

CONFERENCE ANNUELLE DE L'ASSOCIATION DES ACHETEURS PUBLICS

Visioconférence Vendredi 2 décembre 2022

Rodolphe Rayssac
Avocat à la cour



RAYSSAC AVOCATS

Avocats au Barreau de Paris



Actualités



- **1) Focus sur la procédure avec négociation (PAN)**
- **2) Focus sur relations Acheteurs / candidats**
- **3) Résiliation sans mise en demeure préalable**



1. FOCUS sur la procédure avec négociation (PAN)

CAS DE RECOURS



Article R.2124-3 du Code de la commande publique :

« Le pouvoir adjudicateur peut passer ses marchés selon la procédure avec négociation 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 comporte des **prestations de conception** ;
- 4° Lorsque le marché 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, définis à la [section 2](#) du chapitre Ier du titre Ier du présent livre ;
- 6° Lorsque, dans le cadre d'un appel d'offres, seules des **offres irrégulières ou inacceptables**, au sens des articles [L. 2152-2](#) et [L. 2152-3](#), ont été présentées pour autant que les conditions initiales du marché 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.

Jurisprudences favorables



- **TA Grenoble, Ord. 14 sept 2017; PIERRE STREIFF SAS n°1704739**
- **TA Dijon, Ord. 19 juillet 2018, BEAH c/CH de Nevers, n°1801667**
- **TA Montreuil, 2 aout 2019, TILCA ,n°1907610**
- **TA NANCY, 13 aout 2019, CHU Nancy c/ Hartmann, n°1901850,**

Evolutions Jurisprudentielles plus contraignantes



- **CE 7 octobre 2020, Lyon Métropole Habitat, n° 440575 : pas de recours à la PAN pour des marchés publics portant des diagnostics amiante : le CE considère que la solution était déjà disponible sur le marché :**
 - « 7. Lyon Métropole Habitat fait valoir que les prestations demandées, consistant en la **réalisation de diagnostics immobiliers** avant relocation ou avant vente, portaient sur un parc immobilier nombreux, disparate, comportant des logements tant individuels que collectifs, disséminé sur un grand nombre de communes, dont les dates de construction étaient variables, et alors qu'en outre le règlement de la consultation autorisait les variantes. **Toutefois, il résulte de l'instruction que les prestations de service demandées portaient sur les diagnostics exigés par différentes réglementations, devant être faits conformément aux normes applicables auxquelles renvoyait le cahier des clauses techniques particulières, et qu'il s'agissait donc de prestations connues et normalisées.**

Si la réalisation de tels diagnostics à une grande échelle et sur un vaste territoire supposait une adaptation des méthodes de l'entreprise, il ne résulte pas pour autant de l'instruction que ces prestations ne pouvaient être réalisées qu'au prix d'une adaptation par les candidats des solutions immédiatement disponibles. Il suit de là que le recours de Lyon Métropole Habitat à la procédure concurrentielle avec négociation sur le fondement des dispositions du 1° du II de l'article 25 du décret du 25 mars 2016 était irrégulier. Ce manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence étant susceptible d'avoir lésé la société AED amiante et environnement, dont l'offre était régulière, elle est fondée, sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens qu'elle soulève, à demander l'annulation de la procédure. »

Evolutions Jurisprudentielles plus contraignantes



Conclusions Mireille Le Corre

« L'objet du marché est la réalisation de diagnostics techniques immobiliers. (...) »

Pour faire valoir une nécessité d'adaptation justifiant le recours à la procédure, **l'Office affirme essentiellement que les prestations ne peuvent être considérées comme uniformisées et immédiatement disponibles** dès lors que les opérations de diagnostic varieront en fonction de la date de construction des biens immobiliers, de leur situation géographique, de leurs formes juridiques (copropriété par exemple), et de leurs typologies (logements individuels ou collectifs).

