



# Actualités 2021 : Etat de l'actualité de la commande publique, les évolutions attendues et les jurisprudences significatives

Association des acheteurs publics  
Paris, webconférence du 11 mars 2022



**Raphaël APELBAUM**  
Avocat associé  
Département Droit public des affaires  
@: [rapelbaum@lexcase.com](mailto:rapelbaum@lexcase.com)  
Port: 06.50.83.84.37

## Nouveaux seuils applicables en 2022

- Publication d'un avis relatif aux seuils de procédure et à la liste des autorités en date du 9 décembre 2021 et applicable à compter du du **1er janvier 2022** |

	2020 - 2021	2022 - 2023
Marchés de fournitures et services des pouvoirs adjudicateurs centraux	139 000 euros	140 000 euros
Marchés de fournitures et services des autres pouvoirs adjudicateurs	214 000 euros	215 000 euros
Marchés de fournitures et services des entités adjudicatrices et marchés de fournitures et services de défense ou de sécurité	428 000 euros	431 000 euros
Marchés de travaux et les contrats de concessions	5 350 000 euros	5 382 000 euros

## Loi ASAP : seuils

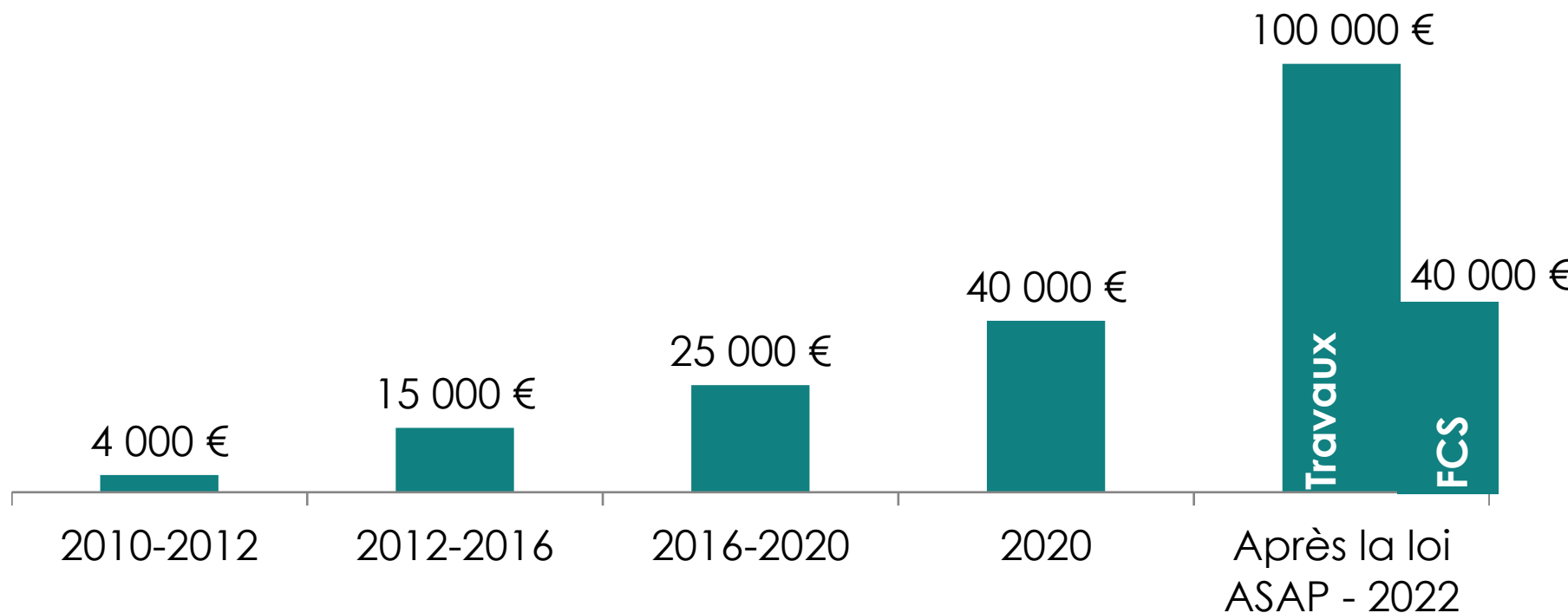
CE, 10 février 2010,  
Perrez, n° 329100

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  
(jusqu'au  
31/12/2022)



