Actualité de la commande publique

Jurisprudences significatives

2020 – 2022 et autres

Association des Acheteurs Publics

Mai 2022

Journée actualité 2021

Sélection de jurisprudences

Jurisprudences - sommaire

Sélection de jurisprudences

- Préparation de la consultation, modalités de consultation, organisation de la publicité
- Jurisprudences sur les accords-cadres
- Redressement judiciaire et marchés publics
- Notation des offres
- Les critères de jugement des offres
- Notation des offres
- Offres irrégulières - régularisation des offres
- Les offres anormalement basses
- Compétences de la CAO
- Variante au cours de la négociation
- Mise au point du marché
- Auto-déclaration d'exclusivité du titulaire
- Refus de communiquer les documents relatifs à un marché
- Exécution du marché

Sélection de jurisprudences

Préparation de la consultation, modalités de consultation, organisation de la publicité

MAPA : Modalités de consultation suffisantes

- **Le contexte :** construction d'une salle multifonctions à vocation sportive et d'expression corporelle ; coût des travaux estimé à 1 250 000 € HT,
- Montant prévisionnel du marché inférieur à 90 000 euros HT.
- Le juge s'assure des modalités suffisantes de publicité.
- La Cour d'Appel de Nancy reconnait à l'Ordre des Architectes légitimité pour conduire un recours considérant son objet.
- Elle annule l'attribution du marché de maîtrise d'œuvre qui n'avait fait l'objet que de la saisine directe de 3 candidats.
- Conséquence : le marché de maîtrise d'oeuvre est annulé.

CAA de Nancy N° 16NC01209 du 28 décembre 2017 Ordre des architectes C/ commune de Vigy

Attention à la rédaction de l'avis d'appel à la concurrence

- **L'avis de publicité en appel d'offres doit être très précis** au regard des formulaires européens. Ainsi la rubrique *« Quantité ou étendue du marché »* doit indiquer l'importance quantitative des prestations envisagées : *« valeur estimée HT du marché ou fourchette exprimant cette valeur »*.
- **En l'espèce**, l'avis indiquait la nature des prestations de chaque lot sans faire état de donnée quantitative sur l'ampleur des prestations même si le RC comportait davantage de précisions.
- En outre, la rubrique « modalités essentielles de financement et de paiement et/ou références aux textes les réglementant » ne précisait pas « la nature des ressources mobilisées pour financer l'opération (ressources propres, ressources extérieures, modalités de règlement du prix) ».
- Le juge rejette la demande d'annulation au motif que les vices invoqués n'ont pas pour effet de conférer au contrat litigieux un contenu illicite, ni de l'affecter d'un vice de consentement.

CAA de Marseille, 6e chambre, 15 juin 2020, n° 19MA03034

MAPA et délai suffisant

- **En procédure adaptée, l'acheteur doit tenir compte de tous les éléments du marché pour fixer un délai de remise des offres suffisant afin de ne pas limiter l'accès des candidats à la procédure.**
- Procédure de passation d'un marché de maîtrise d'œuvre afin d'aménager une halte-garderie.
- Un candidat évincé réclame l'annulation du marché et l'indemnisation du préjudice subi du fait du rejet de son offre.
- La CAA de Paris indique que si aucune disposition n'imposait à l'acheteur, dans le cadre de la procédure adaptée, un délai minimal de remise des offres, il aurait dû fixer un délai permettant d'assurer une mise en concurrence effective
- Le **délai de 14 jours**, dont 10 jours ouvrés, calculé de la publication à la date limite de réception des offres (dont 7 jours seulement restaient après la visite obligatoire des lieux) était insuffisant pour élaborer une offre.

CAA Paris, 17/01/2020, n° 18PA01035

MAPA constitué d'un devis

- **Quand la seule pièce contractuelle est un devis… Faits**

- Une commune a signé un devis de 46.532,88 €. pour l'achat de 700 chaises . Dès les 1ères utilisations, il est apparu difficile d'empiler les chaises, ces difficultés engendrant leur altération prématurée. La commune a saisi le juge en se basant sur le «*cahier des charges - achat des tables et chaises* »- qui prévoyait la livraison de chaises empilables par 10.

- **Décision du juge**

« Le marché litigieux, qui présente le caractère d'un marché de fournitures, a été passé selon une procédure adaptée. Or, le code des marchés publics permettait à la commune, de négocier avec la société M, cette négociation pouvant porter sur tous les éléments de l'offre, et notamment sur les caractéristiques techniques des chaises. Par suite, il résulte de l'instruction que le devis signé et accepté par la commune, …doit être regardé comme la seule pièce constitutive du marché. »

Dans le cadre de petits marchés, l'acheteur public n'est pas « protégé » contractuellement : veiller à vérifier la clarté du devis + références au CCAG.

CAA Nantes, 16 octobre 2020, Saint-Léger-sous-Cholet, n° 19NT049408

MAPA et support suffisant

La Cour d'appel de Grenoble, à l'occasion d'une affaire portée au pénal par le Procureur de la République de Gap, rappelle la liberté dont peut jouir l'acheteur dans le choix de son support de publicité dans le cadre d'un marché à procédure adaptée.

Le contexte : la publication d'un marché de maîtrise d'œuvre d'un montant de 50 000 € uniquement sur un profil acheteur.

Les juges d'appel considèrent que « la publicité réalisée sur le site achatpublic.com doit être considérée comme suffisante, compte tenu de la notoriété de ce site''.

Décision de la Cour d'appel de Grenoble (15 mars 2022, n° 21/00855)

Marché public ou pas ?

- **La fourniture par une société de vêtements et d'équipements est un marché public**
- L'acheteur ne peut accepter la fourniture gracieuse de matériel portant des messages publicitaires.
- En effet, lorsqu'elle répond à un besoin des services opérationnels, la fourniture de vêtements et d'équipements correspond à un marché public, quand bien même la contrepartie consisterait en l'octroi par le prestataire, d'avantages permettant à l'acheteur de réaliser une opération à caractère publicitaire.
- **Rappelons que le caractère onéreux d'un marché public ne se traduit pas nécessairement par le versement d'une somme d'argent ;** il peut consister en une contrepartie ou un avantage direct accordé pour obtenir la prestation commandée, tel un abandon de recettes.

CE, 04/11/2005, n° 247298

Sélection de jurisprudences

Le recours à la procédure avec négociation ou au dialogue compétitif

Le recours à la procédure avec négociation doit être justifié

- **Précisions sur les conditions dans lesquelles un acheteur peut valablement recourir à la procédure avec négociation (CCP, art.L.2124-3,R.2124-3et-4)**
- Les acheteurs ne peuvent recourir à la procédure avec négociation que dans les cas limitativement énumérés par l'article R. 2124-3 du CCP.
- Il en ressort qu'une procédure avec négociation ne peut pas être mise en œuvre pour des prestations standardisées – autrement dit des prestations « sur étagère » ou « sur catalogue » –, sauf à ce que ces prestations ne puissent être réalisées qu'au prix d'une adaptation des solutions immédiatement disponibles ce qui n'est pas le cas de prestations répondant à des normes réglementaires.

CE,7octobre2020,OPH Lyon Métropole Habitat,n°440575

Le recours au dialogue compétitif doit être justifié

- Le contexte : un groupe hospitalier a mis en œuvre un dialogue compétitif pour attribuer un marché ayant pour objet la location de télévisions avec infogérance intégrée. Le recours à cette procédure était justifié par la complexité de l'opération.

- *« Pour spécifiques et précises que soient les exigences du groupe hospitalier, et pour particulier que puisse être le déploiement des prestations en multisites, il ne résulte pas de l'instruction que le marché impliquait nécessairement l'adaptation de solutions disponibles, le développement ad hoc d'une solution innovante ou la réalisation préalable de prestations de conception. Il n'en résulte pas davantage que le marché présentait des caractéristiques particulières liées à sa nature, sa complexité ou au montage juridique et financier ou en raison des risques qui s'y rattachent, requérant une négociation préalable, ni que le pouvoir adjudicateur n'était pas en mesure d'en définir les spécifications techniques avec une précision suffisante.*

- *Dans ces circonstances, c'est au prix d'un manquement à ses obligations de publicité et de mise en concurrence que le groupe hospitalier a fait usage de la procédure de dialogue compétitif pour passer le marché en litige de location de télévisions ./…»*.

- *TA Rennes, ord. 20 juillet 2021, Sté Télécom services, n°2103274*

Sélection de jurisprudences

Modalités de consultation
Recours aux mini-lots

Modalités de consultation : recours aux « mini lots » (1)

Validation du recours aux « mini lots » conclus sans mise en concurrence prévus par l'art R.2122-8 du code de la commande publique

- Le contexte : le département du Jura avait décidé de créer un festival musical en plein air, et avait mis en œuvre un certain nombre de procédure de passation alloties (prestations techniques, prestations sanitaires…).
- Selon l'art R.2122-8 « l'acheteur peut passer un marché sans publicité ni mise en concurrence [...] pour les lots dont le montant est < à 40 000 € HT (1) si le montant cumulé de ces lots n'excède pas 20 % de la valeur estimée de tous les lots du marché, condition prévue à l'article R.2123-1 - 2°-b.
- Si, auparavant, il était possible de recourir aux « petits lots » en procédure adaptée pour certains lots d'une procédure formalisée, le code permet aussi de conclure ces « mini lots » sans publicité ni mise en concurrence.

TA Besançon, ord. 27 juillet 2019, Sté No Logo Productions n°1901145

(1) Seuil de 25 000 € porté à 40 000 € HT

RAYSSAC AVOCATS
Avocats au Barreau de Paris

Modalités de consultation : recours aux « mini lots » (2)

Validation du recours aux « mini lots »

- 2 contrats avaient été conclus directement avec une entreprise pour la programmation artistique et la billetterie, sans publicité ni mise en concurrence. Un concurrent a saisi le TA (les marchés n'ayant fait l'objet d'aucune publicité) en faisant valoir qu'ils avaient été conclus irrégulièrement.

- Le juge donne raison à l'acheteur en raisonnant en trois temps :
  1. le montant total des prestations fait que ces marchés devaient être en principe conclus après mise en concurrence.
  2. le code permet de conclure des mini lots sans publicité ni mise en concurrence préalable.
  3. les 2 contrats remplissent bien les conditions prévues à l'article R.2122-8 du code, et aucune irrégularité ne saurait donc être reprochée à l'acheteur.

TA Besançon, ord. 27 juillet 2019, Sté No Logo Productions n°1901145

RAYSSAC AVOCATS
Avocats au Barreau de Paris

Sélection de jurisprudences

Conflit d'intérêt

Conflit d’intérêt

- **Le fait d'avoir activement participé à la procédure** ayant abouti à l'attribution d'un marché à une société dans laquelle il détient 50% des parts sociales et dont son épouse est gérante, caractérise un conflit d'intérêts et constitue, par sa nature, un grave manquement aux devoirs de probité et d'intégrité.
- L’agent était en charge de la passation des marchés publics, dont l'analyse des offres, la rédaction des cahiers des charges et rapports d'analyse.
- Les agents du service, ont suivi la grille d'analyse confectionnée par l’agent, lequel a ensuite révisé ladite analyse en vue d'en maquiller l'objectivité.
- Alors même que l'infraction de détournement de fonds n'est pas constituée, les agissements de M. C... ont porté atteinte à l'intérêt public s'attachant à ses fonctions, et constitue une faute de nature à justifier une sanction.

CAA de BORDEAUX, 3ème chambre, 12/07/2021, 19BX00966,

Manquement au principe d'impartialité

- Par un arrêt en date du 25 novembre 2021, le Conseil d'État prononce pour la première fois l'annulation d'un accord-cadre pour manquement au principe d'impartialité du fait d'un conflit d'intérêt.
- « *La méconnaissance de ce principe d'impartialité était par elle-même constitutive d'un vice d'une particulière gravité justifiant l'annulation du contrat à l'exclusion de toute autre mesure* »
- *(CE 25 novembre 2021, n°454466, Collectivité de Corse).*

Sélection de jurisprudences

Jurisprudences sur les accords-cadres

Accord-cadre à marchés subséquents : les précisions du Conseil d'Etat

- **Précisions importantes sur les obligations qui pèsent sur les acheteurs.**

1. Le Conseil d'Etat affirme que la procédure de passation de l'accord-cadre à marchés subséquents doit prévoir, dès l'origine, les modalités d'attribution des marchés subséquents (critères de choix et pondération). Et ce quand bien même le marché serait mono-attributaire. Le fait *« qu'un accord-cadre soit conclu avec un seul opérateur n'implique pas que son titulaire bénéficie de l'octroi automatique des marchés subséquents ./… Aucune disposition du code ni aucun principe ne fait en effet obstacle à ce que les offres remises par le titulaire ./…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 ».*

- 2. Le Conseil d'Etat confirme la possibilité de lancer, simultanément, la procédure de passation de l'accord-cadre et celle visant à l'attribution du 1er marché subséquent, à la condition d'identifier clairement, dans le règlement, les 2 étapes (attribution de l'accord-cadre mono-attributaire et attribution du marché subséquent) et (ii) d'attribuer l'accord-cadre sans prendre en compte les offres remises pour le 1er marché.

CE, 6 novembre 2020, Métropole Européenne de Lille, n°437718

Marchés de services juridiques- addition des prix unitaires

- **La méthode additionnant des prix unitaires est irrégulière**

- **Le contexte :** marché de service juridique. L'acheteur avait décidé, pour la mise en œuvre du critère du prix, d'additionner les 9 prix unitaires proposés par les candidats pour des prestations très différentes (consultations juridiques, représentation en justice ou assistance dans le cadre de règlement des différends, sans leur appliquer aucune pondération ni tenir compte des quantités prévisionnelles.

