



## Veille juridique mensuelle juillet 2021

### Projet de loi « climat et résilience » et modification du Code de la commande publique

### *Législation*

Le projet de loi adopté le 20 juillet dernier, mais pour le moment soumis à la censure du Conseil constitutionnel, annonce une nouvelle modification du Code de la commande publique.

Parmi les modifications envisagées pour les marchés publics :

- 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)

Des décrets d'application préciseront les modalités d'entrée en vigueur.

***Projet de loi portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets***

## Distinction entre capacités et conditions d'exécution de l'offre

### *Jurisprudence*

Saisie d'un marché passé par un pouvoir adjudicateur lituanien ayant pour objet la gestion de déchet dangereux, la CJUE a eu l'occasion de clarifier la distinction entre capacités techniques et professionnelles et conditions d'exécution du marché.

La réglementation européenne impose l'obtention d'une autorisation spéciale pour effectuer le transfert international de déchets. Un des candidats au marché ne présentait pas l'obtention de cette autorisation au moment du dépôt de son offre et a été rejeté sur ce motif.

Après avoir considéré que l'obtention d'une autorisation pour exécuter une prestation du marché ne relevait ni de l'aptitude à exercer une activité professionnelle, ni de la capacité technique et professionnelle, mais d'une condition d'exécution du marché, la CJUE précise qu'une offre ne peut pas être rejetée au seul motif que le soumissionnaire « n'apporte pas la preuve, au moment du dépôt de son offre, qu'il satisfait à une condition d'exécution du marché concerné ».

Le juge ajoute que le soumissionnaire peut attendre de se voir attribuer le marché pour apporter la preuve qu'il remplit les conditions d'exécution du marché, et précise que « le fait de contraindre les soumissionnaires à satisfaire à toutes les conditions d'exécution du marché dès la présentation de leur offre constitue une exigence excessive qui, partant, risque de dissuader ces opérateurs de participer aux procédures de passation de marchés et, ce faisant, méconnaît les principes de proportionnalité et de transparence » garantis par la directive.

***CJUE, 8 juillet 2021, C-295/20***

Saisi d'un contentieux sur la validité d'un marché, le juge constate à la lecture d'extraits du rapport d'analyse des offres des incohérences répétées entre les notes attribuées à certains critères et les commentaires associés.

Ces incohérences, selon le juge, ont « conduit à ce que, pour la mise en œuvre de chaque critère, la meilleure note ne soit pas attribuée à la meilleure offre, rompant ainsi l'égalité entre les candidats ».

La procédure est donc irrégulière

***CAA Bordeaux, 14 juin 2021, n°19BX01864***

## Attention à la cohérence entre la note et les commentaires associés lors de l'analyse des offres

## Dura RC sed RC

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**

Le sous-traitant du sous-traitant ne peut invoquer le droit au paiement direct s'il n'a pas été agréé par le maître d'ouvrage et s'il ne démontre pas que le maître d'ouvrage avait connaissance de son intervention.

**CAA Lyon, 24 juin 2021, n°19LY02594**

Saisi par un candidat évincé, le tribunal administratif de Lyon a eu l'occasion de se prononcer sur la validité d'un marché portant sur l'acquisition de matériels médicaux précisément définis, mais qui invitait également les candidats à renseigner un « complément de gamme » et des « déclinaisons », sans que l'ampleur et la nature des produits susceptibles d'être proposés par les candidats ne soient suffisamment précisées.

Le juge des référés considère qu'il revenait ainsi aux soumissionnaires de proposer une partie de leur catalogue laissée à leur libre appréciation, et en déduit qu'en « engageant la procédure de passation d'un accord-cadre à bons de commande sans avoir préalablement défini précisément la nature de l'ensemble des prestations demandées, et en abandonnant dans ces conditions pour partie l'identification de la nature de son besoin aux différents candidats », les règles de la commande publique n'ont pas été respectées.

Le juge prononce en conséquence l'annulation des clauses du marché relatives à ces prestations éventuelles facultatives.

A noter que le juge des référés se prononce dans cette affaire sur la distinction accord-cadre à bons de commande et accord-cadre à marchés subséquents : « 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, mais peut notamment envisager de recourir à la technique d'achat de l'accord-cadre avec marché subséquent, le cas échéant pour la seule partie non entièrement définie des prestations ».

**TA Lyon, 9 juillet 2021, n°2104957**

## Conditions du paiement direct du sous-traitant de second rang

## Compléments de gamme et accord-cadre à bons de commande ou à marchés subséquents

## **RGPD**

### **Nouvelles clauses RGPD**

Le 4 juin 2021, la Commission européenne a adopté une décision d'exécution introduisant de nouvelles clauses contractuelles types pour le transfert de données à caractère personnel vers des pays tiers en vertu du Règlement général sur la protection des données (RGPD).

*[https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/1\\_fr\\_act\\_part1\\_v4.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/1_fr_act_part1_v4.pdf)*

## **PUBLICITE**

### **Avis de publicité MAPA**

Le modèle d'avis de publicité des marchés d'un montant compris entre 90 000 euros HT et les seuils des procédures formalisées a été modifié. Il entre en vigueur le 1er janvier 2022.

***Arrêté du 26 juillet 2021 modifiant l'annexe de l'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 euros HT et les seuils de procédure formalisée***