



Commande publique 2020

Quel bilan retenir de l'année?

Webinaire AAP – LEXCASE
28 - 29 janvier 2021



PARIS



LYON



MARSEILLE

Raphaël APELBAUM
Avocat associé
Département droit public des affaires

rapelbaum@lexcase.com
06.50.83.84.37

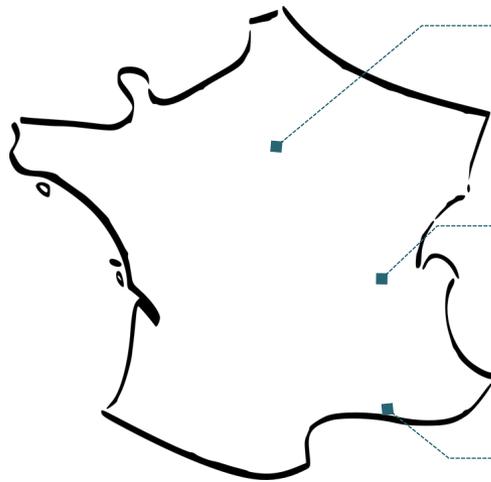


Maxime BÜSCH
Avocat of counsel
Département droit public des affaires

mbusch@lexcase.com
06.25.49.10.51



Notre implantation



Bureau de Paris
17 rue de la Paix
75002 PARIS
01 40 20 22 22

Bureau de Lyon
2 rue du Président
Carnot
69002 LYON
04 37 23 11 11

Bureau de Marseille
38 rue Grignan
13001 MARSEILLE
04 91 33 22 22

Chiffres clés



LexCase Public
8 avocats dont
2 associés et
1 of counsel



45 % de
dossiers en
contentieux



LexCase global
12 associés
et plus de **30**
collaborateurs



22 formations
dédiées au
droit public



Environ **250**
dossiers
ouverts/an

Droit public
Best Lawyers
2020
Le Point 2019

Expertises

Passation

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

Négociation

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

Exécution

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

Contentieux

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

Actualités régl. & législatives

- Focus sur la loi ASAP
- Entreprises en difficultés et marchés publics : quelles nouveautés ?
- Les avances : pérennisation du dispositif Covid
- 2021 : la révision des CCAG

Marchés < seuils

- Achat public sous les seuils : quand la seule pièce contractuelle est un devis...
- Pas de dématérialisation sous les seuils

Pondération / critère

- Pondération : la liberté confirmée de l'acheteur public
- Critère du coût global : peut-on retenir une approche allant au-delà de la durée contractuelle du marché ?
- Validation d'un critère de l'emploi local

- Accord-cadre mono-attributaire et attribution d'un marché subséquent
- PCN : le Code est exhaustif
- Les problèmes liés à la dématérialisation vue par la jurisprudence
- SEM candidate à un marché public
- Clause Molière
- Appel à projet/appel d'offres

- Appréciation de l'OAB : c'est toujours l'offre globale qui compte
- Exemple d'offres irrégulières en 2020
- Régularisation des offres

Exécution

- Point de départ du délai d'établissement du projet de décompte final
- Recours à un marché de substitution même sans clause
- Devoir de conseil du MOE

Contentieux

- L'usage du référé « secret des affaires » en matière précontractuelle
- Indemnisation du candidat irrégulièrement évincé
- Fautes du MOA dans la conception du marché

Loi ASAP

❑ Loi n°2020-1525 du 7 décembre 2020 d'accélération et de simplification de l'action publique

- 1 Modification du seuil de dispense des procédures pour les marchés de travaux (Article 142)
- 2 Contrats globaux : des apports pour les PME (Article 131)
- 3 Rétroactivité du Code de la commande publique pour les modifications des contrats en cours d'exécution (Article 133)
- 4 Création d'un dispositif de circonstances exceptionnelles (article 132)
- 5 Hypothèses de dispense de procédure justifiées par un motif d'intérêt général (article 131)
- 6 Exclusion de certains marchés de services juridiques des procédures de publicité et de mise en concurrence (article 140)
- 7 Protection des entreprises en redressement judiciaire (Article 131)

