




Association des Maires, Adjointes et Présidents
d'EPCI de la Sarthe

L'actualité du droit de la commande publique
Conférence

18 décembre 2019

1

Les apports du Code de la commande publique, en vigueur depuis
le 1er avril 2019



Contrats concernés par le nouveau code :

- les marchés publics (marchés, marchés de partenariat et de défense ou de sécurité) ;
- les concessions : contrats de concession de travaux ou de services (délégations de service public) et les contrats de concession de défense ou de sécurité ;
- les autres contrats exclus de la commande publique : quasi-régie (in-house), contrats entre collectivités, etc.

2

Composition du code



Il contient 1 747 articles.

Il comporte un titre préliminaire (avec des définitions) et trois parties.

La première partie définit chaque catégorie de contrats de la commande publique (livre Ier), les différents acteurs (livre II), ainsi que les contrats mixtes (livre III).

La deuxième partie est consacrée aux marchés et est divisée en six livres. Cette partie est structurée en fonction du cycle de la vie du contrat : préparation, passation et exécution.

La troisième partie est relative aux contrats de concession.

3



But de la réforme : regrouper l'ensemble des textes applicables aux marchés publics et aux concessions et dans un souci de simplification.

Conséquences de la réforme

Le nouveau code a été établi à droit constant, c'est-à-dire sans modification des principales règles juridiques actuelles.

De petites modifications ont tout de même été effectuées, notamment pour intégrer des jurisprudences importantes :

- la définition faite par les tribunaux de l'offre anormalement basse : une offre anormalement basse est une offre dont le prix est manifestement sous-évalué et de nature à compromettre la bonne exécution du marché (art. L 2152-5) ;
- les modalités de la résiliation du marché (art. L 2195-1 et s.) ;
- le principe selon lequel l'acheteur peut modifier unilatéralement le contrat (art. L 6) ;
- le régime jurisprudentiel des biens de retour et des biens propres dans un contrat de concession.

4

Textes supprimés :

- l'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics ;
- le décret n°2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics ;
- l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession ;
- le décret n° 2016-86 du 1er février 2016 relatif aux contrats de concession ;
- la loi n° 2013-100 du 28 janvier 2013 relative notamment aux délais et modalités de paiement et son décret d'application ;
- la loi n° 85-704 du 2 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée (dite « loi MOP ») et ses décrets d'application,

5

Date d'application du code de la commande publique

Le code de la commande publique s'applique à compter du 1^{er} avril 2019.

Les dispositions du code s'appliquent aux marchés publics et aux contrats de concession pour lesquels une consultation est engagée ou un avis d'appel à la concurrence est envoyé à la publication à compter du 1^{er} avril 2019.

Si la publicité du marché public a été faite juste avant le 1^{er} avril 2019, s'appliquent donc l'ordonnance n° 2015-899 de 2015 et le décret n° 2016-360 de 2016 pour la procédure et l'exécution du marché.

Il existe une exception pour les modifications des contrats de concession. Les dispositions des articles L 3135-1 et L 3136-6 du code de la commande publique s'appliquent depuis décembre 2018 à la modification des contrats qui sont des concessions et qui ont été conclus ou pour lesquels une procédure de passation a été engagée ou un avis de concession a été envoyé à la publication avant le 1^{er} avril 2016.

Principes applicables aux marchés et aux concessions

Ce sont toujours les mêmes : liberté d'accès, égalité de traitement et transparence des procédures.

6

MP dispensés de publicité et de mise en concurrence : nouveau seuil de
40.000 € HT



Le seuil de dispense de publicité et de mise en concurrence pour la passation des marchés publics est modifié. **À partir du 1er janvier 2020, il passera à 40 000 euros HT au lieu de 25 000 euros HT.** L'article R.2122-8 du Code de la commande publique est modifié en ce sens.

Décret n° 2019-1344 du 12 décembre 2019 modifiant certaines dispositions du Code de la commande publique relatives aux seuils et aux avances

7

Le décret du 24 décembre 2018



Le décret n° 2018-1225 du 24 décembre 2018 portant diverses mesures relatives aux contrats de la commande publique complète et modifie le droit commun :

Achats innovants

A titre expérimental, jusqu'au 26 décembre 2021, les acheteurs peuvent passer un marché public négocié sans publicité ni mise en concurrence préalables portant sur des travaux, fournitures ou services innovants et répondant à un besoin dont la valeur estimée est inférieure à 100.000 € HT (art. 1^{er} du décret du 24 décembre 2018).

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 (art. R 2124-3).

8



Révision des prix pour les marchés agricoles et alimentaires

Un marché est conclu à prix révisable dans le cas où les parties sont exposées à des aléas majeurs du fait de l'évolution raisonnablement prévisible des conditions économiques pendant la période d'exécution des prestations. Tel est notamment le cas des marchés ayant pour objet l'achat de matières premières agricoles et alimentaires (art. R 2112-13).

Régularisation des candidatures faites par voie papier

L'acheteur qui constate que la candidature et l'offre d'une entreprise ont été envoyées par voie papier peut demander à tous les candidats concernés de compléter leur dossier de candidature dans un délai approprié et identique pour tous (art. R 2144-2).

Cela permet avant tout d'officialiser la pratique validée par la Direction des affaires juridiques du ministère de l'Economie qui prévoyait, dans son guide très pratique sur la dématérialisation, qu'il était toutefois possible de régulariser une offre papier ou une offre ne respectant pas le format électronique requis.

9

Le décret du 18 janvier 2019



Le décret n° 2019-33 du 18 janvier 2019 fixe la liste des pièces justificatives que le candidat à l'attribution d'un marché public n'est plus tenu de produire.

Les entreprises et les organismes à but non lucratif ne sont pas tenus de produire (art. D. 113-14 du code des relations entre le public et l'administration) :

- l'attestation de régularité fiscale émanant de la Direction générale des finances publiques ;
- les déclarations de résultats soumis aux bénéfices industriels et commerciaux, les déclarations de bénéfices non commerciaux, les déclarations de résultats soumis aux bénéfices agricoles et les déclarations de résultats soumis à l'impôt sur les sociétés ;
- l'extrait d'immatriculation au registre du commerce et des sociétés (RCS) et les statuts de la personne morale ;

10



- les attestations de régularité sociale et de vigilance délivrées par les organismes chargés du recouvrement des cotisations sociales ;
- la carte professionnelle d'entrepreneur de travaux publics délivrée par la Fédération nationale des travaux publics ;
- le certificat attestant la régularité de la situation de l'employeur au regard de l'obligation d'emploi des travailleurs handicapés prévue aux articles L. 5212-2 à L. 5212-5 du code du travail délivrée par l'association de gestion du fonds de développement pour l'insertion professionnelle des handicapés.

Date d'application : le décret est applicable aux procédures engagées postérieurement au 20 janvier 2019.

11

2020 : Prochains seuils européens



La DAJ a dévoilé les seuils de procédure formalisée, applicables à compter du 1er janvier 2020 et pour deux ans :

- 139 000 euros pour les marchés de fournitures et services des pouvoirs adjudicateurs centraux ;
- 214 000 euros pour les marchés de fournitures et services des autres pouvoirs adjudicateurs et pour les marchés de fournitures et services des pouvoirs adjudicateurs centraux dans le domaine de la défense ;
- 428 000 euros pour les marchés de fournitures et services des entités adjudicatrices et pour les marchés de fournitures et services de défense ou de sécurité ;
- 5 350 000 euros pour les marchés de travaux et les contrats de concessions.

À noter que ces seuils, communiqués par la Commission européenne aux États membres, sont pour la première fois en baisse depuis 2010 (- 3,5 % environ par rapport à 2018-2019).

12

Procédure adaptée Possibilité d'écarter les variantes



En procédure adaptée, le pouvoir adjudicateur peut imposer une réponse à la solution de base et refuser les variantes.

En l'espèce, la société n'avait pas présenté d'offre de base, mais seulement des variantes, en méconnaissance des exigences résultant des documents de la consultation. En raison de cette irrégularité, la commune était tenue d'éliminer son offre et, par suite, alors même que cette offre avait été notée et classée, la société était dépourvue de toute chance d'être attributaire du marché et ne pouvait, dès lors, prétendre à aucune indemnisation.

13



Aux termes du point 5.1 du règlement de consultation, la notation du critère du prix doit s'effectuer « *sur l'offre de base, puis sur l'offre de base + options, puis sur l'offre variantée (...) permettant ainsi d'établir trois classements d'offres* ». Le même article indique que la commune se réserve le droit de « *choisir soit l'offre de base, soit l'offre avec une ou plusieurs options, soit l'offre variantée intégrant la ou les options sans aucune contestation des entreprises* ».

En interprétant ces stipulations comme subordonnant la présentation de variantes à celle d'une offre de base, la cour administrative d'appel n'a pas dénaturé les termes du règlement de consultation du marché.

