

Ingénierie publique et privée

Vérifier l'indépendance des conseils aux collectivités

Les personnes publiques ont un besoin croissant de conseils extérieurs pour faire face à des projets toujours plus complexes. Elles doivent s'assurer de l'indépendance des tiers dont elles s'entourent afin de tenter de rééquilibrer la balance face aux opérateurs privés.

LES AUTEURS



DIDIER SEBAN,
avocat associé,
SCP Seban et associés



OLIVIER METZGER,
avocat à la cour,
SCP Seban et associés

Le 14 février dernier, la cour administrative d'appel de Lyon annulait l'attribution d'un marché public en raison des soupçons de partialité entourant la procédure de passation. Plus précisément, le bureau d'études ayant réalisé l'analyse des offres était géré par le père de l'un des dirigeants de la société attributaire (1). Si une telle affaire peut sembler caricaturale, elle permet de souligner l'actualité d'une question qui apparaît essentielle aujourd'hui pour les collectivités publiques.

Le risque du défaut d'indépendance des conseils aux collectivités doit être envisagé sous différents angles, qu'il s'agisse de la faculté des personnes publiques à exiger des candidats une preuve de leur indépendance ou encore des actions envisageables sur les conditions de participation à la commande publique. Enfin, on s'interrogera sur le fait de savoir si une plus grande attractivité du secteur public ne serait pas la seule arme véritablement efficace.

Exiger des candidats une preuve de leur indépendance

La faculté des personnes publiques à exiger des candidats une preuve de leur indépendance est, bien évidemment, la première question à envisager. En l'état de la réglementation en vigueur, il n'est pas nécessairement aisé pour une collectivité publique de s'assurer de l'indépendance de ses conseils par la production d'attestation d'indépendance ou encore de déclaration des « liens » qu'ils sont susceptibles d'entretenir avec des opérateurs du secteur dans lequel ils vont devoir conseiller la personne publique.

Ainsi, le Code des marchés publics comme l'ordonnance du 6 juin 2005 (2) ne prévoient la possibilité d'exiger des opérateurs économiques qu'un nombre limité de documents au stade de la présentation des candidatures. Et l'arrêté du 28 août 2006 fixant la liste des renseignements et des documents pouvant être demandés aux candidats aux marchés passés par les pouvoirs adjudicateurs ne mentionne aucune pièce permettant spécifiquement de s'assurer de l'indépendance du candidat. En effet, ni les références du

candidat, ni aucune des pièces comptables pouvant être exigées ne semblent permettre de satisfaire la demande des pouvoirs adjudicateurs en la matière. Dans la mesure où le juge administratif a pu confirmer le caractère limitatif de la liste des renseignements et des documents pouvant être demandés aux candidats (3), il apparaît clairement qu'au stade des candidatures le pouvoir adjudicateur ne pourra pas s'assurer de l'indépendance des candidats.

Serait-il possible dès lors d'envisager qu'un tel contrôle puisse être effectué au stade de l'analyse des offres? Au regard de la réglementation en vigueur il est également permis d'en douter. En effet, s'agissant de l'attribution d'un marché lorsqu'elle n'est pas faite au regard du seul prix, les critères retenus doivent être non discriminatoires et liés à l'objet du marché (4). Et les pièces exigées des candidats au stade de la remise des offres doivent naturellement permettre d'apprécier ces dernières au regard des critères de sélection retenus.

Une lecture combinée de ces différents articles et principes rend particulièrement incertain, sur un plan juridique, le fait d'exiger des candidats qu'ils apportent la preuve de leur indépendance. En effet, comment justifier le fait d'introduire, au stade de l'analyse des offres, un critère tenant à l'indépendance des candidats par rapport aux opérateurs de tel ou tel secteur et, ensuite, comme apprécier un tel critère? Saisie de telles questions, il n'est pas certain que la juridiction administrative accepterait de valider le recours à un critère de sélection des offres tenant à l'indépendance et ce, quel que soit son intérêt pour la personne publique. Cela paraît d'autant plus exact qu'évincer un candidat en raison d'un défaut d'indépendance, et donc d'une possible partialité, paraît plus que difficile.