- **L'offre proposant la somme des PU la plus basse se voyait attribuer la meilleure note,** Eu égard à la diversité des prestations et à l'écart très important des prix unitaires, cette méthode, qui renforçait l'importance des PU les plus élevés dans la notation alors même que le nombre prévisible de prestations correspondantes était faible, était de nature à priver de sa portée ce critère, et susceptible de conduire à ce que la meilleure note ne soit pas attribuée à la meilleure offre. La commune a méconnu ses obligations de publicité et mise en concurrence en retenant une telle méthode ;

- La société Charrel et associés est fondée à demander l'annulation de la procédure de passation des lots n°s 1 et 5 du marché en litige, au stade de l'examen des offres.

CE, 13 novembre 2020, Commune de Perpignan, n°439525

Offre du candidat inférieure au montant minimum

- **L’offre du candidat, inférieure au montant minimum fixé au règlement de consultation est régulière.**
- «Une offre ne saurait être regardée comme ne respectant pas les exigences du règlement de la consultation au seul motif que le prix qu’elle propose est inférieur au montant minimum de l’accord-cadre figurant dans le règlement de la consultation»

- *(Conseil d'État, 7ème chambre, 24/12/2020, 445078, Inédit au recueil Lebon)*

Offre du candidat supérieure au montant maximum

- **L'offre du candidat supérieure au montant maximum doit être regardée comme irrégulière.**
- Le cahier des charges prévoyait un maxi de 1 000 000 € . Or l'offre d'un candidat dépassait ce montant. Le TUE considère que le dépassement de ce seuil constitue une méconnaissance des conditions de l'appel d'offres et un non respect des principes de transparence et d'égalité de traitement des candidats.
- *Tribunal de l'union européenne 7 Décembre 2020 T536/19*

Obligation de prévoir un montant maximum de prestations dans un accord-cadre

- **L'absence de valeur maximale contractuelle constituerait une utilisation abusive de la technique des accords-cadres** puisqu'elle pourrait conduire l'acheteur à passer des commandes pour un montant beaucoup plus important qu'indiqué dans l'avis de marché. Cela caractériserait une modification substantielle au bénéfice du titulaire par rapport aux conditions initiales de mise en concurrence
- L'avis de marché (ou le cahier des charges) doit indiquer la quantité et/ou la valeur estimée ainsi qu'une quantité et/ou une valeur maximale des produits à fournir en vertu d'un accord-cadre de manière globale et que cet avis peut fixer des exigences supplémentaires que le pouvoir adjudicateur déciderait d'y ajouter.
- *CJUE 17 juin 2021, Simonsen & Weel A/S c/ Region Nordjylland og Region Syddanmark, Aff. C-23/20*

Interdiction des accords-cadres sans maximum : confirmation du Conseil d'Etat

- Le Conseil d'Etat se prononce sur un accord-cadre sans maximum. Verdict : les accords-cadres sans maximum sont proscrits.

- A l'appui de la décision de la CJUE du 17 juin 2021, C-23/20, le Conseil d'Etat déclare que : « *pour tout appel à concurrence relatif à un marché destiné à être passé sous la forme d'un accord-cadre qui, eu égard à son montant, entre dans le champ d'application de cette directive [2014/24 du 26 février 2014], l'avis doit comporter la mention du montant maximal en valeur ou en quantité, cette indication pouvant figurer indifféremment dans l'avis de marché ou dans les documents contractuels librement accessibles à toutes les personnes intéressées*».

- **Conclusion : pas d'application différée dans le temps de cette interprétation**.

CE 3 février 2022, Société Fore Iles du Nord, req. n° 457233

Accord-cadre à marchés subséquents et absence de critère prix

- **Un accord-cadre à marchés subséquents peut-il être conclu sans le critère prix même si ce critère est présent dans l'analyse des marchés subséquents?**
- Non. L'acheteur se fonde pour attribuer un marché soit :

  -Sur un critère unique sous la forme d'un critère «Prix» des prestations

  -Sur une pluralité de critères dont le prix et la valeur technique

  Le prix doit donc toujours figurer comme élément d'appréciation d'une offre remise.

- Le TA confirme l'application de cette règle aux accords-cadres à marchés subséquents. Le prix doit figurer parmi les critères de sélection des offres (1) sous peine de voir l'accord-cadre annulé, et par conséquence ses marchés subséquents. L'acheteur peut reprendre un critère d'analyse identique, mais ne peut se contenter de reprendre un élément déjà apprécié dans l'offre remise pour l'accord-cadre pour analyser une offre remise dans un marché subséquent.
- **Conseil pratique :** veiller à renseigner précisément les critères de sélection des offres, d'une part pour l'accord-cadre, d'autre part, pour les marchés subséquents (2)

(1) TA Bordeaux, 8 février 2021, n° 1905986, 1906275

(2) CAA de NANCY, 4ème chambre, 16/06/2020, 18NC03163,

Marchés subséquents et critères d'attribution : reprise de la note technique initiale validée

- **La Cour Administrative d'Appel de Bordeaux valide la pratique liée à la reprise de la note technique attribuée lors de la mise en concurrence de l'accord-cadre pour la notation des offres des marchés subséquent.**
- Cette décision contredit la position restrictive du TA de Bordeaux.
- **Possibilité de reprendre la note technique attribuée lors de la mise en concurrence initiale**. La seule circonstance que la remise en concurrence, au stade du marché subséquent, s'effectue, de facto, sur le fondement du seul critère du prix, les notes obtenues par chacune des entreprises retenues à l'issue de l'accord-cadre leur étant conservées, ne contrevient pas aux dispositions de l'article R. 2162-10 du CCP et n'est pas davantage de nature à conduire au choix d'une offre qui ne serait pas économiquement la plus avantageuse, en l'absence, notamment, de toute variation des caractéristiques des prestations attendues entre l'étape de l'accord-cadre et celle du marché subséquent
- (*CAA de BORDEAUX, 02/12/2021, 21BX01447, Inédit au recueil Lebon)*

De l’obligation d’utiliser a minima le critère prix.

- **Le contexte :** travaux de mise en sécurité et de réparation de bâtiments départementaux - accord-cadre multi-attributaires avec marchés subséquents
- **Critère d’attribution :** critère valeur technique des offres, divisé en 4 sous-critères (moyens humains et techniques mis à disposition, organisation pour la gestion des chantiers, moyens mis en œuvre en cas de simultanéité des commandes et actions en matière de développement durable).
- **Le critère « prix » n’avait donc pas été retenu.** Le tribunal rappelle l’article R.2152-7 du CCP et précise qu’*« il résulte de ses dispositions que, pour l’attribution d’un marché, le prix ou le coût doit figurer parmi les critères de sélection, soit comme critère unique, soit combiné avec d’autres critères /…/ Un accord-cadre /…/ étant un marché au sens du code de la commande publique, est, par suite soumis /…/au respect de ces dispositions et le critère du prix ou du coût doit être utilisé pour l’attribution tant de l’accord-cadre que du marché subséquent ».* La procédure est annulée dans sa totalité.
- **Le prix doit donc toujours figurer pour l’attribution d’un accord-cadre.**
- *TA Rennes, ord. 29 novembre 2021, Sté Lucas Rennes, n°2105650*

Sélection de jurisprudences

L’analyse des candidatures et des offres

Motif d'exclusion

Les agissements d'un candidat au cours de procédures de passation antérieures peuvent justifier l'exclusion par l'acheteur

- Un acheteur peut, pour mettre en œuvre la procédure d'interdiction de soumissionner contre un opérateur, se fonder sur le comportement de celui-ci dans la procédure de passation en cause ou dans d'autres procédures récentes (art. L. 2141-8 du code de la commande publique).

- Le Conseil d'État estime que « *ces dispositions permettent aux acheteurs d'exclure de la procédure une personne qui peut être regardée.[..], comme ayant, dans le cadre de la procédure en cause ou d'autres procédures récentes, entrepris d'influencer la prise de décision et qui n'a pas établi, en réponse à la demande que l'acheteur lui a adressée, que son professionnalisme et sa fiabilité ne peuvent plus être mis en cause et que sa participation à la procédure n'est pas de nature à porter atteinte à l'égalité de traitement entre les candidats.* »

CE 24 juin 2019, Société EGBTI, req. n°428866, au Recueil

Candidat irrégulièrement évincé : indemnisation du manque à gagner

- **Dans le cadre d'un marché reconductible, le manque à gagner d'un candidat écarté à tort se détermine sur la durée du contrat initial.**
- Le juge recherche si le candidat évincé avait des chances sérieuses de remporter le marché, auquel cas, il sera indemnisé de son manque à gagner. Le Conseil d'État précise également le calcul de l'indemnisation.
- **Appréciation du caractère certain du préjudice**
- Le Conseil d'État précise que « *lorsqu'il est saisi par une entreprise qui a droit à l'indemnisation de son manque à gagner du fait de son éviction irrégulière, il appartient au juge d'apprécier dans quelle mesure ce préjudice présente un caractère certain* ».
- Il ajoute que « *dans le cas où le marché est susceptible de faire l'objet d'une ou plusieurs reconductions, le manque à gagner ne revêt un caractère certain qu'en tant qu'il porte sur la période d'exécution initiale, et non sur les périodes ultérieures résultant d'éventuelles reconductions.* »

CE, 2 décembre 2019, n°423936, mentionné au recueil Lebon

Candidature rejetée pour être « trop compétent » ?

- Dans le cadre d'une procédure restreinte, seules les meilleures candidatures sont retenues. **L'acheteur doit donc, mettre en œuvre des critères de sélection des candidatures fondés sur les capacités techniques, financières et professionnelles des candidats.**
- Mais peut-on voir sa candidature moins bien notée, et donc écartée comme ne faisant pas partie des meilleures candidatures, parce que le dossier fait apparaître une trop forte compétence ?
- Le TA de Nancy sanctionne l'acheteur. « *il résulte de l'instruction que la candidature du groupement a été jugée comme étant très faiblement en adéquation avec le projet au motif, d'une part, que les effectifs des membres du groupement, affectés à l'opération seraient trop élevés par rapport à l'envergure du projet, ce qui pourrait avoir une incidence sur le montant de la rémunération et conduirait à un dépassement probable des ./…honoraires de maîtrise d'œuvre et, d'autre part que l'un des membres du groupement dispose d'une compétence non demandée.*
- *TA Nancy, ord. 31 janvier 2022, Sté Espace Architecture, n°2200076*

Caractère obligatoire du règlement de la consultation

- **Le Conseil d'État rappelle que les candidats à l'attribution d'un contrat de concession doivent respecter les exigences imposées** par le règlement de la consultation et ne peuvent être exonérés de cette obligation que dans l'hypothèse où l'une de ces exigences est manifestement dépourvue de toute utilité.

- L'article L 3123-21 du Code de la commande rappelle que ne sont pas admis à participer à la suite de la procédure de passation du contrat de concession, les candidats qui produisent une candidature incomplète par rapport aux exigences du règlement de la consultation.

- Ainsi, le Conseil d'État estime que l'obligation imposée aux candidats de déposer une version sur support numérique des dossiers de candidature n'est pas une formalité inutile.

CE 22 mai 2019, Sté Corsica Ferries, req.n°426763

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

Faits : un RC prévoit un critère 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 DCE :
  - **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'entraine 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 est prévue par le RC alors que **l'exigence formulée est nécessaire** ; alors l'offre doit être rejetée dans son ensemble

CE, 20 septembre 2019, 7ème - 2ème chambres réunies n° 421075

LexCase

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

Arbre de décision en cas de doutes

CONTEXTE :

Une offre ne remplit pas toutes les exigences du RC alors que le RC prévoit, dans ce cas, d'appliquer la note de 0. Quelle est la valeur de cette exigence dans le cadre de l'analyse des offres ?

Cette exigence est **manifestement inutile** dans l'appréciation de l'offre

Cette exigence est utile dans l'appréciation de l'offre

L'information est **nécessaire** dans l'appréciation de l'offre

L'information **n'est pas nécessaire** dans l'appréciation de l'offre

Hypothèse #1

L'acheteur doit considérer cette offre comme régulière et l'analyser comme les autres candidats

Hypothèse #2

L'acheteur est dans l'obligation de qualifier l'offre incomplète et donc irrégulière

Hypothèse #3

L'acheteur attribue à cette offre sur le critère en cause la note de 0

Transmettre le BPU au format Excel si cela est exigé !

- Dans le cadre d'un appel d'offres, le règlement de consultation exigeait la remise du BPU (et du DQE) au format Excel, requête compréhensible car facilitant l'extraction et la comparaison des offres des candidats.
- Or, un candidat a transmis lesdits documents au format PDF. Son offre est éliminée, ce qu'il décide de contester.
- Les juges vont valider le rejet : *« En l'espèce, l'offre, que les candidats pouvaient déposer, devait comporter, pour chaque lot, en application du règlement de la consultation, le bordereau des prix unitaires (BPU) et le détail quantitatif estimatif (DQE), en format « Excel», ce qui facilite et sécurise ./… l'extraction des données financières des offres. Or, ./…les documents que le candidat a transmis, ./…par voie dématérialisée pour le lot n°1, ne comportaient que des pièces sous format « PDF ».*

- *TA Montpellier, 29 octobre 2020, « Société Transmanudem », n°2004498*

Jugement des offres et conditions de réalisation d'un marché antérieur

Le jugement des offres doit se fonder sur leurs qualités intrinsèques.

- Le rapport d'analyse des offres comportait des commentaires assortis de signes d'appréciations (+++ ou ++) relatifs à la manière dont l'attributaire avait exécuté le précédent marché. Le juge considère que ces annotations *« ne peuvent être regardées comme incidentes et étrangères à l'évaluation des offres.*

- L'offre ayant été examinée « *sur le fondement de considérations, sans rapport avec les qualités intrinsèques de l'offre »,* l'acheteur[…] *« a méconnu le principe d'égalité ».*

- Le contrat litigieux, déjà exécuté, est annulé.

