



# Actualités 2022 : Etat de l'actualité de la commande publique, les évolutions attendues et les jurisprudences significatives

Association des acheteurs publics  
2 décembre 2022



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

- ① Le point sur la publication récente de **Guides** en lien avec l'achat public
- ② Exclusion de procédure pour cause de **mauvaise exécution** précédente : que doit contrôler le juge ?
- ③ **Absence d'allotissement** : exemple de sanctions par le juge
- ④ Analyse des **offres et TVA** : comment l'acheteur doit-il analyser les offres de prix ayant des TVA différentes ?
- ⑤ Visite de site : quand le juge valide son caractère obligatoire
- ⑥ **Méthode de notation** : pouce levé / pouce baissé, ça marche ?
- ⑦ **Dénaturation des offres** : quelques exemples récents
- ⑧ Offre anormalement basse **OAB** : le point sur l'actualité
- ⑨ **L'accord-cadre sans maximum** : quelles conséquences sur le marché ?
- ⑩ **Procédure négociée après infructuosité** : quelques rappels
- ⑪ **Modifications en cours d'exécution** : l'avis du Conseil d'Etat décrypté

## Achat public et conflit d'intérêts

### □ Contrôle et prévention des conflits d'intérêts (tome 2)



□ Ce second tome vise à exposer l'expertise et la doctrine récente de la HATVP sur le **conflit d'intérêts, sa prévention et sa détection**.

□ L'entrée en vigueur de la loi n° 2019-828 du 6 août 2019 de transformation de la fonction publique justifie sa publication : cette loi confie aux autorités hiérarchiques, en lieu et place de l'ancienne commission de déontologie de la fonction publique, la tâche de mener les contrôles déontologiques de la grande majorité de leurs agents.

□ [https://www.hatvp.fr/wordpress/wp-content/uploads/2021/02/HATVP\\_GuideDeontologiquell\\_VF.pdf](https://www.hatvp.fr/wordpress/wp-content/uploads/2021/02/HATVP_GuideDeontologiquell_VF.pdf)

## Agent public et loi anti-cadeaux

### ☐ Agents publics : les risques d'atteinte à la probité concernant les cadeaux et les invitations



**AGENTS PUBLICS :  
LES RISQUES D'ATTEINTES  
À LA PROBITÉ CONCERNANT  
LES CADEAUX ET INVITATIONS**



☐ Ce guide vise à comprendre les risques associés **aux cadeaux et « invitations »** a pour objectif d'éclairer les agents confrontés à de telles situations, exerçant leur activité au sein des acteurs publics, quel que soit leur statut.

☐ <https://www.fonction-publique.gouv.fr/nouveau-guide-pratique-agents-publics-risques-datteintes-a-la-probite-concernant-cadeaux-et-invitations>

## Agent public et loi anti-cadeaux

### □ Exemple récent

- Une directrice de l'office public d'habitat a accepté **un voyage en Chine** qui lui était offert par le directeur général de la société avec laquelle l'office public d'habitat avait contracté.
- Se posait la question de savoir si, compte tenu de l'antériorité du voyage par rapport à l'attribution des marchés et de l'absence d'indices de l'existence d'un pacte de corruption, la condamnation sur ce chef pouvait quand même être prononcée.
- Selon la Cour, *« les “gestes commerciaux” adressés à des agents publics chargés de contracter au nom de l'OPH sont bien constitutifs de corruption dès lors qu'ils s'inscrivent, ce qui n'est pas réellement contesté, dans une “rétribution” de la préférence accordée par le passé et susceptible d'être renouvelée à l'avenir »* (Cass. crim., 25 mai 2022, n° 21-83.437)

## Aspects sociaux de la commande publique

### ❑ Guide relatif aux aspects sociaux de la commande publique



❑ Mise à jour du Guide qui intègre deux nouvelles thématiques, en plus de l'insertion des publics éloignés de l'emploi : les achats publics issus du commerce équitable et la promotion de l'égalité femmes-hommes.

