

Conférence annuelle de l'AAP le 30 novembre 2018

Actualité de la commande publique, évolutions des textes, jurisprudences

Les évolutions des textes
Sélection de jurisprudences
Fiches pratiques et formulaires de la DAJ
Sélection de guides
Réponses ministérielles

**Chantal BRUNET
Caroline CHARNET
Alain BENARD**

Conférence annuelle de l'AAP le 30 novembre 2018

Les évolutions législatives et réglementaires
en application

La loi Sapin II et son décret d'application (1)

- ❑ La loi n°2016-1691 du 9 décembre 2016 (dite loi Sapin 2) relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique a été publiée au JO le 10 décembre 2016.
 - Création de l'Agence Française Anticorruption (AFA)
 - Ratification des ordonnances n°2015-899 du 23/07/2015 relative aux marchés publics et n°2016-65 du 29/01/2016 sur les concessions
 - Modifications de certaines dispositions de l'ordonnance marchés publics :
 - ✓ Interdiction des offres variables
 - ✓ Renforcement de l'obligation de justifier l'absence d'allotissement
 - ✓ Insiste sur la détection des offres anormalement basses
 - ✓ Contrats de partenariat : obligation d'identifier l'équipe de maîtrise d'œuvre
 - Autorisation d'adopter un code de la commande publique dans les deux ans suivants la promulgation de la loi

La loi Sapin II et son décret d'application (2)

- ❑ **Décret n°2017-516 du 10 avril 2017 sur les marchés publics**
 - Suppression de l'extrait du casier judiciaire : une attestation sur l'honneur suffit.
 - Instauration d'un seuil de 25 000 € HT pour l'obligation de mise à disposition des données essentielles (open data) à partir du 1^{er} octobre 2018.
 - En cas d'appel d'offres infructueux, la négociation avec les seuls candidats ayant remis une offre ne peut se faire qu'avec les opérateurs économiques ayant présenté une candidature recevable en amont de l'examen des offres.

Avis du 31 décembre 2017 fixant les seuils européens

- Pour les procédures lancées à compter du 1^{er} janvier 2018, les seuils de procédures formalisées pour les collectivités territoriales augmentent :
 - Marchés publics de fournitures et de services des pouvoirs adjudicateurs : de 209 000 à 221 000 € HT ;
 - Marchés publics de fournitures et de services des entités adjudicatrices : de 418 000 à 443 000 € HT ;
 - Marchés publics de travaux et contrats de concessions : de 5 525 000 à 5 548 000 € HT.
- Jusqu'en 2015, la modification des seuils européens par décret modifiait également le Code Général des Collectivités Territoriales ([article D.2135-5-1](#))
- Conséquence sur la transmission au contrôle de légalité : au 31 décembre 2017, modification des seuils par un avis et non un décret. Le seuil de 209 000 € HT reste donc le seuil de transmission en Préfecture, quelle que soit la nature de la procédure.

Réforme du droit du travail et marchés publics

Ordonnance n°2017-1386 du 22 septembre 2017 relative à la nouvelle organisation du dialogue social et économique dans l'entreprise et favorisant l'exercice des responsabilités syndicales

Disposition concernant le droit de la commande publique pour les entreprises de plus de 50 salariés :

- L'article L. 2312-27 du Code du travail prévoit que, dans le cadre de la consultation sur la politique sociale, l'employeur joint le procès-verbal de la réunion du comité social et économique consacrée à l'examen du rapport et du programme à toute demande présentée par l'employeur en vue d'obtenir des marchés publics, des participations publiques, des subventions...
- Applicable à compter du 1^{er} janvier 2018.

Cette disposition est cependant conditionnée à la mise en place dudit comité qui peut intervenir « au plus tard le 31/12/19, sous réserve des dérogations de l'article 9 de l'ordonnance précitée ».

Le secret industriel et commercial laisse place au secret des affaires

La loi relative à la protection du secret des affaires du 30 juillet 2018, a modifié l'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics et consacre l'expression « secret des affaires ».

- Transpose la directive 2016/943/UE du 8 juin 2016 sur la protection des savoir-faire et informations commerciales non divulguées.
- La notion de secret en matière industrielle et commerciale (qui n'était pas définie) est remplacée par la notion de « secret des affaires » comme suit :
 - *« Sans préjudice des dispositions législatives ou réglementaires relatives à l'accès aux documents administratifs, l'acheteur ne peut communiquer les informations confidentielles qu'il détient dans le cadre du marché public, telles que celles dont la divulgation violerait le secret des affaires ou pourrait nuire à une concurrence loyale entre les opérateurs économiques, notamment par la communication, en cours de consultation, du montant global ou du prix détaillé des offres ».* (art. 44.1 de l'ordonnance MP)

Impact du RGPD sur la rédaction des contrats (1)

Le Règlement Européen sur la Protection des Données (RGPD) impose, depuis le 25 mai 2018, de nouvelles contraintes concernant le traitement des données à caractère personnel :

- Les entreprises ne le respectant pas seront passibles d'une sanction financière allant jusqu'à 4 % du chiffre d'affaires annuel.
- L'objectif de l'Europe est d'offrir un cadre renforcé et harmonisé de la protection des données tenant compte des récentes évolutions technologiques (Big Data, objets connectés, Intelligence Artificielle) et des questions accompagnant ces évolutions.
- Des dispositions spécifiques doivent être intégrées dans les pièces contractuelles du marché dès lors que le titulaire aura à traiter des données personnelles.

Impact du RGPD sur la rédaction des contrats (2)

La DAJ a publié le 25/10/2018 une fiche sur l'impact du RGPD :

○ La terminologie du RGPD traduite en vocable marchés publics

- Le « responsable du traitement » (art. 4.7) = l'acheteur au sens de l'ordonnance marchés public»
- Le « sous-traitant » (art. 4.8) = le titulaire du marché public
- « le sous-traitant du sous traitant » (art. 28.2) = le sous-traitant au sens de la commande publique
- L' « autorité de contrôle » (art. 4.21) = la CNIL

○ L'impact sur les marchés publics

- Marchés antérieurs au 25/05/18 et donnant lieu au traitement de données personnelles : obligation d'un avenant (sur la base de l'art. 139-5 du décret) en application de l'article 5.2.2 des CCAG
- Pour les autres : application du RGPD

○ L'impact sur le sous-traitant : lorsque le sous-traitant au sens des marchés publics est chargé du traitement des données personnelles, l'acheteur doit donner son accord. Le nouveau DC4 intègre cette nouvelle formalité (rubrique F).

Conférence annuelle de l'AAP le 30 novembre 2018

Les évolutions législatives et réglementaires
à venir

Projet de décret portant diverses mesures

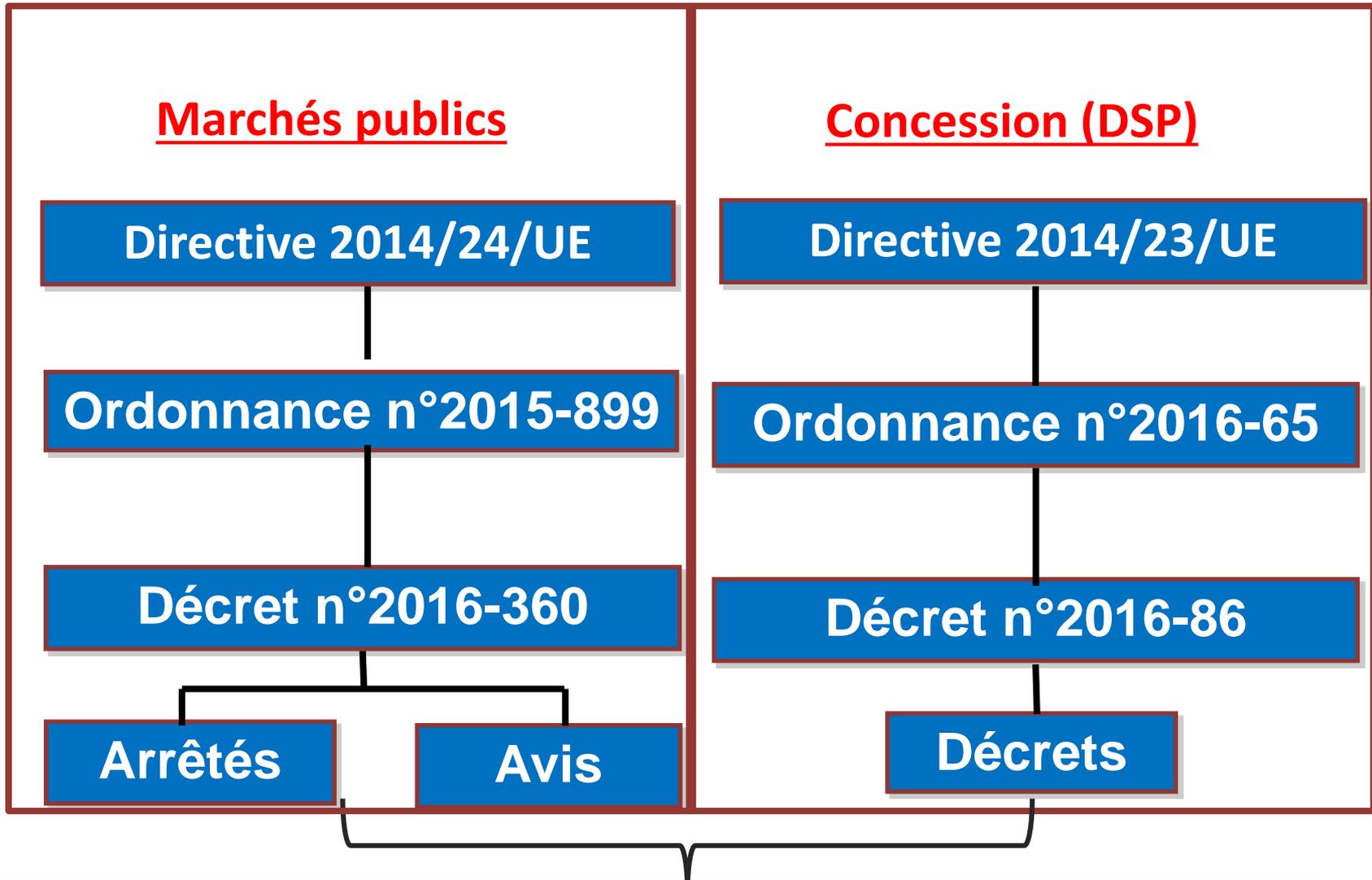
Consultation publique sur le projet de décret portant diverses mesures relatives aux contrats de la commande publique.

