



Visioconférence Vendredi 11 mars 2022

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

Rodolphe Rayssac – Avocat à la cour

- 1. Allotissement**
- 2. Choix de la procédure**
- 3. Délais**
- 4. Méthode de notation**
- 5. Déclaration sans suite**
- 6. Pénal**

L'ALLOTISSEMENT

Obligation d'allotissement (CE, 4 février 2021, n° 445396, Société Osiris Sécurité Run)

Rappel : L. 2113-10 CCP : " Les marchés sont passés en lots séparés, sauf si leur objet ne permet pas l'identification de prestations distinctes "

« En premier lieu, saisi d'un moyen tiré de l'irrégularité de la décision de ne pas allotir un marché, **il appartient au juge du référé précontractuel de déterminer si l'analyse à laquelle le pouvoir adjudicateur a procédé et les justifications qu'il fournit sont entachées d'appréciations erronées, eu égard à la marge d'appréciation dont il dispose pour décider de ne pas allotir** lorsque la dévolution en lots séparés présente l'un des inconvénients que mentionnent les dispositions de l'article L. 2113-11 du code de la commande publique.

10. Il ressort des pièces du dossier soumis au juge des référés du tribunal administratif de La Réunion que les prestations faisant l'objet du marché en litige impliquent une présence physique sur des implantations géographiquement distinctes, distantes de plus de 10 kilomètres les unes des autres. La consistance de ces prestations diffère en outre en fonction des sites concernés. Par suite, en jugeant, après avoir relevé que le précédent marché ayant le même objet avait fait l'objet d'un allotissement géographique et que le pouvoir adjudicateur n'invoquait aucune circonstance faisant obstacle à l'obligation d'allotissement prévue par les dispositions de l'article L. 2113-10 du code de la commande publique et ne justifiait d'aucun motif justifiant qu'il soit dérogé à cette obligation, le juge des référés, qui ne s'est pas mépris sur la portée des écritures qui lui étaient soumises, n'a pas commis d'erreur de droit ni d'erreur de qualification juridique. »

CHOIX DE LA PROCEDURE

**Points de vigilance concernant les
marchés sans publicité ni mise en
concurrence**

Rapport d'observations CRC pour le CHU de Caen :

Focus sur les marchés sans publicité ni mise en concurrence

« Au cours de la période contrôlée, environ 10 % des marchés relatifs aux produits médicaux ayant un montant supérieur au seuil des procédures formalisées sont passés sans publicité ni mise en concurrence, soit au total 237 marchés.

Pour plusieurs d'entre eux, la chambre a constaté que la motivation de l'absence de publicité était justifiée par des mentions insuffisantes de type : « la protection de droits d'exclusivité ne permet de confier le contrat qu'à une seule entreprise. » En effet, l'acheteur doit démontrer que la société retenue est la seule à pouvoir répondre à ses besoins et qu'aucun autre procédé ne peut satisfaire ses besoins ou comme le précise l'article 30, « les raisons mentionnées aux b et c ne s'appliquent que lorsqu'il n'existe aucune solution alternative ou de remplacement raisonnable et que l'absence de concurrence ne résulte pas d'une restriction artificielle des caractéristiques du marché public. ».

L'argumentation sur le recours à l'exonération d'une publicité et d'une mise en concurrence est apparue faible pour de nombreux marchés.

Par ailleurs, il a été noté que pour les marchés négociés sans mise en concurrence de la pharmacie, **les négociations sont assez rares**. Dans la plupart des cas, le CHU se réserve la possibilité d'attribuer le marché public sur la base de l'offre initiale et n'engage aucune négociation, ce qui est dommageable pour les marchés dits négociés, d'autant que, **malgré l'absence de mise en concurrence, le CHU procède à une analyse des offres avec une notation.** »



Sanction pour un recours non justifié à un marché négocié sans publicité ni mise en concurrence

CE, 10 oct. 2018, n°419406

Pour justifier cette absence de mise en concurrence, le SYDNE s'est fondé sur les dispositions de l'article 30 du décret no 2016-360 et plus précisément sur son 3°, relatif aux « raisons techniques ».

