



SOMMAIRE

1. PASSATION DES MARCHES PUBLICS
(page 2)

**2. MODIFICATION DU MARCHE PAR
AVENANT**
(page 4)

3. RESPONSABILITE
(page 5)

4. SOUS-TRAITANCE – MARCHE PRIVE
(page 5)

5. EXECUTION
(page 6)

6. ENVIRONNEMENT
(page 7)

7. FOCUS SUR LA LEGISLATION
(page 7)

EDITORIAL

Il n'est pas certain que Molière, dont certaines œuvres ont été traduites en plus de cinquante langues, aurait apprécié que son patronyme devienne un adjectif qualificatif de clauses potentiellement illégales dans les contrats publics.

Le dramaturge en aurait peut-être fait un sujet de farce, en dénonçant le dessein poursuivi par leurs auteurs.

L'actualité de ce début d'année est par ailleurs constituée de jurisprudences qui confirment des solutions déjà acquises, mais en les assortissant de précisions utiles aux praticiens (preuve de la capacité d'un candidat, modalités de remises des plis, précision des critères, étendue des responsabilités, protection du sous-traitant, portée du décompte général, information de l'exploitant d'une ICPE).

L'actualité réglementaire apporte avec la nouvelle année une désormais traditionnelle revalorisation des seuils de passation des marchés publics.

Le rythme en 2018 devrait donc être aussi soutenu qu'en 2017.

Bonne année à tous !

Philippe NUGUE

I - PASSATION DES MARCHES PUBLICS

Clause Molière et clause d'interprétariat
Conseil d'État, 04 décembre 2017, Région des Pays de la Loire, 413366
TA Lyon, 13 décembre 2017, Région Rhône Alpes, n°17-04697

La clause dite « Molière » est celle qui fait obligation aux personnes amenées à exécuter un marché public de travaux d'utiliser le français.

Elle a généralement pour objectif de combattre le recours au travail détaché. Dès lors, cette clause va à l'encontre du principe de non-discrimination dans l'accès à la commande publique. C'est ainsi que par une circulaire en date du 27 avril 2017, les Préfets ont été invités à déférer ce type de stipulations au juge administratif.

La clause dite « d'interprétariat » est celle qui oblige le titulaire d'un marché public à recourir à un interprète dans le cas où les personnes affectées à l'exécution des prestations ne disposent pas d'une maîtrise suffisante de la langue française pour leur permettre de comprendre la réglementation sociale applicable.

Ce type de clause est susceptible de restreindre l'exercice des libertés fondamentales garanties par le traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne.

Toutefois, par un arrêt du 4 décembre 2017, le Conseil d'Etat a validé la clause d'interprétariat à la condition qu'elle poursuive un objectif d'intérêt général et permette de garantir la réalisation de celui-ci sans aller au-delà de ce qui est nécessaire pour l'atteindre.

L'objectif d'intérêt général étant de « permettre au maître d'ouvrage de s'assurer, en vertu notamment de l'article L4531-1 du code de travail que chaque travailleur directement concerné par l'exécution de tâches risquées sur le chantier est en mesure de réaliser celles-ci dans des conditions de sécurité suffisantes ».

La Haute Juridiction ajoute que l'application de ce type de clause doit se faire sans occasionner de coûts excessifs.

Dans son communiqué de presse, le Conseil

d'Etat précise que les clauses d'interprétariat ne doivent pas être confondues avec les clauses Molière : les premières visent à encadrer la compréhension des consignes et des droits des travailleurs étrangers grâce à un interprète, les secondes s'attachent à "imposer l'usage exclusif du français sur les chantiers".

Sans mauvais esprit, on relèvera que « la frontière » entre ces deux définitions reste incertaine...

C'est ainsi que le tribunal administratif de Lyon a récemment déclaré illégale une délibération qui approuvait le dispositif de « lutte contre le travail détaché » d'une région en prévoyant des modifications au cahier des clauses administratives particulières des marchés de travaux de la collectivité territoriale. Ces modifications obligeaient les titulaires à « fournir une attestation sur l'honneur de non recours au travail détaché », introduisaient une « clause de langue française », selon laquelle « le titulaire du marché s'engage à ce que tous les personnels quel que soit leur niveau de responsabilité et quelle que soit la durée de leur présence sur le site, maîtrisent la langue française, et permettaient « la mise à disposition alternative d'un traducteur ».