- Concernant l'indemnisation, la cour constate que le requérant n'a, pour l'un des sous-critères, produit que des *« éléments épars et imprécis »*. Son offre irrégulière devait être rejetée et *« était dépourvue de toute chance d'obtenir le marché ». « Le préjudice invoqué est en tout état de cause dépourvu de lien de causalité avec l'irrégularité commise et résulte de la seule insuffisance de son offre ».*

CAA de MARSEILLE, 6ème chambre - formation à 3, 10/07/2019, 18MA05507

Candidature et manquements dans précédents marchés

- **Dans quel cas écarter une candidature en raison de manquements dans de précédents marchés ?**
- **Le contexte :** remise en état d'un parc immobilier - 37 lots. Evincée pour manquements antérieurs, une société demande l'annulation des marchés.
- La CAA constate que la candidature a été écartée en raison des manquements dans l'exécution d'un marché précédent. Ces manquements sont suffisamment établis par des recommandés adressés à la société et les comptes-rendus de chantier, qui font état de nombreux rappels. L'instruction montre que les travaux ont dû être achevés par une autre entreprise.
- Les références sont, pour la plupart, antérieures au précédent marché ou non datées, tandis que celles contemporaines de ce marché précédent et relatives à des travaux également effectués en 2014 concernent des chantiers de moindre ampleur. Elle considère que l'acheteur était en droit d'écarter la candidature de la société car elle ne justifiait pas de garanties professionnelles suffisantes.

Cour administrative d'appel de Lyon, 4ème chambre, 27/02/2020, 18LY01136

L’acheteur est tenu d’exiger des justificatifs pour apprécier les offres au regard d’une caractéristique technique déterminée

- « L*orsque, pour fixer un critère d’attribution d’un marché public, le pouvoir adjudicateur prévoit que la valeur des offres sera examinée au regard d’une caractéristique technique déterminée, il lui incombe d’exiger la production de justificatifs lui permettant de vérifier l’exactitude des informations données par les candidats* ».
- En l’espèce, le règlement de consultation prévoyait que la qualité des offres serait évaluée au regard d’un sous-critère « fiabilité du processus d’approvisionnement et de livraison de l’ensemble des équipements ». Or, aucune pièce n’était exigée des candidats pour apprécier cette caractéristique précise de leur offre.
- La notation de ce sous-critère était dès lors irrégulière.
- *CAA de Marseille, 6e chambre, 17 mai 2021, n°20MA02359*

L’absence de signature de la DPGF n’implique pas nécessairement l’irrégularité de l’offre

- « ***Le règlement de la consultation est obligatoire dans toutes ses mentions*** ». « *L’acheteur ne peut ./…attribuer un contrat à un candidat qui ne respecte pas une exigence imposée par ce règlement, sauf si cette exigence se révèle manifestement dépourvue de toute utilité pour l’examen des candidatures ou offres* ».
- En l’espèce, le RC imposait aux candidats de produire un projet de marché comprenant : l’Acte d’Engagement (AE) et ses annexes, à compléter et signer, la Décomposition du Prix Global et Forfaitaire (DPGF) à compléter, et signer (…) ». Or, si la DPGF n’était pas signée, l’acte d’engagement était bien signé, déterminant ainsi l’engagement contractuel.
- *« Il y a lieu de considérer que cette formalité de la signature de la DPGF ./..ne présentait pas un caractère d’utilité justifiant que son absence doive conduire à rejeter comme étant irrégulière une offre omettant la signature de ce document. »*
- L’acheteur doit reprendre sa procédure au stade de l’examen des offres.
- *TA Polynésie française, ord. 31 mai 2021, Sté SPIEMEF, n°2100179*

Sélection de jurisprudences

Redressement judiciaire et marchés publics

Redressement judiciaire et marchés publics (1/2)

Candidature et plan de redressement judiciaire

- **Faits**

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

- **Questions** :

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

- **Réponse**: **OUI**

*« La circonstance que le plan de redressement mis en place 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 »*

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

Redressement judiciaire et marchés publics (2/2)

Candidature et plan de redressement judiciaire

❑ 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 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, la société EDM Ateliers de France a déclaré « reprendre pour son compte et dans les mêmes conditions la candidature et l'offre déposée par EDM Projets ». Acceptant cette situation, l'acheteur a 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'État a répondu par la négative, estimant que les sociétés EDM Projets et EDM Ateliers de France avaient 2 personnalités juridiques distinctes. Il a également indiqué que "les capacités professionnelles, techniques et financières de EDM Ateliers de France […] ne se confondent pas avec celles de EDM Projets".

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

Sélection de jurisprudences

Notation des offres

Méthode de notation

- **Le juge des référés précontractuels sanctionne une méthode de notation qui aboutirait à vicier le processus de choix**
- Mais l'irrégularité de la méthode n'entraîne pas systématiquement l'annulation de la procédure, à la lecture de trois ordonnances rendues en décembre dernier.

CE 3 novembre 2014, Commune de Belleville sur Loire, req. n° 373362.

Évaluation du taux de remise

Un procédé n'aboutissant pas à la sélection de l'offre la moins-disante

- La méthode consistant à noter uniquement un taux de remise sur catalogue est, logiquement, jugée irrégulière .
- Était ici en cause un marché de fournitures scolaires pour les écoles maternelles et élémentaires d'une commune, divisé en trois lots.
- Le critère du prix, noté sur 50 points, était analysé au regard de 2 sous-critères : le montant du DQE (45 points) et le taux de remise sur catalogue (5 points).
- Or, pour ce dernier sous-critère, la méthode de notation tenait uniquement compte du % de rabais proposé, puisque la note attribuée était le résultat du rapport entre le taux de remise du candidat examiné et le taux de remise le plus élevé. Autrement dit, le candidat qui proposait le taux de remise le plus élevé sur le catalogue obtenait la meilleure note.
- **La méthode de notation retenue ne permet pas d'attribuer la meilleure note au candidat ayant proposé le prix le plus bas.**

Tribunal administratif de Nîmes, 31/12/2019 - n° 1904188 -SAS Lacoste – lot 1
Tribunal administratif de Nîmes , 31/12/2019 - n° 1904189 SAS Lacoste – lot 2

Évaluation du taux de remise - Annulation de la procédure si la méthode lèse le requérant

Néanmoins, ce manquement n'entraîne pas automatiquement l'annulation de la procédure. Tout dépend du classement et des notes obtenues par le requérant.

Dans la présente affaire, le requérant contestait deux des lots.

Or, seule la procédure pour le lot n°2 est annulée, l'écart de points entre l'attributaire et le candidat évincé sur le sous-critère concerné était plus important que l'écart global. Cette méthode a donc lésé le requérant.

Pour le lot n° 1, en revanche, le classement et l'écart de points amènent le juge à ne pas annuler la procédure.

En définitive, malgré la méthode de notation identique pour les 2 lots, méthode considérée irrégulière, seule la procédure du lot n°2 est annulée.

Tribunal administratif de Nîmes, 31/12/2019 - n° 1904188 -SAS Lacoste – lot 1
Tribunal administratif de Nîmes , 31/12/2019 - n° 1904189 SAS Lacoste – lot 2

Une méthode neutralisant les critères (1)

Recours à une méthode non proportionnelle

- La méthode non proportionnelle retenue attribuait une note nulle à toute offre 2 fois plus chère que l'offre la moins-disante.
- Deux critères étaient prévus pour juger les offres : la valeur technique, notée sur 60 et le prix sur 40. La méthode de notation du critère prix attribuait la note maximale de 40/40 au moins-disant et une note nulle à tout candidat dont le prix était supérieur au double du prix de l'offre la moins-disante.
- Entre ces 2 « *bornes* », les offres étaient notées de manière proportionnelle, par application de la formule « *40 x (2-M/M0)* » (M étant l'offre considérée et M0 l'offre la moins-disante). Trois offres seulement avaient été déposées, dont une extrêmement basse, les deux autres offres étant plus de 2 fois plus chères.
- La méthode retenue revenait à remettre en cause la pondération affichée dans le règlement de la consultation.

TA Rennes, 30 décembre 2019, Sté X, n°1905847.

Une méthode neutralisant les critères (2)

- **Conséquences de l'application de cette méthode :**
- La méthode avait pour effet de conférer au moins-disant la note de 40/40 sur le critère prix et la note de 0 aux 2 autres candidats (quel que soit l'écart de prix entre ces deux offres.
- Le moins-disant pouvait se contenter d'obtenir une note de 21/60 sur la valeur technique pour se voir automatiquement attribuer le marché. Dans cette hypothèse, il obtenait la note de 61/100 (40/40 et 21/60) alors que les 2 autres candidats pouvaient obtenir, au maximum, la note globale de 60/100 (0/40 et 60/60).
- Cette méthode avait donc pour effet de neutraliser pour partie le critère valeur technique, pourtant prépondérant, et maximiser le critère prix, en augmentant fortement les écarts de notes..
- Le juge avait toutefois validé la méthode au motif qu'elle n'avait pas pour effet d'attribuer automatiquement une note nulle aux offres les plus onéreuses.

TA Rennes, 30 décembre 2019, Sté X, n°1905847.

Auto-évaluation de son offre par le candidat

- **Conditions de validité des méthodes de notation par « auto-évaluation » des candidats**
- Une telle méthode n'est légale que si les notes auto-attribuées peuvent faire l'objet d'une vérification objective au stade de l'analyse des offres. La méthode doit donc reposer sur des critères objectifs, vérifiables par l'acheteur au stade de l'analyse des offres
- Illégalité d'un sous-critère « qualité du service rendu », pondéré à hauteur de 20 %, autoévalué par les candidat, et reposant sur des critères non vérifiables, car renvoyant aux conditions ultérieures d'exécution du marché *(ponctualité, propreté des véhicules, ambiance générale" au sein du véhicule, conduite respectueuse du code de la route ou la qualité de l'accueil à bord du véhicule).*
- Une telle méthode est de nature à priver de portée utile le critère si cette note ne peut donner lieu à vérification au stade de l'analyse des offres.

CE 22 novembre 2019, Société Autocars Faure, req. n° 418460

CE 22 novembre 2019, Société Cars Anneguin, n° 418461

Note technique éliminatoire

- Le Tribunal administratif de Versailles rappelle qu'aucun texte, ni aucun principe n'interdit à un acheteur public de prévoir l'attribution d'une note technique éliminatoire dès lors que cette information a été portée à la connaissance de l'ensemble des candidats.

- En cas de contentieux, le niveau d'élimination peut faire l'objet d'un contrôle de la part du juge qui tiendra alors compte de la spécificité des prestations.

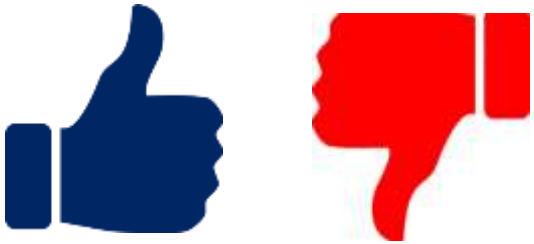
- Le contexte : les offres des soumissionnaires devaient être appréciées avec 2 critères, d'une part, le prix pondéré à 30 %, d'autre part, la valeur technique des offres, pondérée à 70 %, apprécié suivant 3 sous-critères, eux-mêmes affectés d'une pondération. Le même article prévoyait l'élimination de toute offre obtenant une note inférieure à 35/70 pour la valeur technique.

- *TA Versailles, 21 septembre 2020, Sté Atelier Jean-Baptiste Chapuis, n°2005666*

La méthode de notation « pouce levé / pouce baissé » n'est pas régulière

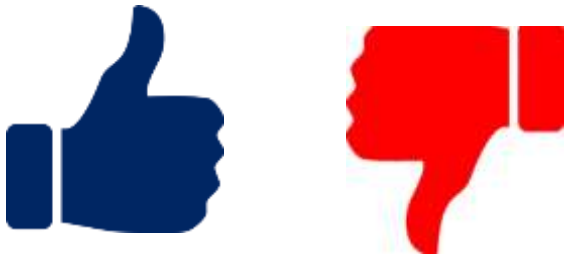
- Les acheteurs font parfois preuve d'inventivité dans le choix de leur méthode de notation. En l'espèce, les offres étaient appréciées par des flèches, censées refléter leur qualité…
- Le juge invalide une telle méthode : *« il résulte de l'instruction que l'autorité délégante a matérialisé son appréciation des offres sur chaque critère par des flèches, flèche verte pointant vers le Nord, flèche orange pointant vers le Nord Est, flèche orange pointant vers le Sud Est et flèche rouge pointant vers le Sud. Une telle méthode qui limite la valorisation des offres à cette utilisation de signes sans autre affinement ou conversion en une note chiffrée, laisse une trop grande part à l'arbitraire et ne permet pas d'assurer l'égalité de traitement entre les candidats »*.

- *TA Toulon, ord.7 janvier 2022, Sté LA SIESTA, n°2103377*



Le Conseil d'Etat valide une méthode « pouce levé / pouce baissé »

- **Le Conseil d'Etat sanctionne la décision du TA du 7 janvier 2022 !**
- Le Conseil d'Etat a jugé que la méthode d'évaluation retenue par l'autorité concédante pour apprécier une offre matérialisée par des flèches de couleur est régulière car elle n'est pas de nature à priver de leur portée les critères ou ne neutralise pas la hiérarchisation qui avait été retenue
- On peut également penser que les 4 émoji correspondaient à un barème de 1 à 4 !
- *CE, Commune de Saint-Cyr-sur-Mer, 3 mai 2022, n°460090*



Sélection de jurisprudences

Les critères de jugement des offres

Faible pondération du critère « Prix » sanctionnée par la CAA (1)

- **Le contexte : marché de formation alloti.** Analyse des offres sur la base de 2 critères : valeur technique : 90 % et prix : 10 %. Un candidat évincé a déposé un recours indemnitaire.
- La cour d'appel retient le 3ème moyen relatif à la pondération du critère « Prix » : *« Il résulte de l'instruction que la pondération particulièrement disproportionnée entre le critère technique et le critère financier, dont le ministre […] n'établit pas la nécessité au regard de l'objet du marché […], a pour effet en pratique de contrecarrer la portée du critère prix dans l'appréciation globale des offres.*
- Alors même que le marché était fractionné à bons de commandes avec un maximum annuel de 10 000 € TTC par lot, le juge estime qu'ont été méconnus, les règles de concurrence et le principe d'égalité entre les candidats. .
- Concernant la demande indemnitaire, le juge, considérant que le requérant n'était pas dépourvu de toute chance de remporter le marché pour 6 lots, accorde le remboursement des frais engagés pour la présentation de l'offre pour ces 6 lots. En revanche, n'estimant pas que le candidat avait des chances sérieuses de remporter le marché, l'indemnisation du manque à gagner n'est pas accordée.

