



# Association des acheteurs publics

6 décembre 2023

Web Conférence

Intervention de Raphael Apelbaum, avocat à la cour



LexCase

# Département Droit public des affaires / Commande publique

## Notre implantation

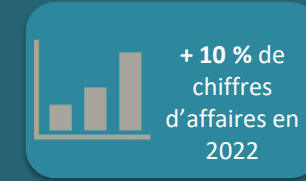
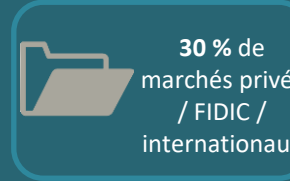
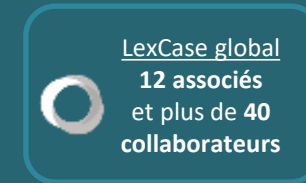
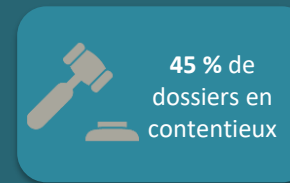


Bureau de Paris  
17, rue de la Paix  
75002 PARIS  
01 40 20 22 22

Bureau de Lyon  
Espace Cordeliers  
2 rue du Président Carnot  
69002 LYON  
04 37 23 11 11

Bureau de Marseille  
38 rue Grignan  
13001 MARSEILLE  
04 91 33 22 22

## Chiffres clés



## Expertises

### Passation

- Marchés publics, Marchés de partenariat  
Concession, Convention domaniales, transaction
- Marchés privés de la commande publique
- Marchés privés avec mise en concurrence

### Négociation

- Etude de risques
- Assistance à la rédaction de la proposition et à son évolution au cours des négociations
- Modification des projets de contrat et fiche de synthèse des commentaires / ajout par rapport au projet initial

### Exécution

- Suivi de l'exécution : gestion des incidents d'exécution, mises en demeure et pénalités
- Assistance à la rédaction de courrier de réserves
- Assistance dans la rédaction des avenants
- Assistance dans le rédaction des « claims » de chantier

### Contentieux

- Négociation précontentieuse et résolution amiable des litiges
- Assistance dans les médiations
- Procédures de référés
- Recours au fonds
- Expertises judiciaires en marchés privés et publics

## Thématiques abordées

- ① Frontière **marchés publics / marchés publics spéciaux / autres contrats**
- ② Exclusion de candidature : de nouvelles illustrations
- ③ **Conflit d'intérêts** dans la commande publique : quand l'AMO fait annuler la procédure
- ④ **Absence d'allotissement** : exemple de marché global validé par le juge
- ⑤ La reprise de personnel : un oubli est sanctionné par une annulation de la procédure
- ⑥ Mise en œuvre des critères : quelques rappels
- ⑦ **Dénaturation des offres** : quelques exemples récents
- ⑧ Phase d'attribution et demande de certificats
- ⑨ **Reprise de procédure** : peut-on changer les notes précédemment attribuées ?
- ⑩ En vrac : Demande de **communication de documents administratifs / Exécution aux frais risques / Médiation**

# Frontière « marchés publics » et autres contrats

Le contrat d'installation de bornes IRVE est-il une concession soumise au référé précontractuel ?

(TA Strasbourg, 5 septembre 2023, n° 2305837)

## ❑ Faits

- A la suite d'un appel à initiative privée lancé, sur le fondement de l'article L.2122-1-1 du CG3P afin de lui permettre de retenir le candidat le plus apte à développer un réseau d'infrastructures de recharges pour véhicules électriques sur son domaine public, un acheteur a retenu l'offre d'une société et un candidat évincé a introduit un référé précontractuel.

## ❑ Question : ce contrat peut-il être contesté en référé précontractuel ? Quelle est la nature de ce contrat?

- ❑ **Réponse : NON** « il résulte de l'instruction, en particulier du cahier des charges de la consultation en litige, que celle-ci a été engagée en vue de « déployer, financer, exploiter, superviser et maintenir un réseau de bornes de recharge de véhicules électriques sur la voirie et le foncier public de Metz Métropole ». Elle doit aboutir à la conclusion d'une convention-cadre encadrant le « partenariat » entre cette dernière et l'attributaire, d'une durée maximale de 15 ans, les titres d'occupation spécifiques à chaque station devant être conclus au fur et à mesure de leur installation et dans la limite de la durée maximale de la convention-cadre. Le cahier des charges comporte, en outre, des prescriptions quant au nombre minimal de points de charge à installer et à leurs délais de déploiement, à leurs caractéristiques minimales techniques, esthétiques et environnementales, ainsi qu'à la qualité du service rendu aux usagers. Enfin, il prévoit pour l'attributaire l'exclusivité sur le domaine public, mais uniquement pour des infrastructures de recharge d'une puissance inférieure ou égale à 50 kW par point de charge. **Il résulte de l'instruction que Metz Métropole assume, depuis le 1er janvier 2018, la compétence en matière d'infrastructures de recharge pour véhicules électriques, laquelle emporte notamment l'obligation d'assurer le déploiement équilibré de ces infrastructures sur son territoire. En outre, le gestionnaire du domaine public peut toujours imposer à l'occupant qu'il l'autorise à utiliser de manière privative des sujétions liées à la préservation de ce domaine. Au regard des dispositions précitées, et alors même que l'exécution de la convention projetée impliquera la réalisation de travaux, le recours au procédé contractuel dans le cadre de l'exercice de cette compétence et en vue d'une utilisation privative du domaine public de la métropole ne saurait, par lui-même, permettre de qualifier cette convention comme entrant dans le champ de l'article L.551-1 du CJA. Enfin, les différentes prescriptions et sujétions mentionnées au point 5 n'excèdent pas les obligations qu'une autorité compétente en matière d'infrastructures de recharge pour véhicules électriques et gestionnaire du domaine public sur lequel elles doivent être implantées peut imposer en vue d'assurer le déploiement équilibré de ces infrastructures sur son territoire et de préserver son domaine. Ainsi, et alors qu'en outre, le cahier des charges laisse le titulaire libre de fixer les tarifs qu'il appliquera aux usagers, ne lui confère aucune prérogative de puissance publique et ne prévoit aucun contrôle de son activité par Metz Métropole, il ne résulte pas de l'instruction que cette dernière aurait entendu organiser un service public que la convention projetée aurait, au sens des dispositions précitées, pour objet de déléguer ».**

