

Préparer la réponse aux marchés publics

Formation pour la Chambre nationale des services
d'ambulances

1. Identifier la procédure mise en œuvre par l'Acheteur public

Afin d'optimiser la réponse à la consultation lancée par l'Acheteur public, il est nécessaire d'identifier le type de procédure mis en œuvre.

Deux catégories de procédure peuvent être distinguées:

- La procédure adaptée, d'un encadrement réglementaire relativement souple.
- Les procédures formalisées, plus contraignantes.

L'Acheteur n'a pas un choix discrétionnaire lorsqu'il recourt à une procédure formalisée. Il est contraint en raison du montant estimé du marché qu'il entend conclure, c'est-à-dire lorsque le montant estimé dépasse un certain seuil.

En matière de marchés de prestations de services, telles que les prestations de transports sanitaires, ce seuil est fixé pour les établissements publics de santé à 221 000 € HT (*Avis relatif aux seuils de procédure et à la liste des autorités publiques centrales en droit de la commande publique, publié au JO le 31 décembre 2017*)

1. Identifier la procédure mise en œuvre : seuils de publicité



	Publicité non obligatoire	Publicité libre	BOAMP ou dans un JAL	BOAMP et au JOUE
Fournitures et services	↔ 25 000 €	↔ 90 000 €	↔ 221 000 €	↔
Travaux	↔ 25 000 €	↔ 90 000 €	↔ 5 225 000 €	↔

1. Identifier la procédure mise en œuvre par l'Acheteur

Les deux types de procédure (adaptée / formalisée) sont différents quant à la marge de manœuvre qu'ils laissent aux différents intervenants.

- **La procédure adaptée:**

L'Acheteur définit librement les modalités de la consultation (i) en fonction de la nature et de l'étendue des besoins qu'il entend satisfaire, du nombre ou de la localisation des opérateurs économiques susceptibles d'être intéressés et (ii) dans le respect des principes d'égal accès à la commande publique, de transparence et d'égalité de traitement des candidats.

Il peut également se ménager la possibilité de négocier, ou non, les offres qui lui sont remises, dès lors que cela est prévu dans l'AAPC ou le RC.

1. Identifier la procédure mise en œuvre par l'Acheteur

■ Les procédures formalisées:

L'Acheteur est contraint par les textes (ordonnance du 23 juillet 2015 et décret du 25 mars 2016 relatifs aux marchés publics), qui listent plusieurs procédures formalisées auquel l'Acheteur public peut recourir, sous réserve toutefois de satisfaire certaines conditions pour les procédures dérogatoires.

Trois types de procédure formalisée existent:

Une procédure de droit commun:

- l'appel d'offres (ouvert ou restreint);

Deux procédures dérogatoires:

- La procédure concurrentielle avec négociation;
- Le dialogue compétitif.

1. Identifier la procédure mise en œuvre par l'Acheteur

- **Les procédures formalisées:**

Le recours aux procédures dérogatoires (procédure concurrentielle avec négociation / dialogue compétitif), s'il permet la négociation des offres des candidats, est strictement encadré et limité aux cas énumérés à l'article 25 du décret Marché public.

Dès lors, ce sera plus généralement la procédure d'appel d'offres, ouvert ou restreint, qui sera mise en œuvre.

2. La procédure d'appel d'offres

La procédure d'appel d'offres

Il s'agit de la procédure de droit commun du droit de la commande publique. Elle se décline de deux manières:

- Soit l'appel d'offres est **ouvert**:

Dans ce cas, chaque candidat intéressé peut y répondre et déposer une candidature et une offre, conformes aux attentes exprimées par l'Acheteur dans le RC.

- Soit l'appel d'offres est **restreint**:

Dans cette hypothèse, l'Acheteur sélectionne d'abord des candidats sur la base d'une candidature remise et élaborée conformément aux attentes exprimées dans le RC.

Puis, l'Acheteur donne accès aux candidats sélectionnés au dossier de consultation, afin qu'ils puissent élaborer et remettre une offre sur cette base.

C'est donc une procédure qui se déroule en deux temps.

