



***PARIS, Vendredi 30 novembre 2018***

# CONFERENCE ANNUELLE DE L'ASSOCIATION DES ACHETEURS PUBLICS (AAP)

**Rodolphe Rayssac – Avocat à la cour**

- **Possibilité de se référer à un prix « cible »**
- **PCN ou dialogue compétitif ?**
- **Quelle motivation pour les courriers de rejet ?**
- **Déclaration sans suite pour insuffisance de concurrence**
- **Marchés de services juridiques**

# **Réforme des transports sanitaires**

**Possibilité de se référer à un prix « cible »**

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF DE NICE**  
**26 octobre 2018, N° 1804203**

**SOCIÉTÉ AMBULANCES AMS**

- **Sur les conclusions aux fins d'annulation de la procédure :**
- 4. En premier lieu, la société Ambulances AMS fait valoir qu'en prévoyant un **tarif conventionné à partir duquel les soumissionnaires étaient invités à proposer une remise** pour la durée du marché, le GHT 06 a porté atteinte à la libre concurrence. Toutefois, elle ne démontre pas que cette atteinte constitue un manquement aux obligations de transparence et d'égalité de traitement des candidats, de sorte qu'elle ne peut se prévaloir que celle-ci aurait été susceptible de l'avoir lésée.
- 5. En second lieu, la requérante soutient que l'ensemble des prestations ne relevant pas strictement du transport de personnes qui étaient prévues dans le cadre du marché litigieux, notamment le nettoyage systématique du véhicule après chaque transport, la gestion des déchets, la disponibilité 24 heures sur 24, ainsi que le temps d'aide aux démarches administratives, ont nécessairement conduit au dépôt d'offres anormalement basses, dans la mesure où le tarif réglementé du seul transport sanitaire qui est fixé par la convention nationale des transports sanitaires privés exclut toutes ces prestations, et du fait qu'il a été demandé aux entreprises candidates de proposer un taux de remise sur ce tarif.
- 6. Aux termes de l'article L. 6312-1 du code de la santé publique : « *Constitue un transport sanitaire, tout transport d'une personne malade, blessée ou parturiente, pour des raisons de soins ou de diagnostic, sur prescription médicale ou en cas d'urgence médicale, effectué à l'aide de moyens de transports terrestres, aériens ou maritimes, spécialement adaptés à cet effet (...).* » ; aux termes de l'article L. 6312-2 du même code : « *Toute personne effectuant un transport sanitaire doit avoir été préalablement agréée par le directeur général de l'agence régionale de santé (...).* ».
- 7. Il résulte de ces dispositions que toute entreprise chargée du transport sanitaire de personnes doit se conformer aux exigences requises pour l'obtention de l'agrément qui lui est délivré à cette fin. Or, l'annexe 4 de l'arrêté du 12 décembre 2017 fixant les caractéristiques et les installations matérielles exigées pour les véhicules affectés aux transports sanitaires terrestres conditionne l'obtention de cet agrément à l'existence de « *locaux (...) permettant d'assurer la désinfection et l'entretien courant des véhicules, ainsi que la maintenance du nettoyage du matériel* ». Il s'ensuit que la société Ambulances AMS ne peut dissocier la prestation de lavage des véhicules des obligations liées à sa mission de transport sanitaire de personnes.

# Confirmation de jurisprudences déjà existantes sur la notion de prix « cible » ou « d'objectif »

*« 8. Considérant que l'article 7.2 du règlement de la consultation dispose que le critère du prix est pondéré à 60 % ; **que l'article 2.1 de l'annexe 1 à l'acte d'engagement prévoit que le prix unitaire, correspondant au prix de référence, appliqué à l'enlèvement des véhicules 2 roues et assimilés est minoré de 30 % en l'absence d'utilisation d'une grue spécifique ; que si la société Remorquage soutient que cette méthode de notation porte atteinte à l'égalité entre candidats, il résulte de l'instruction qu'elle a été appliquée à l'ensemble des candidats ; que la société requérante ne démontre pas que l'absence d'application du coefficient de minoration, en cas d'utilisation d'un matériel spécifique, laquelle répond à un objectif légitime de ne pas endommager les véhicules à enlever, ait porté atteinte au principe d'égalité entre candidats en avantageant une entreprise concurrente ; qu'ainsi le moyen tiré de ce que la méthode de notation des offres serait entachée d'erreur de droit ou de discrimination illégale doit être écarté ; »***

- TA Paris, 17 juill. 2014, n° 1410371.