■ Mais ces éléments n'emportent pas notre conviction : **la diversité des dates de construction des immeubles, leur nombre important, leurs régimes juridiques différents ou encore leur dispersion sur une zone géographique étendue, sont sans incidence sur le contenu même de la prestation demandée, qui consiste en la réalisation de prestations très classiques : la réalisation de diagnostics répondant à des normes.** Le nombre de diagnostics nécessaire pour un habitat donné, ainsi que leur contenu peuvent certes varier selon ces éléments, mais il ne s'agit pas moins d'une prestation connue et bien identifiée, qui plus est, réglementée. Nous ne voyons pas dans le CCTP d'élément particulier, caractérisant une adaptation nécessaire et l'inexistence de solutions disponibles. Nous sommes ainsi directement dans le cas où des solutions immédiatement disponibles existent, n'autorisant donc pas le recours à la procédure concurrentielle avec négociation. »



« 8. Pour spécifiques et précises que soient les exigences du groupe hospitalier Centre Bretagne, et pour particulier que puisse être le déploiement des prestations en multi-sites, **il ne résulte toutefois pas de l'instruction que le marché en cause impliquait nécessairement et préalablement l'adaptation de solutions disponibles, le développement ad hoc d'une solution innovante ou la réalisation préalable de prestations de conception. Il n'en résulte pas davantage que ledit marché présentait des caractéristiques particulières liées à sa nature, à sa complexité ou au montage juridique et financier ou en raison des risques qui s'y rattachent, requérant une négociation préalable, ni que le pouvoir adjudicateur n'était pas en mesure d'en définir les spécifications techniques avec une précision suffisante.**

Dans ces circonstances, c'est au prix d'un manquement à ses obligations de publicité et de mise en concurrence que le groupe hospitalier Centre Bretagne a fait usage de la procédure de dialogue compétitif pour passer le marché en litige de **location de télévisions avec infogérance intégrée.** »



RECOURS À LA PROCÉDURE AVEC NÉGOCIATION



Deux ordonnances récentes, où à chaque fois le juge écarte la possibilité d'un recours à la procédure avec négociation pour des marchés pourtant en apparence complexes :

- Fourniture et maintenance de postes de travail informatiques et d'équipements connectés pour Nantes métropole (**TA Nantes**, 3 mai 2022, Société Infokey, n° 2204396) ;
- Transports aériens liés aux évacuations sanitaires des patients hospitalisés en Corse (**TA Bastia**, 20 mai 2022, Sté Oyonnair)



6. Il résulte de l'instruction que le marché passé par Nantes Métropole porte sur toute la chaîne logistique liée à la fourniture, l'installation et la maintenance de postes de travail informatiques et d'objets connectés pour le compte du groupement de commandes informatiques constitué par Nantes Métropole, (...) incluant, d'une part, l'acquisition de micro-ordinateurs, imprimantes, autres périphériques et objets connectés, pièces détachées et logiciels intégrés aux configurations des postes, la réception et l'entreposage, d'autre part, l'ordonnancement des opérations commandées par le DRN de Nantes Métropole, ainsi en outre, que la préparation et configuration matérielle et logicielle des équipements numériques des agents, (...)

Si le parc de matériel informatique concerné est très important et réparti sur près de 400 sites et si le nombre d'intervention annuelles à prévoir est très élevé, les prestations du marché en cause constituent toutefois des prestations connues et des services standardisés.

RECOURS À LA PROCÉDURE AVEC NÉGOCIATION



- Transports aériens liés aux évacuations sanitaires des patients hospitalisés en Corse (TA Bastia, 20 mai 2022, Sté Oyonnair)
- Dossier en cours devant le Conseil d'Etat



« 8. Il résulte de l'instruction, en particulier de l'article 1.2 du règlement de consultation « Mode de passation », corroboré par les écritures en défense, que la procédure concurrentielle avec négociation attaquée a été mise en œuvre sur le fondement des dispositions précitées des 4° et 5° de l'article R. 2124-3 du code de la commande publique, c'est-à-dire, d'une part, du fait de circonstances particulières liées à la nature du marché, à sa complexité ou au montage juridique et financier ou en raison des risques qui s'y attachent et, d'autre part, en raison de l'impossibilité de définir les spécificités techniques avec une précision suffisante.

