



# NOTE DE VEILLE REGLEMENTAIRE

Octobre 2020 / RÉDACTEUR : CKS PUBLIC

**CKS** Public



### ❖ La date de publication de l'avis de l'avis d'attribution : point de départ du recours en contestation de validité du contrat (Conseil d'État, 7ème - 2ème chambres réunies, 03/06/2020, 428845)

En l'espèce, une société classée seconde et n'ayant donc pas été attributaire d'un marché d'assurance, a demandé la résiliation dudit marché.

Le Conseil d'Etat a affirmé que « la publication d'un avis mentionnant à la fois la conclusion du contrat et les modalités de sa consultation dans le respect des secrets protégés par la loi permet de faire courir le délai de recours contre le contrat ». Ainsi, ce n'est pas la date de conclusion du contrat qui doit être prise en compte comme point de départ du délai de recours mais bien la date de publication des mesures de publicité appropriées, tel que l'avis JOUE.

[Conseil d'État, 7e – 2e chambres réunies, 3 juin 2020, n° 428845](#)

### ❖ Publication d'un guide de l'achat public anti-corruption

La Direction des Achats de l'Etat ainsi que l'Agence Française Anticorruption se sont unies pour produire un nouveau guide de l'Achat public afin de lutter contre la corruption, le favoritisme, la prise illégale d'intérêts ou le détournement de fonds publics.

Ce guide concerne l'ensemble des acteurs du processus « acheter » et a pour but de les « former » à détecter les pratiques illégales dans les achats.

La loi Sapin II prévoyait déjà la mise en œuvre de diverses mesures préventives destinées à éviter les actes de corruption en imposant notamment l'adoption d'un code de conduite intégré au règlement intérieur ou encore l'instauration d'un dispositif de contrôle et d'évaluation interne des mesures mises en place.

Ce guide a donc vocation à aider les acheteurs publics à mettre en pratique les obligations de la loi Sapin II et s'inscrit dans la continuité de la lutte engagée contre la corruption dans les marchés publics.

[https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions\\_services/dae/doc/Guide\\_maitrise\\_risque\\_corruption.pdf](https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/dae/doc/Guide_maitrise_risque_corruption.pdf)



### ❖ Une entreprise dont l'offre irrégulière a été rejetée peut contester l'irrégularité de l'offre retenue (CE, 27 mai 2020, n° 435982)

Dans le cadre d'un marché de nettoyage alloti, une entreprise a vu son offre rejetée pour cause d'irrégularité. Celle-ci a saisi le tribunal administratif afin d'obtenir l'annulation de la procédure de passation, en dénonçant l'irrégularité de l'offre d'une entreprise attributaire, invoquant qu'il s'agissait d'une offre anormalement basse.

Jusqu'alors, la possibilité de former un recours était réservée aux soumissionnaires ayant été lésés et présentant un intérêt à agir et donc des moyens en lien avec son éviction.

Ainsi, dans un premier temps, le juge des référés a décidé, par une ordonnance du 30 septembre 2019 contre laquelle se pourvoit en cassation la société, qu'il n'y avait pas lieu de statuer sur la demande de cette entreprise et le dossier a finalement été porté devant le Conseil d'Etat.

Ce dernier a été inspiré par un arrêt de la Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE, 4 juillet 2013, aff. C-100/12), qui avait indiqué que le recours d'une entreprise, dont l'offre a été déclarée irrégulière, peut être légitime et justifié si celui-ci mène le pouvoir adjudicateur à annuler la procédure et à en relancer une autre.

Ainsi, le Conseil d'Etat a jugé que la circonstance que l'offre du concurrent évincé, auteur du référé contractuel, soit irrégulière ne fait pas obstacle à ce qu'il puisse se prévaloir de l'irrégularité de l'offre de la société attributaire du contrat en litige », notamment « lorsqu'une offre peut être assimilée, par le juge des référés dans le cadre de son office, à une offre irrégulière en raison de son caractère anormalement bas ».