- Le décret devrait être publié d'ici la fin de l'année.
- Une fiche d'impact et un tableau comparatif présentent les dispositions contenues dans le projet de décret.

□ Les dispositions envisagées :

- mise en place d'une expérimentation relative à la possibilité pour les acheteurs de passer, avec des PME, un marché public négocié sans publicité ni mise en concurrence préalables pour leurs **achats innovants** d'un montant inférieur à 100 000 € HT
- augmentation, pour les marchés de l'État, du **taux minimal de l'avance** lorsque le titulaire est une PME (taux passant à 20%)
- révision obligatoire des prix pour les **achats alimentaires et agricoles**
- des **mesures d'ajustement** concernant la dématérialisation de la passation des contrats publics
- projet de **réduction de la retenue de garantie**

Organisation des textes et futur code de la commande publique



Code de la commande publique fin 2018

Le code de la commande publique (1)

❑ **Processus de codification :**

- L'article 38 de la loi Sapin II du 9 décembre 2016 autorise l'adoption d'un code de la commande publique par voie d'ordonnance dans un délai de 24 mois à compter de la publication de la loi.
- Constitution d'un groupe d'experts, formé de magistrats, universitaires, avocats, représentants d'associations, organisations professionnelles et acheteurs en charge de la rédaction du code.
- Une phase de consultation très courte a eu lieu du 23 avril au 29 mai 2018 sur les dispositions prévues par le futur code de la commande publique.
- Publication de l'ordonnance valant code de la commande publique avant le 10 décembre 2018 puis dépôt d'une loi de ratification dans un délai de trois mois.

Le code de la commande publique (2)

□ Les principaux textes codifiés :

- Ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics
- Décret du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics
- Décret du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics de défense ou de sécurité
- Ordonnance du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession
- Décret du 1^{er} février 2016 relatif aux contrats de concession
- Loi du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance
- Loi MOP du 12 juillet 1985 et son décret d'application du 29 novembre 1993
- Décret n° 2013-269 du 29 mars 2013 relatif à la lutte contre les retards de paiement dans les contrats de la commande publique

Le code de la commande publique (3)

□ Structure du code de la commande publique

- Choix de séparer les deux grands types de contrats : marchés publics et concession
- Code en trois grandes parties
 - ✓ **Partie I - les dispositions générales** ne comprenant que des dispositions législatives subdivisée : les grands types de contrats, les acteurs de la commande publique et les contrats mixtes
 - ✓ **Partie II - les marchés publics** (dispositions législatives et réglementaires) subdivisée : dispositions générales, les marchés de partenariat, les marchés de défense et de sécurité, les dispositions propres à la maîtrise d'ouvrage publique et ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée, les marchés publics soumis à un régime juridique particulier
 - ✓ **Partie III - les contrats de concession** (dispositions législatives et réglementaires) : les dispositions générales, les contrats de concession soumis à un régime particulier.

Le code de la commande publique (4)

❑ Une codification à droit constant mais ...

- Pas de modification de l'état du droit mais la loi Sapin II prévoit « *d'harmoniser l'état du droit, remédier aux éventuelles erreurs et abroger les dispositions devenues sans objet* »
- A l'occasion de la rédaction de ce code, des petits ajustements ou précisions rédactionnelles sans doute apportés. Exemples déjà relevés :
 - ✓ Apparition de la notion de « modification conventionnelle » ou de « modification unilatérale » des contrats qui ramènent à la notion d'avenant et de décision de poursuivre
 - ✓ Réintroduction de la règle de calcul des seuils pour les accords-cadres à bons de commande ne comportant pas de maximum : pas de possibilité de passer un MAPA > procédure formalisée obligatoire
 - ✓ Précision sur la possibilité de passer un marché négocié sans publicité préalable pour les « petits lots » < 25 000 € HT dans le cadre d'une opération
- Un gros travail de réajustement de toutes nos pièces de la consultation pour les adapter à la nouvelle codification.

Le code de la commande publique (5)

❑ Entrée en vigueur

- Le code de la commande publique serait publié avant le 9 décembre 2018, date d'expiration du délai offert par l'habilitation insérée dans la loi Sapin 2.
- L'ordonnance relative à la partie législative a été présentée en conseil des ministres le 27 novembre 2018.
- La codification a été réalisée à « droit constant », a précisé la DAJ même si quelques petites modifications marginales ont été apportées afin d'apporter une « cohérence rédactionnelle », « corriger des erreurs matérielles » et adapter les textes à l'Outre-Mer.
- Le texte sera d'ores et déjà appelé à évoluer puisque les lois Elan et Pacte vont impacter la réglementation.

Le projet de loi PACTE

- Le plan d'action pour la croissance et la transformation des entreprises (PACTE) ambitionne de donner aux entreprises les moyens d'innover, de se transformer, de grandir et de créer des emplois.
- Ce projet de loi a été voté en première lecture à l'Assemblée nationale le 9 octobre.
- Prochaine étape : passage devant le Sénat en janvier 2019.
- Le projet de loi PACTE prévoit de porter **l'avance pour les PME à 20% pour les marchés de l'Etat et d'améliorer les délais de paiement via la facturation électronique**

- La loi n° 2018-1021 du 23 novembre 2018 portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique (Elan) a été promulguée et publiée au journal officiel du 24 novembre 2018.
- **L'un des objectifs de cette nouvelle loi est de permettre de « construire plus, mieux et moins cher ».**
- **Cette loi est articulée autour de 4 priorités :**
 - construire plus, mieux et moins cher en donnant aux professionnels les moyens d'être plus efficaces ;
 - réformer le secteur du logement social, pour le consolider et qu'il réponde encore mieux à ses missions d'intérêt général ;
 - répondre aux besoins de chacun, favoriser la mobilité et la mixité sociale ;
 - améliorer le cadre de vie.

La loi Elan et son impact sur la loi MOP

- **La loi ELAN impacte fortement la loi du MOP** (Loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée).
- **Elle retire du champ de la loi MOP, un certain nombre d'opérations, à savoir :**
 - la réalisation d'ouvrages d'infrastructure situés dans un périmètre d'une opération d'intérêt national ou d'une grande opération d'urbanisme ;
 - les organismes HLM pour ce qui concerne la mission de base et sa rémunération forfaitaire. De même, ces organismes ne seront plus obligés de recourir au concours d'architecture pour leurs marchés de maîtrise d'œuvre ; cette dernière mesure toucherait également les CROUS.
- Les organismes de logements sociaux pourront continuer de recourir à la conception-réalisation. Cette dérogation à la loi MOP initiée par la loi 2009-323 du 25 mars 2009 de mobilisation pour le logement et la lutte contre l'exclusion, a été reconduite par la loi n° 2013-569 du 1^{er} juillet 2013 pour une durée de 5 ans soit jusqu'au 31/12/18.
- Ces mesures seraient justifiées par le fait que la loi MOP est un frein à la maîtrise des coûts de construction et limite la possibilité de disposer de bâtiments performants en matière d'exploitation et de maintenance.
- De nombreuses dispositions seront adoptées par ordonnance.

Autres textes en attente de publication

Objet	Commentaire
Formulaire des annonces < aux seuils européens	En attente du formulaire national pour les MAPA → projet de simplification Nouveaux formulaires attendus pour 2020
Guides sur la dématérialisation des marchés publics	Devrait intervenir une version 3 des guides « très pratiques » pour accompagner acheteurs et entreprises sur la dématérialisation des marchés publics afin d'actualiser ou introduire les nouvelles questions que se posent acheteurs et entreprises.
Expérimentation pour les marchés innovants	Le projet de décret mis en ligne sur le site de la Direction des Affaires Juridiques relatif à la mise en place d'un seuil de 100 000€ HT au dessous duquel l'acheteur pourrait conclure avec des PME un marché public négocié sans publicité ni mise en concurrence.
C.C.A.G. Cahier des Clauses Administratives Générales	Projet de mise à jour intégrant la mise à jour des articles par rapport à la réforme des marchés publics et l'intégration des factures numériques. Pour l'instant la priorité est donnée au Code de la Commande Publique dont la mise en application est prévue pour avril 2019
Guide des Marchés Publics	Projet de publication d'un vade-mecum de la commande publique Dernière mise à jour : 2015, c'est-à-dire avant la réforme des marchés publics.
Dématérialisation	Certificat de cessibilité dématérialisé → art. 127 du décret.
Recensement Art.141 du décret relatif aux marchés publics	Projet d'arrêté modifiant l'arrêté du 21 juillet 2011 relatif au recensement économique de l'achat public afin de tendre vers une dématérialisation total du processus de recensement programmée pour 2022 afin de fusionner avec les données essentielles.
Comités Consultatifs de règlement amiable C.C.R.A.	Projet de décret modifiant le décret du 8 décembre 2010 relatif aux comités consultatifs de règlement amiable (CCRA) des différends ou litiges relatifs aux marchés publics pour venir fixer les conditions de transferts de dossiers entre les CCRA et la médiation des entreprises (art. 142 du décret de 2016). Il reprendra notamment les dispositions issues du futur décret créant le service à compétence nationale de la médiation des entreprises.