L'éviction d'un candidat en raison d'un doute sur son impartialité

Quelle que soit la faculté pour une personne publique d'exiger des candidats la preuve de leur indépendance, se pose nécessairement la question de la possibilité offerte à une collectivité publique d'exiger des candidats une indépendance

par rapport, a minima, aux opérateurs du secteur concerné dans lequel ils vont devoir intervenir aux côtés de la personne publique. En d'autres termes, si le candidat ne démontre pas son indépendance, que pourra faire la personne publique au cours de la procédure de passation du contrat ? Pour répondre à cette question, il est indispensable de rappeler qu'au titre des grands principes de la commande publique, se trouve celui tenant au libre accès à la commande publique et que ce dernier ne peut subir de distorsions que pour autant qu'elles soient nécessaires et proportionnées. Ainsi, le fait d'exclure d'une procédure de passation des candidats en raison des liens entretenus avec des opérateurs du secteur dans lequel leurs conseils sont attendus constituerait-il une mesure nécessaire et appropriée ?

Plusieurs décisions des juridictions administratives permettent d'en douter. Tout d'abord, le Conseil d'Etat, dans un arrêt du 24 juin 2011, a déjà pu admettre que le recours, pour l'attribution d'un contrat, à l'expertise de sociétés filiales d'un groupe entretenant des relations commerciales avec l'attributaire de ce contrat, n'entache pas à lui seul la procédure d'irrégularité, dès lors, notamment, que des mesures ont été prises pour prévenir les atteintes au principe d'impartialité (5). Dans cette décision, on se trouve en aval du choix par la collectivité publique du conseil externe qui l'accompagnera dans son projet et pourtant, même à ce stade plus avancé, les éventuels liens entre ce conseil et l'un des candidats ne vicient pas nécessairement la procédure d'attribution du marché. Or, l'objectif de la personne publique qui désire s'assurer de l'indépendance de son conseil est bien, notamment, de sécuriser – juridiquement – son projet en évitant tout risque de partialité, et donc de collusion.

Sur cette question, le juge administratif est venu dire que ce risque est limité et, surtout, qu'il n'y a aucune automaticité entre l'existence des liens et l'irrégularité de la procédure. S'il appartiendra à la personne publique de mettre en œuvre les mesures de nature à prévenir un tel risque, il apparaît en revanche difficile de justifier une mesure tendant à écarter, en amont, la présence d'un opérateur destiné à conseiller la collectivité publique, alors même que la partialité n'est qu'hypothétique.

Le rôle actif de la personne publique afin d'éviter tout conflit d'intérêt a été rappelé par le rapporteur public Bertrand Dacosta dans ses conclusions rendues sur un arrêt du 9 mai 2012 (6). Dans cette affaire, où l'impartialité d'un élu était en question, le rapporteur public est venu affirmer que « la seule circonstance qu'un des candidats ait des liens avec un membre du conseil municipal ne saurait justifier que son offre soit mécaniquement écartée. La collectivité doit faire en sorte que cet élu ne soit aucunement mêlé à la prise de décision. Ce n'est que si elle découvre trop tardivement qu'il l'a été qu'elle doit en tirer les conséquences, en reprenant une procédure régulière ». Ramené au sujet qui nous concerne, le raisonnement tenu doit conduire la

personne publique à faire en sorte, le cas échéant, d'annihiler les risques d'impartialité que présente l'existence de liens entre ses conseils extérieurs et l'un des candidats.

Dans la décision précitée du 14 février 2013, sur le fondement du principe d'impartialité qui trouverait à s'appliquer tant au pouvoir adjudicateur, qu'à ses conseils extérieurs, la cour administrative d'appel de Lyon a annulé la procédure en raison du fait que le conseil extérieur n'avait pas spontanément signalé ses liens avec l'un des candidats et n'avait, dès lors, pas permis au maître d'ouvrage de prendre les diligences nécessaires pour prévenir tout risque d'impartialité. Encore une fois, l'absence d'automaticité entre les liens unissant conseil extérieur et candidats et l'irrégularité est indirectement rappelée.

De telles solutions, si elles peuvent être considérées comme logiques et opportunes pour la liberté d'accès à la commande publique sont, en revanche, peu protectrices des collectivités publiques qui n'ont pas la possibilité de s'assurer de l'indépendance de leurs conseils et s'avèrent peu satisfaisantes sur ce point.

