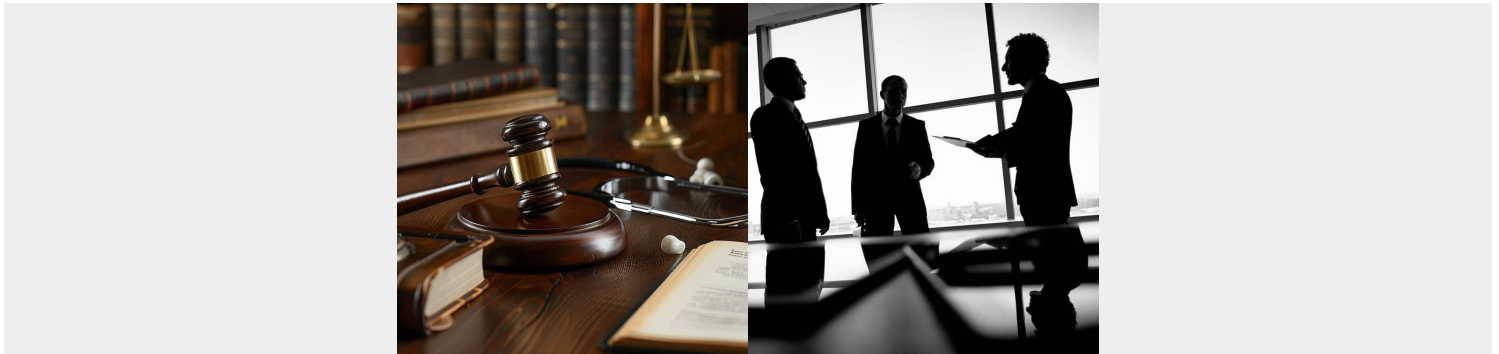


# L'ACHETEUR QUI PRÉ-INFORME CERTAINES ENTREPRISES DU LANCEMENT DE SON MARCHÉ VIOLE-T-IL LE PRINCIPE D'IMPARTIALITÉ ?

Posté le 13 mai 2024 par Sébastien Palmier



Catégorie : [Référé pré-contractuel & Contractuel](#)

**TA Besançon Ord., 6 mars 2024, Société Bovis Franche-Comté, n° 2400277**

## Ce qu'il faut retenir :

Le principe d'impartialité de l'acheteur n'est pas violé si l'agent qui a manifesté de l'hostilité envers un candidat n'a pas eu les moyens ou l'occasion d'influencer le déroulement de la procédure. La pré-information de certains opérateurs concernant le lancement du marché ne caractérise pas non plus une rupture d'impartialité, dans la mesure où cette démarche est expressément autorisée par le code.

## **Enseignement n°1 : L'impartialité n'est pas rompue en présence de manifestations d'hostilité de la part d'un agent incapable d'influencer le déroulement de la procédure**

Depuis un arrêt *Applicam* du 14 octobre 2015, le Conseil d'État juge avec constance que « le principe d'impartialité, principe général du droit, s'impose au pouvoir adjudicateur comme à toute autorité administrative » et que « sa méconnaissance est constitutive d'un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence » (CE, 14 octobre 2015, Sté Applicam et Revetsens, n°390968).



**PALMIER - BRAULT - ASSOCIÉS**  
Avocats en contrats publics

L'appréciation d'un tel manquement se veut toutefois concrète, et non pas arrêtée à la seule théorie des apparences. Le juge administratif exige qu'un tel manquement soit caractérisé par les circonstances de l'espèce. Ainsi le simple fait pour un assistant technique d'avoir collaboré ponctuellement avec l'un des candidats ne suffit pas à établir une violation du principe d'impartialité, dès lors qu'il n'est pas établi que des informations privilégiées auraient été communiquées (CE, 24 juin 2011, Min. de l'écologie et Sté Autostrade per l'Italia S.p.A., n° 347720).

Appliquant ces principes, dans une ordonnance rendue le 6 mars 2024, le tribunal administratif de Besançon a jugé du cas où un adjoint des cadres au sein de la direction des achats d'un centre hospitalier avait tenu des propos menaçants et manifesté son animosité envers l'un des candidats à la passation d'un marché. Ces faits s'étaient étalés sur 4 ans, et jusqu'à 1 an précédemment à la date d'envoi de l'avis d'appel public à la concurrence. En l'espèce, l'agent en cause conservait ses fonctions au sein de la direction des achats et avait de surcroît la charge de fixer les rendez-vous pour l'organisation de la visite des locaux.

Néanmoins, le juge relève que l'agent n'a participé ni à la rédaction du cahier des charges ni à la commission d'attribution du marché. De plus, le simple fait que l'agent ait eu en charge la prise de rendez-vous pour les visites n'est pas susceptible d'avoir vicié la procédure, puisque la société requérante ne démontre pas qu'elle aurait été empêchée d'effectuer la visite. Ainsi, l'agent en cause pas été en mesure d'influencer directement ou indirectement le déroulement de la procédure.

