



**BANQUE DES MEMOIRES**

**Master de Droit des collectivités-territoriales,  
mention juriste-conseil des collectivités-territoriales,  
Dirigé par Monsieur le Professeur Gilles J. Guglielmi  
et Madame Delphine Burriez.**

**2022**

***Le dialogue entre les soumissionnaires et  
les acheteurs publics.***

**Salah Benhssain,**

**Sous la direction de Monsieur le Professeur Florian Poulet.**

*L'université Paris-Panthéon-Assas n'entend donner aucune approbation, ni improbation aux opinions émises dans les mémoires de recherche ; elles doivent être considérées comme propres à leur auteur.*

## **Remerciements**

Mes remerciements vont tout d'abord à Monsieur le Professeur Guglielmi, ainsi qu'à Madame Burriez qui m'ont ouvert les portes de leur formation et ainsi permis d'obtenir un enseignement de qualité sur la question des collectivités territoriales.

Je remercie ensuite tous les intervenants au sein du Master, ainsi que toute l'équipe pédagogique pour leur travail de qualité. J'adresse une mention toute particulière à mon directeur de mémoire, Monsieur le Professeur Florian Poulet, que je remercie pour son soutien, ainsi que pour sa bienveillance.

Je remercie également l'équipe du Bureau des marchés de la Ville de Paris, qui m'a accueilli et formé durant un stage riche en apprentissage, stage qui m'a donné l'envie de traiter le présent sujet dans le cadre de mon mémoire.

Je remercie mon ami Huascar Alcalá, qui m'a donné envie de rejoindre cette formation.

Mes remerciements vont également à la promotion 2021/2022 du Master 2 Juriste-conseil des Collectivités-Territoriales pour cette année passée ensemble.

Enfin, mes derniers remerciements vont à ceux qui ont pris le soin et le temps de lire le présent mémoire.

## Liste des principales abréviations

- § : paragraphe.
- **al.** : alinéa.
- **art.** : article.
- **BM** : Bureau des marchés de la Ville de Paris.
- **BOAMP** : Bulletin officiel des annonces de marchés publics.
- **c/** : contre.
- **CAA** : Cour d'appel administrative.
- **CADA** : Commission d'accès aux documents administratifs.
- **CAO** : Commission d'appel d'offres.
- **Cass. crim.** : Chambre criminelle de la Cour de cassation.
- **CCP** : Code de la commande publique.
- **CCAP** : Cahier des clauses administratives particulières.
- **CCTP** : Cahier des clauses techniques particulières.
- **CE** : Conseil d'État
- **CE, Ass.** : Conseil d'État, Assemblée du contentieux.
- **CE, Sect.** : Conseil d'État, Section du contentieux.
- **CE, sect.** : Conseil d'État, section.
- **CE, (n°-n°) ch. réunies** : Conseil d'État, (n°-n°) chambres réunies (pour les arrêts postérieurs à la loi du 20 avril 2016).
- **CE, (n°-n°) ss-sect. réunies** : Conseil d'État, (n°-n°) sous-sections réunies (pour les arrêts antérieurs à la loi du 20 avril 2016).
- **Cf.** : *confer*.
- **CIM** : Commission interne des marchés, chargée de l'ouverture des plis au SA de la Mairie de Paris.
- **CJA** : Code de justice administrative.
- **CJUE** : Cour de justice de l'Union européenne.
- **C.com.** : Code de commerce.
- **C. pén.** : Code pénal.
- **cons.** : considérant.
- **Cons. const.** : Conseil constitutionnel.
- **CRPA** : Code des relations entre le public et l'Administration.
- **COSTRAT** : Comité stratégique achat.
- **DAJ de Bercy** : Direction des affaires juridiques du Ministère de l'économie et des finances.
- **DC** : Dossier de consultation.
- **DDHC de 1789** : Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen de 1789.
- **DE** : Détail estimatif.
- **DLRO** : Date de limite de remise des offres/plis.
- **DO** : Direction opérationnelle.
- **FSA** : Fiche stratégique achat (propre à la Ville de Paris)/ définition du besoin.
- **JOUE** : Journal officiel de l'Union européenne.
- **LC/RC** : Lettre/Règlement de (la) consultation.
- **p.** : page.
- **OAB** : Offre anormalement basse.
- **ONR** : Offre non retenue.
- **Ord.** : Ordonnance de référé.
- **QPC** : Question prioritaire de constitutionnalité.
- **RAO** : Rapport d'analyse des offres.
- **SA** : Service Achats de la Ville de Paris.
- **SARA** : Service Achats responsables de la Ville de Paris.
- **Sect.** : section.
- **S<sup>té</sup>** : Société.
- **suiv.** : suivants.
- **TA** : Tribunal administratif.
- **TUE** : Tribunal de l'Union européenne (anciennement le tribunal de première instance des communautés européennes/TPICE).
- **V.** : voir