❑ <https://www.economie.gouv.fr/daj/achats-publics-durables-publication-de-la-nouvelle-version-du-guide-sur-les-aspects-sociaux-de>

## Indice de réparabilité dans la commande publique

### ☐ Guide sur la prise en compte de l'indice de réparabilité dans les achats publics



La prise en compte  
de l'indice de réparabilité  
dans les achats publics

☐ « **A compter du 1er janvier 2023**, lors de l'achat public de produits numériques disposant d'un indice de réparabilité, les services de l'Etat ainsi que les collectivités territoriales et leurs groupements **prennent en compte l'indice de réparabilité** [...]. »

☐ <https://www.ecologie.gouv.fr/indice-reparabilite>



## Exclusion du candidat pour cause de manquements graves dans le cadre d'un précédent marché : illustration de l'office du juge

### ❑ TA Nice, 4 novembre 2022, *Sté Insolit Créations*, n°2204878

#### ❑ Faits

- Une société avait vu sa candidature écartée sur le fondement de l'article L. 2141-7 du Code de la commande publique , au motif qu'au cours du carnaval précédent, sa défaillance avait entraîné la résiliation pour faute de son marché (indisponibilité des chars le jour du festival).
- Or cette société mettait en avant qu'elle n'était pas la seule responsable de cette résiliation passée et que son exclusion de la nouvelle procédure ne se justifiait pas.

❑ Rappel: « L'acheteur peut exclure de la procédure de passation d'un marché les personnes qui, au cours des trois années précédentes, ont dû verser des dommages et intérêts, ont été sanctionnées par une résiliation ou ont fait l'objet d'une sanction comparable du fait d'un manquement grave ou persistant à leurs obligations contractuelles lors de l'exécution d'un contrat de la commande publique antérieur. »

❑ Question: que doit vérifier le juge en pareille circonstance ?



## Exclusion du candidat pour cause de manquements graves dans le cadre d'un précédent marché : illustration de l'office du juge

- ❑ Réponse TA : « ces dispositions permettent aux acheteurs d'exclure de la procédure de passation d'un marché public une personne qui peut être regardée, au vu d'éléments précis et circonstanciés, comme ayant été gravement défaillant dans l'exécution de ses obligations contractuelles, dans le cadre de d'un précédent contrat et qui n'a pas établi, en réponse à la demande que l'acheteur lui a adressée à cette fin, que son professionnalisme et sa fiabilité ne peuvent plus être mis en cause et que sa participation à la procédure n'est pas de nature à porter atteinte à l'égalité de traitement entre les candidats. S'il incombe au juge des référés saisi sur le fondement de l'article L.551 du CJA de vérifier le bien-fondé des motifs de l'exclusion d'un candidat à une procédure d'appel d'offres, il relève uniquement de son office, lorsque l'exclusion est fondée sur l'article L.2141-7 du code de la commande publique, de vérifier, d'une part, la matérialité des résiliations ou des sanctions ainsi que des manquements qui les ont motivées et l'absence d'erreur manifeste d'appréciation quant à la gravité desdits manquements aux obligations contractuelles et, d'autre part, la mise en œuvre de la procédure contradictoire de l'article L.2141-11 précité. Il ne lui appartient pas, en dehors de ces éléments qui relèvent de l'évidence, de statuer sur la régularité des résiliations ou sanctions prononcées par le pouvoir adjudicateur, une telle question relevant de la compétence du juge du contrat ».
- ❑ Analyse: la position du juge est logique ; il ne lui appartient pas de refaire le litige concernant l'exécution précédente (qui s'est mal passée) mais juste de constater (i) d'une part que l'acheteur se fonde des éléments matériels concernant l'exécution passée (i) et d'autre part que l'acheteur a respecté la procédure contradictoire

## Quand le juge sanctionne le défaut d'allotissement

❑ **TA Nîmes, 23 mai 2022, Société Nicollin Holding Environnement, n°2201257**

❑ Faits

- Nîmes Métropole a lancé un marché de collecte des déchets ménagers et assimilés sur le territoire de la ville, marché précédemment alloti en trois lots, mais relancé sous la forme d'un **marché non-alloti**

❑ Question : la justification apportée au DCE est-elle suffisante ?

❑ Réponse : **NON**, « eu égard à la nature des prestations objet du contrat pluriannuel en litige, à savoir la collecte des ordures ménagères résiduelles et la collecte sélective, ainsi que la collecte, l'orientation vers le réemploi, le tri et le transport des encombrants et des prestations associées ou complémentaires, qui correspondent, pour l'essentiel, à des prestations matériellement distinctes, **l'absence d'allotissement technique de l'accord-cadre n'est justifié par Nîmes métropole par aucune circonstance objectivement établie portant sur les effets de la définition de lots séparés sur la concurrence dans le secteur concerné ou sur les conditions d'exécution des prestations en cause, s'agissant notamment de la mise en œuvre d'un objectif transversal de prévention** ».