2. La procédure d'appel d'offres

La procédure d'appel d'offres

NB. : Spécificités de l'appel d'offres restreint:

- L'Acheteur peut fixer un nombre minimum et/ou maximum de candidats admis à présenter une offre ;
- Dans ce cas, il doit fixer des critères de sélection des candidatures, seules les mieux classées pouvant être acceptées pour la phase offre ;
- Si pas de minimum requis, l'Acheteur ne peut sélectionner les candidatures : tout dossier de candidature complet et remplissant les conditions fixées par l'AAPC doit être accepté et le candidat admis à participer à la phase offre.

2. La procédure d'appel d'offres

En tout état de cause, qu'il s'agisse d'un appel d'offres restreint ou ouvert, la négociation est strictement interdite, ce qui exclut également la possibilité d'émettre des réserves sur les documents de la consultation, notamment sur le cahier des charges.

En ce sens, le marché public se rapproche d'un contrat d'adhésion : l'attribution emporte l'acceptation de l'ensemble des stipulations du contrat.

L'opérateur qui répond est donc engagé dès la remise de son offre (et pour la durée de validité de cette dernière).

Cela implique d'être particulièrement vigilant sur :

- **la forme de la réponse**, tels que les documents demandés, le format sous lequel ils doivent être communiqués ... Ces règles sont fixées au Règlement de la consultation, lequel constitue le « mode d'emploi » de l'appel d'offres ;
- **le fond de la réponse**, qui correspond à l'élaboration d'une offre la plus pertinente au regard des besoins et exigences exprimés par l'Acheteur, notamment dans le Cahier des clauses techniques particulières (CCTP) du marché, qui fixe les prescriptions techniques du marché.

2. La procédure d'appel d'offres

C'est en considération de ces différentes exigences et des critères de sélection fixés au Règlement de consultation que le candidat doit remettre sa meilleure offre, compte tenu du fait qu'il n'y a pas de négociation.

C'est l'offre classée en première position qui est retenue, étant précisé :

- Que la remise d'une offre non compétitive expose le candidat, soit à une mauvaise notation de son offre et donc un mauvais classement de cette dernière ; soit à un rejet de son offre en raison de son caractère inacceptable car trop élevée.
- Que cela ne doit pas conduire l'opérateur à formuler une offre trop basse, sans quoi l'Acheteur pourrait la rejeter comme étant « anormalement basse ».

3. Les critères d'attribution du marché

Pour sélectionner les offres, l'Acheteur se fonde sur des critères préalablement portés à la connaissance des candidats dans l'AAPC et/ou le RC.

Il peut s'agir d'un critère unique (le prix) ou de plusieurs critères, dont

- le prix; et,
- des critères techniques comme: (i) les délais d'exécution, (ii) l'organisation, (iii) les qualifications, (iv) l'état du parc de véhicules etc.

Ces critères font l'objet d'une pondération obligatoire en procédure formalisée, ou au moins d'une hiérarchisation lorsque la pondération n'est pas possible, dont sont informés les candidats dans les documents de la consultation.

A noter: chacun de ces critères peut faire l'objet de sous-critères permettant à l'Acheteur de les mettre en œuvre, le cas échéant lorsqu'un sous-critère revêt une importance particulière, l'Acheteur doit également communiquer la pondération dont il est l'objet.

L'offre du candidat doit répondre au mieux des exigences fixées pour chacun de ces critères, afin de s'assurer un classement favorable et remporter le marché.

4. Les documents de la consultation

Bien répondre aux marchés publics implique d'en connaître les éléments constitutifs, à savoir **(1)** les éléments propres à la procédure de publicité et de mise en concurrence et **(2)** ceux qui forment les pièces du marché:

1/ Les éléments propres à la procédure de publicité et de mise en concurrence:

- **L'avis d'appel public à la concurrence (AAPC):** c'est le document par lequel l'Acheteur informe les potentiels candidats qu'il les consulte pour pouvoir effectuer son achat. Ce document indique notamment (i) qui est l'acheteur, (ii) quel est l'objet de son achat et généralement son montant prévisionnel, (iii) sur quels critères il va sélectionner les offres que lui remettront les candidats et (iv) la date et l'heure limites avant lesquelles les candidatures et les offres doivent être remises, à peine d'irrecevabilité.