Le recours à un marché de conception-réalisation : attention à la justification technique  
(TA Grenoble, 25 octobre 2023, n° 23006384)

- ❑ **Faits**
  - Un acheteur a décidé de lancer une procédure pour la passation d'un marché pour la réalisation d'un pumtrack, d'un bike parc et d'un parking, sous la forme d'un marché de conception réalisation.
- ❑ **Question : peut-on lancer un marché de conception-réalisation pour réaliser un pumtrack (piste de VTT) d'un bike parc et d'un parking?**
- ❑ **Réponse : NON, il n'existe aucun motif technique justifiant le recours à un marché de conception-réalisation:** *« qu'il résulte des articles L.2171-2 et R.2171-1 du code de la commande publique que « la passation d'un marché de conception-réalisation, qui déroge aux conditions d'exercice de la mission de maître d'œuvre, par principe distincte de celle d'entrepreneur, ne peut avoir lieu que dans des circonstances particulières d'interprétation stricte ».*
- ❑ **Analyse :** on rappellera que l'article R. 2171-1 du même code précise quant à lui que : « les motifs d'ordre technique justifiant le recours à un marché de conception-réalisation sont liés à la destination ou à la mise en œuvre technique de l'ouvrage. / Sont concernés des ouvrages dont l'utilisation conditionne la conception, la réalisation et la mise en œuvre ainsi que des ouvrages dont les caractéristiques, telles que des dimensions exceptionnelles ou des difficultés techniques particulières, exigent de faire appel aux moyens et à la technicité propres des opérateurs économiques ».

Exclusion du candidat pour cause de manquements graves dans le cadre d'un précédent marché :  
illustration de l'office du juge (TA Nice, 4 novembre 2022, n°2204878)

## ❑ Faits

- Une société avait vu sa candidature écartée sur le fondement de l'article L. 2141-7 du Code de la commande publique , au motif qu'au cours du carnaval précédent, sa défaillance avait entraîné la résiliation pour faute de son marché (indisponibilité des chars le jour du festival).
- Or cette société mettait en avant qu'elle n'était pas la seule responsable de cette résiliation passée et que son exclusion de la nouvelle procédure ne se justifiait pas.

❑ **Rappel** : « L'acheteur peut exclure de la procédure de passation d'un marché les personnes qui, au cours des trois années précédentes, ont dû verser des dommages et intérêts, ont été sanctionnées par une résiliation ou ont fait l'objet d'une sanction comparable du fait d'un manquement grave ou persistant à leurs obligations contractuelles lors de l'exécution d'un contrat de la commande publique antérieur. »

❑ **Question** : que doit vérifier le juge en pareille circonstance ?

# Exclusion d'un candidat

Exclusion du candidat pour cause de manquements graves dans le cadre d'un précédent marché : illustration de l'office du juge (TA Nice, 4 novembre 2022, n°2204878)

- ❑ Réponse TA : « ces dispositions permettent aux acheteurs d'exclure de la procédure de passation d'un marché public une personne qui peut être regardée, au vu d'éléments précis et circonstanciés, comme ayant été gravement défaillant dans l'exécution de ses obligations contractuelles, dans le cadre de d'un précédent contrat et qui n'a pas établi, en réponse à la demande que l'acheteur lui a adressée à cette fin, que son professionnalisme et sa fiabilité ne peuvent plus être mis en cause et que sa participation à la procédure n'est pas de nature à porter atteinte à l'égalité de traitement entre les candidats. S'il incombe au juge des référés saisi sur le fondement de l'article L.551 du CJA de vérifier le bien-fondé des motifs de l'exclusion d'un candidat à une procédure d'appel d'offres, **il relève uniquement de son office, lorsque l'exclusion est fondée sur l'article L.2141-7 du code de la commande publique, de vérifier, d'une part, la matérialité des résiliations ou des sanctions ainsi que des manquements qui les ont motivées et l'absence d'erreur manifeste d'appréciation quant à la gravité desdits manquements aux obligations contractuelles et, d'autre part, la mise en œuvre de la procédure contradictoire de l'article L.2141-11 précité. Il ne lui appartient pas, en dehors de ces éléments qui relèvent de l'évidence, de statuer sur la régularité des résiliations ou sanctions prononcées par le pouvoir adjudicateur, une telle question relevant de la compétence du juge du contrat ».**

- ❑ Analyse: **la position du juge est logique** ; il ne lui appartient pas de refaire le litige concernant l'exécution précédente (qui s'est mal passée) mais juste de constater (i) d'une part que l'acheteur se fonde des éléments matériels concernant l'exécution passée (i) et d'autre part que l'acheteur a respecté la procédure contradictoire

# Exclusion d'un candidat

Exclusion du candidat pour cause de manquements graves dans le cadre d'un précédent marché :  
illustration de l'office du juge (TA Bordeaux, 17 janvier 2023, n°2206735)

## Faits

- 2022 : une société est titulaire du lot « Fondation – Gros œuvre » pour la restructuration d'un collège. Plusieurs manquements à ses obligations contractuelles entachent l'exécution de ce marché (non-exécution d'un OS, pénalités contractuelles, « ajournement unilatéral » des travaux de la part de la société, absence de finalisation des plans d'exécution)
- 2023 : cette même société présente sa candidature pour un marché de travaux pour le compte du Département