Loi ASAP : seuils

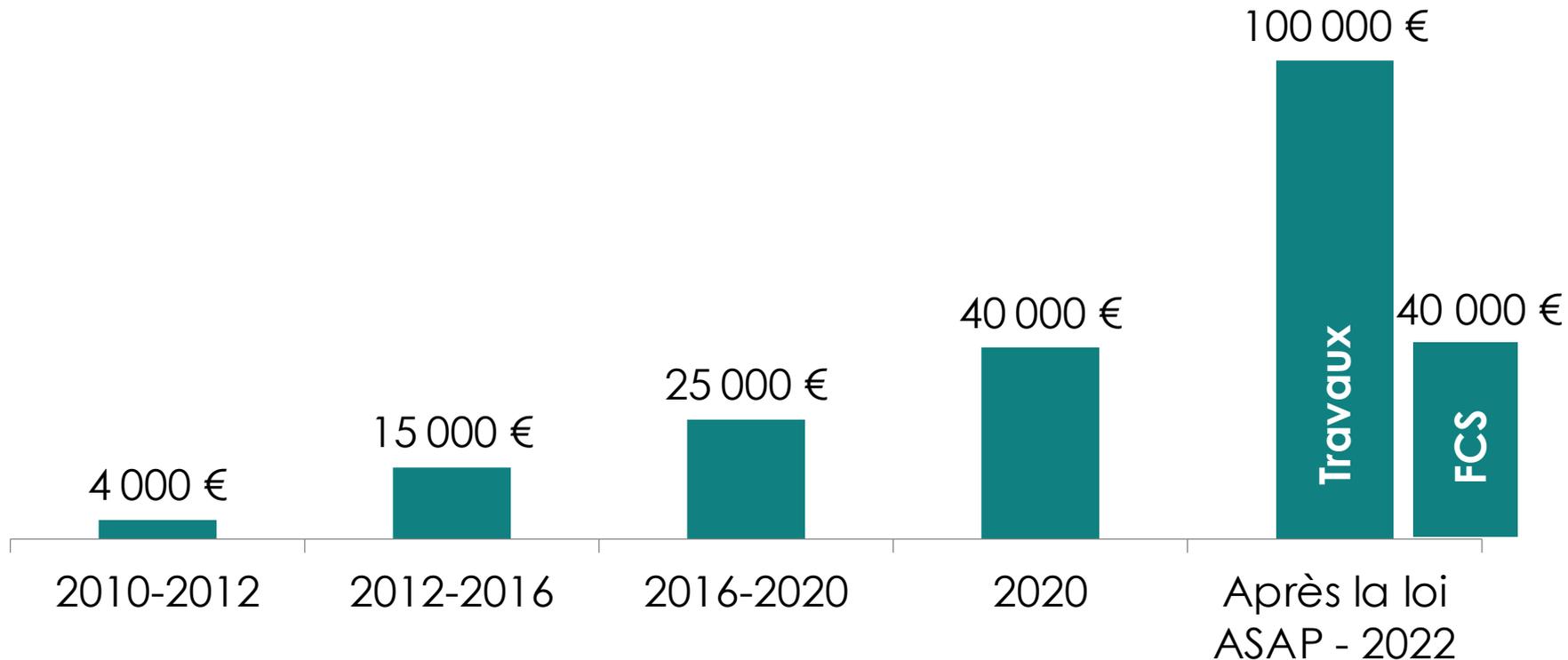
CE, 10 février 2010,
Perrez, n° 329100

Décret n° 2011-
1853 du 9
décembre 2011

Décret n° 2016-
360 du 25 mars
2016

Décret n° 2019-
1344 du 13
décembre 2019

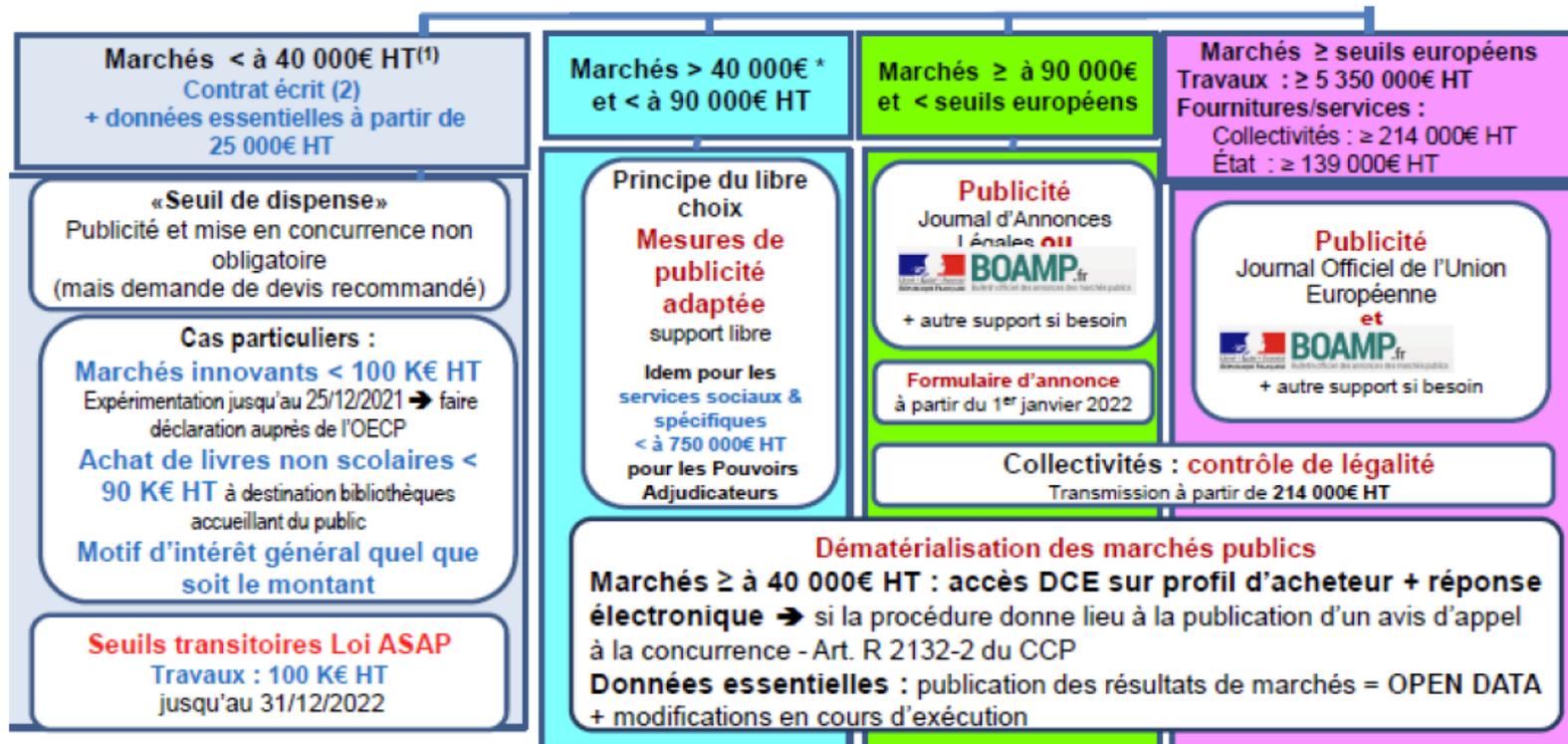
Loi ASAP





Publicités des marchés publics – les obligations

Acheteurs : l'État, ses établissements publics autres qu'à caractère industriel et commercial, les collectivités territoriales, leurs établissements publics et leurs groupements



Loi ASAP : marchés globaux

❑ Périmètre

- Un nouveau secteur est désormais éligible aux marchés globaux. Il s'agit de la conception, la construction, l'aménagement, l'exploitation, la maintenance ou l'entretien des infrastructures linéaires de transport de l'État, hors bâtiments.

❑ Critère

- L'acheteur public doit prévoir un critère de sélection des offres en lien avec la part réservée aux PME/TPE dans l'exécution du contrat.

❑ Exécution

- L'acheteur doit prévoir une part minimale de l'exécution du contrat que le titulaire s'engage à confier à des PME/TPE (dans l'attente d'un décret concernant la part minimale).

Loi ASAP : modifications des marchés publics

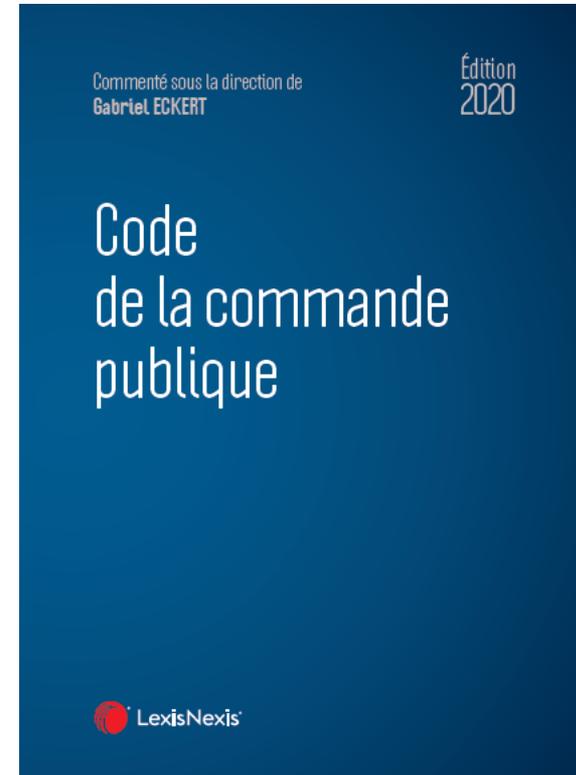
- ❑ La loi prévoit que tous les marchés publics (même ceux conclus avant le 1^{er} avril 2016) sont soumis aux règles du Code de la commande publique concernant les modifications du marché en cours d'exécution.
- ❑ Analyse
 - Unification du régime de modification des marchés & concessions.
 - Les nouvelles dispositions du CCP sont plus claires et mieux définies que le précédent article 20 du code des marchés publics (« *En cas de sujétions techniques imprévues ne résultant pas du fait des parties, un avenant ou une décision de poursuivre peut intervenir quel que soit le montant de la modification en résultant. Dans tous les autres cas, un avenant ou une décision de poursuivre ne peut bouleverser l'économie du marché, ni en changer l'objet.* »).
 - *Modification bienvenue et sécurisante pour les acheteurs qui bénéficieront d'une boussole claire en cas de négociation avec les titulaires.*

