

Commande publique Passation des marchés: on ne badine pas avec l'impartialité!

La jurisprudence récente appelle à la prudence,
notamment quant au choix de l'AMO.
Mieux vaut friser l'excès de précautions.

Par **Thomas Manhès**, avocat associé, Seban Armorique

Impartialité, nom féminin : « Qualité, caractère de celui, de celle, qui est impartial ; absence de parti pris ». Celle-ci revêt une telle importance que le Conseil d'Etat l'a érigée en 2015 comme principe général du droit, qui s'impose au pouvoir adjudicateur comme à toute autorité administrative (CE, 14 octobre 2015, n° 390968, mentionné aux tables du Recueil). La ligne est claire : une personne ne doit pas participer à une procédure d'adjudication d'un marché public dans des conditions lui permettant d'influencer son issue.

Annulation de la procédure. A défaut, qu'advient-il ? Par une décision très récente (CE, 28 février 2023, « société Sofratel », n° 467455), le Conseil d'Etat rappelle avec l'exemple d'un AMO - aux activités un peu trop diversifiées - que le pouvoir adjudicateur qui a méconnu ce principe encourt l'annulation de sa procédure. Dudit principe, la Haute juridiction administrative procède à une lecture stricte, pour ne pas dire binaire, qui n'est pas sans parenté avec la théorie des apparences. Ou, pour paraphraser l'adage formulé il y a un siècle par Lord Hewart, Lord Chief Justice of England : « Un marché ne doit pas seulement être attribué, il doit également donner le sentiment qu'il a été bien attribué. » (1)

On ne saurait penser à tout : là où se niche le risque de partialité

Avant d'en venir à cette récente décision, petit tour d'horizon des situations à risque.

Composition de la commission d'appels d'offres. En premier lieu, c'est avant tout la composition de la CAO qui expose le pouvoir adjudicateur (2).

A ce titre, en 2001, une personne a siégé à la CAO en sa qualité d' élu local alors qu'elle avait été licenciée une dizaine d'années plus tôt par une société candidate. Eu égard notamment au délai important qui s'est écoulé depuis son licenciement, la composition de la CAO n'a pas constitué un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence (CE, 27 juillet 2001, n° 232820 232950, publié au Recueil).

De même, en 2012, la seule circonstance qu'une membre du conseil municipal soit actionnaire d'une des entreprises candidates à un marché et ait un lien de parenté avec son dirigeant ne

justifie pas d'écarter par principe l'offre de cette société, alors même que la personne n'avait pas siégé à la CAO et n'avait pris aucune part dans le choix de l'entreprise attributaire (CE, 9 mai 2012, n° 355756, publié au Recueil). En revanche, la participation du fils d'un entrepreneur candidat à la CAO chargée d'examiner les offres relatives aux marchés entraîne l'annulation des contrats (CE, 3 novembre 1997, n° 148150, publié au Recueil).

Toutes choses étant égales par ailleurs, la composition d'un jury de concours peut exposer aux mêmes risques.

Mais ces solutions rendues avant 2015 auraient-elles été les mêmes après l'élévation de l'impartialité au rang de principe

Depuis 2015, les
juridictions du
fond se montrent
plus enclines à
sanctionner des
compositions de
CAO irrégulières.

général du droit ? Il est permis d'en douter. En effet, les juridictions du fond se sont, depuis, montrées plus enclines à sanctionner des compositions de CAO irrégulières (par exemple : CAA Versailles, 10 décembre 2015, n° 13VE02037 ; TA Rouen, 10 août 2022, n° 2203035 : la société attributaire était dirigée par le fils d'un élu siégeant en CAO ; a contrario, pour un élu salarié d'un

bureau d'études candidat, qui a pris le soin de ne pas siéger à la CAO : CAA Bordeaux, 24 octobre 2016, n° 13BX02542).

Un candidat chargé d'études préalables. En deuxième lieu, gare aux liaisons (dangereuses) entre les sociétés chargées d'études préalables et l'acheteur public, avant la passation d'un marché - souvent de travaux. Le cas d'une société, membre d'un groupement attributaire, qui avait réalisé un rapport de diagnostic se rapportant directement à l'objet du marché, l'illustre (TA Mayotte, 29 mai 2020, n° 2000537).