## Question : ces faits sont-ils suffisants pour exclure ce candidat d'un appel d'offres ?

- Réponse : **OUI**, « Il résulte de tout ce qui précède que la SAS Aqio a fait preuve, en particulier dans la réalisation des travaux de restructuration du collège de Lussac, de manquements graves et persistants à ses obligations contractuelles, qui ont conduit dans certains cas à la mise en œuvre de pénalités. »



## Clause limitant les candidatures au regard des liens capitalistiques (CE, 12 avril 2023, n° 466740)

### ❑ Faits

- Le marché porte sur la réalisation de missions héliportées, ayant notamment pour objet la surveillance des activités minières. La bonne exécution de ces missions imposait l'indépendance des pilotes vis-à-vis des personnes susceptibles de faire l'objet de cette surveillance.
- L'acheteur a indiqué, dans ces conditions, dans son règlement de la consultation, que « *les opérateurs économiques ayant un lien organique ou capitalistique avec une personne physique et/ou morale exerçant une activité professionnelle, soit d'exploitation du sol ou du sous-sol (extraction minière notamment), soit étroitement liée à ce secteur d'activité, ne peuvent pas candidater à la présente consultation* ».

### ❑ **Question : une telle limitation d'accès à la commande publique est-elle possible ?**

- ❑ Réponse : **OUI**, « *Par suite, et alors qu'il est manifeste, en l'état de l'instruction, qu'aucune des autres modalités que la société Héli-Cojyp présente comme alternatives à la clause litigieuse n'aurait permis à l'ONF de garantir que les candidats disposent des capacités professionnelles nécessaires à l'exécution du marché compte tenu des exigences de confidentialité et d'indépendance précitées, la clause litigieuse, imposant aux candidats à ce marché de n'avoir ni lien organique ni lien capitalistique avec une personne physique ou morale exerçant une activité d'exploitation du sol ou du sous-sol, n'est ni manifestement dépourvue de lien avec l'objet du marché ni manifestement disproportionnée* »

Transfert d'un ancien agent de la collectivité vers un candidat (1/2)  
(TA Marseille, 21 juillet 2023, n° 2305862)

- ❑ **Faits**
  - Le marché, lancé à la fin du mois de septembre 2022, porte sur des prestations d'études de faisabilité pour le développement de l'offre de transports, de mobilité et d'infrastructures de déplacement.
  - La collectivité constate, lors de l'examen des offres reçues, la présence au sein de l'équipe proposée pour exécuter les prestations de Monsieur A, salarié de la société Egis Villes et Transports depuis le 5 septembre 2022, mais qui avait été recruté par la Métropole en qualité d'ingénieur contractuel du 1er septembre 2020 au 4 septembre 2022
  - L'acheteur décide d'exclure le candidat
  
- ❑ **Rappel** : « L'acheteur peut exclure de la procédure de passation d'un marché les personnes qui (...) 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. » (art. L. 2141-8 du Code)
  
- ❑ **Question** : une telle exclusion est-elle légale ?

## Transfert d'un ancien agent de la collectivité vers un candidat (2/2)

(TA Marseille, 21 juillet 2023, n° 2305862)

- ❑ **Réponse : OUI**, « compte tenu de l'implication de M. A dans l'équipe des transports de la Métropole pour la préparation de cet accord-cadre, et alors qu'il a quitté la Métropole le 4 septembre 2022 alors que le dossier de l'accord-cadre devait être prêt, la société requérante ne peut soutenir que M. B n'a pas bénéficié d'informations privilégiées dès lors que les 4 lots font partie intégrante du même accord-cadre, dont l'élaboration a nécessairement conduit à définir les critères communs d'analyse des offres, la société requérante ne pouvant se borner à soutenir, dans le cadre de la présente instance, que M. A ne figure pas dans l'équipe chargée des prestations du lot 4. Dès lors qu'il résulte de l'instruction que M. A est susceptible d'avoir directement ou indirectement participé à l'élaboration de l'accord-cadre en litige, ces informations dont a disposé la société requérante ont été de nature à créer une distorsion de concurrence et la Métropole ne disposait en conséquence, en l'état de l'instruction, d'autre solution que d'écarter la candidature de la société X de l'appel d'offres ouvert concernant l'accord-cadre dans son ensemble. Ainsi, et la circonstance que la déontologue de la Métropole n'aurait pas visé dans son avis les dispositions de l'article L. 2141-8 2° du code de la commande publique étant sans incidence, la Métropole a pu à bon droit exclure, sur ce fondement, la candidature de la société Egis Villes et transports de l'accord-cadre en litige ».
- ❑ **Analyse :** ici, le juge fait prévaloir une suspicion de fait (poste et fonctions occupés) sans s'intéresser aux missions réellement exécutés par l'ancien agent de la collectivité.

Liens d'intérêt avec un candidat : quand l'AMO fait annuler la procédure de passation (1/2)  
(CE, 28 février 2023, n° 467455)

## ❑ Faits

- Une commune a lancé une consultation en vue de la passation d'un marché public de fournitures portant sur l'extension et la maintenance de son système de vidéo-protection urbaine.
- Elle a eu recours à un AMO qui avait préconisé l'attribution du marché à un groupement XX faisant appel à un fournisseur, la société CIPEO, éditeur du logiciel « CANOPY 31 ».
- Or, le dirigeant de l'AMO est également le dirigeant de la société CIPEO, fournisseur de l'attributaire

## ❑ Question : une telle situation constitue-t-elle un conflit d'intérêts ?

- ❑ Réponse : **OUI**, « en faisant participer la société AV Protec à l'analyse et l'évaluation des offres dans le cadre de la procédure de passation du marché litigieux, la commune de Caudry a méconnu le principe d'impartialité et, partant, ses obligations de publicité et de mise en concurrence. »