Mais l'actualité de la question de l'indépendance, de l'impartialité et des conflits d'intérêts n'a pas échappé à la Commission européenne puisqu'un article du projet de directive sur la passation des marchés publics – toujours en cours de négociation – est consacré à la prévention des conflits d'intérêts (7). En l'état, cet article imposerait aux États membres de prévoir « des règles permettant la prévention et la détection efficaces ainsi que la correction immédiate des conflits d'intérêts survenant lors des procédures de passation [...], y compris lors de la conception et de l'élaboration de la procédure, de la rédaction des documents de marché, de la sélection des candidats et des soumissionnaires et de l'attribution du marché, afin d'éviter toute distorsion de concurrence et d'assurer l'égalité de traitement de tous les soumissionnaires ».

Au titre des personnes visées, on retrouve les membres du personnel « des prestataires de services de passation de marché, ou les membres du personnel

d'autres prestataires de services participant à la conduite de la procédure de passation de marché ». Pour l'heure, et aussi peu satisfaisant qu'est cet état de fait, si la collectivité publique ne peut écarter un candidat en raison de sa potentielle impartialité, le contrôle des liens l'unissant aux opérateurs d'un secteur concerné n'apparaîtrait que purement formel et sans réelle portée.

Une solution pourrait-elle dès lors être trouvée au travers de l'introduction d'une clause d'indépendance au titre des conditions d'exécution du marché ? Avec une telle clause, un candidat présentant des liens avec un opérateur ne serait pas empêché de se porter candidat à un marché d'assistance à maîtrise d'ouvrage pour autant que, s'il est retenu, il accepte de cesser tout lien (capitalistique, commercial, partenarial...) avec l'un ou l'autre des opérateurs du secteur concerné par sa mission. Si cette condition d'exécution est susceptible de restreindre quelque peu la concurrence, (•••)

RÉFÉRENCES

- Ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au Code des marchés publics (CMP).
- Décret n° 2005-1308 du 20 octobre 2005.
- Décret n° 2005-1742 du 30 décembre 2005.
- Code des marchés publics (CMP), art. 53 et 55.

À NOTER

Il apparaît difficile de justifier une mesure tendant à écarter, en amont, la présence d'un opérateur destiné à conseiller la collectivité publique, alors même que la partialité n'est qu'hypothétique.

À NOTER

Les solutions considérées comme logiques et opportunes pour la liberté d'accès à la commande publique sont peu protectrices des collectivités publiques.

À LIRE

● Conclusions
Bertrand Dacosta
sur CE 9 mai 2012,
Commune de Saint-
Maur-des-Fossés,
req. n° 355756.

(•••) elle paraît respecter davantage les principes de libre accès à la commande publique et d'égalité de traitement entre les candidats. Pour autant, il ne semble pas que le juge administratif ait d'ores et déjà eu l'occasion de se prononcer sur la validité d'une telle clause qui, par ailleurs, pourrait s'avérer particulièrement délicate à définir et à délimiter. Dès lors, pour se prémunir des risques liés à un manque d'indépendance, la meilleure solution ne serait-elle pas de rendre le conseil au secteur public plus attractif ?

Renforcer l'attractivité de la commande publique

Une des raisons pouvant être avancée pour expliquer la difficulté rencontrée par les collectivités publiques de s'entourer de conseils indépendants réside dans le fait que cette indépendance a un coût que les règles de la commande publique et le contexte économique actuel rendent difficile à accepter. Pourtant c'est bien ici que réside l'un des leviers les plus efficaces.

En effet, on sait aujourd'hui que les personnes privées sont davantage disposées à payer à leur véritable coût les frais d'assistance à maîtrise d'ouvrage. Pourtant, une telle politique du moins-disant risque d'aboutir, in fine, à un renchérissement du projet public dans la mesure où la personne publique peut se retrouver en déséquilibre vis-à-vis de son cocontractant privé en raison d'un conseil trop peu impliqué. Au-delà du fait que l'économie réalisée sur les honoraires d'assistance à maîtrise d'ouvrage puisse être largement « absorbée » au stade de la réalisation du projet, d'autres conséquences de la partialité des conseils de la personne publique peuvent être abordées.