## Rappel sur l'allotissement

- ❑ Exception à l'allotissement : Le recours au marché global non alloti reste une exception à justifier de manière opérationnelle, précise et circonstanciée. Les exceptions sont les suivantes :
  - Si l'objet du marché ne permet pas l'identification de **prestations distinctes** ;
  - Si la dévolution en lots séparés est de nature à **restreindre la concurrence** ;
  - Si cela risque de rendre techniquement difficile ou financièrement **plus coûteuse** l'exécution des prestations ;
  - Si l'acheteur public n'est pas en mesure **d'assurer par lui-même** les missions d'organisation, de pilotage et de coordination
  
- ❑ Contrôle du juge : L'acheteur bénéficie normalement d'une certaine marge de liberté et le juge administratif n'a pas vocation à substituer l'analyse technique de l'acheteur. En effet, *« il appartient au juge du référé précontractuel de déterminer si l'analyse à laquelle le pouvoir adjudicateur a procédé et les justifications qu'il fournit sont, eu égard à la marge d'appréciation dont il dispose pour décider de ne pas alloter lorsque la dévolution en lots séparés présente l'un des inconvénients que les dispositions précitées mentionnent, entachées d'appréciations erronées »* (CE, 25 mai 2018, n° 417869)
  
- ❑ **Le juge du TA de Nîmes semble ici sanctionner l'absence de preuve matérielle ou de circonstance objective liée aux effets de la définition de lots séparés sur la concurrence dans le secteur concerné ou sur les conditions d'exécution des prestations en cause, et ce**

## Comment faire en cas de TVA différentes entre les offres ? Exemple #1

### ❑ TA Rennes, 13 mai 2022, Association Sevel services, n°2202133

#### ❑ Faits

- Plusieurs candidats sont assujettis à des TVA différentes. L'acheteur a décidé d'appliquer à tous un taux de 20 %

#### ❑ Question : cette méthode de notation du critère prix est-elle légale ?

- #### ❑ Réponse : **NON**, « *la régularité d'une méthode de notation de prix de prestations s'apprécie sans considération de la situation particulière de chacune des entreprises candidates et ne saurait donc dépendre, notamment, de leur situation fiscale respective au regard de la taxe sur la valeur ajoutée (TVA). Eu égard à ce principe, une collectivité ne saurait comparer les prix proposés par chacune des entreprises en ajoutant aux prix proposés hors taxe, conformément aux règles définies par elle, par les candidats non exonérés de taxe à la date de la comparaison, la TVA qui sera éventuellement due par la collectivité sur les prestations* ». **MAIS** pas de lésion car tous les candidats se sont vus appliquer 20 % de TVA additionnels : « *il est toutefois constant qu'il a pris en compte une taxe sur la valeur ajoutée uniforme de 20 % pour chacun d'entre eux de telle sorte que cette erreur, du fait de l'application d'une règle de trois, a été sans conséquence sur la notation du critère du prix et n'a donc pas entaché la procédure de passation du marché en litige d'irrégularité* »

- #### ❑ **Conseil** : l'analyse aurait du se faire Hors taxes.

## Comment faire en cas de TVA différentes entre les offres ? Exemple #2

### ❑ TA Châlons-en-Champagne, 16 juin 2022, Sté RSO, n°2201179

#### ❑ Faits

- Un candidat étranger n'est pas assujetti à la TVA.
- En comparant les offres en TTC, le candidat étranger était le moins disant, alors qu'en procédant à une comparaison HT, il était plus cher.
- La collectivité a opté pour une comparaison HT et le candidat étranger s'est donc trouvé évincé, en raison d'un prix légèrement plus élevé.

#### ❑ Question: l'acheteur a-t-il eu le bon réflexe ?

❑ Réponse : **OUI**, « eu égard à son assujettissement à la TVA la collectivité a pu, sans méconnaître le principe d'égalité entre les candidats à la commande publique, pour apprécier la valeur des offres, retenir leur montant hors taxe qui correspond à la somme qui restera à sa charge. La société requérante n'est, par suite, pas fondée à soutenir qu'en retenant le montant hors taxe de l'offre remise par la société S..., l'acheteur public aurait privé le critère du prix de sa portée et permis de retenir l'offre qui n'était pas la plus avantageuse économiquement » + **la circonstance que l'acheteur récupérait la TVA dans le cadre de cet investissement**

❑ Il faut être extrêmement vigilants dans les hypothèses de taux différenciés de TVA entre les candidats. La comparaison des prix HT est parfois possible voire souhaitable dans certains cas.

