

NEWSLETTER N°3

Les brèves de Jurisprudence :

- **Pas de contrat ... mais de l'enrichissement sans cause.**

Les faits : en juillet 2007, un centre hospitalier conclut un marché à bons de commandes pour une durée d'1 an et 3 re-conductions successives. En octobre 2011, le centre hospitalier demande au titulaire de poursuivre l'exécution du marché pour une durée de 4 mois. Le fournisseur accepte mais sur la base de nouveaux prix. Refus du centre hospitalier de régler les factures émises sur la base des nouvelles conditions tarifaires; le titulaire obtient en référé qu'une provision lui soit allouée. Le centre hospitalier saisit le Tribunal Administratif qui le déboute et il fait appel. Il soutient que les prestations ont été réalisées dans le cadre du marché, ce dernier prévoyant qu'elles se prolongeraient au-delà de la date de fin du marché. Le commencement d'exécution du marché ayant été retardé (octobre 2007), sa date d'achèvement devait l'être également, suivant le centre hospitalier, et le maintien des prix devait être acquis.

La solution de droit : la date de démarrage du marché est la date de sa notification pour la CAA : les prestations objet du litige ne peuvent donc lui être rattachées. Le centre hospitalier a par ailleurs accepté l'exécution des prestations en dépit de la contestation sur les nouveaux prix : pour autant, il n'y a pas de nouveau contrat, les parties ne s'étant pas entendues sur ses conditions. En l'absence de contrat, la CAA constate l'existence d'un enrichissement sans cause du centre hospitalier puisqu'il a demandé à ce que les prestations soient effectuées, qu'il en a effectué le règlement partiel sur la base des prix du marché et que ces prestations lui ont été utiles.

Source : CAA Versailles 8 février 2018—n° 16VE01638

La recommandation : certains marchés se prêtent à un décalage dans le temps du commencement d'exécution d'une partie des prestations (marchés lancés alors qu'une partie des prestations relève d'un contrat toujours en cours d'exécution, réorganisation des services de l'acheteur, contrats d'assurance) : il est donc essentiel de bien en décrire le détail dans le DCE et de le rappeler au moment de la notification de l'attribution pour éviter tout différend.

- **Omission de l'indication du délai de stand still dans la lettre de rejet : quelles conséquences?**

Les faits : une société forme un recours en contestation de validité des marchés conclus suite au rejet de 2 de ses offres dans le cadre d'un appel d'offres alloti. La requérante reproche à l'acheteur de ne pas avoir respecté le formalisme imposé par l'ancien Code des Marchés Publics imposant de notifier, à l'appui du rejet, ses motifs, le nom de l'attributaire et les motifs ayant conduit au choix de son offre, ainsi que le délai de suspension en fonction du mode de transmission retenu.

La solution de droit : la lettre de rejet notifiée à la requérante ne comportait aucune des mentions exigées; toutefois, celles-ci furent communiquées ultérieurement à la requérante, à sa demande, mais à l'exception de l'indication du délai de stand still. Pour les juges, cette indication a pour seul objet de permettre aux candidats évincés de saisir le juge du référé précontractuel et que cette non-communication n'a aucunement pour effet d'invalider la validité du contrat. Donc, pas d'annulation possible sur ce fondement.

Source : CAA Douai 07 décembre 2017—n°15D1701489.

- **Sous-traitance de 1er rang : attention au formalisme !**

Les faits : des travaux de gros-œuvre sont confiés à une entreprise, ensuite placée en redressement judiciaire. Son sous-traitant réclame alors à l'acheteur le paiement de sommes en contrepartie de travaux réalisés.

La solution de droit : la loi du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance subordonne le paiement du sous-traitant de rang 1 (le seul protégé par les dispositions du paiement direct) à l'acceptation du sous-traitant (avec examen de ses capacités, à l'instar de celles du titulaire du marché) et de l'agrément de ses conditions de paiement. Or, le sous-traitant avait certes été agréé en bonne et due forme par le maître d'ouvrage, mais pour des travaux distincts, effectués antérieurement, et sans démontrer que les travaux objet du litige pouvaient être regardés comme des travaux supplémentaires par rapport aux travaux antérieurs. D'où rejet de la demande du sous-traitant.

Direction Achats/Marchés Publics Grand Est

Source : CAA de Nancy—20 février 2018, n°16NCO1473

La recommandation : point n'est besoin d'insister sur l'obligation du respect de la loi de 1975, en premier lieu pour protéger les intérêts des sous-traitants, souvent des PME/TPE. A nous acheteurs, de faire passer le message, même si le formalisme peut paraître lourd. Nous reviendrons dans une prochaine newsletter sur le mécanisme à observer face aux demandes de sous-traitance de rang 2 et plus et des conditions permettant de se mettre à l'abri de différends tant pour les entreprises que les acheteurs.