## Nouveaux CCAG : rappel sur l'entrée en vigueur

**1<sup>er</sup> avril 2021**

**30 septembre 2021**

*Entrée en vigueur  
simultanée de tous les  
CCAG*

*A défaut de précision expresse dans  
les documents particuliers du marché  
sur la version à laquelle le marché  
fait référence, le CCAG 2021  
s'applique par défaut*

### **Période transitoire**

*Les CCAG dans leur version de 2009 pourront être utilisés  
par les acheteurs jusqu'au 30 septembre 2021. Pendant  
cette période transitoire, en l'absence de précision  
expresse dans les documents particuliers du marché sur la  
version à laquelle le marché fait référence, l'ancienne  
version de 2009 s'applique par défaut*

## Fin des accords-cadres sans maximum (1/2)

### ☐ Décret n° 2021-1111 du 23 août 2021

- ✓ CJUE, 17 juin 2021, *Simonsen & Weel*, aff. C-23/20 : **remise en cause de la possibilité de conclure des accords-cadres sans maximum**
- ✓ **Décret n° 2021-1111 du 23 août 2021** modifiant les dispositions du code de la commande publique relatives aux accords cadres et aux marchés publics de défense ou de sécurité met fin à la possibilité de conclure des accords cadre sans maximum (article R. 2162-4 du code de la commande publique)
- ✓ Entrée en vigueur : **1<sup>er</sup> janvier 2022**
- ✓ Nouvelle rédaction de l'article R. 2162-4 CCP :
  - « Les accords-cadres peuvent être conclus :
  - 1 ° ) Soit avec un minimum et un maximum en valeur ou en quantité ;
  - 2 ° ) Soit avec seulement un maximum en valeur ou en quantité. »**

## Fin des accords-cadres sans maximum (2/2)

- ✓ Le Conseil d'Etat est d'ailleurs venu préciser que la remise en cause de la possibilité de conclure des accords-cadres sans maximum valait avant le 1<sup>er</sup> janvier 2022 y compris pour les marchés des services sociaux ou spécifiques (**CE, 28 janvier 2022, n° 456418 et CE, 3 février 2022, n° 457233**)
  
- ✓ A cet égard, le Conseil d'Etat a sanctionné :
  - ✓ Un marché dont le montant estimé dans l'avis ne portait que sur le montant global mais sans mention du montant maximum par lot. **CE, 28 janvier 2022, n° 456418**
  - ✓ Un marché sans montant maximal alors même que le requérant avait pu présenter une offre et avait été classé 2nd (**CE, 3 février 2022, n° 457233**)

## Guide concernant la commande publique



- ✓ Guide faisant le point sur les aspects environnementaux et sociaux au sein de la commande publique
- ✓ Source : <https://www.economie.gouv.fr/files/files/2021/projetrapportcommandepublique201021.pdf>

## Guide concernant la commande publique

  
MINISTÈRE  
DE L'ÉCONOMIE,  
DES FINANCES  
ET DE LA RELANCE  
2019/2020  
Paris/10/19



- ✓ Guide concernant l'accès des TPE/PME à la commande publique
- ✓ Source : [https://www.entreprises.gouv.fr/files/files/en-pratique/entrepreneuriat/guide\\_tpe-pme\\_marches\\_publics.pdf](https://www.entreprises.gouv.fr/files/files/en-pratique/entrepreneuriat/guide_tpe-pme_marches_publics.pdf)



## Guide concernant la commande publique



✓ Guide concernant lien entre réglementation sociale, achat responsable et commande publique

✓ Source : [https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions\\_services/dae/doc/AR\\_guide\\_thematique\\_DH\\_VF.pdf?v=1621346789](https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/dae/doc/AR_guide_thematique_DH_VF.pdf?v=1621346789)

## Guide concernant la commande publique

### Fiches pratiques



Dans le cadre de sa mission de régulation de l'ordre public économique et particulièrement pour garantir la loyauté de la concurrence lors de la passation des contrats, la DGCCRF conduit une stratégie de surveillance des marchés pour détecter et faire sanctionner les pratiques anticoncurrentielles mises en œuvre par les entreprises à l'occasion de la mise en concurrence des contrats publics.

La DGCCRF développe avec les élus locaux des relations d'intérêt partagé en termes de détection des pratiques anticoncurrentielles, de connaissance du marché et d'assistance (pour la définition du besoin et son adéquation avec l'offre de marché, et pour les démarches en réparation des dommages subis par les acheteurs du fait des pratiques délictueuses relevées).