Liens d'intérêt avec un candidat : quand l'AMO fait annuler la procédure de passation (2/2)  
(CE, 28 février 2023, n° 467455)

## ❑ Apport intéressant :

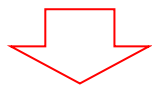
- Pas d'annulation totale de la procédure
- Mais simplement une annulation partielle car l'AMO n'a pas participé à l'élaboration du DCE : « *En revanche, il ne résulte de l'instruction aucune circonstance de nature à faire naître un doute sur le fait que cette société aurait élaboré le règlement de la consultation et les pièces du marché de façon à favoriser l'offre qui indiquerait utiliser le logiciel commercialisé par la société avec laquelle elle partage des intérêts. Par suite, il y a lieu, sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens de la demande, d'annuler la procédure de passation contestée au stade de l'analyse des offres, et d'enjoindre à la commune de Caudry, si elle entend conclure le marché en litige, de la reprendre à ce stade, sans qu'y participe la société AV Protec* ».

# FOCUS sur le Conflit d'intérêts dans la commande publique

## Rappel

### Cas #1

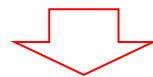
Un agent de l'acheteur (ou un élu) a un intérêt à ce qu'un candidat soit attributaire car ce dernier est actionnaire de la société candidate ou à un lien de parenté avec elle (CE, n° 148150)



Situation rare en pratique : conflit d'intérêt manifeste. Ces liens ne suffisent pas à faire naître un doute légitime si l'implication de l'agent est inexistante (CE, 9 mai 2012, n° 355756). Idem pour un conseiller municipal membre du CA de la société-mère de l'attributaire et représentant les usagers : pas d'intérêt financier (CE, 22 octobre 2014, n° 382495)

### Cas #2

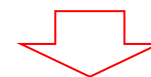
Le futur candidat (attributaire) a assisté l'acheteur public en amont de la procédure et dispose d'informations privilégiées ou a influencé la rédaction des pièces pour favoriser sa propre offre



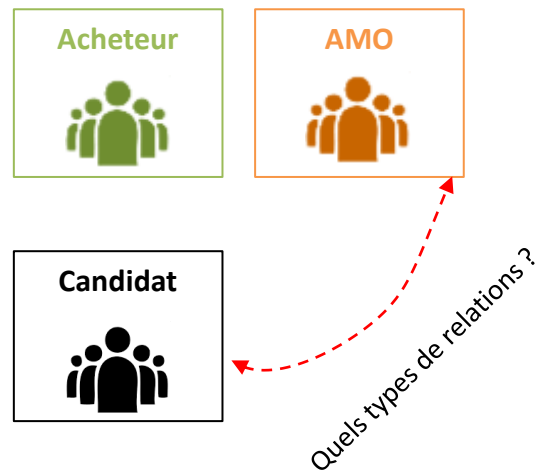
Situation pouvant être générée à l'occasion d'opérations de *sourcing* organisées en amont de la procédure de commande publique et créant une situation de partialité. L'acheteur dispose d'autres outils que l'exclusion de la procédure.

### Cas #3

Le conseil (AMO, bureau d'études, maître d'œuvre, etc.) de l'acheteur a un intérêt à ce qu'un candidat soit sélectionné.



Situation complexe car l'acheteur ne connaît ni les éventuels liens d'affaires entretenues entre son conseil et le candidat, ni les transferts de personnels



### Indices à analyser

- **Nature des relations** entre AMO et candidat (poste de direction ou d'exécution)
- **Date de ce relations** (caractère récent ou ancien)
- **Durée de ces relations** (caractère régulier ou non de l'ancienne collaboration)
- **Intensité** (rôle de l'AMO lors de la procédure, rôle de l'AOM chez l'ancien candidats)

### Attestations à prévoir

- Demander à l'AMO et aux candidats de d'attester leur absence de conflit d'intérêts en cours d'AO

## Modalités de déport

- ❑ **Rép. min. n° 01294 : JO Sénat 2 févr. 2023, p. 728 (Q. 14 juill. 2022, M. Jean-Louis Masson)**
- ❑ S'il est clair qu'un déport doit se traduire par une non-participation à l'entièreté du processus décisionnel, se pose toutefois la question de la nécessité, pour l'élu se déportant, quand bien même il n'interviendrait pas au débat et ne voterait pas, de quitter la salle pour ne pas être physiquement présent lorsqu'est abordée la décision susceptible de le placer en situation de conflit d'intérêts.
- ❑ **Pour éviter tout risque mieux vaut sortir de la salle** : *« Dès lors, et d'une manière générale, afin d'éviter tout risque administratif et pénal, il appartient aux élus intéressés à une affaire de s'abstenir d'intervenir dans les travaux préparatoires de la délibération et de prendre part au vote de celle-ci. La sortie de salle en tant que telle ne constitue pas une obligation fixée par la loi mais une possibilité permettant de prévenir toute suspicion de conflit d'intérêts. »*



Quand le juge valide une globalisation de prestations distinctes  
(TA Montpellier, 23 avril 2023, n° 2301260)

## ❑ Faits

- Un acheteur avait regroupé au sein d'un même marché des prestations de collecte de déchets en bacs et la collecte des déchets en colonnes.
- L'acheteur a justifié le regroupement de ces prestations en raison de la mutualisation des moyens matériels, limitant les émissions de Co2, et au regard du risque d'absence de concurrence sur le lot « collecte des déchets en colonne », prestations économiquement peu attractives

## ❑ Question : la justification apportée au DCE est-elle suffisante ?

- ❑ **Réponse : OUI**, « la mutualisation de moyens matériels et humains est techniquement possible, notamment par le recours à des véhicules de collecte " mixte ", ce qui est de nature à générer des économies en points de collecte et dans les rejets de CO2. D'autre part, les prestations de collecte des déchets en colonnes ne représentant, pour le marché passé en 2019, que 17,9% de la valeur du marché d'enlèvement des ordures en bacs portant sur la Ville conclu avec la requérante en 2017, la communauté d'agglomération établit qu'en renonçant, pour le présent marché, à l'allotissement, elle a souhaité éviter le risque non négligeable d'une absence de concurrence sur le lot correspondant à ces prestations économiquement moins attractives. »

