



## Panorama de l'actualité commande publique 2021

### L'estimation du besoin

#### *Passation des marchés*

- Constitue un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence, notamment à l'égalité de traitement, une estimation du approximative de la nature et de l'étendue des prestations à réaliser. L'insuffisance d'information ne permet pas aux candidats de faire une offre adaptée aux prestations attendues, contrairement, en l'espèce, au titulaire sortant du marché qui disposait nécessairement des informations adéquates (**CAA Paris, 5 février 2021, n°10PA00908**).
- L'avis de marché doit obligatoirement faire figurer des informations, à titre indicatif et prévisionnel, permettant d'apprécier son étendue. Constitue un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence l'absence de renseignement dans les cadres « valeur totale estimée » du marché et « valeur estimée » de chaque lot de l'avis de marché (**CAA Marseille, 26 avril 2021, n°20MA01151**).
- Est entachée d'irrégularité la procédure qui laisse aux candidats le soin de compléter la nature des prestations objet du contrat (compléments de gamme/PSEF). La définition du besoin appartient à l'acheteur (**TA Lyon, 9 juillet 2021, n°2104957**).

## Les accords-cadres

- Les accords-cadres doivent désormais être obligatoirement conclus avec un volume ou montant maximum (**CJUE, 17 juin 2021, C-23/20 ; Décret n°2021-1111 du 23 août 2021 modifiant les dispositions du code de la commande publique relatives aux accords-cadres et aux marchés publics de défense ou de sécurité**);
- Lorsque les caractéristiques ou les modalités d'exécution des prestations ne peuvent être définies de façon suffisamment précises, l'acheteur public ne peut recourir à un accord-cadre à bons de commande, puisque l'imprécision de la définition des prestations ne lui permettrait pas d'émettre de tels bons. Il peut en revanche recourir à l'accord-cadre à marchés subséquents (**TA Lyon, 9 juillet 2021, n°2104957**).
- Est irrégulière la procédure de consultation qui prévoit que l'accord-cadre sera attribué uniquement sur la base de critères techniques ou qualitatifs. Les critères de jugement des offres doivent nécessairement comprendre un critère économique, y compris dans un accord-cadre à marchés subséquents. (**CAA Bordeaux, 2 décembre 2021, n°21BX01447**)

## Les critères

- Méconnaît l'égalité de traitement entre les candidats le pouvoir adjudicateur qui propose, pour évaluer un critère, une étude de cas d'ores et déjà réalisée par le titulaire d'un précédent marché : l'ex-titulaire, candidat à la procédure, a nécessairement été avantagé (**CE, 27 avril 2021, n°447221**)
- Annulation d'une procédure qui ne précise pas la pondération des sous-critères de la valeur technique des offres : la grille d'analyse des offres révélait que les sous-critères avaient fait l'objet d'une pondération différente non annoncée au règlement de consultation (**CE, 18 mai 2021, n°448618**).
- Le Conseil d'Etat valide la pondération du critère technique à hauteur de 70 %, cette pondération n'étant pas de nature à neutraliser le critère prix (**CE, 20 octobre 2021, n°453653**)
- Les critères et sous-critères doivent être précis, distincts, et ne pas octroyer à l'acheteur une marge de choix discrétionnaire. A défaut la procédure est irrégulière (**CAA Marseille, 17 mai 2021, n°20MA02359**)
- L'incohérence entre les notes d'un critère et les commentaires associés entache d'irrégularité la procédure (**CAA Bordeaux, 14 juin 2021, n°19BX01864**)

## L'allotissement géographique

Un allotissement géographique est justifié et n'a pas pour effet de restreindre les possibilités d'attribution du marché aux seules entreprises capables de couvrir toutes les prestations au sein d'un même lot dès lors que chaque entreprise peut postuler pour un seul lot et que le regroupement d'entreprises est autorisé (**CAA Nantes, 8 janvier 2021, n°20NT01630**)