#### La commande publique

La commande publique correspond à l'ensemble des contrats conclus à titre onéreux par un acheteur public ou une autorité concédante ayant une mission de service public (pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices), pour répondre à ses besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services, avec un ou plusieurs opérateurs économiques. Les

activités de service public où le gestionnaire se rémunère en partie par l'activité du service).

Les marchés publics recouvrent plusieurs formes. On trouve les marchés publics de fournitures conclus avec des fournisseurs ayant pour objet l'achat de produits ; les marchés publics de services conclus avec des prestataires ayant pour objet la réalisation de prestations de services ; et les marchés de travaux conclus avec des entrepreneurs ayant pour objet soit l'exécution, soit conjointement la conception et l'exécution d'un ouvrage ou de travaux de bâtiment ou de génie civil.

Il existe également des marchés publics d'un type particulier, les marchés globaux qui regroupent les marchés visés à l'article L. 2171-1 du Code de la commande publique ainsi que les marchés de partenariat, anciennement appelé « PPP ».

✓ Fiche pratique DGCCRF – Oct. 2021

✓ Source : [https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions\\_services/dgccrf/documentation/fiches\\_pratiques/fiches/commande-publique.pdf?v=1640013075](https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/dgccrf/documentation/fiches_pratiques/fiches/commande-publique.pdf?v=1640013075)

## Exemples #1

### ❑ TUE, 10 février 2021, Sophia Group, T-578/19

#### ❑ Faits

- Un acheteur avait fixé comme critère RSE : le bien-être au travail, l'égalité hommes/femmes, la lutte contre le harcèlement.

#### ❑ Question : ces critères sont-ils conformes à l'exigence de lien avec l'objet du marché ?

#### ❑ Réponse : **OUI**, « les critères qualitatifs nos 1 à 4 (le bien-être au travail, l'égalité hommes/femmes, la lutte contre le harcèlement) concernent les caractéristiques sociales et l'organisation du personnel assigné à l'exécution du marché. Par le biais de ces critères, le Parlement a indiqué souhaiter, dans le cadre de son large pouvoir d'appréciation quant aux éléments à prendre en considération en vue de la prise d'une décision de passer un marché sur appel d'offres, prendre en compte la responsabilité sociale et les sensibilités auxquelles les opérateurs économiques, **le personnel impliqué dans l'exécution du marché ainsi que le pouvoir adjudicateur doivent faire face** »

#### ❑ Analyse :

- Comme le rappelle le CE (CE, 25 mai 2018, Nantes Métropole, n° 417580), le critère RSE, pour être légal, **doit justifier d'un lien** avec l'objet du marché ou ses conditions d'exécution. Le lien doit être direct.

## Exemple #2

### ❑ TA Dijon, 10 mars 2021, n° 2101212

#### ❑ Faits

- Un acheteur avait fixé comme critère de sélection un critère « RSE (responsabilité sociale et environnementale) sur la qualité de service (15%)

#### ❑ Question : ce critère est-il légal ?

- #### ❑ Réponse : « le critère tiré de la responsabilité sociale des entreprises, dont la consistance était indiquée aux soumissionnaires dans les conditions qui viennent d'être rappelées au point 9, est lié à l'objet du marché et n'est ni imprécis, ni de nature à conférer une liberté de choix illimitée à l'acheteur. Notamment, la notion de développement durable, alors même que l'article 6.7 du CCTP se borne à une définition globale, est précisément détaillée à l'article 12.2 du règlement de la consultation comme il a été dit. La seule circonstance que son appréciation puisse impliquer d'examiner différentes caractéristiques des offres ne constitue pas, en elle-même, une irrégularité ».

#### ❑ Analyse

- L'acheteur avait pris soin de bien détailler ses attentes en matière d'évaluation du critère RSE au sein du RC. **Le caractère détaillé du RC a convaincu le juge que le critère avait été mis en œuvre en lien avec l'objet du marché.**

## Exemple #3

### ❑ TA Rennes, 10 mai 2021, n°2101760

#### ❑ Faits

- Un acheteur avait fixé un critère relatif à la « *politique environnementale* » et de développement durable.