4. Les documents de la consultation

- **Le règlement de la consultation (RC):** ce document fixe les règles que l'Acheteur s'impose à lui-même et impose aux candidats pour répondre à la consultation. Il s'agit du « mode d'emploi » de la consultation. Ses prescriptions (délais de remise, forme des offres...) doivent être scrupuleusement respectées sous peine d'irrecevabilité des offres.



La règle ainsi fixée doit en tout état de cause être respectée, tant par l'acheteur que par les candidats, et ce tant en procédure adaptée qu'en procédure formalisée.

A noter : des éléments du RC ou l'AAPC peuvent être indiqués indifféremment dans les deux documents. D'ailleurs, le RC est un document facultatif si l'ensemble des informations devant y figurer sont préalablement contenues dans l'AAPC (ce n'est généralement pas le cas).

4. Les documents de la consultation

Les points importants fixés ou rappelés (car déjà cités dans l'AAPC) par le RC sont notamment:

- le type de procédure auquel est soumis le marché (formalisée ou adaptée = degré de contrainte réglementaire pesant sur les candidats);
- la forme du marché (*par exemple* accord-cadre à bon de commandes);
- la durée du marché;
- la durée de validité des offres;
- les modalités de groupement des entreprises;
- la possibilité (ou non) de présenter des offres variantes;

4. Les documents de la consultation

- le délai et les modalités suivants lesquelles les candidats peuvent demander des renseignements complémentaires à l'Acheteur ;
- le délai dans lequel l'Acheteur peut apporter des modifications au RC;
- les documents que le candidat doit fournir pour candidater au marché;
- les documents que le candidat doit fournir pour présenter son offre;
- les critères sur lesquels seront jugées les offres remises et, le cas échéant, leur pondération;
- la date et l'heure limites fixées pour la remise des candidatures et des offres;
- les éléments constitutifs du marché (Acte d'engagement, CCAP, CCTP et annexes le cas échéant);
- les documents que le candidat dont l'offre aura été retenue devra remettre à l'Acheteur afin de conclure le marché.

4. Les documents de la consultation

2/ Les éléments constitutifs du marché:

- **L'acte d'engagement** : c'est le document qui retrace les engagements, notamment financiers, pris par le candidat dans son offre.
- **Le cahier des clauses administratives particulières (CCAP)**: ce document recense les clauses qui vont s'appliquer dans la conduite du contrat. Sans être exhaustif, il s'agit notamment :
 - des modalités de paiement;
 - des modalités d'exécution des prestations (*i.e.* délais d'exécution);
 - des pénalités en cas de mauvaise exécution ou de retard d'exécution des prestations ;
 - des cas de résiliation du contrat.

4. Les documents de la consultation

- **Le cahier des clauses techniques particulières (CCTP), éventuellement accompagné d'annexes:** ce document est le pendant du CCAP, mais en matière d'exécution technique des prestations. C'est le document qui fixe les prescriptions techniques auxquelles les prestations demandées par l'Acheteur doivent satisfaire.

S'agissant d'un marché de prestations de transports sanitaires, cela peut avoir trait aux horaires d'astreinte, aux véhicules qui doivent être mis à disposition selon le type de transport, au nombre de personnes constituant les équipages et leur qualification par type de transport.

Les prestations doivent, en tout état de cause, être effectuées dans le respect de la réglementation applicable au secteur d'activité concerné.

4. Les documents de la consultation



Un autre type de document peut constituer une pièce contractuelle sans pour autant être communiquée aux candidats:

Le cahier des clauses administratives générales (CCAG):

Ce document est supplétif, c'est-à-dire qu'il n'est applicable qu'aux marchés qui s'y réfèrent expressément (ce qui est souvent le cas).

Le CCAG a vocation à pallier l'éventuelle insuffisance des CCAP, qui ne prévoient pas systématiquement l'ensemble des clauses qui devraient l'être. Il s'agit d'un document contractuel type standardisé, approuvé par arrêté.

