LE MONITEUR
DES TRAVAUX PUBLICS ET DU BÂTIMENT

PAYS : France
PAGE(S) : 75-76
SURFACE : 171 %
PERIODICITE : Hebdomadaire

DIFFUSION : 40642

► **11 février 2022 - N°6178**

Fiche pratique

Réglementation Contrats publics

Anticiper le risque de partialité

Par Ludovic Babin, avocat associé, **et Marie Paquier,** avocate counsel, BCTG Avocats.

L'obligation d'impartialité est un principe général du droit qui s'impose à tous les acheteurs publics (1), et notamment aux commissions d'appel d'offres (CAO) [2].
En ce qu'il constitue un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence, le défaut d'impartialité pollue désormais les prétoires. Il est en effet invoqué de manière quasi systématique par les candidats éconduits, en vue d'obtenir l'annulation de la procédure contestée (dans le cadre d'un référé précontractuel) ou du contrat lui-même (au terme d'un recours en contestation de validité du contrat), comme c'est le cas dans une décision récente et remarquée du Conseil d'Etat (CE, 25 novembre 2021, « Société Corsica Networks », n° 454466, publié au Recueil [3]).
Le défaut d'impartialité pose désormais d'inextricables problèmes aux acheteurs publics quant à la composition et l'organisation des CAO, aux relations des élus avec le monde des affaires, et au choix des assistants à maîtrise d'ouvrage (AMO).

Le défaut d'impartialité, un moyen efficace pour obtenir l'annulation d'une procédure de mise en concurrence ?

Oui. Pour caractériser un manquement à l'obligation d'impartialité, le juge forge son opinion à la lumière d'un faisceau d'indices et d'une analyse in concreto relative :
- aux acteurs de ce manquement (notamment les élus ou décideurs publics), à leurs liens (professionnels et/ou familiaux), leur statut, l'intérêt personnel des protagonistes et leur implication dans le choix litigieux de l'opérateur attributaire du contrat public ;
- à la durée et à la profondeur de la relation d'affaires entre un éventuel conseil de l'acheteur public et le potentiel attributaire du projet, antérieurement à la procédure litigieuse, et au temps qui s'est écoulé entre cette relation d'affaires et l'attribution contestée ;
- à l'anticipation et à la réaction de l'acheteur confronté à un tel risque.
Le juge tient compte d'éléments à la fois objectifs (existence et nature du lien) et subjectifs (intérêt personnel et influence sur le sens de la décision) pour se prononcer sur l'existence d'une situation de conflit d'intérêts susceptible d'entacher la décision d'attribution.

Comment constituer les CAO pour se prémunir contre le risque de contentieux ?

La jurisprudence donne des pistes en la matière, étant noté que le juge administratif analyse l'intérêt personnel de l'élu dont l'intervention est critiquée et sa manifestation concrète.
Il apparaît ainsi que toutes relations du politique avec le milieu des affaires, tout passage de la sphère publique à la sphère privée (ou inversement) ou tout lien de parenté ne constituent pas, en tant que tels, un potentiel conflit d'intérêts (CE, 27 juillet 2001, « Société Degrémont », nos 232820 et 232950, Rec. ; CE, 9 mai 2012, « Commune de Saint-Maur-des-Fossés », n° 355756, Rec. ; CE, 22 octobre 2014, « Société EBM Thermique et commune de Saint-Louis », n° 382495, 382597 ; TA de Nice, 25 juin 2020, « Société Ice. Pissarello », n° 2000025).
Pour se prémunir contre ce type de risques, une pratique se développe : elle vise à faire souscrire les décideurs publics à une « charte de confidentialité et d'impartialité ». Ce document les invite à déclarer l'ensemble de leurs relations d'affaires passées ou en cours, leur éventuelle implication comme administrateur de sociétés privées (détention de jetons de présence), la présence d'un membre de leur famille au sein d'un groupement candidat, etc.
Ces chartes rappellent le risque attaché à la divulgation d'informations par essence confidentielles et les responsabilités personnelles encourues. Et imposent à leurs signataires, en cas de risque de conflit d'intérêts lié à leur présence et, a fortiori, à leur vote dans le cadre d'une CAO, de se déporter ponctuellement au profit de leur suppléant (4).

