

#Newsletter 5

#Droit des contrats et marchés publics

Au sommaire :

- Contrôle de la capacité financière des entreprises : annulation d'un marché attribué à une société déficitaire à répétition
- 13 jours pour remettre une offre dans le cadre d'un MAPA : c'est trop court !
- Illégalité du critère de la valeur technique pondéré à hauteur de 90%
- Petit rappel : le BPU de l'entreprise attributaire n'est pas un document administratif communicable
- Le chiffre d'affaires (au cas d'espèce, prévisionnel) ne peut être utilisé comme critère de jugement des offres
- Ne pas préciser dans son offre la nature des prestations sous traitées alors que le règlement de la consultation l'imposait la rend, au final, irrégulière
- Le pouvoir adjudicateur peut-il écarter d'une procédure de marché une entreprise notoirement défaillante ? Oui mais sous certaines conditions
- Marchés négociés sans publicité ni mise en concurrence préalables pour les achats innovants inférieurs à 100 000 € HT : la Direction des affaires juridiques de Bercy propose une définition large de l'innovation.

Publiée le 29 mai 2019

Contrôle de la capacité financière des entreprises : annulation d'un marché attribué à une société déficitaire à répétition

Dans cette affaire, la multiplication des années déficitaires a fini par jeter le discrédit sur la capacité financière de l'entreprise (qui n'aurait jamais dû être attributaire selon le Juge administratif).

Dans son arrêt, la Cour d'appel relève que :

« Il résulte de l'instruction que les états financiers de la société Air Loyauté sont gravement déficitaires depuis l'année 2012, ces déficits allant de 2,2 millions d'euros en 2012 et 2013 à 3,8 millions d'euros en 2015. Si, pour leur défense, les intimés soutiennent que la société Air Loyauté détenait en 2014 d'importants actifs à son bilan, il apparaît toutefois au vu du rapport du commissaire aux comptes établi en 2015, qu'à cette date, cette société ne devait sa survie qu'à des apports en compte courants versés par son actionnaire majoritaire la SODIL, qui est une société d'économie mixte, elle-même déficitaire, détenue par la province des îles Loyauté. Le directeur de la SODIL atteste de la situation déficitaire de sa filiale au 31 mars 2015, en indiquant qu'il sera procédé à un abandon de créance et à une augmentation de capital d'environ 60 000 000 francs CFP d'ici la fin de l'année. Il apparaît donc qu'à la date du dépôt de son offre, la société Air Loyauté ne disposait pas des garanties financières suffisantes pour se voir attribuer le marché. Par suite, son offre aurait dû être écartée, en application de l'article 5 précité du règlement de la consultation, dès le stade de la première enveloppe, ce qui n'a pas été fait. Le CHT de Nouméa a donc commis une erreur manifeste dans l'appréciation des capacités financières de la société Air Loyauté en lui attribuant le marché, cette erreur ayant eu pour effet de léser directement l'intérêt poursuivi par la société Air Alizé.

CAA Paris, 13 mai 2019, société Air Alizé, req n°17PA00023

13 jours pour remettre une offre dans le cadre d'un MAPA : c'est trop court !

Plus précisément, c'est d'une « *extrême brièveté* » !

En matière de MAPA, on le sait, le pouvoir adjudicateur est libre de définir lui-même les modalités de publicité et de mise en concurrence. Pour autant, il doit respecter un minimum de règles, sans quoi il porte atteinte aux principes régissant la commande publique.

C'est ce que rappelle la Cour administrative d'appel de Nancy dans un arrêt récent libellé comme suit :

« Si le pouvoir adjudicateur est libre, lorsqu'il décide de recourir à la procédure adaptée, de déterminer, sous le contrôle du juge administratif, les modalités de publicité et de mise en concurrence appropriées aux caractéristiques de ce marché, notamment en ce qui concerne le délai laissé aux opérateurs économiques pour lui remettre une offre, celui-ci doit être suffisant, au regard notamment de l'objet du marché envisagé, de son montant, de l'urgence à le conclure, de la nature des prestations, de la facilité d'accès aux documents de la consultation, de la nécessité éventuelle d'une visite des lieux et de l'importance des pièces exigées des candidats, pour assurer le respect des principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures

énoncés par l'article 1er du code des marchés publics, applicables à tous les marchés publics quelle que soit leur procédure de passation.