## **Sommaire :**

### **Rapport de stage.**

- Présentation générale.

### **Introduction.**

## **Partie 1<sup>ère</sup> Un dialogue effectif et commun à toutes les procédures de passation de marchés publics.**

Chapitre 1<sup>er</sup> Le dialogue entre les soumissionnaires et les acheteurs publics durant la phase de consultations.

Section 1<sup>ère</sup> Le recours facultatif au *sourcing*.

Section 2<sup>ème</sup> Le caractère déterminant des questions/réponses durant la consultation.

Section 3<sup>ème</sup> La nécessaire attention portée aux offres anormalement basses.

Chapitre 2<sup>nd</sup> Un dialogue maintenu postérieurement à l'attribution du marché.

Section 1<sup>ère</sup> Le nécessaire collationnement de la non interdiction de soumissionner du candidat attributaire.

Section 2<sup>nde</sup> L'indispensable communication autour des offres non retenues.

## **Partie 2<sup>ème</sup> Une négociation à deux vitesses en procédure formalisée.**

Chapitre 1<sup>er</sup> Une absence totale de négociation en procédure d'appel d'offres.

Section 1<sup>ère</sup> Des candidats placés hors de toutes contraintes eu égard au montant de leurs offres.

Section 2<sup>nde</sup> L'interdiction des accords-cadres sans maximum, un levier au service de l'acheteur non exploité.

Chapitre 2<sup>nd</sup> une négociation substantielle propre aux autres procédures formalisées.

Section 1<sup>ère</sup> Le dialogue compétitif (et la procédure avec négociation), une négociation plus que toute autre au service de la personne publique.

Section 2<sup>nde</sup> Un recours accru à la négociation découlant de la réforme de l'achat public.

## **Rapport de stage.**

### **Présentation générale :**

Dans le cadre du Master 2 JCCT, j'ai effectué un stage long de six mois au sein du Bureau des marchés de la Ville de Paris, au poste d'expert marchés publics au BM1 (v. annexe 1), qui est en charge des marchés de fournitures et services pour le fonctionnement de la collectivité parisienne.

Les tâches de l'expert marchés publics relèvent essentiellement du contrôle juridique du travail effectué par les acheteurs experts. À noter que l'expert marchés publics n'intervient que pour les consultations dont les montants sont supérieurs aux seuils européens. En dessous de ces derniers, l'acheteur-expert gère la consultation de bout en bout sans intervention du BM.

La première étape consiste à la relecture de la FSA avant présentation de celle-ci au Comité achat (réunion hebdomadaire réunissant les acheteurs experts et le chef du service achat, le service des marchés et le service achats responsables et approvisionnement), qui a pour but, la validation des FSA nouvellement rédigées (l'expert marché public en charge de la consultation peut y assister mais ne participe pas à la discussion). Dans un deuxième temps, l'expert vérifie les documents du DC après que celui-ci ait été mis sur le réseau intranet par l'acheteur.