Le juge administratif a également validé la régularité de l'utilisation d'un prix d'objectif, alors même que le montant n'est pas communiqué aux candidats.

*« Considérant que la société CIS BIO INTERNATIONAL fait d'abord grief à l'Assistance publique – hôpitaux de Paris d'avoir fixé un prix d'objectif dont le montant n'était pas précisé dans les documents de la consultation et constituant une pratique anti-concurrentielle prohibée par les articles L. 420-1 à L. 420-3 du code de commerce ; que, toutefois, l'offre de la requérante n'ayant pas été déclarée irrecevable, elle n'a pas été lésée par l'absence de précision dans les documents de la consultation du montant du prix d'objectif fixant le seuil de recevabilité des offres ; que **si ce prix d'objectif constituait aussi un des éléments de la formule de calcul de la note du critère du prix, laquelle n'avait pas à être précisée par le pouvoir adjudicateur dans les documents de la consultation, il ne résulte pas de l'instruction que la formule de calcul ainsi appliquée par l'Assistance publique – hôpitaux de Paris pour noter les offres de prix conduisait à une évaluation non objective de ces offres ou créait une discrimination entre les candidats susceptible d'avoir lésé la requérante ; »***

TA Paris, 12 juin 2012, n° 1208882.

- « 6. Considérant que la société Ambulances X soutient que l'Assistance publique – Hôpitaux de Paris a méconnu, tant les dispositions de l'article L. 410-2 du code de commerce, que les principes de la liberté des prix, de la libre concurrence et de la liberté d'accès à la commande publique, en exigeant à l'article 4 du cahier des clauses administratives particulières (CCAP) de la procédure litigieuse que les candidats proposent, dans leur offre tarifaire pour les transports effectués en ambulance, pour l'accord-cadre ainsi que les marchés subséquents, un taux de remise par rapport au tarif fixé par la sécurité sociale ne pouvant être inférieur à 10 % ;
- que, toutefois, cette mise en concurrence des candidats sur la base d'un taux de remise comportant un plancher de 10 % dans le cadre d'un marché public n'est pas contraire aux dispositions précitées de l'article L. 410-2 du code de commerce qui ont pour objet d'interdire aux pouvoirs publics, sauf circonstances exceptionnelles, de réglementer les prix des biens, produits et services, ni ne méconnaît le principe de la liberté des prix ; que, par ailleurs, il résulte de l'instruction que ces modalités de mise en concurrence sur le critère du prix ne peuvent avoir pour effet de restreindre le jeu de la concurrence et sont bien de nature à permettre au pouvoir adjudicateur de choisir l'offre économiquement la plus avantageuse (...)
- Tribunal administratif de Melun, 2 juillet 2014, n° 1404110

**Procédure concurrentielle avec  
négociation  
ou  
dialogue compétitif ?**

# Procédure concurrentielle avec négociation ou dialogue compétitif ?

Les cas de recours de ces 2 procédures sont définis à l'article 25 du décret , de façon identique :

- II. - Les pouvoirs adjudicateurs peuvent utiliser la **procédure concurrentielle avec négociation** ou le **dialogue compétitif** dans les cas suivants :
- 1° Lorsque le besoin ne peut être satisfait sans adapter des solutions immédiatement disponibles ;
- 2° Lorsque le besoin consiste en une solution innovante. Sont innovants les travaux, fournitures ou services nouveaux ou sensiblement améliorés. Le caractère innovant peut consister dans la mise en œuvre de nouveaux procédés de production ou de construction, d'une nouvelle méthode de commercialisation ou d'une nouvelle méthode organisationnelle dans les pratiques, l'organisation du lieu de travail ou les relations extérieures de l'entreprise ;
- 3° Lorsque le marché public comporte des prestations de conception ;
- 4° Lorsque le marché public ne peut être attribué sans négociation préalable du fait de circonstances particulières liées à sa nature, à sa complexité ou au montage juridique et financier ou en raison des risques qui s'y rattachent ;
- 5° Lorsque le pouvoir adjudicateur n'est pas en mesure de définir les spécifications techniques avec une précision suffisante en se référant à une norme, une évaluation technique européenne, une spécification technique commune ou un référentiel technique ;
- 6° Lorsque, dans le cadre d'un appel d'offres, seules des offres irrégulières ou inacceptables, au sens de l'article 59, ont été présentées pour autant que les conditions initiales du marché public ne soient pas substantiellement modifiées. Le pouvoir adjudicateur n'est pas tenu de publier un avis de marché s'il ne fait participer à la procédure que le ou les soumissionnaires qui ont présenté des offres conformes aux exigences relatives aux délais et modalités formelles de l'appel d'offres.