Conférence annuelle de l'AAP le 30 novembre 2018

Sélection de jurisprudences

Conférence annuelle de l'AAP le 30 novembre 2018

Sélection de jurisprudences

L'analyse des candidatures et des offres : les précisions du juge

Analyse des candidatures (1)

❑ Ne pas négliger une analyse attentive des candidatures :

- Une procédure annulée car l'entreprise retenue avait présenté une candidature incomplète
 - ✓ Attestations de bonnes exécutions de ses réalisations, au cours des cinq dernières années, exigées dans le RC
 - ✓ L'entreprise qui n'avait pas produit ces attestations a été retenue. Le TA de Nancy a annulé la procédure pour ce motif à la demande du candidat évincé arrivé 2nd qui avait une chance réelle et sérieuse d'obtenir ce marché
- Le juge du référé, le TA de Montreuil a remis en cause l'attribution du marché, le dossier de candidature présenté par l'entreprise retenue étant vide :
 - ✓ En l'occurrence, une simple attestation bancaire pour une entreprise en création.
 - ✓ Erreur manifeste d'appréciation de l'acheteur qui a jugé les garanties techniques et financières de l'entreprise suffisantes

Analyse des candidatures (2)

❑ Activités réglementées : Attention à l'examen des candidatures

- Cas d'une expertise juridique dans le cadre d'une prestation plus globale
 - ✓ Ces prestations ne peuvent être délivrées que par les professionnels avec les qualifications requises par l'article 54 de la loi du 31/12/1971.
 - ✓ Ils ne peuvent intervenir en qualité de sous-traitants. Ils doivent au minimum être cotraitants au sein d'un groupement conjoint.

CAA Lyon, 18 juin 2015, Communauté de communes Val Vanoise

○ Des décisions récentes du juge précisent cette obligation :

- ✓ Mention du membre devant exécuter les activités réservées obligatoire dans l'acte de candidature

CE, 26 janvier 2018, GIE Groupement périphérique des huissiers de justice

- ✓ Toute les prestations réglementées doivent être réalisées par un membre habilité

CE, 4 avril 2018, Société Altraconsulting

- ✓ Les cotraitants non-mandataires doivent nécessairement signer l'AE. Il ne peuvent déléguer la signature au mandataire (dans le DC1)

TA Nantes, 21 mars 2018,

Analyse des candidatures (3)

- **Une seule personne peut-elle représenter plusieurs soumissionnaires ?**
 - A la lecture des textes et de l'interprétation de la DAJ, plutôt non
 - ✓ Article 48-III du décret : « *Une même personne ne peut représenter plus d'un candidat pour un même marché public* ».
 - ✓ Article 45-I du décret : « *Un même opérateur économique ne peut pas être mandataire de plus d'un groupement pour un même marché public* ».
 - ✓ La DAJ : « *lorsque plusieurs candidats sont représentés par une même personne l'acheteur doit rejeter toutes les offres qui ne respectent pas la règle édictée par les dispositions précitées quel que soit leur ordre d'arrivée* »
 - Le juge infléchit cette position :
 - L'acheteur n'a pas à éliminer d'emblée l'ensemble des candidatures quand une entreprise est mandataire de plusieurs groupements ou qu'une personne représente plusieurs entreprises soumissionnaires à un même marché
 - ✓ En cas d'offres de candidats représentés par la même personne, l'acheteur pourrait retenir l'offre arrivée en premier

TA Réunion, 22 mars 2018, Promonet Promedical

Analyse des candidatures (4)

- ❑ **Ne pas oublier d'exiger une attestation de garantie décennale de l'attributaire quand celle-ci est obligatoire**
 - Annulation d'une procédure car l'acheteur n'avait pas exigé cette attestation.
CE 26 janvier 2018 n° 414337 communauté de communes Caux Estuaire / société Futura Play
- ❑ **Le certificat relatif à l'emploi des travailleurs handicapés obligatoire pour l'attributaire ?**
 - L'arrêté du 25 mai 2016 fixant la liste des impôts, taxes, contributions ou cotisations sociales donnant lieu à la délivrance de certificats pour l'attribution de marchés publics prévoit « *la fourniture du certificat attestant de la régularité de la situation de l'employeur au regard de l'obligation d'emploi des travailleurs handicapés* ».
 - Le juge précise que ce certificat n'est pas obligatoire pour les entreprises employant moins de 20 salariés.
CE, 22 janvier 2018, Commune de Vitry-le-François
 - Au-delà, la fourniture de ce certificat semble obligatoire.

Analyse des offres et déclaration d'une offre irrégulière

□ Prudence dans la déclaration d'une offre irrégulière

- Une erreur dans le bordereau des prix unitaires ne suffit pas nécessairement pour déclarer une offre irrégulière :
 - Une entreprise a remis un BPU caduque mais a transmis le bon détail estimatif. Dès lors, les bonnes informations figuraient dans ce dernier.
- Le juge a une double conclusion :
 - ✓ Une offre contenant une erreur n'ayant pas de conséquence sur le contenu de la proposition ne peut pas être qualifiée d'irrégulière.
 - ✓ Le juge mélange deux notions : la possibilité qu'avait l'acheteur de régulariser les offres et la possibilité de préciser ou d'éclaircir une offre y compris en procédure d'appel d'offres.

*TA Bastia, 27 décembre 2017, SNT Petroni / Département de Corse du Sud
CE, 16 avril 2018, Département de Corse du Sud - n° 417235*

Analyse des offres – Le mémoire technique

- ❑ **Le mémoire technique doit comprendre la description détaillée des prestations si le règlement de consultation du marché l'impose (CAA Bordeaux, 24 mai 2018, req. n°16BX01333, Sarl Coeur d'Estuaire)**
 - L'offre doit respecter les exigences formulées dans les documents de la consultation, à défaut l'offre est irrégulière.
 - Un Devis Quantitatif estimatif n'a, en principe, pas de valeur contractuelle mais peut seulement servir pour des comparaisons de tarifs.

- ❑ **L'absence de mémoire technique alors que ce document est exigé dans le RC rend l'offre irrégulière (CAA Marseille, 8 janvier 2018, req. N°17MA01635)**
 - **L'omission de compléter une rubrique du mémoire technique défini par l'acheteur rend l'offre irrégulière car incomplète:** *"est notamment irrégulière une offre qui, à défaut de contenir toutes les pièces ou renseignements requis par les documents de la consultation, est incomplète.*
 - **Contexte:** en sus d'une définition des rubriques que les candidats devaient aborder dans le mémoire, le RC précisait que "[...] sa non production ou le non respect du formalisme décrit au cadre du mémoire technique aura pour conséquence de rendre l'offre irrégulière.
 - Quid de la pratique assez répandue consistant, lorsqu'un candidat omet de renseigner une rubrique du mémoire destinée à l'analyse d'un sous-critère, à lui attribuer la note 0 sur ledit sous-critère? Est-elle régulière ?
 - La CAA considère que l'incomplétude du mémoire par rapport au cadre imposé par l'acheteur emporte irrégularité de l'offre. Se pose la question de savoir si une telle lacune du mémoire peut être régularisée.

Conférence annuelle de l'AAP le 30 novembre 2018

Sélection de jurisprudences

Les critères de jugement des offres
La méthode de notation

Analyse des offres – justification d'une caractéristique technique

□ Justificatifs obligatoirement fournis pour justifier d'une caractéristique technique indispensable lors de l'analyse :

- Un 1^{er} arrêt fondateur : CE, 9 novembre 2015, Société Autocars de l'île de Beauté
 - ✓ Marché portant sur une prestation de transport scolaire
 - ✓ Un sous-critère : le stationnement des véhicules dans un lieu couvert
 - ✓ Concernant les caractéristiques techniques d'une offre ayant un impact déterminant sur le jugement d'un critère ou d'un sous-critère, l'acheteur ne peut se contenter d'un simple déclaratif ou engagement. Il doit exiger des justificatifs lui permettant de contrôler effectivement l'exactitude des informations fournies.
- Un 2nd arrêt précise tout cela : CE, 5 février 2018, Métropole Nice Côte d'Azur
 - ✓ Cette obligation ne s'étend pas aux éléments d'appréciation d'un sous critère (en l'occurrence l'âge du véhicule pour juger de la qualité des véhicules)

Oui aux critères sociaux, non à un critère RSE

La responsabilité sociétale des entreprises (RSE) ne peut être un critère d'attribution car un tel critère est trop général.