Les juges sanctionnent également le cas - étonnant - où l'attributaire « a participé directement à la conception du projet et a, de ce fait, bénéficié d'informations privilégiées » (TA Mayotte, 7 novembre 2022, n° 2205086).

Examen des offres par un tiers. En troisième lieu, pourra donner prise aux critiques la mise en place d'un « comité technique [ayant] pour objectif de "recenser l'ensemble des remarques nécessaires à enrichir le cahier des charges et les



moyens d'évaluation à mettre en place pour juger la réponse de la maîtrise d'œuvre », en concurrence avec un jury de concours. Ainsi, le pouvoir adjudicateur ne peut pas faire procéder par un tiers à un examen comparé des offres ayant le même objet et étant de même nature que celui réservé au jury (TA Lille, 9 novembre 2011, n° 1106030 ; TA Lille, 27 février 2009, n° 0900788 ; voir aussi CAA Versailles, 21 février 2006, n° 03VE03765), sauf à méconnaître le principe d'impartialité.

Exigences accrues. En une vingtaine d'années, on assiste donc à un resserrement des exigences posées par le juge administratif devant conduire les acheteurs publics à la plus extrême prudence lorsqu'ils composent leur CAO, leur jury, leur commission, etc.

Par ailleurs, on sait que les procédures de référé précontractuel d'abord (CE, sect. cont., 3 octobre 2008, « Smirgeomes », n° 305420, publié au Recueil), et en contestation de validité du contrat ensuite (CE, ass., 4 avril 2014, « département de Tarn-et-Garonne », n° 358994, publié au Recueil), ont compliqué les procès des tiers évincés. En effet, elles font peser sur eux l'obligation de démontrer que le manquement aux règles de publicité et de mise en concurrence les a lésés. Toutefois, dans un mouvement de reflux, le moyen tiré du défaut d'impartialité fait exception, car si celle-ci est constatée, il s'érige en levier fort pour annihiler une procédure.

A présent, réservons la part belle aux AMO qui sont à l'honneur dans la décision rendue par le Conseil d'Etat le 28 février 2023.

Il ne faut jurer de rien : le cas de l'AMO qui tient deux fers au feu

Dans cette décision, une commune lance une consultation en vue de la passation d'un marché public portant sur l'extension et la maintenance d'un système de vidéoprotection. La société A est écartée. Un groupement est retenu. Toutefois, le dirigeant de la société B, AMO de la commune, est également le dirigeant de l'entreprise C, éditrice du logiciel que l'offre de l'attributaire désignait comme son fournisseur. Rien de mieux pour se faire mousser (Musset ?) devant les juges...

Signaux d'alerte. Les signaux d'alertes étaient pourtant bien présents. Dès la décision consacrant l'impartialité comme principe général du droit, le Conseil d'Etat avait censuré la situation dans laquelle l'AMO n'était autre que l'ancien directeur qualité, puis directeur des opérations et des projets de la société attributaire, ce moins de deux ans avant la procédure de passation (CE, 14 octobre 2015, n° 390968, précité).

Plus récemment, la censure fut la même s'agissant du « technicien en charge du dossier », missionné notamment pour fournir des renseignements techniques aux candidats, mais qui avait exercé des fonctions d'ingénieur-chef de projet auprès de la société attributaire, trois mois avant l'attribution du marché (CE, 25 novembre 2021, « collectivité de Corse », n° 454466, publié au Recueil).

Pour une dernière illustration, dans le cadre d'un marché d'assurance, l'acheteur public ayant engagé un AMO, ancien

(1) Notamment repris par la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH), « Delcourt contre Belgique », 17 janvier 1970, n° 2689/65 : « Si l'on se réfère à l'adage

"Justice must not only be done ; it must also be seen to be done", l'les considérations qui précèdent permettent de douter que le système litigieux soit très heureux. »

(2) Sur ce sujet, voir la fiche pratique « Anticiper le risque de partialité », par Ludovic Babin et Marie Paquier, publiée dans « Le Moniteur » du 11 février 2022.



courtier ayant ouvertement et publiquement dénigré un candidat, a reçu le même traitement (TA Nancy, 26 octobre 2020, n° 2002619 [3]; TA Nancy, 4 novembre 2020, n° 2002618).