Il faut en effet vérifier que les critères présents dans le RC ou dans la LC ainsi que leurs pondérations correspondent bien à ceux mentionnés dans la FSA, qu'en plus du RC, les CCAP et CCTP y figurent, mais aussi que les documents obligatoirement requis pour le dépôt de l'offre soient bien présents dans le DC, tel que les DC1 et 2, le CMT, ... Après quoi, ce dernier est mis en ligne sur la plateforme Maximilien et publié au JOUE et au BOAMP.

Une fois le DC mis en ligne et donc la consultation publiée, les candidats potentiels y ont librement accès, l'expert marchés publics voit alors son rôle muer en tampon entre les acheteurs experts et les candidats, car c'est en effet lui qui va gérer la modération sur la plateforme, transmettre les questions des candidats à l'acheteur le cas échéant et mettre en ligne les réponses, que ce dernier aura apportées.

Pour ce faire, il modifie le DC en y ajoutant la fiche questions/réponses à jour. Il prévient également tous les candidats, et pas uniquement celui qui a posé la question, que le DC a été modifié ainsi que la nature de la modification. Si la question soulève un problème important, l'expert marché public, en accord avec la responsable du BM, propose un report de la DLRO à l'acheteur expert.

Le jeudi suivant, la DLRO, qui est généralement un mardi à la Ville de Paris, l'expert marchés publics ouvre les plis avec l'acheteur-expert concerné. Je n'ai personnellement pas fait beaucoup d'ouverture n'étant, hors vacances universitaires, au BM que du lundi au mercredi.

Commence alors la phase d'analyse des offres des soumissionnaires, qui est assurée pour les parties techniques et financières par l'acheteur public et la DO.

L'expert marchés publics intervient quant à lui sur l'opportunité juridique de la régularité des offres, l'interrogation des soumissionnaires sur la suspicion d'OAB, les demandes de précisions sur l'offre, etc. À la fin de cette dernière, l'acheteur-expert envoie le RAO à l'expert en charge de la consultation pour relecture, celui-ci peut alors y faire ses observations.

Enfin, une fois la CAO passée et l'attributaire connu, l'expert a la charge de rédiger les courriers ONR, qui sont ensuite envoyés, après visa du responsable du BM, par l'assistante, aux candidats évincés. C'est également l'expert qui répond aux demandes dites « CADA » de ces derniers.

J'ai également assisté à des « ateliers bonnes pratiques », réunion entre tous les BM, sur un sujet donné (la publication de l'avis de publicité, les questions/réponses, les ONR, la relecture du RAO, ...), durant laquelle chaque BM compare sa façon de traiter la question faisant l'objet de la réunion. Cette pratique est particulièrement efficace dans la mesure où elle permet de prendre le meilleur de chaque BM et de pointer du doigt ce qui est non efficient dans les pratiques quotidiennes des BM, car chaque BM fonctionne en totale autonomie eu égard aux autres (voir annexe 1).

Effectuer ce stage m'a permis de mettre en pratique la théorie acquise en cours magistral, ainsi que de constater le fonctionnement du service achat dans une collectivité territoriale grâce à une vision de terrain. Je souhaite ainsi poursuivre dans cette voie professionnelle après obtention de mon Master 2.

Ce stage m'a également permis de découvrir la pratique qui se cache derrière la passation des marchés publics et d'acquérir les techniques nécessaires dans ce domaine.

## **Introduction.**

« On retrouve le principe [de transparence dans les marchés publics] à la fois en amont et en aval des procédures de passation relatives à ces contrats. La transparence, c'est en effet à la fois la publicité la plus large possible, afin qu'un maximum de candidats puisse répondre à une procédure, qu'il s'agisse d'un marché public ou d'une concession ; et à la fois un devoir d'explication et de justification auprès des candidats évincés desdites procédures », tel que l'écrivait Jean-Marc Peyrical, avocat et président de l'association pour l'achat dans les services publics, en son ouvrage *La transparence dans les marchés publics*<sup>1</sup> paru en 2018.