## Quand le juge valide une visite de site obligatoire

### ❑ TA Rennes, 26 octobre 2022, n° 2205090

#### ❑ Faits

- Un candidat a vu son offre rejetée pour irrégularité car il n'avait pas participé à la visite obligatoire
- En outre, le candidat s'est rendu sur le site la veille du jour prévu pour la visite obligatoire et a réalisé un reportage photographique des ouvrages en place

#### ❑ Question : la visite obligatoire constituait-elle une atteinte à la liberté d'accès à la commande publique ?

#### ❑ Réponse : **NON**, « la visite avait pour but d'*informer les candidats sur les contraintes inhérentes à la réalisation de travaux* au sein de l'usine d'incinération de déchets, pendant que celle-ci est exploitée, s'agissant plus particulièrement du traitement des mâchefers qu'ils impactent directement. Il s'agissait notamment de *sensibiliser les candidats sur la nécessité de continuer à pouvoir évacuer quotidiennement les mâchefers, de leur donner toute information utile sur le nombre de rotations journalières des camions et d'alerter en particulier les candidats au lot n° 2 sur la présence d'eaux de ruissellement sur le chantier* »

#### ❑ Attention : une telle pratique doit être utilisée à bon escient pour éviter de restreindre la concurrence. Dans le cas d'espèce, un juge plus soucieux de la concurrence aurait pu considérer que le candidat, malgré son absence à la visite, disposait de tous les éléments pour présenter une offre.

## La méthode « pouce levé / pouce baissé » est-elle possible ?

### ❑ ACTE I : TA Toulon, 7 janvier 2022, Société LA SIESTA, n°2103377

#### ❑ Faits

- L'acheteur avait prévu une méthode de notation consistant à utiliser des flèches, censées refléter la qualité des offres.

#### ❑ Question : cette méthode peut-elle être utilisée par un acheteur public ?

- #### ❑ Réponse : **NON**, « il résulte de l'instruction que l'autorité délégante a matérialisé son appréciation des offres sur chaque critère par des flèches, flèche verte pointant vers le Nord, flèche orange pointant vers le Nord Est, flèche orange pointant vers le Sud Est et flèche rouge pointant vers le Sud. Une telle méthode qui limite la valorisation des offres à cette utilisation de signes sans autre affinement ou conversion en une note chiffrée, laisse une trop grande part à l'arbitraire et ne permet pas d'assurer l'égalité de traitement entre les candidats ».



## La méthode « pouce levé / pouce baissé » est-elle possible ?

### ❑ ACTE II : CE, 3 mai 2022, Commune de Saint-Cyr-sur-Mer, n°460090

- ❑ Réponse : **EN FAIT OUI**, « Le juge des référés du tribunal administratif a considéré que la méthode d'évaluation de l'offre litigieuse, dans le cadre de laquelle l'appréciation de l'autorité concédante sur les différents critères d'attribution était matérialisée par des flèches de couleur, était irrégulière faute pour ces signes d'être convertis en note chiffrée, ce qui laissait " une trop grande part à l'arbitraire ". En jugeant ainsi, alors qu'il résulte des principes énoncés au point précédent qu'il lui incombait seulement de rechercher si la méthode d'évaluation retenue n'était pas, par elle-même, de nature à priver de leur portée les critères ou à neutraliser la hiérarchisation qu'avait retenue l'autorité concédante, le juge des référés du tribunal administratif a commis une erreur de droit. L'autorité concédante a, pour évaluer les offres qui lui étaient soumises, associé à chacun des critères hiérarchisés qu'elle avait fixés et rendus publics une appréciation qualitative des offres. Cette appréciation était composée d'une évaluation littérale décrivant les qualités des offres pour chaque critère, suivie d'une flèche qui la résumait. Dans le cadre de cette méthode, une flèche verte orientée vers le haut représentait la meilleure appréciation, une flèche rouge vers le bas la moins bonne, tandis que des flèches orange orientées en haut à droite ou en bas à droite constituaient deux évaluations intermédiaires. Il résulte des principes énoncés au point 4 que cette méthode d'évaluation des offres, qui permet de comparer et de classer tant les évaluations portées sur une même offre au titre de chaque critère que les différentes offres entre elles, n'est pas de nature à priver de leur portée ces critères ou à neutraliser leur hiérarchisation et n'est, par suite, pas entachée d'irrégularité ».