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETATEXTO00041929790&fastReqId=322749065&fastPos=1>



### ❖ Réaffirmation de la distinction entre un marché public et une convention (CE, 10/07/2020, N° 427782)

Une société s'est pourvue en cassation contre un arrêt de la Cour Administrative d'Appel (CAA) de Nantes, qui a rejeté sa demande d'annulation de la convention constitutive du groupement de coopération sanitaire et d'indemnisation en réparation des préjudices subis du fait de son éviction à la conclusion de la convention.

Le Centre Hospitalier de Saint-Calais a conclu une convention constitutive d'un groupement de coopération sanitaire avec une entreprise (ce GCS est donc une personne morale de droit public), dont l'objet est de réaliser des examens de radiologie à l'aide d'un scanner mis à disposition par le CH.

Le Conseil d'Etat rappelle que « *les honoraires des actes accomplis par les médecins libéraux intervenants sont intégralement versés à l'entreprise sous forme de rétrocessions* ». Ainsi, la convention n'a pas pour objet l'acquisition de biens, de travaux ou de services et ne peut donc pas assimiler à un marché public. Un marché public étant un contrat conclu à titre onéreux entre un pouvoir adjudicateur et un opérateur économique.

Le Conseil d'Etat rejette donc le pourvoi formé par la société requérante, et réaffirme la distinction entre une convention et un marché public.

Attention, le Conseil d'Etat ne se prononce pas sur la modalité de mise en œuvre du GCS (notamment en matière de mise en concurrence des partenaires potentiels).

<https://www.conseil-etat.fr/fr/arianeweb/CE/decision/2020-07-10/427782>

### ❖ Le dépassement d'une enveloppe financière indicative ne rend pas l'offre irrégulière (CAA Nantes, 10/07/2020, N° 19NT00091)

Dans le cadre d'un marché passé entre une SEM Orléanaise et un groupement d'entreprises, une société évincée a saisi le juge administratif afin que celui annule ou résilie le marché.

Cette société apporte l'argument suivant : le pouvoir adjudicateur avait indiqué, dans le Règlement de Consultation « *La part de l'enveloppe financière du projet affectée à la tranche ferme du marché est de 10 000 000 € HT* », or l'attributaire du marché a offert 14 500 000 € HT pour réaliser cette tranche ferme. Selon la société requérante, l'offre de l'attributaire aurait du être jugée inacceptable.

La CAA de Nantes a donné tort au requérant, indiquant que l'enveloppe financière était « indicative » et non « impérative », et que cela ne suffisait donc pas à rendre l'offre inacceptable, mais seulement à attribuer une moins bonne note à cette offre.

Si la CAA rappelle la distinction entre « Crédits budgétaires alloués » et « Montant estimé », plusieurs remarques peuvent cependant être faites :

- La SEM aurait du préciser « enveloppe financière prévisionnelle » dans le RC. Le mot « enveloppe » ne porte pas suffisamment le sens d'une estimation et est trop souvent associé au mot « budget » (« enveloppe budgétaire ») pour qu'il n'y ait pas de confusion. La lecture de la CAA est, de notre point de vue, très indulgente à l'endroit de la SEM ...
- Indiquer une « enveloppe financière » dans un règlement de consultation est de nature à orienter les choix techniques des soumissionnaires. L'écart entre la note de l'attributaire et celle du requérant est de 7%. L'offre du titulaire est 45% supérieure au montant « suggéré ». Certainement la qualité de la mise en concurrence a été « perturbée » par cette indication erronée ...

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETATEXT00042115181&fastReqId=386250323&fastPos=1>



### ❖ **Le Titulaire d'un marché public résilié pour motif d'intérêt général n'est pas systématiquement indemnisé (CAA de DOUAI, 3ème chambre, 09/07/2020, 19DA01695)**

Un marché de location de photocopieurs conclu entre un Lycée professionnel et une entreprise a été résilié pour motif d'intérêt général. Le motif invoqué étant la suppression du lycée, suite à une décision de la région des Hauts de France.

Suite à cette résiliation, l'entreprise a demandé, d'une part, le paiement des loyers trimestriels prévus jusqu'à la fin du contrat et, d'autre part, la restitution du matériel par la région.

Les documents du marché ne prévoyant pas d'indemnisation en cas de résiliation pour motif d'intérêt général, la CAA de Douai, a rejeté la demande de paiement des loyers de la société.