CAA NANTES, 4ème chambre, 29/03/2019, 17NT01869, Ministère de la Défense

Faible pondération du critère « Prix » admise par le CE (2)

- **Le contexte : marché de formation alloti.** Analyse des offres sur la base de 2 critères : valeur technique : 90 % et prix : 10 %.
- A la suite de la décision de la CAA de Nantes, l'acheteur se pourvoit en cassation.
- La CAA de Nantes avait jugé qu'une telle pondération était irrégulière car "particulièrement disproportionnée", et que le ministre de la défense n'en établissait pas la nécessité et qu'elle conduisait à "neutraliser manifestement" le critère du prix.
- Le CE juge que la CAA n'était pas fondée à juger que la pondération était irrégulière au motif qu'elle était « *particulièrement disproportionnée* » et que le ministre de la défense n'en établissait pas la nécessité et qu'elle conduisait à « *neutraliser manifestement* » le critère du prix.
- Le Conseil d'Etat annule l'arrêt de la CAA de Nantes pour erreur de droit, admettant ainsi le niveau de pondération retenu ici par l'acheteur.

- *Conseil d'Etat, 10 juin 2020, n° 431194, Ministère de la défense*

Le critère délai s’apprécie aussi au regard de son réalisme (1)

- **Le contexte : attribution d’ un marché selon la procédure adaptée pour la réalisation d'un site web internet/extranet.**
- La société Mobisoft demande au juge administratif l'annulation du marché et l'indemnisation du préjudice résultant de son éviction. Elle soutient notamment que le rapport d'analyse des offres, dont certaines mentions ont été occultées, ne permet pas d'identifier le candidat retenu.
- La société soutient que l'appréciation des offres est entachée d'une erreur manifeste et que les notes attribuées concernant la qualité du planning et des délais et la valeur technique de l'offre, sont erronées.
- La CAA de Paris rappelle que le manquement reproché tenant à l’occultation de certaines mentions du rapport d’analyse n’est pas en rapport direct avec son éviction.

Arrêt de la CAA de Paris 5 février 2020 n° 17PA23211

Le critère délai s'apprécie aussi au regard de son réalisme (2)

- **S'agissant de la contradiction invoquée** par le concurrent dans la notation de la qualité du planning et des délais, le juge relève que si le sous-critère tenant au "délai global" a de fait obtenu une note de 50, pour le délai de 3 semaines proposé, mais une note nulle pour le sous-critère tenant à la qualité et à la cohérence du planning proposé, c'est parce que le planning proposé ne prenait pas en compte les week-ends, les temps de validation et de réunion, et les "délais de tests".
- L'offre a donc pu être jugée, s'agissant de ce sous-critère " très irréaliste et inadapté au fonctionnement de la collectivité ".
- Dans ces conditions, les notations ainsi attribuées pour chacun des 2 sous-critères ne sont, contrairement à ce que le concurrent soutient, entachées d'aucune contradiction.

Arrêt de la CAA de Paris 5 février 2020 N° 17PA23211

Contrôle du juge sur les sous-critères d'attribution

- **La CAA a jugé qu'un acheteur a manqué à ses obligations de publicité et de mise en concurrence en utilisant des sous-critères d'attribution pour lesquels il n'avait pas précisé ses exigences et attentes;**
- Le contexte : accord-cadre à bons de commande relatif à la formation en matière de sécurité destinée aux bénéficiaires du RSA, celui-ci étant divisé en deux lots.
- L'acheteur a retenu 2 critères d'attribution : le prix noté sur 40 points, la valeur technique notée sur 60 points appréciée sur « *la description de la prestation, les moyens humains et les moyens matériels mis en œuvre*
- Ces manquements ayant une « *incidence directe sur le classement des offres* », mais ne révélant pas la volonté de favoriser un candidat, le requérant n'est pas fondé à demander l'annulation du contrat.
- En outre, le marché étant entièrement exécuté, ne peut plus être résilié.
- Ainsi, la CAA juge que la société lésée est uniquement fondée à soutenir qu'elle avait « *des chances sérieuses de remporter le marché* » et à demander une indemnisation de ses préjudices.
- *CAA de Marseille, 04/04/2022, 20MA00365*

Un critère de jugement relatif à « l'impact écologique » est-il légal?

Le Conseil d'État a jugé que la RSE (Responsabilité Sociale des Entreprises) ne pouvait être un critère de jugement des offres.

- Ainsi, dans le cadre d'une procédure adaptée pour la fourniture de matériels de téléphonie, il était prévu un critère de jugement des offres relatif à *« la prise en compte de l'impact écologique des processus internes du candidat »*.
- Un candidat évincé, la société SFR, a introduit un recours, contestant la légalité du critère au vu de l'objet du marché.
- Le juge estime qu'est légal *« un critère reposant sur la prise en compte de l'impact écologique des processus internes du candidat lorsque cette prise en compte est rendue objectivement nécessaire par l'objet du marché et la nature des prestations à réaliser et n'a pas d'effet discriminatoire* ». Il considère que la fourniture des matériels objet du marché implique notamment l'appréciation des conditions de leur recyclage et que le critère en question était donc pertinent.

Tribunal Administratif de Lille, 3 février 2020, « Société SFR », n°2000255

Critère RSE, peut-on l'utiliser ? Oui, sous condition

La possibilité pour les acheteurs de définir un critère RSE limité aux seules mesures devant être mises en œuvre dans le cadre de l'exécution du marché

- À l'occasion d'un référé précontractuel initié par un candidat évincé d'une procédure d'attribution d'une délégation de service public portant sur le transport urbain, le tribunal administratif de Rennes a validé un critère de jugement des offres portant sur «*l'approche sociétale et de développement durable et la qualité des actions en faveur de l'environnement et de l'insertion*» des candidats.
- Circonscrire les mesures sociétales aux seules actions susceptibles d'être mises en œuvre dans le cadre du contrat permet donc de valider l'utilisation du critère «RSE».
- À noter, l'objectif d'évaluer la responsabilité sociale d'une entreprise dans toutes les dimensions de son activité est bien remis en question.

TA Rennes 21 mai 2019, n° 1902087

Critère « RSE » validé par le TA de Dijon

- **Le contexte : marchés de fournitures de denrées alimentaires comportant 18 lots.** Les offres étaient, selon le RC, analysées sur la base de 3 critères : prix (45%), valeur technique (40%) et critère *« RSE (responsabilité sociale et environnementale) sur la qualité de service (15%) »*. Ce critère RSE état critiqué, sous 2 angles : son caractère imprécis d'une part et son absence de lien avec le marché d'autre part.

- Le TA valide l'utilisation de ce critère RSE et considérer que ce critère est bien en lien avec l'objet du marché .

- Ce critère comprenait *« la prestation du fournisseur en matière d'information et de conditions de livraison, les performances en matière de protection de l'environnement, de développement des approvisionnements directs de produits de l'agriculture »* et s'appréciait *« au regard du mémoire techniqueavec la description - de la livraison (fréquences et jours proposés, respect des délais, plages horaires de livraison etc…) /- développement durable (achats locaux et de proximité-circuit court, maitrise des paramètres de livraison - consommation- optimisation des tournées – remplissage des camions – impact carbone – etc…) / - Lutte contre le gaspillage alimentaire / Engagements sociaux ».*

- *TA Dijon, ord. 19 mai 2021, Sté Impery Volailles, n°2101212*

Méthode de notation de sous-critères - Influence sur la présentation des offres

- Le requérant soutient que le poids de 45 % donné sans précision au **critère « qualité du mémoire technique »**, en permettant " un choix discrétionnaire du co-contractant " méconnaît le principe de transparence de la procédure.
- Les éléments d'appréciation relatifs au planning, au respect du CCTP et à la motivation des candidats représentent le 1/3 de la notation du critère relatif à la qualité du mémoire technique et 15 % de la notation totale.
- L'absence de mention de ces 3 éléments d'appréciation dans le règlement de consultation, de même que leur pondération, est de nature à avoir exercé une influence significative sur la présentation des offres par les candidats.
- En omettant de les mentionner dans les documents de la consultation, l'acheteur a méconnu le principe de transparence des procédures.
- Cette irrégularité a été susceptible de léser la société requérante.

CAA de DOUAI n° 18DA00156 - 2020-02-04

Le délai d’exécution peut -il départager les offres ?

- **Le délai d’exécution ne peut pas départager les offres s’il n’est pas défini comme un critère.**
- Suite à l’attribution d’un lot d’un marché de travaux électriques, un candidat évincé saisit le TA de Polynésie afin d’obtenir l’annulation du marché et l’indemnisation du préjudice subi. En l’espèce, l’offre du candidat évincé et celle de l’attributaire avaient obtenu la même note au vu des critères de prix et de valeur technique.
- L’acheteur décide de départager ces offres en retenant celle qui proposait le délai global d’exécution le plus optimisé par rapport au délai de 12 mois prévu..
- Saisie, la CAA de Paris relève que le délai global d’exécution n’est pas défini comme un critère de choix des offres par les pièces du marché.
- de ce fait, l’acheteur a méconnu les principes d’égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures.

- *Cour administrative d'appel de Paris, 6ème chambre, 07 juillet 2020, 17PA03126*

Les éléments d'appréciation doivent être respectés

- **Le contexte :** achat de composteurs bois et plastique. Le règlement de consultation précisait que la valeur technique, pondérée à 50%, serait appréciée *« au regard des caractéristiques techniques des produits (qualité, durabilité, maintenance…) ».*
- Or, le rapport d'analyse des offres laissait apparaître que la valeur technique avait été appréciée en fonction de 5 « items » : volume utile, garantie offerte, épaisseur des parois des composteurs, solidité, épaisseur du film des housses biodégradables.
- L'acheteur mettait en avant le fait que ces items, simples éléments d'appréciation pondérés de manière égale, n'avaient pas à être portés à la connaissance des candidats.
- Le juge annule la procédure.
  « Eu égard à l'imprécision des modalités de mise en œuvre du critère de la valeur technique, les sous-critères mis en œuvre ./…doivent être regardés, compte-tenu de leur nature et de l'importance de la pondération, comme ayant constitué des critères de sélection qui auraient dû être portés à la connaissances des candidats ».
- Ce manquement a été susceptible de léser le requérant.
- *TA Nancy, ord. 8 octobre 2020, Sté Quadria, n°2002312*

Critère du coût global : peut-on retenir une approche allant au-delà de la durée contractuelle du marché ?

- **Faits:** Un acheteur a sélectionné les candidats en se basant sur le coût global sur 15 ans alors que la durée du marché est de 4 ans. Un candidat conteste la décorrélation de la durée du marché par rapport à la durée choisie pour la sélection des offres.

- **Question :** Pour analyser le coût global d'un équipement, l'acheteur doit-il limiter son analyse à la durée d'exécution du marché ?

- **Réponse: NON,** *« le critère du cout complet fondé sur une approche globale portant sur la durée normale d'amortissement d'un système d'eau, apparaît pertinent au regard de l'objet du marché. L'ensemble des indications fournies dans les documents de la consultation permettait, sans ambiguïté, à l'acheteur d'identifier l'offre économiquement la plus avantageuse en tenant compte de ces coûts durant le délai d'amortissement. La circonstance que l'appréciation des coûts a porté sur une durée totale qui excède celle du marché, mais correspond à la durée normale de vie de l'équipement n'apparaît ainsi ni discriminatoire, ni comme ayant méconnu les principes de transparence et d'égalité de traitement. »*
  TA Lyon, 13 février 2020, SFEC, n° 1808864

Le défaut d'information sur la pondération des sous-critères = manquement au principe de transparence (1)

- Par ordonnance du 24 décembre 2020, le tribunal administratif de Grenoble avait annulé la procédure de passation d'un accord-cadre à bons de commande relatif à des prestations de déneigement et sablage des voiries de la commune de La Léchère au stade de l'examen des offres (procédure adaptée).
- Le juge avait en effet retenu un manquement au principe de transparence des procédures lié à une pondération masquée des sous-critères de la valeur technique.
- En l'espèce, le critère « valeur technique », noté sur 11 points, était divisé en trois sous-critères « méthodologie », « continuité du service » et « moyens humains » qui étaient respectivement notés 6/11, 3/11 et 2/11 dans la note technique, cette notation n'ayant pas été communiquée aux candidats.

- *CE, 18 mai 2021, Commune de La Léchère, n°448618*

Le défaut d'information sur la pondération des sous-critères = manquement au principe de transparence (2)

- Au vu de cette pondération masquée, le Conseil d'Etat valide le raisonnement du TA en considérant que si cette pondération avait été connue des candidats, elle était de nature à influencer la présentation de leurs offres.
- Le Conseil d'Etat confirme que « *le manquement au principe de transparence des procédures était susceptible d'avoir lésé la société SNBTP. En statuant ainsi, alors qu'il résulte de l'instruction que la société SNBTP avait obtenu la meilleure note au regard du critère du prix et que l'écart de points entre les 2 candidats était relativement faible au niveau de leur note globale, le juge des référés du tribunal administratif de Grenoble n'a pas inexactement qualifié les faits* ».
- Ce rappel illustre l'importance de fournir aux candidats les « règles du jeu » et d'indiquer la pondération des sous-critères utilisés pour noter les offres.
- *CE, 18 mai 2021, Commune de La Léchère, n°448618*

Sélection de jurisprudences

Offre irrégulière - régularisation

L’offre de base doit respecter le CCTP sous peine d’élimination !