- **CAS D'OUVERTURE**

25.1) : Achat sur étagère / achat sur mesure

- **PHILOSOPHIE**

- **DC : construction commune**                      **convergence pour DCE**
- **PCN : meilleure offre**                              **confrontation**

Lorsque l'acheteur public se trouve dans les cas d'ouverture de l'article 25 D, il peut recourir soit au dialogue compétitif, soit à la PCN.

**=> que choisir ?**

=> il faut réfléchir à ce que l'on attend des candidat :

- Si c'est un appui à l'élaboration des solutions et la construction du DCE : **Dialogue compétitif**
- Si c'est davantage une négociation sur les offres : **PCN**

# DIALOGUE COMPÉTITIF vs PROCÉDURE CONCURRENTIELLE AVEC NÉGOCIATION

Dialogue compétitif



Procédure concurrentielle avec négociation

=> Besoin se construit au fur et à mesure du dialogue

« Le dialogue compétitif est la procédure par laquelle l'acheteur **dialogue** avec les candidats admis à participer à la procédure en vue de définir ou développer une ou plusieurs solutions de nature à répondre à ses besoins et sur la base de laquelle ou desquelles les participants au dialogue sont invités à remettre une offre. »

=> Besoin défini

« La procédure concurrentielle avec négociation est la procédure par laquelle un pouvoir adjudicateur **négoce** les conditions du marché public avec un ou plusieurs opérateurs économiques autorisés à participer aux négociations.

Le pouvoir adjudicateur indique dans les documents de la consultation les **exigences minimales** que doivent respecter les offres ».

Dialogue à partir du programme fonctionnel ou du projet partiellement défini



Négocie sur des bases minimales

# Validations jurisprudentielles PCN

**TA Grenoble, Ord. 14 sept 2017; PIERRE STREIFF SAS n °1704739**

5. Considérant que la construction du pôle hospitalier public-privé de Voiron, alors même qu'elle est susceptible de reprendre pour partie des éléments de solutions déjà mises en oeuvre sur d'autres chantiers hospitaliers, **ne peut être regardée comme appliquant des solutions immédiatement disponibles**, mais requiert nécessairement, eu égard à la **complexité** inhérente à un tel ouvrage et à la prise en compte de son environnement, des **adaptations** de celles-ci ;

que par suite c'est sans commettre de manquements susceptibles de léser la requérante que le centre hospitalier a eu recours à une procédure concurrentielle avec négociation ;

# Validations jurisprudentielles PCN

TA Dijon, Ord. 19 juillet 2018, BEAH c/CH de Nevers, n°1801667

*En ce qui concerne le recours à la procédure concurrentielle avec négociation :*

13. Aux termes de l'article 25 du décret du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics : « (...) II. - *Les pouvoirs adjudicateurs peuvent utiliser la procédure concurrentielle avec négociation ou le dialogue compétitif dans les cas suivants : 1° Lorsque le besoin ne peut être satisfait sans adapter des solutions immédiatement disponibles ; (...) 4° Lorsque le marché public ne peut être attribué sans négociation préalable du fait de circonstances particulières liées à sa nature, à sa complexité ou au montage juridique et financier ou en raison des risques qui s'y rattachent ; (...) 5° Lorsque le pouvoir adjudicateur n'est pas en mesure de définir les spécifications techniques avec une précision suffisante en se référant à une norme, une évaluation technique européenne, une spécification technique commune ou un référentiel technique (...) ».*

14. Au cas d'espèce, il est constant que si le centre hospitalier de Nevers a initié la procédure litigieuse sur le fondement des dispositions du 5° du II de l'article 25 du décret du 25 mars 2016, dans ses dernières écritures, il se réfère aux dispositions du 1° et du 4° de cet article pour justifier le recours à cette procédure, position validée par la SHAM en observations apportées au soutien de ses conclusions. Or, il résulte de l'instruction que le marché en litige concerne des assurances « Responsabilité civile hospitalière - protection juridique » spécifiques aux missions de services publics d'un groupement hospitalier de territoire comprenant huit établissements de santé aux profils différents à raison à la fois de leur tailles respectives, des prises en charges, des soins prodigués et des publics accueillis.