## Rappel

- ❑ Exception à l'allotissement : Le recours au marché global non alloti reste une exception à justifier de manière opérationnelle, précise et circonstanciée. Les exceptions sont les suivantes :
  - Si l'objet du marché ne permet pas l'identification de **prestations distinctes** ;
  - Si la dévolution en lots séparés est de nature à **restreindre la concurrence** ;
  - Si cela risque de rendre techniquement difficile ou financièrement **plus coûteuse** l'exécution des prestations ;
  - Si l'acheteur public n'est pas en mesure **d'assurer par lui-même** les missions d'organisation, de pilotage et de coordination
  
- ❑ Contrôle du juge : L'acheteur bénéficie normalement d'une certaine marge de liberté et le juge administratif n'a pas vocation à substituer l'analyse technique de l'acheteur. En effet, « **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, 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 les dispositions précitées mentionnent, entachées d'appréciations erronées** » (CE, 25 mai 2018, n° 417869)
  
- ❑ **Le juge du TA de Montpellier valide ici les circonstances objectives liées à l'économie engendrée par la mutualisation des moyens et au caractère faiblement concurrentiel d'une des prestations.**

## L'erreur dans les obligations de reprise de personnel conduit à l'annulation de la procédure (TA Marseille, 15 septembre 2023, n° 2307834)

### ❑ Faits

- Le DCE de la procédure mentionnait explicitement, s'agissant de la reprise du personnel, qu'« aucun transfert de contrat de travail ne s'impose au nouveau délégataire ».
- L'ancien gestionnaire du site ayant vu son offre rejetée mettait en avant le caractère erroné de cette information, susceptible d'avantager ses concurrents, mais également de le défavoriser.

### ❑ Question : y a-t-il une obligation de reprise de salariés qui s'applique ?

- ❑ Réponse : OUI, « l'activité concédée de gestion et d'exploitation du parc Chanot et d'entretien de cet ensemble immobilier constituera une activité identique à celle exercée par la société requérante de manière exclusive grâce au travail de quarante-sept salariés, les circonstances tenant à ce que les noms ou les thèmes des foires ou salons organisés diffèrent ou à ce que la part du chiffre d'affaires de la foire internationale de Marseille dans le chiffre d'affaires de la société requérante serait prépondérante n'étant pas suffisantes pour regarder l'activité comme substantiellement différente, dès lors, notamment, que le délégataire aura en charge l'organisation d'évènements équivalents à la foire de Marseille et aux salons organisés par la société Foire internationale de Marseille. Il résulte de ce qui précède que le transfert de la gestion et de l'exploitation du parc Chanot par la société Foire internationale de Marseille à un autre employeur au terme de la procédure en cause constituerait le transfert d'une entité économique autonome qui impliquerait le transfert des contrats de travail des salariés de la société requérante au bénéfice du concessionnaire. Dans ces conditions la mention « Aucun transfert de contrat de travail ne s'impose au nouveau délégataire » portée à l'article 11.1 du projet de cahier des charges faisant partie des documents de la consultation, en méconnaissance des dispositions de l'article L.1224-1 du code du travail, est susceptible d'avoir trompé les candidats sur le nombre de salariés nécessitant par le contrat et le montant des charges de personnel et, par voie de conséquence, de les avoir empêché de présenter une offre financière pertinente. Cela est également susceptible d'avoir lésé la société Foire internationale de Marseille dès lors que l'absence de reprise des contrats de travail peut avoir pour conséquence, toutes choses égales par ailleurs, de défavoriser son offre financière par rapport à d'autres candidats ; que la procédure de passation de la concession de la gestion et de l'exploitation du parc Chanot est irrégulière. Dès lors qu'en l'espèce les offres ont été remises à la commune de Marseille concomitamment aux candidatures, la présente décision implique d'annuler la procédure en cause ».

## Notes entières et notes décimales : il faut choisir ou ne rien dire (TA Caen, 23 octobre 2023, n° 2302484)

### ❑ Faits

- Un acheteur avait mis en œuvre une procédure adaptée pour l'attribution d'un marché de travaux.
- Le RC indiquait que la valeur sera notée « par l'application d'un nombre entier », à l'aide d'un tableau détaillant qu'une valeur technique se voit attribuer la note de 20 lorsqu'elle est « très bonne », la note de 16 si elle est « bonne », la note de 10 pour « correcte », 6 si elle est « insuffisante » et 0 si elle est « non satisfaisante ».
- Pour autant, l'acheteur a décidé d'attribuer des notes décimales aux candidats et non des notes entières

### ❑ Question : l'acheteur pouvait-il noter les candidats avec des notes décimales ?

- ❑ **Réponse : NON**, « il résulte du rapport d'analyse des offres que, s'agissant de la valeur technique, la société requérante a obtenu la note de 17,5 sur 20 pour le sous-critère « Les moyens humains et matériels adaptés pour chaque tâche mis en œuvre pour le chantier » et la note de 2,5 sur 20 pour le sous-critère « Mode opératoire par phase pour ce chantier faisant apparaître la tenue du planning et les contrôles internes », la société retenue obtenant les notes respectives de 20 et 15. Si la commune fait valoir que le tableau détaillant les niveaux des notes à attribuer selon les qualités des offres ne faisait pas obstacle à ce que des notes intermédiaires soient attribuées aux offres qui se situent entre deux niveaux de qualité mentionnés au tableau, il résulte du rapport d'analyse des offres que, contrairement à ce qu'annonçait le règlement de la consultation, le pouvoir adjudicateur n'a pas attribué à la société Couverture JL Leprovost et Fils des notes « par l'application d'un nombre entier » et ce, pour les deux sous-critères de la valeur technique. Si le pouvoir adjudicateur n'était pas tenu de porter sa méthode de notation à la connaissance des candidats, il devait toutefois respecter la méthode qu'il avait détaillée dans le règlement de la consultation et, par conséquent, noter la valeur technique des offres par l'application d'un nombre entier. Eu égard au faible écart de points entre les notes globales attribuées à la société requérante, soit 83 points sur 100, et la société attributaire, soit 85 points, l'irrégularité constatée dans la notation des offres, qui a porté atteinte au principe d'égalité de traitement des candidats, a été susceptible de léser la société requérante ».