Le dispositif instituait également des contrôles sur site et des sanctions.

La collectivité a fait valoir que ces mesures avaient pour objet de permettre de mettre en œuvre les obligations qui lui incombent en tant que maître d'ouvrage et de garantir la protection des travailleurs sur les chantiers.

La juridiction saisie ne retient pas cette argumentation en énonçant que la collectivité ne démontre pas que ces mesures contribueraient à l'amélioration de la sécurité des salariés ou même à la lutte contre le travail détaché illégal.

Au regard du but poursuivi par la délibération, le Tribunal a retenu que celle-ci « a été adoptée, non pour assurer la protection de la santé et de la sécurité des salariés, mais pour exclure les travailleurs détachés des marchés publics régionaux et favoriser les entreprises régionales. »

C'est ainsi que la délibération a été annulée.

Capacité : la preuve de démarches pour disposer des moyens nécessaires suffit

CAA Bordeaux, 14 novembre 2017, Société Héliportugal, n° 15BX03734

Le pouvoir adjudicateur peut retenir un candidat qui a entrepris les démarches pour disposer des moyens nécessaires à l'exécution du marché.

La cour administrative d'appel de Bordeaux juge, sur le fondement de l'ancien recours dit *Tropic* (transposable), qu'un pouvoir adjudicateur peut retenir un candidat qui ne justifie pas immédiatement des moyens nécessaires pour exécuter le contrat mais qui, par des démarches sérieuses et suffisantes, prouve en revanche qu'il en disposera au stade de l'exécution.

En l'espèce, était en litige la passation d'un marché de fourniture d'hélicoptères.

La cour estime que l'offre de l'attributaire n'était pas suffisamment précise pour assurer au pouvoir adjudicateur qu'il disposerait effectivement des hélicoptères au moment de l'exécution.

Elle précise que l'offre « ne comportait aucune précision sur le délai d'acheminement et de mise à disposition des appareils » et « n'était accompagnée d'aucun document, tel que notamment un contrat d'achat, garantissant au pouvoir adjudicateur que les appareils héliportés seraient disponibles pour l'exécution du marché ».

Cette solution est sévère dès lors que, manifestement, l'attributaire avait bel et bien fourni les hélicoptères ; en effet, le juge a différé l'annulation du marché neuf mois à compter de la notification de l'arrêt, eu égard aux nécessités impérieuses constituées par le « motif d'intérêt général tenant à ce que la continuité du service de transport sanitaire d'urgence assuré par le centre hospitalier soit garantie ».

Il reconnaît implicitement que les moyens nécessaires à l'exécution du contrat était fournis par l'attributaire dès lors qu'à défaut il n'aurait, selon toute vraisemblance, pas laissé neuf mois au pouvoir adjudicateur pour organiser une nouvelle procédure.

Un candidat doit transmettre son offre en une seule fois et dans un même pli

TA Poitiers, 14 novembre 2017, SAS Colas Sud Ouest, n° 1702401

Ce jugement rappelle aux candidats à l'attribution d'un marché public qu'il est nécessaire d'être particulièrement précautionneux dans la transmission électronique de leurs offres.

En l'espèce, un candidat soutenait avoir transmis plusieurs documents qui, ensemble, constituaient son offre. Le tribunal administratif, sur le fondement des dispositions du I de l'article 57 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics, rejette cette argumentation et le référé précontractuel en estimant « qu'en cas d'envois successifs, chaque envoi doit être considéré comme constitutif d'une offre à part entière, ne

pouvant compléter les autres offres déjà déposées dès lors qu'il n'appartient pas à l'acheteur de consulter le contenu des différents plis reçus pour en comprendre l'éventuelle articulation »

Il ajoute, pédagogue, qu'en cas d'erreur ou de volonté de modification d'une offre, le soumissionnaire doit obligatoirement déposer un nouveau pli complet avec l'intégralité des documents exigés par le règlement de la consultation.