CE, 20 septembre 2019, société BGC, n° 421317

14

Dématérialisation – exigence d’une signature électronique



La dématérialisation obligatoire de la passation des marchés publics supérieurs à 25.000 € HT est en vigueur depuis le 1^{er} octobre 2018.

Depuis le 1^{er} avril 2016, il n'est plus obligatoire de signer la candidature et l'offre au moment du dépôt initial. Aucun texte n'oblige en effet les soumissionnaires à signer au stade de la remise de l'offre. Le principe concernant la signature reste, pour la commande publique, celui d'une obligation uniquement au stade de l'attribution, en vertu de l'article R 2182-3 du code de la commande publique applicable depuis le 1^{er} avril 2019.

En revanche, il est possible à l'acheteur de rendre, via son règlement de la consultation, la signature obligatoire pour tous les soumissionnaires au moment de la remise de leur offre ou de leur candidature. Néanmoins, un tel formalisme alourdit la charge administrative et n'est donc pas conseillé.

S'agissant des difficultés d'acquisition des certificats de signature électronique, outre le temps de constitution de dossier, il faut compter entre quelques jours et 3 semaines entre la délivrance et la réception du certificat. Ces délais impliquent une anticipation de la part de la structure. Les acheteurs doivent également veiller à laisser un délai suffisant pour les entreprises qui n'auraient pas préalablement acquis un certificat pour le faire à l'occasion de l'attribution du contrat.

JO AN, 15.10.2019, question n° 19737, p. 8856

15

Appréciation d'une offre



Considérations relatives aux prestations fournies à l’occasion de l’exécution d’un précédent marché (non)

Une offre ne peut être jugée au regard de considérations relatives aux prestations fournies à l’occasion de l’exécution d’un précédent marché.

En l'espèce, le pouvoir adjudicateur a évalué la pertinence d'une offre au regard, non de ses seules qualités intrinsèques, mais de considérations relatives aux prestations fournies et au comportement de cette société à l'occasion de l'exécution du précédent marché et à la satisfaction qu'en avait éprouvée ses services.

La société est dès lors fondée à soutenir qu'en examinant l'offre de la société sur le fondement de telles considérations, qui sont sans rapport avec les qualités intrinsèques de cette offre, le pouvoir adjudicateur a notamment méconnu le principe d'égalité des candidats.

CAA Marseille, 10 juillet 2019, société Bureau européen d'assurance hospitalière, n° 18MA05507

16

Des désordres esthétiques, qui n'affectent pas la solidité de l'ouvrage, n'engagent pas la responsabilité décennale des constructeurs.



Pour rechercher la responsabilité décennale des constructeurs, Bordeaux Métropole se réfère aux conclusions du rapport d'expertise, qui relève que les fissures peuvent atteindre 4 centimètres de largeur, et que si elles n'affectent pas la solidité de l'ouvrage, elles sont incompatibles avec une circulation piétonne sécurisée et affectent l'esthétique du site remarquable dans lequel s'intègre l'aménagement considéré.

La collectivité requérante en conclut que les désordres sont de nature à rendre l'ouvrage impropre à sa destination. Il résulte toutefois de l'instruction que le dommage, qui consiste en réalité en un écartement modéré, sur une vingtaine de mètres, entre les dallages posés de part et d'autre de la ligne médiane de l'espace piétonnier du cours, n'entrave aucunement la marche des piétons ni la circulation des vélos ou poussettes, en l'absence de toute aspérité.

Si par ailleurs le site concerné, par son intérêt patrimonial et touristique, justifie des aménagements urbains de qualité, le désordre, par son caractère circonscrit et sa faible visibilité, n'affecte pas l'esthétique du lieu dans une mesure telle qu'il rendrait l'ouvrage objet du marché impropre à sa destination.

Enfin, la collectivité requérante ne fait pas état d'une aggravation du désordre, et rien ne permet donc de considérer que les espacements des dalles présenteraient à ce jour un caractère évolutif. Dans ces conditions, ledit désordre n'engage pas la responsabilité décennale des constructeurs.

CAA Bordeaux, 25 juillet 2019, Bordeaux Métropole, n° 17BX01902

17

Critère valeur technique d'un marché public de formation



Le critère valeur technique d'un marché public de formation ne peut pas représenter 90 % de la note globale.

La pondération particulièrement disproportionnée des deux critères (valeur technique 90 % et prix 10 %) n'était pas justifiée au regard de l'objet du marché et neutralisait le critère financier, de sorte que les offres ne pouvaient être différenciées de manière significative qu'au regard de leur valeur technique. Dès lors, une telle pondération des critères est de nature à ce que l'offre économiquement la plus avantageuse ne soit pas choisie pour chaque lot.

CAA Nantes, 29 mars 2019, société Erics Associés et la société Altaris, n° 17NT01869

18

Affermage. Contrat de concession



Modification (conditions)

Un fermier souhaite prolonger son contrat d'affermage de 3 mois (gestion d'un bar-restaurant sur un lieu touristique). La procédure de mise en concurrence est-elle nécessaire ?

1. L'affermage est le contrat par lequel le contractant s'engage à gérer un service public, à ses risques et périls, contre une rémunération versée par les usagers. L'affermage se caractérise par l'exploitation d'installations déjà construites et par un financement des investissements assuré en grande partie par le délégant. Il s'agit d'une forme de délégation de service public.

2. Selon l'article L 1411-1 du CGCT, « *Les collectivités territoriales, leurs groupements ou leurs établissements publics peuvent confier la gestion d'un service public dont elles ont la responsabilité à un ou plusieurs opérateurs économiques par une convention de délégation de service public définie à l'article L. 1121-3 du code de la commande publique préparée, passée et exécutée conformément à la troisième partie de ce code.* » Désormais, les délégations de service public sont donc assimilées à des contrats de concession.

19



3. *Les modalités de prolongation de la durée du contrat de concession sont régies par les dispositions relatives aux modifications du contrat prévues aux articles L 3135-1 et R 3135-1 à R 3135-9 du code de la commande publique, y compris s'il a été passé avant le 1er avril 2016 (source : DAJ).*

Un contrat de concession peut être modifié sans nouvelle procédure de mise en concurrence lorsque (art. L 3135-1) :

- *les modifications ont été prévues dans les documents contractuels initiaux ;*
- *des travaux ou services supplémentaires sont devenus nécessaires ;*
- *les modifications sont rendues nécessaires par des circonstances imprévues ;*
- *un nouveau concessionnaire se substitue au concessionnaire initial du contrat de concession ;*
- *les modifications ne sont pas substantielles ;*
- *les modifications sont de faible montant.*

20



En l'espèce, si la modification est considérée comme non substantielle (art. R 3135-7) ou de faible montant (art. R 3135-8), une prolongation de 3 mois est possible. Cela dépend donc notamment de la durée initiale du contrat.

Selon l'article R 3135-8, « *Le contrat de concession peut être modifié lorsque le montant de la modification est inférieur au seuil européen qui figure dans l'avis annexé au présent code et à 10 % du montant du contrat de concession initial, sans qu'il soit nécessaire de vérifier si les conditions énoncées à l'article R 3135-7 sont remplies. Les dispositions de l'article R 3135-4 sont applicables au cas de modification prévu au présent article.* »

A noter qu'un contrat modifié pour limiter le risque d'exploitation du délégataire ne peut l'être par voie d'avenant mais doit faire l'objet d'une mise en concurrence (CAA Paris, 17 avril 2007, *département de Paris c/société Kéolis*, n° 06PA02278).

21

Collectivité candidate à un marché public



Conditions. Intérêt public local : amortissement des équipements

Le Conseil d'État précise sa jurisprudence *SNC Armor* (CE, 20 décembre 2014, n° 355563) relative à la possibilité pour une collectivité territoriale ou un EPCI de candidater à un contrat de la commande publique.

1. Intérêt public local et amortissement. Si aucun principe ni aucun texte ne fait obstacle à ce que des collectivités ou leurs EPCI se portent candidats à l'attribution d'un contrat de commande publique pour répondre aux besoins d'une autre personne publique, ils ne peuvent légalement présenter une telle candidature que si elle répond à un tel intérêt public, c'est-à-dire si elle constitue le prolongement d'une mission de service public dont la collectivité ou l'EPCI a la charge, dans le but notamment d'amortir des équipements, de valoriser les moyens dont dispose le service ou d'assurer son équilibre financier, et sous réserve qu'elle ne compromette pas l'exercice de la mission.

22



La candidature d'une collectivité territoriale à l'attribution d'un contrat de commande publique peut être regardée comme répondant à un intérêt public local lorsqu'elle constitue le prolongement d'une mission de service public dont la collectivité a la charge, notamment parce que l'attribution du contrat permettrait d'amortir des équipements dont dispose la collectivité. Cet amortissement ne doit toutefois pas s'entendre dans un sens précisément comptable, mais plus largement comme traduisant l'intérêt qui s'attache à l'augmentation du taux d'utilisation des équipements de la collectivité, dès lors que ces derniers ne sont pas surdimensionnés par rapport à ses propres besoins.

