait plus partie des documents à demander avant d'attribuer un marché à une entreprise

Délai : depuis le 1^{er} juillet 2021



Arrêté du 17 mars 2021 modifiant l'arrêté du 22 mars 2019



Incidences opérationnelles :

- ✓ L'attestation URSSAF permet désormais d'attester l'ensemble de la situation sociale de l'entreprise, y compris en matière de travailleurs handicapés
- ✓ Moins d'attestations à récupérer par l'acheteur avant notification du marché

Compte-tenu des nombreuses difficultés des entreprises à obtenir cette attestation, il s'agit là d'une vraie simplification

Partie n° 2 :

Modalités impactant le dépôt des
plis

Précisions quant aux **barrières**
au soumissionnement

FORMATION

ACTUALITÉ JURIDIQUE DES
MARCHÉS PUBLICS



Soumissionnement

➤ Interdictions de soumissionner

Ce qu'il faut retenir :

La faculté offerte à un opérateur de rapporter la preuve de sa fiabilité ne saurait être ouverte lorsque l'opérateur a été expressément exclu par un jugement définitif de la participation à des procédures de passation de marché ou d'attribution de concession, pendant la période fixée par ce jugement



Conseil d'Etat, 12 octobre 2020, Société Vert Marine, req. n° 419146



Contexte : Contestation des dispositions du Code de la Commande Publique relatifs aux interdictions de soumissionner (compatibilité avec le droit de l'UE)



Incidences opérationnelles :

- ✓ Il n'est pas nécessaire d'engager une procédure contradictoire avant éviction d'un candidat frappé d'une interdiction de soumissionner par décision de justice
- ✓ Les autres dispositions des textes ne sont pas jugées compatibles avec le droit de l'UE

Situation déjà rencontrée pour les séjours jeunesse



Soumissionnement

➤ **Nouvelle interdiction : le plan de vigilance**

Ce qu'il faut retenir :

L'acheteur peut exclure de la procédure (...) les personnes (...) qui ne satisfont pas à l'obligation d'établir un plan de vigilance comportant les mesures prévues [au code de commerce] (...). Une telle prise en compte ne peut être de nature à restreindre la concurrence ou à rendre techniquement ou économiquement difficile l'exécution de la prestation



Loi n° 2021-1104 du 22 août 2021 Climat & Résilience – Article L. 2141-7-1 du CCP



Incidences opérationnelles :

- ✓ Le plan de vigilance comprend des mesures relatives à la protection des droits humains, des libertés fondamentales et de l'environnement
- ✓ Ce plan ne s'applique qu'aux très grands groupes (au moins 5 000 salariés, sous conditions) et la limite apportée en fin d'article réduit encore plus son impact

L'arrêté du 22 mars 2019 fixant la liste des renseignements et des documents pouvant être demandés aux candidats aux marchés publics n'a pas été modifié pour permettre de vérifier cette nouvelle interdiction de soumissionner



Soumissionnement

➤ Visites de sites complémentaires

Ce qu'il faut retenir :

La [visite de site] a pour seul objet de s'assurer que les candidats ont eu une connaissance suffisante des lieux pour pouvoir faire une offre en toute connaissance de cause. (...) Dans ces conditions, l'organisation [d'une visite complémentaire non prévue au RC] n'a pas eu pour effet de méconnaître les principes fondamentaux d'égalité de traitement entre les candidats et de transparence des procédures



Tribunal Administratif de Dijon, 22 décembre 2020, Société Onet Services, req. n° 2003374



Contexte : Contestation d'une visite supplémentaire non prévue au RC à laquelle a participé l'attributaire



Incidences opérationnelles :

- ✓ Position étonnante du juge administratif (une telle pratique pourrait être jugée inégalitaire pour les candidats potentiels qui ont renoncé à postuler du fait de leur impossibilité d'assister aux visites initialement prévues)
- ✓ Pour éviter tout litige, il est préférable de prévoir un nombre suffisant de visites ou d'en ajouter par une modification formelle du DCE avec information des candidats



Partie n° 3 :