Ainsi peut-il être fait mention, par exemple, des faits de trafic d'influence (actif et passif) dont ont été reconnues coupables plusieurs personnes concernant le renouvellement d'une délégation de service public en matière de restauration scolaire. Dans cette affaire, un bureau d'études techniques spécialisé, assurant une mission de conseil de la collectivité publique – après avoir été retenu en pratiquant des prix particulièrement bas – était intervenu aux fins de permettre l'attribution du contrat à une société déterminée, laquelle le rémunérait ensuite pour ses bons offices (8). Les offres anormalement basses peuvent aussi trahir l'existence d'un accord occulte avec les candidats. Le prix à payer pour l'indépendance de ses conseils semble dès lors

bien ne pas être un vain investissement. Mais la tentation – surtout dans un contexte de crise – de pondérer fortement le critère prix dans les procédures de passation des marchés publics n'est certainement pas de nature à permettre aux personnes publiques de jouer le jeu de l'indépendance. Cela est d'autant plus exact que les critères « techniques » ne sont généralement pas appréciés de la même manière que le critère prix, plus objectif. Ainsi, si la meilleure offre économique se verra généralement attribuer la note maximale, la meilleure offre technique sera appréciée relativement à celle des concurrents mais également aux attentes du pouvoir adjudicateur de telle sorte que l'attribution de la note maximale est plus rare.

Le Conseil d'Etat est pourtant venu récemment préciser que l'attribution automatique de la note maximale au candidat ayant présenté la meilleure technique n'était pas irrégulière (9).

Au-delà d'une réflexion sur le juste équilibre des critères de sélection des offres, de leur pondération, et des méthodes de notation, un recours plus régulier à la procédure prévue en matière d'offre anormalement basse pourrait être un plus pour les personnes publiques. Comment une collectivité publique peut-elle espérer obtenir un travail complet, de qualité, et impartial, lorsque des missions d'assistance à maîtrise d'ouvrage sont aujourd'hui attribuées à des niveaux trois ou quatre fois inférieurs à ceux pratiqués moins de deux années auparavant. Est-ce que le « cours » de l'ingénieur, du financier ou de l'avocat a connu une telle décote, ou faut-il trouver des réponses dans une plus grande proximité avec les opérateurs des secteurs dans lesquels leurs conseils sont attendus ? Pour lutter contre un tel phénomène, la demande de justification d'offres apparaissant manifestement sous-évaluées pourrait être une première piste de réflexion.

À RETENIR

➤ **Nouvelle approche. C'est au travers d'une nouvelle approche de l'acte d'achat que pourrait être trouvée une velléité d'indépendance des conseils. En effet, si le virage de la culture du moins-disant à celle du mieux disant a été amorcé depuis longtemps déjà, il semble bien que le bout du chemin n'ait pas encore été atteint.**

(1) CAA Lyon 14 févr. 2013, Sté ACS Production, req. n°12LY00305.

(2) Ordonnance n°2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au Code des marchés publics et ses décrets d'application n°2005-1308 du 20 octobre 2005 et n°2005-1742 du 30 décembre 2005.

(3) CE 21 nov. 2007, Dpt Orne, req. n°291411.

(4) CMP, art. 53 et art. 24 du décret précité du 30 décembre 2005.

(5) CE 24 juin 2011, min. Écologie, Développement durable, Transports et Logement et Sté Autostrade Per l'Italia SPA, req. n°347720.

(6) CE 9 mai 2012, commune de Saint-Maur-des-Fossés, req. n°355756.

(7) Article 21 du projet de directive sur la passation des marchés publics.

(8) CA Versailles 9^e chambre, 12 octobre 2012.

(9) « Considérant, en quatrième lieu, que contrairement à ce que soutient la société SFR, le département de l'Allier pouvait, sans méconnaître le principe d'égalité entre les candidats ni les obligations de publicité et de mise en concurrence, choisir une méthode de notation qui, s'agissant de l'évaluation du critère technique, permettait une différenciation des notes attribuées aux candidats, notamment par l'attribution automatique de la note maximale au candidat ayant présenté la meilleure offre » (CE 15 févr. 2013 Sté SFR, req. n°363854).

(10) CMP, art. 55.