Par suite, il estime que c'est à bon droit que le pouvoir adjudicateur a rejeté l'offre comme étant incomplète.

L'imprécision d'un sous-critère peut entraîner l'annulation de la procédure TA Caen, 14 novembre 2017, n° 1701899

Le tribunal administratif de Caen a estimé qu'une procédure de passation peut être annulée par le juge du référé précontractuel au motif que l'un des sous-critères du critère « valeur technique » (pondéré à 70%), noté sur 8 points, est imprécis et « *que les documents de la consultation ne comprennent pas d'éléments de nature à en constituer une définition formelle* ».

En l'état, il s'agissait d'un critère intitulé « organisation générale du service dont la prise en compte des spécificités du territoire et les mesures environnementales », dont le requérant estimait la dénomination « imprécise, voire mystérieuse ».

Le tribunal constate que, nonobstant les

conditions spécifiques prévues par le cahier des clauses techniques particulières, les indications apportées par le pouvoir adjudicateur n'ont aucune portée pratique et, par suite, sont insuffisantes « *pour mettre les candidats à même d'appréhender avec un minimum de précision et de façon objective les attentes du pouvoir adjudicateur* ».

Il est donc impératif pour l'acheteur public de définir des sous-critères (et *a fortiori* des critères) qui soient sans équivoques en annexant, si besoin est, des indications qui le soient tout autant.

Le tribunal annule la passation tout en relevant que la méthode de notation a conduit à sélectionner l'offre de l'attributaire au regard de ce sous-critère, conférant « *au pouvoir adjudicateur une marge d'appréciation très excessive* ».

II - MODIFICATION DU MARCHÉ PAR AVENANT

Absence de vice du consentement en cas de modification par avenant d'une clause de révision des prix

CE, 20 décembre 2017, Société Area Impianti, n° 408562

Cet arrêt est intéressant à deux titres : au regard de la loyauté des relations contractuelles (bien que non invoquée) et des possibilités de remplacer des clauses financières relatives à la révision des prix.

En l'espèce, une société titulaire d'un marché public de travaux sollicitait le versement de diverses indemnités, notamment au titre de la révision du prix du marché qui avait été décidée par un avenant dont elle estimait la passation irrégulière.

En premier lieu, le juge rejette le moyen tenant à l'existence d'un vice du consentement en retenant, notamment pour l'erreur, qu'il appartient à une société « *qui contracte de manière habituelle en France, [de prendre], comme tout professionnel attentif se doit de le faire, les précautions nécessaires avant de signer l'avenant* ».

En clair, l'entreprise doit redoubler de précaution avant de signer un avenant, au risque de se voir opposer des clauses défavorables.

En deuxième lieu, le Conseil d'Etat juge que la modification par la voie d'un avenant des règles de détermination du prix initial ne constitue pas, en elle-même, un bouleversement de l'économie du contrat. Les parties peuvent ainsi tout à fait décider, par la voie d'un avenant, de « *modifier le mécanisme d'évolution du prix définitif pour passer d'un prix révisable à un prix ferme* ».

En troisième et dernier lieu, cette modification est jugée régulière quand bien même la suppression/remplacement de ladite clause n'est pas mentionnée dans l'objet de l'avenant et n'a pas donné lieu à une négociation spécifique.

Cette prise de position mérite d'être soulevée dès lors qu'il est de jurisprudence constante que l'administration ne peut porter atteinte unilatéralement aux clauses financières du marché (CE, 7 décembre 1973, *Le Coureur et Sloan*, n° 80357). Or, le fait que l'avenant n'ait pas donné lieu à une négociation, nonobstant la signature du titulaire, pourrait dans une certaine mesure s'apparenter à une modification unilatérale.

III - RESPONSABILITE

Responsabilité du MOE pour manquement à l'obligation d'assistance lors des opérations de réception

CAA de NANCY, 4ème chambre - formation à 3, 28/12/2017, 16NC02822, Inédit au recueil Lebon

L'originalité de la décision n'est pas qu'elle retient, une fois encore, la responsabilité d'un maître d'œuvre pour avoir manqué à ses obligations de conseil au cours de l'exécution du contrat ou à l'occasion de la réception d'un ouvrage, mais réside dans les caractéristiques de la faute elle-même.

