

### CONTRATS PUBLICS

- ❖ L'offre déposée tardivement est-elle nécessairement irrégulière ?
- ❖ Quelles sont les règles de recevabilité d'un mémoire en réclamation ?
- ❖ Comment prendre en compte les critères géographiques et environnementaux pour l'attribution des marchés publics ?
- ❖ Une méthode de notation ayant pour effet de neutraliser la pondération des critères de sélection est irrégulière
- ❖ Quel est le juge compétent quant au contentieux relatif à l'exploitation d'un fonds de commerce sur le domaine public ?

### CONSTRUCTION

- ❖ En l'absence de réception, quel est le délai dont dispose le maître d'ouvrage pour agir en responsabilité contre un constructeur ou contre un sous-traitant ?
- ❖ Un assureur dommages-ouvrages est-il tenu de répondre dans un délai soixante jours à une déclaration de sinistre portant sur des désordres identiques à une précédente déclaration de sinistre ayant abouti à un refus de garantie ?
- ❖ Dans quelle mesure la responsabilité du vendeur peut-elle être recherchée sur le fondement de la faute dolosive ?

1

## CONTRATS PUBLICS / PASSATION

**L'offre déposée tardivement est-elle nécessairement irrégulière ?**

(CE, 23 septembre 2021, *RATP*, n°449250)

Le Conseil d'Etat juge, dans un arrêt mentionné au recueil Lebon, que l'offre déposée hors-délai ne doit pas être regardée comme irrégulière, dès lors que d'une part le soumissionnaire a accompli en temps utile les diligences normales attendues par un candidat, et d'autre part le fonctionnement de son équipement informatique était normal.

Le soumissionnaire doit démontrer avoir accompli les « diligences normales attendues par un candidat pour le téléchargement de son offre »

Aux termes de cet arrêt, il incombe au soumissionnaire de démontrer qu'il a accompli en temps utile les diligences normales attendues, de sorte que l'absence de téléchargement de son offre sur la plateforme avant la date et l'heure limites ne soit imputable « *ni à une faute ni à une négligence de sa part* ».

Il lui incombe, en outre, de rapporter la preuve du bon fonctionnement de son matériel informatique, de sorte que l'impossibilité de déposer son offre dans les délais ne peut être imputée à un dysfonctionnement technique. Une fois ces deux points établis, l'absence de téléchargement sera réputée imputable à un dysfonctionnement de la plateforme de l'acheteur, à moins que ce dernier ne parvienne à prouver le bon fonctionnement de sa plateforme de dépôt.

**L'absence de dépôt d'une copie de sauvegarde ne permet pas de caractériser une négligence de la part du soumissionnaire**

L'arrêt rappelle également que « la transmission d'une copie de sauvegarde des documents transmis par voie électronique est une simple faculté ouverte aux candidats et soumissionnaires en application de l'article R. 2132-11 du code de la commande publique », l'absence d'un tel dépôt n'étant pas de nature à établir la négligence du candidat. En d'autres termes, le dépôt d'une telle copie de sauvegarde ne fait pas partie des « diligences normales » qu'on peut attendre d'un candidat.

Au cas d'espèce, il est donc jugé que l'acheteur public a commis un manquement tenant au fait d'avoir écarté, à tort, une offre comme tardive alors que cette remise hors-délai découlait d'un dysfonctionnement de sa plateforme. La procédure doit ainsi reprendre au stade de l'analyse des offres.

**Nos préconisations s'agissant des diligences attendues par les candidats**

Si l'arrêt ne détaille pas les « diligences normales » attendues d'un candidat lors du dépôt de son offre, nous conseillons a minima aux candidats - en amont de leur dépôt - de bien créer leur compte, prendre connaissance des prérequis techniques, et tester la configuration du poste utilisé pour le dépôt. Une simulation du dépôt de documents d'un volume et format comparables à ceux de l'offre peut également être effectuée.

2

## MARCHES PUBLICS / PRE-CONTENTIEUX

**Quelles sont les règles de recevabilité d'un mémoire en réclamation ?**

(CE, 27 septembre 2021, *Société Amica*, n°442455)

Dans cet arrêt, mentionné au Lebon, le Conseil d'Etat juge qu'un mémoire du titulaire d'un marché ne peut être regardé comme une réclamation au sens de l'article 50.1.1. du CCAG Travaux que s'il comporte « l'énoncé d'un différend » et expose, « de façon précise et détaillée, les chefs de la contestation en indiquant, d'une part, les montants des sommes dont le paiement est demandé et, d'autre part, les motifs de ces demandes, notamment les bases de calcul des sommes réclamées ».