Un dialogue est une conversation entre deux ou plusieurs personnes sur un sujet défini. Dans une procédure de marché public, il se caractérise par des échanges et des négociations entre les candidats et les acheteurs publics avant, pendant et après la période de consultation. Les échanges entre les soumissionnaires et les acheteurs publics se font par ailleurs exclusivement par voie dématérialisée<sup>2</sup>.

Le dialogue est évidemment le corolaire du principe de transparence dans les marchés publics, lequel s'applique à l'ensemble des procédures et des modes de passation. Il a pour objet de permettre l'accessibilité des informations relatives aux marchés et de garantir une communication claire, exacte, honnête, complète et opportune.

Un soumissionnaire (ou candidat) est défini par le législateur comme un opérateur économique qui présente une offre dans le cadre d'une procédure de passation, d'un contrat de la commande publique<sup>3</sup>. Le terme d'acheteur public désigne quant à lui, selon un critère organique, l'État, les collectivités territoriales et les établissements publics.

Il comprend les pouvoirs adjudicateurs qui sont des personnes morales de droit public (tel que les administrations de l'État, les services centraux, les services déconcentrés de l'État, les autorités administratives indépendantes, ...). À ne pas confondre avec les entités adjudicatrices qui sont des secteurs de réseaux : l'énergie, l'eau, les transports, les services postaux, ...

Une définition était prévue par le Code des marchés publics, abrogé en 2016, mais incorporé au Code de la commande publique en 2018, pour qui un acheteur public est une personne de droit public relevant dudit Code pour la passation de marchés de services, de travaux ou de fournitures. Pour donner une définition fonctionnelle, l'acheteur public est la personne en charge de la passation des marchés au sein d'une administration ou d'une entreprise publique.

Le droit de la commande publique est intimement lié au droit de l'Union européenne, par une volonté de cette dernière d'harmoniser le marché intérieur. Les réformes s'inscrivent dans un cycle décennal, comme le précise Monsieur le Professeur Florian Poulet : « Les derniers textes fondamentaux sont les directives de 2014, c'est le dernier état du droit de l'UE, la Commission européenne s'inscrit désormais dans un cycle décennal, donc ces textes sont appelés à être modifiés tous les 10 ans. Ce qui arrive vite, car il faut les transposer, les assimiler et tout de suite, un nouveau cycle commence »<sup>4</sup>. Un nouveau cycle est donc à venir d'ici 2024.

---

<sup>1</sup> Jean-Marc Peyrical, Avocat au Barreau de Paris, « La transparence dans les marchés publics », *La transparence de la vie économique*, Constructif 2018/3 n°51, §5.

<sup>2</sup> V. Arrêté du 14 décembre 2009 relatif à la dématérialisation des procédures de passation des marchés publics.

<sup>3</sup> V. CCP, art. L. 1220-3.

<sup>4</sup> Monsieur le Professeur Florian Poulet, Professeur agrégé à l'université d'Évry, « *Contrats publics* », cours dispensé en deuxième année de Master de Droit des collectivités-territoriales, à l'université Paris-Panthéon-Assas, année universitaire 2021/2022.

Historiquement, depuis les actes royaux de 1605 et 1608 sous le règne d'Henri IV [Roi de France et de Navarre de 1589 à 1610] et plus récemment depuis les ordonnances royales de 1836/1837 sous Louis-Philippe 1<sup>er</sup> [Roi des français de 1830 à 1848], la publicité des avis de marchés publics est faite par voie d'affichage. La procédure dite de « droit commun » est l'adjudication, l'attribution se fait au profit du dernier rabaisseur pour les appels d'offres ou du dernier enchérisseur pour les concessions, au moment où s'éteint la troisième bougie.

Comme le précise Monsieur le Professeur Laurent Pfister : « Depuis le Moyen-Âge, en effet, lorsque les offres sont déposées, trois bougies sont allumées. Les offres peuvent être faites dans le laps de temps durant lequel elles se consomment. L'attributaire est celui qui a abaissé le prix juste avant l'extinction de la dernière bougie. Une correspondance abondante entre Jean-Baptiste Colbert, ministre de Louis XIV [Roi de France et de Navarre de 1643 à 1715], et les intendants démontre sa volonté d'attribuer les contrats aux moins-disants »<sup>5</sup>.