Annulation au stade de l'analyse des offres. Revenons à notre système de vidéoprotection. Le cas semble inédit dans cette affaire, puisqu'il n'est pas reproché une possible collusion avec un ancien employeur, mais le fait d'avoir favorisé ses propres intérêts en promouvant un candidat utilisant ses propres produits. Le Conseil d'Etat se révèle intraitable et juge: «Il est constant que le dirigeant de la société [B], assistante à la maîtrise d'ouvrage de la commune [...], est également le dirigeant de la société [C], éditeur du logiciel [...] que l'offre du groupement attributaire désignait comme son fournisseur. D'autre part, [...] la société [B] a, au titre de sa mission d'assistance à la maîtrise d'ouvrage, participé à l'analyse des offres et à leur notation et a été ainsi susceptible d'influencer l'issue de la procédure».

La procédure de passation contestée est annulée au stade de l'analyse des offres, et la commune, si elle entend conclure le marché, est enjointe de la reprendre à ce stade, sans qu'y participe la société B. Dès lors, face à une telle rigueur, que faire ?

Revue des remèdes: faire sans dire? Dire sans faire!

L'on ne saurait trop préconiser aux acheteurs publics de multiplier les précautions, quitte à friser l'excès. Différents textes, les juges et les bonnes pratiques sont autant de pistes à suivre.

Pistes jurisprudentielles. En premier lieu, les juges écartent le moyen tiré du défaut d'impartialité lorsque des précautions a priori ont été prises.

Tel est le cas lorsque la personne en conflit n'a pas participé au vote (CE, 18 juin 2021, n° 450869, après une première procédure ayant révélé la partialité du vice-président du département au sein de la commission permanente du conseil départemental; CAA Bordeaux, 24 octobre 2016, n° 13BX02542, précité).

Ou encore, lorsque le contrat d'AMO comporte une clause «Confidentialité et neutralité» par laquelle le titulaire s'engage,

Ce qu'il faut retenir

► L'impartialité constitue un principe général du droit, qui s'impose au pouvoir adjudicateur comme à toute autorité administrative.

► Les situations particulièrement à risque lors de la passation d'un marché sont connues: elles concernent la composition de la commission d'appel d'offres, la candidature de sociétés qui ont auparavant été chargées d'études en lien avec le marché, ou encore l'examen des offres par un tiers.

► Une décision rendue par le Conseil d'Etat fin février rappelle aussi la prudence nécessaire quant au choix d'un AMO.

► Pour éviter tout risque d'annulation de procédure, des précautions peuvent être utilement prises: déclaration d'absence de conflit d'intérêts et/ou clause de neutralité dans le contrat de l'AMO, déport d'un élu concerné au moment du vote d'une délibération, etc.



pour lui-même et tous ses collaborateurs, à ne divulguer aucune information aux tiers, reconnaît ne pas se trouver en position de conflit d'intérêts et s'engage à veiller tout au long de sa mission à réaliser ses prestations en toute indépendance et à maintenir une parfaite neutralité (TA Paris, 22 août 2018, n° 1813709/4).

Aussi, la déclaration d'absence de conflit (personnel, familial, professionnel, etc.) à joindre à l'offre de l'AMO est une étape indispensable. Mieux, faire parler les candidats à cette mission lors de leur sélection, au cours des négociations. En outre, des outils en ligne de cartographie des sociétés et dirigeants (4) permettent de connaître les liens entre elles et eux et d'identifier de potentiels conflits.

Enfin, le recrutement d'un AMO constitué en groupement tendra à amoindrir le risque de conflit en le diluant.

Outils textuels. En second lieu, le Code général des collectivités territoriales offre la possibilité pour un conseiller municipal dit «intéressé» de ne pas siéger au moment de la délibération (art. L. 2131-11 du code). Le moindre doute doit conduire à mettre en œuvre ces dispositions.

En troisième lieu, le Code de la commande publique généralise cette possibilité d'éviction à l'égard de toute personne qui 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» (art. L. 2141-10 du code). Il serait dommage de s'en priver.

En somme, donner le sentiment que le marché a été bien attribué, c'est surtout avoir toujours à l'esprit la valeur cardinale de l'impartialité, sans badiner avec elle! ●

(3) Au titre de la procédure particulière de l'article R. 557-3 du Code de justice administrative visant à prévenir une atteinte imminente ou faire cesser une atteinte illicite à un secret des affaires.

(4) www.pappers.fr par exemple.