## **Enseignement n°2 : L'impartialité n'est pas nécessairement rompue par la pré-information de certains opérateurs**

L'article R.2111-1 du code de la commande publique consacre désormais une pratique autorisée par le juge administratif, dite de « sourcing » (CE, 14 novembre 2014, SMEAG c. Sté Aventure Land, n° 373156). « Afin de préparer la passation d'un marché, l'acheteur peut effectuer des consultations ou réaliser des études de marché, solliciter des avis ou informer les opérateurs économiques de son projet et de ses exigences ». Si les articles R2131-1 et suivants code prévoient par ailleurs des procédés formels et ouverts de pré-information, la pratique a dégagé de nombreux procédés plus informels, laissant ouverte la question de leur légalité.

En creux, l'ordonnance du tribunal administratif vient valider la pré-information ciblée de certains opérateurs, précisant que « la circonstance que la SAS Idéa Logistique ait été informée en 2023 par le CHU de Besançon du lancement du marché en litige » est une « démarche prévue et autorisée par l'article R. 2111-1 du code de la commande publique ». Cette précision n'était pourtant pas indispensable puisque cette démarché était de toute façon sans lien avec le comportement de l'agent incriminé en la cause !

---

## **Tribunal administratif de Besançon, 6 mars 2024, 2400277**

### **Considérant ce qui suit :**

1. Par un avis d'appel à la concurrence publié le 10 novembre 2023, le CHU de Besançon a lancé une procédure de consultation en vue de la conclusion d'un accord-cadre ayant pour objet une prestation logistique et de facility management. La procédure choisie était celle de l'appel d'offres ouvert. Trois offres ont été reçues dont celle de la SAS Bovis Franche-Comté. Par un courrier du 7 février 2024, le CHU de Besançon a informé la SAS Bovis Franche-Comté, que son offre, ayant obtenu la note globale de 85,68/100, n'était pas retenue et que le marché était attribué à la SAS Idéa Logistique dont l'offre avait obtenu la note globale de 95,50/100. Estimant que le pouvoir adjudicateur avait commis des manquements à ses obligations de publicité et de mise en concurrence, la SAS Bovis Franche-Comté, classée deuxième au terme de la procédure de mise en concurrence, demande au juge des référés, saisi sur le fondement des

dispositions de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, d'annuler la procédure de passation du marché.

**Sur les conclusions présentées sur le fondement des articles L. 551-1 et L. 551-2 du code de justice administrative :**

2. Aux termes de l'article L. 551-1 du code de justice administrative : " Le président du tribunal administratif, ou le magistrat qu'il délègue, peut être saisi en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation par les pouvoirs adjudicateurs de contrats administratifs ayant pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures ou la prestation de services, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation, la délégation d'un service public ou la sélection d'un actionnaire opérateur économique d'une société d'économie mixte à opération unique. / Le juge est saisi avant la conclusion du contrat ". L'article L. 551-2 du même code dispose que : " Le juge peut ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations et suspendre l'exécution de toute décision qui se rapporte à la passation du contrat, sauf s'il estime, en considération de l'ensemble des intérêts susceptibles d'être lésés et notamment de l'intérêt public, que les conséquences négatives de ces mesures pourraient l'emporter sur leurs avantages. Il peut, en outre, annuler les décisions qui se rapportent à la passation du contrat et supprimer les clauses ou prescriptions destinées à figurer dans le contrat et qui méconnaissent lesdites obligations ". Aux termes de l'article L. 551-10 de ce code : " Les personnes habilitées à engager les recours prévus aux articles L. 551-1 et L. 551-5 sont celles qui ont un intérêt à conclure le contrat () et qui sont susceptibles d'être lésées par le manquement invoqué () ".

3. En premier lieu, il n'appartient pas au juge du référé précontractuel, qui doit seulement se prononcer sur le respect, par le pouvoir adjudicateur, des obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation d'un contrat, de se prononcer sur l'appréciation portée sur la valeur d'une offre ou les mérites respectifs des différentes offres. Il lui appartient, en revanche, lorsqu'il est saisi d'un moyen en ce sens, de vérifier que le pouvoir adjudicateur n'a pas dénaturé le contenu d'une offre en en méconnaissant ou en en altérant manifestement les termes et procédé ainsi à la sélection de l'attributaire du contrat en méconnaissance du principe fondamental d'égalité de traitement des candidats.