Concernant la restitution du matériel, la Cour souligne que le pouvoir adjudicateur a proposé à l'entreprise de récupérer le matériel, et que celle-ci ne s'est jamais manifestée. Ainsi, c'est son inaction qui a induit les pertes de l'entreprises, liées à la non restitution du matériel, et la Cour rejette sa demande d'indemnisation à ce titre.

De plus, la société requérante, qui a contesté la décision de résiliation, plus de deux mois après sa notification, a justifié ce délai en indiquant que cette notification n'avait pas précisé les délais de recours. A cet argument, la réponse de la Cour est très claire: aucune disposition n'impose d'indiquer des délais de recours dans une décision de notification qui entraîne le démarrage du délai de deux mois imposé par le Code de justice administrative.

[https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000042204779?tab\\_selection=all&searchField=ALL&query=19DA01695&page=1&init=true](https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000042204779?tab_selection=all&searchField=ALL&query=19DA01695&page=1&init=true)

### ❖ **Projet de loi ASAP: quels assouplissements des règles de la commande publique?**

Le projet de loi pour l'Accélération et la Simplification de l'Action Publique (ASAP - Acronyme anglo-saxon pour « *As Soon As Possible* », « dès que possible » en français) porte des propositions d'assouplissement de certaines règles du Code de la Commande Publique (CCP).

Ces assouplissements concernent d'une part l'exclusion, du champ d'application du code, des services juridiques de représentation légale par un avocat dans le cadre d'une procédure juridictionnelle ou dans le cadre d'un mode de règlement des litiges (article 46 du projet de loi). Actuellement, ce type de service est régi par l'article R21213-1 du CCP qui lui permet le recours à une procédure adaptée quel que soit le montant de marché. Cette volonté d'assouplissement est motivée par les spécificités propres aux prestations d'avocats. En effet, le projet de loi souligne que « *l'intuitu personae constitue l'essence du mandat qui lie l'avocat à son client, particulièrement important dans le cadre d'une procédure juridictionnelle* ». Cette mesure est conforme aux directives européennes et à la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) et a fait l'objet d'un avis favorable du Conseil d'État. Cependant ... Toute prestation intellectuelle est assise sur une co-production évidemment facilitée par un intuitu personae fort. Faut-il pour autant s'affranchir du principe de mise en concurrence garant d'un bon usage du denier public ?



Un amendement à ce projet de loi ouvre également la possibilité d'utiliser la procédure sans publicité ni mise en concurrence préalable, pour un « motif d'intérêt général ». *Il ne s'agit pas, toutefois, de permettre aux acheteurs de décider eux-mêmes de déroger aux procédures en fonction de leur propre appréciation de l'intérêt général à un moment donné. Les cas dérogatoires restent définis par décret en Conseil d'État (art. R. 2122-1 et s. du CCP).*

Le Code de la Commande Publique oblige d'ores et déjà un acheteur qui passe un marché de partenariat à :

- Exiger du titulaire qu'il confie une partie du marché à des petites et moyennes entreprises ou à des artisans (art. L. 2213-14)
- Tenir compte de cette part dans les critères d'attribution (art. L. 2222-4).

Le projet de loi ASAP prévoit que les acheteurs publics pourront prendre en compte, via un critère de choix, la part accordée aux TPE et PME dans les marchés globaux

<http://www.senat.fr/leg/pjl19-307.pdf>

### ❖ **Un groupement de commande peut lancer une procédure de passation avant la signature de la convention constitutive du groupement (CE, 9 juin 2020, n° 436922)**

La Métropole Nice Côte d'Azur a lancé en octobre 2018 une procédure de délégation de service public (DSP) pour l'exploitation de plage (14 lots). Trois entreprises évincées ont saisi le juge administratif qui a annulé la procédure de passation en estimant notamment que La Métropole Nice Côte d'Azur ne détenait pas la compétence nécessaire, lors de l'analyse des offres, pour mener une procédure de passation. En effet, le contrat par lequel l'État était susceptible de lui attribuer la concession des plages naturelles de Nice, dont l'attributaire était jusque-là la ville de Nice n'était pas encore signé. Selon les sociétés requérantes, cela rendait la commission de délégation de service public, qui a procédé à l'appréciation des offres, irrégulièrement composée.