Précisions relatives aux critères et méthodes de notation

Partie n° 3 :

Précisions en matière de critères &
de méthode de notation

Choix des
critères de sélection

FORMATION

**ACTUALITÉ JURIDIQUE DES
MARCHÉS PUBLICS**



➤ Critères en dessous du seuil de publication

Ce qu'il faut retenir :

Le DCE (...) ne faisaient [pas] état de l'existence même de ces critères de sélection (...), pas plus qu'ils ne précisait sur quels éléments d'appréciation la valeur technique des offres serait évaluée (...). Ainsi, en s'abstenant d'informer de manière appropriée (...) les candidats (...) des critères de sélection des offres (...), la commune (...) a commis un manquement à ses obligations de publicité et de mise en concurrence



Tribunal Administratif d'Orléans, 16 avril 2021, Société Guerin frères, req. n° 2101084



Contexte : Mise en concurrence par simple mail sans information des critères de choix (procédure < 90k€)



Incidences opérationnelles :

- ✓ Au regard de la procédure et de l'objet du marché, le recours au critère unique du prix n'était pas possible ; les critères devaient donc être annoncés
- ✓ Position susceptible d'alimenter le débat sur la procédure des 3 devis en dessous du seuil de dispense
- ✓ Illustration d'une consultation sans publication sous le seuil de 90 000 € HT



➤ Critères & accord-cadre mono-attributaire

Ce qu'il faut retenir :

Aucune disposition du code de la commande publique ni aucun principe ne fait (...) obstacle à ce que les offres remises par le titulaire d'un accord-cadre mono-attributaire pour l'attribution des marchés subséquents soient notées et analysées, et que les marchés ne lui soient attribués que sous réserve de remplir certaines conditions



Conseil d'Etat, 6 novembre 2020, Métropole Européenne de Lille, req. n° 437718



Contexte : Accord-cadre mono-attributaire prévoyant des critères de mise en concurrence des marchés subséquents



Incidences opérationnelles :

- ✓ Peut s'avérer utile pour des prestations plus complexes nécessitant une bonne appropriation par le titulaire
- ✓ Rappelle que l'attribution d'un marché subséquent n'a pas de caractère automatique et permet d'inciter le titulaire à présenter une proposition qualitative
- ✓ Peut être intéressant de prévoir les conditions de « sortie » de l'accord-cadre si l'offre remise est insatisfaisante

Ne pas systématiser pour ne pas alourdir inutilement les accords-cadres qui ne le nécessite pas



➤ Accord-cadre & fourchettes de critères

Ce qu'il faut retenir :

Critères de sélection des marchés subséquents :

- Prix : de 30 à 70 %
- Valeur technique : de 0 à 70 %
- Délais de réalisation : de 0 à 50 %



Conseil d'Etat, 6 novembre 2020, Métropole Européenne de Lille, req. n° 437718



Contexte : Les modalités de mise en concurrence des marchés subséquents n'étaient pas contestées en elles-mêmes



Incidences opérationnelles :

- ✓ Illustration de l'usage des fourchettes de critères dans un accord-cadre à marchés subséquents
- ✓ Amplitude des critères étonnantes (deux critères « optionnels »), alors que la doctrine estime souvent que la plage de la fourchette doit être raisonnable et ne pas influencer significativement la priorité accordée aux critères
- ✓ Le rapporteur public présente cette fourchette dans ses conclusions, sans pour autant en critiquer la portée



Choix de critères

➤ Critères RSE et assimilés (1/2)

Ce qu'il faut retenir :

Par le biais de ces critères, le Parlement a indiqué souhaiter (...) prendre en compte la responsabilité sociale et les sensibilités auxquelles les opérateurs économiques, le personnel impliqué dans l'exécution du marché ainsi que le pouvoir adjudicateur doivent faire face



Tribunal de l'Union Européenne, 10 février 2021, Sophia Group, req. n° T-578/19



Contexte : Une consultation du Parlement Européen (marché de services) comporte les critères « diversité / égalité des chances », « lutte contre le harcèlement », « inclusion des personnes en situation de handicap » et « bien-être au travail »