Pour cette raison, il convient d'être vigilant et de toujours vérifier le CCAG applicable le cas échéant, car des clauses qui ne sont pas reprises *in extenso* dans le CCAP du marché peuvent tout de même être applicables à ce dernier, sauf dérogation formalisée par l'acheteur dans le CCAP.



Au surplus, s'agissant d'un document public librement accessible, le CCAG n'est généralement pas communiqué par l'Acheteur avec les documents de la consultation.

Il en existe plusieurs types, mais *a priori*, celui susceptible d'être imposé dans le cadre de marché de prestations de transports sanitaires sera le plus souvent le CCAG « Fournitures courantes et services » (CCAG FCS).

4. Synthèse : points de vigilance face à un DCE

Pour présenter une offre régulière et qualitative en matière de marché public, il est important de :

- lister l'ensemble des documents applicables à la procédure, puis au marché;
- communiquer l'ensemble des éléments demandés au titre de la candidature;
- communiquer l'ensemble des documents demandés au titre de l'offre;
- le tout dans les délais et les formes prescrits.

NB. : ne pas hésiter à poser des questions dans les formes et délais prescrits pour obtenir toute information complémentaire utile à l'élaboration des offres.

A défaut, la candidature ou l'offre qui présente un caractère incomplet ou ne respecte pas les exigences de l'Acheteur peut être déclarée **irrégulière**, ce qui peut entraîner son rejet pur et simple, la demande de régularisation n'étant qu'une simple faculté pour l'Acheteur (article 59 du décret marchés publics).

Dans une telle circonstance, la candidature ou l'offre n'est même pas examinée.

5. Les groupements d'opérateurs économiques

Dans le cadre de certains marchés, les opérateurs peuvent être amenés à se grouper afin de répondre au mieux aux besoins exprimés par l'Acheteur (*par exemple* en termes d'amplitude horaire ou territoriale). Le groupement permet alors de répondre à un appel d'offres auquel un candidat seul n'aurait pas nécessairement pu répondre, notamment au regard de sa taille.

Ces regroupements sont dénommés « groupements d'opérateurs économiques » ou « groupement momentané d'entreprises ». De tels groupements n'ont pas la personnalité morale.

Deux types de groupement doivent être distingués :

- **Les groupements solidaires:** dans ce cas, chacun des membres du groupement est responsable financièrement pour la totalité du marché, ce qui implique une responsabilité au regard de l'inexécution de ses obligations par l'un des membres du groupement.
- **Les groupements conjoints:** dans ce cas, chacun des membres du groupement est responsable pour la seule partie dont il a la charge.

5. Les groupements d'opérateurs économiques

L'Acheteur ne peut exiger, sauf justification particulière tenant à la bonne exécution du marché, que les groupements revêtent une forme particulière.

Le groupement d'entreprises implique systématiquement qu'un de ses membres soit désigné mandataire. Le mandataire représente l'ensemble des membres vis-à-vis de l'Acheteur et coordonne les prestations des membres du groupement.

A noter: dans le cas des groupements conjoints, l'Acheteur a le droit d'exiger que l'un des membres du groupement en soit le mandataire solidaire, c'est-à-dire qu'il est solidaire de chacun des membres du groupement pour ses obligations contractuelles vis-à-vis de l'Acheteur.

5. Les groupements d'opérateurs économiques

Une réponse en groupement doit être anticipée : elle implique le plus souvent la conclusion d'une convention de groupement.

La convention de groupement fixe la nature juridique du groupement (conjoint ou solidaire) ; l'étendue et la durée de la solidarité, la désignation, la mission et la rémunération du mandataire ; le cas échéant la gestion financière et bancaire du groupement (paiement direct de chacun des membres du GME, paiement du mandataire et reversement aux cotraitants); les assurances demandées ; la durée de la convention ...