5. Il résulte de l'instruction que la commune de Saint-Avold a décidé d'assurer la publicité de la mise en concurrence pour l'attribution du marché en litige, d'un montant estimatif de 50 000 euros, au moyen d'une publication dans un journal d'annonces légales, d'une diffusion sur un site internet et sur une plateforme de dématérialisation et enfin par voie d'affichage en mairie. En particulier, l'avis d'appel public à la concurrence a été publié le 11 août 2015 sur la plateforme de dématérialisation des marchés " Klekoon ", le 12 août 2015 sur le site " centraledesmarchés.com " et, le 13 août 2015, dans un journal d'annonces légales locales, " La Semaine ". Le règlement de la consultation a fixé la date de remise des offres au 24 août 2015 à 11 h 00, soit entre onze et treize jours suivant la publication de l'avis d'appel public à la concurrence. Il prévoyait cependant en son article 2.13, que la visite du site d'implantation du monument, fixée au 17 août 2015, constituait, pour les candidats, une obligation dont le respect était constaté par la remise d'une attestation qui devait être jointe à leur offre et sans laquelle cette dernière serait considérée comme incomplète.

6. Contrairement à ce que soutient la commune de Saint-Avold, et alors qu'il résulte de l'instruction que le monument aux morts avait été endommagé le 15 décembre 2015 à la suite d'un accident d'automobile et qu'aucun motif n'est avancé pour justifier que la procédure d'appel d'offres ne soit engagée que plus de huit mois après la survenue de ce dommage, la nécessité de réaliser les travaux avant les cérémonies de commémoration du 11 novembre 1918 ne saurait constituer une situation d'urgence qui pourrait régulièrement justifier l'extrême brièveté des délais impartis aux candidats pour présenter, eu égard en particulier à la date fixée pour la visite obligatoire du site, une offre régulière. Il en résulte que la SARL Granimond, qui n'a pas été en mesure, pour ce motif, de présenter une offre, est fondée à soutenir que la procédure d'attribution de ce marché a méconnu les principes de liberté d'accès à la commande publique et d'égalité de traitement des candidats prescrits par l'article 1er précité du code des marchés publics.

CAA Nancy, 26 février 2019, société Granimond, req n°18NC00051

Illégalité du critère de la valeur technique pondéré à hauteur de 90%.

En soit, l'appréciation et la solution retenues par le Juge dans cette affaire ne sont pas très étonnantes.

Le ratio 90% « valeur technique » et 10% « prix » est disproportionné et neutralise le critère financier.

C'est ce que nous enseigne la Cour administrative d'appel de Nantes dans le considérant suivant :

« Le règlement de la consultation prévoyait que les offres devaient être appréciées, d'une part, au regard d'un critère de valeur technique noté sur 100 points, représentant 90 % de la note totale, et comprenant les sous-critères suivants : " Clarté, précision et facilité d'exploitation du dossier technique " (15 points), " Qualité du support de cours remis à l'apprenant " (20 points), " Qualifications et expériences des intervenants " (35 points), " Nombre d'intervenants " (15 points), comportant l'obligation de " préciser le nombre d'intervenants susceptibles de couvrir trois sessions en simultané pour les formations achats ", " Lieux de formations en inter-entreprises et seuil de rentabilité " (10 points) et " Moyens matériels et pédagogiques " (5 points), d'autre part, selon un " critère financier " noté sur 10 points et représentant 10 % de la note totale, correspondant au prix. Il résulte de l'instruction que la pondération particulièrement

disproportionnée entre le critère technique et le critère financier, dont le ministre de la défense n'établit pas la nécessité au regard de l'objet du marché de prestations de formation, a pour effet en pratique de contrecarrer la portée du critère du prix dans l'appréciation globale des offres. Ainsi, l'attribution d'une note technique supérieure de 10 points à un candidat par rapport à celles des autres, sur la base de plusieurs sous-critères dont le poids même pondéré est supérieur dans l'appréciation de l'offre globale de chaque candidat, neutralise manifestement 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. Ainsi, et alors même que le marché était fractionné à bons de commandes avec un maximum annuel de 10 000 euros TTC par lot, le ministre de la défense doit être regardé comme ayant, pour les lots de formation " achats publics " en litige, méconnu les règles de la concurrence et le principe d'égalité entre les candidats »

Gare à la pondération (telle pourrait être la morale de cette affaire) !

CAA Nantes, 29 mars 2019, Ministère de la Défense, req. n°17NT01869

Petit rappel : le BPU de l'entreprise attributaire n'est pas un document administratif communicable

Rien de nouveau sous le « soleil du droit des marchés publics » si ce n'est un rappel utile fait par la Cour administrative d'appel de Marseille.

En effet, le Conseil d'Etat l'avait déjà précisé depuis déjà quelques années (voir CE, 30 mars 2016, Centre hospitalier de Perpignan, req. n°375529 ; CE, 28 septembre 2016, Sté Armor Développement, req. n°390760) .

