



**NOTE**

**DE VEILLE**

**REGLEMENTAIRE**

Septembre 2018 / RÉDACTEUR : CKS PUBLIC

**CKS** Public

### *Les restrictions nationales des voies de recours conformes au droit de l'Union Européenne – CJUE, 07/08/2018*

**Résumé :** La Cour de Justice de l'Union Européenne a été saisie par la cour suprême de Hongrie d'une question préjudicielle concernant le respect de la directive 89/665 du 21 décembre 1989, relative à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux, par la législation hongroise.

En effet, la législation hongroise impose que l'infraction dans un marché public soit constatée de manière définitive par une commission arbitrale. C'est une condition pour que le requérant puisse effectuer un recours ou pour faire une demande en indemnisation. De plus, la juridiction nationale refuse d'examiner les motifs de la requête qui n'auraient pas été présentés devant la commission arbitrale. Pour le requérant, ces dispositions législatives nationales portent atteintes au droit de l'Union Européenne.

La CJUE, dans un arrêt du 7 août 2018, rejette la demande du requérant en rappelant dans un premier temps que les Etats membres restent libres de fixer les conditions d'applications des directives européennes dans leurs législations « ainsi que les limites, exceptions ou dérogations dont cette application peut, le cas échéant, être assortie ». Cette application doit toutefois garantir que le recours en annulation soit effectif et qu'il respecte ainsi le droit à un recours effectif et d'accéder à un tribunal impartial (article 47 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne).

En l'espèce, la CJUE statue en faveur de la législation hongroise qu'elle considère comme respectant le principe de la directive sans priver le requérant d'un droit à un recours effectif. Si la gestion des conflits par un tribunal arbitral, en amont de la cour administrative, présente des avantages (rapidité de la saisine, profil des juges) et des inconvénients (coûts), sa compétence et son positionnement n'en sont pas moins conformes à la directive européenne.

[Lien](#)

---

### *La fin des relations contractuelles dès réception sans réserve des travaux – CAA Bordeaux 28/08/2018*

**Résumé :** La Cour administrative d'appel de Bordeaux est saisie pour statuer sur l'appel en garantie de l'entreprise par la maîtrise d'ouvrage après réception des travaux.

En l'espèce, le Conseil Départemental du Tarn, maîtrise d'ouvrage, a accepté sans réserve la réception des travaux. Celle-ci entraîne la fin des relations contractuelles entre la maîtrise d'ouvrage et l'entreprise. Par conséquent, le juge considère que « la réception sans réserve d'un marché de travaux publics, fait obstacle à ce que, sauf clause contractuelle contraire, l'entrepreneur soit ultérieurement appelé en garantie par le maître d'ouvrage pour des dommages dont un tiers demande réparation à ce dernier ».

Cependant, la juridiction d'appel précise que la dissimulation des défauts par l'entreprise est un fait permettant d'engager sa responsabilité. Ainsi, la cour d'appel juge que « le département du Tarn a réceptionné les travaux exécutés par la société A. le 10 décembre 2009 sans l'assortir de réserve de sorte qu'il ne peut se prévaloir de la responsabilité contractuelle de la société pour le garantir de sa responsabilité pour dommage de travaux publics. »

[Lien](#)

## DE VEILLE REGLEMENTAIRE

*La régularisation de l'offre financière considérée comme modification substantielle – CAA, 28/08/2018*

**Résumé :** Dans un arrêt du 28 août 2018, la Cour administrative d'appel de Bordeaux a été amenée à juger la recevabilité d'une offre suite à sa régularisation. Bien que le juge rappelle que l'acheteur a la possibilité de régulariser ou non une offre, celle-ci ne peut intervenir que si elle n'entraîne pas une modification substantielle de l'offre initiale. En l'espèce, l'offre de l'attributaire a été régularisée suite à l'intégration de nouvelles prestations ce qui a eu pour conséquence d'augmenter l'offre financière.