## Ce qui n'est pas dans l'offre ne peut se déduire !

### ❑ TA Marseille, 12 août 2022, n° 2206089 et 2206200

#### ❑ Faits

- Un acheteur reprochait à un candidat, sur le volet technique de son offre, de ne pas respecter le phasage des travaux. Or, rien n'était dit à ce sujet au sein du mémoire technique. **Critère phasage : note de 0.**

#### ❑ Question : l'appréciation faite par l'acheteur est-elle exacte ?

- ❑ Réponse : **NON** « si l'extrait de son offre produit par la SAS Freyssinet France, qui porte sur la chronologie de l'intervention et détaillant la préparation du chantier puis le phasage des travaux envisagé sur 4 à 5 semaines, expose le déroulé des étapes de travaux avec certaines spécifications techniques, sans rappeler l'exigence prévue par l'article 1.2.3.3 du CCTP d'un phasage en deux temps de l'étape des travaux de consolidation des sols d'assise des appuis à créer, **il ne peut pour autant en être déduit que l'offre du candidat évincé ne respectait pas les stipulations en cause de ce document contractuel** »

- ❑ Analyse : attention l'appréciation d'une offre par l'acheteur doit s'appuyer sur des éléments tangibles et objectifs. On ne peut déduire d'une absence de précision ou d'un silence, le fait que le candidat ne respecte pas le cahier des charges. **Pour se prémunir d'une telle situation : posez des questions ! Et éviter la dénaturation.**

## Dénaturation : le juge à la rescousse du requérant ?

### ❑ TA Marseille, 1er juin 2022, Sté ACRI IN, n°2202323

#### ❑ Faits

- Un candidat évincé soulevait ainsi le **moyen de la dénaturation** de son offre et l'acheteur n'avait, à aucun moment de la procédure judiciaire, transmis le RAO (respectant en cela la jurisprudence)

#### ❑ Question : comment le juge accueille ce moyen alors même qu'il ne peut le contrôler ?

- #### ❑ Réponse : « *Si le pouvoir adjudicateur ne saurait être contraint de produire dans l'instance contentieuse les extraits pertinents du RAO, il n'en reste pas moins qu'en s'abstenant de les verser au débat, la communauté d'agglomération Lorient Agglomération ne permet pas de contrôler qu'en reprochant l'absence d'un expert, elle a considéré que les compétences des deux personnes concernées **n'étaient pas suffisantes** pour qu'ils puissent être qualifiés d'expert, la contestation de ce point relevant de l'appréciation des mérites de l'offre et restant donc inopérante, ou a au contraire considéré que l'équipe proposée par la société ACRI IN **ne comportait pas de personnes** présentant la moindre compétence dans l'une ou l'autre de ces spécialités, ce qui caractériserait une erreur de fait et une altération manifeste des termes de l'offre de cette société, sur ce point précis* ».

#### ❑ Mérite des offres ou dénaturation?

## Dénaturation : le juge à la rescousse du requérant ?

- ❑ Analyse : la position du TA est intéressante :
  - Il constate son impossibilité de contrôler l'appréciation faite par l'acheteur
  - Dès lors comment savoir si le moyen a trait à une véritable dénaturation ou se rapproche de l'examen respectif des offres ?
  
- ❑ **La procédure est *in fine* sauvegardée** car le le juge considère que même non dénaturée, l'offre du candidat évincé aurait obtenu une moins bonne note que le candidat arrivé en tête, de sorte que le manquement est considéré **comme insusceptible d'avoir lésé le requérant**.
  
- ❑ Attention : la rétention d'informations de la part de l'acheteur public dans le cadre d'un référé précontractuel est souvent **très mal interprétée de la part du juge**. Le forum du contentieux permet de faire toute la transparence sur la procédure.
  