Pour sa part, la Cour motive le défaut de communication du BPU comme suit :

« Il résulte des dispositions précitées que les marchés publics et les documents qui s'y rapportent, y compris les documents relatifs au contenu des offres, sont des documents administratifs au sens des dispositions de l'article 1er de la loi du 17 juillet 1978, aujourd'hui codifiée. La communication des renseignements contenus dans ces documents peut toutefois affecter la concurrence entre les opérateurs économiques et porter atteinte au secret industriel et commercial. Au regard des règles de la commande publique, doivent être regardés comme communicables, sous réserve des secrets protégés par la loi, l'ensemble des pièces du marché. Dans cette mesure, si notamment 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 de 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 susceptible, ainsi, de porter atteinte au secret en matière commerciale, n'est quant à lui, en principe, pas communicable. »

CAA Marseille, 1^{er} avril 2019, Société SOLIA, req. n°18MA03949

Le chiffre d'affaires (au cas d'espèce, prévisionnel) ne peut être utilisé comme critère de jugement des offres

Le chiffre d'affaires doit rester un critère de jugement des candidatures. Il ne saurait être utilisé autrement.

C'est ce que nous enseigne l'arrêt du Conseil d'Etat suivant :

« L'article 6.2. du règlement de la consultation prévoit que le deuxième critère, relatif aux " conditions financières proposées ", comprend un premier sous-critère intitulé " budget provisionnel, montant et financement des investissements ". Il résulte de l'instruction et notamment du rapport d'analyse des offres que la commune ainsi que les soumissionnaires, y compris la société Bijou Plage et la société Bobo Plage, ont considéré qu'au nombre des éléments de ce sous-critère d'appréciation des offres figurait l'estimation du montant de leur chiffre d'affaire pendant toute la durée de la concession.

Ainsi que le soutient la société Bijou Plage, un tel critère, qui repose sur les seules déclarations des soumissionnaires, sans engagement contractuel de leur part et sans possibilité pour la commune d'en contrôler l'exactitude, n'est pas de nature à permettre la sélection de la meilleure offre au regard de l'avantage économique global pour l'autorité concédante. Il est dès lors irrégulier ».

CE, 8 avril 2019, Commune de Cannes, req. n°425373

Ne pas préciser dans son offre la nature des prestations sous traitées alors que le règlement de la consultation l'imposait la rend, au final, irrégulière.

C'est ce qu'a jugé la Cour administrative d'appel de Lyon :

« Il résulte de l'instruction que la société MDTP a rempli ce tableau en y indiquant qu'elle envisageait de sous-traiter des prestations pour un montant de 30 000 euros hors taxe (HT). Elle n'a toutefois pas renseigné l'annexe 2 jointe à l'acte d'engagement dès lors que cette annexe, contrairement aux énonciations ci-dessus rappelées, concernait la répartition des montants des travaux entre cotraitants et non entre sous-traitants. La société appelante a également, dans son mémoire technique de travaux, présenté la société Ravel TP comme le sous-traitant auquel elle entendait faire appel. Toutefois, et ainsi que l'a jugé le tribunal administratif de Grenoble, son offre ne mentionnait pas, et ce alors que les stipulations du règlement de consultation le demandait sans ambiguïté, la nature des prestations qu'elle envisageait de sous-traiter à cette société. Il en résulte que son offre ne respectait pas les exigences formulées dans les documents de la consultation et était irrégulière ».

CAA Lyon, 21 mars 2019, sté MDTP, req. n°16LY03350

Le pouvoir adjudicateur peut-il écarter d'une procédure de marché une entreprise notoirement défailante ? Oui mais sous certaines conditions.

La question est on ne peut plus intéressante et la réponse également.

La question :

« Mme Anne Brugnera attire l'attention de M. le ministre de l'économie et des finances sur l'ambiguïté du premier alinéa de l'article 48 de l'Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics qui permet aux acheteurs publics d'exclure de la procédure de passation d'un marché public « les personnes qui, au cours des trois années précédentes, ont du verser des dommages et intérêts, ont été sanctionnées par une résiliation ou ont fait l'objet d'une sanction comparable du fait d'un manquement grave ou persistant à leurs obligations contractuelles lors de l'exécution d'un contrat de concession antérieure ou d'un marché public antérieur ». L'ambiguïté de cette rédaction vient de son imprécision quant au fait de savoir si l'acheteur public qui se saisit du dispositif de l'article 48 pour interdire à un opérateur économique l'accès à un marché public est celui qui a précédemment sanctionné ledit opérateur ou si tout acheteur public peut se prévaloir des condamnations prononcées à l'encontre d'un opérateur pour lui refuser le droit d'accéder à une commande publique. En d'autres termes, elle souhaiterait savoir si, dans un souci d'égalité de traitement et surtout de liberté et d'accès à la commande publique, un opérateur économique souhaitant soumissionner à un marché public pourrait se voir opposer par un acheteur public tiers, une résiliation contractuelle prononcée par un autre acheteur public. Le cas échéant, elle lui demande de lui indiquer si les mesures adoptées lors de l'examen du projet de loi pour un État au service d'une société de confiance dans la vie publique relatives au droit à l'erreur pourraient s'appliquer ».