23



2. Prix proposé par la collectivité. En particulier, le prix proposé par la collectivité territoriale ou l'EPCI doit être déterminé en prenant en compte l'ensemble des coûts directs et indirects concourant à sa formation, sans que la collectivité publique bénéficie, pour le déterminer, d'un avantage découlant des ressources ou des moyens qui lui sont attribués au titre de ses missions de service public et à condition qu'elle puisse, si nécessaire, en justifier par ses documents comptables ou tout autre moyen d'information approprié. Ces règles s'appliquent enfin sans préjudice des coopérations que les personnes publiques peuvent organiser entre elles, dans le cadre de relations distinctes de celles d'opérateurs intervenant sur un marché concurrentiel.

Lorsque le prix de l'offre d'une collectivité territoriale est nettement inférieur aux offres des autres candidats, il appartient au pouvoir adjudicateur de s'assurer, en demandant la production des documents nécessaires, que l'ensemble des coûts directs et indirects a été pris en compte pour fixer ce prix, afin que ne soient pas faussées les conditions de la concurrence.

CE, 14 juin 2019, société Vinci construction maritime et fluvial, n° 411444

24

Interdiction du critère de l'implantation locale



Cadre juridique permettant de privilégier les circuits courts

La Cour de justice de l'Union européenne a constamment réaffirmé l'interdiction des critères visant à réserver les marchés publics à des opérateurs économiques installés dans un ressort géographique donné. De tels critères porteraient atteinte au principe de liberté d'accès à la commande publique et de non-discrimination. Pour autant, le droit de la commande publique ne fait aucunement obstacle à la mise en œuvre de critères d'attribution, et plus globalement, d'une politique d'achats, en faveur des circuits courts.

1. Ainsi, l'article R. 2152-7 du code de la commande publique prévoit que **l'acheteur peut se fonder sur les performances en matière de développement des approvisionnements directs de produits de l'agriculture pour attribuer ses marchés**. Ce critère vise à promouvoir le développement des circuits courts de commercialisation dans le domaine des produits agricoles. L'acheteur prenant en considération le circuit de fourniture et non pas l'implantation géographique du producteur, un tel critère ne peut être qualifié de critère géographique.

25



2. Il est également possible pour l'acheteur de prendre en compte **la part de produits frais que le soumissionnaire s'engagerait à acquérir dans le cadre de l'exécution du marché**.

3. **La rapidité d'intervention d'un prestataire** ou sa disponibilité peut aussi constituer un critère de choix de l'offre au titre du délai d'exécution. Lorsqu'il est justifié au regard de l'objet du marché ou de la nature des prestations attendues, il n'a pas nécessairement un caractère de préférence locale et n'est donc pas en soi discriminatoire.

4. En outre, l'article L 2111-1 du code de la commande publique fait obligation à l'acheteur de déterminer ses besoins, avant le lancement de la consultation, en prenant en compte des objectifs de développement durable dans leurs dimensions économique, sociale et environnementale. **L'acheteur peut ainsi exiger que les fournisseurs garantissent la fraîcheur ou la saisonnalité de leurs produits, ou garantissent un niveau minimal de produits frais à fournir dans le cadre de l'exécution du marché**.

5. Enfin, l'acheteur peut également formuler ses exigences (conformément aux articles R 2111-12 et suivants du code de la commande publique) sur la base de spécifications techniques définies par **référence à des labels permettant de garantir la qualité des produits et de leur production** ou ayant trait aux « spécialités traditionnelles garanties » ou à l'agriculture biologique.

JO Sénat, 23.05.2019, question n° 09159, p. 2755

26

Marchés supérieurs à 25 000 € Dématérialisation

Echanges par courriel (conditions)

La commune souhaite réaliser un trottoir pour un montant de 31 302,35 € HT. Les propositions de devis se feront sur la plateforme. Peut-on toutefois envisager une réponse par mail à l'adresse de la mairie ?

Selon le guide « très pratique » relatif à la dématérialisation, dès que la valeur estimée du besoin est supérieure ou égale à 25 000 € HT, tous les échanges pendant la procédure de passation des marchés publics doivent être dématérialisés. Cela concerne :

- la mise à disposition des documents de la consultation ;
- la réception des candidatures et des offres, pour toutes les phases ;
- les questions/réponses des acheteurs et des entreprises ; demandes d'informations, de compléments, les échanges relatifs à la négociation ;
- les notifications des décisions (lettre de rejet, etc.).

Le même guide précise : « Il est fortement recommandé que les autres échanges soient aussi réalisés via le profil d'acheteur afin de respecter les obligations de confidentialité et de sécurité des transmissions ou échanges (art. R 2132-9 du code de la commande publique), mais également pour permettre de conserver leur traçabilité et un horodatage. Toutefois, il reste possible de recourir, pour ces échanges, à des moyens de communication autres que le profil d'acheteur. »

Un transfert des éléments par courriel pourrait rester envisageable si l'outil utilisé garantit l'identification de l'acheteur et de l'opérateur économique concernés, l'intégrité des données ainsi que leur horodatage.

27

Conflit d'intérêts

Signature d'un contrat de délégation de service public avec un membre de la famille du maire

Au sens de l'article 2 de la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique, applicable à toutes les personnes titulaires d'un mandat électif local, **constitue un conflit d'intérêts toute situation d'interférence entre un intérêt public et des intérêts publics ou privés qui est de nature à influencer ou à paraître influencer l'exercice indépendant, impartial et objectif d'une fonction.**

Dès lors, le cas d'un maire ayant un lien familial avec un candidat à l'obtention d'une délégation de service public par la commune est susceptible de caractériser une situation de conflit d'intérêts. Le décret n° 2014-90 du 31 janvier 2014, portant application de l'article 2 de la loi précitée, précise les obligations de déport qui s'imposent à un élu local dans une telle hypothèse. Ainsi, l'article 5 de ce décret prévoit que lorsqu'un président d'exécutif local estime se trouver dans une situation de conflit d'intérêts, et dans l'hypothèse où il agit en vertu de ses pouvoirs propres ou par délégation de l'organe délibérant, il lui appartient de prendre un arrêté mentionnant la teneur des questions pour lesquelles il estime ne pas devoir exercer ses compétences et désignant, dans les conditions prévues par la loi, la personne chargée de le suppléer.

Ces dispositions ont vocation à s'appliquer lors des différentes étapes de la procédure du choix du délégataire et, *a fortiori*, lors de la signature du contrat de délégation.

JO Sénat, 23.05.2019, question n° 09544, p. 2746

28

Candidat en procédure de redressement judiciaire



Habilitation à poursuivre son activité pendant la durée prévisible d'exécution du marché

Une entreprise en redressement judiciaire ne peut se voir refuser l'accès à la commande publique du seul fait que la durée du plan restant à exécuter est inférieure à la durée prévisible du marché.

Les entreprises en redressement judiciaire ont la possibilité de soumissionner à un marché public. Afin de préserver l'équilibre nécessaire entre le risque économique pesant sur la personne publique et le soutien aux entreprises en difficulté, une entreprise en redressement judiciaire doit démontrer qu'elle a été habilitée à poursuivre son activité pendant la durée prévisible d'exécution du marché public (art. L 2141-3 du code de la commande publique).

Au cours de la période d'observation, l'entreprise doit apporter la preuve que la durée de la période d'observation, et donc de poursuite de son activité, couvre celle du marché. L'entreprise qui bénéficie d'un plan de redressement pourra soumissionner à un marché public sans considération de la durée du plan (CE, 25 janvier 2019, *société Solutech.net*, n° 421844).

JO Sénat, 16.05.2019, question n° 07669, p. 2627

29

Sous-traitance



Régularité. Vérification par le pouvoir adjudicateur

Si l'acheteur ne peut intervenir directement dans la formation du contrat de sous-traitance, il peut toutefois, dans une logique de transparence et de responsabilisation de l'ensemble des parties, se le faire communiquer.

Aux termes de l'article L 2193-2 du code de la commande publique codifiant la loi du 31 décembre 1975, « la sous-traitance est l'opération par laquelle un opérateur économique confie par un sous-traité, et sous sa responsabilité, à une autre personne appelée sous-traitant, l'exécution d'une partie des prestations du marché conclu avec l'acheteur ». S'il est loisible au titulaire d'un marché public de sous-traiter l'exécution d'une partie du marché tout au long de son exécution, le droit encadre toutefois cette pratique et enjoint aux acheteurs de réaliser un examen attentif des conditions de sous-traitance.

Le titulaire ne peut recourir à la sous-traitance qu'à la condition de l'avoir déclarée à l'administration et d'avoir obtenu l'acceptation du sous-traitant et l'agrément de ses conditions de paiement (art. L 2193-4). Ces deux formalités, indépendantes du montant envisagé, doivent être simultanément réunies pour que la sous-traitance soit considérée comme régulière. Dans ce cadre, l'acheteur procède à des vérifications d'ordre technique (compétence) et financier (montant versé au sous-traitant, délai de paiement, avance, nantissement de créance...), qui pourront le cas échéant le conduire à refuser d'agréer des conditions de paiement qui lui sembleraient trop déséquilibrées.