Incidences opérationnelles :

- ✓ Appréciation très souple de la validité d'un critère « RSE » dans la Commande Publique, notamment du lien avec l'objet du marché
- ✓ Position soutenue par les principes de l'UE (Droits humains) et l'évolution du droit de la Commande Publique

Approche volontariste intéressante qu'il faudra encore confirmer, notamment dans ses limites



➤ Critères RSE et assimilés (2/2)

Ce qu'il faut retenir :

Le critère tiré de la responsabilité sociale des entreprise, dont la consistance était indiquée aux soumissionnaires, est lié à l'objet du marché et n'est ni imprécis, ni de nature à confier une liberté de choix illimitée à l'acheteur



Tribunal Administratif de Dijon, 19 mai 2021, Société Impéry Volailles, req. n° 2101212



Contexte : Consultation pour un marché de fournitures de denrées alimentaires comprenant un critère « développement durable » décomposé en plusieurs sous-critères dont « approvisionnements », « lutte contre le gaspillage » et « engagements sociaux »



Incidences opérationnelles :

- ✓ Rare illustration en droit interne de ce type de critère
- ✓ Contrairement à l'illustration de la jurisprudence du TUE, le critère restait néanmoins très large et principalement à connotation environnementale (dimension sociale plus sommaire)

Pas de position du Conseil d'Etat connue à ce stade

Partie n° 3 :

Précisions en matière de critères & de méthode de notation

La mise en œuvre de la
méthode de notation

FORMATION

**ACTUALITÉ JURIDIQUE DES
MARCHÉS PUBLICS**

Partie n° 3

La notation des critères techniques





Méthode de notation

Actualité juridique Marchés Publics – Septembre 2021

➤ Critère, sous-critère & élément d'appréciation



Critère

Niveau d'information minimal à fournir aux candidats sur les conditions d'attribution d'un marché

Publication obligatoire
Pondération recommandée



Sous-critère

Décomposition d'un critère susceptible d'influencer significativement la présentation des offres

Publication obligatoire
Pondération recommandée



Élément d'appréciation

Méthode de notation d'un critère ou sous-critère n'ayant qu'une faible incidence sur la présentation des offres

Publication et pondération facultative



Conseil d'Etat, 18 juin 2010, Commune de Saint-Pal-de-Mons, req. n° 337377



Méthode de notation

➤ *Comment les distinguer ?*

Ce qu'il faut retenir :

Il ne serait pas inconcevable, en théorie, de détailler toujours plus précisément les différents éléments sur lesquels porte cette appréciation pour en faire autant de sous-sous-sous-critères. Mais une telle tendance irait à l'encontre de l'équilibre entre le respect des principes fondamentaux (...) et la liberté [de l'acheteur] (...) dans l'appréciation des (...) offres

(...)

Cet équilibre repose sur la finalité de l'information donnée aux candidat, qui est de permettre d'adapter leurs offres aux attentes du pouvoir adjudicateur

(...)

En résumé, une méthode de notation traduit l'existence d'un critère ou sous-critère lorsqu'elle a pour effet de donner à certaines caractéristiques des offres qui n'ont pas été identifiées au nombre des critères ou sous-critères annoncés une importance particulière dans leur évaluation



Conclusions de Gilles Pellissier
Conseil d'Etat, 6 avril 2016, Commune de La Bohalle, req. n° 388123



Méthode de notation

➤ *Analyse retenue par Gilles PELLISSIER*



2 paramètre à prendre en compte :

- 📄 Un paramètre **qualitatif** : s'agit-il d'isoler une caractéristique de l'offre distincte des critères énoncés ?
- 📄 Un paramètre **quantitatif** : cette caractéristique occupe-t-elle une place suffisamment importante dans l'évaluation des offres ?



