

CONFERENCE ANNUELLE DE L'ASSOCIATION DES ACHETEURS PUBLICS

Web Conférence

Jeudi 14 novembre 2024

Rodolphe Rayssac

Avocat à la cour

rayssac@rayssac-avocats.fr



RAYSSAC AVOCATS
& ASSOCIÉS



ACTUALITE DE LA COMMANDE PUBLIQUE



- **1) Notion de pouvoir adjudicateur et de contrôle : Avis du Conseil d'Etat du 11 avril 2024,**
- **3) Offre anormalement basses**
- **2) Offres inacceptables**

La notion de pouvoir adjudicateur

Art . L1211-1 du code de la commande publique

Les **acheteurs** publics ou **privés** soumis à la présente ordonnance sont les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices définis respectivement aux articles 10 et 11.

Les pouvoirs adjudicateurs sont:

- 1° Les personnes morales de droit public;
- 2° **Les personnes morales de droit privé qui ont été créées pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial, dont:**
 - a) **Soit l'activité est financée majoritairement par un pouvoir adjudicateur;**
 - b) **Soit la gestion est soumise à un contrôle par un pouvoir adjudicateur;**
 - c) **Soit l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié sont désignés par un pouvoir adjudicateur;**
- 3° Les organismes de droit privé dotés de la personnalité juridique constitués par des pouvoirs adjudicateurs en vue de réaliser certaines activités en commun.

La notion de pouvoir adjudicateur par le juge judiciaire

- Il est à noter que le juge judiciaire, et notamment la Cour de cassation, ne se sont pas prononcés de façon générale sur le sujet.
- Certaines juridictions ont pu toutefois sanctionner le non-respect de l'application du Code par des ESPIC.

A titre d'illustration : **CAA Paris, 22 février 2013, Fondation Hôpital St Joseph, n° 11/11000**

Qu'il convient de le confirmer également en ce qu'il a prononcé la nullité du contrat de "Location-entretien d'articles techniques" et celle du contrat "Hygiène" renouvelés respectivement les 7 octobre 2007 et 16 février 2008 en méconnaissance des dispositions de l'ordonnance n°2005-649 du 6 juin 2005 qui soumet à une obligation préalable de concurrence les organismes de droit privé et de droit public autres que ceux soumis au code des marchés publics dont l'activité est financée majoritairement par des fonds publics ou dont la gestion est soumise au contrôle des pouvoirs publics ou dont l'organe de direction est composé majoritairement de représentants des pouvoirs publics ; que la fondation Hôpital Saint-Joseph, établissement privé à but non lucratif, était, au regard de son mode de financement et de contrôle exercé alors par l'agence régionale d'hospitalisation d'Ile de France, soumis à ces dispositions et à l'obligation de recourir à la procédure d'appel d'offres lors du renouvellement des deux contrats précités ; que le défaut de mise en oeuvre de cette procédure est de nature à entraîner la nullité desdits contrats comme l'a jugé à bon droit le tribunal ;

La notion de pouvoir adjudicateur s'agissant des Chambres Régionales des Comptes

- Depuis l'entrée en vigueur du décret du 12 décembre 2016 , les établissements sociaux et médicaux- sociaux, ainsi que les établissements de santé de droit privé sont soumis à un contrôle des chambres régionales des comptes (*Décret n° 2016-1696 du 12 décembre 2016 relatif au contrôle des juridictions financières sur les établissements sociaux et médicaux-sociaux et les établissements de santé de droit privé*)
- Plusieurs rapports récents de CRC concernent des structures privées.
- **=> le juge financier considère que les Etablissements de santé privés à but non lucratif sont des pouvoirs adjudicateurs, et qu'ils doivent à ce titre appliquer les règles de la commande publique.**
- **Il y a donc une différence de position entre les juges financiers et administratifs.**

CRC Nouvelle Aquitaine, 27 avril 2021 :

L'association est donc tenue de respecter le seuil des procédures formalisées⁹⁷ et d'adopter, à partir d'un seuil annuel déterminé par la réglementation, des procédures adaptées garantissant les principes fondamentaux de la commande publique que sont : l'accès des candidats à la commande publique, leur égalité de traitement et la transparence des procédures. Le non-respect de ces principes est sanctionné par le code pénal. Le président a indiqué que l'association veillerait à l'avenir à respecter les principes fondamentaux de la commande publique et notamment les règles de mise en concurrence.