Les risques sont-ils plus aigus lorsque l'acheteur a recours à des AMO ?

C'est manifestement autour des AMO que se cristallise la majorité des contentieux liés au défaut d'impartialité. La difficulté en la matière est la suivante : comment →

Ce qu'il faut retenir

- Dans le cadre des procédures d'appels d'offres, le risque d'impartialité (ou de conflit d'intérêts) concerne aussi bien les membres des CAO ayant voix délibérative que les personnels des acheteurs publics et leurs conseils (AMO). Il peut aboutir à l'annulation d'une procédure, voire à l'annulation du contrat conclu.

- Il appartient aux acheteurs publics d'anticiper la survenance d'un tel risque par la signature :
- d'une « charte de confidentialité » par les élus des collectivités territoriales siégeant dans les CAO ou les fonctionnaires décisionnaires (au sein des administrations centrales),
- et d'un « engagement de confidentialité et d'impartialité » pour les AMO.

- Ils doivent aussi y remédier au plus vite en cas de suspicion en cours de procédure via :
- un audit des relations d'affaires antérieures des AMO avec les candidats déclarés à l'attribution d'un projet et l'analyse du risque y afférant,
- des mesures visant à écarter la ou les personnes cristallisant le risque d'impartialité.

Tous droits de reproduction réservés

LE MONITEUR
DES TRAVAUX PUBLICS ET DU BÂTIMENT

PAYS : France
PAGE(S) :75-76
SURFACE :171 %
PERIODICITE : Hebdomadaire

DIFFUSION :40642

► **11 février 2022 - N°6178**

l'acheteur public peut-il anticiper qu'un ancien client de son AMO sera candidat à l'attribution du marché élaboré par ce dernier ?
Il est recommandé aux AMO de respecter un délai de viduité professionnelle plus ou moins long entre des missions de conseil pour des clients publics et privés. La jurisprudence illustre l'importance de cette bonne pratique :
- est ainsi sanctionnée l'intervention d'une personne ayant participé à la procédure d'attribution d'un marché dans des conditions lui permettant d'influencer l'issue de la procédure litigieuse (contribution à la rédaction du cahier des clauses techniques particulières, et analyse des offres des candidats), alors qu'elle avait exercé des responsabilités importantes au sein de l'entreprise attributaire, moins de deux ans avant le lancement de cette procédure (5) ;
- l'AMO d'un marché s'est vu interdire l'accès aux offres au motif qu'il entretenait des relations conflictuelles avec l'entreprise évincée et des relations amicales avec le dirigeant d'une autre société candidate, dont il avait été actionnaire. Le pouvoir adjudicateur a tenté une « action corrective » en demandant aux candidats d'anonymiser leurs offres. Le juge du référé « secret des affaires » (art. R. 557-3 du Code de justice administrative) considère que ce procédé ne permet pas d'éviter le conflit d'intérêts pour un marché faiblement concurrentiel, l'auteur d'une offre demeurant facilement identifiable (6).

Quels sont les apports de la décision du Conseil d'Etat du 25 novembre dernier ?

Cet arrêt a eu un écho considérable auprès des acheteurs publics. S'il apparaît plutôt classique en ce qui concerne l'approche du juge, il dénote par l'issue retenue par la Haute juridiction : le doute sur l'impartialité de l'acheteur public étant acquis, cela justifie l'annulation rétroactive du contrat litigieux, plus de trois ans après sa conclusion.
Si l'annulation rétroactive d'un contrat administratif demeure exceptionnelle, le Conseil d'Etat avait-il d'autre choix en l'espèce ? Nous ne le pensons pas, tant les faits de l'espèce répondent aux critères jurisprudentiels précités.
Après avoir rappelé que le principe d'impartialité « implique l'absence de situation de conflit d'intérêts au cours de la procédure de sélection du titulaire du contrat », le juge constate que la collectivité en cause avait recruté un « technicien en charge du dossier » d'appel d'offres, qui précédemment exerçait des « fonctions de haut niveau [...] en relation directe avec le contenu du marché » au sein de la société attributaire du marché litigieux, « trois mois avant l'attribution » dudit marché.
Le Conseil d'Etat considère ainsi que, « eu égard au niveau et à la nature des responsabilités confiées à M. L. au sein de la société [...], puis des services de la collectivité », c'est à bon droit que la cour d'appel a jugé que sa « participation à la procédure de sélection des candidatures et des offres pouvait légitimement faire naître un doute sur la persistance d'intérêts le liant à la société [...] et par voie de conséquence sur l'impartialité de la procédure suivie par la collectivité ».