Ce qui n'est pas dans l'offre ne peut pas se déduire  
(TA Marseille, 12 août 2022, n° 2206089 et 2206200)

- ❑ **Faits**
  - Un acheteur reprochait à un candidat, sur le volet technique de son offre, de ne pas respecter le phasage des travaux. Or, rien n'était dit à ce sujet au sein du mémoire technique. **Critère phasage : note de 0.**
  
- ❑ **Question : l'appréciation faite par l'acheteur est-elle exacte ?**
  
- ❑ **Réponse : NON** « *si l'extrait de son offre produit par la SAS Freyssinet France, qui porte sur la chronologie de l'intervention et détaillant la préparation du chantier puis le phasage des travaux envisagé sur 4 à 5 semaines, expose le déroulé des étapes de travaux avec certaines spécifications techniques, sans rappeler l'exigence prévue par l'article 1.2.3.3 du CCTP d'un phasage en deux temps de l'étape des travaux de consolidation des sols d'assise des appuis à créer, il ne peut pour autant en être déduit que l'offre du candidat évincé ne respectait pas les stipulations en cause de ce document contractuel* »
  
- ❑ **Analyse** : attention l'appréciation d'une offre par l'acheteur doit s'appuyer sur des éléments tangibles et objectifs. On ne peut déduire d'une absence de précision ou d'un silence, le fait que le candidat ne respecte pas le cahier des charges. **Pour se prémunir d'une telle situation : posez des questions ! Et éviter la dénaturation.**

Dénaturer ≠ Critique la notation  
(TA Marseille, 28 mars 2023, n° 2302282)

- ❑ **Faits**
  - Un candidat évincé soulevait ainsi le **moyen de la dénaturation** en considérant que les notes ne reflétaient pas la qualité des offres
  
- ❑ **Question : le juge peut-il examiner une dénaturation par le biais des notes attribuées aux candidats ?**
  
- ❑ **Réponse : NON**, « *En se bornant à renvoyer à la différence de notation entre la première étape de cette consultation qui a été annulée par l'ordonnance du 12 août 2022 précitée et la notation à l'issue de la reprise de la procédure au stade de l'analyse des offres, la société Uretex France n'apporte aucun élément sérieux permettant d'établir l'existence d'une quelconque dénaturation de son offre qui a obtenu dans les deux cas la note maximum au critères « valeur technique » de 40 sur 40. Ainsi, la seule circonstance que la société Freyssinet aurait vu sa notation améliorée à 34,5 sur 40 au titre de la valeur technique, notamment pour deux sous-critères, à l'issue de la reprise de la procédure n'est pas de nature à démontrer l'existence d'une dénaturation de l'offre de cette dernière, celle-ci ayant obtenu comme la première fois la note maximum de 60 sur 60 au titre du critère prix, ce dernier critère bénéficiant de la pondération la plus élevée soit 60% de la note finale. Au regard de ces éléments, le moyen tiré de la dénaturation des offres doit être écarté.* »

Mettre 0 à un candidat signifie qu'il n'a rien mentionné dans son offre  
(TA Cergy-Pontoise, 3 juillet 2023, n° 2307968)

## ❑ Faits

- L'acheteur a attribué à un candidat une note de 0/5 sur l'un des sous-critères, note correspondant selon le RC à une absence de réponse.
- Or, il s'avère que cet élément était développé sur 5 pages dans le mémoire technique.

## ❑ Question : s'agit-il d'une dénaturation de l'offre ?

- ❑ **Réponse : OUI mais pas de lésion**, « Il résulte de l'article 5.1 du règlement de consultation applicable, d'une part, qu'en application du sous-critère « insertion sociale », les candidats devaient détailler les mesures qu'ils proposaient pour garantir les 5 % d'emploi de personnes en difficulté prévus à l'article 7 du cahier des clauses administratives particulières et, d'autre part, que l'absence de réponse au besoin équivalait à 0 % de la note et qu'en cas de réponse, le pourcentage de la note oscillait entre 10 % et 100 % en fonction de la pertinence de l'offre du candidat en cause. En l'espèce, il est constant que la société Union Technique du Bâtiment a obtenu la note de 0 sur 5, correspondant à la note applicable en cas d'absence de réponse alors que la requérante fait valoir, sans être contredite, que son offre détaillait, sur cinq pages, les mesures d'insertion sociale qu'elle entendait mettre en œuvre dans le cadre du contrat. **Dans ces conditions, la société requérante est fondée à soutenir qu'en lui attribuant la note de 0 sur 5 au titre de ce sous-critère, l'OPH a dénaturé son offre. Cependant, dès lors que l'écart de notation entre l'offre de la société attributaire et celle de la société requérante est que de 10,24 points, la dénaturation ici relevée a uniquement pu avoir pour effet de minorer la notation attribuée à cette dernière offre d'un maximum de 5 points, de sorte que cette dénaturation n'est pas susceptible d'avoir lésé la société Union Technique du Bâtiment. Par suite, le moyen invoqué doit être rejeté en raison de son inopérance ».**

## Rappel

- ❑ Pour savoir s'il existe une dénaturation de l'offre, il faut s'interroger sur les points suivants :
  - L'acheteur **s'est-il trompé** dans les données chiffrées remises par le candidat évincé dans son offre ?
  - Les **données du rapport d'analyse des offres** sont-elles bien conformes aux **données de l'offre du candidat évincé** ?
  - Les **chiffres retenus** par l'acheteur ont-ils bien été repris dans le rapport d'analyse des offres ?