Le Conseil d’État a confirmé l’annulation d’une procédure de passation d’un marché, ce dernier ayant été attribué à une offre irrégulière.

- L’offre de base proposée par la société retenue ne respectait pas les exigences du cahier des clauses techniques particulières (CCTP).

  L’offre de base devait présenter plusieurs items, l'un d'eux correspondant à "une source de lumière froide Xénon". Des "fonctionnalités supplémentaires éventuelles facultatives" parmi une autre liste d’items pouvaient être proposés.
- Dans les faits, l’offre de Fujifilm ne comportait pas de "source lumineuse Xénon" mais uniquement "une source lumineuse Led".

  Dès lors, le TA comme le Conseil d’État ont considéré qu’une telle offre devait être considérée comme irrégulière. Le Conseil d’État a rappelé qu’une **offre de base** se définit comme "un **contenu technique minimal imposé par l’ acheteur** pour que l’offre soit jugée conforme techniquement". Si les candidats pouvaient ajouter des éléments facultatifs à leur offre, ils ne pouvaient pas retirer de prestations obligatoires.

CE, 27 mars 2019, 7ème chambre, n° 426200

Quelle faculté de régularisation pour l'acheteur ?

Les règles applicables à la faculté de régularisation des offres des candidats sont rappelées par le Tribunal Administratif de PARIS.

- Lorsqu'il existe un doute sur la régularité d'une offre mais que l'acheteur ne peut pas l'écarter avec certitude, le Conseil d'État incite l'acheteur à poser des questions aux candidats et à demander, le cas échéant, la régularisation de leur offre.
- Par ailleurs, s'il est constant que certaines pièces peuvent être régularisées par l'acheteur, cette faculté offerte à l'acheteur 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, 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

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

Que faire si l’offre est remise quelques secondes après l’heure limite ?

- Le Département de la Côte-d’Or a lancé une consultation pour 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 du requérant déposée le 15 novembre 2018 à 17:00:25 est rejetée comme étant hors délai. Le requérant forme un référé précontractuel en avançant notamment que certaines plateformes ne décomptent pas les secondes.
- Le Tribunal Administratif de DIJON rejette la requête de la société, en confirmant ainsi la décision du pouvoir adjudicateur.
- À noter : le temps de téléchargement du pli au moment du dépôt de l’offre, 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 cependant] acceptés par la plateforme.
- La DAJ précise que dans ce cas « *l’acheteur est tenu de les rejeter* ».

TA DIJON, ord. 28 décembre 2018, SOCIETE NUMERICARCHIVE, n°1803328
DAJ, L’examen des candidatures, 1er avril 2019

Irrégularité de l'offre en raison de l'absence d'échantillon

- **Le contexte : le règlement de la consultation imposait la remise d'échantillons à l'appui des offres**, sur le fondement de l'article R.2151-15 du Code de la commande publique.
- A l'ouverture des offres, l'acheteur, en l'absence des échantillons d'un candidat avait écarté son offre comme incomplète et, donc, irrégulière.
- **En référé,** le requérant soutenait avoir bien déposé les échantillons en question, et fournissait le bon de livraison établi par le livreur.
- Toutefois, en raison des contradictions de ce document et de l'absence de production de l'attestation de remise des échantillons (établie pour les autres candidats), le juge considère que le requérant ne rapporte pas la preuve de la régularité de son offre. Dès lors, *« en l'absence de présentation des échantillons obligatoires, les offres de la société requérante ne respectaient pas le règlement de la consultation, étaient incomplètes et irrégulières et le département était tenu de les rejeter ».*
- *TA Marseille, ord. 4 mai 2020, Sté X, n° 2002331*

Irrégularité de l'offre en raison d'une couleur non conforme

- **Le contexte : la maquette de l'un des candidats à un marché de maîtrise d'œuvre n'était pas conforme aux dispositions du règlement de concours.** Ce dernier document prévoyait en effet la remise d'une maquette intégralement blanche, alors que la maquette du requérant comprenait une partie couleur bois et une partie couleur carton.
- **Décision du juge :** Après avoir rappelé l'importance de la couleur blanche (notamment pour éviter que le jury ne soit perturbé par les finitions, qui peuvent parfois inciter l'œil à se focaliser sur les couleurs et les détails plutôt que sur la composition d'ensemble de la maquette), le juge indique que le requérant ne pouvait s'affranchir de cette obligation.
- Cette offre, qui ne respectait pas l'une des conditions substantielles du règlement de concours, était donc bien irrégulière.
- *TA Marseille, ord. 6 mai 2020, Sté Moon Safari, n° 2002357*

Irrégularité de l'offre en raison d'une équipe non habilitée

- **Le contexte : le non-respect d'une norme technique qui a été à l'origine de l'irrégularité de l'offre.**
- **L'objet du marché** concernait la vérification et la maintenance des systèmes de sécurité incendie (SSI) et détection gaz.
- Le DCE exigeait que les opérations de maintenance corrective soient réalisées **par un personnel habilité** pour intervenir sur le SSI aux niveaux III et/ou IV (au sens de la norme NFS 61-933), habilitation dont ne disposait pas le requérant et qu'il estimait illégale (car réduisant trop fortement la concurrence).
- Le juge confirme néanmoins l'irrégularité de l'offre, en rappelant que le candidat disposait de plusieurs manières pour répondre tout de même à ce marché (en co-traitance ou en sous-traitance avec une entreprise habilitée).
- *TA Nancy, ord. 27 mai 2020, Sté X, n° 2000615*

Respect du principe d'impartialité par l'acheteur

- **Un rappel : au nombre des principes généraux du droit qui s'imposent à l'acheteur figure le principe d'impartialité,** dont la méconnaissance est constitutive d'un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence ».
- **Le contexte :** attribution d'un marché de maitrise d'œuvre à un groupement dont l'un des cotraitants avait réalisé, 4 mois avant le lancement de la procédure, un diagnostic du bâtiment sur lequel portait le marché, diagnostic incluant également une étude financière. Ce candidat bénéficiait donc d'une meilleure connaissance de l'opération. En outre, le DCE du marché de maîtrise d'œuvre ne comportait pas ces éléments, qui auraient pu éventuellement permettre de rétablir l'égalité de traitement.
- Dans ces conditions, le juge annule la procédure en considérant « qu'en attribuant le marché au groupement formé des sociétés X et Y mandataire, ainsi que du bureau A qui, ./…avait établi un diagnostic se rapportant directement à l'objet du marché, faisant ainsi bénéficier le groupement d'un avantage indéniable, l'Etat a méconnu ses obligations en matière de mise en concurrence et d'impartialité.».
- *Tribunal administratif de Mayotte – juillet 2020*

Respect du principe d'impartialité par l’acheteur

- **Invoquer la violation du principe d’impartialité ne suffit pas !**
- Le requérant doit apporter de solides éléments à l’appui de sa requête.
- Dans l’affaire jugée par le tribunal administratif de Nantes, le requérant se bornait à mettre en avant la violation de ce principe, sans indiquer précisément en quoi ce principe aurait été violé.
- La société affirme avoir été victime d’une rupture d’égalité entre les candidats par l’acheteur qui a manqué à son obligation d’impartialité.
- Le tribunal rejette donc ce moyen : en se bornant à faire valoir que l’Office public de l’habitat de la Mayenne a mal analysé son offre, ce qui au demeurant reste à démontrer, le requérant ne l’établit pas ».
- *Tribunal administratif de Nantes - Juillet 2020*

Sélection de jurisprudences

Les offres anormalement basses
Les offres supérieures à l'enveloppe

Offre anormalement basse : les justifications attendues

Le soumissionnaire doit apporter à l'acheteur des justifications précises

❑ Le contexte :

Reconstruction d'un institut universitaire technologique ; un candidat a présenté une offre pour le lot "isolation, cloisons, doublage, menuiseries intérieures". La commission d'appel d'offres juge l'offre anormalement basse et la rejette.

Le candidat a répondu précisément à 2 interrogations, mais s'est contentée, pour les autres demandes, de répondre de manière générale que l'ensemble des prix unitaires et des quantités de son offre sont conformes aux prestations prévues au DCE ainsi qu'à la réglementation en vigueur.

❑ Décision du juge :

La CAA juge qu'en l'absence de réponse précise aux demandes de justifications, l'acheteur pouvait, sans commettre d'erreur manifeste d'appréciation, écarter l'offre du groupement comme anormalement basse.

❑ Rappel :

L'article L. 2152-5 du CCP définit une OAB comme une offre dont le prix est manifestement sous-évalué et de nature à compromettre la bonne exécution du marché et enjoint l'acheteur à mettre en oeuvre tous moyens lui permettant de détecter les offres anormalement basses.

CAA Nantes, 01/12/2015, n° 13NT03408.

Offre anormalement basse : les nouveautés (1/2)

❑**Le contexte :** marché de collecte de déchets ; un candidat chiffre à 0 € une partie du marché «à bon de commande» pour des levées supplémentaires.

❑ **Les principes :** Le Conseil d'État rappelle que l'examen d'une OAB ne doit pas porter sur une ligne du BPU ou un élément du prix forfaitaire mais sur l'offre globale : *« 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, 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.. Le prix anormalement bas s'apprécie en effet au regard de son prix global. »*

❑**OAB et obligation de détection :** la détection d'une potentielle OAB constitue une obligation. Le code impose à l'acheteur de mettre en œuvre *« tous moyens lui permettant de détecter les offres anormalement basses »*. Au cas d'espèce : *« la commune n'a pas sollicité auprès de la société 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. »*

CE, 13 mars 2019, n° 425191 + CAA Bordeaux, 16 mars 2018, n° 16BX00337

LexCase

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 3ème constate que le candidat classé 2ème a un prix 70 % plus bas que l'attributaire et 48 % que l'offre classée 3ème
- Saisine du juge des référés en invoquant le fait que l'acheteur n'a pas contrôlé le caractère anormalement bas du candidat classé 2ème

❑ **Décision du juge :**

- *« Il résulte de l'instruction, d'une part, que la commune n'a pas dans le cadre de la procédure en litige, mis en œuvre 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.

L’offre anormalement basse ne s’apprécie que « globalement »

- **Faits :** Le tribunal administratif de Strasbourg a annulé la procédure de passation d’un marché portant sur une mission de mandat de maîtrise d’ouvrage concernant la restructuration d’un stade. Une offre a été rejetée au motif que le prix proposé était anormalement bas pour 3 des 13 missions concernant ce marché.
- L’acheteur avait retenu l’offre de la Société Sers et écarté celle de Soderec jugée anormalement basse, notamment au nombre de jours de travail estimé. L’acheteur considérait que "la sous-estimation du nombre d’heures exposait le marché dans son ensemble à un risque sérieux d’inexécution ou de mauvaise exécution".
- **Décision du juge :** Le juge a estimé que l’administration avait commis une erreur de droit, car le caractère anormalement bas du prix aurait dû être apprécié globalement pour l’ensemble des 13 missions concernées. Les différences relevées entre les 2 offres sont certes parfois "notables". Mais, globalement, les différences sont moins flagrantes… et l’offre de Sers se révèle plus chère. Le juge a donc annulé la procédure de passation du marché public. L’acheteur peut reprendre la procédure si elle le souhaite, mais elle devra le faire au stade de l’analyse des offres afin de procéder à un nouvel examen de la proposition de la requérante.

Tribunal administratif de Strasbourg - ordonnance n° 2002007 du 17 avril 2020

Offre anormalement basse : obligation d'informer l'entreprise du risque de rejet

- **Le tribunal administratif de Versailles apporte des précisions quant au contenu de la demande de justification que l'acheteur doit adresser à l'opérateur suspecté d'avoir proposé une offre anormalement basse**
- Selon le juge, *la procédure contradictoire spécialement instituée par les dispositions de l'article R. 2152-3 du code de la commande publique implique nécessairement que le soumissionnaire soupçonné de présenter une offre anormalement basse soit clairement informé du risque de voir son offre écartée pour ce motif afin qu'il soit en mesure de justifier pleinement et utilement du caractère sérieux de son offre* […]".
- Or, cette obligation d'information préalable, quant à l'éventualité d'un rejet de l'offre, ne ressort pas des dispositions mêmes de l'article R.2152-3 ou R.2152-4 du code, ni davantage d'ailleurs des autres dispositions légales ou réglementaires .
- *TA Versailles, 18 juin 2021, SARL Italiano Bâtiment, n° 2104322).*

Offre dépassant l’enveloppe financière

- **Une offre dépassant l’enveloppe financière peut néanmoins l'emporter.**
- « C'est sans méconnaître les exigences qu'elle avait elle-même posées que l'entité adjudicatrice a, en définitive, retenu une offre supérieure de près de 50 % au montant de l'enveloppe financière prévisionnelle»
- (CAA de NANTES,10/07/2020, 19NT00091)

Sélection de jurisprudences

En l'absence de stipulation expresse, les prix d'un marché public sont réputés inclure la TVA

En l'absence de stipulation expresse, les prix d'un marché public sont réputés inclure la TVA

- **Un prix stipulé sans mention de la taxe doit être réputé inclure la taxe**
- Dans un arrêt, en date du 29 juin 2021, le Conseil d'Etat a jugé que « *dans une opération soumise à la taxe sur la valeur ajoutée, un prix stipulé sans mention de la taxe doit être réputé inclure la taxe qui sera due par le vendeur ou le prestataire de service, à moins qu'une stipulation expresse fasse apparaître que les parties sont convenues d'ajouter au prix stipulé un supplément de prix égal à la taxe sur la valeur ajoutée applicable à l'opération* ».
- Il en va de même s'agissant des clauses d'intéressement d'un marché.