La Métropole Nice Côte d'Azur s'est pourvue en cassation. Le Conseil d'État, dans sa décision, a innové, puisqu'il a admis la possibilité de lancer une procédure de passation pour un pouvoir adjudicateur qui pourra justifier à terme de « la compétence nécessaire à la conclusion et à l'exécution d'un contrat de la commande publique, notamment parce que la procédure, par laquelle la compétence nécessaire doit lui être dévolue, est déjà engagée ». Il précise que cette personne publique doit néanmoins annoncer, dans le DCE, que le marché pourra être notifié seulement lorsque l'obtention de cette compétence sera effective.

Ainsi, le CE a cassé le jugement du juge des référés du tribunal administratif de Nice.

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETATEXT000041982579&fastReqId=780265163&fastPos=1>



- ❖ **Est-il possible de sanctionner le Titulaire d'un marché en cas de modification substantielle du marché public par le pouvoir adjudicateur ? (CJUE, 14 mai 2020, T-Systems Magyarország Zrt., BKK Budapesti Közlekedési Központ Zrt. Contre Közbeszerzési Hatóság Közbeszerzési Döntőbizottság)**

La CJUE, saisie par la Hongrie dans le cadre d'une demande de décision préjudicielle, a dû se prononcer sur la question de savoir si la réglementation de l'Union Européenne en matière de commande publique interdisait à une réglementation nationale de sanctionner à la fois le pouvoir adjudicateur et le Titulaire d'un marché public, lorsque les règles de passation n'ont pas été respectées lors de la modification d'un marché en cours d'exécution, en dehors des cas listés et prévus par les directives.

En l'espèce, le litige est né d'une amende appliquée par la commission arbitrale des marchés publics de Hongrie au pouvoir adjudicateur BKK et au titulaire d'un marché relatif à la fabrication, au transport, à l'installation et à la mise en exploitation de distributeurs de titres de transport, en raison de la modification, en cours d'exécution, du contrat qui les liait sans avoir recouru à de nouvelles procédures de passation.

Le droit européen de la commande publique s'oppose-t-il dans ce cas à l'application d'une amende au pouvoir adjudicateur ET au Titulaire du marché public ? Sur quelle base doit être calculé le montant de l'amende ?

Tout d'abord, la CJUE affirme que la réglementation européenne ne saurait « *faire obstacle ni à ce qu'une procédure de recours puisse être enclenchée d'office par une autorité de contrôle ni à ce qu'une infraction tenant à la modification d'un contrat de marché public en cours d'exécution en violation des règles de passation des marchés publics puisse être imputée non seulement au pouvoir adjudicateur mais également à l'attributaire du marché et, par conséquent, à ce qu'une sanction sous forme d'amende soit imposée tant au pouvoir adjudicateur qu'à ce dernier* ». En effet, la CJUE rappelle que la définition d'un marché public contient la notion « d'opérateur économique » et englobe donc celle « d'attributaire du marché ».

La CJUE précise en revanche que « *lorsqu'une telle possibilité est prévue par la réglementation nationale, la procédure de recours doit respecter le droit de l'Union, y compris les principes généraux de celui-ci, dans la mesure où le marché public concerné relève lui-même du champ d'application matériel des directives sur les marchés publics, que ce soit ab initio ou à la suite de sa modification illégale* ».

Concernant le montant de l'amende, la CJUE précise que celui-ci doit être fixé en tenant compte du principe de proportionnalité, principe selon lequel les règles appliquées par les Etats membres doivent être proportionnelles aux objectifs poursuivis par les directives sur les marchés publics.



Ainsi, en l'espèce, « *ce montant doit être fixé en relation avec le comportement ou les agissements des parties au contrat de marché public concerné pendant la période au cours de laquelle elles ont envisagé de modifier celui-ci* » et « *en prenant en considération les comportements propres à chacune de ces parties* », tel que par exemple, l'initiative prise ou non par le Titulaire de modifier le contrat.