## Des précisions du candidat jugées insuffisantes (TA Orléans, 26 août 2022, n°2202716)

### ❑ Faits

- Une société avait été interrogée sur le caractère anormalement bas de son offre, au vu de l'écart de prix avec l'estimation de la commune.
- Elle avait alors fourni des explications sur son prix, notamment en raison d'investissements réalisés les années précédents et déjà amortis, et de la proximité de son entrepôt lui permettant de ne pas subir la hausse des carburants
- L'acheteur décide d'écarter son offre comme OAB

### ❑ Question : l'acheteur a-t-il été trop sévère dans son analyse ?

- ❑ **Réponse : NON**, « pour justifier le prix proposé dans la passation en litige, la société met en avant la circonstance, d'une part, qu'elle emploierait désormais un châssis plancher auto-lestant permettant de réduire les coûts de main d'œuvre et de transport, d'autre part, que le prix qu'elle a proposé tient compte des investissements en matériel déjà réalisés en 2020 pour l'exécution de la prestation identique, investissement qu'elle n'aura dès lors plus à réaliser. Elle soutient également que l'impact de l'augmentation du coût des carburants est faible au regard de la proximité des entrepôts. Elle n'assortit toutefois ses allégations d'aucune pièce justificative, alors que, par ailleurs, la commune conteste la nouveauté alléguée de la solution technique qui avait été présentée dans la réponse apportée par la société à la mise en concurrence de 2021. Il résulte de ces éléments que la commune n'a pas (...) commis une erreur manifeste d'appréciation ».

## Qualification d'OAB : analyse des motifs de l'acheteur (CE 14 mars 2023, n°465456)

- ❑ **Faits**
  - L'acheteur a écarté l'offre du candidat après avoir demandé au candidat des explications générales de nature à justifier les prix proposés, lesquels étaient en dessous de l'estimation et de la moyenne des autres offres avec des écarts importants et, d'autre part, tous éléments justificatifs pour une liste non exhaustive de prestations dont les coûts et prix apparaissaient incohérents.
  
- ❑ **Question : la motivation de l'acheteur était-elle suffisamment précise ?**
  
- ❑ **Réponse : OUI**, l'acheteur « a relevé, en premier lieu, que la société n'avait pas produit d'explication générale sur les tarifs appliqués, lesquels apparaissaient particulièrement bas en comparaison de l'estimation du pouvoir adjudicateur et des prix résultants des offres concurrentes, en deuxième lieu, que les détails complémentaires demandés pour certaines prestations n'apparaissaient pas en adéquation avec le descriptif du chantier-exemple produit dans le mémoire technique de l'entreprise, en troisième lieu, que les détails complémentaires demandés pour certaines prestations comportaient toujours des imprécisions et carences et, en dernier lieu, que les réponses apportées par la société Chassaing TP comportaient des incohérences dans les justifications apportées, ces deux dernières considérations étant assorties d'exemples précis. »

## Gare à la caducité des certificats et attestations (TA Strasbourg, 9 mai 2023, n°2302706)

- ❑ **Faits:**
  - Un acheteur a mis en œuvre une procédure avec négociation en vue de la passation d'un marché de maîtrise d'œuvre ayant pour objet la restauration d'une église.
  - A l'issue de l'analyse, le marché a été attribué provisoirement à un groupement, qui avait remis dès le stade de la candidature ses certificats sociaux et fiscaux.
  - Néanmoins et compte-tenu du délai de la procédure, ces derniers n'étaient plus valables lorsque le marché lui avait été attribué
  - **La commune n'avait pas redemandé des certificats à jour.**
  - Le RC dispose que : *« L'offre la mieux classée sera donc retenue à titre provisoire en attendant que le ou les candidats produisent les certificats et attestations des articles R.2143-6 à R.2143-10 du code de la commande publique. Le délai imparti pour remettre ces documents ne pourra être supérieur à 6 jours. A défaut, le candidat classé immédiatement après sera sollicité pour produire les documents nécessaires à l'attribution de l'accord cadre et visés à l'article R.2144-7 dudit code ».*
  
- ❑ **Question : la caducité des certificats communiqués entraîne-t-elle l'annulation du marché ?**
  
- ❑ **Réponse : OUI**, le juge va adopter une position extrêmement sévère en considérant que ce vice n'est d'ailleurs pas régularisable post-attribution dès lors que la vérification des attestations et certificats doit s'effectuer, selon le RC, avant l'attribution...

# Reprise de procédure post-annulation

L'acheteur doit-il conserver les mêmes notes attribuées précédemment et qui n'ont pas fait l'objet d'une critique devant le juge ? (TA Polynésie Française, 22 septembre 2023, n°2300391)

- ❑ **Faits:**
  - Un marché de MOE avait été annulé au sujet d'une dénaturation sur l'un des 3 critères d'attribution
  - A l'issue de la nouvelle analyse, toutes les notes des candidats avaient été modifiées
  
- ❑ **Question :** l'acheteur a-t-il la faculté de modifier son appréciation, à l'issue d'une reprise de procédure, y compris des notes qui n'avaient pas été litigieuses?
  
- ❑ **Réponse :** **NON**, « l'annulation de la procédure de passation du concours de maîtrise d'œuvre au stade de l'analyse des offres impliquait nécessairement pour la CCISM, si elle entendait poursuivre la procédure, de la reprendre au stade de l'analyse des offres des candidats. Elle ne peut alors, sauf à méconnaître ses obligations de publicité et de mise en concurrence, modifier l'appréciation précédemment portée sur la valeur des offres que dans la limite de la prise en compte des motifs de l'annulation qui avait été prononcée par le juge des référés ».
  