Les candidatures et les offres sont présentées soit par l'ensemble des membres du groupement, soit par le mandataire qui justifie des habilitations nécessaires pour représenter les autres membres du groupement (il existe des clauses et rubriques type sur ces questions dans les formulaires de réponse standard DC1 / DC2)

6. La sous-traitance

La sous-traitance (art. 133 à 137 du décret)

- Notion

Le titulaire d'un marché public de services peut, sous sa responsabilité, confier l'exécution de certaines parties de son marché public à un sous-traitant (sous-traitance partielle)

Les Acheteurs publics peuvent exiger que certaines tâches essentielles soient effectuées directement par le titulaire.

- Régime juridique

Obligation d'obtenir de l'Acheteur l'acceptation de chaque sous-traitant (quel que soit leur rang ou leur place dans la « chaîne » de sous-traitance) et l'agrément de ses conditions de paiement

Moment de la présentation du sous-traitant : demande de sous-traitance formée au moment du dépôt de l'offre ou en cours d'exécution

6. La sous-traitance

- La demande contient :
 - ✓ la nature des prestations sous-traitées ;
 - ✓ le nom, la raison ou la dénomination sociale et l'adresse du sous-traitant proposé ;
 - ✓ le montant maximum des sommes à verser au sous-traitant ;
 - ✓ les conditions de paiement prévues par le projet de contrat de sous-traitance et, le cas échéant, les modalités de variation des prix ;
 - ✓ les capacités professionnelles, techniques et financières du sous-traitant.
- L'Acheteur peut refuser d'accepter le sous-traitant et doit alors justifier cette décision (situations irrégulières sur le plan fiscal et social, capacités insuffisantes pour exécuter les prestations sous-traitées etc)
- Droit du sous-traitant accepté au paiement direct de ses prestations par l'Acheteur (contrôle sur l'exécution des prestations réalisées par le sous-traitant)

6. La sous-traitance

- Responsabilités
 - L'entreprise principale titulaire du marché reste personnellement responsable de toutes les obligations contractuelles vis-à-vis de l'Acheteur et son unique interlocuteur (responsabilité contractuelle)
 - L'entreprise principale peut se retourner vers le sous-traitant défaillant (appel en garantie)
 - L'Acheteur peut engager la responsabilité délictuelle du sous-traitant dans des cas très limités (responsabilité subsidiaire par rapport à celle du titulaire principal ; moyens limités à la violation de dispositions législatives et réglementaires par le sous-traitant, à l'exclusion des fautes résultant de la seule inexécution par le sous-traitant de ses propres obligations contractuelles)

7. Les limites du regroupement d'opérateurs : le droit de la concurrence et l'entente

Le marché public est considéré comme un marché de référence au sens de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence.

C'est ce qui explique que le droit des ententes ait pleinement vocation à s'y appliquer.

Les pratiques constitutives d'ententes peuvent notamment être:

- Les pratiques susceptibles de limiter l'accès au marché public d'un ou plusieurs opérateurs:
 - l'un ou plusieurs des membres de l'entente se contente de remettre une offre de principe, ne présentant pas de caractère concurrentiel pour la ou les autres offres remises;
 - les entreprises concurrentes s'entendent pour ne pas remettre d'offres régulières afin que le marché soit déclaré infructueux et qu'il soit finalement conclu via une procédure négociée;
- Les pratiques susceptibles de faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse:
 - la concertation sur le niveau des offres: les entreprises s'entendent sur un niveau d'offres concurrentes élevé, afin que l'attributaire obtiennent le marché au meilleur prix;
 - le simple échange d'informations peut en être également constitutif.

7. Les limites du regroupement d'opérateurs : le droit de la concurrence et l'entente

- Les pratiques de répartition des marchés :
 - Les entreprises s'entendent pour se positionner chacune sur un lot distinct du marché

De manière générale, ce sont tous les comportements, entre concurrents, qui sont susceptibles de porter atteinte à l'aléa concurrentiel.

Les pouvoirs d'enquête et de sanction de l'autorité de la concurrence

L'autorité de la concurrence dispose de pouvoirs d'enquête très étendus, proche de ceux susceptibles d'être mis en œuvre dans le cadre d'enquête judiciaire (audition, perquisition...).

En outre, les sanctions encourues sont lourdes et sont plafonnées à 3.000.000 d'euros et 10% du chiffre d'affaires.