#### ❑ Question : ce critère est-il légal ?

- #### ❑ Réponse : **OUI** le juge vérifie le contenu du critère et juge qu'il s'agit bien ici d'un critère régulier, **puisque'il est en lien avec l'exécution de la concession en cause** : « *qu'il était demandé aux candidats de détailler, sous forme de charte environnementale, les actions envisagées pour la préservation de l'environnement en matière de gestion des déchets, de l'eau, de la consommation énergétique, de préservation de la faune et de la flore locales ainsi que tous les engagements de développement durable, les actions en cause étant celles envisagées dans le cadre de la seule concession et non d'une manière générale. Par suite, la société Edeis Concessions n'est pas fondée à soutenir que l'autorité concédante aurait mis en œuvre un critère illégal de sélection des offres fondé sur des aspects environnementaux sans lien avec l'exécution des prestations de la concession de service public* ».

- #### ❑ Analyse : encore une fois, **le lien entre le critère et l'objet du marché** avait été mis en avant

- ❑ On rappellera utilement que les critères / normes RSE peuvent être également fixé au stade de l'analyse de la candidature comme le permet l'arrêté du 22 mars 2019 fixant la liste des renseignements et des documents pouvant être demandés aux candidats aux marchés publics.

## Exemple #1 : lien entre l'acheteur et un candidat

### ❑ CE, 20 octobre 2021, n° 453653

#### ❑ Faits

- Une procédure de passation avait été annulée au motif que le maire de la commune acheteuse était tout à la fois administrateur de la société attributaire et de la société requérante

#### ❑ Question : l'impartialité est-elle remise en cause si le maire de la Commune est aussi l'administrateur de l'attributaire ?

#### ❑ Réponse : **NON**, « ni la circonstance que le maire du Pradet, au demeurant également administrateur de la SAGEP, ait antérieurement siégé au conseil d'administration de la société VAD en qualité de représentant de la métropole de Toulon, ni celle qu'il a, lors du conseil d'administration de la SAGEP tenu le 12 mai 2021, critiqué l'introduction de la présente demande en référé pour le retard qu'elle causerait à l'opération envisagée par la commune, ne sont, à elles seules, susceptibles de faire naître en l'espèce un doute légitime sur l'impartialité du pouvoir adjudicateur »

#### ❑ Analyse :

- Le CE a une position assez « favorable » à ce type de configuration en considérant qu'il n'y a pas eu d'influence

## Exemple #2 : lien entre l'acheteur et un candidat (1/2)

### ❑ CE, 25 novembre 2021, n° 454466

#### ❑ Faits

- Une collectivité lance un appel d'offres pour bénéficier d'une prestation de conception, d'installation et d'administration d'un réseau régional très haut débit sur son territoire.
- Elle recrute, avant la passation, un technicien spécialisé afin de lui confier la charge du dossier.
- La société, dans laquelle celui-ci a exercé auparavant des fonctions d'ingénieur-chef, se porte candidate et elle obtient ledit marché

#### ❑ Question : l'impartialité est-elle remise en cause ?



## Exemple #2 : lien entre l'acheteur et un candidat (2/2)

- ❑ Réponse : **OUI eu égard à un faisceau d'indices** : « 6. En premier lieu, il ressort des énonciations de l'arrêt attaqué que M. L..., désigné par le règlement de consultation du marché comme le " technicien en charge du dossier ", chargé notamment de fournir des renseignements techniques aux candidats, **a exercé des fonctions d'ingénieur-chef** de projet en matière de nouvelles technologies de l'information et de la communication au sein de l'agence d'Ajaccio de la société NXO France. **L'intéressé a occupé cet emploi immédiatement avant son recrutement par la collectivité de Corse et trois mois avant l'attribution du marché.** Le procès-verbal d'ouverture des plis mentionne qu'il s'est vu remettre les plis " en vue de leur analyse au regard des critères de sélection des candidatures et des offres ". Si M. L... n'était pas l'un des cadres dirigeants de la société NXO France, **il occupait des fonctions de haut niveau** au sein de la représentation locale de la société NXO France et ces fonctions avaient trait à un objet en relation directe avec le contenu du marché. **Eu égard au niveau et à la nature des responsabilités confiées** à M. L... au sein de la société NXO France puis des services de la collectivité de Corse et au caractère très récent de son appartenance à cette société et alors même qu'il n'a pas signé le rapport d'analyse des offres, la cour n'a ni inexactement qualifié les faits de l'espèce ni commis d'erreur de droit en jugeant que **sa participation à la procédure de sélection des candidatures et des offres pouvait légitimement faire naître un doute sur la persistance d'intérêts** le liant à la société NXO France et par voie de conséquence sur l'impartialité de la procédure suivie par la collectivité de Corse. »