La réglementation française ne permet pas d'exiger qu'un sous-traitant présenté lors de la remise d'une offre soit conservé pour l'exécution du marché, car le titulaire est seul responsable de la bonne réalisation des prestations.

JO AN, 04.06.2019, question n° 18890, p. 5151

30

Marché inférieur à 25 000 € - Candidat évincé

Communication du nom de l'entreprise retenue et du montant du devis

Une entreprise (travaux de 20 000 €) n'a pas été retenue par le conseil municipal. Elle demande le nom de l'entreprise retenue et le montant du devis. Doit-on lui fournir ces informations ?

1. Aux termes de l'article R 2122-8 du code de la commande publique (CCP), les marchés d'un montant inférieur à 25 000 € HT sont considérés comme des marchés négociés sans publicité ni mise en concurrence. Il en résulte que, par définition, ils n'ont pas à faire l'objet d'une information des candidats non retenus.

Si cependant l'acheteur est amené à organiser une mise en concurrence à l'égard de tels marchés, les obligations d'information des candidats non retenus prévues à l'article R 2181-2 du CCP s'appliquent.

L'acheteur est tenu d'informer les candidats évincés du rejet de leur offre. Il doit alors communiquer les motifs détaillés dans les 15 jours suivant une demande écrite du candidat (JO Sénat, 24.08.2017, question n° 00488, p. 2727).

31

2. Lorsque le soumissionnaire a vu son offre écartée alors qu'elle n'était ni inappropriée, ni irrégulière, ni inacceptable, l'acheteur lui communique (art. R 2181-2 du CCP) :

- les caractéristiques et avantages de l'offre retenue ;
- le nom de l'attributaire du marché public.

Dans le cadre de cet article, l'acte d'engagement, le prix global de l'offre et les prestations proposées par l'entreprise attributaire sont en principe communicables. **Le bordereau unitaire des prix de l'entreprise attributaire**, en ce qu'il reflète la stratégie commerciale de l'entreprise opérant dans un secteur d'activité et qu'il est ainsi susceptible de porter atteinte au secret commercial, **n'est quant à lui, en principe, pas communicable** (CE, 30 mars 2016, centre hospitalier de Perpignan, n° 375529).

32

Décompte général définitif



Le Conseil d'Etat a rappelé l'articulation possible entre décompte général définitif et appel en garantie.

1. Pour le Conseil d'Etat, l'ensemble des opérations auxquelles donne lieu l'exécution d'un marché public est compris dans un compte dont aucun élément ne peut être isolé et dont seul le solde arrêté lors de l'établissement du décompte général et définitif détermine les droits et obligations définitifs des parties. L'ensemble des conséquences financières de l'exécution du marché sont retracées dans ce décompte même lorsqu'elles ne correspondent pas aux prévisions initiales.

Toutefois, la circonstance que le décompte général d'un marché public soit devenu définitif ne fait pas, par elle-même, obstacle à la recevabilité de conclusions d'appel en garantie du maître d'ouvrage contre le titulaire du marché, sauf s'il est établi que le maître d'ouvrage avait eu connaissance de l'existence du litige avant qu'il n'établisse le décompte général du marché et qu'il n'a pas assorti le décompte d'une réserve, même non chiffrée, concernant ce litige.

2. En l'espèce, la cour administrative d'appel avait jugé que l'assistant au maître d'ouvrage avait manqué à son obligation d'assurer une bonne coordination du chantier et que, par suite, il devait être condamné à garantir le maître d'ouvrage, un centre hospitalier, des condamnations prononcées à son encontre au titre d'un marché de travaux. Mais le maître d'ouvrage avait connaissance de l'existence du litige relatif au marché de travaux. **Dès lors qu'il n'a pas assorti le décompte avec le titulaire du marché d'assistance au maître d'ouvrage d'une réserve concernant ce litige, le caractère définitif du décompte fait obstacle à ce que le centre hospitalier puisse appeler le titulaire du marché d'assistance au maître d'ouvrage le garantir des condamnations prononcées à son encontre au titre du marché de travaux.**

CE, 6 mai 2019, société Icade Promotion, n° 420765

33

MAPA. Recours à la négociation



Obligation d'information des candidats

Si le pouvoir adjudicateur décide, s'agissant d'un marché passé selon une procédure adaptée, de recourir à la négociation, le principe de transparence des procédures impose qu'il en informe les candidats potentiels dès le début de la procédure, dans l'avis public d'appel à la concurrence ou dans les documents de la consultation, ou à tout le moins qu'il précise, dans l'un de ces documents, qu'il se réserve la possibilité de négocier.

En l'espèce, ni l'avis d'appel public à la concurrence ni le règlement de la consultation ne mentionnaient que le pouvoir adjudicateur entendait recourir à la négociation ou se réservait une telle possibilité. Par suite, le recours à la négociation dans de telles conditions a entaché la procédure d'attribution du marché d'irrégularité.

CAA Lyon, 28 février 2019, préfet du Rhône, n° 17LY00190

34

Réduction du montant de l'offre en fonction du nombre de lots

Il est interdit aux entreprises soumissionnaires de réduire le montant de leur offre en fonction du nombre de lots qui pourraient leur être attribués.

En laissant, voire en incitant, les entreprises concernées à réduire le montant de leur offre en fonction du nombre de lots qui pourraient leur être attribués, la commune a méconnu les dispositions de l'article 10 du code des marchés publics alors en vigueur (allotissement).

CAA Douai, 7 mars 2019, commune de Saint-Hellier, n° 16DA01634

35

Rejet d'une candidature

Opérateur économique notoirement défaillant. Exclusion

Le 1° du I de l'article 48 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 (désormais article L 2141-7 du code de la commande publique) consacre la jurisprudence issue de la décision du Conseil d'État (CE, 10 juin 2009, *région Lorraine*, n° 324153). Ainsi, **l'acheteur peut écarter, au stade de l'examen des capacités des candidats, la candidature d'un opérateur économique, titulaire d'un marché public ou d'un contrat de concession antérieur, qui au cours des trois dernières années, a dû verser des dommages-intérêts ou a été sanctionné par une résiliation ou une sanction comparable en raison d'un manquement grave ou persistant à ses obligations contractuelles.**

Une telle exclusion, qui n'est qu'une faculté pour l'acheteur, ne peut intervenir qu'après que l'opérateur économique « a été mis à même par l'acheteur d'établir, dans un délai raisonnable et par tout moyen, que son professionnalisme et sa fiabilité ne peuvent plus être remis en cause » (désormais article L 2141-11).

JO AN, 16.04.2019, question n° 15278, p. 3581

36

Renouvellement d'un marché



Absence de mise en concurrence

La commune a un contrat de fourniture et livraison de repas en liaison froide avec un prestataire. Ce contrat était d'une année, renouvelable deux fois, et prend fin cette année. Elle souhaite renouveler à titre exceptionnel ce contrat pour une année supplémentaire, par voie d'avenant. Pouvons-nous délibérer dans ce sens ?

La réponse est négative. L'article L 2122-1 du code de la commande publique prévoit que « l'acheteur peut passer un marché sans publicité ni mise en concurrence préalables dans les cas fixés par décret en Conseil d'Etat lorsque en raison notamment de l'existence d'une première procédure infructueuse, d'une urgence particulière, de son objet ou de sa valeur estimée, le respect d'une telle procédure est inutile, impossible ou manifestement contraire aux intérêts de l'acheteur ». Les différents cas, limitatifs, dans lesquels peuvent être passés de tels marchés, sont précisés aux articles R 2122-1 à R 2122-11 du code de la commande publique.

L'acheteur doit pouvoir justifier que les conditions de recours à un marché sans publicité ni mise en concurrence, qui doivent s'interpréter strictement, sont remplies. À défaut, le marché est entaché d'une nullité que le juge est tenu de soulever d'office.

La situation évoquée ne correspond à aucune des hypothèses figurant aux articles R 2122-1 et suivants précités.

L'article R 2122-7, concernant la réalisation de prestations similaires à celles qui ont été confiées au titulaire d'un marché précédent passé après mise en concurrence, n'est pas applicable en l'espèce car, en vertu de ce dernier, « Le premier marché doit avoir indiqué la possibilité de recourir à cette procédure pour la réalisation de prestations similaires ».

37

Modification d'un marché de travaux



Travaux complémentaires

En cours d'exécution des travaux, comment procéder pour faire réaliser des travaux complémentaires par l'entreprise retenue ?