Ces montants peuvent toutefois être réduits de moitié lorsque l'entreprise acquiesce aux faits qui lui sont notifiés et s'engage à modifier son comportement à l'avenir.

8. Les documents à remettre par l'attributaire

Une fois le choix de l'Acheteur arrêté, il en informe l'attributaire qui doit lui remettre un certain nombre de documents avant de pouvoir conclure le marché:

- Le candidat doit justifier qu'il ne fait pas l'objet d'une interdiction de soumissionner aux marchés publics et produit donc (*articles 55 et 51 du décret marchés publics*):
 - Une déclaration sur l'honneur (*en principe, celle-ci a déjà été remise dans la candidature*) qu'il ne se trouve pas dans l'un des cas d'interdiction de soumissionner mentionné aux 1° et a et c du 4° de l'article 45 de l'ordonnance du 23 juillet 2015. Cette déclaration atteste que le candidat n'a pas fait l'objet
 - d'une part, d'une condamnation définitive à l'une des infractions pénales énumérées, telles que escroquerie, abus de confiance, blanchiment, terrorisme, concussion, corruption, prise illégale d'intérêts, trafic de stupéfiants, faux, soustraction et détournement de biens, traite d'êtres humains et soustraction à l'impôt; et,
 - d'autre part, d'une sanction pour travail dissimulé, marchandage, prêt illicite de main-d'œuvre, emploi d'étrangers non autorisés à travailler, méconnaissance de l'égalité professionnelle entre homme et femme et discrimination (*article 51, I, du décret marchés publics*).

8. Les documents à remettre par l'attributaire

- Les certificats délivrés par les administrations et organismes compétents justifiant qu'il ne se trouve pas dans l'un des cas d'interdiction de soumissionner mentionné au 2° de l'article 45 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 qui correspond à l'absence de souscription des déclarations fiscales et sociales leur incombant ou l'absence d'acquittement des impôts, taxes, contributions ou cotisations sociales desquels il était redevable (*article 51, II, du décret marchés publics*).

Ces certificats sont:

- le certificat attestant la souscription des déclarations et paiements correspondant à l'impôt sur le revenu, l'impôt sur les sociétés et la taxe sur la valeur ajoutée délivré par l'administration fiscale dont relève le demandeur;
- le certificat de fourniture des déclarations sociales et de paiement des cotisations et contributions de sécurité sociale, mentionné à l'article L. 243-15 du code de la sécurité sociale, délivré par l'agence centrale des organismes de sécurité sociale (qui correspond également aux document exigé au titre de l'article D. 8222-5 du code du travail); et,
- le certificat attestant de la régularité de la situation de l'employeur au regard de l'obligation d'emploi des travailleurs handicapés, délivré par l'Association de gestion du fonds de développement pour l'insertion professionnelle des handicapés (*arrêté du 25 mai 2016, NOR: EINM1600216A*).

8. Les documents à remettre par l'attributaire

En outre, le candidat attributaire remet:

- Un extrait Kbis (ou autre document équivalent) justifiant qu'il ne se trouve pas dans l'un des cas d'interdiction de soumissionner mentionné au 3° de l'article 45 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 (*articles 51, III, du décret marchés publics et D. 8222-5 du code du travail*);
- La copie du ou des jugements prononcés si le candidat est en redressement judiciaire (*article 51, IV, du décret marchés publics*).

 *A noter:* L'un des documents prévus à l'article D. 8222-5 du code du travail (à savoir, attestation de fourniture des déclarations sociales et de paiement des cotisations et contributions de sécurité sociale prévue à l'article L. 243-15 (Urssaf)) doit être remis une fois au jour de la demande par l'acheteur à l'attributaire, puis tous les six mois jusqu'à la fin de l'exécution du marché.

A défaut de remettre ces documents ou s'il est dans l'un des cas d'interdiction de soumissionner, le candidat est éliminé et si la vérification intervient à l'issue du classement des offres, c'est le candidat dont la candidature a été classée immédiatement après la sienne qui est sollicité pour la production de ces éléments.