La cour retient la responsabilité du maître d'œuvre qui n'a pas formulé d'observation sur la proposition d'un autre intervenant, conseil du maître d'ouvrage, de modifier la conception de l'ouvrage (l'emplacement d'un dégrilleur dans une station d'épuration), ce qui a entraîné des dysfonctionnements avant même la réception de l'ouvrage.

Mais c'est aussi pour avoir proposé la réception sans réserve de l'ouvrage, alors que la décision avait été prise, mais pas exécutée avant la réception, de repositionner le fameux dégrilleur conformément au plan d'origine.

Les désordres subis par la suite, au cours de l'exploitation, et avant repositionnement du

dégrilleur, engagent la responsabilité du maître d'œuvre, et, rappelle la cour, il importe peu, à cet égard, que les vices en cause aient ou non présenté un caractère apparent lors de la réception des travaux, dès lors que le maître d'œuvre en avait eu connaissance en cours de chantier.

Le fait que le maître d'ouvrage ait tardé à faire exécuter les travaux nécessaires est considéré comme sans incidence.

Bref, il ne fallait pas proposer la réception, en tous cas sans réserve, alors que le travail n'était manifestement pas terminé et que l'ouvrage ne pouvait donc que continuer à dysfonctionner pendant au moins un temps...

On notera que la connaissance que le maître d'ouvrage avait lui-même du problème ne semble pas avoir fait l'objet de débat...

Rappel - Jurisprudence constante et très proche du juge judiciaire : la responsabilité du maître d'œuvre peut être engagée si ce dernier a failli à ses obligations contractuelles d'assistance au maître d'ouvrage pendant le déroulement du chantier et lors de la réception. Ex. : Cass. civ. 3, 26 octobre 2017, n° 16-15442.

IV - SOUS-TRAITANCE – MARCHÉ PRIVÉ

Caution obligatoire

Cour de cassation, civile, chambre civile 3, 14 septembre 2017, 16-18.146, Publié au bulletin

L'organisme qui accorde une caution au titre de la loi de 1975 ne peut s'en décharger, même avec l'accord du sous-traitant, sans vérifier qu'une autre caution a été substituée ou la délégation du maître d'ouvrage mise en place.

Le sous-traitant ne peut renoncer aux dispositions d'ordre public de la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975. Et notamment, il ne peut pas valablement, en cours d'exécution du contrat, décharger la caution

de l'engagement que cette dernière a pris à son profit en vertu de l'article 14 de ladite loi.

La Cour de cassation rappelle que la seule exception à l'obligation de fournir une caution est la délégation du maître d'ouvrage, et que faute pour la caution de soutenir (et de prouver) qu'une délégation de paiement avait été effectivement mise en place au profit du sous-traitant ou une autre caution substituée à la première, elle reste engagée et ne peut se prévaloir d'une « mainlevée » accordée par le sous-traitant.

Elle reste donc tenue de garantir le paiement demandé par ce sous-traitant.

V - EXECUTION

Décompte général définitif accepté avec réserves : les conséquences

CAA NANTES, 8 décembre 2017, n°16NT02018

La cour administrative d'appel de Nantes, rappelle le principe d'intangibilité du décompte général définitif notifié par le maître d'ouvrage aux titulaires du marché public.

Le maître d'ouvrage ne peut réclamer aux titulaires du marché public, au titre de leurs relations contractuelles, des sommes dont il n'a pas fait état dans le décompte général.

Ceci alors même qu'une procédure juridictionnelle aurait été engagée antérieurement à sa notification ou qu'il existerait une contestation par le titulaire d'une partie des sommes inscrites au décompte général.

Le décompte général notifié par le maître d'ouvrage engage ce dernier.

Il existe toutefois une exception lorsque le titulaire émet des réserves sur le décompte général qui lui est notifié. Dans ce cas, nous sommes en présence d'un décompte partiellement définitif. Le décompte général n'est alors définitif que sur les points qui n'ont pas fait l'objet de réserves.

Dès lors, le maître d'ouvrage peut réclamer des sommes, dont il n'a pas fait état dans le décompte général qu'il a notifié au titulaire, dans la mesure où ces dernières sont en lien avec les réserves émises par le titulaire.