Ainsi, le SYDNE indique notamment que la société Inovent, qui a obtenu un permis de construire et une autorisation d'exploiter portant sur un centre de valorisation des déchets non dangereux, serait le seul opérateur en capacité de répondre aux besoins du SYDNE et d'apporter une solution de tri et de valorisation des déchets non dangereux pouvant être mise en œuvre courant 2019.

Cette justification est, sans trop de surprise, battue en brèche par le Conseil d'État, qui constate **qu'il n'apparaît pas qu'aucun autre opérateur économique n'aurait pu se manifester** si le calendrier retenu par le SYDNE avait été différent et que l'absence de concurrence résultait d'une restriction artificielle des caractéristiques du marché public par le SYDNE, lequel ne justifiait pas plus de l'absence de solution alternative ou de remplacement raisonnable.

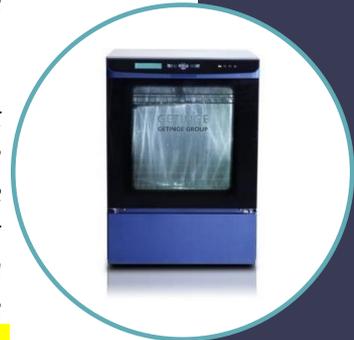


Certificats d'exclusivité et marché passé sans publicité ni mise en concurrence

CAA de PARIS, 11 décembre 2018, n°17PA01588 : marché de laveurs désinfecteurs

« 5. Il résulte de l'instruction que, antérieurement comme postérieurement à l'attribution du marché en litige, d'autres prestations similaires de maintenance et de télémaintenance de laveurs désinfecteurs des mêmes marques Getinge, Maquet et Lancer ont fait l'objet, de la part de plusieurs établissements hospitaliers, dont l'AP-HP, d'une mise en concurrence ayant abouti à l'attribution du marché à la société Steam France, sans que les droits exclusifs dont se prévaut la société Getinge dans le cadre de la présente instance aient alors été invoqués.

6. En l'espèce, le document intitulé " certificat d'exclusivité " daté du 3 mars 2014, établi à son profit par la société Getinge France, versé au dossier par l'AP-HP pour justifier le recours à la procédure de marché négocié sans publicité préalable et sans mise en concurrence, se borne à énumérer de manière succincte et générique une liste de matériels et prestations pour lesquels ladite société disposerait d'une exclusivité, sans référence à la télémaintenance, qui ne permet pas de déterminer la période au cours de laquelle cette exclusivité se serait appliquée, ni s'il a été communiqué à l'AP-HP au moment de la détermination du mode de passation du marché litigieux. **Par suite, l'AP-HP ne peut être regardée comme établissant qu'à la date à laquelle elle a attribué le marché en litige à la société Getinge, cette dernière aurait disposé de droits d'exclusivité qui rendaient indispensable l'attribution du marché à cette société sans mise en concurrence.** La société Steam France est dès lors fondée à soutenir que le marché en litige a été conclu à l'issue d'une procédure irrégulière, qui a eu pour effet de l'évincer de ce marché, et qui n'est pas susceptible d'être couverte par une mesure de régularisation. »



DELAIS

Attention aux délais de remise des offres

CE 11 juillet 2018, Communauté d'agglomération du Nord Grand-Terre

« Considérant [...] qu'en annulant, pour ce motif, la procédure de passation de l'ensemble des lots en litige, alors qu'il lui incombait seulement de vérifier si le délai de consultation, bien que supérieur au délai minimal fixé par les textes applicables, n'était néanmoins pas manifestement inadapté à la présentation d'une offre compte tenu de la complexité du marché public et du temps nécessaire aux opérateurs économiques pour préparer leurs candidatures et leurs offres, le juge des référés a commis une erreur de droit ; »

=> ce n'est pas parce que l'acheteur respecte les délais minimaux qu'il ne doit pas vérifier que ceux-ci permettent bien de présenter une offre.