Les éléments devant apparaître dans le mémoire pour valoir réclamation

Après avoir rappelé les dispositions de l'article 50.1.1. du CCAG Travaux, les juges du Palais royal indiquent qu'en conséquence, le mémoire en réclamation adressé par le titulaire à la personne publique doit contenir :

- l'énoncé du différent « de façon précise et détaillée » ;
- les chefs de contestation ;
- les montants dont le paiement est demandé ;
- les motifs de ces demandes, incluant « les bases de calcul des sommes réclamées ».

**Le simple renvoi à un courrier antérieur contenant ces éléments ne vaut pas réclamation**

S'agissant de la forme du mémoire en réclamation, le Conseil d'Etat juge que ces éléments peuvent figurer dans un document joint au mémoire, mais que le titulaire ne peut se borner à se référer à un document antérieurement transmis au pouvoir adjudicateur ou au maître d'œuvre sans le joindre à son mémoire.

En l'espèce, est donc rejeté comme valant mémoire en réclamation un courrier intitulé « mémoire en réclamation » qui se référait exclusivement à un courrier antérieur contenant la réclamation de l'opérateur, mais qui n'était pas joint au « mémoire en réclamation ».

**La vigilance est donc de mise pour les titulaires et les pouvoirs adjudicateurs s'agissant du contenu et des modalités d'envoi des mémoires en réclamation en matière de travaux.**

3

## MARCHES PUBLICS / PASSATION

### Comment prendre en compte les critères géographiques et environnementaux pour l'attribution des marchés publics ?

(Réponse ministérielle n° 33777, JORF du 7 septembre 2021, page 6695)

Saisi d'une question ministérielle lui demandant de « *bien vouloir étudier la possibilité de faire évoluer le Code des marchés publics afin de permettre une meilleure prise en compte du critère géographique et de celui de l'empreinte environnementale pour l'attribution des marchés publics* », le Ministère de l'économie offre un mode d'emploi pour les acheteurs souhaitant valoriser les critères géographiques et environnementaux dans leurs marchés publics.

#### L'interdiction d'instaurer une préférence locale ou nationale

En premier lieu, Bercy rappelle l'**interdiction formelle, pour les acheteurs, d'attribuer des marchés publics sur la base d'une préférence locale ou nationale**. Cette interdiction découle du droit européen, dont sont issus les principes d'égalité de traitement des candidats et de liberté d'accès à la commande publique rappelés à l'article L. 3 du Code des marchés publics.

#### La possibilité d'instituer une pondération plus favorable en faveur d'un critère environnemental

Néanmoins, pour Bercy, les principes de la commande publique permettent la prise en compte de critères environnementaux et géographiques. En effet :

- le Code de la commande publique permet aux acheteurs de formuler leurs besoins selon des spécifications techniques et des conditions d'exécution visant à promouvoir les offres de qualité, innovantes et protectrices de l'environnement, caractéristiques sur lesquelles « les entreprises françaises et européennes sont à leur avantage » ;
- le nouvel article L. 2111-1 du Code de la commande publique (tel qu'issu de la loi Climat) impose désormais aux acheteurs de prendre en compte les objectifs de développement durable dans leurs dimensions économique, sociale et environnementale ;
- le choix des critères d'attribution et de leur pondération peut permettre de rétablir l'équilibre au bénéfice des offres européennes et nationales, dès lors que le Code de la commande publique n'impose pas de méthode de pondération des critères.

L'interdiction d'attribution des marchés publics sur la base d'une préférence locale ou nationale est ainsi nécessairement temporisée par la **liberté laissée aux acheteurs d'instituer une pondération plus favorable soit en faveur d'un critère environnemental ou d'un autre critère caractérisant la valeur technique des fournitures, des services ou des travaux, soit en faveur du critère du prix**.

4

## MARCHES PUBLICS / PASSATION

### Une méthode de notation ayant pour effet de neutraliser la pondération des critères de sélection est irrégulière

(TA Nîmes, 22 septembre 2021, n°2102877)

Saisi par un candidat évincé, le juge des référés précontractuels du Tribunal administratif de Nîmes fait application du principe selon lequel **une méthode de notation ayant pour effet de neutraliser la pondération des critères de sélection est irrégulière**.

#### Une libre définition de la méthode de notation par les acheteurs ...

L'ordonnance rappelle en premier lieu que le pouvoir adjudicateur « définit librement la méthode de notation pour la mise en œuvre de chacun des critères de sélection des offres qu'il a définis et rendus publics ». Ce principe n'est pas nouveau, et ressort d'une jurisprudence constante et bien établie (en ce sens, voir par exemple CE, 3 novembre 2014, n°373362).

#### ... sous réserve de ne pas priver de leur portée les critères de sélection ou neutraliser leur pondération

En second lieu, il est jugé, conformément à la jurisprudence, que **la méthode de notation est néanmoins irrégulière si elle conduit à priver de leur portée les critères de sélection ou neutraliser leur pondération**. En l'espèce, le juge des référés précontractuels sanctionne ainsi la méthode de notation consistant à :

- 1) attribuer une note sur chaque sous-critère composant le critère technique ;
- 2) additionner ces notes pour obtenir une note totale sur le critère technique ;
- 3) attribuer au candidat arrivé en 1ère position sur ce critère la note de 100/100 ;
- 4) recalculer la note des autres candidats par le biais d'une règle de trois.