De nos jours, plusieurs critères justifient l'attribution d'un marché à un candidat plutôt qu'à un autre. Il y a évidemment la question du prix mais la tendance n'est plus au moins-disant comme ce fût le cas auparavant. Les candidats doivent en effet justifier de leurs capacités financières (en indiquant leurs chiffres d'affaires globaux et concernant la prestation objet du marché sur les trois dernières années), ainsi que leurs capacités techniques et professionnelles (en indiquant leurs encadrants, l'équipe dédiée à la prestation objet du marché, ...). L'attribution se fait donc suivant un savant mélange d'offre économiquement la plus avantageuse mais aussi techniquement la plus appropriée, comme le précise le CCP<sup>6</sup>.

Ainsi que le souligne Julien Viau, à propos de la liberté d'accès à la commande publique : « C'est le droit de toute personne remplissant les conditions requises pour l'exécution d'un contrat de la commande publique d'être candidate à l'attribution de ce marché. Cette liberté suscite une concurrence qui est essentielle pour l'acheteur car elle se traduit par une diversité des offres qui doit normalement engendrer qualité et maîtrise des coûts. »<sup>7</sup>

À ce titre, la pondération des critères est capitale, car permet de valoriser un critère plutôt qu'un autre. Cependant et comme le souligne Léna Jabre : « pour assurer le respect des principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures<sup>8</sup>, l'information appropriée des candidats sur les critères d'attribution d'un marché public est nécessaire, dès l'engagement de la procédure d'attribution du marché, dans l'avis d'appel public à concurrence ou le cahier des charges tenu à la disposition des candidats »<sup>9</sup>. De plus, le montant de l'offre ne doit pas non plus être trop bas, pour ne pas risquer de faire l'objet d'une suspicion d'OAB. Ce point sera détaillé dans le corps du présent mémoire.

Par ailleurs, le décret d'application de l'article 35 de la loi n° 2021-1104 du 22 août 2022 portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets vient modifier le Code de la commande publique<sup>10</sup>. En effet, elle vient supprimer la faculté de sélectionner des offres sur la base du critère unique du prix. Au plus tard en 2026 (année de son entrée en vigueur), l'offre économiquement la plus avantageuse s'appréciera également eu égard aux caractéristiques environnementales de celle-ci. Ce qui peut concerner, par exemple, les coûts liés à la consommation d'énergie, de collecte et de recyclage, ...

<sup>5</sup> Monsieur le Professeur Laurent Pfister, Professeur agrégé à l'université Paris-Panthéon-Assas, « *Histoire du droit administratif* », cours dispensé en troisième année de Licence de Droit à l'université Paris II Panthéon-Assas, année universitaire 2019/2020.

<sup>6</sup> V. CCP, art. L. 2152-7.

<sup>7</sup> Julien Viau, « *Pratiques relationnelles et commande publique : enjeux et perspectives* », paru en 2003, §11.

<sup>8</sup> Consacrés par les articles 18 § 1, 33 et 49 de la directive 2014/24UE du 26 février 2014.

<sup>9</sup> Léna Jabre, « *Contrats publics : le juge face à des manquements qui imposent l'annulation* », publié à La gazette des communes, le 12 avril 2022.

<sup>10</sup> V. CCP, art. R. 2152-7.

D'un point de vue procédural, les dispositions du Code de la commande publique, découlant de la loi MURSEF du 11 décembre 2001, établissent que les contrats relevant dudit Code sont des contrats administratifs, dans la mesure où ceux-ci sont passés par des personnes morales de droit public et donc relevant de la juridiction administrative<sup>11</sup>.