1. Selon l'article L 2194-1 du code de la commande publique, « Un marché peut être modifié sans nouvelle procédure de mise en concurrence dans les conditions prévues par voie réglementaire, lorsque :

- 1° Les modifications ont été prévues dans les documents contractuels initiaux ;
- 2° Des travaux, fournitures ou services supplémentaires sont devenus nécessaires ;
- 3° Les modifications sont rendues nécessaires par des circonstances imprévues ;
- 4° Un nouveau titulaire se substitue au titulaire initial du marché ;
- 5° Les modifications ne sont pas substantielles ;
- 6° Les modifications sont de faible montant.

Qu'elles soient apportées par voie conventionnelle ou, lorsqu'il s'agit d'un contrat administratif, par l'acheteur unilatéralement, de telles modifications ne peuvent changer la nature globale du marché. »

38



2. En l'espèce, la modification, pour ne pas avoir à relancer la procédure, doit donc être non substantielle ou de faible montant.

Modification non substantielle. Les conditions d'une telle modification figurent à l'article R 2194-7 du code de la commande publique : une modification est substantielle, notamment, lorsque au moins une des conditions suivantes est remplie :

- elle introduit des conditions qui, si elles avaient été incluses dans la procédure de passation initiale, auraient attiré davantage d'opérateurs économiques ou permis l'admission d'autres opérateurs économiques ou permis le choix d'une offre autre que celle retenue ;
- elle modifie l'équilibre économique du marché en faveur du titulaire d'une manière qui n'était pas prévue dans le marché initial ;
- elle modifie considérablement l'objet du marché ;
- elle a pour effet de remplacer le titulaire initial par un nouveau titulaire en dehors des hypothèses prévues à l'article R 2194-6.

39



Modification de faible montant. Le marché peut également être modifié lorsque le montant de la modification est inférieur aux seuils européens qui figurent dans l'avis annexé au code de la commande publique et à 10 % du montant du marché initial pour les marchés de services et de fournitures ou à 15 % du montant du marché initial pour les marchés de travaux, sans qu'il soit nécessaire de vérifier si les conditions prévues à l'article R 2194-7 sont remplies. Les dispositions de l'article R 2194-4 sont applicables au cas de modification prévue au présent article (art. R 2194-8).

Il n'y a donc pas lieu de relancer une procédure de consultation si la commune se trouve dans l'un des cas évoqués ci-dessus.

40

Offres anormalement basses



Appréciation au regard du prix global de l'offre

Le prix anormalement bas d'une offre s'apprécie au regard de son prix global.

Le Conseil d'Etat censure ainsi pour erreur de droit la décision du juge des référés qui se fonde, pour juger que l'acheteur n'avait pas commis d'erreur manifeste d'appréciation en rejetant, dans le cadre de la procédure de passation d'un marché public portant sur la collecte et l'évacuation d'ordures ménagères et de déchets, l'offre du soumissionnaire comme anormalement basse, sur le seul motif que celui-ci proposait de ne pas facturer les prestations de collecte supplémentaire des ordures ménagères produites par certains gros producteurs.

CE, 13 mars 2019, société Sepur, n° 425191

Les dispositions concernant les offres anormalement basses sont désormais codifiées aux articles L 2152-3 et suivants et R 2152-3 et suivants du code de la commande publique.

41

Maîtrise d'oeuvre. Avant-projet définitif



Dépassement excessif de l'enveloppe prévisionnelle (+ 36 %). Résiliation pour motif d'intérêt général (oui)

Le dépassement excessif du budget prévisionnel par le maître d'oeuvre dans l'avant-projet définitif est susceptible de fonder la résiliation d'un marché (art. 33 du cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés publics de prestations intellectuelles, relatif à la résiliation pour motif d'intérêt général).

En l'espèce, l'estimation figurant dans l'avant-projet définitif établi par la société était supérieur de 36 % au montant admis par le maître d'ouvrage.

La résiliation en litige a pu être valablement fondée sur un motif tiré du dépassement excessif de l'enveloppe prévisionnelle déjà réévaluée.

CAA Bordeaux, 14 décembre 2018, société Groupe BETC, n° 16BX01224

42

Remise de 65 % proposée par un candidat sur les tarifs initiaux

Offre anormalement basse (oui)

L'offre de la société requérante était de 90 000 € HT, celle du troisième candidat était de 128 900 € HT et celle de l'attributaire de seulement 35 912,65 € HT, soit un prix inférieur d'environ 60 % par rapport à celle de la société requérante et de 72 % par rapport à celle de l'autre candidat évincé.

Il ressort des devis émanant de la société attributaire que cette société a pratiqué des remises de l'ordre de 65 % en moyenne sur les tarifs qu'elle proposait initialement et qui conduisaient à un montant de prestations de plus de 100 000 € HT. L'acheteur n'a sollicité auprès de cette société aucune précision ou justification de nature à expliquer le taux important des remises pratiquées et le prix finalement proposé.

Ainsi, les conditions dans lesquelles la consultation des offres a été effectuée ont porté atteinte à l'égalité entre les candidats. C'est dès lors à bon droit que les premiers juges ont estimé que la décision d'attribuer le marché avait été prise à l'issue d'une procédure irrégulière.

CAA Lyon, 10 janvier 2019, SARL Centris, n° 16LY03949

43

Signature du marché pendant le délai de "stand still"

Référé précontractuel. Pénalité financière

Le Conseil d'État a infligé une sanction pécuniaire de 20 000 € à un hôpital qui a signé un marché alors qu'un référé précontractuel était engagé.

En l'espèce, le marché a été signé par un établissement hospitalier en méconnaissance de l'obligation prévue par l'article L 551-4 du code de justice administrative. Il y a lieu de prononcer une des sanctions prévues par l'article L 551-20 du même code.

L'établissement hospitalier, qui ne pouvait ignorer les conditions dans lesquelles un marché peut être signé lorsque le juge du référé précontractuel a été saisi, a signé le contrat alors qu'il était clairement informé de l'existence d'un référé précontractuel, qui lui avait été notifié. Il y a lieu, dans ces conditions, de lui infliger une pénalité financière d'un montant de 20 000 €.

CE, 25 janvier 2019, société hospitalière d'assurances mutuelles (SHAM), n° 423159

44

DSP. Cuisine centrale



Rémunération non substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service. Requalification en marché public

Le mode de rémunération de la société retenue pour assurer le fonctionnement d'une cuisine communale centrale et l'économie générale des stipulations conduisent à la requalification en contrat.

La convention litigieuse, dénommée « contrat de délégation du service public de la restauration collective municipale et de la cuisine centrale », a pour objet de déléguer l'exploitation de la cuisine centrale et de ses équipements, la confection et la livraison des repas en liaison froide aux restaurants scolaires et périscolaires, résidence et logements foyers de personnes âgées, centres de loisirs communaux et le portage de repas à domicile.

Aux termes du cahier des charges, « *Le délégataire, responsable du fonctionnement du service, l'exploite à ses risques et périls dans le respect des obligations fixées au présent cahier des charges et du strict respect des normes de sécurité et de santé alimentaire réglementaires et applicables dans ce domaine* ». Le même document précise que le prix des repas doit être payé conjointement par « *Les usagers au moyen d'une participation fixée sur la base des tarifs définis par la commune...* » et la commune (...) ou le CCAS au moyen d'une compensation des tarifs publics selon les modalités ci-après définies ».

45



La commune et le délégataire s'engagent également, pour chaque catégorie d'usagers, sur un prix unitaire des repas comprenant différents postes dont les charges afférentes aux prestations fournies ainsi que la rémunération du délégataire.

Pour les repas scolaires, dans les cas où le nombre de repas commandés au cours d'un exercice s'avérerait inférieur ou supérieur de plus de 5 % par rapport à la base de référence retenue (125 000 repas par an), le prix unitaire des repas fournis sur l'exercice écoulé devrait être réajusté,

Les tarifs publics des repas sont fixés par la commune en vertu du cahier des charges. Les usagers s'acquittent directement de leur participation auprès du délégataire qui facture à la commune tous les mois la compensation des tarifs publics et, pour les personnes âgées, le CCAS intervient au titre de la compensation.

Il est également prévu que « le délégataire a la responsabilité de la gestion des encaissements et du recouvrement des impayés. Il facture les prestations selon les modalités définies en commun avec le délégant. »

46



Il est également stipulé que « *Le délégataire aura la charge du recouvrement des impayés. Tout impayé définitif restera à la charge du délégataire* ».

Les prestations annexes, confection de repas spéciaux, froids ou supplémentaires pour les fêtes de Noël ou les voyages de classe, sont directement facturées à la commune. Enfin, « *en contrepartie de l'utilisation des installations immobilières de la cuisine pour la production des repas, objets de la présente délégation, le délégataire verse à la commune une redevance annuelle d'affermage d'un montant forfaitaire* ».

Il résulte de ce qui précède que, non seulement le niveau des prix de base est largement garanti, mais encore que le volume d'affaire du cocontractant repose sur une clientèle essentiellement captive. Le cocontractant de la commune peut même être indemnisé pour des repas scolaires non confectionnés par rapport aux hypothèses de départ.