## Exemple #3 : impartialité et informations privilégiées d'un candidat

### ❑ TA Polynésie française, 23 avril 2021, n°2100111

#### ❑ Faits

- un candidat contestait l'attribution d'un marché de maîtrise d'œuvre au motif que l'attributaire avait réalisé des études préalables sur le projet, et qu'il était le seul à détenir les informations, notamment financières, correspondantes dès lors qu'il avait réalisé des études préalables pour le compte de l'acheteur

#### ❑ Question : la participation en amont d'une procédure constitue-t-elle dans ce cas une rupture de l'impartialité ?

#### ❑ Réponse : **NON**, « Il est toutefois constant que l'étude de faisabilité réalisée par la société Speed, au demeurant à la demande de la précédente municipalité d'Uturoa et qui avait pour objet un projet différent de centrale photovoltaïque, a été communiquée aux candidats afin qu'ils disposent notamment des éléments relatifs au fonctionnement de la centrale existante. Si les indications relatives au coût de ce projet de centrale photovoltaïque abandonné ont, toutefois, été occultées, cette circonstance, alors que le projet était différent tant dans sa nature que dans son implantation, n'est pas de nature à avoir pu fausser les règles de concurrence en maintenant au seul profit de la société Speed une information privilégiée ».

## Rappel sur les différents cas mettant en cause l'impartialité

### Cas #1

Un agent de l'acheteur (ou un élu) a un intérêt à ce qu'un candidat soit attributaire car ce dernier est actionnaire de la société candidate ou à un lien de parenté avec elle (CE, n° 148150)



Situation rare en pratique : conflit d'intérêt manifeste. Ces liens ne suffisent pas à faire naître un doute légitime si l'implication de l'agent est inexistante (CE, 9 mai 2012, n° 355756). Idem pour un conseiller municipal membre du CA de la société-mère de l'attributaire et représentant les usagers : pas d'intérêt financier (CE, 22 octobre 2014, n° 382495)

### Cas #2

Le futur candidat (attributaire) a assisté l'acheteur public en amont de la procédure et dispose d'informations privilégiées ou a influencé la rédaction des pièces pour favoriser sa propre offre



Situation pouvant être générée à l'occasion d'opérations de *sourcing* organisées en amont de la procédure de commande publique et créant une situation de partialité. L'acheteur dispose d'autres outils que l'exclusion de la procédure.

### Cas #3

Le conseil (AMO, bureau d'études, maître d'œuvre, etc.) de l'acheteur a un intérêt à ce qu'un candidat soit sélectionné.



Situation complexe car l'acheteur ne connaît ni les éventuels liens d'affaires entretenues entre son conseil et le candidat, ni les transferts de personnels

## Bug informatique au cours d'une procédure de passation

### ❑ CE, 23 septembre 2021, RATP, n° 449250

#### ❑ Faits

- Un candidat voit son offre rejetée pour tardiveté. Ce dernier conteste en arguant d'un **dysfonctionnement de la plateforme** de l'acheteur.

#### ❑ Question : en cas de bug informatique, l'offre tardive est-elle irrégulière ?

#### ❑ Décision : **NON dans ce cas précis**, « si l'article R. 2151-5 du Code de la commande publique prévoit que les offres reçues hors délai sont éliminées, l'acheteur public ne saurait toutefois rejeter une offre remise par voie électronique comme tardive lorsque le soumissionnaire, qui n'a pu déposer celle-ci dans le délai sur le réseau informatique mentionné à l'article R. 2132-9 du même Code, établit, d'une part, qu'il a accompli en temps utile les diligences normales attendues d'un candidat pour le téléchargement de son offre et, d'autre part, que le fonctionnement de son équipement informatique était normal ».

#### ❑ Analyse : il appartient au candidat évincé de démontrer que la tardiveté de son offre ne lui est pas imputable mais il peut rapporter cette preuve en prouvant qu'il a accompli en temps utile les diligences normales attendues d'un candidat pour le téléchargement de son offre et que le fonctionnement de son équipement informatique était normal. **Vigilance** : l'acheteur est garant du bon fonctionnement du profil acheteur qu'il utilise (CE, 17 octobre 2016, Société Tribord, n° 400791)

## Rappel de l'exception du caractère obligatoire des prescriptions du RC : des demandes inutiles peuvent ne pas être respectées

### ❑ TA Versailles, 31 janvier 2022, n°2200116

#### ❑ Faits

- Le RC imposait aux candidats de déposer leurs offres sous la forme de 4 dossiers de fichiers (1 par thème), au format PDF comprenant une seule pièce par PDF, respectant un nommage précis et obligatoirement compressés au format zip.
- Une société ayant déposé toutes ses pièces dans un fichier unique avait vu son offre écartée et contestait ce rejet.