Le CE a en outre, récemment précisé, que les personnes publiques peuvent également candidater à des marchés publics, à condition [en l'espèce il s'agissait d'une collectivité territoriale], que le marché soit exécuté hors de ses limites territoriales et que sa candidature réponde « à un tel intérêt public, c'est à dire si elle constitue le prolongement d'une mission de service public dont la collectivité ou l'établissement public de coopération a la charge, dans le but notamment d'amortir des équipements, de valoriser les moyens dont dispose le service ou d'assurer son équilibre financier, et sous réserve qu'elle ne compromette pas l'exercice de cette mission ; qu'une fois admise dans son principe, cette candidature ne doit pas fausser les conditions de la concurrence »<sup>12</sup>.

Ladite juridiction précisera également dans un arrêt postérieur au précédent que la notion d'amortissement peut aussi être l'intérêt qui s'attache au taux d'occupation des équipements de la collectivité territoriale, à condition que ceux-ci ne soient pas surdimensionnés par rapport aux besoins de ladite collectivité<sup>13</sup>.

Les marchés publics représentent un des principaux leviers économiques dont disposent les personnes publiques, ainsi que le souligne Monsieur le Professeur Florian Poulet : « Le droit des contrats publics c'est un sujet majeur qui offre des débouchés professionnels très importants. D'un point de vue un peu plus macro-économique c'est très important car le poids des contrats publics est très conséquent. Pour reprendre que la commande publique, c'est un petit peu moins de 5% du PIB, c'est colossal »<sup>14</sup>.

Le dialogue étant au cœur des rapports entretenus par les soumissionnaires et les acheteurs publics, il est d'une importance capitale de le borner, de l'encadrer, afin de garantir l'égalité de traitement<sup>15</sup> des différents soumissionnaires. Ce précepte est une application du principe général du droit qui conduit à l'égalité de tous devant la loi<sup>16</sup>.

Ce qui signifie que les candidats doivent se trouver dans une situation d'égalité à toutes les étapes jalonnant la procédure de passation de marché public, soit au moment de la rédaction de la définition du besoin, à l'attribution du marché, en passant par la consultation et l'analyse des offres.

À ce titre, ces échanges sont réalisés selon les modalités prévues par la législation sur les marchés publics. Le dialogue, dans une acception plutôt large, inclut d'une part les échanges entre les candidats et les acheteurs publics, mais également les négociations inhérentes à certaines procédures de passation de marchés publics.

---

<sup>11</sup> V. CCP, art. L6.

<sup>12</sup> CE, Ass., 30 décembre 2014, n°355563, publié au recueil Lebon, *S<sup>té</sup> Armor SNC*, cons. n° 4.

<sup>13</sup> CE, 7<sup>ème</sup> - 2<sup>ème</sup> ch. réunies, 14 décembre 2019, n°411444, publié au recueil Lebon, *S<sup>té</sup> Vinci Construction maritime et fluviale*, cons. n° 9.

<sup>14</sup> Monsieur le Professeur Florian Poulet, Professeur agrégé à l'université d'Évry, « *Contrats publics* », cours dispensé en deuxième année de Master de Droit des collectivités-territoriales, à l'université Paris-Panthéon-Assas, année universitaire 2021/2022.

<sup>15</sup> V. CCP, art. L. 3.

<sup>16</sup> CE, Ass. 7 février 1958, n° 39269, rec. p.74, *Syndicat des propriétaires de chênes-lièges d'Algérie*.

Aussi, il ne sera fait mention que des procédures formalisées<sup>17</sup>, soit la procédure d'appel d'offres (ouvert ou restreint), le dialogue compétitif et la procédure avec négociation. Ainsi, nous ne ferons pas mention des concessions, affermage, régie intéressée, ni des marchés d'urgence impérieuse<sup>18</sup>, ni des marchés à procédures adaptées<sup>19</sup>, pas plus que des autres procédures non-citées qu'il serait inopportun et fastidieux de détailler ici.