- ❑ **Analyse :** cette décision nous semble critiquable dans la mesure où l'analyse est reprise dans son ensemble, il n'est pas inconcevable que les notes changent, pour l'ensemble des critères (analyse faite par un autre personne, plus objective etc...). Il existe de nombreuses jurisprudences jugeant l'inverse. Néanmoins, cela attire la vigilance des acheteurs en cas de reprise de l'analyse des offres.

## Quels sont les documents communicables d'un marché public ?

(TA Guadeloupe, 4 mai 2023, n° 2100506)

### ❑ Faits

- Une entreprise évincée a sollicité la communication des documents relatifs à la consultation et, face à l'absence de réponse de l'acheteur, a saisi la commission administrative d'accès aux documents administratifs d'un avis
- La commission a rendu un avis favorable à la demande sous réserve. Après une mise en demeure de l'acheteur restée infructueuse, la société demande au juge d'annuler de la décision implicite de rejet de sa demande de communication

### ❑ Question : quels sont les documents administratifs communicables d'un marché public ?

### ❑ Réponse : le TA de Guadeloupe estime que les documents suivants, dont la communication a été demandée par la société évincée à l'acheteur, sont **communicables**

- Le PV d'ouverture des plis
- Le RAO
- Les éléments de notation et de classement
- Le rapport de présentation du marché
- L'offre de prix globale des offres candidats non retenus
- La lettre de candidature de l'attributaire et La déclaration du candidat de l'attributaire

### ❑ Voir aussi CE, 15 mars 2023, n° 465171 : les documents et informations échangés entre l'Administration et un soumissionnaire lors de la phase de négociation **ne sont pas** communicables

Le MOA doit-il communiquer de lui-même les pièces justificatives concernant l'exécution du marché de substitution ?  
(CE, 5 avril 2023, n° 463554)

❑ **Faits :**

- Un titulaire défaillant conteste la résiliation aux frais et risques en considérant qu'il n'a pas été à même d'exercer son droit de suivi et de contrôle faute pour le MOA de lui avoir communiqué les pièces justificatives de l'exécution du marché

❑ **Question : le MOA doit-il communiquer de lui-même les pièces justificatives de l'exécution du marché en cas de résiliation aux frais et risques ?**

- ❑ **Réponse : NON**, « *le cocontractant défaillant doit être mis à même de suivre l'exécution du marché de substitution ainsi conclu afin de lui permettre de veiller à la sauvegarde de ses intérêts, les montants découlant des surcoûts supportés par l'administration en raison de l'achèvement des prestations par un nouvel entrepreneur étant à sa charge. A cet effet, si l'administration doit dans tous les cas notifier le marché de substitution au titulaire du marché résilié, elle n'est tenue de lui communiquer les pièces justifiant de la réalité des prestations effectuées en exécution du nouveau contrat qu'à la condition d'être saisie d'une demande en ce sens.* »

## Médiation : les contours de la confidentialité (CE, 14 novembre 2023, n° 475648)

- ❑ **Question** : quelle interprétation donnée à l'article L. 213-2 CJA : « (...) *Sauf accord contraire des parties, la médiation est soumise au principe de confidentialité* » ? (1/2)
- ❑ **Règle #1** : Les constatations du médiateur et les déclarations recueillies au cours de la médiation **ne peuvent être** divulguées aux tiers ni invoquées ou produites dans le cadre d'une instance juridictionnelle ou arbitrale sans l'accord des parties
- ❑ **Règle #2** : **Exception** à cette règle de confidentialité = Lorsque la révélation de l'existence ou la divulgation du contenu de l'accord issu de la médiation est nécessaire pour sa mise en œuvre »
- ❑ **Règle #3** : **périmètre** de la confidentialité : les seules constatations du médiateur et déclarations des parties recueillies au cours de la médiation, c'est-à-dire les actes, documents ou déclarations, émanant du médiateur ou des parties, qui comportent des propositions, demandes ou prises de position formulées en vue de la résolution amiable du litige par la médiation.

## Médiation : les contours de la confidentialité (CE, 14 novembre 2023, n° 475648)

- ❑ **Question** : quelle interprétation donnée à l'article L. 213-2 CJA : " (...) *Sauf accord contraire des parties, la médiation est soumise au principe de confidentialité* » ? (2/2)
- ❑ **Règle #4: non couvert par la confidentialité** : d'autres documents, émanant notamment de tiers, alors même qu'ils auraient été établis ou produits dans le cadre de la médiation. Tel est en particulier le cas pour des documents procédant à des constatations factuelles ou à des analyses techniques établis par un tiers expert à la demande du médiateur ou à l'initiative des parties dans le cadre de la médiation, dans toute la mesure où ces documents ne font pas état des positions avancées par le médiateur ou les parties en vue de la résolution du litige dans le cadre de la médiation.
- ❑ **Règle #5 : un rapport d'expertise** produit en médiation peut être invoqué ou produit devant le juge administratif et ce dernier peut le prendre en compte pour statuer sur le litige porté devant lui, dans le respect du caractère contradictoire de l'instruction.





**Raphaël Apelbaum**  
Avocat associé  
Département Droit public  
des affaires  
[rapelbaum@lexcase.com](mailto:rapelbaum@lexcase.com)



06 50 83 84 37



Paris  
17, rue de la Paix · 75002 Paris  
+33 (0)1 40 20 22 22



Lyon  
2, rue Pdt Carnot · 69002 Lyon  
+33 (0)4 37 23 11 11



Marseille  
438, rue Grignan · 13001 Marseille  
+33 (0)4 91 33 22 22

[www.lexcase.com](http://www.lexcase.com)