Quelques limites au raisonnement :

- ✓ Au niveau qualitatif, chaque élément d'appréciation est censé avoir un lien suffisamment direct avec son critère ou sous-critère de rattachement (sinon, il y a dénaturation des critères). A l'inverse, malgré un lien parfois évident, un élément d'appréciation peut être finalement considéré comme un critère à part entière
- ✓ Au niveau quantitatif, il n'y a pas de « seuil » prédéterminé (appréciation au cas par cas)
- ✓ Ce niveau d'analyse semble principalement s'appliquer à partir des sous-sous-critères (moins de souplesse accordée au niveau des sous-critères)

Tentative d'explications avec quatre situations différentes



Méthode de notation

➤ **Pondération égale = élément d'appréciation**

Ce qu'il faut retenir :

La notation du sous-critère SC2 a été réalisée à partir de deux éléments (..) auxquels a été attribuée une même pondération ; qu'en estimant qu'il s'agissait de critères qui auraient dû être communiqués aux candidats, alors que ces mentions constituaient seulement des éléments d'appréciation, (...) la pondération identique de ces deux éléments manifestant l'intention du pouvoir adjudicateur de ne pas accorder à l'un d'entre eux une importance particulière, le juge des référés a commis une erreur de qualification juridique



Conseil d'Etat, 4 avril 2018, Société Archimed, req. n° 416577



Interprétation :

- ✓ Le critère quantitatif n'est pas rempli : à pondération égale, aucun élément n'est plus important qu'un autre, donc aucun d'entre eux n'aurait pu influencer les candidats dans la présentation de leur offre
- ✓ Il s'agit donc bien d'une méthode de notation qui n'avait pas à être communiquée aux candidats

*Il s'agit d'une situation similaire à celle des conclusions de M. PELLISSIER
(5 éléments d'appréciation ayant la même valeur)*



Méthode de notation

➤ **Pondération proche = élément d'appréciation**

Ce qu'il faut retenir :

La pondération quasi-similaire des 12 éléments d'appréciation (...), affectés de 1 point pour l'un de ces éléments seulement à 5 points pour trois d'entre eux et de 2 à 4 points pour huit autres, manifestait l'intention du pouvoir adjudicateur de ne pas accorder à l'un d'entre eux une importance particulière. Au regard de leur pondération, en réalité quasiment identique et non inégale (...), ces éléments d'appréciation n'étaient pas susceptibles d'exercer une influence sur la présentation des offres. Par suite, les éléments mentionnés au titre du critère de la valeur technique de l'offre par le règlement de consultation ne constituaient pas des sous-critères



Cour Administrative d'Appel de Nancy, 16 juin 2020, Société Rémy Boulanger, req. N° 18NC03163



Interprétation :

- ✓ Illustration intéressante du critère quantitatif : sur des sous-critères valant 13 et 17 points, la répartition des points réalisée par l'acheteur ne permet pas de donner une influence significative à l'un d'eux
- ✓ Il s'agit donc bien d'une méthode de notation qui n'avait pas à être communiquée aux candidats



Méthode de notation

➤ **Pondération marginale = Élément d'appréciation**

Ce qu'il faut retenir :

Si 30 des 35 points consacrés au [sous-critère] "quantitatif mis en œuvre" servaient effectivement à apprécier les détails quantitatifs des offres, dès lors que le reliquat de 5 points affecté à l'existence d'un contrat d'entretien ne représentait qu'une part marginale de la notation de ce sous-critère, le pouvoir adjudicateur n'était pas tenu d'en informer les candidats



Cour Administrative d'Appel de Nantes, 10 janvier 2017, Commune de La Bohalle, req. n° 16NT01287



Interprétation :

- ✓ Décision sur renvoi après cassation (cf. Conseil d'Etat, 6 avril 2016 précité)
- ✓ 5 points sont affectés à un élément dont « *il n'était pas évident pour les candidats de savoir qu'il entrerait dans l'appréciation du sous-critère* » (critère quantitatif). Mais nombre de points insuffisant pour influencer les réponses = élément d'appréciation
- ✓ Quant au « quantitatif mis en œuvre » sur 30 points, s'agissant du cœur même du sous-critère, ce sous-détail n'apporte pas d'élément nouveau pour les candidats = élément d'appréciation

Interprétation discutable : cet élément d'appréciation était-il vraiment lié au sous-critère auquel il était rattaché ?