9. Les moyens de contester le marché

- Communication de documents
 - Avant la signature du marché
 - seules les informations relatives aux motifs détaillés du rejet de l'offre et aux caractéristiques et avantages de l'offre retenue sont communicables (article 99 du décret du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics)
 - les documents relatifs à la procédure de passation du marché public sont considérés comme étant préparatoires avant la signature du marché et ne sont pas communicables
 - Après la signature du marché
 - les documents administratifs définitifs se rapportant à la procédure de passation du marché public sont communicables sous réserve de l'occultation des mentions relatives à la protection du secret en matière industrielle et commerciale :
 - ✓ Rapport d'analyse des offres, acte d'engagement, DC1 et DC2 de l'entreprise retenue, avenants etc
 - ✓ Si le pouvoir adjudicateur refuse de faire droit à une demande de communication, la Commission d'Accès aux Documents Administratifs (« CADA ») peut être saisie pour avis, puis le cas échéant le tribunal administratif si le pouvoir adjudicateur ne respecte pas le sens de l'avis émis par la CADA

9. Les moyens de contester le marché

- Devant le juge administratif
 - Référé précontractuel (art. L. 551-1 CJA) : introduction par un candidat évincé en cours de procédure et avant la signature du marché
 - seuls les moyens afférents aux manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence du pouvoir adjudicateur sont invocables s'ils sont susceptibles de léser le candidat évincé
 - pouvoirs du juge du référé : Injonction de se conformer aux obligations de publicité et mise en concurrence (il peut ordonner de recommencer toute la procédure ou de la reprendre là où le manquement est apparu, exiger la réintégration d'un candidat évincé ou imposer la communication des motifs de rejet), suspension de la procédure ou de toute décision se rapportant à la passation du contrat, annulation de toute décision se rapportant à la passation du contrat, suppression des clauses ou prescriptions destinées à figurer dans le contrat

9. Les moyens de contester le marché

- Référé contractuel (art. L. 551-13 CJA) : introduction par un candidat évincé après la signature du marché (31 jours après la publication d'un avis d'attribution au JOUE ou 6 mois à compter de la signature en l'absence de publication d'un avis d'attribution)
 - seuls les vices particulièrement graves sont invocables (absence de toute publicité, violation du délai de standstill, violation de la suspension de la signature du contrat liée à la saisine du juge du référé précontractuel)
 - pouvoirs du juge du référé : annulation, résiliation, réduction de la durée du contrat, pénalité financière
- Recours en contestation de la validité du contrat (2 mois à compter de la publication d'un avis d'attribution, ou sans délai en l'absence de publication d'un tel avis)
 - recours au fond permettant à un tiers au contrat administratif susceptible d'être lésé dans ses intérêts de façon suffisamment directe et certaine par sa passation ou ses clauses d'en contester la validité
 - pouvoirs du juge du référé : résiliation ou annulation (totale ou partielle avec effet différé ou immédiat), poursuite de l'exécution sous réserve de mesures de régularisation, indemnisation en cas de chances très sérieuses d'obtenir le contrat

10. Le risque pénal

■ Devant le juge pénal

- Recel: bénéficiaire en toute connaissance de cause du produit d'un délit (5 ans d'emprisonnement et 375 000 euros d'amende)
- Complicité: celui qui sciemment, par aide ou assistance, facilite la préparation d'un délit ou qui par don, promesse, menace, ordre abus d'autorité provoque une infraction ou donne des instructions pour la commettre (peine identique à celle encourue par l'auteur)
- Les poursuites peuvent être dirigées : soit contre les personnes physiques agissant comme représentants de leur société, soit, contre la personne morale elle-même, soit enfin contre l'ensemble des personnes physiques et morales qui ont concouru à la commission de l'infraction
- Sont exclues de la procédure de passation des marchés publics les personnes qui font l'objet d'une condamnation pénale définitive pour prise illégale d'intérêts, délit de favoritisme, et délit de corruption