- *Conseil d'État, 7e – 2e chambres réunies, 29 juin 2021, n° 442506*

Sélection de jurisprudences

Bug informatique au cours d'une procédure de passation

Bug informatique au cours d'une procédure de passation

- **Faits: Un candidat A voit son offre rejetée du fait d'une mauvaise notation sur l'un des critères techniques.** Cette mauvaise note est justifiée par l'absence de dépôt de la documentation technique sur le profil acheteur.
  Le candidat A confirme que le document a bien été déposé. L'acheteur confirme cette information auprès du prestataire gérant le profil acheteur. L'acheteur décide de reprendre l'analyse au stade des offres plutôt que de reprendre la totalité de la procédure et attribue le marché au candidat A. Le candidat B engage un référé.
- **Question:** En cas de bug informatique, l'acheteur peut-il reprendre au stade de la remise des offres au lieu de reprendre toute la procédure ?
- **Décision: OUI dans ce cas précis,** « *la décision du département, consistant à figer l'état des offres à la date de leur transmission initiale, a entendu éviter cette atteinte à l'égalité entre les candidats. C'est donc à bon droit que le département à qui il appartenait de veiller au respect des principes de la commande publique, en particulier à l'égalité entre les candidats, a pu reprendre la procédure en litige au stade de l'examen des offres initialement déposées.* »
- **TA Toulon, 27 octobre 2020, n° 2002750**

Sélection de jurisprudences

Choix d'un soumissionnaire qui a travaillé sur le projet

Choix du maître d'œuvre qui a travaillé sur le projet

- **Un rappel : au nombre des principes généraux du droit figure le principe d'impartialité, dont la méconnaissance est constitutive d'un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence ».**
- **Le contexte :** attribution d'un marché de maitrise d'œuvre à un groupement dont l'un des cotraitants avait réalisé, 4 mois avant le lancement de la procédure, un diagnostic du bâtiment sur lequel portait le marché, diagnostic incluant également une étude financière. Ce candidat bénéficiait donc d'une meilleure connaissance de l'opération. En outre, le DCE du marché de maîtrise d'œuvre ne comportait pas ces éléments, qui auraient pu éventuellement permettre de rétablir l'égalité de traitement.
- Dans ces conditions, le juge annule la procédure en considérant « qu'en attribuant le marché au groupement formé des sociétés X et Y mandataire, ainsi que du bureau A qui, ./…avait établi un diagnostic se rapportant directement à l'objet du marché, faisant ainsi bénéficier le groupement d'un avantage indéniable, l'Etat a méconnu ses obligations en matière de mise en concurrence et d'impartialité.».
- *TA Mayotte, ord. 29 mai 2020, Sté Quadra Architectures, n°2000537*

Sélection de jurisprudences

Visite obligatoire ?

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 la 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, le candidat avait réalisé un reportage photographique sur les bassins et 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 CAA Bordeaux, 7 juillet 2016, n° 14BX02425) Attention au principe d'égalité d'accès à la commande publique.

Sélection de jurisprudences

Compétence de la CAO

Compétence de la CAO

Rappel des dispositions du CGCT

- La loi Elan a fait couler beaucoup d'encre, et en particulier ses dispositions relatives à la Commission d'Appel d'Offres (CAO). L'objectif visant à clarifier le périmètre des marchés publics devant passer en CAO.

- L'article L.1414-2 du Code général des collectivités territoriales a été modifié en ce sens. Pour autant, la bonne lecture de cet article a suscité (et suscite encore) des débats. Récemment, un tribunal administratif s'est prononcé, par une décision qui n'a pas fait l'objet d'un pourvoi en cassation.

- Article L.1414-2 du CGCT : *« Pour les marchés publics passés selon une procédure formalisée dont la valeur estimée hors taxe prise individuellement est égale ou supérieure aux seuils européens qui figurent en annexe du code de la commande publique, [...], le titulaire est choisi par une commission d'appel d'offres composée conformément aux dispositions de l'article L. 1411-5 [...]* ».

Compétence de la CAO

Les rôles respectifs de l'acheteur et de la CAO ne sont plus précisés par le code de la commande publique. Il convient désormais de se référer au CGCT.

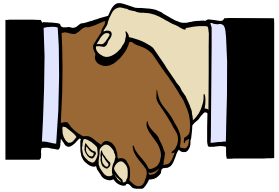
- Selon l'article L.1414-2 du CGCT, la CAO est compétente pour attribuer les marchés publics dont le montant pris individuellement est ≥ aux seuils européens. Malgré cette formulation très ambigüe, il est nécessaire de considérer que, lorsque l'article L.1414-2 du CGCT se réfère aux marchés dont la valeur excède les seuils mentionnés en annexe du Code de la Commande Publique, il a pour objet de circonscrire le champ d'intervention de la Commission d'Appel d'Offres aux seuls marchés passés en application desdites procédures formalisées en raison de la valeur estimée du besoin auquel ils répondent ».
- **La CAO n'attribue donc que les marchés à l'issue des procédures formalisées** : appel d'offres, dialogue compétitif, procédure avec négociation.
- Elle intervient en fin de procédure pour choisir le titulaire après s'être assurée du bon déroulement de la procédure.
- **Pour les MAPA, la CAO n'a pas à intervenir sauf règles internes :** par exemple, elle peut être saisie pour émettre, le cas échéant, un avis sur le choix du titulaire.
- **Pour les avenants,** la CAO émet un avis sur les avenants entraînant une augmentation du montant global du marché supérieure à 5 % lorsque le marché initial a été lui-même soumis à la Commission d'Appel d'Offres.

Compétence de la CAO

Compétence de la CAO : le TA de Rennes apporte des précisions dans le cas des marchés allotis

- Une SEM, agissant pour le compte d'une région, a lancé un appel d'offres en vue d'attribuer un « Macro – lots clos couvert » dans le cadre de la construction d'un internat et logements de fonction. Une entreprise évincée a formé un référé précontractuel devant le TA, considérant que la procédure est entachée d'irrégularité dès lors qu'aucune CAO n'est intervenue pour l'attribution du marché.
- Le TA après s'être penché sur la computation des seuils et la notion d'opération estime qu'un candidat à un marché public est susceptible d'être lésé si son offre n'a pas été examinée par une Commission d'Appel d'Offres alors qu'elle était compétente.
- L'acheteur a donc méconnu les dispositions du CGCT en ne faisant pas examiner les offres par la CAO. Et, ce manquement à ses obligations de publicité et de mise en concurrence a été nécessairement susceptible de léser la société requérante. En outre, l'évaluation du montant du marché doit être effectuée tous lots confondus.
- La procédure de passation du lot 3 est donc annulée.

TA de Rennes, 24 février 2020 – n° 2000394



Sélection de jurisprudences

Variante au cours de la négociation
Sélection des candidats admis à négocier

Variante au cours de la négociation

La CRC de Corse dans un rapport de janvier 2019 concernant la gestion d'une commune de 3 000 habitants pointe du doigt la mise en concurrence réalisée pour l'achat en MAPA d'un minibus de transport d'enfants.

- Le PV d'analyse des offres ne précise pas l'affectation des notes entre les 2 candidats qui sont invités à négocier. Lors des échanges, le mieux-disant ne modifie pas son offre. L'autre prestataire baisse légèrement son prix, et propose le prêt gratuit d'un véhicule en attendant la livraison du minibus.
- Pour la CRC, il s'agit d'une variante en cours de négociation. Pour autant, la 1ère entreprise n'a pas été sollicitée pour proposer une offre complémentaire.
- La Commission d'Appel d'Offres retient l'offre la plus chère (31 200 €, soit + 4 800 € par rapport à l'autre offre) incluant le prêt de véhicule. La CRC observe que le prestataire a en plus facturé à la commune une taxe carbone de 2 200 €, au motif qu'elle n'était pas prévue lors de la consultation, alors que l'acte d'engagement mentionnait que l'offre était établie TTC.

Sélection des candidats admis à négocier

- **L'acheteur peut ne négocier qu'avec la seule entreprise arrivée en tête à l'issue de l'analyse des offres initiales.**
- En l'espèce, l'acheteur a donné, dans le règlement de la consultation, une information précise sur la négociation qu'il se réservait de mener et indiqué les critères de sélection des entreprises admises à négocier.
- Il pouvait, sans méconnaître ses obligations de publicité et de mise en concurrence, se réserver le droit de négocier avec un nombre limité de candidats.
- Aucune disposition législative ou réglementaire ne fixant un nombre minimum ou maximum de candidats à retenir dans le cadre de la négociation, la commune de Sibiril pouvait notamment, comme elle l'a fait, engager une procédure de négociation avec le seul candidat arrivé premier à l'issue de l'analyse des offres sans porter atteinte à l'égalité de traitement des candidats. »
- *TA Rennes n°2005292 du 17/12/2020*

Sélection de jurisprudences

Auto déclaration d'exclusivité du titulaire

Auto-déclaraton d’exclusivité du titulaire

- **Les faits :** L’AP-HP avait attribué le 7 juillet 2015 un marché à la société Getinge France portant sur la fourniture de pièces détachées pour les laveurs désinfecteurs d’instruments de chirurgie ou de verrerie de laboratoire de marques Getinge, Maquet et Lancer, ainsi que la réalisation de prestations de maintenance, hors cadre de concurrence, justifié par l’exclusivité.

- **Décision du juge :** La CAA de Paris annule le marché relevant que cette prestation avait fait l’objet de consultation par d’autres hôpitaux et n’accordant aucun effet à l’auto-déclaration d’exclusivité du titulaire.

CAA de Paris n° 17PA01588 du 11 décembre 2018

Sélection de jurisprudences

Mise au point du marché

Mise au point du marché

- **Illustration de la portée de la mise au point du marché en appel d'offres :**
- Le retrait des études d'exécution du lot auquel elles incombaient initialement n'est pas une modification substantielle de l'offre de l'attributaire de ce lot, dans la mesure où cette suppression n'entraîne qu'une diminution de 1,7 % du montant du marché.

CAA Marseille, 16 décembre 2019, n° 17MA03675

La mise au point du marché – limites et contours

- Selon l'article R.2152-13 du code de la commande publique : « *L'acheteur et le soumissionnaire retenu peuvent procéder à une mise au point des composantes du marché avant sa signature. Cependant, cette mise au point ne peut avoir pour effet de modifier des caractéristiques substantielles de l'offre ou du marché* ».
- La mise au point intervient donc en amont de la signature du marché avec l' attributaire pressenti et ne doit avoir pour conséquence de modifier substantiellement les documents du dossier de consultation des entreprises ni de modifier substantiellement l'offre du soumissionnaire retenu.
- Le tribunal administratif de Nantes juge que le fait d'avancer la date de début d'exécution de quelques jours n'a pas pour objet de modifier le cahier des charges ni d'ajouter de nouvelles prestations. L'offre de l'attributaire ayant été « *légèrement modifiée* », ladite mise au point « *n'a pas pour effet de modifier les caractéristiques substantielles du marché et n'est donc pas susceptible d'avoir lésé le requérant* ».
- **Conclusion : Adapter le contrat à la réalité du terrain, oui, mais toujours à condition de ne pas modifier de façon notable les caractéristiques du marché**.

Tribunal administratif de Nantes N°2103085 du 12 avril 2021

Sélection de jurisprudences

Déclaration sans suite pour motif d'intérêt général

Déclaration sans suite pour motif d'intérêt général

L'acheteur public ne peut pas invoquer l'intérêt général en cas de carence des services opérationnels

- Un acheteur a lancé une procédure adaptée pour la fourniture de matériel informatique ; il a informé la société SBS que son offre avait été retenue pour les 3 lots. Puis, il a déclaré la procédure sans suite pour motif d'intérêt général.
- La société conteste cette décision et réclame une indemnisation pour le préjudice.
- La déclaration sans suite pour motif d'intérêt général était motivée par le fait que les besoins avaient été sous-évalués et que l'acheteur souhaitait relancer une procédure en adéquation avec ses besoins réels.
- L'abandon de la procédure étant dû à un défaut d'évaluation précise des besoins, la CAA juge que ce motif ne peut être qualifié d'intérêt général ; la déclaration sans suite est par conséquent illégale.

CAA Nantes, 02/02/2016, n° 14NT01374.

Déclaration sans suite pour motif d'intérêt général

- **La déclaration sans suite d'une procédure de passation du fait de son illégalité doit être motivée**
- Si la déclaration est motivée par l'illégalité de la procédure, l'acheteur doit préciser la nature des vices affectant la légalité de la procédure
- En l'occurrence, il s'est avéré que le maire de la commune a indiqué, dans la décision du 20 novembre 2017, qu'il déclarait sans suite la procédure en raison de vices affectant sa sécurité juridique, sans toutefois préciser la dénomination générique desdits vices. Or, bien qu'elle n'était pas tenue de préciser de façon détaillée lesdits vices, la commune devait à minima indiquer la nature de ces vices de sorte que les candidats aient une information suffisante.
- *CAA de Marseille, 13 septembre 2021, req. n° 20MA03415, SARL Mariani Frères*

Cada | Commission d'accès aux documents administratifs

Sélection de jurisprudences

Refus de communiquer les documents relatifs à un marché

Refus de communiquer les documents relatifs à un marché

- **Le Conseil d'État confirme que l'acheteur ne peut rejeter une demande de communication au motif que l'occultation des mentions couvertes par le secret nécessiterait une mobilisation de moyens trop importants.**
- Une fois signés, les documents concernant le marché sont, en principe, communicables à toute personne qui en fait la demande, y compris à un candidat évincé. Ce droit d'accès doit s'exercer dans le respect du secret des affaires, ce qui nécessite l'occultation de certaines mentions.
- L'accès aux documents administratifs est un droit (CRPA, art. L. 311-1) et ce n'est, que si la demande de communication était abusive car ayant manifestement pour objet de perturber le fonctionnement de l'administration ou aurait pour effet de faire peser sur elle une charge disproportionnée au regard des moyens dont elle dispose, que le refus d'accès au document serait justifié (CRPA, art. L. 311-2).

CE, 14 novembre 2018, no 420055 - CE, 23 octobre 2019, n° 433474

Communication des documents relatifs à un marché

Les documents communicables ou non dans le cadre de la passation d'un marché public sont listés sur le site www.cada.fr.