Méthode de notation

➤ **Sous-critères non-pondérés = annulation**

Ce qu'il faut retenir :

Il résulte de l'instruction (...) ce que les sous-critères "méthodologie", "continuité du service" et "moyens humains" comptent respectivement pour 6/11, 3/11 et 2/11 dans la note technique, et établissait ce faisant une pondération entre ces derniers, de nature, si elle avait été connue des candidats, à influencer la présentation de leurs offres



Conseil d'Etat, 18 mai 2021, société SNBTP, req. n° 448618



Interprétation :

- ✓ Le RC prévoyait 3 sous-critères non-pondérés
- ✓ Le nombre limité d'éléments d'appréciation retenu, dont un représente plus de la moitié des points, semble empêcher de considérer que leur importance est « similaire »
- ✓ Le fait que la commune ait publié l'intitulé des sous-critères et non leur pondération a pu également influencer la décision du juge (l'acheteur n'a fait que la moitié du travail)

Compte-tenu de ces éléments, il semble préférable de toujours prévoir des sous-critères avec pondération : il sera alors plus facile de défendre la notation si 2 niveaux de critères ont été publiés

Partie n° 3

La notation du critère prix





Méthode de notation

➤ Incidence d'un prix très élevé

Ce qu'il faut retenir :

Lorsque la mise en œuvre d'une méthode de notation (...) fait apparaître au stade de sa mise en œuvre un biais manifeste, de nature à priver de portée cette méthode, il appartient au pouvoir adjudicateur d'y remédier. Ainsi, s'agissant du critère du prix, lorsqu'il fait intervenir l'offre la plus élevée dans la formule de notation, il appartient au pouvoir adjudicateur d'écarter comme inacceptable l'offre dont le prix est manifestement excessif au regard des prix pratiqués sur le marché



Tribunal Administratif de Caen, 9 avril 2021, Société LCH Medical products, req. n° 2100600



Contexte : Le prix 11 fois plus élevé d'un candidat par rapports aux autres a fortement impacté la notation du critère prix, bien que la formule de notation retenue soit légale



Incidences opérationnelles :

- ✓ Veiller à ce que la formule de notation du critère prix retenue ne crée pas des écarts de notes incohérents
- ✓ Dans cette hypothèse, les offres élevées doivent être écartées avant la notation

Une vigilance similaire s'impose pour des offres anormalement basses lors d'utilisation de la règle de trois



Méthode de notation

➤ *La méthode du coût global*

Ce qu'il faut retenir :

Au plus tard le 1^{er} janvier 2025, l'Etat met à la disposition des pouvoirs adjudicateurs des outils opérationnels de définition et d'analyse du coût du cycle de vie des biens pour les principaux segments d'achat



Article 36 de la loi n° 2021-1104 du 22 août 2021 Climat & Résilience



Incidences opérationnelles :

- ✓ Compte-tenu de la technicité et des difficultés à utiliser le critère du coût global, ces outils seront les bienvenus
- ✓ L'utilisation d'un critère « coût du cycle de vie » en lieu et place du critère prix sera-t-il considéré comme un critère environnemental au sens de la loi ?

Publication de ces outils à surveiller



Partie n° 4 :

Evolution des règles en matière de recours contentieux



Recours contentieux

➤ Offre irrégulière et contestation de l'attribution

Ce qu'il faut retenir :

La circonstance que l'offre du concurrent évincé (...) soit irrégulière, ne fait pas obstacle à ce qu'il puisse se prévaloir de l'irrégularité de l'offre de la société attributaire du contrat en litige



Conseil d'Etat, 27 mai 2020, Société Clean Building, req. n° 45982



Contexte : Un candidat évincé pour irrégularité de son offre, conteste l'attribution du marché à un candidat dont l'offre est également irrégulière



Incidences opérationnelles :

- ✓ L'attribution d'un marché à une offre irrégulière reste toujours risquée, même lorsque les offres des autres candidats sont également irrégulières
- ✓ Il n'est pas nécessaire que la cause d'irrégularité soit commune entre le requérant et l'attributaire

Premier coup portée à la jurisprudence « SMIRGEOMES » sur l'intérêt lésé du requérant



Recours contentieux

➤ Vers la fin de la jurisprudence **SMIRGEOMES** ?