- ❑ **Notre conseil : faire la lumière sur le procédure quitte à modifier les motifs de rejet du candidat évincé !**

## Des précisions apportées par le candidat sur les offres jugées insuffisantes

### ❑ TA Orléans, 26 août 2022, Société Hexactitude, n°2202716

#### ❑ Faits

- Une société avait été interrogée sur le caractère anormalement bas de son offre, au vu de l'écart de prix avec l'estimation de la commune.
- Elle avait alors fourni des explications sur son prix, notamment en raison d'investissements réalisés les années précédents et déjà amortis, et de la proximité de son entrepôt lui permettant de ne pas subir la hausse des carburants
- L'acheteur décide d'écarter son offre comme OAB

#### ❑ Question : l'acheteur a-t-il été trop sévère dans son analyse ?

- ❑ Réponse : **NON**, « pour justifier le prix proposé dans la passation en litige, la société met en avant la circonstance, d'une part, qu'elle emploierait désormais un châssis plancher auto-levant permettant de réduire les coûts de main d'œuvre et de transport, d'autre part, que le prix qu'elle a proposé tient compte des investissements en matériel déjà réalisés en 2020 pour l'exécution de la prestation identique, investissement qu'elle n'aura dès lors plus à réaliser. Elle soutient également que l'impact de l'augmentation du coût des carburants est faible au regard de la proximité des entrepôts. Elle n'assortit toutefois ses allégations d'aucune pièce justificative, alors que, par ailleurs, la commune conteste la nouveauté alléguée de la solution technique qui avait été présentée dans la réponse apportée par la société à la mise en concurrence de 2021. Il résulte de ces éléments que la commune n'a pas (...) commis une erreur manifeste d'appréciation ».

## Des précisions apportées par le candidat des offres jugées insuffisantes

- ❑ Analyse : la solution retenue par le juge est assez sévère pour le candidat même si elle protège l'acheteur :
  - Faut-il considérer qu'en l'absence de pièces justificatives, l'interprétation de l'acheteur prévaut sur celle de l'entreprise ?
  - Est-il préférable d'insister dans le courrier de suspicion sur la communication de pièces justificatives ?
  
- ❑ Il convient néanmoins de remarquer la particularité de ce dossier. L'appel d'offres lancé en 2022 était similaire à ceux lancés en 2020 et 2021 sur un périmètre constant (location, transport, montage, et démontage de structures pour des manifestations publiques). A l'époque l'offre était déjà sensiblement moins chère que les offres concurrentes. **Or, le contexte d'inflation sur les matières premières qui sont parties intégrantes du prix global et forfaitaire aurait dû engendrer un ajustement de l'offre de la société évincée.** C'est ce raisonnement qui a convaincu le juge administratif.

## Erreur dans la qualification d'OAB : quelles conséquences sur la procédure de passation ?

### ❑ CE, 2 mars 2022, Pôle Emploi, n°4580019

#### ❑ Faits

- Dans le cadre d'un litige opposant une société de formation et la direction régionale de Pôle Emploi, le TA avait annulé l'ensemble de la procédure au motif que la direction régionale de Pôle emploi avait commis une erreur dans la qualification d'OAB

#### ❑ Question : le TA aurait-il dû n'annuler que partiellement la procédure pour une reprise d'analyse des offres ?

#### ❑ Réponse : **OUI**, « compte tenu du manquement ainsi relevé, qui se rapportait à la seule phase de sélection des offres par l'acheteur public, il appartenait au juge des référés de n'annuler la procédure qu'à compter de l'examen de ces offres. Par suite, le juge des référés a commis une erreur de droit en annulant l'ensemble de cette procédure et en enjoignant à Pôle Emploi, s'il entendait la poursuivre, de la reprendre dans son intégralité. Pôle Emploi est en conséquence fondé à demander l'annulation de l'ordonnance du juge des référés du tribunal administratif de La Réunion en tant qu'elle a annulé la procédure à un stade antérieur à la phase de sélection des offres. *Eu égard au stade auquel est prononcée l'annulation de l'ordonnance du juge des référés, il appartiendra à Pôle Emploi, s'il entend conclure le marché en cause, de reprendre la procédure au stade de la sélection des offres* ».