Attention aux délais entre notification et début d'exécution du marché

TA de MAYOTE, Sté Transports l'oiseau Bleu, 27 mai 2019, n° 1900960,

4. Nonobstant la circonstance, qu'en méconnaissance des dispositions alors applicables de l'article 103 du décret susvisé du 25 mars 2016, le règlement de consultation prévoit que la date de prise d'effet du marché soit laissée à l'initiative des candidats, dès lors que le Département impose que le candidat doit impérativement s'engager à assurer la continuité du service à compter du 1^{er} août 2019, il y a lieu d'en déduire que le début d'exécution des prestations est contractuellement imposé à cette date du 1^{er} août 2019. Dans ces conditions, dès lors d'une part, qu'il n'est pas contesté que l'exécution du marché impose au candidat de pourvoir l'ensemble des moyens d'exploitation et de disposer en particulier d'une flotte d'environ 200 autocars, dont il est explicitement prévu qu'aucun ne sera mis à disposition par la collectivité et d'autre part, qu'il ressort des pièces du dossier et, notamment des devis sollicités par la requérante et non contestés par la défense, que le délai moyen d'approvisionnement de cette flotte est d'environ 8 mois, la société requérante est fondée à soutenir que cette obligation ne permet pas aux candidats ne disposant pas d'une implantation locale de répondre utilement à la consultation et a ainsi méconnu ses obligations de transparence et de mise en concurrence en favorisant ainsi indirectement l'ancien titulaire du marché.

METHODE DE NOTATION

Méthode de notation du critère prix

Conseil d'Etat "Commune de Perpignan" du 13 novembre 2020, n° 439525

« 11. Il résulte de l'instruction que la commune de Perpignan, coordinateur du groupement, avait décidé, pour la mise en œuvre du critère du prix, d'additionner les neuf prix unitaires proposés par les candidats pour les prestations faisant l'objet de l'accord-cadre, telles que la réalisation de consultations juridiques, la représentation en justice ou l'assistance dans le cadre de modes alternatifs de règlement des différends, sans leur appliquer aucune pondération ni tenir compte des quantités prévisionnelles de chacune des prestations demandées.

L'offre proposant la somme des prix unitaires la plus basse se voyait attribuer la meilleure note, les autres offres étant notées en fonction de leur écart à l'offre la mieux disante. Eu égard à la diversité des prestations faisant l'objet de l'accord-cadre et à l'écart très important des prix unitaires proposés par les candidats, cette méthode de notation, qui renforçait l'importance relative des prix unitaires les plus élevés dans la notation du critère du prix alors même que le nombre prévisible de prestations correspondantes était faible, était par elle-même de nature à priver de sa portée ce critère, et, de ce fait, susceptible de conduire à ce que la meilleure note ne soit pas attribuée à la meilleure offre sur ce critère. Dans ces conditions, la commune a méconnu ses obligations de publicité et de mise en concurrence en retenant une telle méthode de notation du critère du prix.

12. Il résulte de l'instruction que la société Charrel et associés proposait des prix unitaires plus faibles que l'attributaire pour les consultations juridiques simples et pour les consultations juridiques complexes. Une pondération supérieure des prix de ces dernières prestations par le pouvoir adjudicateur, par rapport aux prestations de représentation en justice et d'assistance aux modes de règlement alternatif des litiges, aurait pu permettre à la société requérante d'obtenir la meilleure note sur le critère du prix. Eu égard à l'écart de 0,1 point seulement entre cette société et la société attributaire sur les autres critères, obtenir la meilleure note sur ce critère aurait pu lui permettre de remporter le marché. Il s'ensuit que ce manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence est susceptible d'avoir lésé la société Charrel et associés. Par suite, celle-ci est fondée à demander l'annulation de la procédure de passation des lots n°s 1 et 5 du marché en litige, au stade de l'examen des offres.»