47



En outre, si la fréquentation des centres de loisirs et le portage à domicile laissent subsister un risque pour le cocontractant, ce risque reste très limité. Il en va de même pour les impayés laissés à la charge du délégataire mais qui ne peuvent porter que sur la quote-part du repas qui doit lui être payée directement par l'utilisateur. La rémunération du cocontractant de la commune calculée selon ces modalités n'est pas, dans ces conditions, substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service.

Eu égard à son objet et aux modalités de rémunération du cocontractant, le contrat envisagé doit être analysé, non comme une délégation de service public, mais comme un marché public.

CAA Lyon, 20 septembre 2018, société SHCB, n° 15LY04042

48

Autorisation d'occupation temporaire du domaine public



Application en matière de commande publique (non)

L'article 101 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics a modifié les dispositions des articles L 2122-6 du code général de la propriété des personnes publiques et celles de l'article L 1311-5 du CGCT, en prohibant explicitement toute utilisation d'une autorisation d'occupation temporaire du domaine public (AOT) en tant qu'instrument de la commande publique.

Le III de l'article L 1311-5 énonce désormais qu'une AOT constitutive de droits réels ne peut avoir pour objet « *l'exécution de travaux, la livraison de fournitures, la prestation de services, ou la gestion d'une mission de service public, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation* », pour le compte ou pour les besoins de la collectivité.

JO Sénat, 10.01.2019, question n° 04399, p. 124

49

Vandalisme – marché de travaux



Dans les marchés à prix forfaitaire, les travaux réalisés par le titulaire sans ordre de service doivent lui être payés lorsqu'ils sont indispensables à la réalisation de l'ouvrage selon les règles de l'art (*CE, 14 juin 2002, n° 219874, Ville Angers*).

Cette solution n'est toutefois pas applicable au remplacement de matériaux vandalisés pendant l'exécution du chantier lorsque, comme en l'espèce, les pièces du marché stipulent que le titulaire du marché est responsable de la protection de l'ouvrage contre les dégâts occasionnés par les tiers et qu'il doit remplacer les éléments détériorés ou disparus au cours des travaux.

En ce cas, comme le souligne la cour, les travaux de remplacement « *ne constituent pas des travaux supplémentaires* ». En d'autres termes, ils font partie de la prestation rémunérée par le prix forfaitaire ; le risque de vandalisme pèse alors sur le titulaire.

CAA Douai, 31 juill. 2019, n° 17DA00701, SARL Normandie Alu

50

Pénalités pour un retard partiellement imputables au titulaire



Lorsque le cocontractant n'est que partiellement responsable d'un retard dans l'exécution du contrat, les pénalités applicables doivent être calculées seulement d'après le nombre de jours de retard imputables au cocontractant lui-même (*CE, 1er févr. 2019, n° 414068, Sté Brisset*).

En l'espèce, les sociétés appelantes avaient obtenu un lot d'un marché public de travaux en proposant une variante reposant sur l'emploi d'une technique non mentionnée par le cahier des clauses techniques particulières, laquelle avait été ensuite refusée par la maîtrise d'œuvre lors de la préparation du chantier. Bien que l'entreprise ait omis de mentionner explicitement cette technique dans son offre et que son attention ait été attirée sur les conséquences de la proposition d'une variante nécessitant des études techniques particulières, la cour retient néanmoins que le maître d'ouvrage et le maître d'œuvre « *ont fait preuve d'imprudence dès lors qu'(ils) connaissaient la non-conformité de l'offre variante* » aux exigences des documents de la consultation.

Il s'ensuit que le retard occasionné n'était pas entièrement imputable aux entreprises. Celles-ci obtiennent la réformation du jugement sur ce point et la réintégration au décompte d'une partie des sommes qu'elles demandaient.

CAA Lyon, 2 sept. 2019, n° 17LY00687, Sté Socco Travaux Publics et FTS

51

Absence de calendrier détaillé d'exécution d'un marché alloti et pénalités de retard



En cas d'allotissement du marché, le *CCAG Travaux* (art. 28.2.3) prévoit que le responsable de la mission d'ordonnancement-pilotage-coordination (OPC) doit élaborer en concertation avec les entreprises un calendrier détaillé d'exécution destiné à être approuvé par le maître de l'ouvrage.

En l'espèce, le calendrier détaillé n'avait pu être adopté par suite du désaccord d'une entreprise. L'entreprise requérante excipait de cette absence pour contester les pénalités de retard qui lui avaient été infligées. Le moyen est rejeté. En effet, d'une part, la même clause du CCAG prévoit que jusqu'à l'intervention de l'accord entre les entreprises, c'est le calendrier prévisionnel d'exécution fixé par le maître de l'ouvrage qui s'applique. D'autre part et plus fondamentalement, la cour estime que « *le calendrier détaillé, qui se borne à préciser les différents délais et tâches caractéristiques concernant chaque lot et à déterminer l'enchaînement de ces tâches au sein de la phase de travaux considérée, n'a pas pour objet de modifier le délai global d'exécution mais seulement d'en définir les modalités* ».

Il en découle que le pouvoir adjudicateur avait pu légalement infliger des pénalités de retard en se basant, en l'absence de calendrier détaillé, sur le délai global d'exécution du lot considéré.

CAA Nantes, 21 juin 2019, n° 18NT02910, Sté Vernat TP

52

Le caractère inacceptable des offres ne permet pas de recourir à la procédure négociée sans publicité ni mise en concurrence préalable



Dans le cadre de certaines procédures, comme l'appel d'offres où la procédure adaptée, lorsque seules ont été déposées des offres inappropriées, le pouvoir adjudicateur peut recourir à une procédure négociée sans publicité ni mise en concurrence préalable sous réserve de ne pas modifier substantiellement les conditions initiales du marché (*CCP, art. R. 2122-2*).

Selon une définition précisée par l'article 59 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 et aujourd'hui reprise par l'article L. 2152-4 du Code de la commande publique, est inappropriée l'offre qui est « *sans rapport avec le marché parce qu'elle n'est manifestement pas en mesure, sans modification substantielle, de répondre au besoin et aux exigences de l'acheteur qui sont formulés dans les documents de la consultation* ».

Dans la présente affaire, une commune avait cru pouvoir procéder ainsi au motif que l'ensemble des offres déposées par les candidats à un marché de travaux passé en procédure adaptée dépassait l'estimation du prix de l'opération. La cour estime qu'une telle situation ne correspond pas à la définition susmentionnée.

En effet, de telles offres ne sont pas inappropriées mais inacceptables (*CCP, art. L. 2152-3*) et l'infructuosité en découlant ne permet que de recourir à la procédure avec négociation, ce qui, n'ayant guère de sens s'agissant d'une procédure adaptée, ne concerne que les appels d'offres (*CCP, art. R. 2124-3, 6°*).

Il s'ensuit une irrégularité qui, eu égard à sa particulière gravité, justifie l'annulation du contrat.

CAA Marseille, 1er avr. 2019, n° 18MA03971, Sté Loximat

53

Procédure adaptée : le pouvoir adjudicateur n'est pas tenu d'admettre à la négociation un candidat ayant présenté une offre irrégulière



Une société membre d'un groupement candidat à l'attribution d'un marché de travaux passé en procédure adaptée contestait l'attribution du contrat et demandait la condamnation de la commune contractante à l'indemniser du préjudice consécutif au rejet de son offre.

Cette société ayant présenté une offre irrégulière, elle ne pouvait se prévaloir que des vices en rapport direct avec cette irrégularité ou que le juge devrait relever d'office. Or, elle faisait précisément valoir que le fait pour la commune de ne pas l'avoir admise à la négociation sur le prix prévue par le règlement de la consultation l'avait privée de la possibilité de régulariser son offre.

Il est en effet admis que, dans le cadre d'une procédure adaptée comportant une négociation, celle-ci puisse permettre aux candidats ayant déposé une offre irrégulière de procéder à sa régularisation (*CE, 30 nov. 2011, n° 353121, Min. Défense et Anciens combattants* - V. désormais : *CCP, art. R. 2152-1*). Toutefois, le pouvoir adjudicateur étant libre de choisir les candidats avec lesquels il souhaite négocier, sa faculté d'admettre à la négociation les candidats ayant présenté des offres irrégulières n'est pas une obligation (*même arrêt*). Le moyen est donc rejeté.

Il en va de même des prétentions indemnitaires de la requérante, que l'irrégularité de son offre rendait dépourvue de toute chance d'obtenir le marché (*CAA Nancy, 10 avr. 2018, n° 17NC00030, Cne Sainte-Marie-aux-Chênes*).