De même, il convient de s'appuyer, pour illustrer et étayer mes propos, à mon expérience acquise lors du stage effectué au sein du Bureau des marchés de la Ville de Paris. Par suite, il ne s'agira nullement de s'avancer sur le fonctionnement des autres Collectivités Territoriales. Enfin, avant d'aborder le sujet des échanges entre les parties aux passations de marchés publics, il est important de préciser ce qui en est exclu. Le sont les FSA, dont le but est de définir le besoin de l'entité adjudicatrice, ainsi que le rapport d'analyse des offres dans sa rédaction intégrale.

Ces deux documents internes à l'administration ont pour vocation à le rester (sauf demande CADA pour le rapport d'analyse des offres, ainsi que sa transmission au préfet pour contrôle de légalité, mais ça reste interne à l'administration). Le sont également les échanges entre acheteurs publics et le chef du service achat durant le comité stratégie achat (COSTRAT).

Cependant, existe-t-il un dialogue unique entre les candidats et les acheteurs publics ?

Il apparaît clairement que les échanges entre les soumissionnaires et les acheteurs publics se divisent en deux catégories : d'une part, un tronc commun à toutes les procédures formalisées (à toutes les procédures de passation de marchés publics également), il s'agit bien évidemment de la partie échange du dialogue (partie 1<sup>ère</sup>). Et d'autre part, une autre catégorie moins tangible qui est celle de la négociation en procédure formalisée (partie 2<sup>nde</sup>).

---

<sup>17</sup> V. CCP, art. L. 2124-1; art. R. 2124-1.

<sup>18</sup> V. CCP, art. R. 2122-1.

<sup>19</sup> V. CCP, art. L. 2123-1.

## **Partie 1<sup>ère</sup> Un dialogue effectif et commun à toutes les procédures de passation de marchés publics.**

Il existe et est prévu par les textes un dialogue spécifique aux périodes antérieures à la notification (Chapitre 1<sup>er</sup>), et postérieure à celle-ci (Chapitre 2<sup>nd</sup>).

### **Chapitre 1<sup>er</sup> Un dialogue charnière antérieure à l'attribution du marché.**

#### **Section 1<sup>ère</sup> Le recours facultatif au *sourcing*.**

Lesdits échanges peuvent débuter avec une phase de *sourcing*<sup>20</sup> durant laquelle l'acheteur va solliciter les soumissionnaires potentiels en amont de la procédure de passation. Le but étant ici de minimiser les risques, l'acheteur public va pouvoir réaliser des études de marchés, solliciter des avis ou informer les opérateurs économiques de son dessein de consultation qui n'en est encore qu'au stade embryonnaire, ainsi que ses exigences concernant ledit projet.

Cette pratique répond au principe de définir le besoin avec exactitude, obligation pesant sur les acheteurs publics tel qu'en disposait l'article 30 de l'ordonnance du 23 juillet 2015<sup>21</sup>, abrogé par la promulgation du Code de la commande publique en 2019.

Le résultat du *sourcing* peut être librement utilisé par l'acheteur public, à condition que son utilisation n'ait pas pour effet de fausser la concurrence ou de méconnaître le principe d'égalité de traitement des candidats<sup>6</sup>. Le CE a reconnu cette pratique avant qu'elle ne soit consacrée dans les textes, notamment dans l'arrêt *SMEAG*<sup>22</sup>, preuve que les acheteurs publics la pratiquaient déjà.

Des échanges procèdent de cette méthode, lesquels supposent néanmoins plusieurs précautions qui s'imposent à l'acheteur public, celui-ci doit en effet assurer la traçabilité des échanges et éviter de livrer trop d'éléments ou d'informations aux candidats potentiels afin de ne pas les avantager. Il ne doit pas non plus trop s'inspirer du résultat du *sourcing* afin d'assurer ladite égalité de traitement.

Néanmoins, comme le souligne Gautier Garino<sup>23</sup>, Cette pratique permet à l'acheteur de mieux identifier les fournisseurs susceptibles de répondre à son besoin, tel qu'en disposait le décret de 2016<sup>24</sup>, aujourd'hui également abrogé.