## Clap de fin pour les accords-cadres sans maximum

### ❑ CE, 28 janvier 2022, *Communauté de Communes Convergence Garonne*, n°456418

- ❑ Question : peut-on arguer de l'absence de lésion du candidat évincé (et sortant) si ce dernier critique le fait que l'accord-cadre ne mentionne pas de maximum ?
- ❑ Réponse : **NON**, « après avoir relevé, par une appréciation souveraine exempte de dénaturation, que ni l'avis de marché, ni le cahier des clauses techniques particulières, ni aucune autre pièce du marché ne mentionnait la quantité ou la valeur maximale des produits à fournir dans le cadre du lot n° 1 de l'accord-cadre en litige, qui relève du champ d'application de la directive du 26 février 2014 mentionnée ci-dessus, et, d'autre part, après avoir souverainement estimé qu'en l'espèce, *l'absence de cette information n'avait pas mis la société Coved à même de présenter une offre adaptée aux prestations maximales auxquelles elle pourrait être amenée à répondre*, le juge du référé précontractuel du tribunal administratif de Bordeaux n'a pas inexactement qualifié les faits soumis à son appréciation en jugeant que la communauté de communes Convergence Garonne avait manqué à ses obligations de publicité et de mise en concurrence et que la société Coved avait pu être lésée par ce manquement et était ainsi fondée à demander l'annulation de la procédure de passation du lot en litige ».
- ❑ Analyse: cet arrêt clôt définitivement le sujet car le requérant était le titulaire sortant. Tout accord-cadre conclut sans maximum peut donc être contesté sur ce point.

Une procédure négociée n'est possible que si les conditions initiales n'ont pas été substantiellement modifiées

❑ **TA Mayotte, 10 novembre 2022, SAS Mayotte Route Environnement, n°2205028**

❑ Faits:

- Le rectorat de Mayotte avait lancé un appel d'offres pour un marché de travaux pour lequel deux offres avaient été déposées **largement au-dessus des crédits alloués**.
- Il avait alors été décidé de négocier avec ces deux candidats, **tout en modifiant de manière importante le projet** (notamment pour en diminuer l'estimation)

❑ Rappel : les cas de recours à la procédure négociée sont limitativement fixés par l'article R.2124-3 du code de la commande publique et strictement interprétés par la jurisprudence. L'un des six (6) cas de recours à la négociation concerne l'hypothèse d'un appel d'offres dans lequel seules des offres irrégulières ou inacceptables ont été déposées. Mais alors le texte ajoute que ce recours à la négociation est valable « **pour autant que les conditions initiales du marché ne soient pas substantiellement modifiées** ».

❑ Réponse : **ici le juge considère que les conditions initiales ont fait l'objet de modifications trop importantes** : « *il résulte de l'instruction et notamment du nouveau DCE communiqué aux soumissionnaires le 21 juillet 2022 que, dans le souci de respecter l'enveloppe budgétaire, le projet initial avait été substantiellement diminué. Les requérantes font valoir, sans être contestées sur ce point, que cette réduction du format initial du projet représenterait 20% de sa valeur de 30% de sa surface. Dès lors, l'administration ne pouvait pas recourir à la procédure du marché négocié* »

## La CJUE s'intéresse aux procédures négociées après infructuosité

### ❑ CJUE, 16 juin 2022, aff. C-376/21

#### ❑ Deux apports :

- *Comment prouver qu'il n'y a pas eu détournement de procédure ?* Afin de pouvoir démontrer que le marché en cause n'a pas été conçu dans l'intention de le soustraire au champ d'application du Code de la commande publique ou de limiter artificiellement la concurrence, la Cour précise **que l'acheteur doit être en mesure de prouver que le prix sur lequel il s'est entendu avec le titulaire correspond au prix du marché et qu'il n'excède pas la valeur estimée du marché** (§ 69).
- *Les opérateurs peuvent-ils se plaindre de la conclusion d'un marché de gré à gré ?* La réponse de la Cour est claire : « les opérateurs économiques qui ont manqué de diligence en ne présentant pas une offre appropriée lors d'une procédure ouverte ou restreinte **ne sauraient contraindre, dans le cadre de la procédure négociée sans publication préalable subséquente, le pouvoir adjudicateur à entrer en négociation avec eux.** Il leur était en effet loisible de présenter une offre dans le cadre de la procédure ouverte ou restreinte antérieure et, partant, d'y bénéficier pleinement des principes d'égalité, de non-discrimination, de transparence et de proportionnalité » (§ 68). Les 2 procédures (la procédure infructueuse et la procédure négociée) constituent un « ensemble indissociable, de sorte que **la circonstance que les opérateurs économiques potentiellement intéressés par ce marché ont eu l'occasion de se manifester et de faire jouer la concurrence ne saurait être ignorée** »