Méthode de notation du critère prix

TA Dijon 16 août 2021 SARL Nicoletta Bon

Rappel du principe :

« 11. D'une part, 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. Toutefois, ces méthodes de notation sont entachées d'irrégularité si, en méconnaissance des principes fondamentaux d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, elles sont par elles-mêmes de nature à priver de leur portée les critères de sélection ou à neutraliser leur pondération et sont, de ce fait, susceptibles de conduire, pour la mise en œuvre de chaque critère, à ce que la meilleure note ne soit pas attribuée à la meilleure offre, ou, au regard de l'ensemble des critères pondérés, à ce que l'offre économiquement la plus avantageuse ne soit pas choisie.

12. D'autre part, le **pouvoir adjudicateur peut recourir à une « simulation »** consistant à multiplier les prix unitaires proposés par les candidats par le nombre d'interventions envisagées, à la **triple condition** que les simulations correspondent toutes à l'objet du marché, que le choix du contenu de la simulation n'ait pas pour effet d'en privilégier un aspect particulier de telle sorte que le critère du prix s'en trouverait dénaturé et que le montant des offres proposées par chaque candidat soit reconstitué en recourant à la même simulation. .»



TA Dijon 16 août 2021 SARL Nicoletta Bon

« 14. (...) ». Ainsi, pour mettre en œuvre le critère « prix », la région Bourgogne-Franche-Comté s'est bornée à additionner l'ensemble des prix unitaires proposés par chacun des candidats. L'offre proposant la somme des prix unitaires la plus basse s'est ainsi vue attribuer la meilleure note, tandis que les autres offres ont été notées en fonction de leur écart à l'offre la mieux-disante. Toutefois, une telle méthode de notation n'a pas permis de tenir compte des quantités prévisionnelles de chaque prestation, ni plus généralement des écarts quantitatifs prévisibles entre chaque item du bordereau, nécessairement induits par l'objet même d'un marché de travaux, ne serait-ce qu'entre l'outillage et les matériaux susceptibles d'être employés, dont les quantités sont généralement bien plus conséquentes, et alors même que les écarts de prix unitaires entre ces différents types d'items sont très significatifs. Ainsi, cette méthode a renforcé l'importance relative des prix unitaires les plus élevés dans la notation du prix. Il ne résulte pas de l'instruction que la région de Bourgogne-Franche-Comté était dans l'impossibilité d'évaluer ses besoins, au moins prévisibles, pour chaque prestation, afin de les pondérer entre elles le cas échéant, ni même d'élaborer des commandes types reflétant la réalité économique des travaux susceptibles d'être demandés, (...)

. Il s'ensuit qu'en retenant une telle méthode de notation du critère « prix », il n'a pas été possible à la région Bourgogne-Franche-Comté de classer les offres en fonction des conditions raisonnablement prévisibles d'exécution du marché ni, par conséquent, de retenir l'offre économiquement la plus avantageuse.»

DECLARATION SANS SUITE

Déclaration sans suite pour insuffisance de concurrence

CE, 17 sept. 2018, n°407099

L'insuffisance de concurrence comme motif d'intérêt général permet de déclarer une procédure sans suite.

La société Le Pagus, titulaire sortant de la délégation de service public relative à l'aménagement et à l'exploitation de la plage de la commune de Fréjus, s'était portée candidate, sans succès, à son renouvellement lors des deux procédures d'attribution qui ont été successivement engagées par la commune. Elle attaquait notamment le motif de la déclaration sans suite.

Le Conseil d'Etat valide la motivation de l'insuffisance de concurrence. :

« **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. »



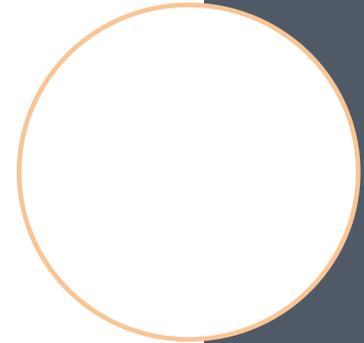
Motivation de la déclaration sans suite

CAA MARSEILLE 13 septembre 2021 numéro 20MA03415.