Cada | Commission d'accès aux documents administratifs

Sont communicables, à l'issue de la notification du marché et <u>après occultation des mentions protégées</u> au titre du secret des affaires (ex secret en matière industrielle et commerciale), certains documents

Le rapport d'analyse des offres éléments de notation et de classement	Sont communicables les mentions qui concernent l'attributaire à l'exception de celles couvertes par le secret des affaires ; en revanche les mentions qui se rapportent aux autres candidats ne sont pas communicables (sauf au demandeur lui-même) Seuls sont communicables, les éléments de l'offre du candidat retenu et ceux concernant le candidat évincé demandant des documents.
Méthode de notation utilisée	« En l'espèce, s'agissant de la méthode de notation./…, la commission estime que le document la précisant est intégralement communicable à toute personne en faisant la demande. Elle émet donc un avis favorable sur ce point. »
L'acte d'engagement	L'acte d'engagement est communicable sous réserve d'occulter le compte bancaire, le RIB et le cas échéant, l'annexe financière
Le dossier de candidature	Le dossier de candidature est communicable sous réserve d'occulter certains éléments (chiffre d'affaires, certificat qualité)

Ne sont pas communicables, les éléments techniques et financiers de l'offre de l'attributaire :

Offre de prix détaillée contenue dans le bordereau des prix unitaires (BPU), la décomposition du prix global et forfaitaire (DPGF) ou le détail quantitatif estimatif (Conseil d'Etat 30.03.16, Centre hospitalier Perpignan n°375529)

Mémoire technique, détail technique et financier de l'offre, devis <u>non</u> communicables

Marques et produits proposés dans son offre par le candidat retenu s'il s'agit d'un marché de travaux : les matériaux proposés relèvent du procédé technique qui est protégé

L'acheteur doit montrer une certaine prudence en matière de communication de documents.

Sélection de jurisprudences

Conditions de mise en régie du marché aux frais et risques du titulaire défaillant et de résiliation pour faute grave

Conditions de mise en régie du marché aux frais et risques du titulaire défaillant et de résiliation pour faute grave (1)

- **Le contexte :** marché de fourniture et mise en service d'une grue portuaire à câbles. Le titulaire sous-traite un système de contrôle/commande et d'un contrôleur d'état de charges, avec plusieurs mois de retard.

  Après plusieurs mises en demeure, l'acheteur a conclu des marchés de substitution pour remettre en état de marche la grue par des tiers aux frais et risques du titulaire défaillant. La grue n'a jamais pu être mise en service. L'acheteur procède à la résiliation pour faute du marché.
- Le Conseil d'État, rappelle que même en l'absence de stipulation du marché, l'acheteur peut conclure un contrat de substitution pour faire exécuter par une entreprise tierce tout ou partie des prestations, aux frais et risques de son cocontractant défaillant.
- Il s'agit d'une règle d'ordre public destinée à surmonter les manquements du cocontractant lorsqu'ils entravent l'exécution d'un marché.
- *CE, 18 décembre 2020, Société X, n° 433386*

Conditions de mise en régie du marché aux frais et risques du titulaire défaillant et de résiliation pour faute grave (2)

- Le titulaire défaillant doit pouvoir suivre les marchés de substitution et en suivre l'exécution afin de veiller à la sauvegarde de ses intérêts. Il doit en supporter la charge même si les prestations objet de ces marchés n'ont pas permis de réaliser avec succès les prestations attendues.
- Le Conseil d'État précise aussi que la résiliation pour faute est régie par les mêmes principes que la conclusion de marchés de substitution. Une résiliation aux torts exclusifs du titulaire est possible lorsque ce dernier a commis une faute d'une gravité suffisante.

  L'application des pénalités de retard pendant l'exécution ne fait pas obstacle à la résiliation du marché aux torts exclusifs du titulaire.
- *CE, 18 décembre 2020, Société X, n° 433386*

Sélection de jurisprudences

L’exécution du marché

Attention à respecter le formalisme du CCAG !

- **Un acheteur ne peut rejeter des prestations sans avoir préalablement sollicité du titulaire ses observations**
- Un titulaire de marchés relatif à la réalisation de relevés biologiques a saisi le TA de Toulouse afin d'obtenir l'annulation du titre de recette par lequel l'acheteur entend récupérer les sommes versées à titre d'acompte.
- En l'espèce, l'acheteur rejette les prestations au motif qu'elles n'étaient pas fiables et exploitables.
- Le TA relève que l'acheteur a méconnu les stipulations de l'article 25.4 du CCAG FCS applicable au marché. La CAA de Bordeaux confirme la décision du TA.
- En effet, l'acheteur n'avait pas mis en mesure l'entreprise de présenter ses observations avant de prononcer le rejet de ses prestations.

- *CAA de BORDEAUX, 7ème chambre (formation à 3), 18/06/2020, 18BX02003*

Résiliation pour motif d'intérêt général

- Le titulaire de la **DSP** pour l'exploitation des parkings souterrains de la ville de Cannes conteste la décision de la commune de Cannes de résilier unilatéralement la DSP pour réintroduire cette gestion en régie.

- Le CE reconnait l'intérêt général de la motivation.

CE N° 424846 Soc.UNIPARC Cannes C/ commune de CANNES 25 janvier 2019

Le CCAG ne peut être invoqué s'il n'a pas été contractualisé (1)

- **Ni l'acheteur public, ni le titulaire ne peuvent invoquer les clauses du CCAG s'il n'a pas été contractualisé**
- **Les faits**
- Un hôpital a conclu 2 contrats portant, l'un sur la location de photocopieurs, l'autre sur la maintenance et la formation du personnel. La société a livré les photocopieurs sans les installer. L'hôpital a refusé de régler les loyers et prononcé la résiliation des contrats. La société réclame la condamnation de l'hôpital à lui verser les sommes qu'elle estime lui être dues et à l'indemniser de son préjudice lié à la résiliation.
- **Le jugement**
- La CAA de Douai rappelle que le contrat conclu était un marché public (54 840 € HT). Ce contrat était supérieur au seuil de 15 000 € (seuil de dispense de procédure alors en vigueur). L'hôpital aurait donc dû respecter les principes fondamentaux de la commande publique et la liberté d'accès à la commande publique.
- Or, ce contrat n'a pas fait l'objet de mesures de publicité ni de mise en concurrence Il a été signé le jour même de sa remise, sans production des conditions générales de location, ni d'un quelconque cahier des charges.
- *CAA Douai, 30/01/2020, n° 18DA00927.*

Le CCAG ne peut être invoqué s'il n'a pas été contractualisé (2)

- **Ni l'acheteur public, ni le titulaire ne peuvent invoquer les clauses du CCAG s'il n'a pas été contractualisé**
- La CAA relève que, « si le titulaire invoque les articles 32.1 et 32.2 du CCAG applicable aux marchés de fournitures et services, relatifs à la résiliation pour faute du titulaire, ni les conditions générales, ni des conditions particulières du contrat de location n'indiquent que les parties se soient référées à ce cahier ».
- Par conséquent, à défaut de contractualisation du CCAG, le titulaire ne peut pas invoquer ses stipulations. En admettant même que l'hôpital ait commis une faute en n'adressant pas une mise en demeure préalable à son cocontractant avant de résilier le contrat, cette irrégularité n'ouvre pas droit à une indemnisation.
- **Commentaire**
- L'acheteur doit veiller à référencer le CCAG dans les pièces contractuelles, quelle que soit la modalité de mise en concurrence. Il a intérêt à le contractualiser dans les marchés sans publicité ni mise en concurrence prenant la forme d'un simple bon de commande en précisant, par exemple, *« commande effectuée dans le cadre du CCAG…»*
- *CAA Douai, 30/01/2020, n° 18DA00927.*

Sous-traitance

Sous-traitance - L'acheteur doit mettre en demeure le titulaire de régulariser la situation d'un sous-traitant qui réalise des prestations qui excèdent le montant de l'acte spécial

- Un maître d'ouvrage ayant connaissance de l'exécution de prestations excédant celles prévues à l'acte spécial de sous-traitance et dépassant le montant maximum du paiement direct doit prendre toute mesure utile pour mettre fin à cette situation ou la régulariser. Si tel n'est pas le cas, le maître d'ouvrage commet une faute et il doit indemniser, au moins partiellement, ce sous-traitant.
- Il incombe au maître d'ouvrage, dans une telle situation, « *de mettre en demeure le titulaire du marché ou le sous-traitant de prendre toute mesure utile pour mettre fin à cette situation ou pour la régulariser ».*

CE, 2 décembre 2019, n° 422307, Département du Nord

Le maître d’ouvrage doit payer les travaux indispensables

Le maître d’ouvrage doit payer les travaux indispensables même s’ils sont rendus nécessaires par une faute d’un autre entrepreneur

- Les travaux de reprise réalisés par le titulaire du lot revêtement de sols, bien que découlant d’une erreur imputable à l’entreprise de gros-œuvre, ont donc été rendus indispensables à la réalisation de l’ouvrage dans les règles de l’art, compte tenu de l’impossibilité de faire fonctionner correctement les portes automatiques .
- Par conséquent, ladite société est bien fondée à exiger le paiement de ces travaux supplémentaires pour un montant de 30 152,74 euros HT.

CAA Nantes, 2911.2019, n°18NT00681, Centre Hospitalier du Haut-Anjou

Marché de maîtrise d'œuvre - réclamation

• La rémunération forfaitaire du maître d'œuvre comprend les réunions supplémentaires engendrées par l'allongement de la durée du chantier et la passation de nouveaux marchés suite à défaillance d'entreprises

- Le requérant demandait l'indemnisation des surcoûts liés à l'organisation de nouveaux appels d'offres, après liquidation judiciaire de titulaires et de 111 réunions supplémentaires en se fondant, sur la théorie des sujétions imprévues.
- Cette théorie suppose un caractère exceptionnel et imprévisible, dont la cause est extérieure aux parties et ayant pour effet de bouleverser l'économie du contrat.
- Tel est le cas lorsque le maître d'ouvrage a décidé d'une modification de programme ou de prestations ou lorsque le maître d'œuvre a réalisé des prestations non prévues mais indispensables à la réalisation de l'ouvrage.
- En dehors de ces situations, la seule prolongation de sa mission n'est pas de nature à justifier une rémunération supplémentaire du maître d'œuvre.
- *CAA Bordeaux, 20 mai 2020, req. n° 18BX02280, Société Gaussen et Phuc*

Actualité

Sélection de jurisprudences

Réception

Courrier électronique et date certaine de réception

- **Un simple courrier électronique ne permet pas d'assurer une date certaine de réception**
- À l'ère du numérique et de la dématérialisation, le titulaire d'un marché public ne peut se contenter d'envoyer un mémoire en réclamation par simple courrier électronique, ce dernier ne permettant pas d'attester de manière certaine de la date de réception du document.
- *CAA de NANTES, 4ème chambre, 19/02/2021, 20NT00068,*

Réception des travaux avec réserves et établissement du décompte final:

- • **Faits** : une société membre d'un groupement solidaire d'entreprises, titulaire d'un marché public de travaux pour la construction d'établissements de placement des mineurs, a saisi le juge des référés, sur le fondement de l'article R. 541-1 du CJA, d'une demande tendant à la condamnation du pouvoir adjudicateur au versement d'une provision, en paiement du décompte général définitif de ce marché, regardé comme tacitement intervenu.
- • **Portée** : lorsque le pouvoir adjudicateur entend prononcer la réception avec réserves des travaux (article 41.6 du C.C.A.G.-Travaux), **la date de notification de la décision de réception des travaux** (et non la date de levée des réserves comme pour la réception sous réserves prévue par l'article 41.5 de ce C.C.A.G.) **constitue le point de départ des délais d'établissement du décompte final, quelle que soit l'importance des réserves émises par le pouvoir adjudicateur**.
- *CE, 8 décembre 2020, société SOGETRA, 437983, aux Tables*

Prise de possession anticipée d'un ouvrage

Une prise de possession d'un ouvrage ne vaut pas réception tacite

- Une prise de possession effective d'un ouvrage ne suffit pas à caractériser une réception tacite de celui-ci, une telle réception étant, notamment subordonnée à la commune intention des parties d'y procéder.
- Le CCAG travaux admet que la prise de possession puisse précéder la réception en cas d'urgence. En l'espèce, la rentrée scolaire rendait indispensable l'utilisation du bâtiment. Par ailleurs, le maître d'œuvre a clairement indiqué au titulaire que ses demandes de paiement seraient rejetées, tant qu'il ne procèderait pas à la reprise des malfaçons affectant l'installation de chauffage.

CAA Douai, 3e chambre - formation 3, 29 mai 2019, n° 17DA01465,

Actualité

Sélection de jurisprudences

Décompte général et définitif

Décompte général et définitif

- **Marché de travaux - décompte général et définitif**
- Le décompte général et définitif du marché de travaux n'emporte pas décompte définitif du marché de maîtrise d'œuvre
- Une fois notifié au titulaire du marché de travaux, le décompte général devient définitif, ce qui fait obstacle à ce que le maître d'ouvrage réclame l'indemnisation de son préjudice éventuel sur le fondement de la responsabilité du constructeur.
- Le maître d'ouvrage peut toutefois, parfaitement rechercher la responsabilité contractuelle de son maître d'œuvre en raison, notamment, des erreurs de conception et de surveillance des travaux qu'il aurait commises.

CAA Versailles, 25 mai 2020, req. n° 17VE01614, Société SNE Quantitec

Acceptation tacite du décompte général du marché

- **Les faits :** Aucun document n'a été notifié par la collectivité dans le délai de 10 jours prévu à l'article 13.4.4 du CCAG-Travaux de 2014, de sorte que le projet de décompte général est devenu le décompte général et définitif du marché.
- La créance réclamée résulte du décompte général devenu définitif de manière tacite de sorte qu'elle ne peut être remise en cause par les parties.
- Condamnation de la collectivité à verser à l'entreprise titulaire, le paiement de sommes complémentaires d'un montant de près de 250.000 €, presque égal à celui du marché, en réparation des préjudices subis du fait des nombreuses perturbations subies lors de l'exécution du marché.