Le pouvoir adjudicateur fait plus précisément valoir quatre circonstances particulières qu'il rattache à la complexité du marché litigieux pour justifier le recours à la procédure de négociation : 1° la solution « porte cargo », qui avait été jugée impossible lors d'un premier appel d'offres déclaré sans suite ont été proposées dans le cadre de la procédure avec négociation, 2° les différentes compositions des kits sanitaires, qui n'étaient pas connues au moment du lancement de la procédure, 3° les modalités de mise à l'abri des intempéries permettant le chargement et le déchargement des patients, et 4° le fait que l'aéronautique n'est pas le cœur du métier de l'hôpital et relève d'une industrie complexe.



Toutefois, le centre hospitalier ne saurait justifier son choix de recourir à la procédure avec négociation par le fait que la négociation a permis aux candidats d'améliorer leurs offres ou de dégager de nouvelles solutions dès lors que l'opportunité de ce choix doit être appréciée à la date à laquelle la procédure a été lancée. **Au regard de l'expérience que les centres hospitaliers d'Ajaccio et de Bastia ont acquis de longue date en la matière, l'évacuation sanitaire par la voie aéronautique des patients ne saurait être regardée comme une particularité du marché liée à sa nature ou à sa complexité justifiant le recours à la procédure négociée.** Quant aux questions de la « porte cargo », des kits sanitaires, ou des modalités de mise à l'abri, elles ne présentent pas davantage une complexité telle qu'elle rende nécessaire le recours à la procédure de négociation.

En outre, ainsi que le relève la société requérante, il résulte de l'instruction que les centres hospitaliers avaient lancé, préalablement à la procédure de négociation attaquée, une procédure de mise en concurrence sous la forme d'un appel d'offres ouvert pour satisfaire des prestations plus complexes, incluant notamment l'option d'évacuations sanitaires par hélicoptères, et qu'ils ont décidé de déclarer cette procédure sans suite pour des motifs qui n'ont qu'un rapport lointain avec ceux avancés dans le cadre de la présente instance pour justifier le recours à la procédure de négociation. (...) Enfin, si l'article 1.2 du règlement de consultation fonde aussi le recours à la procédure de négociation sur les dispositions du 5° de l'article R. 2124-3 du code de la commande publique, visant les hypothèses dans lesquelles les spécifications techniques ne peuvent être définies avec une précision suffisante, **il résulte de l'instruction que les centres hospitaliers de Bastia et d'Ajaccio, eu égard à l'expérience qu'ils ont acquise en la matière, étaient parfaitement capables de définir avec une précision suffisante les spécifications techniques dont ils avaient besoin pour des évacuations sanitaires par avion destination du continent. »**



PV de négos ?

TA Lyon 25 juillet 2022, Sté
INFO



Un rappel des conditions de négociation très didactique du tribunal, avec des réponses à des questions souvent posées sur cette phase de la procédure :

- **aucune obligation de prévoir un procès-verbal d'audition ;**
- **aucune obligation de respecter une durée équivalente pour les auditions.**



La société soutient n'avoir pas bénéficié des mêmes conditions d'audition que l'attributaire. Selon les attestations établies par les salariés qui l'ont représentée lors de l'audition, celle-ci aurait duré 55 minutes, alors que les représentants de l'attributaire ont été reçus pendant 1 heure 10. La commune fait valoir en défense, que les auditions ont commencé avec retard mais qu'en aucun cas la société requérante n'a été tenue d'abrégé sa présentation, qu'invités en fin d'audition à reprendre la parole, ses représentants n'ont pas souhaité ajouter d'autres points. **En tout état de cause, aucun classement n'est intervenu à l'issue de ces auditions. La commune d'Andrézieux-Bouthéon a envoyé aux trois entreprises entendues, un courrier les invitant à présenter une offre définitive, accompagnée d'une lettre de cadrage présentant ses attendus. Seules les offres définitives ont fait l'objet d'une notation selon les critères prévus au règlement de consultation.** Dans ces conditions, la société n'a pas été lésée par les conditions de son audition.



2. FOCUS sur Relations entre acheteurs et candidats

Cas d'exclusion des candidats



- **Article L2141-8 :**
- L'acheteur peut **exclure de la procédure** de passation d'un marché les personnes qui :
 - 1° Soit ont entrepris **d'influer indûment** sur le processus décisionnel de l'acheteur ou d'obtenir des informations confidentielles susceptibles de leur donner un avantage indu lors de la procédure de passation du marché, ou **ont fourni des informations trompeuses** susceptibles d'avoir une influence déterminante sur les décisions d'exclusion, de sélection ou d'attribution ;
 - 2° Soit par leur participation préalable directe ou indirecte à la préparation de la procédure de passation du marché, ont eu accès à des informations susceptibles de créer une distorsion de concurrence par rapport aux autres candidats, lorsqu'il ne peut être remédié à cette situation par d'autres moyens.