Ce qu'il faut retenir :

Le soumissionnaire évincé est en droit de soulever tout moyen contre la décision d'admission d'un autre soumissionnaire, y compris ceux qui ne présentent pas de lien avec les irrégularités en raison desquelles son offre a été exclue



Cour de Justice de l'Union Européenne, 24 mars 2021, LDK Symvouloi Michanikoi AE, req. n° C-771/19



Contexte : Un candidat évincé pour irrégularité de son offre, conteste l'attribution du marché pour manquement de l'acheteur dans la méthode de notation des offres



Incidences opérationnelles :

- ✓ Le simple fait que l'offre du candidat évincé soit irrégulière ne suffit plus pour écarter son recours
- ✓ La Cour fait référence à un « intérêt légitime équivalent »
- ✓ Le manquement doit-il encore priver le requérant de la possibilité d'emporter le marché ?

Assouplissement ou fin de la jurisprudence « SMIRGEOMES » ?



Recours contentieux

➤ **Recours à l'encontre des avenants**

Ce qu'il faut retenir :

Dans le cas où est contestée la validité d'un avenant à un contrat, la détermination du régime de la contestation est fonction de la date de signature de l'avenant, un avenant signé après le 4 avril 2014 devant être contesté dans les conditions prévues par la décision [Tarn et Garonne] quand bien même il modifie un contrat signé antérieurement à cette date



Conseil d'Etat, 20 novembre 2020, Association Trans'Cub et autres, req. n° 428156



Contexte : Une association forme un RPJ contre la validité d'un avenant à une DSP signée en 1992



Incidences opérationnelles :

- ✓ Le Conseil d'Etat rappelle que les avenants peuvent également faire l'objet d'un recours en contestation de leur validité : le recours « Tarn et Garonne » ne concerne pas que le contrat initial, mais aussi ses modifications
- ✓ Ce RPJ ne s'applique toutefois qu'aux avenants signés après la date de la décision « Tarn et Garonne » (avant, régime du REP sur les actes détachables)

Un petit rappel que les avenants ne relèvent pas d'un régime d'impunité



➤ **Risque de requalification en Concession**

Ce qu'il faut retenir :

Les contrats (...) ont pour objet de confier à leur titulaire l'enlèvement des véhicules abandonnés dans les parcs de fourrière [automobile] (...). Le service ainsi rendu par les entreprises (...) ne fait l'objet d'aucune rémunération sous la forme d'un prix (...). Dans ces conditions, ces conventions, qui prévoient que la rémunération du service rendu prend la forme du droit d'exploiter les véhicules abandonnés et qui transfèrent (...) le risque inhérent à cette exploitation, présentent le caractère de concessions de service



Conseil d'Etat, 9 juin 2021, Ville de Paris, req. n° 448948 et 448949



Contexte : Contestation de la qualification juridique du contrat : marché, concession ou convention libre ?



Incidences opérationnelles :

- ✓ La création en 2016 de la catégorie des concessions de service bouscule la qualification historique des contrats
- ✓ La catégorie des marchés par abandon de recettes tend à disparaître au profit des concessions de services
- ✓ Critères déterminants : un besoin (même indirect) de l'acheteur, l'absence de paiement direct, des conditions d'exploitation précises, le transfert d'un risque d'exploitation

Fin de la veille juridique

Des questions ??