4. En l'espèce, si la société requérante soutient que son offre aurait été dénaturée, elle ne présente aucun élément objectif de son offre qui ait fait l'objet d'une telle dénaturation, se contentant de critiquer le fait qu'elle ait pu obtenir soit la même note, soit une note inférieure à la SAS Idéa Logistique au titre de 6 des 11 points constituant le critère de la valeur technique. Conformément à ce qui a été indiqué au point 3, il n'appartient pas au juge du référé précontractuel de se prononcer sur l'appréciation portée sur la valeur d'une offre ou les mérites respectifs des différentes offres. Par suite, le moyen tiré de la dénaturation de son offre ne peut qu'être rejeté.

5. En deuxième lieu, le principe d'impartialité, principe général du droit, s'impose au pouvoir adjudicateur comme à toute autorité administrative. Sa méconnaissance est constitutive d'un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence.

6. Il est constant que (A)M. C(A), adjoint des cadres au sein de la direction des achats du CHU, a tenu des propos menaçants et présenté une animosité contre la SAS Bovis Franche-Comté entre 2018 et 2022 alors que ladite société était titulaire d'un précédent marché ayant un objet similaire à celui en litige. Par ailleurs, il ressort de l'avis d'appel public à la concurrence que (A)M. C(A) avait la charge de fixer les rendez-vous pour que chaque candidat puisse visiter le site du CHU. Toutefois, la SAS Bovis Franche-Comté ne démontre ni même n'allègue qu'elle n'aurait pas pu prendre un tel rendez-vous. Par ailleurs, il ressort du procès-verbal de la commission qui s'est réunie pour attribuer le marché en litige que (A)M. C(A) ne faisait pas partie de cette commission au sein de laquelle seul le directeur des achats du CHU, (A)M. D(A), avait voix délibérative. En outre, il ne ressort pas du procès-verbal d'analyse des offres, produit par le CHU de Besançon et soustrait au contradictoire, que (A)M. C(A) en ait été le rédacteur. Enfin, la circonstance que la SAS Idéa Logistique ait été informée en 2023 par le CHU de Besançon du lancement du marché en litige, démarche prévue et autorisée par l'article R. 2111-1 du code de la commande publique, est sans lien direct avec le comportement passé de (A)M. C(A) à l'égard de la société requérante. Par suite, les menaces et propos déplacés de (A)M. C(A) à l'égard de la société requérante ne sont, à eux seuls, pas susceptibles de faire naître en l'espèce un doute légitime sur l'impartialité du pouvoir adjudicateur. Il en résulte que le moyen ne peut qu'être écarté.

7. En troisième lieu, la société requérante, s'appuyant sur le fait qu'elle était depuis plus de 4 années le co-contractant du CHU de



**PALMIER - BRAULT - ASSOCIÉS**  
Avocats en contrats publics

Besançon dans le cadre d'un marché ayant un objet similaire à celui en litige, soutient que le CHU de Besançon n'aurait pas correctement défini son besoin dès lors qu'un certain nombre de prestations seraient en option ou ne seraient pas précisées dans leur entièreté par le CCTP du marché ce qui expliquerait la différence entre le prix proposé par elle et le prix proposé par la SAS Idéa Logistique. Toutefois, la société requérante n'étant tenue de répondre qu'aux besoins exprimés par le CCTP du marché en litige, il lui appartenait de proposer un prix répondant à ces seuls besoins. En tout état de cause, la société requérante n'explique pas en quoi les carences qu'elle pointe dans la définition de son besoin par le CHU de Besançon seraient constitutives d'un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation du marché en litige. Par suite, le moyen ne peut qu'être écarté.

8. En quatrième lieu, aux termes de l'article L. 2152-1 du code de la commande publique : " L'acheteur écarte les offres irrégulières, inacceptables ou inappropriées ". Aux termes de l'article L. 2152-2 du même code : " Une offre irrégulière est une offre qui ne respecte pas les exigences formulées dans les documents de la consultation, en particulier parce qu'elle est incomplète, ou qui méconnaît la législation applicable notamment en matière sociale et environnementale ". Aux termes de l'article R. 2142-1 du même code : " Les conditions de participation à la procédure de passation relatives aux capacités du candidat mentionnées à l'article L. 2142-1, ainsi que les moyens de preuve acceptables, sont indiqués par l'acheteur dans l'avis d'appel à la concurrence ou dans l'invitation à confirmer l'intérêt ou, en l'absence d'un tel avis ou d'une telle invitation, dans les documents de la consultation ". Aux termes de l'article R. 2143-3 de ce code : " Le candidat produit à l'appui de sa candidature : 1° Une déclaration sur l'honneur pour justifier qu'il n'entre dans aucun des cas mentionnés aux articles L. 2141-1 à L. 2141-5 et L. 2141-7 à L. 2141-11 notamment qu'il satisfait aux obligations concernant l'emploi des travailleurs handicapés définies aux articles L. 5212-1 à L. 5212-11 du code du travail ; 2° Les renseignements demandés par l'acheteur aux fins de vérification de l'aptitude à exercer l'activité professionnelle, de la capacité économique et financière et des capacités techniques et professionnelles du candidat ". Aux termes de l'article 7 du règlement de la consultation : " () Les candidatures conformes et recevables seront examinées, à partir des seuls renseignements et documents exigés dans le cadre de cette consultation, pour évaluer leur situation juridique ainsi que leurs capacités professionnelles, techniques et financières ". Aux termes de l'article 3.1 du CCTP du marché en litige : " La réponse du candidat devra s'appuyer sur un dépôt existant au moment du dépôt de son offre. Cette offre ne doit pas prendre en compte les éventuels projets d'extension du dépôt entrepris ou qui seront entrepris par le candidat dans un proche avenir ". Aux termes du point VI.3 de l'avis d'appel public à la concurrence : " La candidature peut être présentée soit sous la forme des formulaires Dc 1 et Dc 2, soit sous la forme d'un Document Unique de Marché Européen () ".