Dès lors, si des cahiers des charges ont été rédigés par un assistant à maitre d'ouvrage pour exprimer les besoins des divers types d'établissements composant le groupement hospitalier, il n'est pas démontré que ces documents pouvaient permettre à eux seuls la présentation d'offres standard d'assurances déjà disponibles, sans adaptation de celles-ci, tant dans leur prix que dans leur modalités, eu égard à la complexité du montage juridique et financier à opérer, que ce soit pour le groupement hospitalier ou les candidats. Il y avait donc nécessité d'adapter les solutions proposées, qui pouvaient contenir réserves ou variantes, aux niveaux de risques, aux besoins exprimés et aux possibilités financières de chacun des établissements. Contrairement à ce que soutient le BEAH, le centre hospitalier de Nevers pouvait par conséquent recourir à la procédure concurrentielle avec négociation pour rechercher la meilleure offre d'assurance « Responsabilité civile hospitalière - protection juridique »

.. .

**QUELLE MOTIVATION POUR LES  
COURRIERS DE REJET ?**

# QUELLE MOTIVATION POUR LE COURRIER DE REJET ?

## Régime actuel :

**CE, 18 décembre 2012, Métropole Nice Côte d'Azur, 363342**

« 5. Considérant qu'en statuant ainsi, alors qu'il ressortait du dossier qui lui était soumis que cette notification mentionnait, outre le délai de suspension de la signature du marché, le classement de l'offre de la société Serex en deuxième position, les notes qui lui avaient été attribuées et celles qu'avait reçues l'offre retenue, inférieure à la sienne pour le critère du prix mais supérieure pour le critère de la valeur technique, **de sorte que les motifs de rejet de l'offre de la société Serex et de choix de l'attributaire se déduisaient nécessairement des termes de cette notification**, le juge des référés du tribunal administratif de Nice a dénaturé les pièces du dossier ; que, par suite et sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens du pourvoi, la métropole Nice Côte d'Azur est fondée à demander l'annulation de l'ordonnance attaquée ; »

**Distinction MAPA / procédures formalisées**

## QUELLE MOTIVATION POUR LE COURRIER DE REJET ?

**CJUE, 3 mai 2018, *EUIPO c/ European Dynamics Belgium SA*, aff. C-376/16**

**« (...) dans le cas où les documents du marché contiennent des poids chiffrés spécifiques attachés aux critères ou aux sous-critères, le principe de transparence exige qu'une évaluation chiffrée soit accordée à ces critères et sous critères »**

**2 apports :**

- 1) Lien entre critères et motivation du rejet des offres**
- 2) Communicabilité du RAO**

## COMMUNICATION DU RAPPORT D'APPEL D'OFFRES

*« Toutefois, il découle de la jurisprudence de la Cour qu'il ne saurait être exigé du pouvoir adjudicateur qu'il transmette à un soumissionnaire dont l'offre n'a pas été retenue, d'une part, outre les motifs du rejet de cette dernière, un résumé minutieux de la manière dont chaque détail de son offre a été pris en compte au titre de l'évaluation de celle-ci et, d'autre part, dans le cadre de la communication des caractéristiques et des avantages relatifs de l'offre retenue, une analyse comparative minutieuse de cette dernière et de l'offre du soumissionnaire évincé (arrêt du 4 octobre 2012, Evropaïki Dynamiki/Commission, C-629/11 P, non publié, EU:C:2012:617, point 21 et jurisprudence citée).*

***De même, le pouvoir adjudicateur n'est pas tenu de fournir à un soumissionnaire évincé, sur demande écrite de ce dernier, une copie complète du rapport d'évaluation (arrêt du 4 octobre 2012, Evropaïki Dynamiki/Commission, C-629/11 P, non publié, EU:C:2012:617, point 22 et jurisprudence citée). [...]***

*En l'espèce, il est constant que, dans trois lettres, en date, respectivement, des 11 août, 26 août et 15 septembre 2011, l'EU IPO a communiqué à European Dynamics Luxembourg e.a. un extrait du rapport d'évaluation comportant l'évaluation qualitative de leur offre, les noms des trois adjudicataires, ainsi que trois tableaux exposant les scores que ces trois adjudicataires et European Dynamics Luxembourg e.a. avaient respectivement obtenus et, plus précisément, un tableau d'évaluation comparative des offres techniques, un tableau d'évaluation comparative des offres du point de vue de leur caractère économiquement avantageux et un tableau comparatif concernant les critères financiers. »*