La réponse :

« Le 1° du I de l'article 48 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics modifiée consacre la jurisprudence issue de la décision du Conseil d'État « Région Lorraine » du 10 juin 2009, 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. Les acheteurs ont ainsi la possibilité, sans porter atteinte aux principes de liberté d'accès à la commande publique et d'égalité de traitement entre les candidats, énoncés à l'article 1er de l'ordonnance, de rejeter la candidature de l'opérateur économique, si celui-ci s'est avéré, de manière notoire, défailtant lors de l'exécution passée d'un contrat, le cas échéant avec un autre acheteur alors même qu'il a présenté l'ensemble des capacités requises dans son dossier de candidature. Le dispositif du I de ce même article 48 a ainsi pour objet de responsabiliser les opérateurs économiques concernés afin de veiller, en leur qualité de titulaire, à une exécution efficiente et responsable du contrat. En tout état de cause, la circonstance qu'un candidat ait rencontré des difficultés d'exécution dans le cadre d'un précédent marché n'entraîne pas, de facto, son exclusion de la procédure. En effet, le II de l'article 48 de l'ordonnance précité prévoit qu'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 ». C'est dans le cadre de cet échange contradictoire que l'opérateur sera amené à établir sa capacité à exécuter le marché, sans que le dispositif du « droit à l'erreur » introduit par la loi n° 2018-727 du 10 août 2018 pour un État au service d'une société de confiance (art. L. 123-1 et suivants

du code des relations entre le public et l'administration) ne trouve à s'appliquer dès lors qu'il n'a ni pour objet, ni pour effet, de permettre à un opérateur d'obtenir, à l'occasion de l'examen de sa candidature, la remise en cause d'une sanction dont il a fait l'objet dans le cadre d'un autre contrat.

Question n° 15278 et réponse publiée au JO de l'Assemblée Nationale le 16/04/2019 (page 3581)

Marchés négociés sans publicité ni mise en concurrence préalables pour les achats innovants inférieurs à 100 000 € HT : la Direction des affaires juridiques de Bercy propose une définition large de l'innovation.

C'est ce qui ressort d'une fiche technique publiée récemment par la DAJ.

Nous vous en proposons le résumé ci-après au travers des extraits suivants :

« Quelles sont les conditions ? »

Il y a deux conditions pour passer un marché sans publicité ni mise en concurrence : l'achat doit être innovant et le montant du besoin doit être inférieur à 100 000 € HT.

Il est possible de conclure un marché de gré à gré avec une entreprise pour l'acquisition d'une solution innovante alors même qu'une solution non-innovante pourrait répondre au besoin ou que plusieurs opérateurs économiques pourraient proposer des solutions innovantes alternatives.

- *Un achat innovant : sont innovants les « travaux, fournitures ou services nouveaux ou sensiblement améliorés ». Il est précisé que « 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 ».*

Il peut donc s'agir non seulement d'une innovation technologique de produit ou de procédé mais aussi d'une innovation d'organisation ou de commercialisation liée, par exemple, à la numérisation ou à l'interconnexion. La solution peut être déjà disponible sur le marché. En revanche, la production d'un produit personnalisé dont les caractéristiques ne diffèrent pas sensiblement de ceux des produits déjà fabriqués.

La définition de l'achat innovant reste relativement large pour laisser une certaine souplesse d'appréciation aux acheteurs, notamment au regard du secteur concerné.

- *Un besoin de moins de 100 000 € HT : L'évaluation du montant du besoin s'effectue dans les mêmes conditions que pour tout achat.*

Si rien n'empêche l'acheteur de passer plusieurs marchés pour acquérir des solutions innovantes différentes destinées à satisfaire à un même besoin, le montant cumulé de ces marchés ne doit pas excéder le seuil de 100 000 euros.

A quelles obligations l'acheteur public est-il soumis ?

- Un achat en bon gestionnaire :

Comme pour les marchés inférieurs à 25 000 €, trois recommandations permettent de garantir que l'acheteur a effectué son achat « en bon gestionnaire » : Il doit veiller à choisir une offre pertinente, à faire une bonne utilisation des deniers publics et à ne pas contracter systématiquement avec un même opérateur économique lorsqu'il existe une pluralité d'offres susceptibles de répondre au besoin.

Afin de pouvoir justifier, en cas de contentieux, que son marché n'a pas été conclu en méconnaissance de ces principes, il est conseillé à l'acheteur de conserver une trace des éléments ayant motivé sa décision, notamment les démarches préalables effectuées afin d'apprécier le caractère innovant de son achat.

- Une déclaration auprès de l'OECP :

L'acheteur a l'obligation de déclarer ses achats innovants auprès de l'Observatoire économique de la commande publique ». (extraits de la fiche technique)

Fiche technique de la DAJ – L'expérimentation « achats innovants »