CAA Lyon, 21 mars 2019, n° 16LY03350, Sté MDTP

54

Conditions d'une indemnisation au titre de l'allongement de la durée d'un marché à forfait



L'entreprise titulaire d'un marché à forfait n'est fondée à réclamer une indemnité pour les difficultés rencontrées dans son exécution que dans la mesure où elle démontre:

- soit que ces difficultés trouvent leur origine dans des sujétions imprévues, à condition toutefois qu'elles aient pour effet de bouleverser l'économie du contrat ;
- soit qu'elles sont imputables à une faute de la personne publique « *commise notamment dans l'exercice de ses pouvoirs de contrôle et de direction du marché, dans l'estimation de ses besoins, dans la conception même du marché ou dans sa mise en œuvre, en particulier dans le cas où plusieurs cocontractants participent à la réalisation de travaux publics* ».

Dans la présente affaire, l'entreprise requérante, qui demandait à être indemnisée de surcoûts consécutifs à un allongement de la durée du marché, ne fournissait aucun élément relatif à un éventuel bouleversement de l'économie du contrat ni ne démontrait de caractère exceptionnel des causes du retard ; elle n'apportait pas davantage la preuve d'une faute du maître de l'ouvrage dans la coordination des opérations. Sa demande indemnitaire est donc rejetée.

CAA Paris, 28 févr. 2019, n° 17PA00436, Sté Tahitienne de Construction

55

Forclusion de l'entrepreneur n'ayant pas présenté de mémoire en réclamation



Le dépôt par l'entrepreneur du mémoire en réclamation prévu par l'article 50 du CCAG-Travaux constitue un préalable obligatoire à la saisine du juge d'une demande d'indemnité du fait de travaux supplémentaires ou de retard dans l'exécution du chantier.

La cour confirme donc l'irrecevabilité pour forclusion de l'entrepreneur qui ne justifiait pas avoir procédé dans les délais prescrits à une réclamation en bonne et due forme. Rappelons à ce titre qu'un mémoire en réclamation doit, pour être considéré comme tel, indiquer les motifs de la contestation et le montant des réclamations accompagné des justificatifs nécessaires et qu'elle doit être adressée au maître d'ouvrage avec copie au maître d'œuvre (CCAG-Travaux 2009, art. 50.1).

La présentation ultérieure d'une demande indemnitaire au maître de l'ouvrage ne saurait pallier l'absence de cette condition, alors surtout qu'elle interviendrait, comme en l'espèce, après la signature du décompte général et définitif.

CAA Bordeaux, 8 févr. 2019, n° 16BX01862, Sté Bati-coffrage

56

CE., 9 mars 2018, *Commune du Mont-Saint-Michel, n°409972*
 Délégation de service public

Modification substantielle des tarifs par avenant (non)

Les délégations de service public sont soumises aux principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, qui sont des principes généraux du droit de la commande publique.

Pour assurer le respect de ces principes, **les parties à une convention de délégation de service public ne peuvent, par simple avenant, apporter des modifications substantielles au contrat en introduisant des conditions qui, si elles avaient figuré dans la procédure de passation initiale, auraient pu conduire à admettre d'autres candidats ou à retenir une autre offre que celle de l'attributaire.**

Elles ne peuvent notamment **ni modifier l'objet de la délégation ni faire évoluer de façon substantielle l'équilibre économique du contrat** tel qu'il résulte de ses éléments essentiels, comme la durée, le volume des investissements ou les tarifs.

Les tarifs sont au nombre des éléments essentiels qui concourent à l'équilibre économique du contrat. Ainsi, l'avenant prévoyant des hausses de tarifs comprises entre 31 et 48 %, qui se traduiraient par une augmentation de plus d'un tiers des recettes allant très au-delà de la compensation des augmentations de charges (liées aux modifications des obligations du délégataire convenues par ailleurs) apporte au contrat une modification substantielle.

57

JO Sénat, 01.02.2018, question n° 01750, p.435
 Démarchage d'une collectivité

Candidature spontanée. Mise en concurrence

Tout acheteur soumis à l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics a l'obligation de respecter les règles de publicité et de mise en concurrence qui s'y rattachent. **La sollicitation par démarchage est assimilable à une candidature spontanée.** Les principes posés par le guide des bonnes pratiques en matière de marchés publics (point 10.1.2) restent d'actualité.

De ce fait, il convient de rappeler que **les offres spontanées ne permettent pas à l'acheteur de contracter directement avec les entreprises qui en sont à l'origine.** Si celui-ci souhaite donner suite à un tel projet, il doit **organiser la mise en concurrence de tous les opérateurs économiques potentiellement intéressés par sa mise en œuvre**, offrant toutes les garanties d'impartialité de la sélection.

En outre, l'acheteur doit veiller à éviter, d'une part, de porter atteinte à l'égalité entre les candidats en reprenant dans le cahier des charges des indications techniques directement inspirées de celles présentées par l'entreprise initiatrice et, d'autre part, de diffuser des informations commerciales ou techniques protégées par le secret des affaires.

58

CE, 24 octobre 2008, *Syndicat intercommunal d'eau et d'assainissement de Mayotte*, n°300034

Appel à la concurrence. Visite des candidats sur le chantier

Dans le cadre d'un appel d'offres, le maire peut-il convoquer en même temps les entreprises concurrentes lors de la visite de chantier préalable ?

Rien ne s'oppose à ce qu'une telle visite soit organisée.

1. La visite sur site consiste à demander aux candidats de visiter les lieux concernés par les prestations, objet du marché, avant la remise des offres. Le décret n° 2016-360 relatif aux marchés publics n'est pas très prolix en la matière. Cette visite sur site n'est évoquée que pour préciser que les délais minimaux de remise des offres doivent être prolongés (art. 43). Cela ne signifie pas que la visite sur site doit être obligatoire. **Le pouvoir adjudicateur décide, dans le règlement de consultation, du caractère obligatoire ou non de la visite du site.**

2. Le Conseil d'État a validé le principe d'une visite sur site unique pour l'ensemble des candidats. Il a considéré que « l'organisation, par l'autorité délégante, d'une visite unique des sites objet de la délégation de service public soumise à la concurrence, à laquelle participe l'ancien bénéficiaire de la délégation, n'est pas en elle-même constitutive d'un manquement au principe d'égalité entre les candidats ».

59

CAA Nancy, 28 déc. 2017, n°17NC00947, *Société Hanover*
Publicité des MAPA inférieurs à 90 000 € HT

« Considérant qu'avant de conclure avec la société Pass Ingénierie le marché de maîtrise d'œuvre des travaux de construction d'une salle multifonctions à vocation sportive et d'expression corporelle, d'un montant prévisionnel inférieur à 90 000 euros hors taxes correspondant à un coût total des travaux estimé à 1 250 000 euros hors taxes, la commune de Vigy s'est bornée, dans le cadre de la procédure adaptée prévue à l'article 28 du Code des marchés publics, à adresser une lettre de consultation à trois agences d'architecture alsaciennes ;

- que compte tenu de l'objet du marché, ces mesures ne permettaient pas d'assurer une publicité suffisante auprès de l'ensemble des architectes ayant vocation à y répondre afin que soient respectés les principes de libre accès à la commande publique et d'égalité de traitement des candidats ;

- qu'un tel manquement du pouvoir adjudicateur à ses obligations a eu pour conséquence de restreindre irrégulièrement l'accès des architectes à ce marché et d'affecter ainsi les modalités d'exercice de cette profession ; que le conseil régional de l'ordre des architectes de Lorraine justifiait, par conséquent, d'un intérêt lui donnant qualité pour contester la validité de ce marché ; (...)

60

CE., 16 avril 2018, n°417235, *Département Corse du sud*
 Qualification d'offre irrégulière



Le Conseil d'État juge qu'il ressort des énonciations de l'ordonnance attaquée que le juge a relevé que la société candidate a transmis au soutien de son offre le bordereau initial des prix, sur lequel n'apparaissaient pas les prescriptions attendues concernant la rubrique 7.11 du règlement de consultation relative à la zone de sécurité, **alors même que cette société avait pris connaissance de la modification du bordereau effectuée par le pouvoir adjudicateur** dont elle a nécessairement tenu compte pour rédiger son offre, ainsi que le détail estimatif des prix le confirme.

En en déduisant que la circonstance, pour regrettable qu'elle soit, que **la société Sotrarout n'a pas utilisé le bordereau des prix tel qu'il avait été modifié par le pouvoir adjudicateur n'était pas de nature, à elle seule, à pouvoir faire regarder son offre comme irrégulière** et au surplus, que le département aurait pu lever toute éventuelle ambiguïté en demandant une régularisation à cette candidate, le juge des référés n'a pas commis d'erreur de droit.

61

CE., 21 mars 2018, n°415929, *Département des Bouches-du-Rhône*
 L'invitation à régulariser une offre irrégulière est facultative



Le décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics envisage la possibilité, pour l'acheteur public, même s'il ne choisit pas de négocier avec les soumissionnaires, d'inviter ces derniers, le cas échéant, à régulariser leur offre. Sous réserve que la régularisation n'aboutisse pas à en modifier les caractéristiques essentielles (*art. 59*).

Mais aujourd'hui, comme hier (*CE, 20 mai 2009, n° 318871, Département du Var*), la faculté ainsi offerte à l'acheteur public n'est pas une obligation.