#### ❑ Question : le non-respect des exigences formelles du RC est-il un motif valable de rejet de l'offre ?

#### ❑ Décision : **NON**, car « il résulte également de l'instruction que la société a fourni la totalité des informations et documents exigés par le règlement de la consultation et dûment respecté les exigences de format informatique « PDF », de document unique par fichier et d'intitulés des fichiers transmis » et ajoute que « même si aucune disposition législative ou réglementaire ni aucun principe ne lui en faisait l'obligation, le lycée pouvait demander à la société A2.DIS de régulariser la présentation formelle de son offre afin de la mettre en conformité avec les exigences du RC »

#### ❑ Analyse : le juge n'hésite pas à sanctionner l'acheteur public lorsque l'élimination d'un candidat ne résulte pas d'une règle du jeu « pertinente » pour la mise en concurrence

## L'absence de signature d'une DPGF rend-elle l'offre irrégulière

### ❑ TA Polynésie Française, 31 mai 2021, n°2100179

#### ❑ Faits

- Le RC fixait la liste des pièces à remettre et **imposait de joindre une DPGF signée**
- Un candidat avait cependant omis de signer sa DPGF et son offre avait donc été rejetée comme irrégulière

#### ❑ Question : l'absence de signature de la DPGF vaut-elle irrégularité de l'offre ?

- #### ❑ Décision : **NON**, **le juge constate d'abord la DPGF était annexée à l'acte d'engagement**, lequel détermine et exprime leur engagement contractuel et qui, lui, était bel et bien signé par le candidat. Dans ces conditions, *« il y a lieu de considérer que cette formalité de la signature de la DPGF figurant au règlement de la consultation ne présentait pas un caractère d'utilité justifiant que son absence doive conduire le pouvoir adjudicateur à rejeter comme étant irrégulière une offre omettant la signature de ce document. »* Le juge enjoint donc à l'acheteur de reprendre sa procédure au stade de l'examen des offres en y incluant celle de la société évincée

- #### ❑ Analyse : **avant de sanctionner une entreprise pour irrégularité, il convient toujours de s'assurer de la pertinence du motif invoqué, surtout lorsqu'il s'agit d'un motif purement formel**

## Recours à la négociation : le juge persiste

### ❑ TA Rennes, 20 juillet 2021, n° 2103274

#### ❑ Faits

- Un **établissement de santé a lancé un marché en dialogue compétitif** considérant que **le marché était bien complexe**. Pour l'acheteur la complexité = solution proposée doit inclure la location des télévisions compatibles avec les deux types de branchements existants sur quatre sites, + les systèmes associés pour la gestion et la diffusion des services attendus, soit un logiciel permettant la diffusion des chaînes de télévision classiques, la diffusion d'une chaîne interne, l'accès à un bouquet thématique, au service de vidéo à la demande, à un service de communication entre le patient et son entourage, ainsi qu'aux informations sur l'hôpital

#### ❑ Question : les motifs invoqués suffisent-ils pour justifier le recours au dialogue compétitif ?

- ❑ Décision du juge : **NON** « *Pour spécifiques et précises que soient les exigences du groupe hospitalier Centre Bretagne, et pour particulier que puisse être le déploiement des prestations en multi-sites, il ne résulte toutefois pas de l'instruction que le marché en cause impliquait nécessairement et préalablement l'adaptation de solutions disponibles, le développement ad hoc d'une solution innovante ou la réalisation préalable de prestations de conception* »

- ❑ Analyse : le juge confirme qu'il retient **une approche stricte** du recours à des procédures autres que l'appel d'offres dans la ligné de la jurisprudence du CE, 7 octobre 2020, n°440575 (voir article R.2124-3 pour tous les autres motifs de recours).