- Nantes Métropole avait lancé une procédure pour la passation d'un accord-cadre multi-attributaires pour des travaux d'impression. Suite au rejet de son offre, un candidat évincé saisit le TA de Nantes qui fait droit à sa demande et annule l'appel d'offres. L'acheteur saisit le Conseil d'Etat.
- Lors de l'audience, le rapporteur public a rappelé que des considérations sociales et environnementales peuvent être prises en compte pour l'attribution d'un marché. De tels critères doivent toutefois présenter un lien suffisamment direct avec l'objet du marché ou ses conditions d'exécution.
- Le Conseil d'Etat a annulé la procédure car le critère RSE, pondéré à 15%, n'était pas suffisamment lié à l'objet du marché. Ce critère reposait sur "la politique générale de l'entreprise en matière sociale, au regard de l'ensemble de son activité : "lutte contre les discriminations" ou " sécurité et santé du personnel", le critère de la RSE ne s'attachait donc pas aux "éléments spécifiques de réalisation des travaux d'impression prévus par le contrat".

CE, 25 mai 2018, Nantes Métropole

Validation d'un critère environnemental contesté

Concernant la subjectivité des critères d'attribution portant sur le taux de matériaux recyclé et sur le caractère esthétique, le TA de Rennes a considéré ces choix conformes au décret marchés publics car, d'une part, ils étaient pertinents et, d'autre part, les candidats disposaient de l'ensemble des informations nécessaires.

- Dans ledit contentieux, le TA a rejeté la requête d'un candidat évincé de l'appel d'offres lancé par la ville de Rennes relatif à la fourniture et livraison de modules à végétaliser pour ses jardins flottants sur la Vilaine.
- La concurrence n'est pas restreinte si plusieurs sociétés proposent la solution demandée.
- La société contestataire n'a pas eu plus de réussite lorsqu'elle a sous-entendu que le cahier des charges était orienté.

TA Rennes, 9 février 2018, Société Aquaterra Solutions

Critère géographique et valorisation du coût de déplacement

Possibilité de retenir un critère de jugement des offres lié au frais de déplacements engendrés en cours d'exécution, à condition que les modalités de calcul valorisent effectivement l'offre représentant le moindre coût de déplacements

- Le CE rappelle les conditions dans lesquelles un acheteur peut régulièrement retenir comme critère de jugement des offres le critère géographique.
- La question juridique portait sur la combinaison entre une condition d'exécution dès lors que le titulaire devrait se rendre à la médiathèque afin que les employés puissent consulter ses fonds d'ouvrages et un critère de sélection relatif au coût de sa mise en œuvre (coût du temps de trajet).
- Le CE ne censure pas le critère lié à l'implantation géographique, mais le fait de considérer que le temps de trajet était uniquement fonction de la distance.
- Or, ce temps de trajet peut également dépendre des conditions de circulation, voire de l'offre de stationnement de sorte que le temps de trajet d'un candidat proche de la médiathèque peut représenter un coût plus important que celui du candidat plus éloigné.

CE, 12 septembre 2018, Département de la Haute-Garonne N° 420585

Un critère de sélection ne doit pas être flou en DSP

Le manque de précision et d'objectivité d'un critère de sélection en DSP sanctionné

- Contexte : faute d'avoir suffisamment explicité en cours de procédure ses attentes en matière de développement durable, en particulier environnemental, Nantes Métropoles s'est vu annulé son choix du gérant de son Zénith par le tribunal administratif.
- Il ressort de la notification du rejet des offres que la collectivité publique a entendu privilégier la dimension environnementale. Dans ces conditions, et alors que cette notion de développement durable recouvre plusieurs dimensions, ce critère ne peut être regardé comme suffisamment précis et objectif au sens des dispositions citées.

TA Nantes, 1^{er} août 2018, société S Pass

Analyse des offres et méthode de notation du critère « prix »

- **La meilleure note du critère prix doit aller à la meilleure offre financière**
 - Un groupement de commandes, constitué d'un office public de l'habitat et d'une société HLM, a lancé un marché global de travaux de réaménagement divisé en lots techniques.
 - Une entreprise évincée conteste la méthode de notation du critère « prix » qui consistait à noter chaque lot technique séparément puis à calculer la moyenne arithmétique de toutes ces notes.
 - Sauf que chaque lot technique n'avait pas la même importance en montant.
 - Cela a conduit à attribuer la meilleure note à une offre dont le montant global de l'offre n'était pas le moins élevé.
 - Le juge tout en relevant cette irrégularité n'a pas donné droit au requérant car cela n'a pas eu d'influence directe sur le choix.

CE, 6 avril 2018, Habitat Sud Atlantic

Analyse des offres et justification des notes attribuées

□ Justification des notes attribuées

La portée de l'obligation de motiver le rejet d'une offre a été précisée par la Cour de Justice de l'Union Européenne.

- L'acheteur n'avait pas communiqué aux candidats évincés, après une demande écrite, le mode de calcul et la ventilation détaillée des points attribués en fonction des différents sous-critères.
- La CJUE a déclaré que « dans le cas où les documents du marché contiennent des poids chiffrés spécifiques attachés aux critères ou sous-critères, le principe de transparence exige qu'une évaluation chiffrée soit accordée à ces critères ou sous-critères ».
- En revanche, la Cour de justice n'a pas admis, contrairement au juge de première instance, la perte de chance sérieuse mise en avant par l'une des sociétés, dans son moyen invoquant une erreur manifeste d'appréciation de sa proposition.

CJUE, 3 mai 2018, European Dynamics

Attention au mode d'emploi des sous-critères

Il appartient à l'acheteur d'indiquer les critères d'attribution du marché et les conditions de leur mise en œuvre selon les modalités appropriées à l'objet, aux caractéristiques et au montant du marché concerné.

- En outre, si l'acheteur décide, pour mettre en œuvre ces critères de sélection des offres, de faire usage de sous-critères, il doit porter à la connaissance des candidats leurs conditions de mise en œuvre dès lors que ces sous-critères sont susceptibles d'exercer une influence sur la présentation des offres ainsi que sur leur sélection et doivent en conséquence être eux-mêmes regardés comme des critères de sélection.

TA Paris, 30 novembre 2017, Archimed

→ Jurisprudence maintenant constante du CE

Valeur technique : faut-il mettre la note maximale à la meilleure offre technique ?

- Considérant qu'il résulte de l'instruction que Hauts-de-Seine Habitat a retenu une méthode de notation pour le critère du prix attribuant automatiquement la **note maximale au candidat ayant présenté l'offre la moins-disante, alors qu'il n'a pas retenu une méthode analogue, valorisant le candidat le mieux classé, pour l'appréciation du critère de la valeur technique** ;
- que, toutefois, contrairement à ce que soutient le requérant, la seule circonstance que les méthodes de notation mises en œuvre par l'acheteur soient susceptibles d'aboutir à une différenciation plus grande des candidats sur certains seulement des critères de jugement des offres ne saurait être regardée comme privant ceux-ci de leur portée ou comme neutralisant leur pondération ;
- Conclusion : l'acheteur n'a aucune obligation de mettre la note maximale à la meilleure offre technique.

CE, 25 mai 2018, Haut de Seine Habitat

L'absence d'indication du personnel affecté à une prestation rend l'offre irrégulière

Les candidats ont obligation de préciser dans leur offre technique les qualifications et les profils des intervenants chargés de l'exécution des prestations du marché sous peine qu'elle ne soit déclarée irrégulière.

- **Règle n°1 : l'absence d'indication du personnel affecté à une prestation rend l'offre irrégulière** sans obligation de demander sa régularisation

CE, 21 mars 2018, Département des Bouches-du-Rhône

Le TA fait application de cette solution au vu des dispositions du CCTP

- **Règle n°2 : l'irrégularité de l'offre peut être soulevée pour la première fois devant le juge du référé précontractuel** quand bien même l'offre avait été classée.

• Ta Versailles 29 août 2018 n°1805542 Société TFN Propreté Ile-de-France

Conférence annuelle de l'AAP le 30 novembre 2018

Sélection de jurisprudences

La régularisation des offres

La possibilité de régulariser les offres (art 59 du décret)

- **Rappel des règles applicables en matière de régularisation des offres**
- **Le cas des offres non satisfaisantes définies à l'article 59 du décret MP**
 - offre irrégulière : offre qui ne respecte pas les exigences formulées (incomplète, ou méconnaissant la réglementation)
 - offre inacceptable : offre dont le prix excède les crédits budgétaires ;
 - offre inappropriée : sans rapport avec le marché, et qui exigerait manifestement des modifications substantielles.
- **Conséquences, selon les procédures**
 - **procédures excluant la négociation** : les offres irrégulières, inacceptables et inappropriées sont éliminées, mais les offres irrégulières peuvent être régularisées dans un délai donné, sauf offres anormalement basses (OAB) ;
 - **autres procédures permettant la négociation**: les offres inappropriées sont éliminées, les autres pouvant être régularisées ou rendues « acceptables » par la négociation ou le dialogue (sauf OAB)
 - **Limite** : la régularisation ne peut modifier les « *caractéristiques substantielles* » des offres concernées.

La régularisation des offres

○ Une simple faculté...

- ✓ L'article 59 du décret permet la régularisation d'une offre irrégulière (en procédures sans négociation), irrégulière et inacceptable (procédures avec négociation).
- ✓ Le juge rappelle dans le cadre d'un marché de travaux d'entretien, rénovation, réparation et amélioration des bâtiments de son patrimoine immobilier qu'il ne s'agit que d'une faculté mais en rien d'une obligation.