Partie n° 5 :

Focus sur la mise en oeuvre de la réforme des CCAG

Partie n° 4 :

Focus sur la réforme des CCAG

Présentation générale

FORMATION

**ACTUALITÉ JURIDIQUE DES
MARCHÉS PUBLICS**



Réforme des CCAG

➤ **Les CCAG, c'est quoi ?**

- ✓ Documents de référence de type « conditions générales de vente », fixant les principales modalités administratives et financières d'exécution des marchés
- ✓ Elaborés par l'Etat à l'attention de tous les acheteurs (version antérieure : 2009)
- ✓ Utilisation facultative ; si utilisés, ils doivent être complétés par des informations et des pratiques propres à l'acheteur

➤ **Les CCAG, comment ça marche ?**

- ✓ Un seul CCAG peut servir de référence pendant l'exécution d'un marché
- ✓ Parmi les pièces d'un marché, le CCAP précise les conditions particulières d'exécution du contrat et renvoi, pour le reste, à un CCAG nommément désigné
- ✓ Si les informations dont l'acheteur a besoin ne figurent pas dans le CCAP, alors il applique le CCAG

➤ **Quels sont les CCAG?**

- ✓ Fournitures & Services Courants (FCS)
- ✓ Travaux (Tx)
- ✓ Prestations Intellectuelles (PI)
- ✓ Technologie de l'information et des communications (TIC)
- ✓ Maîtrise d'œuvre (MOE)
- ✓ Marchés industriels (MI)

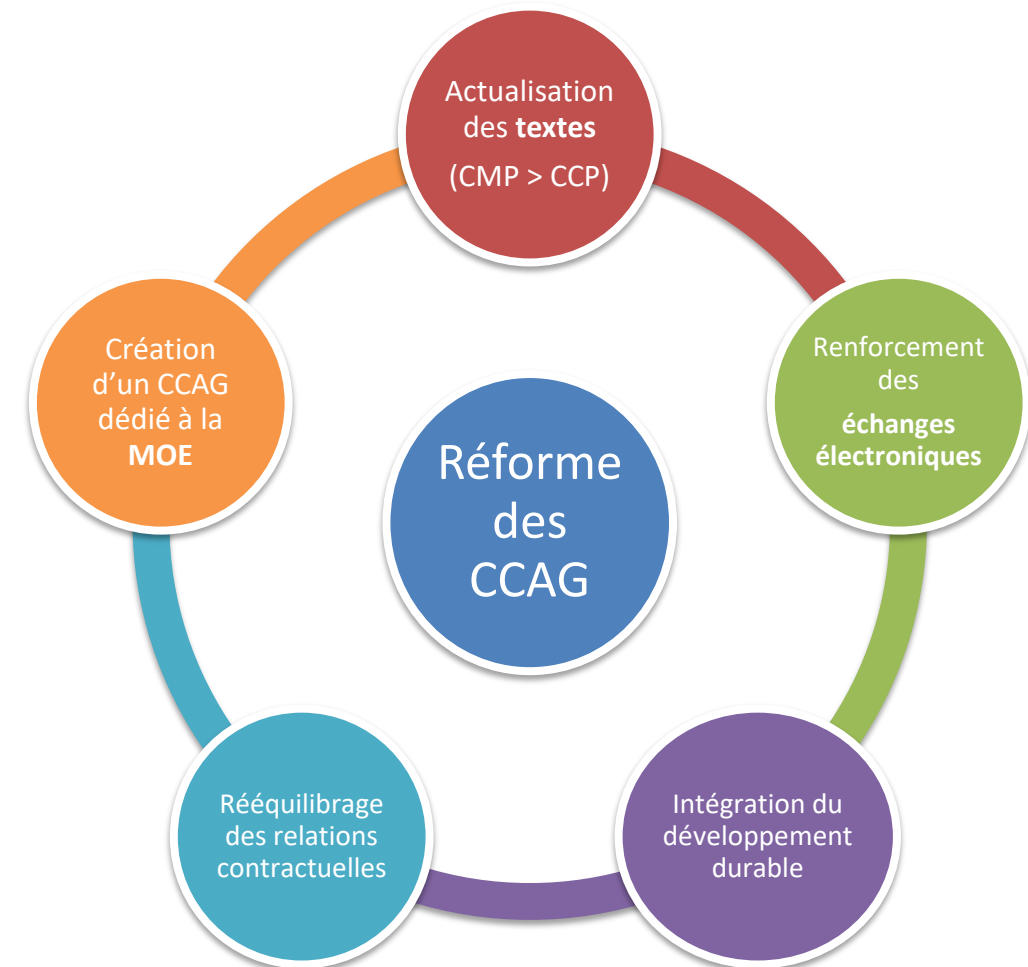


Réforme des CCAG

Actualité juridique Marchés Publics – Septembre 2021

➤ Les objectifs de la réforme

- 📄 *Remplacent les CCAG actuels*
- 📄 *A partir du 1^{er} octobre 2021*
- 📄 *Implique une refonte complète des modèles de CCAP*