De quels moyens disposent les personnes publiques pour anticiper ce risque juridique ?

L'acheteur public n'est pas totalement démuni. Le juge se montre d'ailleurs très attentif aux mesures prises par l'entité publique pour anticiper et surtout remédier à ce type de difficultés. Il est donc recommandé aux pouvoirs adjudicateurs de se montrer vigilants et réactifs, en concevant « des dispositifs pragmatiques qui concilient au mieux développement de la concurrence et garantie de l'égalité entre les candidats », selon le rapporteur public Nicolas Boulouis dans l'affaire « Autostrade » (7). A ce titre, celui-ci préconisait de recourir à une multiplicité de conseils, « dont la pluralité amoindrit le risque de réelle partialité ».
L'outil le plus souvent utilisé s'appuie sur un mécanisme déclaratif : il s'agit d'un « engagement de confidentialité et d'impartialité » joint à l'acte d'engagement que doivent signer les conseils retenus par le pouvoir adjudicateur. Le juge administratif lui-même fait écho à cette pratique (8).
La sanction traditionnellement adossée à ce dispositif est la résiliation pour faute du mandat de conseil, sans compter d'éventuelles poursuites civiles, voire pénales, dans les cas les plus graves.
Il est recommandé à la personne publique de s'assurer que ces obligations sont dupliquées dans les contrats de travail de chaque membre de l'équipe de conseils, afin de garantir une mobilisation optimale de chacun d'eux.
L'acheteur peut aller plus loin en demandant à son futur conseil, dans le cadre de son offre, d'anticiper les mesures qu'il s'engage à prendre en cas d'apparition de conflit d'intérêts en cours de mission. Parmi celles-ci, et pour les marchés les plus sensibles, on imagine le retrait pur et simple des personnels cristallisant le conflit d'intérêts (y compris, le cas échéant, celui du directeur de mission) et l'instauration d'un « Chinese Wall » (ou mur éthique) entre les membres de l'équipe dont la présence génère un risque et les autres.
Pour aider à la prise en compte dynamique de ce risque en marge d'un appel d'offres, certains pouvoirs adjudicateurs passent au crible les relations d'affaires antérieures de leurs conseils et/ou de leur personnel récemment recruté, une fois connus les candidats à l'attribution du projet. Il s'agit, à notre sens, d'une excellente pratique. ●

(1) CE, 7 juillet 1965, « Fédération nationale des transports routiers », n° 61958, Rec. 413 ; CE, 1er avril 1998, n° 136091, mentionné aux tables du Recueil.
(2) CE, 8 juin 1994, n° 141026 ; CE, 3 novembre 1997, « Préfet de la Marne c/ commune de Francheville », n° 148150, publié au Recueil.
(3) NDLR : lire « Commande publique - Les risques liés aux conflits d'intérêts », par Timothée Bassi, « Le Moniteur » du 31 décembre 2021, page 32.
(4) CE, 9 mai 2012, « Commune de Saint-Maur-des-Fossés », précité.
(5) CE, 14 octobre 2015, « SA Applicam », n° 390968, Tables.
(6) TA Montreuil, 1er juin 2021, « Société Sofaxis », n° 2106741.
(7) CE, 24 juin 2011, « Ministre de l'Ecologie et Société Autostrade », n° 347720, 347779, Tables.
(8) CE, 24 juin 2011, « Société Autostrade », précité. Idem dans l'affaire de la Tour Eiffel : TA de Paris, 22 août 2018, « Société Excelsis », n° 1813709/4.

Tous droits de reproduction réservés