Loi ASAP : la codification quasi-intégrale des dispositions des ordonnances Covid

Ordonnance n° 2020-319
du 25 mars 2020

Ordonnance n° 2020-460
du 22 avril 2020

**= Dispositif d'urgence pris
lors de la 1ère vague de
la pandémie**



Création d'un Livre VII :
« Dispositions relatives aux
circonstances exceptionnelles »

Loi ASAP : la dispense de procédure justifiée par un motif d'intérêt général

- ❑ Nouveau cas de passation d'un marché de gré à gré : lorsque le respect d'une procédure est « *manifestement contraire (...) à un motif d'intérêt général* » (art. L. 2122-1 CCP).
- ❑ C'est le pouvoir réglementaire qui déterminera les cas et les marchés concernés (décret à venir):
 - ❑ Le pouvoir d'appréciation ne sera pas laissé aux acheteurs ;
 - ❑ Cette souplesse ne pourra que concerner les marchés inférieurs aux seuils européens.

Loi ASAP : Exclusion de certains marchés de services juridiques des procédures de publicité et de mise en concurrence

- ❑ Sont concernés les marchés de service juridique de représentation légale d'un client par un avocat et les services de consultations juridiques qui se rapportent à un contentieux existant ou à venir.

Loi ASAP : Protection des entreprises en redressement judiciaire

- ❑ Pérennisation de l'ordonnance du 17/06/2020 : les entreprises en RJ peuvent se porter candidates dès lors qu'elles bénéficient d'un plan de redressement + interdiction de résilier un marché au seul motif que le titulaire est placé en RJ.

Entreprises en difficultés

- ❑ **Ordonnance n° 2020-738 du 17 juin 2020 portant diverses mesures en matière de commande publique**
- ❑ Fin de l'exclusion des entreprises bénéficiant d'un plan de redressement (~~jusqu'au 10 juillet 2021~~)
 - Pérennisation du dispositif par la loi ASAP (cf. ci-avant).
- ❑ Analyse de la capacité économique et financière (**jusqu'au 31 décembre 2023**)
 - Il n'est plus possible de tenir compte de la baisse du CA intervenue au titre du ou des exercices sur lesquels s'imputent les conséquences de la crise sanitaire liée à l'épidémie de covid-19, et ce jusqu'au 31 décembre 2023.
- ❑ Contrats globaux (**jusqu'au 10 juillet 2021**)
 - L'ordonnance impose qu'au moins 10 % de l'exécution d'un marché global soit confié à des PME ou des artisans et que la part que l'entreprise s'engage à confier à des PME ou à des artisans constitue un critère obligatoire d'attribution du contrat.

Les avances

❑ Décret n° 2020-1261 du 15 octobre 2020 relatif aux avances dans les marchés publics

❑ Déplafonnement des avances

- Le décret supprime le plafonnement des avances à 60 % du montant du marché. L'avance peut donc aller au-delà de 60 % du montant TTC du marché.

❑ Suppression de l'obligation de constituer une garantie à première demande

- Le décret supprime l'obligation, pour les acheteurs publics, d'imposer au titulaire de constituer une garantie à première demande pour les avances supérieures à 30 % du montant du marché.

❑ Remboursement de l'avance

Avance ≤ 30 %	30 % < Avance < 80 %	80 % < Avance
L'avance est déduite des demandes de paiement du titulaire à partir de 65 % de facturation du marché	L'avance est déduite <u>dès les premières demandes</u> de paiement du titulaire et doit être totalement remboursée dès lors que le titulaire a facturé 80 % du marché	L'avance est déduite <u>dès les premières demandes</u> de paiement du titulaire et doit être remboursée totalement remboursée dès lors que le titulaire a facturé l'équivalent de l'avance au titre du marché

La révision des CCAG

- ❑ La DAJ a lancé un important chantier de refonte des CCAG (révisés en 2009 + CCAG Travaux modifié en 2014).
- ❑ Les projets de CCAG ont été soumis à consultation publique depuis le 15 janvier, et jusqu'au 5 février 2021.
- ❑ Calendrier prévisionnel : publication mi-mars et application au **1^{er} avril 2021** (application uniquement aux nouveaux marchés).
- ❑ Les « nouveaux » CCAG sont en réalité une évolution des CCAG existants + création d'un CCAG applicable aux marchés de maîtrise d'œuvre (CCAG MOE), sur la base du CCAG-PI.
- ❑ Il y aura donc désormais 6 CCAG au lieu de 5:
 - ❑ CCAG FCS ;
 - ❑ CCAG Travaux ;
 - ❑ CCAG PI ;
 - ❑ CCAG MI ;
 - ❑ CCAG TIC ;
 - ❑ CCAG MOE.

La révision des CCAG

❑ Principales nouveautés communes aux 6 CCAG

- ❑ Modernisation globale des clauses (échanges dématérialisés, facturation électronique, prise en compte du BIM) ;
- ❑ Insertion d'une clause de propriété intellectuelle commune à tous les CCAG (sauf CCAG MOE, clause spécifique) ;
- ❑ Mise en place d'un plancher et d'un plafond de pénalités (1 000 € mini / 10 % du montant du marché maxi) ;
- ❑ Retranscription du principe selon lequel tout OS de commande des travaux ou prestations supplémentaires doit être valorisé (Article L.2194-3 du CCP issu de la loi PACTE) ;
- ❑ Création de clauses RPGD & développement durable (insertion sociale + protection de l'environnement) ;
- ❑ Création d'une hypothèse de suspension des prestations liées à des événements extérieurs (« jurisprudence COVID ») : mais le partage des surcoûts induit n'est pas précisé ;
- ❑ Développement d'une clause incitative pour les différents modes de règlement amiable des litiges (CCRA, médiation, etc.).