**DECLARATION SANS SUITE POUR  
INSUFFISANCE DE CONCURRENCE**

# DECLARATION SANS SUITE POUR INSUFFISANCE DE CONCURRENCE

**CE, 17 septembre 2018, Société Le Pagus, n° 407099**

***« une personne publique qui a engagé une procédure de passation d'un contrat de concession ne saurait être tenue de conclure le contrat ; qu'elle peut décider, sous le contrôle du juge, de renoncer à le conclure pour un motif d'intérêt général ».***

***« l'insuffisance de la concurrence constitue un motif d'intérêt général susceptible de justifier la renonciation à conclure un contrat de délégation de service public »,***

Confirmation de la position du CE, 10 octobre 1084 « Compagnie générale des constructions téléphoniques » (req. n° 16234) selon lequel le candidat à un appel d'offres dont l'offre est retenue ne dispose d'aucun droit à la signature du marché.

# DECLARATION SANS SUITE POUR INSUFFISANCE DE CONCURRENCE

Conclusions du rapporteur public :

*« Le motif tiré de l'absence de concurrence nous paraît aussi constituer un motif d'intérêt général puisque le jeu de la concurrence permet en principe à l'acheteur public d'obtenir l'offre la plus avantageuse. [...] Certes, mettre fin à la procédure ne garantira pas qu'une nouvelle mise en concurrence aura plus de succès. Mais cela en ouvre la possibilité, surtout si la personne publique modifie les conditions du contrat, et cette possibilité nous semble une raison suffisante pour que l'acheteur la tente. »*

Possibilités contentieuses très limitées pour les candidats concernés

1<sup>ère</sup> validation par le CE

# MARCHES DE SERVICES JURIDIQUES

# MARCHES DE SERVICES JURIDIQUES

## Rappel :

Les marchés de services de représentation légale d'un client par un avocat dans le cadre d'une **procédure juridictionnelle** devant les autorités publiques ou les institutions internationales ou dans le cadre d'un mode alternatif de règlement des conflits ainsi que les **marchés de service de conseils juridiques liés à l'une des procédures** sont soumis à un régime de passation allégé dans le cadre de l'article 29 du décret 2016-360.

# MARCHES DE SERVICES JURIDIQUES

Un projet de loi «relatif à la suppression des sur-transpositions des directives européennes en droit français » prévoit en son article 11 de **supprimer l'obligation de soumettre à des règles de concurrence et de publicité la passation de contrats avec des avocats pour les contentieux, et les consultations en lien avec ceux-ci :**

*« I. – L'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics est ainsi modifiée :*

*1° Le 10° de l'article 14 est complété par deux alinéas ainsi rédigés :*

*« d) Les services juridiques de représentation légale d'un client par un avocat dans le cadre d'une procédure juridictionnelle, devant les autorités publiques ou les institutions internationales ou dans le cadre d'un mode alternatif de règlement des conflits ;*

*« e) Les services de consultation juridique fournis par un avocat en vue de la préparation de toute procédure mentionnée au d ou lorsqu'il existe des signes tangibles et de fortes probabilités que la question sur laquelle porte la consultation fera l'objet d'une telle procédure ; » »*

## MARCHES DE SERVICES JURIDIQUES

Dans son avis sur le projet de loi, le CE relève ainsi la problématique de l'intuitu personae dans le choix de l'avocat, lequel justifierait la spécificité de ces marchés de services juridiques : « *Si, depuis plus de vingt ans, la conclusion des contrats publics de services juridiques ayant pour objet la représentation légale d'un client par un avocat et les prestations de conseil juridique s'y attachant était soumise à des règles de publicité préalable et de mise en concurrence particulières, jugées adaptées aux obligations déontologiques de la profession d'avocat (voir en dernier lieu CE, 9 mars 2016, n° 393589, Conseil national des barreaux), le Conseil d'État estime que la spécificité de ces services juridiques peut autoriser, en raison d'un motif d'intérêt général directement lié à la nécessité de tenir compte des caractéristiques propres à de tels services eu égard notamment au principe de libre choix de l'avocat et à l'importance de l'intuitu personae en la matière, une dérogation aux principes fondamentaux de la commande publique que le Conseil constitutionnel a dégagés dans sa décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003. La modification proposée ne se heurte donc à aucun obstacle constitutionnel.* »



RAYSSAC AVOCATS

Avocats au Barreau de Paris

**RODOLPHE RAYSSAC**

*Avocat à la Cour*

**RAYSSAC AVOCATS**

**5 Place du 18 Juin 1940**

**75006 PARIS**

[rayssac@rayssac-avocats.fr](mailto:rayssac@rayssac-avocats.fr)