Si cette méthode de notation n'est pas nouvelle, elle a eu en l'espèce pour effet d'inverser le résultat de la mise en concurrence puisque si l'acheteur s'était contenté de prendre en compte les notes « brutes » obtenues par les candidats, c'est la société requérante qui aurait été classée première.

**Une bonne prise en compte par les acheteurs publics de tous les effets potentiels d'une méthode de notation est donc indispensable pour s'assurer de sa régularité et éviter une annulation de la procédure de passation**.

## CONVENTIONS D'OCCUPATION / CONTENTIEUX

5

### Quel est le juge compétent quant au contentieux relatif à l'exploitation d'un fonds de commerce sur le domaine public ?

(Réponse ministérielle n° 22466, JORF du 23 septembre 2021, page 5504)

Dans une réponse ministérielle du 23 septembre dernier, le Ministre de l'Economie indique que le juge administratif est compétent pour juger de l'existence d'un fonds de commerce sur le domaine public (par la recherche d'une clientèle propre), et de l'indemnisation en cas de fin anticipée ou non-renouvellement de la convention d'occupation.

Compétence du juge administratif en matière de litiges indemnitaires liés au non-renouvellement ou à la résiliation d'une convention d'occupation.

Conformément à l'article L. 2124-32-1 du Code général de la propriété des personnes publiques (CGPPP), un fonds de commerce peut être exploité sur le domaine public, sous réserve de l'existence d'une clientèle propre.

En cas de contentieux portant sur l'indemnisation de l'exploitant du fonds lié à la fin anticipée ou au non-renouvellement de la convention d'occupation, le Ministre de l'Economie indique que la compétence relève du juge administratif.

Classiquement, le juge administratif était déjà compétent pour entendre les litiges indemnitaires liés au non-renouvellement ou à la résiliation d'une convention d'occupation. Cependant, et en l'absence de reconnaissance, avant l'article L. 2124-32-1 du CG3P, de la possibilité d'établir un fonds de commerce sur le domaine public, l'indemnisation était cantonnée au « *préjudice direct et certain résultant de la résiliation de la convention d'occupation domaniale avant son terme, tel que la perte des bénéficiaires découlant d'une occupation du domaine conforme aux prescriptions de la convention et des dépenses exposées pour l'occupation normale du domaine, qui auraient dû être couvertes au terme de cette occupation* » (CE, 31 juillet 2009, n° 316534).

#### Modalités d'indemnisation de l'exploitant

S'agissant des modalités d'indemnisation de l'exploitant par la personne publique, la réponse ministérielle propose au juge administratif de « s'inspirer de la méthode d'identification de l'existence d'une clientèle propre dégaagée par la Cour de cassation dans le cadre des litiges qu'elle est amenée à connaître, tels que ceux entre un primo-occupant non délégataire d'une activité de service public et un occupant secondaire, ou un occupant non délégataire de service public et le reprenneur de son fonds de commerce exploité sur le domaine public » (Cass, Civ. 3., 5 avril 2018, 17-10.466).

1

## MARCHES PRIVÉS / CONTENTIEUX

**En l'absence de réception, quel est le délai dont dispose le maître d'ouvrage pour agir en responsabilité contre un constructeur ou contre un sous-traitant ?**

(Cass. Civ. 3., 16 septembre 2021, 20-12.372)

La Cour de cassation rappelle dans cet arrêt qu'en l'absence de réception, l'action en responsabilité du maître de l'ouvrage à l'encontre du sous-traitant ou du constructeur se prescrit par cinq ans à compter de la manifestation du dommage.

En l'absence de réception, le délai dont dispose le maître d'ouvrage pour agir en responsabilité est le délai quinquennal de droit commun

Au visa des articles 1792-4-3 et 2224 du Code civil, la Cour de cassation suit le raisonnement suivant :

- 1) la garantie décennale de l'article 1792-4-3 ne saurait recevoir application lorsqu'aucune réception de l'ouvrage n'est intervenue, dès lors que cette action en responsabilité se prescrit par dix ans à compter de la réception des travaux ;
- 2) en l'absence de réception, l'action en responsabilité du maître de l'ouvrage à l'encontre de l'entreprise principale est donc soumise au délai de droit commun de cinq ans à compter de la manifestation du dommage.

Une confirmation de la jurisprudence antérieure soulignant l'importance de la notion de réception des travaux

Une telle solution avait déjà été retenue dans un autre arrêt récent de la Cour de Cassation (Cass. Civ. 3., 19 mars 2020, 19-13.459).

