



**NOTE**

**DE VEILLE**

**REGLEMENTAIRE**

Mars 2019 / RÉDACTEUR : CKS PUBLIC

**CKS** Public

*La CJUE reconnaît que les directives européennes autorisent, sous conditions, les législations nationales à refuser les procédures de recours par un opérateur économique n'ayant pas remis d'offre (CJUE, 28 novembre 2018, noC-328/17)*



#### Résumé :

En l'espèce, l'Agence régionale pour le transport public local italienne a passé un marché de transport public régional. Une fois le marché attribué, deux opérateurs économiques ont saisi le Tribunal Administratif de Ligurie : le pouvoir adjudicateur a décidé de passer ce marché de transport en un lot unique afin de couvrir l'ensemble de la région. Les deux entreprises requérantes, ne pouvant pas réaliser la prestation sur l'ensemble du territoire concerné, ont estimé qu'elles n'avaient pas la moindre chance de se voir attribuer le marché et n'ont donc pas présenté d'offre. Le tribunal administratif italien a saisi la Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE) pour une demande de décision préjudicielle.

Celle-ci rappelle que les Etats Membres sont tenus d'assurer l'accessibilité des procédures de recours « au moins à toute personne ayant ou ayant eu intérêt à obtenir un marché public déterminé ou ayant été ou risquant d'être lésée par une violation du droit [...] en matière de marchés publics ». Elle souligne ensuite que, sans avoir présenté une offre, une entreprise « peut difficilement démontrer qu'elle dispose d'un intérêt » à s'opposer à la décision d'attribution. En revanche, elle admet que cela peut être le cas si le cahier des charges présente des caractéristiques discriminatoires qui empêchent l'opérateur économique d'être en mesure de réaliser la prestation, réduisant à néant les chances d'obtenir le marché. Ainsi, en reprenant une jurisprudence italienne, elle reconnaît un intérêt à agir exceptionnellement à une entreprise qui n'a pas remis d'offre lorsque ses griefs portent « sur l'absence même d'appel d'offres, sur des clauses de l'avis de marché qui l'excluent directement ou, enfin, sur des clauses imposant des obligations manifestement incompréhensibles ou totalement disproportionnées, ou qui rendent impossible la formulation même d'une offre ».

Elle ajoute que le recours doit être introduit avant la décision d'attribution et que la juridiction nationale doit apprécier, en prenant en compte les circonstances, si la législation nationale est « susceptible » d'affecter le droit à une protection juridictionnelle effective.

Enfin, en se cantonnant au droit existant, elle affirme que les directives européennes n'interdisent pas systématiquement aux législations nationales de ne pas autoriser les procédures de recours par un opérateur économique n'ayant pas remis d'offre, même si celui-ci jugeait que sa chance d'obtenir le marché était très improbable.

<http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62017CJ0328&lang1=fr&type=TXT&ancre=://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=208551&pageIndex=0&doclang=fr&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=8431079>

## DE VEILLE REGLEMENTAIRE

*Le respect de l'environnement peut être pris en compte pour l'achat de mobilier (Cons. St., sez. III, 11 marzo 2019, n. 1635 - Pres. Garofoli, Est. Sestini)*



### Résumé :

En l'espèce, il s'agissait d'un contrat pour la fourniture de mobilier médical. Figurait, parmi les critères d'évaluation des offres, un critère relatif au respect de l'environnement.

La juridiction italienne a affirmé la légitimité de critères d'évaluation permettant de récompenser les caractéristiques organisationnelles de la société du point de vue de l'environnement, de la protection des travailleurs et de la non-discrimination, afin de renforcer la compatibilité ainsi que la durabilité environnementale des chaînes de production et de distribution des produits qui constituent toutefois l'objet du contrat.

*Cette jurisprudence en appellera-t-elle d'autres ? A suivre ...*

<https://www.giustizia-amministrativa.it/web/guest/-/rispetto-per-l-ambiente-per-partecipare-agli-appalti-di-fornitura-di-arredi-sanitaria>

*Les capacités techniques d'un soumissionnaire requises pour la réalisation d'un marché peuvent être détenues au moment de la réalisation du marché (Conseil d'Etat Belge, section du contentieux administratif. VI<sup>e</sup> chambre, no 243.932 du 13 mars 2019 )*



### Résumé :

Bruxelles Environnement, anciennement l'Institut Bruxellois pour la Gestion de l'Environnement (I.B.G.E.), a lancé un marché public de services ayant pour objet « la réalisation de constats relatifs à l'environnement sonore et vibratoire de sites en Région de Bruxelles-Capitale ». Le cahier des charges demandait « une déclaration indiquant l'outillage, le matériel et l'équipement technique dont le prestataire de services disposera pour la réalisation du marché . »

La société requérante, lors de son offre, a indiqué s'engager à acquérir le matériel nécessaire pour la réalisation du marché, si celui-ci venait à être lui être attribué.