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=226485&pageIndex=0&doclang=fr&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1583813>

### ❖ **Quid des conséquences du Brexit sur les marchés publics passés avec les entreprises britanniques?**

Dans une question ministérielle posée au Ministre de l'Economie et des Finances français, est soulevée la problématique relative aux éventuelles conséquences qu'induirait le Brexit sur les marchés publics et en particulier les marchés publics de défense et de sécurité (MPDS) conclus avec une entreprise Britannique.

En effet, l'auteur de la question rappelle que le Code de la Commande Publique pose le principe de la préférence européenne pour les marchés publics de défense ou de sécurité (MPDS). Ces marchés sont réservés aux opérateurs économiques de l'Union Européenne (UE) ou d'un État partie à l'Espace économique européen, et sont fermés aux opérateurs économiques issus de pays tiers.

Ainsi, qu'en est-il, face à ce principe de préférence européenne des entreprises Britanniques Titulaires de MPDS en cours ? Comment appliquer d'éventuelles sanctions ?

La réponse du Ministre, publiée le 11 août 2020, est plutôt claire :

L'accord de retrait négocié pour le moment avec le Royaume-Uni permet à ce dernier, tout au long de la durée de la période transitoire, d'être traité comme un Etat Membre. Ainsi, le Royaume-Uni continue de bénéficier d'un droit d'accès au marché unique européen et d'appliquer le droit européen. Les entreprises britanniques peuvent donc « encore » se porter candidates aux marchés publics passés par des autorités publiques européennes. En revanche, si le Brexit est finalement adopté sans accord, le Royaume-Uni deviendra un état tiers à l'Union Européenne (UE) ...

En revanche, le Ministre souligne dans sa réponse que la perte par les Entreprises britanniques de la qualité de « ressortissantes européennes » n'aurait aucune incidence sur les MPDS en cours d'exécution. Une entreprise Britannique titulaire d'un marché ne peut pas méconnaître ses obligations contractuelles et peut être sanctionnée par le juge du pays européen dans lequel le marché a été notifié.

<http://questions.assemblee-nationale.fr/q15/15-26742QE.htm>



### ❖ **Italie - Interdiction d'augmenter le prix des offres dans les appels d'offres (Tar Lazio, sez. II, 20 luglio 2020, n. 8462 - Pres. Riccio, Est. Iera)**

L'Institut polygraphique et Hôtel de la Monnaie d'Italie ont lancé un appel d'offres, divisé en deux lots, ayant pour objet "la fourniture des produits et services liés aux infrastructures de production des passeports électroniques (PE), des permis de séjour électroniques (PSE) et des cartes d'identité électroniques".

Un groupement d'entreprises a vu son offre rejetée au motif qu'un des prix unitaires proposés était supérieur au prix maximum fixé par le pouvoir adjudicateur pour ce produit.

Le règlement de consultation prévoyait que les prix unitaires proposés par les soumissionnaires devaient être inférieurs à ceux précisés par le pouvoir adjudicateur. Le RC précisait également que tout offre présentant un montant total ou un montant partiel supérieur au prix indiqué par le pouvoir adjudicateur serait rejetée. Le groupement conteste cette décision en invoquant que les textes relatifs aux marchés publics « ne contiennent aucune disposition interdisant expressément la présentation d'offres supérieures au montant estimé par le pouvoir adjudicateur ». La production d'une offre supérieure au montant estimé n'affectant pas l'égalité de traitement des candidats.

Le Tribunal Administratif italien indique que le règlement de consultation n'a pas violé les dispositions de l'article 59, paragraphe 4, lettre c), du décret législatif n° 50 de 2016 interdisant le dépassement par le prix de l'offre du prix établi par le pouvoir adjudicateur.

Le Tribunal affirme que la majoration des prix unitaires de l'offre par rapport aux prix unitaires fixés par le pouvoir adjudicateur viole la clause expresse du Règlement de Consultation et autorise l'exclusion de l'offre.

Par ailleurs il est rappelé que cette "règle d'interdiction" est prévue par l'article 2, paragraphe 1, sous a) et b), du traité CE ainsi qu'aux articles 59 et 95, paragraphes 1 et 10-bis, du décret législatif n° 50 de 2016.