CE, 25 janvier 2019, n°423331, société Self Saint Pierre et Miquelon

Modalités de contestation d'un décompte général

Ni le marché ni le CCAG-PI de 2009 ne prévoient l'envoi par courriel des réserves formulées sur le décompte général du marché.

- Dès lors, les réserves, reçues après l'expiration du délai de recours, ne sont pas recevables (mail du 17 octobre, délai expirant le 18 octobre, courrier reçu le 22 octobre).
- En expédiant son courrier la veille du jour de l'expiration du délai imparti, la société n'a pas accompli les diligences minimales permettant que son courrier, dans des conditions normales d'acheminement, puisse être reçu par le maître d'ouvrage avant cette expiration.

CE, 15 mars 2019, Systra, n°416571

Décompte général et définitif

- **Marché de travaux - Le décompte général et définitif du marché de travaux n'emporte pas décompte définitif du marché de maîtrise d'œuvre**
- La Cour administrative d'appel de Versailles rappelle que le principe du caractère intangible du décompte général définitif s'applique également en cas de décompte général et définitif tacite.
- *CAA Versailles, 25 mai 2020, req. n° 17VE01614, Société SNE Quantitec*

Marché de travaux - compte-prorata

- Le maître d'ouvrage ne commet pas de faute en notifiant le décompte général sans vérifier si les sommes dues au titre du **compte prorata** ont été versées
- Pour déterminer le rôle du maître d'ouvrage dans le contrôle de la gestion du compte prorata il convient de s'assurer si une clause a été insérée en ce sens dans le CCAP, mais encore que cette clause a été rédigée de manière claire et non ambiguë, faisant expressément peser une obligation de vérification sur le maître d'ouvrage.

- *CAA Paris, 9 mai 2020, req. n° 18PA01903, Ministre de la transition écologique et solidaire*

Sélection de jurisprudences

Divers

- Garantie décennale
- Devoir de conseil du maître d'œuvre
- Action en responsabilité contractuelle
- Limites à la responsabilité pour faute du maître d'ouvrage
- Chantiers publics et constat contradictoire
- Pénalités de retard

Garantie décennale

Pas de garantie décennale ou de parfait achèvement pour les désordres apparents lors de la réception et n'ayant pas fait l'objet de réserves

- Absence de garantie décennale pour les désordres apparents lors de la réception et n'ayant pas fait l'objet de réserves lors de la réception, quand bien même la gravité de ces désordres n'aurait pas alors été révélés dans toute leur ampleur.
- Absence également de garantie de parfait achèvement – Irrecevabilité en appel de l'action en responsabilité contractuelle à l'encontre du maître d'œuvre pour manquement à son devoir de conception lors de la réception si ce fondement n'a pas été soulevé en première instance.

CAA Bordeaux, 26.11.2019, req. n°17BX03379, Commune de Brive-la-Gaillarde

Devoir de conseil du maître d'œuvre

- **La responsabilité du maître d'œuvre pour manquement à son devoir de conseil peut être engagée,** dès lors qu'il s'est abstenu d'appeler l'attention du maître d'ouvrage sur des désordres affectant l'ouvrage ou encore d'une nouvelle règlementation et dont il pouvait avoir connaissance.

- **En l'espèce**, le maître d'œuvre s'est abstenu de signaler au maître de l'ouvrage le contenu de nouvelles normes acoustiques et leur nécessaire impact sur le projet, et de l'alerter de la non-conformité d'une salle polyvalente à ces normes lors des opérations de réception alors qu'il en avait eu connaissance en cours de chantier.
- Sa responsabilité peut donc être engagée pour défaut de conseil…

Conseil d'État N° 432783 - 2020-12-10

Action en responsabilité contractuelle du maître d'ouvrage à l'encontre des constructeurs

Action en responsabilité contractuelle du maître d'ouvrage à l'encontre des constructeurs après la réception de l'ouvrage et la levée des réserves.

- Par une décision du 8 janvier 2020, le Conseil d'État rappelle que la réception d'un ouvrage et la levée des réserves ne font pas obstacle à ce que le maître d'ouvrage puisse rechercher la responsabilité contractuelle des constructeurs à raison des travaux supplémentaires nécessaires à l'achèvement de l'ouvrage durant l'exécution du marché.

CE 8 janvier 2020, Communauté d'agglomération du Grand Angoulême, req. 434490

Limites à la responsabilité pour faute du maître d'ouvrage

•**Allongement de la durée du chantier en raison de difficultés économiques d'un des constructeurs à l'origine de l'allongement de la durée du chantier** – absence de faute du maître d'ouvrage dès lors que le marché de substitution a été lancé dans un délai de 2 mois à compter de la défaillance de l'entreprise

•« *Les difficultés rencontrées dans l'exécution d'un marché à forfait ne peuvent ouvrir droit à indemnité au profit du titulaire que dans la mesure où celle-ci justifie soit que ces difficultés trouvent leur origine dans des sujétions imprévues ayant eu pour effet de bouleverser l'économie du contrat soit qu'elles sont imputables à une faute de la personne publique commise notamment dans l'exercice de ses pouvoirs de contrôle et de direction du marché, dans l'estimation de ses besoins, dans la conception même du marché ou dans sa mise en œuvre, en particulier dans le cas où plusieurs cocontractants participent à la réalisation de travaux publics* ».

•Le juge considère qu'il n'y a pas faute du maître d'ouvrage dès lors qu'il ne pouvait pas prévoir les difficultés de l'entreprise défaillante lors de l'attribution du marché.

CAA Marseille, 27 janvier 2020, req. n°18MA01783, Société Etni

Chantiers publics et constat contradictoire

- **Chantiers publics et constat contradictoire : une formalité obligatoire préalable aux demandes indemnitaires des entreprises ?**
- En vertu de l'article 12 du CCAG applicable aux marchés publics de travaux, l'entreprise peut (doit ?) demander au maître d'œuvre d'organiser une constatation contradictoire des prestations exécutées ou des circonstances de leur exécution.
- Par un arrêt du 17 avril 2020 n° 18PA02345, la cour administrative d'appel de Paris a jugé que, à défaut d'avoir sollicité des constatations contradictoires portant sur l'immobilisation de son matériel et de son personnel, en vue de la sauvegarde de ses droits consécutivement à l'interruption du chantier, l'entreprise ne justifiait ni de la réalité, ni du montant du préjudice résultant de ces immobilisations : rejet de sa demande indemnitaire.

- *CAA de Paris - arrêt du 17 avril 2020 n° 18PA02345*

Pénalités de retard

Absence de lien entre le montant des pénalités de retard et le préjudice subi par le maître d'ouvrage.

- Le maître d'ouvrage peut appliquer des pénalités de retard même si ce retard ne lui cause aucun préjudice. Des pénalités de retard représentant 25% du montant du marché ne sont pas disproportionnées.
- *Lorsque le titulaire saisit le juge de conclusions tendant à ce qu'il modère les pénalités mises à sa charge, il ne saurait utilement soutenir que l'acheteur n'a subi aucun préjudice ou que le préjudice subi est inférieur au montant des pénalités mises à sa charge. Il lui appartient de fournir aux juges tous éléments, relatifs notamment aux pratiques observées pour des marchés comparables ou aux caractéristiques particulières du marché en litige, de nature à établir dans quelle mesure ces pénalités présentent selon lui un caractère manifestement excessif.*

CAA Bordeaux, 6.11.2019, n°17BX03611, société Serrurerie Bernard Prieuré

Sélection de jurisprudences

Modification du marché au-delà de 50% du prix initial

Modification du marché au-delà de 50% du prix initial

- La chambre régionale des comptes de Mayotte rappelle, dans son rapport d'observations "Communauté de communes du centre-ouest (3CO)", qu'une modification d'un marché en raison de prestations supplémentaires devenues nécessaires, se limite à 50 % du montant du contrat initial (CCP, art. R. 2194-3).

  La CRC relève une augmentation de 135 % d'un marché de maîtrise d'œuvre, soit un coût passant de 150 000 € à 352 757 € , à la suite de la conclusion de l'avenant.

  La règle des 50 % s'applique aussi dès lors que le marché est sous les seuils d'une mise en concurrence. En rehaussant la rémunération du maître d'œuvre en charge de l'extension du siège de la 3CO de 9 500 €, la collectivité a accru de 93% le coût initial du marché... s'élevant dorénavant à 19 700€. Une action réprimandée là-encore par la CRC.

Journée actualité 2021

Questions parlementaires
Réponses ministérielles

La déclaration de marchés sans suite (plusieurs questions)

Questions écrites au sénat n°11191 rappelant la question n°09994 et n°11022 rappelant la question n°09685 – Réponse publiée le 12/09/2019

- **En application de l'article R. 2185-2 du CCP : obligation de motiver une décision déclarant sans suite une procédure de passation d'un marché public et ce dans les plus brefs délais**
- **Un défaut ou une insuffisance de motivation constitue une illégalité susceptible d'être soulevée à l'appui du recours contentieux dont peut faire l'objet une telle décision** *(CJUE 18 juin 2002 "Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik Planungs Gmbh c/ Stadt Wien", aff. C-92/00 ; C.E. 18 mars 2005 "Société Cyclergie", n° 238752)*.
- **L'illégalité de cette décision peut également être invoquée à l'occasion d'un recours contre la passation d'un nouveau marché public fondé sur l'abandon de la procédure précédente** *(C.E. 3 octobre 2012 "Département des Hauts-de-Seine", n° 359921).*

Préférence locale pour l'attribution de marchés publics

Question publiée au JO le 19/11/2019 - Réponse publiée le 25/02/2020

- Possibilité d'instaurer un mécanisme de préférence locale pour l'attribution de marchés publics. L'accès des entreprises locales à la commande publique est une préoccupation majeure et un **enjeu pour le développement économique des territoires**
- La promotion de l'achat local répond également à des préoccupations environnementales et écologiques. Sensibilisés à l'achat public durable, les acheteurs locaux cherchent à réduire l'empreinte écologique de leurs achats en limitant le transport et les émissions de polluants à l'occasion de l'exécution des marchés. Les principes de la commande publique font toutefois obstacle à la prise en compte d'un critère géographique dans l'attribution des marchés.
- Le juge européen et le juge administratif français censurent régulièrement les conditions d'exécution, les critères reposant sur l'origine des produits ou l'implantation géographique. Toute modification du droit des marchés publics serait inconstitutionnelle. Pour autant, le code offre des outils permettant de faciliter l'accès des entreprises locales, notamment par une définition claire des besoins, le sourçage, l'allotissement ou encore des mesures de publicité permettant de toucher les opérateurs susceptibles d'être intéressés.

Préférence locale pour l'attribution de marchés publics

- **De même, au stade de l'attribution des marchés, les acheteurs peuvent se fonder sur des critères tels que :**

- le développement des approvisionnements directs
- Les performances en matière de protection de l'environnement, par exemple, apprécier la qualité des offres au regard de l'effort de réduction de gaz à effet de serre notamment pour le transport des fournitures ou les déplacements des personnels.
- La rapidité d'intervention peut également être un critère de choix autorisé, pour autant qu'il reste justifié au regard du marché public.
- Le seuil de 40 000 € facilite l'utilisation des marchés de faible montant au service de l'économie et du développement durable et renforçant le tissu économique et facilitant la conclusion de marchés avec des PME.
- *Guide « Favoriser l'approvisionnement local et de qualité en restauration collective » et le « Guide pratique pour faciliter l'accès desTPE/PME à la commande publique ».*

Dématérialisation de la commande publique

- **Réponse ministérielle du 8 août 2021 :**
- le Gouvernement fait savoir que le plan de transformation numérique de la commande publique (PTNCP) a pour objectif de permettre une complète dématérialisation d'un marché public.
- Il assure aussi qu'il a pour objectif, non de substituer une plateforme unique aux différents profils d'acheteurs existants, mais de permettre à ceux-ci, s'ils le souhaitent, de devenir interopérables afin d'offrir aux acheteurs et aux entreprises répondant aux marchés publics une efficacité accrue et de nouveaux services.

  « *Ce dispositif, qui permet de tenir compte de l'écosystème existant des éditeurs de profils d'acheteurs a été préféré à un modèle plus intégré reposant sur un profil d'acheteur unique national, à l'image de celui mis en œuvre par les Pays-Bas* ».

Veille juridique

Les différents sites internet

Veille juridique - Quelques sites Internet

➔ **Sites liés à la vie des acheteurs publics**

- ✓ http://www.aapasso.fr - Site dédié aux acheteurs publics (questions-réponses, fiches pratiques, guide MAPA, Guide de la négociation)…
- ✓ http://www.citia.fr - Actualités, informations, forums…
- ✓ http://www.lemoniteur-expert.fr - Actualités, forums, dossiers...
- ✓ http://www.architectes.org - Ordre des architectes Actualités, guides, http://www.archi.fr/MIQCP - Mission interministérielle pour la qualité des constructions publiques - guides, …
- ✓ reseco.fr: réseau développement durable ouest

➔ **Sites liés à la veille juridique**.

- ✓ http://www.legifrance.gouv.fr - Codes, lois, actualité juridique...
- ✓ http://www.journal-officiel.gouv.fr - B.O.A.M.P. (annonces) - JO du jour.
- ✓ www.economie.gouv.fr/daj/marches-publics - Direction des affaires juridiques (DAJ) des ministères financiers - Formulaires, fiches techniques et codes
- ✓ http://www.service-public.fr - Formulaires administratifs et codes
- ✓ http://www.collectivites-locales.gouv.fr/envoyez-votre-question-ligne-0 ou Tél : 04.72.56.10.10 - Fax : 04.72.40.83.04

➔ **Formatrice :** brunetchantale@hotmail.fr – Tel 06 60 05 99 94
(poser question précise par mail et préciser n° tel)