CE, 21 mars 2018, Département des Bouches-du-Rhône

○ Qui ne doit pas modifier substantiellement l'offre initiale :

- ✓ Article 59 du décret : « *La régularisation des offres irrégulières ne peut avoir pour effet de modifier des caractéristiques substantielles des offres* ».
- ✓ Le juge va dans ce sens : la modification des caractéristiques substantielles de l'offre s'apprécie en fonction du lot technique.
- ✓ Une régularisation n'est pas possible quand elle modifie substantiellement le montant des offres (y compris en procédure avec négociation) : en l'espèce augmentation globale de 9% mais avec un poste porté de 520 000 à 2.289.166 €, soit 440 % d'augmentation.

TA Toulon, 24 août 2017, n° 1702533, Société Bouygues Energies & Services

La régularisation des offres, faculté offerte aux acheteurs

Une simple possibilité de recourir à la régularisation des offres

- S'agissant des procédures excluant la négociation, « l'acheteur peut autoriser tous les soumissionnaires concernés à régulariser les offres irrégulières dans un délai approprié, à condition qu'elles ne soient pas anormalement basses ».
- En l'espèce, un département avait lancé une procédure d'appel d'offres pour des travaux d'entretien de bâtiments. Deux candidats ont omis de justifier, qu'ils seront en mesure de disposer des personnels qualifiés nécessaires à l'exécution du marché.
- Le Conseil d'Etat considère que « *quels qu'aient été les motifs ayant conduit l'acheteur à ne pas inviter les 2 sociétés dont les offres ont été écartées à régulariser leurs offres, le tribunal administratif de Marseille a commis une erreur de droit en estimant que le département ne pouvait l'éliminer sans inviter au préalable cette société à la régulariser* ».
- Cette régularisation ne doit pas avoir pour effet de modifier les caractéristiques substantielles des offres (art. 59 IV). Respect de l'égalité de traitement...

CE, 26 avril 2018, Département des Bouches-du-Rhône, société Inéo Provence et Côte d'Azur

Conférence annuelle de l'AAP le 30 novembre 2018

Sélection de jurisprudences

Les offres anormalement basses

Jurisprudence récente sur les OAB

Une prestation chiffrée à zéro euro peut-elle être considérée comme une OAB ?

- ❑ Dans le cadre d'un marché de collecte de déchets, un candidat chiffre à 0 € une partie du marché « à bon de commande » pour la réalisation de levées supplémentaires. Pour l'EPCI, ces éléments ne justifient pas de la gratuité du service car ils ne tiennent pas compte notamment d'un allongement des plannings, de l'allongement du temps de travail des agents collecteurs, de la consommation d'essence... Après une démarche de vérification et de justification auprès de l'entreprise, l'offre a été rejetée par l'EPCI car elle constitue une OAB.
- ❑ Le débat portait *sur le sous-critère du prix « coût unitaire pour la levée supplémentaire des ordures ménagères résiduelles et sélective par gros producteur » (10% de la note finale)*
- ❑ Le juge valide le raisonnement de l'EPCI et confirme le caractère « anormalement bas » de la partie « à bons de commande ».

TA de Dijon, 17 octobre 2018, Société SEPUR

Offres anormalement basses – méthode FFB

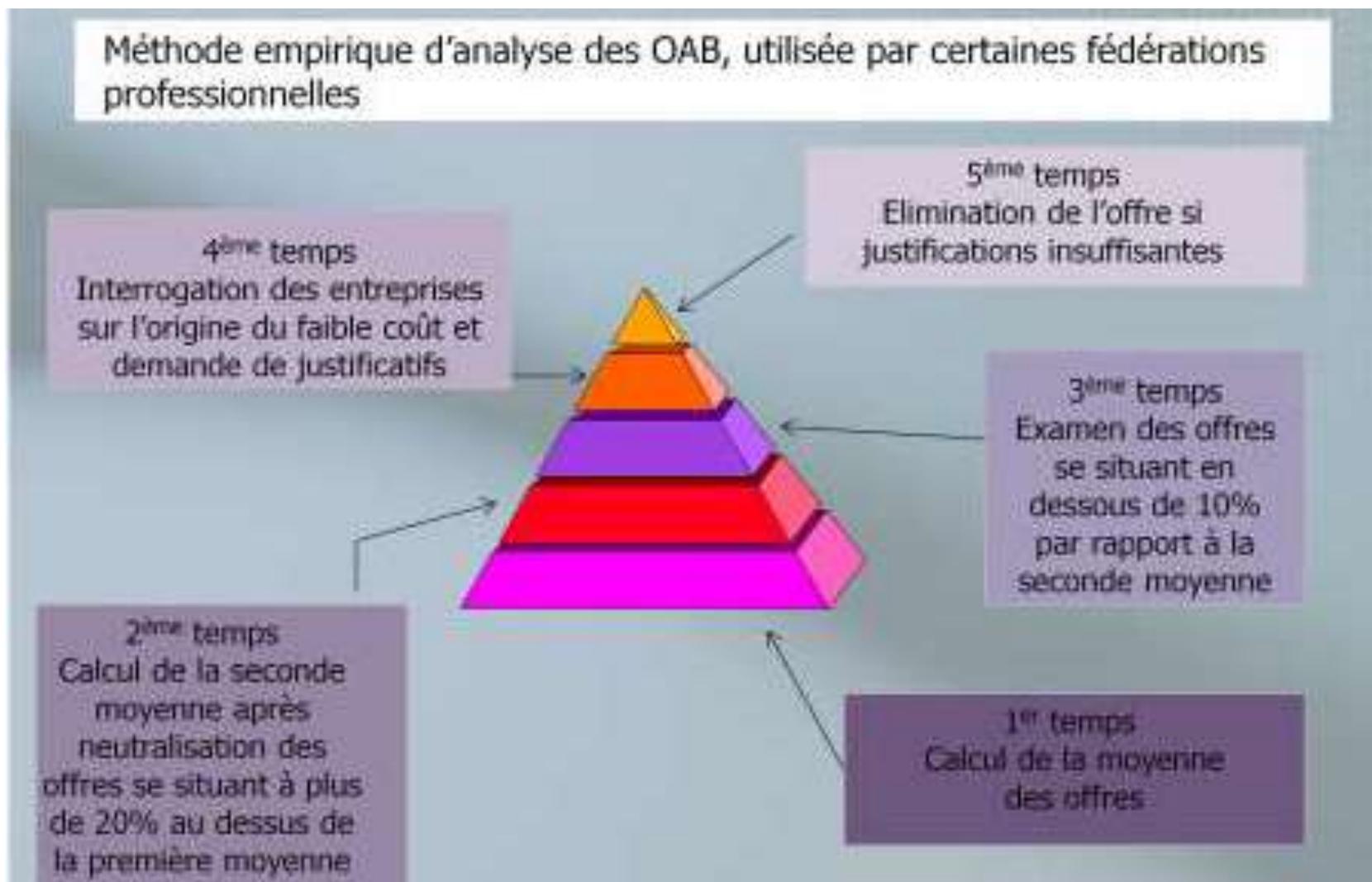
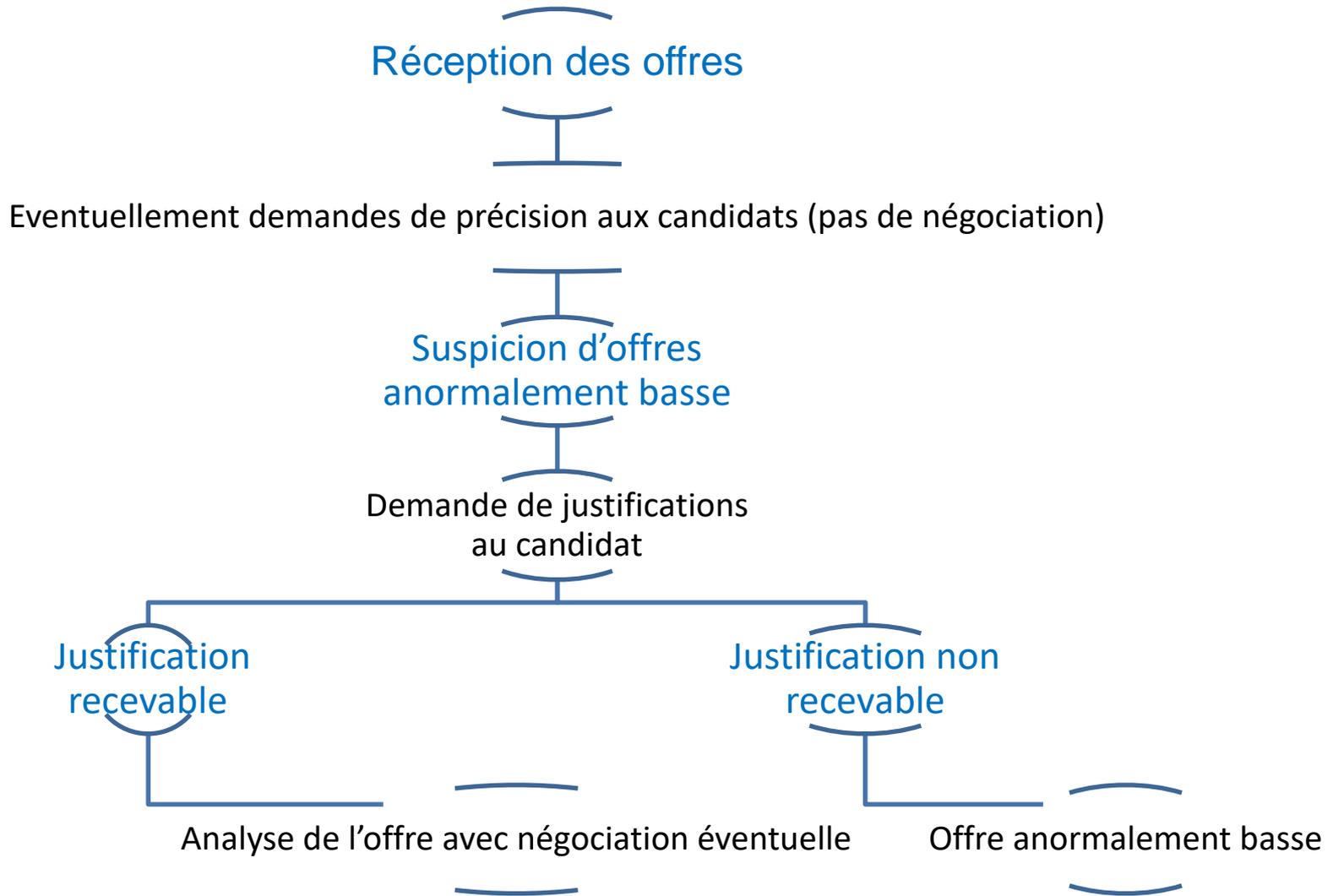