## Recours à la négociation : le juge persiste (2/2)

### ❑ LISTE DES RECOURS POUR JUSTIFIER LA NEGOCIATION (Dialogue / Procédure concurrentielle avec négo.)

› Article R2124-3

Version en vigueur depuis le 22 juillet 2019

Modifié par Décret n°2019-748 du 18 juillet 2019 - art. 4

Le pouvoir adjudicateur peut passer ses marchés selon la procédure avec négociation dans les cas suivants :

1° Lorsque le besoin ne peut être satisfait sans adapter des solutions immédiatement disponibles ;

2° Lorsque le besoin consiste en une solution innovante. Sont innovants les travaux, fournitures ou services nouveaux ou sensiblement améliorés. Le caractère innovant peut consister dans la mise en œuvre de nouveaux procédés de production ou de construction, d'une nouvelle méthode de commercialisation ou d'une nouvelle méthode organisationnelle dans les pratiques, l'organisation du lieu de travail ou les relations extérieures de l'entreprise ;

3° Lorsque le marché comporte des prestations de conception ;

4° Lorsque le marché ne peut être attribué sans négociation préalable du fait de circonstances particulières liées à sa nature, à sa complexité ou au montage juridique et financier ou en raison des risques qui s'y rattachent ;

5° Lorsque le pouvoir adjudicateur n'est pas en mesure de définir les spécifications techniques avec une précision suffisante en se référant à une norme, une évaluation technique européenne, une spécification technique commune ou un référentiel technique, définis à la [section 2](#) du chapitre 1er du titre 1er du présent livre ;

6° Lorsque, dans le cadre d'un appel d'offres, seules des offres irrégulières ou inacceptables, au sens des articles [L. 2152-2](#) et [L. 2152-3](#), ont été présentées pour autant que les conditions initiales du marché ne soient pas substantiellement modifiées. Le pouvoir adjudicateur n'est pas tenu de publier un avis de marché s'il ne fait participer à la procédure que le ou les soumissionnaires qui ont présenté des offres conformes aux exigences relatives aux délais et modalités formelles de l'appel d'offres. Toutefois, par dérogation aux dispositions de l'article R. 2144-4, ne peuvent participer à la procédure que le ou les soumissionnaires ayant justifié au préalable ne pas être dans un cas d'exclusion et satisfaisant aux conditions de participation fixées par l'acheteur.



## Négociation : quelles sont les modifications d'offre initiale autorisées ?

### ❑ TA Strasbourg, 17 mars 2021, n° 2101243

#### ❑ Faits

- Fin 2020, une commune a lancé une procédure adaptée en vue de l'exécution d'un marché de travaux d'aménagement de voirie et d'enfouissement des réseaux.
- Fin janvier 2021, elle a engagé une phase de négociation en précisant que ladite négociation ne porterait **que sur la proposition financière et sur la durée des travaux**.
- Fin février 2021, l'offre finale d'un candidat a été éliminée au motif que celle-ci, modifiée, ne respectait pas le règlement de la consultation et modifiait l'aspect technique de son offre

❑ Question : l'offre doit-elle être considérée comme irrégulière car le candidat a proposé une offre technique différente de l'offre initiale ?

❑ Décision du juge : **OUI** le juge considère comme irrégulière dans la mesure où elle « comportait non seulement une nouvelle offre financière et un calendrier d'exécution optimisé **mais également des modifications des caractéristiques techniques de son offre** (modification du profil en travers, des hauteurs des murs et de la pente des accès riverains ainsi que de la collecte des eaux) », modifications non autorisées par le RC

❑ Analyse : c'est l'acheteur qui détermine le périmètre de la négociation et non les candidats !

## Peut-on exécuter aux frais et risques même sans clause ? (1/2)

### ❑ CE, 18 décembre 2020, n° 433386

#### ❑ Faits :

- Une CCI a conclu avec une société un **marché pour la fourniture et la mise en service d'une grue**.
- A la réception de la grue, intervenue avec retard, celle-ci ne fonctionnait pas.
- Cette situation a perduré malgré des mises en demeure.
- La CCI a alors informé le titulaire de sa décision de faire exécuter le marché à ses frais et risques, un premier marché ayant été conclu avec une société tierce pour une mission d'expertise technique de la grue puis un second pour des travaux de remise en état de fonctionnement.
- Ces marchés n'ayant pas permis la remise en service de la grue, la CCI a résilié pour faute le marché conclu avec le titulaire initial et a saisi le juge administratif aux fins d'obtenir la résolution du marché initial et l'indemnisation des préjudices nés de la mauvaise exécution des marchés (marchés de substitution compris).

- #### ❑ Question : un acheteur peut-il décider une exécution aux frais et risques dans le cadre d'un marché public de fournitures alors même qu'aucune clause n'existe en ce sens au sein du CCAG ou du CCAP ?