La juridiction d'appel vient confirmer le jugement en première instance statuant qu'en augmentant son offre, celle-ci a été irrégulièrement modifiée. Dès lors l'offre aurait dû être éliminée. Par conséquent la cour administrative d'appel statue sur l'illégalité de l'attribution du marché.

[Lien](#)

*« Secret des affaires », une nouvelle définition du secret industriel et commercial – Loi du 30/07/2018*

**Résumé :** Suite à la directive européenne du 8 juin 2016 relative à la protection du savoir-faire et des informations commerciales non divulguées, la loi du 30 juillet 2018 consacre la notion de « secret des affaires ». Cette définition remplace le secret industriel et commercial qui pouvait protéger la communication des documents dans les marchés publics.

Le législateur précise la notion de secret des affaires et lui donne une définition précise. Ainsi, « l'acheteur ne peut communiquer les informations confidentielles qu'il détient dans le cadre du marché public, telles que celles dont la divulgation violerait le secret des affaires ou pourrait nuire à une concurrence loyale entre les opérateurs économiques, notamment par la communication, en cours de consultation, du montant global ou du prix détaillé des offres ».

[Lien](#)

*L'obligation d'un allotissement dès l'existence de prestations distinctes – CAA, 16/07/2018*

**Résumé :** Dans un arrêt du 16 juillet 2018, la Cour administrative d'appel a rejeté les arguments du non allotissement d'un marché incluant une pluralité de travaux.

En effet, l'office public de l'habitat (OPH) a lancé un appel d'offres pour la remise en état de ses locaux et logements. Le préfet du département conteste la régularité du marché sur le motif que celui-ci n'a pas été alloté conformément à l'article 32 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics.

Le juge rappelle que l'existence de prestations distinctes impose le recours à l'allotissement. L'acheteur peut décider de ne pas alloter dans les cas prévus à l'article 32 de l'ordonnance, sous réserve de justifier cette décision.

En l'espèce, le juge estime que l'acheteur n'a pas justifié sa décision lors de la consultation et que, de plus, les arguments qu'il a avancés lors du référé ne justifiaient pas le non allotissement. L'acheteur invoque trois raisons de ne pas alloter qui sont réfutées par le juge. En effet, sur l'incapacité de l'OPH à assurer le suivi et le pilotage de plusieurs lots, la Cour statue que la situation financière fragile, ou le faible effectif, ne suffisent pas pour prouver cette incapacité. Par la suite, le juge estime que les économies réalisées par le non allotissement ne sont pas assez significatives pour justifier cette pratique. Enfin, la difficulté technique invoquée n'a pas un caractère impératif puisque l'objet du marché n'impose pas un délai d'exécution serré. Par conséquent, l'acheteur aurait pu alloter. Arrêt riche d'enseignements ...

[Lien](#)

## DE VEILLE REGLEMENTAIRE

### *La révision de prix à l'initiative de l'acheteur – Question écrite 15/03/2018*

**Résumé :** Lors d'une question écrite au Ministre de la Cohésion des Territoires, il est demandé à ce dernier de déterminer à qui revient l'initiative de la révision des prix dans le cadre d'un marché public. En effet, il apparaît une contradiction entre les dispositions du CCAG Travaux et ce que recommande le Trésor Public aux collectivités.

Tandis que le premier prévoit que la révision des prix est « produite par le Titulaire », le dernier a ordonné aux collectivités de procéder elles-mêmes à la révision des prix pour les appliquer directement lors du règlement des factures et ainsi pallier aux manquements des titulaires.

Le Ministre considère que la possibilité de réviser des prix permet de garantir l'équilibre économique du marché et formule donc sa réponse ainsi : « si la révision des prix est une manifestation de la volonté des parties, elle implique pour la collectivité- ordonnateur d'effectuer elle-même la révision de prix en lieu et place du titulaire et impose au Trésor public l'exactitude des calculs de liquidation ». CQFD

[Lien](#)

---

### *Accusé de réception du recours précontractuel : élément non constitutif de la notification à l'acheteur- Conseil d'Etat, 25/06/2018, N° 417734*

**Résumé :** Dans un arrêt du 25 juin 2018, le Conseil d'Etat est amené à se prononcer sur l'obligation ou non de fournir l'accusé de réception d'un référé précontractuel.