Cette solution avait été dégagée par le Conseil d'Etat dans un arrêt du 6 novembre 2013 (requête n°361837).

La cour administrative d'appel de Nantes applique cette solution.

En l'espèce, le maître d'ouvrage a notifié le décompte général du marché.

Le titulaire a formé une réclamation contre celui-ci. Toutefois, cette contestation ne portait que sur :

- L'application d'une plus-value sur le prix de fournitures de 1.770 m² en pavés en granit de Louvigné d'une dimension de 20 *20*12 ;
- Une quantité supplémentaire de 75,5 m³ de mortier de lit de pose à prise normale.

Le maître d'ouvrage ne pouvait réclamer au titulaire que les sommes en lien avec ces deux postes de contestation.

Par conséquent, il ne pouvait apporter des modifications sur d'autres postes par un « nouveau décompte général » notifié ultérieurement.

En outre, il faut insister sur le fait que la notification de ce second « décompte général" n'ouvre pas un nouveau délai de recours. L'entreprise veillera à saisir le tribunal administratif dans le délai de 6 mois à compter de la décision de rejet de sa réclamation sur le premier décompte général (article 50.3.2 CCAG Travaux).

VI - ENVIRONNEMENT

Quelques précisions sur la procédure permettant l'édition de prescriptions complémentaires à l'exploitant d'une ICPE

CE, 16 oct. 2017, Société chimique de Oissel, n° 395303, aux Tables

Aux termes de cet arrêt, le Conseil d'Etat précise la procédure encadrant l'adoption par le préfet de prescriptions complémentaires à l'égard de l'exploitant d'une ICPE.

Il s'agissait en l'espèce de prescriptions prises sur le fondement de l'article L. 512-20 du Code de l'environnement, après avis du Conseil Départemental de l'Environnement et des Risques Sanitaires et Technologique (CODERST) en vue de remédier à la pollution de captages destinés à l'alimentation en eau potable de la population.

Confirmant l'arrêt de la cour administrative

d'appel de Douai, le Conseil d'Etat juge qu'aucun texte ou principe n'impose que l'exploitant soit destinataire de l'ensemble des pièces communiquées au CODERST.

Lorsqu'il entend édicter des prescriptions complémentaires, le Préfet doit transmettre à l'exploitant de l'ICPE un « triptyque » composé :

- du rapport de contrôle réalisé, le cas échéant, par l'inspection des ICPE ;
- des propositions de l'inspection tendant à ce que des prescriptions complémentaires lui soient imposées ;
- du projet d'arrêté du Préfet comportant les prescriptions complémentaires envisagées.

Par ailleurs, en vertu de l'article 24 de la loi du 12 avril 2000, l'exploitant doit être à même de présenter des observations et d'obtenir également communication « *s'il le demande* », des pièces du dossier utiles à cette fin.

VII - FOCUS SUR LA LEGISLATION

Nouveaux seuils pour la passation d'une procédure formalisée

Le 19 décembre 2017, les deux règlements de la Commission européenne, portant modification des directives n° 2014/24/UE relative à la passation des marchés publics et n° 2014/25/UE relative à la passation des marchés publics par des entités adjudicatrices ont été publiés au Journal officiel de l'Union européenne.

Les seuils à partir desquels une procédure formalisée doit être mise en place sont désormais les suivants :

Objet du marché	Seuils applicables du 1 ^{er} janvier 2016 au 31 décembre 2017 (hors taxe)	Seuils applicables à compter du 1 ^{er} janvier 2018 (hors taxe)
Fournitures et services (hors art. 28 et 29 du décret de 2016)	<ul style="list-style-type: none"> - <u>135 000 €</u> pour l'Etat et ses EP - <u>209 000 €</u> pour les CT et les EP de santé - <u>418 000 €</u> pour les entités adjudicatrices 	<ul style="list-style-type: none"> - <u>144 000 €</u> pour l'Etat et ses EP - <u>221 000 €</u> pour les CT - <u>443 000 €</u> pour les entités adjudicatrices
Travaux	- <u>5 225 000 €</u>	- <u>5 548 000 €</u>