## Réception des offres

- Les offres reçues tardivement ne peuvent être automatiquement éliminées. Le Conseil d'Etat s'est prononcé sur le sort des offres arrivées hors délai et pose le principe selon lequel l'acheteur public ne saurait rejeter une offre remise par voie électronique comme tardive « *lorsque le soumissionnaire, qui n'a pu déposer celle-ci dans le délai, établit, d'une part, qu'il a accompli en temps utile les diligences normales attendues d'un candidat pour le téléchargement de son offre et, d'autre part, que le fonctionnement de son équipement informatique était normal* » (**CE, 23 septembre 2021, n°449250**)
- Les dispositions de l'article R.2151-6 du Code de la commande publique selon lesquelles « *le soumissionnaire transmet son offre en une seule fois. Si plusieurs offres sont successivement transmises par un même soumissionnaire, seule est ouverte la dernière offre reçue par l'acheteur dans le délai fixé pour la remise des offres* » n'ont pas pour effet de conduire à regarder toute transmission comme une offre. En l'espèce, concernant un contrat de concession, l'autorité concédante aurait dû constater que le second envoi ne comportait qu'un seul document qui ne pouvait donc se substituer au dossier de candidature précédemment transmis. La candidature ne pouvait par conséquent être déclarée irrégulière sur le seul fondement du second envoi (**CE, 20 décembre 2021, n°454801**)
- MAPA: un délai de remise des offres de 15 jours est insuffisant compte tenu des exigences imposées aux candidats pour la remise des offres (**TA Paris, 27 janvier 2021, n°2022264**)

## La méthode de notation

- Validation d'une méthode de notation du prix selon une formule non linéaire (**CAA Lyon, 25 février 2021, n°19LY04314**) ;
- Le Conseil d'Etat valide la méthode de notation du critère technique consistant à octroyer automatiquement la note maximale 20/20 à la meilleure offre technique (**CE, 20 octobre 2021, n°453653**)
- Est illégale une méthode de notation d'un critère technique consistant à ramener automatiquement à la note maximale l'offre technique qui obtient le meilleur total de points technique, si le critère technique est subdivisé en sous critères affectés chacun d'une pondération distincte et que la méthode de la note maximale n'est pas mise en œuvre au niveau de chaque sous critère cette méthode a pour effet de neutraliser la pondération de ces sous critères et est susceptible de conduire à ce que l'offre économiquement la plus avantageuse ne soit pas choisie (**TA Nîmes, 22 septembre 2021, n°2102877**)

## L'obligation pour l'acheteur de respecter ses propres exigences de consultation

- Une offre qui ne comprend pas tous les éléments exigés dans le règlement de consultation est irrégulière (**TA Nancy, 4 janvier 2021, n°2003245**)
- Doit être déclarée irrégulière une offre qui ne respecte le cadre de réponse prévu obligatoire par le pouvoir adjudicateur dans le règlement de consultation (**CAA Bordeaux, 5 mai 2021, n°19BX00259**)
- Un contrat ne peut pas être attribué à un candidat dont le DC1 était incomplet et non signé si le règlement de consultation précisait que les candidats dont la candidature était incomplète ne pouvaient pas poursuivre la procédure de consultation (**CAA Marseille, 28 juin 2021, n°20MA04796**)

## Les candidatures

- Même si le pouvoir adjudicateur ne fixe pas de seuil minimal de capacité ou de chiffres d'affaires annuel, un candidat peut être évincé au stade de l'analyse des candidatures s'il ne présente pas les capacités techniques et financières suffisantes et des références permettant de conclure à sa capacité à réaliser les prestations objet du marché. En l'espèce, les références produites étaient sans rapport avec l'objet du marché, la composition de l'équipe était insuffisante au regard du périmètre du marché, et le chiffre d'affaires était inférieur de près de 5 fois au montant du marché (**CAA Versailles, 4 février 2021, n°18VE04031**).
- Annulation d'une procédure de mise en concurrence (concession) aux termes de laquelle le pouvoir adjudicateur a attribué le contrat à un candidat sans avoir obtenu de garanties suffisantes de la part de cette société quant à ses capacités financières. Le juge relève notamment qu'il ne ressortait pas du rapport d'analyse que les bilans comptables pourtant demandés avaient été analysés (**TA Rouen, 28 janvier 2021, n°2100012**).
- Suppression de l'obligation de produire un KBis au stade de l'attribution du marché dès lors que l'attributaire communique un numéro d'identification délivré par l'INSEE (R.2143-9Code de la commande publique)