## Peut-on modifier les clauses de prix en cours d'exécution d'un marché ?

**NON, selon la doctrine ministérielle s'appuyant sur l'intangibilité des prix**

- ❑ Circulaire du PM de mars 2022 : « En revanche, l'acheteur ne doit pas utiliser ces dispositions pour modifier par voie d'avenant les clauses fixant le prix lorsque cette modification du prix n'est pas liée à une modification du périmètre, des spécifications ou des conditions d'exécution »
- ❑ Position DAJ (février 2022): « Ainsi, en l'absence de clause de révision de prix ou de réexamen, une modification du prix porterait atteinte aux conditions de la mise en concurrence initiale (CE, 15 février 1957, Etablissement Dickson). La clause de révision de prix ne peut donc être ni modifiée, ni introduite en cours d'exécution du marché même si celle-ci était obligatoire »

**OUI, selon le Conseil d'Etat (CE, avis, 15 septembre 2022, n° 405540)**

- ❑ « Le caractère en principe définitif des prix des marchés ne fait pas obstacle à leur modification en application et dans le respect des dispositions » du Code la commande publique
- ❑ Le Conseil d'Etat « considère également que rien n'empêche que les modifications des marchés et contrats de concession portent uniquement, en vue de compenser les surcoûts que le titulaire ou le concessionnaire subit du fait de circonstances imprévisibles, sur les prix ou les tarifs prévus au contrat ainsi que sur les modalités de leur détermination ou de leur évolution »

## Peut-on modifier les clauses de prix en cours d'exécution d'un marché ?

~~Intangibilité absolue des prix~~

- ❑ Le Conseil d'Etat considère qu'il n'existe aucun principe d'intangibilité absolue des prix dans le cadre d'un contrat de la commande publique.
- ❑ Bien au contraire, comme tout élément du contrat, le prix peut faire l'objet de modifications en cours d'exécution.
- ❑ Ces modifications sont encadrées par le régime des modifications contractuelles fixé au sein du Code de la commande publique

## Avenant modifiant les clauses de prix ou protocole séparé d'indemnisation sur le fondement de l'imprévision

- ❑ La doctrine laisser aux acheteurs une alternative entre : l'avenant de modification des prix et la convention d'indemnisation sur le fondement de l'imprévision

### Modification « sèche » des clauses de prix

- ❑ Insérer une clause de variation ou de révision
- ❑ Revoir les prix unitaires

### Convention d'indemnisation sur le fondement de l'imprévision

- ❑ Accorder aux entreprises des indemnités provisionnelles, mandatées à chaque règlement, à valoir sur l'indemnité globale d'imprévision dont le montant définitif sera déterminé ultérieurement
- ❑ Clause de rendez-vous périodique en vue d'adapter le montant de l'imprévision
- ❑ Selon une partie de la doctrine, cette convention serait en dehors du champ de la commande publique

## Avenant modifiant les clauses de prix ou protocole séparé d'indemnisation sur le fondement de l'imprévision

- ❑ Peu importe le véhicule juridique, l'acheteur doit s'assurer :
  - De la comptabilité des sommes octroyées avec les exigences du Code de la commande publique (**hausse de 10 % - 15 % - 50 % selon les cas**)
  - **S'assurer des justificatifs et preuves de cette hausse**. Le secret des affaires n'est ici pas opposable à l'acheteur public qui doit s'assurer que le surcoût compensé est bien réel. Sans preuve et justificatif du surcoût, l'acheteur sera dans l'incapacité d'apporter des justificatifs aux organismes de contrôle (CRC, Préfet)
- ❑ **La convention d'indemnisation (Imprévision) nous semble plus difficile à mettre en place car :**
  - 1) Risque sur l'exécution financière vis-à-vis du comptable
  - 2) Risque concernant l'imputabilité de la dépense sur des crédits d'investissement
  - 3) Mécanisme d'indemnité provisionnelle nécessite un suivi rigoureux et une analyse ex-post
  - 4) Ne pas oublier qu'une part de l'aléa (entre 5 et 25 %) n'a pas à être pris en compte par l'acheteur ; ce qui n'est pas le cas s'agissant de l'avenant





## 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