4. Si, ainsi que l'a relevé le tribunal au point 3 du jugement attaqué, le maire de la commune de Vivario a indiqué, dans son courrier du 20 novembre 2017, classer la procédure sans suite en raison de l'existence de vices affectant sa sécurité juridique et qui seraient de nature à conduire à l'annulation du contrat en cause si elle était poursuivie, **la commune n'a, en revanche, pas indiqué dans ce courrier, même si elle n'était pas tenue d'en donner la liste détaillée, la dénomination générique des vices relevés.** Dès lors, la SARL Mariani Frères est fondée à considérer que la décision attaquée ne répondait pas aux exigences de motivation posées par l'article 98 précité du décret du 25 mars 2016. Par suite, c'est à tort que le tribunal de Bastia a considéré que la décision querellée répondait à ces exigences.

=> la DSS doit reposer sur un motif d'intérêt général

Le motif d'intérêt général doit être précis et explicite



PENAL

Attention à la définition des besoins et au risque de « saucissonnage » des marchés publics

CDBF, 10 Janvier 2022

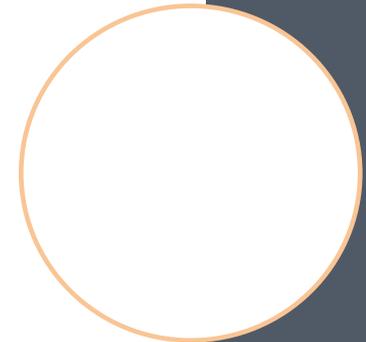
Condamnation d'un directeur de plusieurs EHPAD à une amende de 1 000 euros pour des pratiques de saucissonnages dans les marchés publics.

La CDBF relève des achats fractionnés de fourniture homogènes pour des montants supérieurs aux seuils de mise en concurrence

CDBF :

- « **Les PA n'ont pas déterminé avec précision la nature et l'étendue de leurs besoins à satisfaire avant tout appel à la concurrence ou toute négociation non précédée d'un appel à la concurrence. Dès lors, d'une part, ils n'ont pas été en mesure de vérifier le respect des règles relatives à la computation des seuils de passation et, d'autre part, ils ne se sont pas assurés du bon emploi de leurs deniers** ».

- « *Le fait d'avoir procédé à des achats de fournitures et de services pour des montants excédant les seuils du code des marchés publics, sans estimation du besoin ni publicité préalables, est constitutif de l'infraction prévue à l'article L. 313-4 du code des juridictions financières* ».



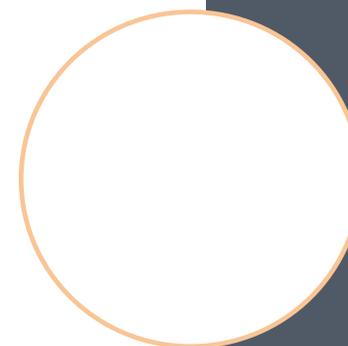
Diffamation dans l'attribution des marchés publics

**COUR DE CASSATION, CHAMBRE CRIMINELLE,
7 DÉCEMBRE 2021**

Un auteur qui sous-entend dans la presse que l'attribution d'un marché public est biaisée, sans fondement, s'expose à des poursuites pénales pour diffamation.

L'individu interviewé déclare expressément que le directeur général adjoint de l'Agence régionale de santé (ARS) Océan indien aurait contourné les règles de la commande publique afin de privilégier la société retenue, s'agissant du lancement du projet OISS (Océan Indien Innovation Santé).

Cour Cassation : : « *les propos poursuivis étaient suffisamment précis, de nature à être, sans difficulté, l'objet d'une preuve et d'un débat contradictoire, et portaient atteinte à l'honneur ou à la considération de l'intéressé* ».





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