## Offre anormalement basse

La circonstance que l'offre d'un candidat soit inférieure de 40 % au prix moyen de l'ensemble des offres présentées, ne permet pas, en l'absence de tout élément tiré de cette offre elle-même, de caractériser l'existence d'une offre anormalement basse (**CAA de VERSAILLES, 10 mai 2021, n° 18VE00552**)

## L'impartialité dans le processus d'attribution d'un marché public

La participation au processus d'attribution d'un marché d'un ancien salarié de l'attributaire peut, dans les circonstances de l'espèce, légitimement faire naître un doute sur l'impartialité de la procédure, justifiant l'annulation du marché compte tenu de la caractérisation d'un vice d'une particulière gravité (**CE, 25 novembre 2021, n°454466**).

## Le seuils de publicité et de procédure formalisée

Depuis le 1er janvier 2022 :

- Le seuil des procédures formalisées pour les marchés de fournitures et services passe, pour UniHA, à 215 000 euros HT (et non plus 214 000 euros HT) (**Règlement délégué (UR) 2021/1952 du 10 novembre 2021 modifiant la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne les seuils applicables pour les marchés publics de fourniture, de services et de travaux et pour les concours**)

- Pour les MAPA dont la valeur estimée du besoin est supérieure à 90 000 euros HT et inférieure à 215 000 euros HT, un nouveau modèle d'avis de publicité est disponible (**Arrêté du 12 février 2020 fixant un modèle d'avis pour la passation des marchés publics répondant à un besoin d'une valeur estimée entre 90 000 € hors taxes et les seuils de procédure formalisée**)

## Exécution des marchés

### CCAG

Des nouveaux CCAG ont vu le jour en avril 2021 et la DAJ a publié guide d'utilisation comprenant 25 fiches thématiques (RGPD, prix, pénalités, propriété intellectuelle, exécution aux frais et risques....)

**Arrêtés du 30 mars 2021**

**<https://www.economie.gouv.fr/daj/publication-du-guide-dutilisation-des-ccag>**

### PME

Le titulaire d'un marché global, s'il n'est pas lui-même une PME, doit confier, directement ou indirectement, a minima 10 % du montant prévisionnel du marché à une PME ou un artisan (**Décret n°2021-357 du 30 mars 2021 portant diverses dispositions en matière de commande publique du 30 mars 2021**)

### Sous-traitance

N'est pas sous-traitant d'un marché de travaux la société qui livre au titulaire des fournitures dès lors qu'il n'est pas établi que la société en question aurait conçu et réalisé les fournitures « *en mettant en œuvre des techniques particulières pour répondre aux spécificités du marché* » (**CAA Lyon, 25 mars 2021, n°19LY02198**).

### Les prix dans les marchés publics

La DAJ a publié une fiche sur « Les marchés publics confrontés à la flambée des prix et au risque de pénurie des matières premières » rappelant le principe d'intangibilité des prix dans les marchés publics, les principes de l'indemnisation en cas de bouleversement de l'économie du contrat et la nécessité de clauses de révision (**DAJ « Les marchés publics confrontés à la flambée des prix et au risque de pénurie des matières premières »**)

### L'exécution aux frais et risques

- Le Conseil d'Etat a précisé que l'exécution aux frais et risques (« l'achat pour compte ») est une règle d'ordre public : lorsque les conditions sont réunies, l'exécution aux frais et risques peut s'appliquer même si le contrat n'a prévu aucune disposition sur ce point (**CE, 18 décembre 2020, n°433386**)

- Pas de sanction financière à l'encontre du titulaire en cas de suspension de la commercialisation d'un produit par l'ANSM (**CAA Lyon, 8 juillet 2021, n°19LY02735**)

## Les pénalités

- Des pénalités de retard représentant 28% du montant total HT du marché sur sa durée totale ne sont pas manifestement excessives au regard des marchés comparables produits par la société requérante et compte tenu de l'ampleur du retard imputable au titulaire du marché (**CAA Lyon, 29 avril 2021, n°19LY012718**).