TUE : 5 octobre 2022, affaire T-761-20, European Dynamics Luxembourg SA



- Exclusion d'un candidat pour avoir contacté le président du pouvoir adjudicateur pour d'exprimer son inquiétude suite à une procédure de questions/réponses dans le cadre d'une vérification d'OAB.
- Le Tribunal de l'Union européenne voit dans cet acte une tentative d'influencer indûment la prise de décision de la personne publique...
- Le Tribunal souligne que **le processus commence dès la soumission des offres, s'étend jusqu'à l'examen de ces dernières, et se termine après une décision d'exclusion, de sélection ou d'attribution.**

TUE : 5 octobre 2022, affaire T-761-20, European Dynamics Luxembourg SA

Le TUE rappelle l'influence du candidat sur l'acheteur qui **doit s'apprécier sur toute la durée de la procédure de passation** :

« Enfin, il convient de relever que la tentative d'influence induite doit porter, en vertu de l'article 30, paragraphe 5, sous g), de la décision BCE/2016/2, sur la prise de décision dans la procédure de passation de marché. **Le processus décisionnel s'entend comme l'ensemble de la phase durant laquelle le pouvoir adjudicateur procède à l'examen des offres soumises par les différents candidats ou soumissionnaires dans le cadre d'un appel d'offres aux fins de l'élaboration de ses décisions d'exclusion, de sélection ou d'attribution. Ce processus commence donc dès la soumission des offres et comprend toutes les étapes successives jusqu'à l'adoption desdites décisions.** En particulier s'inscrivent dans le cadre de ce processus les enquêtes menées par le pouvoir adjudicateur sur les offres de prix paraissant anormalement basses et aux termes desquelles ce dernier peut, en vertu de l'article 33, paragraphe 2, de la décision BCE/2016/2, après examen des renseignements complémentaires fournis par le soumissionnaire, rejeter les offres de celui-ci, notamment lorsque les renseignements fournis ne suffisent pas pour expliquer le bas niveau du prix ou des coûts, ou lorsque l'offre et lesdits renseignements ne permettent pas de garantir suffisamment la bonne exécution du marché. Lesdites enquêtes ne constituent pas des procédures distinctes, mais une étape de l'évaluation des offres. »

Conflit d'intérêt et AMO

sanction du conflit d'intérêt

Article L. 2141-10 du Code de la commande publique:

« toute situation dans laquelle une personne qui participe au déroulement de la procédure de passation du marché ou est susceptible d'en influencer l'issue a, directement ou indirectement, un intérêt financier, économique ou tout autre intérêt personnel qui pourrait compromettre son impartialité ou son indépendance dans le cadre de la procédure de passation du marché. »

Pour que le conflit d'intérêts soit caractérisé, il faut :

- **Un intérêt compromettant l'impartialité** : le juge vérifie la nature, l'intensité et l'ancienneté des liens entre l'AMO et l'entreprise candidate.
- **Une participation à la consultation susceptible d'en influencer l'issue**

« 5. Considérant qu'au nombre des principes généraux du droit qui s'imposent au pouvoir adjudicateur comme à toute autorité administrative figure le principe d'impartialité, dont la méconnaissance est constitutive d'un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence ; qu'en l'espèce, il résulte de l'instruction que, d'une part, M.A..., chargé par la région d'une **mission d'assistance à la maîtrise d'ouvrage** pour le marché litigieux, a non seulement contribué à la rédaction du cahier des clauses techniques particulières mais aussi à l'analyse des offres des candidats aux côtés des services de la région et **qu'il a ainsi été susceptible d'influencer l'issue de la procédure litigieuse** ; que, d'autre part, M. A...a exercé des **responsabilités importantes au sein de la SA Applicam, en qualité de directeur qualité puis de directeur des opérations et des projets**, et qu'ayant occupé ces fonctions du mois de décembre 2001 au mois d'avril 2013, **il n'avait donc quitté l'entreprise que moins de deux ans avant le lancement de la procédure litigieuse** ; que s'il ne résulte pas de l'instruction que l'intéressé détiendrait encore des intérêts au sein de l'entreprise, **le caractère encore très récent de leur collaboration, à un haut niveau de responsabilité, pouvait légitimement faire naître un doute sur la persistance de tels intérêts et par voie de conséquence sur l'impartialité de la procédure »**