La révision des CCAG

- ❑ La notion d'apparition d'un différend est enfin définie (aspect très utile pour les CCAG autre que le CCAG Travaux): « *l'apparition du différend résulte :*
 - *soit d'une prise de position écrite, explicite et non équivoque émanant de l'acheteur et faisant apparaître le désaccord ;*
 - *soit du silence gardé par l'acheteur à la suite d'une mise en demeure adressée par le titulaire du marché l'invitant à prendre position sur le désaccord dans un délai qui ne saurait être inférieur à quinze jours. »*

=> Cette précision permettra de sécuriser la détermination du point du départ du délai de 2 mois dans lequel le titulaire doit adresser son mémoire en réclamation.

- ❑ **CCAG MOE** : à noter en particulier la mise en place d'un système de règlement des comptes comparable au mécanisme du CCAG Travaux (système de DGD : sécurisation du MOA puisque le MOE ne pourra plus émettre de réclamations sans limite de temps).
- ❑ **CCAG Travaux** : à noter en particulier la transposition des principes issus des jurisprudences CE, 6 avril 2007, CH de Boulogne sur Mer, n°264490, et CE, 20 mars 2013, CH de Versailles, n° 357636, par le nouvel article 13.4.2 : obligation pour le MOA d'émettre des réserves dans son DG (pas obligatoirement chiffrées) en cas de litige ou d'une réclamation « extérieure » susceptible de concerner le titulaire.

Quand la seule pièce contractuelle est un devis...

❑ CAA Nantes, 16 octobre 2020, *Saint-Léger-sous-Cholet*, n° 19NT04940

❑ Faits

- Une commune a conclu un marché public avec une société pour l'achat de 700 chaises. Seul un devis a été signé avec la société.
- La société a été payée d'une facture de 46.532,88 euros en exécution de son devis.
- Dès les premières utilisations, la commune a estimé qu'il était difficile d'empiler les chaises et que ces difficultés engendraient leur altération prématurée. Elle a saisi le juge en se basant sur un document intitulé « *achat des tables et chaises – cahier des charges* » 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, l'article 28 du code des marchés publics, dans sa rédaction applicable, permettait à la commune, en qualité de pouvoir adjudicateur, de négocier avec la société Mobidecor, 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 le maire de la commune, en sa qualité de représentant du pouvoir adjudicateur, doit être regardé comme la seule pièce constitutive du marché.** »*

❑ Attention

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

Pas de dématérialisation obligatoire sous le seuil de 40.000 €

❑ **QE n° 12237, Jean-François Longeot, JO Sénat, 19/09/2019, p. 4722 ; Réponse, JO Sénat, 09/04/2020, p. 1697**

❑ Position de l'administration

- *« Conscient que ces procédures de passation et de dématérialisation pouvaient paraître disproportionnées au regard de ce montant d'achat de 25 000 euros, le Gouvernement a souhaité relever les seuils applicables aux marchés publics passés sans publicité ni mise en concurrence préalables, afin d'alléger les procédures de passation, tant pour les acheteurs que pour les opérateurs économiques, et de favoriser l'attribution des marchés publics aux petites et moyennes entreprises (PME), qui ne disposent pas nécessairement des moyens humains et techniques pour s'engager dans une mise en concurrence. **Ainsi, à compter du 1er janvier 2020, le décret n° 2019-1344 du 12 décembre 2019 modifiant certaines dispositions du code de la commande publique relatives aux seuils et aux avances porte de 25 000 euros à 40 000 euros hors taxes le seuil de dispense de procédure prévu à l'article R. 2122-8 du CCP ainsi que, par cohérence, les seuils de dématérialisation de la procédure de passation et de publication des données essentielles, respectivement prévus aux articles R. 2132-2 et R. 2196-1 de ce même code.** Cette mesure facilitera l'accès des PME aux marchés publics des collectivités territoriales, dès lors qu'elles n'auront pas l'obligation de remettre une offre dématérialisée pour les marchés dont le montant est inférieur à ce nouveau seuil. »*

Pondération : la liberté confirmée de l'acheteur public

❑ CE, 10 juin 2020, *Ministre des Armées*, n° 431194

❑ Faits:

- Pour la passation d'un marché de formation, le Ministère avait retenu une pondération du critère prix à hauteur de 10% et un critère technique à hauteur de 90%
- Un candidat évincé a contesté la procédure et la pondération du critère financier.
- La Cour avait considéré que la pondération était particulièrement disproportionnée (CAA Nantes, 29 mars 2019, 17NT01869).

❑ Question: Quel est le contrôle du juge administratif sur la pondération des critères de sélection des offres ?

❑ Réponse: « Le pouvoir adjudicateur détermine librement la pondération des critères de choix des offres. Toutefois, il ne peut légalement retenir une pondération, en particulier pour le critère du prix ou du coût, qui ne permettrait manifestement pas, eu égard aux caractéristiques du marché, de retenir l'offre économiquement la plus avantageuse. »

❑ Analyse:

- La pondération des critères de sélection n'est pas soumise à une exigence de proportionnalité, ni même à une exigence d'absence de disproportion.
- L'acheteur doit vérifier si la pondération retenue pour le critère prix ne conduit pas à le priver de toute portée ou à écarter manifestement le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse

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

❑ TA Lyon, 13 février 2020, SFEC, n° 1808864

❑ Faits:

- Un CHU a sélectionné les candidats sur une analyse sous forme de coût global sur 15 ans alors que la durée du marché n'est que de 4 ans.
- Un candidat conteste la dé-corrélation 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 retenu par le CHU fondé sur une approche globale portant sur la durée normale d'amortissement d'un système d'eau qui n'est pas contestée, apparaît pertinent au regard de l'objet du marché. L'ensemble des indications fournies dans les documents de la consultation ouverte aux soumissionnaires permettait, sans ambiguïté, à l'acheteur public 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 acheté, n'apparaît ainsi ni discriminatoire, ni comme ayant méconnu les principes de transparence et d'égalité de traitement. »

Validation d'un critère tenant à l'emploi local

❑ CE, 20 décembre 2019, Société Lavalin, n° 428290

❑ Faits:

- Une société évincée conteste l'utilisation d'un critère analysant le nombre d'emplois locaux induit par la gestion et l'exploitation du port.

❑ Question: un acheteur (ici autorité concédante) peut-il fixer un critère de sélection des offres à caractère social, tenant par exemple aux retombées pour l'emploi local ?

❑ Réponse: **OUI mais vigilance sur deux points:**

- i. vérifier l'absence de discrimination du critère social. Celui-ci ne doit pas dissimuler ou déguiser un localisme toujours prohibé en matière de commande publique ;
- ii. vérifier que le critère est en lien avec les conditions d'exécution sachant que cette condition est appréciée de façon souple par le juge administratif.