- Validation d'un montant de pénalités représentant 42 % du montant du marché de prestations intellectuelles, compte tenu des retards importants accusés par le titulaire (**CAA Nantes, 15 octobre 2021, n°20NT03105**)

## Résiliation

- Illustration de la résiliation d'un marché exceptionnellement à l'initiative du titulaire : le marché prévoyait cette possibilité, le marché n'avait pas pour objet l'exécution d'un service public et le pouvoir adjudicateur a été en mesure de s'opposer à la résiliation. En dehors de ces conditions, la résiliation d'un marché à l'initiative du titulaire est impossible (**CAA Nancy, 16 mars 2021, n°19NC02115**)

- Le titulaire d'un marché ne peut pas résilier un marché ou cesser de l'exécuter en invoquer les défaillances du pouvoir adjudicateur dans le paiement des décomptes et des avances (**CAA Bordeaux, 6 mai 2021, n°19BX02070**)

## Montant de l'indemnisation dans les marchés comprenant de la location

- Validation de l'indemnité de résiliation égale au montant de « tous les loyers dus et à échoir jusqu'au terme de la période initiale de location majorées de 10% » (**CAA Nancy, 16 mars 2021, n°19NC02115**)

- Validation de l'indemnité de résiliation pour motif d'intérêt général prévue au CCAG (5% du montant HT du marché) dès lors que le titulaire n'établit pas que le coût de l'équipement n'aurait pas été amorti en cours d'exécution, ni que l'appareil ne serait pas susceptible d'être vendu ou reloué à un autre établissement de santé. Il ne ressort pas non plus du dossier que l'équipement aurait été conçu pour les besoins spécifiques du centre hospitalier concerné (**CAA Nantes, 23 avril 2021, n°20NT00977**)

## RSE

### La loi Climat et résilience

Loi « Climat et résilience » modifie le code de la commande publique, avec une date d'entrée en vigueur fixée ultérieurement par décret, sur les points suivants :

- L'obligation de fixer un critère qui prend en compte les caractéristiques environnementales de l'offre;
- L'obligation de prévoir des conditions d'exécution prenant en compte des considérations relatives à l'environnement et, pour les marchés passés en procédure formalisée, l'obligation de prendre en compte des considérations relatives au domaine social ou à l'emploi, notamment en faveur des personnes défavorisées (sauf quelques exceptions) ;
- La possibilité d'écarter des candidats qui ne respectent pas l'obligation d'un plan de vigilance (plan qui comporte des mesures propres à identifier les risques et à prévenir les atteintes graves envers les droits humains et les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes ainsi que l'environnement, résultant des activités de la société)

### Critère RSE

La politique que les candidats comptent appliquer au marché « *en matière, respectivement, de diversité et d'égalité des chances, de lutte contre le harcèlement, d'inclusion de personnes en situation de handicap et de bien-être au travail ou à fournir la preuve de l'obtention d'un label ou d'une certification en la matière* », peut être un critère de choix des offres dans un marché de prestations de services de gestion du bâtiment compte tenu de l'impact du bien-être du personnel sur la réalisation des prestations (**TUE, 10 février 2021, T-578/19**)

### Guides achat

- Commission européenne - Guide sur les appels d'offre publics avec clauses de responsabilité sociale;
- DAE – Réussir son achat responsable, Guide thématique n°1 : Comment veiller au respect des droits de l'Homme au travail dans les chaînes d'approvisionnement ?
- DAE - Guide pour des achats numériques responsables
- Ministère de la transition écologique : « S'engager dans une politique d'achat public zéro déforestation »