Le pouvoir adjudicateur a rejeté son offre considérant qu'elle ne détenait pas la capacité technique minimum. Le Conseil d'Etat belge a donné raison à la société requérante, en considérant que Bruxelles Environnement n'a pas respecté son cahier des charges, puisque celui-ci exigeait que les entreprises disposent de l'outillage minimum au titre de la capacité technique, au moment de la réalisation du marché, et non au stade de l'offre, contrairement à ce que le pouvoir adjudicateur a constaté.

<http://www.raadvst-consetat.be/arr.php?nr=243932&l=fr>

## DE VEILLE REGLEMENTAIRE

*Une entreprise peut réaliser des études préalablement à la passation d'un marché et être attributaire sans nuire au principe d'égalité de traitement des candidats (CE 12 décembre 2018, n° 417605)*

**Résumé :** Un syndicat de production d'eau potable a lancé un marché en procédure adaptée (MAPA) pour la réalisation d'études technico-financières, qui a été attribué à la chambre départementale d'agriculture. Celle-ci ayant réalisé, préalablement au lancement du marché, des études sur le sujet, un candidat évincé a contesté la légalité du marché en raison de la réalisation d'études préalable relatives à l'objet du marché par l'entreprise attributaire.

Le Conseil d'Etat (CE) leur a donné tort : la chambre départementale d'agriculture a réalisé ces études de sa propre initiative dans le cadre de ses missions récurrentes et n'a de ce fait pas rompu le principe d'égalité de traitement entre les candidats.

*Par contre, il eut été légitime et intéressant de questionner l'égalité de traitement des candidats, ainsi que les risques de « dumping » tarifaire et social, eu égard au fait que plus de 60% des financements des chambres d'agriculture proviennent de taxes (TATFNB) et subventions ...*

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETATEXT000037802661&fastReqId=436477211&fastPos=1>

*Annulation de la décision de résiliation d'un marché suite au non-respect du délai de Standstill par un pouvoir adjudicateur et appréciation de la sanction (CE, 25 janvier 2019 n°423159)*

**Résumé:** En l'espèce, un centre hospitalier, qui avait lancé un marché de prestations d'assurance en procédure formalisée, a signé le marché avec l'attributaire sans avoir respecté le délai de 11 jours suite à l'information des candidats évincés. L'un d'entre eux a saisi le juge des référés précontractuels afin de demander l'annulation du rejet de son offre et la reprise de la procédure au stade de l'analyse des offres.

Le juge des référés a alors ordonné la résiliation du marché. Le CE, saisi en dernier recours, a lui annulé la décision de résiliation et a donné une méthode d'appréciation de la sanction à appliquer lorsque le délai de Standstill n'est pas respecté. Cette sanction doit être choisie « en prenant notamment en compte la gravité du manquement commis, son caractère plus ou moins délibéré, la plus ou moins grande capacité du pouvoir adjudicateur à connaître et à mettre en œuvre ses obligations ainsi que la nature et les caractéristiques du contrat ».

En l'espèce, le pouvoir adjudicateur était parfaitement au courant de ses obligations ainsi que du référé précontractuel dont il faisait l'objet. Il a été sanctionné d'une pénalité de 20.000 euros.

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETATEXT000038077357&fastReqId=163601162&fastPos=1>

### *Oubli d'analyser une offre ; résiliation pour motif d'intérêt général, quelle indemnité pour le titulaire ? (CAA Bordeaux, 31/12/2018 n°16BX03129)*

#### **Résumé :**

Suite à un vice de procédure (oubli d'analyser une offre) constaté après la signature des marchés, la région Réunion, a notifié aux titulaires des différents lots la résiliation de leurs marchés respectifs. L'une des entreprises, a saisi le Tribunal Administratif afin qu'il condamne le pouvoir adjudicateur à lui verser des indemnités correspondant à la marge bénéficiaire (25 % sur le chiffre d'affaires attendu) pour l'exécution du marché sur une durée de quatre ans.

Saisie en appel, la CAA de Bordeaux a indiqué que le fait de ne pas examiner une offre constitue une entrave à la mise en concurrence et justifie la résiliation des marchés pour motif d'intérêt général. Cependant, en commettant cette faute, la région Réunion a favorisé la société requérante, qui n'aurait peut-être pas été attributaire des marchés si l'offre oubliée avait été examinée. Ainsi, le manque à gagner invoqué par l'entreprise attributaire ne peut pas être considéré comme étant en « lien direct » avec la faute commise par l'administration.

Concernant le préjudice subi du fait de la résiliation des contrats, la CAA de Bordeaux et indique que les marchés étaient conclus pour une durée de quatre ans, résiliables tous les ans. Ainsi, l'indemnité n'est due que sur la première année d'exécution des contrats puisque seule cette première année aurait été réalisée de manière certaine.