Recommandation n° 11 : Procéder aux achats dans le cadre du respect des procédures et seuils auxquels sont soumis les pouvoirs adjudicateurs (code de la commande publique applicable depuis le 1^{er} avril 2019) ; rédiger un guide interne de procédures.

AVIS DU CONSEIL D'ETAT DU 11 AVRIL 2024 n°489440
Confirmé par CAA BORDEAUX, 9 juillet 2024 n° 21BX01064

Rappel les critères de qualification d'un pouvoir adjudicateur :

- ❑ **CRITERE 1 : La personnalité juridique**

- ❑ **CRITERE 2 : La structure a été créée pour satisfaire un besoin d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial**

❑ **CRITERE 3 : La dépendance à un pouvoir adjudicateur (avis du CE)**

Ce critère est rempli si, de façon alternative, l'une ou l'autre des conditions suivantes sont remplies :

- L'activité est financée majoritairement par un pouvoir adjudicateur ;

- **La gestion est soumise à un contrôle par un pouvoir adjudicateur ; (avis CE)**

- L'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié sont désignés par un pouvoir adjudicateur

2. La gestion soumise à un contrôle actif d'un pouvoir adjudicateur (sous-critère analysé par le CE)

Le Conseil d'Etat rappelle dans un premier temps les contrôles relativement nombreux exercés par les autorités de tarification des ESSMS et notamment la passation de contrat pluri annuel d'objectifs et de moyens avec l'autorité de tutelle / le contrôle des comptes par l'autorité de tutelle :

*« 4. En vertu des dispositions de l'article L. 314-7 du code de l'action sociale et de la famille, les établissements et services sociaux et médico-sociaux **soumettent à l'accord de l'autorité compétente en matière de tarification les emprunts dont la durée est supérieure à un an et les programmes d'investissement. Selon les dispositions de l'article L. 313-12-2 de ce code, ces établissements et services doivent conclure un contrat pluriannuel d'objectifs et de moyens. L'article L. 313-14-2 prévoit que l'autorité compétente en matière de tarification peut demander la récupération de certains montants (...)** Il résulte aussi des dispositions de l'article L. 313-14-1 du même code que dans les établissements et services sociaux et médico-sociaux gérés par des organismes de droit privé à but non lucratif, **lorsque la situation financière fait apparaître un déséquilibre financier significatif et prolongé ou lorsque sont constatés des dysfonctionnements dans la gestion financière de ces établissements et de ces services, l'autorité de tarification compétente peut, à l'issue d'une procédure contradictoire, désigner un administrateur provisoire de l'établissement. Les articles L. 313-13 et L. 313-25 prévoient que ces établissements et services sont soumis au contrôle de l'inspection générale des affaires sociales et des autorités de tarification. Enfin, les articles R. 314-21 à R. 314-25 organisent les modalités de transmission des propositions budgétaires arrêtées par l'organe délibérant de l'organisme gestionnaire à l'autorité de tarification, qui peut faire connaître à l'établissement ou au service les modifications qu'elle propose.** »*

Pour autant, malgré les nombreux contrôles par les autorités de tutelle des ESSMS, **le Conseil d'Etat considère dans un second temps, que ce contrôle a priori et a posteriori sur les ESSMS par les autorités de tarification n'est qu'un contrôle de régularité qui n'emporte pas un contrôle actif de leur gestion par les autorités publiques.** Les ESSMS conserve donc leur autonomie et ne sont pas soumis à un contrôle des autorités publiques ayant une conséquence sur leurs décisions en matière d'attribution de marchés publics :