9. D'une part, si la société requérante soutient qu'il n'est pas établi que la société déclarée attributaire du marché ait disposé des capacités professionnelles, techniques et financières pour pouvoir candidater, il résulte de l'instruction que la SAS Idéa Logistique a justifié de ses capacités en fournissant une déclaration du candidat - DC2 et une attestation sur l'honneur.

10. D'autre part, il résulte de l'instruction, et notamment des pièces produites par le CHU de Besançon soustraites au principe du contradictoire, que la SAS Idéa Logistique a justifié avec son offre d'un dépôt existant dans une commune de la périphérie de Besançon à moins de 10 minutes du CHU. Contrairement à ce que soutient la société requérante, ce dépôt n'est donc pas celui appartenant à la société Easydis, lequel ne serait pas libre avant mi 2024. En outre, les dispositions précitées du CCTP n'obligeant les soumissionnaires qu'à justifier de l'existence d'un dépôt, il ne saurait être exigé de la SAS Idéa qu'elle justifie d'un bail commercial sur le dépôt présenté dans son offre.

11. Par suite, le moyen tiré de l'irrégularité de l'offre de la SAS Idéa Logistique doit être écarté en toutes ses branches.

12. En dernier lieu, aux termes de l'article L. 2141-2 du code de la commande publique : " Sont exclues de la procédure de passation des marchés les personnes qui n'ont pas souscrit les déclarations leur incombant en matière fiscale ou sociale ou n'ont pas acquitté les impôts, taxes, contributions ou cotisations sociales exigibles. La liste de ces impôts, taxes, contributions ou cotisations sociales est fixée par un arrêté du ministre chargé de l'économie annexé au présent code () ". Aux termes de l'article 7.3 du règlement de la consultation du marché en litige : " 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 par le pouvoir adjudicateur pour remettre ces documents ne pourra être supérieur à 10 jours ".



**PALMIER - BRAULT - ASSOCIÉS**  
Avocats en contrats publics

13. Il résulte de l'instruction que la SAS Idéa Logistique a fourni les documents exigés par les articles R. 2143-6 à R. 2143-10 du code de la commande publique. Il n'est pas contesté que ces documents datent de moins de six mois et qu'ils ont été produits dans le délai imparti par le règlement de la consultation. Par suite, le moyen tiré de l'absence de justification de la situation fiscale et sociale de la société attributaire ne peut qu'être écarté.

14. Il résulte de tout ce qui précède que les conclusions présentées par la société requérante sur le fondement des articles L. 551-1 et L. 551-2 du code de justice administrative ne peuvent qu'être rejetées.

**Sur les conclusions présentées au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative :**

15. Il y a lieu de mettre à la charge de la société requérante une somme de 2 000 euros au titre des frais exposés par le CHU de Besançon et non compris dans les dépens.

16. Il y a lieu de mettre à la charge de la société requérante une somme de 2 000 euros au titre des frais exposés par la SAS Idéa Logistique et non compris dans les dépens.

17. Les conclusions présentées par la société requérante et tendant à l'application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

## Ordonne

Article 1er : La requête de la SAS Bovis Franche-Comté est rejetée.

Article 2 : La SAS Bovis Franche-Comté versera au CHU de Besançon la somme de 2 000 euros en application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : La SAS Bovis Franche-Comté versera à la SAS Idéa Logistique la somme de 2 000 euros en application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 4 : Le surplus des conclusions du CHU de Besançon et de la SAS Idéa Logistique est rejeté.

Article 5 : La présente ordonnance sera notifiée à la SAS Bovis Franche-Comté, au centre hospitalier universitaire de Besançon et à la SAS Idéa Logistique.



**PALMIER - BRAULT - ASSOCIÉS**  
Avocats en contrats publics