Ces arrêts permettent de souligner une fois encore l'importance que représente la notion de réception des travaux puisque en l'absence d'une telle réception, le délai de prescription dont dispose le maître d'ouvrage pour agir en responsabilité contre un constructeur ou contre un sous-traitant passe de dix à cinq ans.

2

## MARCHES PRIVÉS / ASSURANCES

**Un assureur dommages-ouvrages est-il tenu de répondre dans un délai soixante jours à une déclaration de sinistre portant sur des désordres identiques à une précédente déclaration de sinistre ayant abouti à un refus de garantie ?**

(Cass. Civ. 3., 30 septembre 2021, 20-18.883)

La Cour de cassation juge que « l'assureur dommages-ouvrage est tenu de répondre dans le délai de soixante jours à toute déclaration de sinistre, y compris lorsqu'il estime que les désordres sont identiques à ceux précédemment dénoncés ».

Le délai de réponse de soixante jours s'applique même en cas de déclaration de désordres ayant déjà donné lieu à un refus de garantie

Aux termes de l'article L. 242-1 du Code des assurances, l'assureur est tenu de notifier sa position dans un délai de soixante jours à compter de la déclaration de sinistre effectuée par l'assuré.

Au cas d'espèce, l'assureur n'avait pas répondu dans le délai, et la Cour d'appel avait jugé que cette obligation ne trouvait pas à s'appliquer dès lors que les désordres étaient identiques à ceux dénoncés dans une première déclaration de sinistre, laquelle avait abouti à un refus de garantie ;

La Cour de cassation censure cet arrêt en retenant que « l'assureur dommages-ouvrage est tenu de répondre dans le délai de soixante jours à toute déclaration de sinistre, y compris lorsqu'il estime que les désordres sont identiques à ceux précédemment dénoncés ». Par conséquent, l'assureur ne pouvait plus, en l'espèce, opposer la prescription biennale liée à la première déclaration, et sa garantie se trouvait être acquise.

Un revirement de jurisprudence imposant une grande vigilance aux assureurs dans le traitement des déclarations de sinistre

C'est un revirement de jurisprudence pour la Cour de cassation, qui avait précédemment estimé que le maître d'ouvrage était forcé de réclamer la prise en charge par l'assureur dommages-ouvrages d'un désordre similaire déjà déclaré et indemnisé. En conséquence, aucune sanction n'avait été retenue à l'encontre de l'assureur dommages-ouvrages, même si ce dernier avait omis de répondre à cette seconde déclaration (Cass. Civ. 3., 10 octobre 2012, 11-17496).

La nouvelle solution retenue a le mérite de la simplicité, toute déclaration de sinistre devant donner lieu à une réponse dans un délai de soixante jours. **Elle impose néanmoins aux assureurs une grande vigilance dans le traitement des déclarations de sinistre.**

3

## MARCHES PRIVÉS / RESPONSABILITE CONTRACTUELLE

**Dans quelle mesure la responsabilité du vendeur peut-elle être recherchée sur le fondement de la faute dolosive ?**

(Cass. Civ. 3., 8 juillet 2021, 19-23.879)

La Cour de cassation rappelle dans cet arrêt que la responsabilité du vendeur ne peut être recherchée sur le fondement de la faute dolosive que lorsqu'est caractérisée une volonté délibérée et consciente de méconnaître une obligation contractuelle par dissimulation ou par fraude.

Nonobstant la prescription décennale, les constructeurs sont responsables à l'égard du maître d'ouvrage en cas de faute dolosive caractérisée

Les constructeurs, nonobstant la forclusion décennale, peuvent être contractuellement tenus à l'égard du maître d'ouvrage en cas de faute dolosive caractérisée.

Cette action est considérée comme une action contractuelle ; attachée à l'immeuble, elle est transmissible aux acquéreurs successifs.

**La faute dolosive suppose une volonté délibérée et consciente de méconnaître une obligation contractuelle**

La Cour de cassation rappelle dans cet arrêt que la caractérisation d'une faute dolosive n'est pas aisée, puisqu'elle suppose de démontrer une volonté délibérée et consciente de méconnaître une obligation contractuelle par dissimulation ou par fraude.

La preuve d'une intention de nuire n'est toutefois pas nécessaire (Cass. Civ.3., 12 juillet 2018, 17- 20627).

En l'espèce, il est jugé – comme cela est souvent le cas - que les juges du fond n'avaient pas suffisamment caractérisé la volonté délibérée et consciente du constructeur-vendeur de méconnaître une norme par dissimulation ou fraude.

**Haize Avocats**

5 rue Saint Philippe du Roule

75008 – Paris

Tél. : + 33 (0) 1 44 29 33 70

Fax : + 33 (0) 1 44 29 33 20

contact@haize-avocats.com