## Peut-on exécuter aux frais et risques même sans clause ? (2/2)

- ❑ Décision : **OUI** ce droit résulte des règles générales applicables aux contrats administratifs : *« il résulte des règles générales applicables aux contrats administratifs que l'acheteur public de fournitures qui a vainement mis en demeure son cocontractant d'exécuter les prestations qu'il s'est engagé à réaliser conformément aux stipulations du contrat, dispose de la faculté de faire exécuter celles-ci, aux frais et risques de son cocontractant, par une entreprise tierce. La conclusion de marchés de substitution, destinée à surmonter l'inertie, les manquements ou la mauvaise foi du cocontractant lorsqu'ils entravent l'exécution d'un marché de fournitures, est possible même en l'absence de toute stipulation du contrat le prévoyant expressément, en raison de l'intérêt général qui s'attache à l'exécution des prestations. La mise en œuvre de cette mesure coercitive, qui peut porter sur une partie seulement des prestations objet du contrat et qui n'a pas pour effet de rompre le lien contractuel entre le pouvoir adjudicateur et son cocontractant, ne saurait être subordonnée à une résiliation préalable du contrat par l'acheteur public. La règle selon laquelle, même dans le silence du contrat, l'acheteur public peut recourir à des marchés de substitution aux frais et risques de son cocontractant revêt le caractère d'une règle d'ordre public. »*
- ❑ Analyse : cette décision est importante dans la mesure où elle précise que (i) cette règle d'exécution aux frais et risques est d'ordre public, (ii) la conclusion d'un marché de substitution ne rompt pas le lien contractuel entre le titulaire initial et l'acheteur public. On précisera que la refonte des CCAG prévoit désormais ce type de clauses de manière uniformisée

## En cas d'exécution des frais et risques, quels sont les droits du titulaire défaillant ?

### ❑ CE, 27 avril 2021, n° 437148

#### ❑ Faits

- Un maître d'ouvrage a décidé d'exécution une partie des prestations aux frais et risques d'un titulaire défaillant concernant le lot gros œuvre
- Le maître d'ouvrage a ensuite notifié les décomptes généraux des marchés passés avec le titulaire défaillant, ces deux décomptes présentant des soldes débiteurs du fait de l'application de pénalités de retard et de retenues de sommes correspondant aux coûts des travaux de reprise de malfaçons.
- Le titulaire défaillant a contesté ces deux décomptes.

#### ❑ Question : quels sont les droits du titulaire défaillant lorsque celui-ci a été sanctionné d'une exécution aux frais et risques ?

#### ❑ Décision : « *Le cocontractant défaillant doit être mis à même de suivre l'exécution du marché de substitution ainsi conclu afin de lui permettre de veiller à la sauvegarde de ses intérêts, les montants découlant des surcoûts supportés par le maître d'ouvrage en raison de l'achèvement des travaux par un nouvel entrepreneur étant à sa charge.* »

## En cas d'exécution des frais et risques, quels sont les droits du titulaire défaillant ?

- ❑ Analyse : Le juge rappelle ici la jurisprudence classique en matière de marché de travaux s'agissant du droit de suivi du titulaire défaillant. Néanmoins, l'arrêt du Conseil d'Etat ne détaille pas le contenu du droit d'information du titulaire défaillant. A notre sens, il faut ici distinguer selon la nature du marché:
  - **Pour les marchés de travaux**, la jurisprudence tant la pratique du CCAG Travaux sont désormais bien fournis.
    - Le titulaire défaillant se voit notifier avant tout début d'exécution le marché de substitution
    - Le titulaire doit pouvoir suivre concrètement les travaux de substitution
    - Le titulaire doit pouvoir avoir l'information concernant le coût des travaux
  - **Pour les autres marchés**
    - La différence notable est ici que le titulaire défaillant « *n'est pas admis à prendre part, ni directement ni indirectement, à l'exécution des prestations réalisées à ses frais et risques* » comme le stipule désormais le CCAG FCS ou Pl.



## Paris

17, rue de la Paix  
Tel. 01 40 20 22 22  
Fax. 01 56 72 84 99



## Lyon

Espace Cordeliers  
2, rue Pdt Carnot  
Tel. 04 37 23 11 11  
Fax. 04 37 23 11 00



## Marseille

38, rue Grignan  
Tél. 04 91 33 22 22  
Fax. 04 91 33 20 85



**Raphaël APELBAUM**  
**Avocat associé**  
**Département droit public des affaires**

@: [rapelbaum@lexcase.com](mailto:rapelbaum@lexcase.com)

Port: 06.50.83.84.37