*« 5. Il résulte de l'ensemble des dispositions législatives et réglementaires mentionnées au point précédent que les personnes morales de droit privé gestionnaires des établissements et services sociaux et médico-sociaux énumérés à l'article L. 312-1 du code de l'action sociale et des familles, y compris les organismes à but lucratif, **ne sont soumises qu'à un contrôle de régularité, y compris lorsqu'est en cause, s'agissant des établissements à but non lucratif, des dysfonctionnements dans leur gestion financière. Si certains de ces contrôles, en matière de garantie d'emprunt et de programmes d'investissements, sont exercés a priori, ils sont destinés à garantir le respect de la réglementation tarifaire et n'ont, pas davantage que les autres contrôles, pour objet ou pour effet de remettre en cause l'autonomie de gestion de ces personnes privées. Les établissements et services sociaux et médico-sociaux ne sont ainsi pas soumis, du fait de ces dispositions, à un contrôle actif de leur gestion permettant aux autorités publiques d'influencer leurs décisions en matière d'attribution de marchés.** »*

Le Conseil d'Etat souligne donc que les ESSMS ne remplissent pas le critère du contrôle par un autre pouvoir adjudicateur.



ACTUALITE DE LA COMMANDE PUBLIQUE



- **2) Offres anormalement basses**

- **Article L2152-5**
- Une offre anormalement basse est une offre dont le prix est manifestement sous-évalué et de nature à compromettre la bonne exécution du marché.

TA Rouen Ord. 25 octobre 2024,

Société Conteneur c/Communauté de communes Pont Audemer Val de Risles (n°2404003):

- « (...) 11. Le fait, pour un pouvoir adjudicateur, de retenir une offre anormalement basse porte atteinte à l'égalité entre les candidats à l'attribution d'un marché public. Il résulte des dispositions précitées que, quelle que soit la procédure de passation mise en œuvre, il incombe au pouvoir adjudicateur qui constate qu'une offre paraît anormalement basse de solliciter auprès de son auteur toutes précisions et justifications de nature à expliquer le prix proposé. **Si les précisions et justifications apportées ne sont pas suffisantes pour que le prix proposé ne soit pas regardé comme manifestement sous-évalué et de nature, ainsi, à compromettre la bonne exécution du marché, il appartient au pouvoir adjudicateur de rejeter l'offre.** Toutefois, pour estimer que l'offre de l'attributaire est anormalement basse, le pouvoir adjudicateur ne peut se fonder sur le seul écart de prix avec l'offre concurrente, sans rechercher si le prix en cause est lui-même manifestement sous-évalué et, ainsi, susceptible de compromettre la bonne exécution du marché. Enfin, si le moyen tiré de ce que le pouvoir adjudicateur aurait dû rejeter une offre anormalement basse est utilement invocable dans le cadre du référé précontractuel, le juge du référé précontractuel exerce sur un tel refus un contrôle limité à l'erreur manifeste d'appréciation.

TA Rouen Ord. 25 octobre 2024,

Société Conteneur c/Communauté de communes Pont Audemer Val de Risles (n°2404003):

- 12. La société requérante, Conteneur, soutient que l'offre de la société attributaire, Ecogestik, apparait, en comparaison, anormalement basse dès lors que le prix de l'offre de cette dernière est inférieur de 54% à son offre, et que la communauté de communes ne justifie pas avoir mis en œuvre la procédure de vérification des offres présumées anormalement basses.
- **Toutefois, il résulte de l'instruction**, et notamment du courrier daté du 24 juillet 2024 produit par la communauté de communes, **que l'acheteur a effectivement mis en œuvre la procédure de vérification des offres présumées anormalement basses en demandant à la société Ecogestik d'apporter les précisions et justifications sur l'ensemble de sa proposition**, et notamment sur le temps consacré par foyer par rapport à l'étendue de la prestation attendue, et a considéré que la réponse de la société attributaire était satisfaisante. **Au demeurant, il ne résulte pas de l'instruction**, d'une part, eu égard à la réponse de la société Ecogestik du 30 juillet 2024, **que l'offre proposée de la société attributaire, qui s'est justifiée quant au temps consacré par foyer, à l'engagement de taux minimum d'enquêtes de 85% des adresses visées, aux interventions en binôme, aux moyens matériels qu'elle s'engage à mettre en œuvre, serait anormalement basse** et que, d'autre part, elle ne saurait satisfaire aux besoins du pouvoir adjudicateur. Par suite, la communauté de communes de Pont-Audemer Val de Risles n'a pas commis d'erreur manifeste d'appréciation sur ce point et le moyen soulevé par la société requérante de ce que l'offre proposée par la société attributaire serait anormalement basse, ne peut qu'être écarté. (...) »