Schéma de la procédure



Conférence annuelle de l'AAP le 30 novembre 2018

Sélection de jurisprudences

Marché négocié sans publicité ni mise en concurrence préalables

Marché négocié sans publicité ni mise en concurrence préalables (1)

Le contexte : Un Syndicat mixte de traitement des déchets avait conclu avec une société sans publicité ni mise en concurrence préalables, un marché de services de tri, traitement, stockage et enfouissement des déchets non dangereux, pour un montant de 243 millions d'euros et une durée de quinze ans.

Pour recourir à la procédure négociée sans publicité ni mise en concurrence préalable, le syndicat s'était fondé sur l'article 30 - I du décret du 25 mars 2016 I : « *Les acheteurs peuvent passer un marché public négocié sans publicité ni mise en concurrence préalables dans les cas suivants : (...) / 3° Lorsque les travaux, fournitures ou services ne peuvent être fournis que par un opérateur économique déterminé, pour l'une des raisons suivantes : (...) / b) Des raisons techniques. (...) / Les raisons mentionnées aux b et c ne s'appliquent que lorsqu'il n'existe aucune solution alternative ou de remplacement raisonnable et que l'absence de concurrence ne résulte pas d'une restriction artificielle des caractéristiques du marché public* ».

• L'avis d'attribution du marché mettait en exergue un risque de saturation de l'installation de stockage des déchets non dangereux existante dès 2020 et le fait que **l'attributaire**, qui avait obtenu un permis de construire et une autorisation d'exploiter portant sur un centre de valorisation des déchets non dangereux, **serait le seul opérateur en capacité de répondre aux besoins du Syndicat et d'apporter une solution de tri et de valorisation des déchets non dangereux pouvant être mise en œuvre courant 2019.**

Marché négocié sans publicité ni mise en concurrence préalables (2)

- Le Conseil d'Etat relève « *que compte tenu des flux actuels d'enfouissement des déchets et capacités de l'installation de stockage, celle-ci ne devrait pas être saturée avant la fin de 2021 ; que l'objectif tenant à ce que l'exploitation du nouveau centre de traitement soit effective au plus tard en septembre 2019 est lié à la circonstance que l'autorisation délivrée à la société par arrêté préfectoral du 15 septembre 2016 est susceptible d'être frappée de caducité au terme d'un délai de trois ans ; qu'il n'apparaît pas qu'aucun autre opérateur n'aurait pu se manifester si le calendrier retenu par le Syndicat avait été différent* »
- **Le recours à la procédure négociée sans publicité ni mise en concurrence préalables est donc censuré** dès lors que c'est le calendrier choisi par l'acheteur lui-même qui est à l'origine des obstacles techniques fondant la mise en œuvre de cette procédure d'exception.

Un second moyen est retenu par les juges comme de nature à créer un doute sérieux sur la validité du contrat en litige : sa durée excessive. En effet, l'article 16 du décret prévoit que « la durée d'un marché est fixée en tenant compte de la nature des prestations et de la nécessité d'une remise en concurrence périodique ». Or, en l'espèce, « eu égard à la circonstance que le contrat litigieux est un marché de services, au terme duquel le centre de tri qui doit être réalisé par la société attributaire n'est pas destiné à faire retour à la collectivité, le moyen tiré de ce que sa durée, fixée à quinze ans » est excessive, est de nature à conduire à la suspension de son exécution.

CE, 10 octobre 2018, Communauté intercommunale Réunion Est, n° 419406 /Syndicat mixte de traitement des déchets du Nord et de l'Est (SYDNE)

Conférence annuelle de l'AAP le 30 novembre 2018

Sélection de jurisprudences

Variantes, allotissement, délai de remise des offres,
MAPA : obligation de notifier la décision de rejet ,
information du candidat évincé...

Illégalité de la présentation d'une variante lors des négociations

Il n'est pas possible de présenter une variante en cours de négociation quand seule une offre de base a été présentée initialement, quand bien même le RC autorisait la présentation de variante.

- En l'espèce, lors de la négociation concernant un complexe sportif, la société a proposé de remplacer la couche de fondation, prévue par le CCTP pour les terrains synthétiques, par un « *traitement spécifique du fond* ». Cette solution, a été regardée par la commune comme « *une offre à part entière, différente de l'offre de base [proposée par ladite société]* ». La commune l'a intégrée dans son classement et l'a ainsi retenue comme l'offre économiquement la plus avantageuse.
- Les juges considèrent qu'une « *offre qui comporte un procédé d'exécution différent de celui que est prévu dans le CCTP constitue une variante, même si sa mise en œuvre permettrait la réalisation d'un ouvrage conforme à celui qu'a demandé la personne publique* ». Cette offre était donc inacceptable et méconnaissait le principe de l'égalité de traitement entre les candidats. ».
- La commune a ainsi remis en cause les conditions de l'appel à concurrence.

CAA Bordeaux, 19.06.17, Lafitte Paysage /commune Ustaritz req 15BX02593

Allotissement inadéquat, source d'ennuis

- A l'occasion d'un **rapport d'observation, la CRC du Centre-Val de Loire** a mis le doigt sur l'**allotissement** opéré sur la transformation d'un bâtiment (coût global de l'ordre de 6 M€). Le marché de travaux (3,9 M €) a été découpé en dix lots. « Si l'allotissement est défini librement par le maître d'ouvrage, le lot n° 2, représentant près de 50 % du montant global, regroupe des éléments généralement distincts. L'ordonnateur justifie cet allotissement par la nécessité de réaliser les travaux en 11 mois, motif d'autant plus discutable que le délai n'a pas été respecté ». La CRC note également que sept lots ont été déclarés infructueux car très au-delà de l'estimation.
- La CRC estime que cette méthode a pu constituer un frein pour les candidats disposant de compétences plus ciblées. Cette méthode « tend également à transformer l'attributaire en maître d'œuvre et encourage le recours à la sous-traitance ». De fait, le lot 2 a nécessité 12 sous-traitants, pour un montant de 1,41 M€, soit plus de 80% du montant du lot, après avenants.
- « Définir un lot très large dont le bénéficiaire n'est effectivement en mesure de réaliser que 20 %, nuit à la qualité de la concurrence et complexifie le travail du maître d'œuvre, sans apporter de véritable plus-value au marché »0

MAPA : obligation de notifier la décision de rejet mais pas la décision d'attribution

Le Conseil d'État a rappelé que, pour les MAPA, l'acheteur doit notifier la décision de rejet à chaque soumissionnaire concerné, mais n'est pas tenu de notifier la décision d'attribution.

- Il rappelle également que l'acheteur n'a pas à respecter de délai de standstill en procédure adaptée.
- Ce n'est que si le soumissionnaire en a fait la demande écrite que l'acheteur notifie à celui-ci les motifs du rejet de sa candidature ou de son offre dans un délai de 15 jours à compter de la réception de la demande et, si son offre n'était ni inappropriée, ni irrégulière, ni inacceptable, les caractéristiques et avantages de l'offre retenue ainsi que le nom de l'attributaire du marché public (article 99 du décret marchés publics).

CE 31 octobre 2017 N° 410772 Sté MB terrassements bâtiments

La communication par l'acheteur du détail des notes obtenues par un candidat évincé et celles obtenues par l'attributaire constitue une motivation suffisante de rejet

- Les notes attribuées par critère et sous-critère doivent donc être communiquées au candidat évincé

CE, 11 juillet 2018, Communauté d'agglomération du Nord Grande Terre

Délai de remise des offres

Attention au délai de remise des offres !

- La réglementation impose aux acheteurs le respect de délais minimum de remise des plis.
- En appel d'offres ouvert, le délai à laisser aux opérateurs économiques pour remettre leur offre est ainsi fixé à 35 jours, délai qui peut être ramené à 30 jours si les plis peuvent être remis par voie électronique.
- Mais l'acheteur doit fixer un délai adapté à la consultation engagée.