• **L'offre ambiguë existe-t-elle? Oui,**

Les faits : une collectivité, suite à appel d'offres, qualifie l'offre d'une entreprise comme irrégulière et la rejette. Son offre comportait le bordereau de prix initialement mis en ligue et non celui modifié en cours de consultation, même si l'entreprise avait eu connaissance du nouveau BP. Mais en réalité, son détail estimatif de prix confirme qu'elle s'est bien fondée sur le BP modifié pour proposer son offre de prix.

La solution de droit : le seul fait que la société évincée n'ait pas utilisé le BP tel qu'il avait été modifié par l'acheteur n'est pas de nature, à lui seul, à pouvoir qualifier son offre d'irrégulière ; rappelons qu'une offre irrégulière est une offre ne respectant pas les exigences formulés dans le DCE notamment parce qu'elle est incomplète. Position des juges : la collectivité aurait pu lever toute ambiguïté en demandant une régularisation de l'offre.

Source : CE—16 avril 2018—n°417235

Commentaire : pour autant, n'oublions pas que la régularisation d'une offre est une faculté ouverte à l'acheteur, et non une obligation (CE—21 mars 2018—n°415929). Dans le cas de l'offre ci-dessus qualifiée d'ambiguë, le juge se borne à relever qu'une régularisation aurait permis de s'assurer que le bordereau prix était bien conforme à la demande de la collectivité.

[Focus sur la dématérialisation au 01/10/2018](#)

Flash acheteurs :

A compter du 1er octobre prochain, toutes les communications, tous les échanges d'informations, tout le processus visant à la notification de décisions de rejet/d'attribution seront effectués par voie électronique à de rares exceptions près (marchés de services sociaux relevant de l'article 28 du décret du 25 mars 2016, obligation pour les candidats de transmettre des maquettes, échantillons, etc.—article 41 du décret précité).

La généralisation de la dématérialisation a pour conséquences :

- la prise en compte du principe « dites le nous une fois » (DLNUF) et l'obligation pour les acheteurs d'accepter une attestation sur l'honneur du représentant de l'entreprise quant à l'exactitude d'informations transmises à une administration (articles L113-13 du code des relations entre le public et l'administration et 53, II du décret du 25 mars 2016),
- en parallèle, l'acheteur doit accepter le e-DUME sous format électronique (.xml) précisant les renseignements et absences d'interdiction de soumissionner déjà à la connaissance des acheteurs publics; à compter du 1er octobre 2018, les pièces du marché devront contenir la maquette du e-DUME électronique (article 49 du décret). Celle-ci est censée à terme circuler à l'échelle européenne entre acheteurs et opérateurs économiques,
- Le renforcement du recours à certaines procédures spécifiques comme le système d'acquisition dynamique (article 81 et suivant décret), les enchères électroniques (article 84 et suivant) ou encore les catalogues électroniques (article 86 et suivant).

Direction Achats/Marchés Publics Grand Est

Cette démarche s'inscrit dans le plan « transformation numérique de la commande publique 2017-2022 » élaboré par l'Etat (DAJ/DGFIP notamment) comportant des actions prioritaires, dont :

- la création d'avis nationaux simplifiés ré-harmonisés avec les avis européens en réduisant le nombre des informations obligatoires—horizon : fin 2018;
- La simplification des modes de candidature en supprimant certains formulaires actuels (DC DAJ, MPS, formules spécifiques aux acheteurs) au profit du e-DUME—horizon : 01/10/2018;
- La convergence des données essentielles avec celles du recensement des marchés publics : données essentielles à publier pour tous les marchés de 25 000 € HT et plus (article 107 du décret et arrêté du 14/04/2017—cf. newsletter 1) - horizon : 01/10/2018.

Flash entreprises

A compter du 1er octobre prochain, les entreprises qui répondront à une consultation pour un marché d'un montant estimé à 25 000 € HT et plus devront faire parvenir par voie dématérialisée leurs dossiers de candidature et d'offre, leurs questions et demandes d'informations ; la signature des diverses pièces du DCE n'est plus imposée, seul le marché définitif, au stade de l'attribution, devant être signé électroniquement (acte d'engagement), en application des articles 101 et suivants du décret (note DAJ n°2016-02217-COJU du 15 avril 2016). La signature électronique se présente généralement sous forme d'un support type clé USB sur laquelle est implanté le certificat de signature. Elle est remise uniquement au titulaire du certificat par un prestataire habilité qui vérifie son identité.

La dématérialisation au niveau de la candidature suppose qu'au 01/10/2018, les entreprises utilisent le Document Unique de Marché Européen (DUME) sous sa forme électronique (e-DUME) ; elles peuvent d'ores et déjà l'utiliser en l'établissant par le biais de Chorus Pro en se rendant sur l'utilitaire disponible à l'adresse suivante : <https://dume.chorus-pro.gouv.fr>, où toutes les explications sont fournies. Le e-DUME remplace les DC1/DC2 au 01/10/2018.