TA Melun, 24 novembre 2022, n°2210879

Le Tribunal administratif de Melun a reconnu l'existence d'un conflit d'intérêt dans le cadre de la procédure de passation d'un marché public d'assurance dès lors que des liens amicaux et financiers existaient toujours entre un AMO et un candidat. Le Tribunal a mis en exergue l'impartialité de l'AMO dû à **l'actuel lien financier de cette société d'AMO envers un candidat à la procédure :**

« (...) est fondée à soutenir qu'elle pouvait encore, à ce jour, légitimement nourrir un doute sur l'impartialité de la procédure suivie (...), compte tenu du caractère encore très récent de leur collaboration, à un haut niveau de responsabilité, et de la persistance d'intérêts financiers communs (...) »

TA Rouen, 10 août 2022, n°220305

Liens familiaux entre le PA et l'un des candidats : Le TA juge que ce représentant du pouvoir adjudicateur aurait du être écarté de la procédure annule l'ensemble de la procédure :

« 6. Il est en outre constant que M. B D est le fils de M. C D, directeur général des services de la communauté de communes Terroir de Caux.

7. (...), **il résulte de l'ensemble des éléments précités que, compte tenu des hautes responsabilités de M. C D au sein de la communauté de communes, de l'influence qu'il est susceptible d'exercer et du lien le reliant au groupe Paprec qui emploie son fils qui intervenait dans l'exécution du marché en cours et dont les fonctions, au sein du groupe Paprec, ne sont pas étrangères à l'objet du marché en cause, il existe un doute légitime sur l'existence d'un conflit d'intérêts et, par voie de conséquence, sur l'impartialité de la procédure suivie par la communauté de communes Terroir de Caux.**

Si la circonstance que le fils du DGS de la communauté de communes est salarié d'une société candidate au marché ne fait pas obstacle, par elle-même, à ce que le marché soit attribué à cette société, **il appartient, en revanche, au pouvoir adjudicateur de mettre en œuvre, une fois connue la candidature de ladite société, toute mesure permettant de garantir l'impartialité de la procédure, par exemple en écartant le directeur général des services de l'ensemble de la procédure.**

En l'espèce, il est constant qu'aucune mesure particulière n'a été prise. Dans ces conditions, la communauté de communes Terroir de Caux doit être regardée comme ayant méconnu ses obligations de transparence et de mise en concurrence.



3. La résilience sans mise en demeure

TA Nantes, 2 novembre 2022, n°2006728

Le centre hospitalier du Nord-Mayenne vient d'être condamné par le tribunal administratif de Nantes à indemniser son cocontractant, à cause d'une résiliation irrégulière :

« *En ce qui concerne la mise en demeure :*

3. La requérante soutient que la lettre du 11 février 2020 du centre hospitalier ne valait pas mise en demeure et n'énonçait avec suffisamment de précision les manquements graves reprochés. Il résulte de l'instruction que cette lettre du 11 février 2020 du centre hospitalier du Nord-Mayenne, portant en objet " mise en demeure ", a informé la société Akliia Groupe de la résiliation du contrat au 13 mai 2020 pour manquements graves de la part de la société, en application de l'alinéa 2 de l'article 8 de l'avenant n° 3.

Si le délai de trois mois a bien été respecté il n'a pas eu pour objet de mettre la société à même de remédier aux manquements reprochés. Cette lettre du 11 février 2020 constitue de la part du centre hospitalier du Nord-Mayenne, non une mise en demeure, mais une décision de résiliation. Par suite, en l'absence de réelle mise en demeure, la résiliation intervenue est irrégulière en la forme. »



4. ÉCHANGES ET QUESTIONS



Merci de votre attention

RODOLPHE RAYSSAC
Avocat à la Cour

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