[https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do;jsessionid=B7F069C6A490E7C04AD55C51500B4A6C.tplgfr28s\\_3?oldAction=rechExpJuriAdmin&idTexte=CETATEXT000037995799&fastReqId=862570734&fastPos=167](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do;jsessionid=B7F069C6A490E7C04AD55C51500B4A6C.tplgfr28s_3?oldAction=rechExpJuriAdmin&idTexte=CETATEXT000037995799&fastReqId=862570734&fastPos=167)

### *Un sous-traitant ne peut pas contester la forme et les conditions de résiliation de son agrément par le pouvoir adjudicateur (CAA Lyon, 14/01/2019 n°16LY04384)*

#### **Résumé :**

En l'espèce, un établissement public de santé a attribué un marché de travaux pour l'extension et la restructuration de son site à une entreprise. Cette dernière a conclu deux contrats de sous-traitance pour les travaux de démolition et de désamiantage. L'établissement public de santé a accepté et agréé les conditions de paiement du sous-traitant.

Suite à des manquements dans l'exécution des travaux réalisés par le titulaire du marché, l'Etablissement public de santé a choisi de mettre un terme aux agréments du sous-traitant.

Ce dernier a alors saisi le Tribunal Administratif de Dijon pour faire annuler cette décision de résiliation qui a rejeté sa demande. La Cour Administrative d'Appel de Lyon a donné raison au Tribunal Administratif et explique que si les sous-traitants qui estiment avoir été lésés, de façon « directe et certaine » par une décision du maître de l'ouvrage de mettre un terme à leur agrément avant la fin d'exécution des travaux, peuvent former un recours pour contester la validité de cette mesure de résiliation ; ils ne peuvent en revanche pas contester les irrégularités liées « aux conditions et aux formes dans lesquelles cette décision est intervenue du fait de leur qualité de tiers au contrat ».

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000038016583>

## DE VEILLE REGLEMENTAIRE

### *Rappel de l'illégalité de la clause Molière (CE 08/02/2019 n° 420296).*

#### **Résumé :**

Le Conseil d'Etat a rappelé, en jugeant de l'absence d'une clause Molière, que ce type de clause était interdit et aurait justifié la contestation de la validité du contrat.

En l'espèce, un Syndicat intercommunal avait conclu un marché avec un opérateur économique afin de constituer une Semop en vue de l'exploitation d'une usine d'épuration. Après la saisine par le Préfet de Région du juge des référés pour la suspension des prestations (qui lui a donné raison), la Cour Administrative d'Appel a dû se prononcer. Cette dernière a également suspendu l'exécution du contrat : était en cause un article du règlement de consultation exigeant que « la langue de travail pour les opérations préalables à l'attribution du marché et pour son exécution est le français exclusivement ». Elle a en effet jugé que cet article constituait une clause « Molière », c'est-à-dire exigeant des titulaires des marchés publics l'utilisation de la langue française dans les procédures d'appels d'offres et l'utilisation exclusive du français sur les chantiers. Ce type de clause est interdit depuis une instruction ministérielle du 27 avril 2017, considéré comme violant les dispositions européennes sur la liberté de prestations de services sur le sol européen.

Le Conseil d'Etat a finalement été saisi, et celui-ci a analysé la situation différemment et y a vu une nuance ; il a estimé que ces dispositions « régissent seulement les relations entre les parties au contrat et n'imposent pas le principe de l'usage de la langue française par les personnels de l'usine d'épuration ». De plus, il a indiqué que le cahier des charges prévoyait la possibilité pour le titulaire de faire appel à des sous-traitants étrangers, ce qui prouve, selon lui, l'autorisation de l'usage de langues étrangères sur le chantier.

Cette clause n'est donc pas une clause Molière, c'est ainsi qu'a tranché le Conseil d'Etat.

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETATEXT000038135449&fastReqId=286794150&fastPos=1>

### *L'observatoire Economique de la Commande Publique (OECF) a publié les derniers chiffres de la commande publique :*

#### **Résumé :**

Le 18 décembre 2018, s'est déroulée la présentation par l'OECF des chiffres 2017 de la commande publique, chiffres obtenus sur la base du recensement annuel des **marchés supérieurs à 90 000 € HT**.

Si les chiffres concernant l'accès des PME à la commande publique sont encourageants, ceux concernant l'intégration des clauses sociales dans les marchés publics le sont un peu moins :

- Une part croissante des PME dans la commande publique, bien qu'encore insuffisante, (29,4 % en montant et 57,5 % en nombre de marchés), avec une progression de plus de 4 points dans les marchés de l'Etat (en montant).
- Des clauses sociales intégrées dans les marchés publics baissant légèrement et restant inférieures en nombre aux objectifs du Plan national d'action pour des achats publics durables (PNAAPD).

[https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions\\_services/daj/marches\\_publics/oecf/concertation/comite-orientation-numero-4.pdf](https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/marches_publics/oecf/concertation/comite-orientation-numero-4.pdf)