❑ Analyse:

- Cette solution est transposable aux marchés publics.
- Un critère social de type « *impact de l'offre sur l'emploi local* » peut être utilisé par des acheteurs. La difficulté sera d'examiner avec précision (pièces à l'appui) l'impact supposé des offres sur l'emploi local. Il appartiendra à l'acheteur de prévoir des annexes spécifiques en vue d'examiner ce point afin de comparer objectivement les offres entre elles.

Accord-cadre mono-attributaire & attribution d'un marché subséquent

❑ **CE, 6 novembre 2020, Métropole européenne de Lille, n° 437718**

❑ Faits:

- Un acheteur a décidé d'attribuer concomitamment l'accord-cadre et le premier marché subséquent. De même, l'acheteur a décidé, alors que l'accord-cadre était mono-attributaire, de fixer des critères de sélection des marchés subséquents.

❑ Question #1: Peut-on attribuer, en même temps, l'accord-cadre et le premier marché subséquent ?

❑ Réponse #1: **OUI**, sous réserve que la comparaison des offres des candidats porte uniquement sur l'accord-cadre et non sur celles remises pour le premier marché.

❑ Question #2: Peut-on fixer des critères de sélection des marchés subséquents alors que l'accord-cadre est mono-attributaire ?

❑ Réponse #2: **OUI**, « La circonstance qu'un accord-cadre soit conclu avec un seul opérateur économique n'implique pas que son titulaire bénéficie de l'octroi automatique des marchés subséquents passés dans ce cadre. Aucune disposition du code de la commande publique ni aucun principe ne fait en effet obstacle à ce que les offres remises par le titulaire d'un accord-cadre mono-attributaire pour l'attribution des marchés subséquents soient notées et analysées, et que les marchés ne lui soient attribués que sous réserve de remplir certaines conditions ».

PCN : le Code est exhaustif

❑ CE, 7 octobre 2020, Société ADE Amiante, n° 440575

❑ Faits:

- Un OPH a lancé un marché de diagnostic amiante par le biais d'une procédure concurrentielle avec négociation en justifiant cette procédure par le fait que « le besoin ne peut être satisfait sans adapter des solutions immédiatement disponibles » (art. R. 2124-3 CCP).

❑ Question: La diversité des dates de construction des immeubles, leur nombre important, leurs régimes juridiques différents ou encore leur dispersion sur une zone géographique étendue justifient-ils le recours à la procédure concurrentielle avec négociation ?

❑ Décision du juge: **NON dès lors que les cas de recours sont limitativement énumérés et qu'il s'agit en l'espèce de prestations standardisées**, « Toutefois, il résulte de l'instruction que les prestations de service demandées portaient sur les diagnostics exigés par différentes réglementations, devant être faits conformément aux normes applicables auxquelles renvoyait le cahier des clauses techniques particulières, et qu'il s'agissait donc de prestations connues et normalisées ».

❑ Analyse: Dès lors que la PCN est une procédure offrant plus de souplesse au-delà des seuils (puisqu'elle permet la négociation avec les candidats), le juge exerce un réel contrôle de la motivation au recours à cette procédure encadrée par la CCP.

Bug informatique au cours d'une procédure de passation

❑ TA Toulon, 27 octobre 2020, n° 2002750

❑ 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 informe que le document a bien été déposé. L'acheteur confirme cette information auprès de son 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 MP à A. Candidat B : engage 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. »

Le cas des SEM candidates aux contrats de ses actionnaires

❑ CE, 18 décembre 2019, n° 432590

❑ Faits:

- La procédure d'attribution d'une DSP a été annulée au motif que l'acheteur avait favorisé un candidat à savoir la SEM en décalant la date de remise des offres

❑ Question: Une SEM peut-elle se porter candidate à un contrat de ses actionnaires ?

❑ Décision: **OUI sous réserves du respect du principe de l'égalité de traitement**, « *le principe d'impartialité ne fait pas obstacle à ce qu'un acheteur public attribue un contrat de délégation de service public à une société d'économie mixte locale dont il est actionnaire, sous réserve que la procédure garantisse l'égalité de traitement entre les candidats et que soit prévenu tout risque de conflit d'intérêts* ».

❑ Analyse: Il convient de préciser que lors de l'attribution du contrat à la SEM, les 2 membres du conseil d'administration de l'acheteur, également administrateurs de la SEM, n'ont participé ni aux débats ni aux votes sur ce point.

Clause Molière : clap de fin ? (1/3)

☐ CAA Lyon, 24 septembre 2020, n° 18LY00510

- ☐ Ce que prévoyait la délibération de la Région AURA dans les CCAP :
 - Pour s'assurer de la bonne compréhension des règles de sécurité sur le chantier et ainsi garantir la sécurité de tous les intervenants, le titulaire du marché s'engage à ce que tous ses personnels, **quel que soit leur niveau de responsabilité et quelle que soit la durée de leur présence sur le site**, maîtrisent la langue française. Le titulaire s'engage également pour ses sous-traitants, quel que soit leur rang.
 - En outre, la délibération souhaitait « combattre efficacement le recours au travail détaché sur les chantiers de la Région ». L'objectif était « d'afficher clairement la volonté de la Région de n'avoir aucun travailleur détaché sur ses chantiers ».

- ☐ Le juge confirme l'annulation de la délibération : « ces clauses étaient assorties de l'obligation pour les entreprises attributaires de fournir une attestation sur l'honneur de non-recours au travail détaché et de sanctions propres en cas de constat par les services de la région de leur méconnaissance, sous forme de pénalités d'un montant proportionnel à celui du marché. Il ressort expressément des termes de la délibération en cause et de son annexe qu'elle avait été adoptée par l'assemble plénière du conseil régional Auvergne-Rhône-Alpes afin de lutter contre le travail détaché sur les chantiers régionaux. » Le juge condamne « la volonté d'exclure le recours à des travailleurs détachés dans l'exécution des marchés de la région ».

Clause Molière : rappel du Conseil d'Etat (2/3)

□ Rappel de CE, 4 décembre 2017, n° 413366

- Pour valider la clause « **d'interprétariat** », le Conseil d'Etat retient que toutes les stipulations :
 - ❖ présentent un lien suffisant avec l'objet du marché public ;
 - ❖ doivent être appliquées sans entraîner de coûts excessifs au titulaire du marché.

- Sur les stipulations permettant au MOA d'exercer **son obligation de prévention et de vigilance**, le Conseil d'Etat juge qu'elles poursuivent un objectif d'intérêt général de prévention sans aller au delà de ce qui est nécessaire pour l'atteindre car :
 - l'appréciation du niveau de maîtrise du français est faite au cas par cas ;
 - l'échange oral, avant les travaux, par une personne qualifiée, interne ou non à l'entreprise attributaire, n'est prodiguée qu'aux personnels les moins qualifiés et ne concerne que les droits sociaux essentiels.