CE 11 juillet 2018 n° 418021

Marchés de maîtrise d'œuvre et dépassement du seuil de tolérance

- La cour administrative d'appel de Lyon rappelle les règles applicables en cas de dépassement du seuil de tolérance, au stade de la mission d'assistance pour la passation du ou des contrats de travaux (ACT).
- L'acheteur ne peut pas appliquer de pénalité. Il peut simplement demander au maître d'œuvre de reprendre gratuitement ses études.
- Si le maître d'œuvre est dans l'incapacité, après nouvelles études, de présenter un coût prévisionnel ne dépassant pas ce seuil de tolérance, le maître d'ouvrage peut prononcer la résiliation du marché.
- La cour précise qu'une clause contractuelle prévoyant l'application d'une pénalité liée au dépassement du seuil de tolérance en phase ACT est une « *mesure coercitive* » et ne peut, par conséquent, pas être regardée comme une « *clause d'incitation à de meilleurs résultats au sens de l'avant-dernier alinéa de l'article 30 du décret [du 29 novembre 1993 relatif aux missions de maîtrise d'œuvre]* ».
- [CAA Lyon 26 avril 2018 N° 16LY00136](#)

Conférence annuelle de l'AAP le 30 novembre 2018

Sélection de jurisprudences

Non respect des grands principes de la commande publique

Marché public : Le principe d'impartialité s'impose au pouvoir adjudicateur (1)

La méconnaissance du principe d'impartialité (principe général du droit), est constitutive d'un manquement aux obligations de publicité et mise en concurrence.

- Le contexte : passation d'un marché public portant sur l'aide au développement, à la prospection économique et à la commercialisation d'une zone d'intérêt régional.
- Le candidat retenu était conseiller municipal d'une commune, membre de la communauté de communes , délégué suppléant et il participait au sein du conseil municipal et de la communauté de communes à plusieurs commissions dont les thématiques étaient proches de l'objet du marché.
- Après avoir constaté que l'auteur de l'analyse des offres était président de la communauté de communes et aussi maire de la commune dont le candidat retenu était conseiller municipal, et qu'il avait classé l'offre en 1ère position sur le critère de la valeur technique, la cour considère que compte tenu des liens étroits existants entre le président de la communauté de communes et l'attributaire, sa candidature pouvait légitimement faire naître un doute sur l'impartialité de la procédure. La cour annule le marché public en raison de la particulière gravité du vice l'entachant et indemnise le candidat évincé de son préjudice.

CAA Bordeaux, 16BX00656 - 5ème chambre -12 juin 2018

Marché public : Le principe d'impartialité s'impose au pouvoir adjudicateur (2)

- **TA de Melun, 13/03/2018, Artimus Consulting:** le TA sanctionne l'absence d'impartialité de la procédure du fait que l'AMO, débauché ensuite par une entreprise candidate puis attributaire, a participé à la fois au montage du DCE et à l'examen des offres.
- **TA Versailles, 25/04/2018, Snc Otus:** « *que le (chef de projet) a eu accès à des informations privilégiées..., susceptibles de créer une distorsion de concurrence... alors même que (le chef de projet) n'a pas personnellement rédigé le DCE, la participation de ce dernier au déroulement de la procédure... pouvait légitimement faire naître un doute sur l'impartialité de la procédure* »
- **CE, 12/09/2018, req. 420454, SIOM : revirement de jurisprudence du TA du 25/04/18:** « *Si les informations confidentielles que (le chef de projet) aurait éventuellement pu obtenir à l'occasion de sa mission d'AMO pouvaient, le cas échéant, conférer à son nouvel employeur ...un avantage de nature à rompre l'égalité entre les concurrents et obliger l'acheteur public à prendre les mesures propres à la rétablir, cette circonstance était en elle-même insusceptible d'affecter l'impartialité de l'acheteur public* »
- **Des précautions à prendre pour l'acheteur au regard du risque de conflit d'intérêt ?**
 - Déclaration de non conflit d'intérêt au stade des candidatures sur la base des interdictions facultatives
 - Prévoir dans le mémoire technique que le candidat précise les actions qu'il met en œuvre pour se prémunir des conflits d'intérêts
- (1^{ère} jurisprudence sur cette question: CE, 14/10/2015, req. 390968, SA Applicam)

Détournement de fonds publics et autres délits (1)

- Un directeur de CHU reconnu coupable de favoritisme, d'abus de confiance et d'atteinte à la liberté d'accès et à l'égalité des candidats dans les marchés publics, à la suite de travaux de rénovation de logements de fonction.
En l'espèce, plusieurs marchés de maîtrise ont été conclus pour la rénovation de son logement de fonction et celui de son adjoint et ce sans publicité ni mise en concurrence. Le montant estimé des travaux est passé de 284 200 € à 639 913€.
- Faits reprochés : recours aux marchés à bons de commande passés pour l'entretien annuel des locaux, choix personnel du maître d'œuvre, fractionnement du montant global des rénovations, surfacturations et surcoûts liés à l'inadaptation des prestations et matériaux prévus dans le marché, détournement au préjudice d'autrui de fonds.
- Le tribunal correctionnel déclaré le directeur l coupable de tous ces faits et le condamne à 36 mois d'emprisonnement dont 18 avec sursis avec mise à l'épreuve, à une interdiction professionnelle définitive et à 5 ans de privation de ses droit civils, civiques et de famille. Le directeur a alors interjeté appel.
- La peine a été diminuée par la cour d'appel à deux ans d'emprisonnement avec sursis et mise à l'épreuve et à une interdiction professionnelle définitive. Le directeur général s'est pourvu en cassation.

*Cour de cassation - chambre criminelle - Audience publique du 12 septembre 2018
N° de pourvoi: 17-83793*

Détournement de fonds publics et autres délits (2)

- En ce qui concerne le délit d'octroi d'avantage injustifié, la chambre criminelle de la cour de cassation constate que le directeur a « contourné » les règles de la commande publique et a agi « comme peut le faire tout particulier pour ses propres travaux » en choisissant personnellement son architecte, avant sa prise de fonction, et que, compte tenu des montants des marchés de maîtrise d'œuvre, ceux-ci auraient dû être conclus après publicité et mise en concurrence comme le prévoit la réglementation.
- Après avoir rappelé les règles de procédures de passation des marchés publics, les objectifs poursuivis par la commande publique et le délit de favoritisme, les juges de cassation relèvent « que les travaux de rénovation/aménagement des logements de fonction des [...] ne pouvaient que constituer une opération globale laquelle devait déclencher une procédure de marché formalisé ; que [le requérant] en avait pleinement conscience puisqu'il avait lui-même, estimé la première tranche des travaux sur son logement de fonction à environ 460 000 euros et que son expérience professionnelle en qualité de directeur d'hôpital était telle qu'il se devait de connaître les règles de la commande publique ».
- La cour de cassation confirme l'arrêt de la cour d'appel qui s'est fondée sur des faits avérés pour caractériser les délits d'atteinte à la liberté d'accès des candidats et l'abus de confiance.

Cour de cassation - chambre criminelle - Audience 12 septembre 2018-N° pourvoi: 17-83793

Conférence annuelle de l'AAP le 30 novembre 2018

Sélection de jurisprudences

Responsabilité des différents intervenants : maître d'œuvre, maître d'ouvrage, entrepreneur et sous-traitant – exécution du marché

Manquement de l'architecte à son obligation de conseil

Un maître d'ouvrage doté de service technique ne peut se cacher entièrement derrière la maîtrise d'œuvre en cas de manquement de celle-ci (dans la conception) et à l'origine des désordres, pour ne pas supporter les coûts de la réparation.

- A l'origine d'un dommage sur l'ouvrage en raison d'un manquement à son obligation de conseil, un architecte a réussi à faire peser une partie des réparations auprès du maître d'ouvrage. La CAA a retenu la responsabilité de l'acheteur car ce dernier était doté d'un service technique.
- Le Conseil d'Etat n'a pas admis le pourvoi de l'intercommunalité faisant valoir l'insuffisance de motivation du juge administratif.
- Conclusion : répartition du préjudice à hauteur de 80% pour le maître d'œuvre et 20% pour le maître d'ouvrage

CAA Bordeaux, 18 septembre 2017, n° 15BX02569

CE, 26 juillet 2018, n°418266

Devoir de conseil du maître d'œuvre et devoir de vigilance du maître d'ouvrage

Dans le cadre d'un litige à la suite de l'apparition de désordres sur la construction d'un pôle d'un centre hospitalier, le juge se prononce sur les responsabilités des divers intervenants

- La CAA rappelle que « *la réception des travaux a été prononcée sans réserve, ce qui fait obstacle à la mise en jeu de la responsabilité contractuelle du maître d'œuvre à raison des fautes commises pendant l'exécution du contrat* ».
- La responsabilité contractuelle du maître d'œuvre peut néanmoins être engagée « *en ce qui concerne le manquement à son devoir de conseil lors de la réception de l'ouvrage* » et notamment s'il s'est « *abstenu d'attirer l'attention du maître d'ouvrage sur des désordres affectant l'ouvrage dont il pouvait avoir connaissance, en sorte que la personne publique soit mise à même de ne pas réceptionner l'ouvrage ou d'assortir la réception de réserves* ».
- La Cour juge que, ne pouvant pas ignorer les désordres constatés, le maître d'œuvre aurait dû attirer l'attention du centre hospitalier sur les conséquences de ceux-ci.
- Toutefois, le devoir de conseil du maître d'œuvre n'exonère pas le maître d'ouvrage de son devoir de vigilance : le centre hospitalier connaissait ces désordres au moment de « *signer les procès-verbaux de réception* » et il n'a opposé « *aucune réserve, alors même que les opérations d'expertise n'étaient pas achevées* ».