Ce jugement du Tribunal italien fait écho à celui de la CCA de Nantes commenté dans ce même document.

[https://www.giustizia-amministrativa.it/portale/pages/istituzionale/visualizza/?nodeRef=&schema=tar\\_rm&nrg=202004786&nomeFile=202008462\\_20.html&subDir=Provvedimenti](https://www.giustizia-amministrativa.it/portale/pages/istituzionale/visualizza/?nodeRef=&schema=tar_rm&nrg=202004786&nomeFile=202008462_20.html&subDir=Provvedimenti)



### ❖ Belgique - Passation d'un accord-cadre par le biais d'une procédure sans publicité ni mise en concurrence préalable en raison de l'extrême urgence entraînée par la crise sanitaire du COVID 19

Le Ministre de la Défense belge a lancé une procédure sans publicité ni mise en concurrence pour l'acquisition de masque buccaux à destination de la population belge. Le recours à cette procédure a été justifié par une situation d'extrême urgence en raison de la pandémie de COVID 19.

La société I'LL BE BAG, a vu son offre rejetée et l'accord-cadre, multi attributaires, a été conclu avec la société TWEED & COTTONS et la société anonyme de droit luxembourgeois AVROX.

I'LL BE BAG a introduit une requête demandant la suspension de la décision de rejet de son offre et de celle faisant attribution de l'accord-cadre aux deux entreprises concurrentes, ainsi que l'annulation de la procédure sans publicité ni mise en concurrence.

Pour justifier de leurs capacités, il était exigé des candidats qu'ils produisent une déclaration selon laquelle ils avaient déjà fourni au moins 250 000 pièces de masques en étoffe réutilisables.

La société requérante souligne que, pour apprécier la capacité de livraison des Titulaires, le donneur d'ordres publics a pris en compte les capacités de leurs sous-traitants et que l'un des titulaires ne peut pas « de manière vraisemblable, déclarer avoir, dans le passé, livré plus de 250.000 masques ». Elle invoque ainsi une violation du principe d'égalité.

Le Conseil d'Etat rappelle que « l'objectif poursuivi par cette disposition est bien de s'assurer que le soumissionnaire est en mesure d'exécuter le marché, fût-ce en recourant à la capacité d'un tiers. ». Le recours à la sous-traitance n'a donc pas d'incidence sur l'appréciation des capacités des candidats.

Le Conseil d'Etat belge indique également que le Ministère s'est, pour établir la capacité de livraison d'une des deux entreprises titulaires, « bien fondé sur une facture, établie au nom de cette société, datée du 13 avril 2020, qui fait état de la fourniture d'un million de masques en tissu réutilisables ». Ainsi, le CE belge juge que les doutes émis par la requérante quant à la capacité de livraison de la société en question semblent peu fondés sur des éléments du dossier, mais « relèvent plutôt de la spéculation ».

« Le contrôle de la régularité d'une offre oblige le pouvoir adjudicateur à vérifier, lors de l'analyse de cette offre, sa conformité avec l'ensemble des exigences de la réglementation et des documents du marché. Il ne peut cependant écarter une offre au motif que l'engagement du soumissionnaire ne lui semblerait pas « sincère » ou « réaliste », alors que l'offre remise respecte l'ensemble de ces exigences. »

Concernant la procédure de passation choisie, à savoir la procédure sans publicité ni mise en concurrence préalable en raison de l'urgence impérieuse liée à la crise du COVID 19, la société I'LL BE BAG la conteste en affirmant que le besoin en masques pour la population belge était connu depuis le début du confinement. Or, le Conseil d'Etat rappelle que les instances sanitaires ainsi que l'OMS, se sont montrées, jusqu'à la fin du mois d'avril, particulièrement sceptiques sur la réelle utilité du port du masque et que ce n'est que le 24 avril que le Conseil de Sécurité a recommandé une utilisation généralisée des masques buccaux et que le port de ces derniers est devenu obligatoire dans les transports en commun et fortement recommandé dans l'espace public. Ainsi, le CE juge que « le lien de causalité entre l'urgence impérieuse de fournir la population belge en masques avec l'événement imprévisible que constitue la pandémie de Covid-19, et son évolution spécifique, n'est pas contestable ».