- Sur les stipulations permettant au maître d'ouvrage de garantir la sécurité sur le chantier lors de certaines tâches, le Conseil d'Etat considère qu'elles poursuivent un objectif d'intérêt général de sécurisation du chantier car :
 - elles ne visent que certaines tâches risquées ;
 - elles sont prises au regard des risques élevés sur les chantiers de travaux ;
 - le recours à une personne assurant l'information appropriée aux travailleurs n'implique que le personnel directement concerné par ces tâches.

Clause Molière : clap de fin ? (3/3)

Quel est le contrôle du juge administratif sur la clause d'interprétariat ?

Quel est le but d'intérêt général poursuivi par le maître d'ouvrage ?

- Améliorer les conditions de sécurité du chantier
- Prévenir les accidents de chantier
- Informer les salariés de leur droit

La rédaction de la clause est-elle proportionnée à l'objectif recherché ?

- Coût pour les opérateurs
- Nature des sanctions prévues en cas de méconnaissance de la clause
- Qualité et compétences de l'interprète exigées

La clause est-elle en lien avec l'objet du marché ou ses conditions d'exécution ?

- Tâches particulières au sein du chantier
- Cibler le personnel concerné
- Situations préalablement identifiées nécessitant un interprète

Appel à projet ou appel d'offres ?

❑ CAA Paris, 17 janvier 2020, n° 19PA01355

❑ Faits

- La ville de Paris a initié en mai 2017 un appel à projets « Réinventer Paris II » dans le but de sélectionner les projets urbains en vue de leur réalisation sur des terrains ou immeubles appartenant à la ville mais aussi à des tiers.
- La société Renault, par l'intermédiaire de sa filiale SIMCRA (société immobilière pour le commerce et la réparation automobile) y a participé relativement à deux terrains dont elle est propriétaire.
- A cette fin, la SIMCRA a organisé son propre appel à projets à l'issue duquel elle a sélectionné la société immobilière 3F.
- La société d'HLM Vilogia, « candidat évincé » a contesté la procédure.

❑ Question: S'agit-il d'un marché public ?

- ❑ Décision du juge: **NON, il ne s'agit ni d'un marché public, ni d'un contrat public** : « la seule circonstance que ces ventes soient intervenues dans le cadre de l'appel à projets de la ville de Paris et réponde aux objectifs d'intérêt général définis par cette dernière tant en termes architecturaux, sociaux, qu'environnementaux pour la sélection des projets, ne suffit pas à les faire regarder comme répondant aux seuls besoins du pouvoir adjudicateur, au sens du code des marchés publics, ou intervenant dans son intérêt économique direct. »

Appréciation d'une OAB : c'est toujours l'offre financière globale qui compte (1/2)

❑ Exemple #1 : TA Strasbourg, 17 avril 2020, Sté SODEREC, n°2002007

❑ Faits:

- Dans le cadre d'une procédure de passation d'un mandat de maîtrise d'ouvrage, un candidat a été évincé au motif d'un OAB. Pour justifier son éviction, l'acheteur retient que 3 missions « importantes » sur les 13 étaient relevaient d'une OAB.

❑ Question: L'acheteur peut-il justifier la qualification d'une OAB par le fait que certaines missions importantes paraissent anormalement évaluées ?

❑ Réponse: NON « *ce faisant, l'acheteur public n'a pas procédé à une appréciation globale de l'offre de la société candidate, les missions 6, 9 et 10, bien qu'étant importantes dans l'opération de restructuration et d'extension du stade de la Meinau, ne constituaient cependant qu'une partie seulement de l'offre qui comportait un total de 13 missions* ».

❑ Exemple #2 : TA Rennes, 9 mars 2020, Sté Marine Assistance, n° 2000630

❑ Précision du juge: Une offre « *ne peut être soupçonnée d'être anormalement basse qu'au regard de son prix, et non de ses autres éléments, de sorte que la circonstance éventuelle que les délais proposés aient pu être largement insuffisants ne saurait rendre une offre anormalement basse* ».

Appréciation d'une OAB (2/2)

❑ CAA Paris, 20 octobre 2020, n°18PA20001

❑ Faits:

- ❑ La société Idea sécurité fait grief au pouvoir adjudicateur de ne pas avoir rejeté l'offre de la soc. SOSIP qu'elle estime anormalement basse dans la mesure où cette offre est près de deux fois moins chère que la sienne, et qu'elle est inférieure de 15% au montant estimé par l'acheteur.

❑ Décision du juge:

- ❑ Les juges relèvent que le seul écart de 45% sur le critère prix entre les deux offres ne suffit pas à caractériser le caractère anormalement bas de l'offre de l'attributaire.
- ❑ Si l'acheteur a estimé le montant annuel prévisible du marché à 100 000 euros HT, cette estimation n'était qu'indicative ;
- ❑ De plus, le prix proposé ne se démarque que peu du montant facturé par le précédent titulaire du marché ;
- ❑ En outre, la société attributaire bénéficiait légalement d'exonération de cotisations sociales (impact substantiel sur le prix de l'offre) ;
- ❑ Enfin, le contrat en cause a entièrement été exécuté jusqu'à son terme par la société attributaire sans qu'elle ne rencontre de difficultés financières.

Irrégularité d'une offre : quelques exemples en 2020

❑ Exemple #1 : TA Marseille, 4 mai 2020, n°2002331

- ❑ Faits: Un acheteur avait exigé la remise d'échantillons (fournitures scolaires), en précisant dans son RC l'adresse et le lieu précis de remise (le bureau des marchés publics). A l'ouverture des offres, est constatée l'absence d'échantillons de la part d'un candidat.
- ❑ Décision: **irrégularité confirmée** « *Ce récépissé comme les échanges de mails avec son transporteur faisant notamment mention du point GPS de la livraison ne peuvent établir la remise des échantillons au département des Bouches-du-Rhône alors que la livraison des échantillons obligatoires devait se faire, selon l'article 9 du règlement de consultation, au service des marchés dans un bureau précisément identifié de l'hôtel du département, ce qui implique la remise d'une attestation de dépôt, que la société requérante ne produit pas.* »
- ❑ Analyse : prévoir dans le RC, que le dépôt se fera contre remise d'une attestation de dépôt, seule pièce permettant de prouver la bonne réception des échantillons.
- ❑ Les candidats doivent quant à eux penser à réclamer cette attestation lors du dépôt, même si cette pièce n'est pas mentionnée dans le RC.