En effet, le Code de Justice Administratif prévoit que la notification d'un référé précontractuel à l'acheteur suspend la signature du contrat en attendant le jugement. Cette suspension empêche par la suite au requérant de faire un recours contractuel.

En l'espèce, l'acheteur, bien qu'informé du référé précontractuel, a procédé à la signature du contrat. Le juge administratif a considéré que le requérant n'ayant pas communiqué à l'acheteur l'accusé de réception du dépôt de sa demande (délivré automatiquement par l'application Télérecours), le référé précontractuel « ne pouvait être regardé comme ayant été régulièrement notifié au pouvoir adjudicateur ».

Le Conseil d'Etat casse cette décision en estimant que « ni les dispositions précitées, ni aucune autre règle ou disposition ne subordonnent l'effet suspensif de la communication du recours au pouvoir adjudicateur à la transmission, par le demandeur, de documents attestant de la réception effective du recours par le tribunal ».

[Lien](#)

---

### *L'acceptation d'une cession d'un marché public sous réserve de l'assentiment de l'acheteur - CAA, 26/06/2018*

**Résumé :** Un marché public peut faire l'objet d'une cession par le titulaire après assentiment de l'acheteur. La question qui se pose est de savoir s'il faut un assentiment express ou tacite de ce dernier.

La Cour administrative de Bordeaux, dans un arrêt du 26 juin 2018, rappelle que « cet assentiment peut n'être que tacite et un comportement positif de la collectivité, démontrant son acceptation du nouveau titulaire du contrat, peut, notamment, être regardé comme constituant une telle autorisation ».

Cependant en l'espèce, l'acheteur bien qu'ayant répondu aux courriers de la société-mère indiquant la cession du marché, avait rappelé à cette dernière qu'elle demeurait seule titulaire du marché. Ainsi, non seulement l'acceptation tacite ne peut être invoquée mais l'acheteur avait même « entendu maintenir le lien contractuel avec [son] cocontractant initial ».

[Lien](#)

## DE VEILLE REGLEMENTAIRE

### *La dématérialisation : publication de trois arrêtés*

**Résumé :** La dématérialisation pour tous les marchés publics intervient le 1er octobre 2018. Dans ce contexte, trois arrêtés sont intervenus le 27 juillet 2018 pour préciser cette obligation.

- L'arrêté relatif aux exigences minimales des outils et dispositifs de communication ainsi que les échanges d'information par voie électronique dans le cadre des marchés publics. Ce texte précise le cadre général d'utilisation des moyens de communication électronique relatif à la commande publique.

[Lien](#)

- L'arrêté fixant les modalités de mise à disposition des documents de la consultation et de la copie de sauvegarde Ce texte définit les modalités de mise à disposition des documents de la consultation ainsi que les conditions de sauvegarde.

[Lien](#)

- L'arrêté du 27 juillet 2018 modifiant l'arrêté du 14 avril 2017 relatif aux données essentielles de la commande publique. Ce texte modifie certains éléments relatifs aux données essentielles notamment la dispense pour l'acheteur de publier les modifications issues des clauses de variations de prix, ou encore la réduction de la durée de publication des données à un an si l'acheteur les publie également sur le site [www.data.gouv.fr](http://www.data.gouv.fr).

[Lien](#)

### *Les Guides pratiques mis à jour – DAJ*

**Résumé :** La DAJ a publié en juillet 2018, un guide pratique pour accompagner les entreprises et les acheteurs et les aider à se conformer aux obligations de dématérialisation.

[Guide à destination des acheteurs](#)

[Guide à destination des opérateurs économiques](#)

Elle publie également, en août 2018, une mise à jour du guide sur les clauses sociales. Ce document a pour objectif de répertorier les différents outils existants et d'intégrer les nouvelles dispositions issues de la réglementation de 2016.

[Guide sur les aspects sociaux de la commande publique](#)