CAA Marseille, 3 octobre 2016, SMABTP, n° 14MA05228

Responsabilité de l'entrepreneur et du maître d'œuvre en cas de sous-traitance

- Le fait que l'entrepreneur soit responsable des travaux exécutés par un sous-traitant n'exonère pas l'acheteur de son obligation d'exercer de son côté la coordination des travaux et la surveillance.
- Si la responsabilité des désordres incombe pour une large part à l'entrepreneur, le juge confirme le partage de responsabilité à hauteur respective de 80% et 20% entre la société titulaire et le maître d'œuvre.

CAA Nantes 21.09.2018 n°17NT00859

Exécution des marchés publics

- CAA de NANTES :
 - ◆ 5 octobre 2016 : résiliation pour défaut de remplacement de la personne chargée de la conduite des prestations
 - ◆ 29 mars 2017 : pas d'indemnisation pour des travaux supplémentaires imputables au titulaire

- CAA de MARSEILLE :
 - ◆ 10 avril 2017 : l'allongement du délai d'exécution ne vaut pas acceptation du coût des travaux supplémentaires

- CAA de VERSAILLES :
 - ◆ 8 février 2018 : l'exécution de prestations ne vaut pas contrat
 - ◆ Mais, attention à l'enrichissement sans cause !

Conférence annuelle de l'AAP le 30 novembre 2018

Fiches pratiques et formulaires de la DAJ



Fiches pratiques et formulaires

Les nouvelles fiches pratiques et formulaires publiés par la DAJ de Bercy :

Fiches pratiques:

- **L'allotissement (24/01/2018)**
- **Contrats globaux (24/01/2018)**
- **Les modalités de modification des contrats en cours d'exécution (16/07/2018)**
- **L'impact du RGPD sur le droit de la Commande publique (25/10/2018)**

Nouveaux formulaires publiés par la DAJ de Bercy :

- **Déclaration de sous-traitance DC4 et sa notice explicative (à jour sur la RGPD)**

La mise en place du Document Unique de Marché Européen – DUME (04/06/2018)

Conférence annuelle de l'AAP le 30 novembre 2018

Sélection de guides

Guide sur les aspects sociaux de la commande publique

- **Une nouvelle version du guide sur les aspects sociaux de la commande publique - 07/08/2018**
- Fruit d'un travail approfondi avec l'ensemble des acteurs concernés, le Guide sur les aspects sociaux de la commande publique est publié dans une version agrégeant les guides antérieurs sur les aspects sociaux dans les marchés publics, sur ces mêmes aspects dans les contrats de partenariat et sur les spécificités des marchés publics en lien avec l'emploi de personnes handicapées.
- Il intègre notamment les textes de la commande publique publiés depuis 2016

- **Analyse du cycle de vie** : Nouvelle publication : « l'analyse du cycle de vie du bâtiment » CSTB – décembre 2017 ;
- L'Analyse de Cycle de Vie (ACV) est une méthode d'évaluation environnementale qui permet de quantifier les impacts d'un produit (qu'il s'agisse d'un bien, d'un service voire d'un procédé) sur l'ensemble de son cycle de vie, depuis l'extraction des matières premières qui le composent jusqu'à son élimination en fin de vie, en passant par les phases de distribution et d'utilisation.
- [*L'analyse du Cycle de Vie dans le bâtiment - CSTB – décembre 2017*](#)
- **Espaces verts** : LOCAVERT : la boîte à outil des acheteurs publics pour leurs espaces verts Ministère de l'Agriculture – février 2018 ; Locavert renvoie à des fiches méthodologiques dont l'objectif est d'aider à acheter autrement dans la filière horticole.
- [*Locavert, acheter autrement dans la filière horticole \(PDF, 301.4 Ko\)*](#)

Conférence annuelle de l'AAP le 30 novembre 2018

Réponses ministérielles

Modalités de calcul des seuils dans le cadre des marchés publics délégués à l'exécutif prévus à l'article L2122-22 du CGCT

([QE de E. Alauzet, n°1027](#), Réponse du ministère de l'Action et des comptes publics, [JO de l'AN du 2 janvier 2018](#)):

- **Les délégations des assemblées délibérantes**, prises en application de l'article [L. 2122-22 4° du code général des collectivités territoriales](#) (CGCT), **ne peuvent remettre en cause la compétence de la commission d'appel d'offres (CAO).**
- **En dehors de cette hypothèse de compétence réservée de la CAO**, si l'assemblée délibérante décide de déléguer sur le fondement de l'article L. 2122-22-4° du CGCT en fonction d'un seuil, **il lui appartient de déterminer les modalités de calcul de ce seuil.**
- **Tant que ces modalités ne remettent pas en cause les compétences de la CAO précitées, l'assemblée délibérante est libre de déterminer les modalités de calcul comme elle l'entend, sous réserve que la délibération soit suffisamment précise.**
- Par exemple, une assemblée délibérante peut préciser que le seuil qui figure dans la délégation est à apprécier, en ce qui concerne la préparation et la passation, en application des dispositions des articles 20 à 23 du [décret n° 2016-360](#) du 25 mars 2016 modifié relatif aux marchés publics.

Révision des prix dans les marchés publics

(QE n°03757 de [M. Y. Botrel](#) (JO Sénat du 15/03/18) / Rép. du Ministère de l'action et des comptes publics (JO Sénat du 07/06/18)

Le Ministère distingue différents cas en fonction des CCAG:

- Si référence au CCAG-Travaux, le titulaire doit établir sa demande de paiement en joignant le calcul des coefficients de révision des prix. Il appartient au maître d'œuvre de déterminer le montant de l'acompte mensuel à régler au titulaire faisant ressortir l'effet de la révision ; les parties de l'acompte révisables sont majorées ou minorées en appliquant les coefficients prévus.
- Si marchés de travaux sans référence au CCAG-Travaux (ou y dérogeant) ou si marchés de FCS, il faut se reporter au CCAP qui doit prévoir expressément les modalités pratiques de mise en œuvre (contenu/présentation de la demande de paiement...) afin de lever toute ambiguïté et risque de contentieux ou de paiement d'intérêts moratoires. Le CCAP mentionnera ... si le titulaire doit ou non, lors de sa demande de paiement, calculer la révision de prix applicable et fournir à l'acheteur public les informations (notamment la valeur des indices) nécessaires au contrôle du calcul.
- Selon les dispositions contractuelles, les stipulations du CCAG et/ou CCAP qu'il appartiendra ou non au titulaire de procéder au calcul des révisions.

La liberté contractuelle doit s'articuler avec les obligations pesant sur l'ordonnateur et le comptable

- Dans le cadre de ses contrôles, même si le titulaire du marché public a procédé aux calculs de révision de prix, **l'acheteur public (et son maître d'œuvre) en doit vérifier ce calcul.**
- **Le comptable public doit**, quant à lui, **exercer les missions de contrôle de validité de la créance** (et notamment de l'exactitude des calculs de liquidation) qui lui incombent au regard du décret n° 2012-1246 modifié, dit GBCP.

Conférence annuelle de l'AAP le 30 novembre 2018

Veille juridique – les sites

Veille juridique - Quelques sites Internet

○ Sites liés à la vie des acheteurs publics

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

○ 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 - Formulaire administratifs, fiches techniques et codes
- ✓ <http://www.service-public.fr> - Formulaire 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

Conférence annuelle de l'AAP le 30 novembre 2018

Présentation de l'association des
acheteurs publics

Présentation de l'association des acheteurs publics

- **Créée en 1992, l'AAP est une Association indépendante qui a pour mission:**
 - de faire entendre les acheteurs des différentes fonctions publiques,
 - de défendre les spécificités du métier d'acheteur,
 - de promouvoir les bonnes pratiques en matière d'achat public (Guide des MAPA, Guide de la négociation en MAPA),
 - de constituer un réseau de solidarité entre acheteurs,
 - et de proposer via son site web un ensemble d'outils et de services utiles aux acheteurs dans leur pratique quotidienne (des guides, des fiches achats, une veille stratégique, un service de questions/réponses...)
 - Le site de l'AAP : www.aapasso.fr

Participation à la rédaction du diaporama

➤ Ont participé à la rédaction du présent diaporama :

- Alain BENARD, président de l'association des acheteurs publics,
- Chantal BRUNET , formatrice, secrétaire de l'AAP,
- Caroline CHARNET, responsable commande publique, Roannais Agglomération, membre expert de l'AAP,
- Arnaud LATRECHE, adjoint au directeur commande publique et valorisation immobilière, Département de la Côte-d'Or, vice-président de l'AAP,
- Agnès LESCA, CRC des Pays de la Loire, membre expert et secrétaire-adjointe de l'AAP.

Les partenaires de l'AAP

AVEC LA PARTICIPATION DES EXPERTS DE L' ASSOCIATION DES ACHETEURS PUBLICS (AAP) et EN PARTENARIAT AVEC :

- L'ASSOCIATION DES MAIRES DE FRANCE,
- LA GAZETTE DES COMMUNES,
- LE MONITEUR DES TRAVAUX PUBLICS,
- ACHATPUBLIC.COM,
- DECISION ACHAT,
- AUVERGNE-RHÔNE-ALPES ENERGIE ENVIRONNEMENT
- LE RESEAU GRAND OUEST (RGO),
- LA SOCIETE DE CONSEIL EN ACHAT PUBLIC CAT-FE,
- L'ASSOCIATION DES TECHNICIENS TERRITORIAUX DE FRANCE (ATTF)