Irrégularité d'une offre : quelques exemples en 2020

❑ Exemple #2 : TA Montpellier, 29 octobre 2020, n°2004498

- ❑ Faits: Un acheteur déclare irrégulier un candidat ayant transmis son DQE sous format PDF et non sous format Excel
- ❑ Décision: **irrégularité confirmée** car le DQE versé en format « Excel » facilite et sécurise l'extraction des données financières des offres des candidats
- ❑ Le juge précise que l'acheteur n'a pas manqué à ses obligations de publicité et de mise en concurrence en rejetant l'offre comme irrégulière sans inviter le candidat à la régulariser.

Irrégularité d'une offre : rappel sur la régularisation

■ Cadre juridique

- **Article R. 2152-1** : « Dans les procédures adaptées sans négociation et les procédures d'appel d'offres, les offres irrégulières, inappropriées ou inacceptables sont éliminées.

Dans les autres procédures, les offres inappropriées sont éliminées. Les offres irrégulières ou inacceptables peuvent devenir régulières ou acceptables au cours de la négociation ou du dialogue, à condition qu'elles ne soient pas anormalement basses.

Lorsque la négociation ou le dialogue a pris fin, les offres qui demeurent irrégulières ou inacceptables sont éliminées. »

- **Art. R. 2152-2** : « Dans toutes les procédures, 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.

La régularisation des offres irrégulières ne peut avoir pour effet d'en modifier des caractéristiques substantielles. »

Irrégularité régularisable d'office

❑ CAA Bordeaux, 18 février 2020, n° 18BX00073

❑ Faits:

- ❑ Alors même que le DCE prévoyait l'expression d'un taux en ‰ (pour mille) concernant le montant de la prime annuel, un candidat a présenté une offre avec un taux en % (pour cent).
- ❑ Ce candidat a été retenu et un candidat évincé conteste l'attribution dans le cadre d'un recours *Tarn-et-Garonne*.

❑ Décision du juge: L'indication d'un taux en pourcentage n'affecte pas la régularité de l'offre, dès lors qu'elle pouvait être aisément corrigée par une simple conversion.

❑ Analyse: Si l'arrêt commenté confère une souplesse bienvenue à l'acheteur, une offre qui méconnaît la forme prescrite par un RC reste irrégulière lorsque cette erreur affecte l'appréciation de l'offre ou l'engagement du candidat.

Offre inacceptable ou simple dépassement de l'estimation financière de l'acheteur

❑ CAA Nantes, 10 juillet 2020, n° 19NT00091

❑ Faits:

- L'offre de l'attributaire excédait celui de l'enveloppe financière indiquée dans les documents de la consultation.
- Un candidat évincé considère que son offre est inacceptable.

❑ Décision du juge: Constatant que le critère du coût global ne comportait aucune limite chiffrée, la cour en déduit que le montant de l'enveloppe financière « a seulement valeur indicative », sans qu'il n'en résulte pour autant « une liberté de choix discrétionnaire de l'acheteur », dès lors que la pondération du coût global à 35 % en faisait « un des critères majeurs d'attribution du marché ».

❑ Compte tenu de ce caractère indicatif, le dépassement de l'enveloppe financière « ne peut rendre l'offre irrégulière mais entraîne uniquement une moins bonne note sur le critère du « coût global » ». Il ne rend pas davantage l'offre inacceptable, comme seule peut l'être celle qui dépasse les crédits budgétaires alloués à l'opération.

Point de départ du délai d'établissement du projet de décompte final

❑ CE, 8 décembre 2020, *Sogetra*, n°437983

- ❑ Faits: Dans un marché de travaux:
 - ❑ Réception prononcée avec réserves.
 - ❑ Projet de décompte final adressé par le titulaire mais le MOA n'établit pas le DG en retour.
 - ❑ Mise en demeure adressée au MOA d'établir le décompte général le 1^{er} juin 2018 + transmission d'un projet de DG. pas de réponse.
 - ❑ L'entreprise soutient qu'en application de l'article 13.4.4 du CCAG travaux (post-2014), faute pour le MOA d'avoir notifié le DG dans un délai de 10 jours, le projet de DG transmis avec la mise en demeure est devenu le décompte général et définitif (107 k€ dus à l'entreprise).
 - ❑ Le juge d'appel a rejeté la demande de l'entreprise au motif que la réception avait été prononcée sous réserves de la réalisation de prestations non exécutées. Dès lors, l'envoi du projet de décompte final par l'entreprise était prématuré (le délai pour transmettre le PDF n'aurait pas été enclenché).

- ❑ Décision du juge:
 - ❑ Lorsque le MOA prononce la réception avec réserves (art. 41.6 du CCAG Travaux), la date de notification de la **décision de réception** des travaux constitue le point de départ des délais d'établissement du décompte final, quelle que soit l'importance des réserves émises par le pouvoir adjudicateur .
 - ❑ En revanche, si la réception a été prononcée sous réserves (art. 41.5), le point de départ est la date de levée de ces réserves.
 - ❑ En l'espèce, la réception a été prononcée avec réserves, et non sous réserves. L'envoi du PDF n'était donc pas prématurée. C'est à bon droit que l'entreprise a mis en demeure le MOA d'établir le DG.

Recours à un marché de substitution même sans clause

❑ CE, 18 décembre 2020, *Treuil et Grues Labor*, n° 433386

❑ Faits:

- ❑ La Société Treuil et Grues Labor a livré la CCI du Pays de Saint-Malo, avec plus de deux ans de retard, une grue dont la mise en service n'a jamais pu intervenir en raison de graves vices de conception.
- ❑ À la suite de mises en demeure restées infructueuses adressées à la société Treuil et Grues Labor, afin qu'elle remédie aux dysfonctionnements affectant la grue, la CCI lui a notifié sa décision de faire procéder à l'exécution du marché à ses frais et risques par un autre prestataire.

❑ Décision du juge:

- ❑ L'acheteur public qui a vainement mis en demeure son cocontractant d'exécuter les prestations qu'il s'est engagé à réaliser dispose de la faculté de faire exécuter celles-ci, aux frais et risques de son cocontractant, par une entreprise tierce.
- ❑ La faculté de recourir à un tel marché de substitution, qui peut porter sur une partie seulement des prestations objet du contrat, est possible dans le silence du contrat et n'est pas subordonnée à une résiliation préalable du contrat.

Devoir de conseil du MOE

❑ CE, 10 décembre 2020, n° 432783

❑ Faits:

- ❑ Le maître d'œuvre s'est abstenu de signaler au maître de l'ouvrage le contenu de nouvelles normes acoustiques et son nécessaire impact sur le projet, et de l'alerter de la non-conformité de la salle polyvalente à ces normes lors des opérations de réception alors qu'il en avait eu connaissance en cours de chantier.