L'irrégularité était ici indiscutable. Le RC imposait aux candidats de justifier qu'ils disposeraient des personnels nécessaires à l'exécution du marché. L'entreprise en cause n'avait produit aucun élément justificatif. Son offre était donc incomplète et irrégulière en conséquence. Elle pouvait être éliminée même en l'absence de toute invitation préalable à régulariser.

62

Critères de sélection des offres



Références des candidats (conditions)

Sachant que l'on demande déjà les références au stade de la candidature et que ces dernières ne peuvent être éliminatoires, peut-on exiger du soumissionnaire des références au stade de l'offre ?

Il est possible d'intégrer un critère basé sur l'expérience : l'acheteur peut retenir, pour choisir l'offre économiquement la plus avantageuse, un critère reposant sur l'expérience des candidats, et donc sur leurs références portant sur l'exécution d'autres marchés publics (art. 62 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics : « c) L'organisation, les qualifications et l'expérience du personnel assigné à l'exécution du marché public lorsque la qualité du personnel assigné peut avoir une influence significative sur le niveau d'exécution du marché public »).

Mais cette prise en compte doit être rendue objectivement nécessaire par l'objet du marché et la nature des prestations à réaliser et ne pas avoir d'effet discriminatoire (CE, 2 août 2011, parc naturel régional des Grands Causses, n° 348254 ; CE, 6 mars 2009, commune d'Aix-en-Provence, n° 314610 ; CAA Marseille, 29 octobre 2012, commune de Fréjus, n° 10MAO2554).

63

CE., 4 déc. 2017, n°413366, *Ministre de l'intérieur c/ Région Pays de la Loire* Clauses « d'interprétariat »



Le Conseil d'État s'est prononcé pour la première fois en faveur de l'insertion d'une clause « d'interprétariat ».

En l'espèce, le CR des Pays de la Loire avait lancé une procédure de passation d'un marché public de travaux pour un lycée, et avait inséré au sein du CCAP 2 clauses d'interprétariat : présence obligatoire d'un interprète sur le chantier afin d'informer les salariés non francophones sur leurs droits sociaux et permettre la protection de leur sécurité et de leur santé.

Le Conseil d'État a ici estimé que les clauses en question présentaient un lien suffisant avec l'objet du marché, et *"qu'à supposer même que la clause litigieuse puisse être susceptible de restreindre l'exercice effectif d'une liberté fondamentale garantie par le droit de l'Union européenne [la libre concurrence], elle poursuit un objectif d'intérêt général dont elle garantit la réalisation sans aller au-delà de ce qui est nécessaire pour l'atteindre"*.

La clause d'interprétariat ne se confond pas avec la clause « Molière », laquelle impose l'usage exclusif du français sur le chantier.

64

CAA Nantes, 24 nov. 2017, n° 16NTO2706 , Groupement société Dynamiques foncières
Le « sourçage/ sourcing »



Pratique consistant à contacter des candidats potentiels avant le lancement des procédures de mise en concurrence

Lorsque l'acheteur procède au sourçage, il se situe par définition en amont des règles de la commande publique. Ce n'est qu'après, lors du déroulement de la procédure de passation, que pourront être constatés tels ou tels déficits d'information ou tel déséquilibre. Il reviendra aux concurrents évincés de démontrer que les contacts préalables les ont défavorisés ou ont pu avantager l'attributaire du contrat.

S'il est démontré que les informations échangées conduisent à désavantager « de manière significative » les candidats qui n'ont pas participé aux échanges préalables, le juge administratif peut sanctionner la pratique du sourçage.

65

CAA Nantes, 24 nov. 2017, n° 16NTO2706 , Groupement société Dynamiques foncières
Le « sourçage/ sourcing »



Pas d'obligation d'organiser une publicité préalable au sourçage : mais la publicité peut permettre d'éviter que les concurrents évincés se plaignent d'être désavantagés, et elle accroît l'efficacité du sourçage (multiplication des points de vue et des produits disponibles),

Possibilité de faire élaborer des documents par le « sourcé » : les opérateurs économiques « sourcés » peuvent produire des documents repris ensuite par l'acheteur public. Il convient de régler la question de la propriété intellectuelle avec les « sourcés », en leur demandant dans quelle mesure ils acceptent la réutilisation des informations qu'ils ont fournies.

Aucun texte n'impose d'assurer la traçabilité des résultats du sourçage. Le pouvoir d'appréciation de l'acheteur demeure intact, même s'il devra en rendre compte en cas de contentieux.

66

CAA Lyon, 16 nov. 2017, n°16LY03824
Distinction entre vente et concession d'aménagement



« Considérant que **la délibération contestée ne contient aucune spécification précise** sur les trente logements locatifs à loyer conventionné envisagés et ne formalise aucun projet d'accord avec la société d'économie mixte immobilière du département du Gard pour la réalisation et l'exploitation de ces immeubles ; que l'autorisation donnée par le conseil municipal **ne porte que sur l'aliénation d'un terrain, assortie d'un engagement concomitant d'acquisition d'un local vide et de deux places de stationnement** ; que, même si la commune de Langlade ne compte qu'un peu plus de 2 000 habitants et pourrait en retirer un **intérêt économique direct**, une telle opération ne peut être regardée comme conduisant à un réaménagement de son espace urbain compte tenu des caractéristiques du programme de construction envisagé, de la faible importance des travaux et de son coût modeste ; **que la simple mention dans la délibération contestée de l'engagement pris par la commune de développer une démarche environnementale ambitieuse et de rechercher un niveau de très haute performance énergétique pour l'ensemble des locaux à construire ne peut davantage permettre, faute d'autres précisions, de regarder la délibération litigieuse comme autorisant la passation d'une convention d'aménagement ou d'un marché public conclu pour répondre aux besoins de la commune ; (...)** »

La Cour décide que, la vente ne comportant pas d'obligation d'aménagement, sa requalification ne s'impose pas.

« Sans d'autres précisions » : à quelques indices supplémentaires près, la requalification est encourue.

67

Conseil d'état, 15 novembre 2017, Société Idex Territoires, N°412644



Concession de service public. Détermination insuffisante des besoins. Imprécisions sur les périmètre

Le règlement de consultation en vue de l'attribution d'une concession portant sur l'exploitation d'un réseau public de chaleur indique, s'agissant du périmètre, que la concession peut comprendre l'exploitation du réseau de chaleur dans un seul quartier de la commune, un ou plusieurs quartiers de la commune, voire de deux communes voisines, ou éventuellement un périmètre encore plus large, ne comportant pas en annexe le plan de la concession et se bornant à fixer une durée maximale.

Si le fait de fixer seulement une durée maximale ne constitue pas, à lui seul, un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence, l'incertitude sur le montant des investissements à réaliser et à amortir qui résulte par ailleurs des imprécisions sur le périmètre de la concession traduit une insuffisante détermination de ses besoins par la commune. Celle-ci a en conséquence manqué aux obligations de publicité et de mise en concurrence qu'imposent les articles 27 et 34 de l'ordonnance n° 2016-65 du 1^{er} février 2016 et 6 du décret n° 2016-86 du 1^{er} février 2016.

68

CAA Marseille, 9 octobre 2017, SARL RAFFALLI Paul Mathieu, N°16MA04394



Rejet d'une offre pour insuffisance des capacités financières. Motivation

Montant du marché représentant 75 % du chiffre d'affaires du candidat. Erreur d'appréciation

Il résulte de l'instruction que le pouvoir adjudicateur a écarté la candidature de la société à raison de l'insuffisance de ses capacités techniques et financières.

D'une part, l'acheteur ne fait état d'aucun élément de nature à remettre en cause l'aptitude technique de la société à exécuter le marché, alors que celle-ci dispose d'une vingtaine de préposés, de matériels dont il n'est pas soutenu qu'ils seraient inadaptés au chantier et présente de nombreuses références de chantiers comparables.

D'autre part, si le montant du marché attribué représente de l'ordre de 75 % du chiffre d'affaires annuel réalisé par l'entreprise au cours des trois dernières années, cette circonstance n'est pas de nature, à elle seule et en l'absence de tout élément invoqué par l'acheteur sur ce point notamment quant à la spécificité du marché, à établir que la société ne dispose pas de la capacité financière pour exécuter le marché.

Il s'ensuit que la société est fondée à soutenir que l'acheteur a commis une erreur manifeste dans l'appréciation de ses capacités professionnelles et financières et que c'est dès lors à bon droit que le tribunal administratif a jugé que son éviction de la procédure de passation était irrégulière.

69



MERCI DE VOTRE ATTENTION

Christophe FORCINAL

Avocat Associé

Droit Public

christophe.forcinal@sofiges-avocats.com

SOFIGES

Société d'avocats

3, Rue du 33^{ème} Mobiles

72016 LE MANS CEDEX 2

Tel : 02 43 81 00 81

Fax : 02 43 82 64 80

Mob: 07 84 00 65 35

70