■ Prise illégale d'intérêts

- Prendre, recevoir ou conserver, directement ou indirectement, un intérêt quelconque dans une entreprise/opération dont on a en tout ou partie, la charge d'assurer la surveillance, l'administration, la liquidation ou le paiement (art. L. 432-12 du code pénal)
- Sont visées les personnes dépositaires de l'autorité publique, chargées d'une mission de service public ou investies d'un mandat.
- La surveillance peut consister en la participation à un organe délibérant d'une collectivité territoriale ou la préparation de rapports ou d'avis en vue de la prise de décisions par d'autres personnes
- Le délit est caractérisé par la prise d'un intérêt matériel ou moral, direct ou indirect et se consomme par le seul abus de la fonction indépendamment de la recherche d'un gain ou de tout autre avantage personnel
- 5 ans d'emprisonnement, 500.000 euros d'amende dont le montant peut être porté au double du produit tiré de l'infraction

10. Le risque pénal

■ Délit de favoritisme

- procurer ou de tenter de procurer à autrui un avantage injustifié par un acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics et les contrats de concession (art. L. 432-14 du code pénal)
- sont visées les personnes dépositaires de l'autorité publique, celles chargées d'une mission de service public, investies d'un mandat électif public, ou exerçant certaines fonctions spécifiques au sein de l'Etat, des collectivités territoriales, des établissements publics ou des SEM
- les auteurs sont présumés avoir pleine connaissance des dispositions légales relatives aux marchés publics et sont présumés les méconnaître intentionnellement
- sont regardés comme des avantages injustifiés:
 - ✓ la conclusion de plusieurs marchés de gré à gré en dessous du seuil de déclenchement des procédures formalisées alors que le marché en cause, pris dans sa globalité, aurait dû donner lieu à un appel public à la concurrence
 - ✓ la transmission d'une information privilégiée à un ou plusieurs candidat(s) au détriment des autres
 - ✓ l'insertion de clauses techniques très spécifiques dans le cahier des charges afin de favoriser nettement un candidat
- 2 ans d'emprisonnement et 200 000 euros d'amende
- complicité / recel
 - est complice l'entreprise qui a préparé ou facilité la réalisation d'une pratique, par exemple, par la fourniture d'informations permettant à l'acheteur de définir un cahier des charges discriminatoire

10. Le risque pénal

- Est receleur la société bénéficiant du marché passé grâce à la commission du délit d'avantage injustifié et qui ne peut pas invoquer sa méconnaissance des irrégularités entachant la constitution de son dossier de candidature (8 mois d'emprisonnement avec sursis et 10 000 euros d'amende)
- **Délit de corruption**
 - Corruption passive par des personnes exerçant une fonction publique : Solliciter ou agréer, sans droit, à tout moment, directement ou indirectement, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques pour soi-même ou pour autrui : soit pour accomplir ou s'abstenir d'accomplir un acte, soit pour abuser de son influence réelle ou supposée en vue de faire obtenir d'une autorité ou d'une administration publique des distinctions, des emplois, des marchés ou toute autre décision favorable (art. L. 432-11 du code pénal)
 - Corruption active par des personnes privées : lorsqu'une personne physique ou morale obtient ou essaie d'obtenir, moyennant des dons, des promesses ou avantages, d'une personne exerçant une fonction publique, qu'elle accomplisse ou retarde ou s'abstienne d'accomplir ou de retarder un acte de sa fonction ou un acte facilité par elle (art. L. 433-1 du code pénal)
 - Infractions complémentaires mais distinctes
 - 10 ans d'emprisonnement et amende de 1 millions d'euros pour la corruption active
 - Exemples : sont concernés les avantages directs (biens en nature, sommes d'argent, exécution d'un travail gratuit, ristourne...) ou indirects (acquiescement d'une dette, embauche d'un proche) en vue d'obtenir une décision favorable dans l'attribution d'un marché public

Romain Douineau
Avocat associé

SCHMITT AVOCATS A.A.R.P.I.

19, rue Marbeuf - 75008 PARIS

Tél. : +33 (0)1 58 12 08 63

Fax : +33 (0)1 58 12 08 61

Mobile : +33 (0)6 88 22 28 38

Email : douineau@schmittavocats.com



**Chambre Nationale des
Services d'Ambulances**

Contacts