❑ Décision du juge:

- ❑ Le devoir de conseil du maître d'œuvre implique qu'il signale au maître d'ouvrage l'entrée en vigueur, au cours de l'exécution des travaux, de toute nouvelle réglementation applicable à l'ouvrage, afin que celui-ci puisse éventuellement ne pas prononcer la réception et décider des travaux nécessaires à la mise en conformité de l'ouvrage. En cas d'abstention, sa responsabilité peut être engagée.

L'usage du référé « secret des affaires » en matière précontractuelle

❑ TA Nancy, 26 octobre 2020, n° 2001619

❑ Faits:

- Un candidat apprend que l'AMO de l'acheteur est un ancien acteur du marché de l'assurance ayant eu de nombreux litiges avec le candidat. L'animosité va même plus loin puisque l'AMO a écrit plusieurs articles entre février 2014 et janvier 2019 révélant un profond différend avec le candidat
- La candidat a donc, de manière préventive, saisi le juge administratif sur le fondement de l'article R. 557-3 du CJA, d'un référé secret des affaires, visant à écarter l'AMO de l'analyse des offres
- Pour mémoire, *« lorsqu'il est saisi aux fins de prévenir une atteinte imminente ou faire cesser une atteinte illicite à un secret des affaires, le juge des référés peut prescrire toute mesure provisoire et conservatoire proportionnée, y compris sous astreinte. Il peut notamment ordonner l'ensemble des mesures mentionnées à l'article R. 152-1 du Code de commerce »*

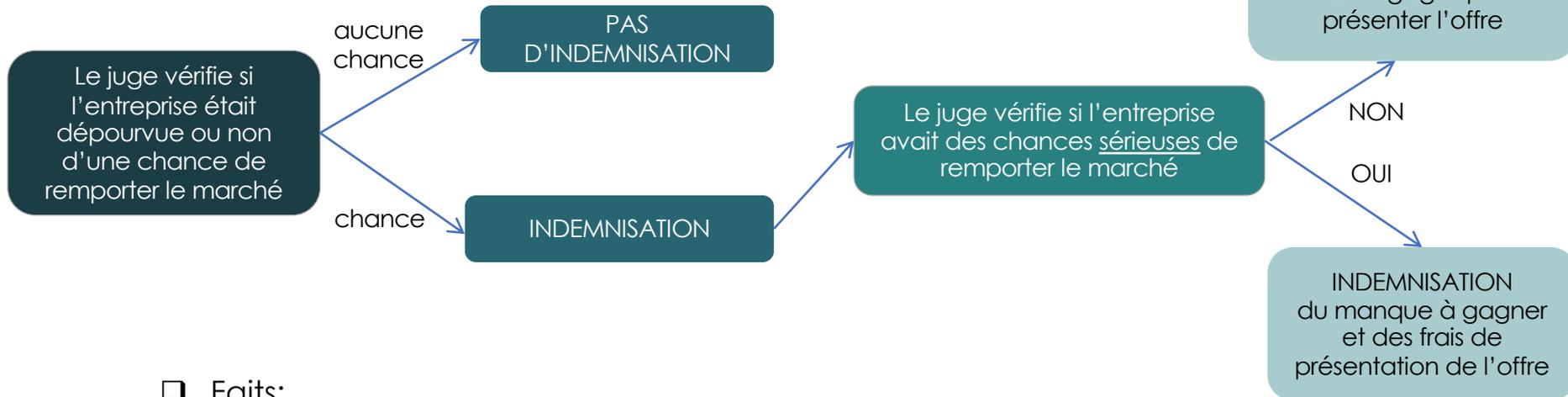
❑ Décision: Le juge prononce l'interdiction à l'AMO d'avoir accès aux documents de la procédure jusqu'à la fin de la procédure.

❑ Précision: Le même candidat, en qualité de candidat évincé, a tenté de contester la procédure au motif d'un conflit d'intérêt avec l'AMO. Le référé a été rejeté au motif que l'AMO, sur décision du juge, a été interdit d'accès à la procédure (TA Nancy, 4 novembre 2020, n° 2002618).

Indemnisation du candidat irrégulièrement évincé

❑ CE, 18 décembre 2020, *Architecture Studio*, n° 429768

❑ Rappel:



❑ Faits:

- ❑ L'offre du candidat évincé n'était pas conforme à des éléments essentiels du programme.
- ❑ L'offre de l'attributaire était elle-même irrégulière.

- ❑ Décision du juge: Un candidat dont l'offre est irrégulière ne peut prétendre avoir eu une chance d'emporter le marché, même si l'acheteur public aurait pu l'inviter à régulariser son offre. Le fait que l'offre de l'attributaire était elle-même irrégulière est sans incidence.

Fautes du MOA dans la conception du marché

❑ CAA Nancy, 13 octobre 2020, n°18NC01258

❑ Faits:

- ❑ La commune de Mulhouse a commis des fautes dans la conception même de son marché de travaux (dissociation des opérations préalables de démolition de et l'opération de réhabilitation du bâtiment; absence de réalisation d'un diagnostic de l'existant).
- ❑ Ces fautes ont conduit à la découverte tardive de contraintes non prévues initialement, nécessitant la modification du programme en cours d'exécution des travaux.
- ❑ Sur le fondement de la responsabilité sans faute du MOA, l'entreprise de travaux réclame à être indemnisé de l'allongement de la durée du chantier et des surcoûts subis.

❑ Décision du juge:

- ❑ Quand bien même les retards cumulés auraient entraîné un bouleversement de l'économie du contrat la liant au maître d'ouvrage, la société Eiffage construction Alsace n'établit pas avoir été confrontée dans l'exécution du marché à des sujétions imprévues présentant un caractère exceptionnel et imprévisible, dont la cause est extérieure aux parties. **En effet, ces carences du MOA ne pouvaient échapper à un entrepreneur normalement diligent.**

- ❑ Analyse: Jurisprudence sévère mais logique du point de vue de la définition des sujétions imprévues ouvrant droit à indemnisation. L'entreprise aurait dû agir sur le terrain de la faute (mais ce nouveau moyen soulevé trop tard en appel : après expiration du délai d'appel).



LexCase

Raphaël APELBAUM
Avocat associé
Département droit public des affaires

rapelbaum@lexcase.com
06.50.83.84.37



Maxime BÜSCH
Avocat of counsel
Département droit public des affaires

mbusch@lexcase.com
06.25.49.10.51



PARIS

17, rue de la Paix
75002 PARIS
Tel : + 33 01 40 20 22 22
Fax : + 33 01 56 72 84 99



LYON

Espace Cordeliers
2, rue Président Carnot
69002 LYON
Tel : + 33 04 37 23 11 11
Fax : + 33 04 37 23 11 00



MARSEILLE

38, rue Grignan
13001 MARSEILLE
Tel : + 33 04 91 33 22 22
Fax : + 33 04 91 33 20 85