- Point n°1: L'offre anormalement basse est une offre dont le prix est manifestement sous-évalué et qui compromet la bonne exécution du marché
- Point n°2: Un pouvoir adjudicateur ne peut pas retenir une offre anormalement basse au regard de ses obligations de publicité et de mise en concurrence.
- Point n°3: Dès lors où un doute existe il est très important de prouver que toutes les questions ont été posées afin de faire la lumière sur le niveau des prix du candidat.
- Point n°4: Au contentieux, il revient au demandeur d'établir que l'offre de son concurrent déclaré attributaire du marché était anormalement basse.



ACTUALITE DE LA COMMANDE PUBLIQUE



- **3) Offres inacceptables**

- **Article L2152-3**

Une offre inacceptable est une offre dont le prix excède les crédits budgétaires alloués au marché, déterminés et établis avant le lancement de la procédure.

C.E. 12 juin 2024, Société Actor France c/Ville de Paris, n°475214

- « (...) 2. En premier lieu, aux termes de l'article 59 du décret du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics, applicable au litige : « I. – L'acheteur vérifie que les offres () sont régulières, acceptables et appropriées. / () Une offre inacceptable est une offre dont le prix excède les crédits budgétaires alloués au marché public tels qu'ils ont été déterminés et établis avant le lancement de la procédure. / () II. – Dans les procédures d'appel d'offres (), les offres irrégulières, inappropriées ou inacceptables sont éliminées. () ».
- (...)
- 4. Si les crédits budgétaires alloués à un marché destiné à être passé sous la forme d'un accord-cadre peuvent être inférieurs au montant maximum que prévoit le pouvoir adjudicateur, celui-ci ne peut toutefois écarter comme inacceptable une offre au motif qu'elle excède le montant de ces crédits budgétaires qu'à la condition que ce dernier montant ait été porté à la connaissance des candidats à son attribution.
- 5. Il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que le montant total du devis estimatif établi par la société Actor France s'élevait à 2 784 095 euros hors taxes, soit un montant inférieur au montant maximum de l'accord-cadre à bons de commande, qui avait été fixé à 3 500 000 euros hors taxes dans l'avis d'appel public à la concurrence. **En jugeant que la Ville de Paris avait pu régulièrement rejeter comme inacceptable l'offre de cette société au motif qu'elle excédait le montant maximum de 2 500 000 euros hors taxes auquel la collectivité avait limité le budget alloué à cet accord-cadre, alors qu'il résultait des pièces du dossier qui lui était soumis que la Ville de Paris n'avait pas informé les candidats du montant maximum du budget qu'elle avait alloué à ce marché, la cour a commis une erreur de droit. (...)** »
- Dans le même sens: CAA Douai 29 août 2024, Société Mostaz c/CHU Amiens Picardie, n°22DA01581 – considérants n°4 et 5 ; TA Rennes Ord. 9 août 2024, Société Omnikles c/Syndicat Mixte Mégalis Bretagne, n°2404137 – considérant n°21

Point n°1:

Une offre inacceptable est une offre non finançable au regard d'un manque de crédits inscrits au budget.

Point n°2:

Le budget doit avoir été établi antérieurement au lancement de la procédure de mise en concurrence et annoncé aux candidats (*attention aux nuances avec le montant estimatif*).



Merci de votre attention

RODOLPHE RAYSSAC
Avocat à la Cour

RAYSSAC AVOCATS
5 Place du 18 Juin 1940
75006 PARIS
rayssac@rayssac-avocats.fr