Dématérialisation de principe des marchés publics passés par tous les acheteurs publics
Articles 39 et 41 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics
Arrêtés du 14 avril 2017 relatif aux fonctionnalités et exigences minimales des profils d'acheteurs et relatif aux données essentielles dans la commande publique

Ces dispositions vont généraliser la dématérialisation des procédures de passation des marchés et des communications / échanges d'informations. En pratique :

- tous les documents de la consultation devront être mis gratuitement à la disposition des candidats sur un profil d'acheteur à compter de la publication de l'AAPC, sauf exception (confidentialité de certaines informations, marchés négociés...);
- tous les acheteurs publics et les candidats devront communiquer et échanger des informations par des moyens de communication électronique, sous réserve des mêmes exceptions ;
- tous les candidats à une procédure de passation lancée à partir du 1^{er} octobre 2018 bénéficieront du dispositif « Dites-le nous une fois », c'est-à-dire qu'ils n'auront plus en principe à fournir les documents justificatifs et moyens de preuves déjà

transmis à l'acheteur lors d'une précédente consultation (et encore valables) ;

- l'acheteur public devra offrir sur son profil acheteur un accès libre, direct et complet aux données essentielles des marchés publics répondant à un besoin dont la valeur est égale ou supérieure à 25 000 euros HT.

L'article ajoute que seront mises en ligne dans un délai de deux mois :

- les données relatives à l'attribution (attributaire, lieu d'exécution, nature et objet du marché...) à compter de la notification du marché ;
- les données relatives à l'objet de la modification, ses incidences (durée d'exécution et financières) et la date de notification de la modification du marché à compter de la date de notification de chaque modification.

Ces efforts de transparence sont bienvenus, que ce soit en termes de gestion des deniers publics que d'exécution des contrats qui, de plus en plus, revêtent des enjeux considérables. La transparence permettra aux tiers qui s'estiment lésés par une décision prise dans le cadre d'un marché public, de demander au juge « *qu'il soit mis fin à l'exécution du contrat* » (CE, Sect., 30 juin 2017, SMPAT, n° 398445).



CONTACTS



Xavier Heymans

Avocat Associé

xavier.heymans@adamas-lawfirm.com



Philippe Nugue

Avocat Associé

Philippe.nugue@adamas-lawfirm.com

RÉDACTEURS DE CETTE NEWSLETTER

Xavier Heymans

Avocat Associé

Philippe Nugue

Avocat Associé

Anthony Quevarec

Avocat



Lyon	+33 (0) 4 72 41 15 75
Paris	+33 (0) 1 53 45 92 22
Bordeaux	+33 (0) 5 57 83 73 16

Pour recevoir nos lettres d'information, faites-en la demande sur : infocom@adamas-lawfirm.com
Pour consulter toutes nos lettres d'informations, rendez-vous sur : www.adamas-lawfirm.com

Les articles contenus dans cette newsletter sont fournis à des fins d'information uniquement et ne peuvent en aucun cas constituer une consultation ou un avis juridique. De ce fait, la responsabilité de leurs auteurs ou du cabinet ADAMAS ne saurait en aucun cas être engagée au titre de l'utilisation faite par les lecteurs des informations contenues dans cette lettre.

Toute personne qui souhaiterait utiliser les informations contenues dans la présente lettre à des fins autres que d'information personnelle devra au préalable avoir recours aux conseils d'un professionnel du droit dûment habilité à fournir des conseils juridiques.

L'intégralité des contenus de cette lettre, ainsi que le logo et la marque ADAMAS sont protégés par des droits de propriété intellectuelle qui sont la propriété exclusive du cabinet ADAMAS ou des auteurs qui lui sont liés. Ces contenus, logo et marque ne peuvent être reproduits, même partiellement, sans leur autorisation.

Conformément à la loi « Informatique et Libertés » du 6 janvier 1978 modifiée en 2004, vous disposez d'un droit d'accès et de rectification aux informations qui vous concernent. Vous disposez également du droit de vous désabonner de la liste de diffusion de cette lettre. Vous pouvez exercer ces droits en vous adressant à : infocom@adamas-lawfirm.com