Réforme des CCAG

➤ *La mise en œuvre de la réforme*



Actualité juridique Marchés Publics – Septembre 2021

Partie n° 4 :

Focus sur la réforme des CCAG

Quelques incidences notables

FORMATION

**ACTUALITÉ JURIDIQUE DES
MARCHÉS PUBLICS**



➤ Développement de la dématérialisation

Ce qu'il faut retenir :

Les CCAG s'adaptent à la dématérialisation :

- Possibilité de notification par voie électronique des décisions prises en cours d'exécution
- Suppression de la signature des OS et bons de commande
- Adaptation des textes à la facturation électronique



Incidences opérationnelles :

- ✓ Les méthodes d'échanges utilisées doivent permettre d'assurer de manière certaine la réception des documents (utilisation des mails non fiable)
- ✓ Incite à dématérialiser toute la chaîne (signature et archivage) pour simplifier la gestion des flux
- ✓ Vigilance sur les canaux de réception pour ne pas manquer une information importante



Recommandations :

- ✓ A minima, les décisions défavorables et les réclamations des entreprises doivent être transmises via le Profil d'acheteur ou par recommandé postal (exclusion du mail)
- ✓ Les OS et les bons de commandes doivent être signés par une personne habilitée



➤ Protection des titulaires

Ce qu'il faut retenir :

Les CCAG renforcent la protection des titulaires face aux sanctions :

- *Plafonnement des pénalités et augmentation du montant de la franchise*
- *Développement du contradictoire avant chaque sanction*
- *Renforcement des clauses protectrices en cas d'aléas*



Incidences opérationnelles :

- ✓ Le rééquilibrage envisagé par les CCAG paraît trop à l'avantage des entreprises alors même que, dans certains secteurs, les règles antérieures apportaient déjà une protection importante
- ✓ Des dispositifs qui peuvent manquer de souplesses et de réactivité



Recommandations :

- ✓ Dérogation globale au régime des pénalités prévu par les CCAG
- ✓ Réduction des délais des phases contradictoires



➤ **Classification des ordres de service en travaux**

Ce qu'il faut retenir :

Les CCAG Travaux et MOE organisent une classification des OS :

- OS pris par le MOA
- OS pris par le MOE, après visa du MOA
- OS pris à la seule initiative du MOE



Incidences opérationnelles :

- ✓ La répartition des rôles doit être clairement établie (risque d'inopposabilité d'un OS pris par le mauvais acteur)
- ✓ Responsabilise le MOE sur les OS le concernant
- ✓ Rappel de l'interdiction des OS non valorisé financièrement



Recommandations :

- ✓ Réserver les OS les plus importants au MOA (démarrage du chantier, modification technique majeure, ...)
- ✓ Exclure des OS les travaux supplémentaires (à acter par voie d'avenant)



➤ **Intégration du Développement Durable**

Ce qu'il faut retenir :

Les CCAG intègrent une dimension sociale et environnementale :

- *Mention d'obligations environnementales à la charge du titulaire, sous peine de sanctions*
- *Valorisation et traitement des déchets*
- *Incitation aux clauses d'insertion professionnelle (avec proposition de clause)*



Incidences opérationnelles :

- ✓ Ces clauses n'ont pas de portée autonome : les pièces particulières du marché doivent fixer les obligations attendues du titulaire
- ✓ Il faut bien articuler ces clauses avec d'éventuels critères sociaux ou environnementaux



Recommandations :

- ✓ Les marchés susceptibles de soutenir une dimension sociale sont fléchés par la DCP
- ✓ Chaque service doit s'approprier les enjeux environnementaux propres à son secteur

Fin de la formation

**Des questions
??**



Fin de la formation

**Merci de votre
attention**