Il distingue par ailleurs, deux types de *sourcing* : le *sourcing* ouvert qui consiste à informer l'ensemble des opérateurs économiques sur un projet de marché qui a pour but de confronter le besoin à la réalité économique et le *sourcing* restreint qui implique des démarches de prospection de la part de l'acheteur poursuivant des objectifs de perfectionnement et d'affinage.

<sup>20</sup> V. CCP, art. R. 2111-1., transposant l'article 40 de la directive 2014/24/UE.

<sup>21</sup> V. Article 30 de l'ordonnance 2015-899 du 23 juillet 2015.

<sup>22</sup> CE, 7<sup>ème</sup> - 2<sup>ème</sup> ss-sect. réunies, 14 novembre 2014, n°373156, *SMEAG*, Inédit au recueil Lebon.

<sup>23</sup> Gautier Garino, « *Le sourcing, un instrument risqué mais nécessaire pour la définition des besoins de l'acheteur public* ». Gazette de l'IDPA, n°33/septembre 2018, p. 23.

<sup>24</sup> V. Article 4 du décret n°2016-360 du 25 mars 2016.

Gautier Garino identifie trois avantages majeurs qu'il attribue au *sourcing*. Le premier est l'identification et la précision du besoin, qui permettront à l'acheteur d'avoir une mine d'informations, afin de mieux définir son besoin et de rédiger un marché plus en adéquation avec le marché.

La seconde est qu'il permet d'ouvrir les documents de la consultation à la concurrence, ce qui lui permet de s'interroger sur la procédure la plus adaptée pour le marché en question, mais aussi et surtout sur l'allotissement. En outre, il met en avant l'effet positif du *sourcing* qui permet aux parties de se rencontrer et d'expliquer leurs attentes, ainsi que leurs contraintes juridiques et financières.

Enfin, Gautier Garino identifie également le principal désavantage du *sourcing*, à savoir en premier lieu le délit de favoritisme<sup>25</sup> qui pèse sur les acheteurs publics. En effet les professeurs Noguellou et Taillefait ainsi que Jean Maia, ancien directeur des affaires juridiques de Bercy, ont révélé, lors d'une audition relative à la mission d'information sénatoriale, que la définition même dudit délit dissuadait certains pouvoirs adjudicateurs d'avoir recours au *sourcing*.

Le Sénateur Bonnecarrère a déposé un amendement lors de l'adoption d'une ordonnance<sup>26</sup> relative aux marchés publics afin que le délit de favoritisme ne soit caractérisé qu'en cas de volonté manifeste, mais il ne sera pas retenu. En effet, comme le rappelle Jean-Marc Peyrical dans un article paru le 12 mai 2020<sup>27</sup>, la menace pèse toujours sur les acheteurs publics. Il nuance néanmoins son propos en ajoutant que les condamnations restent tout de même insignifiantes face à la quantité de marchés passés chaque année (33 condamnations en 2017, 37 en 2016, 22 en 2015, ...).

Le *sourcing*, bien que comportant des risques somme toute plus ou moins mesurés, est un outil formidable permettant aux acheteurs publics une efficacité inégalée pour définir au mieux le besoin de l'administration et la procédure à adopter. À la suite du *sourcing*, s'ouvre la phase dite de consultation.

## Section 2<sup>ème</sup> Le caractère déterminant des questions/réponses durant la consultation.

Le dialogue se poursuit avec la mise en ligne du DC sur la plateforme dédiée (concernant la Ville de Paris, il s'agit de la plateforme Maximilien<sup>28</sup>). Comme mentionné précédemment, l'affichage est dématérialisé et se fait donc par voie électronique.

La publicité est également affichée au BOAMP et au JOUE. Ladite publication ouvre la période de consultation durant laquelle les soumissionnaires ayant retiré le DC peuvent déposer leurs questions, toujours sur la plateforme (ainsi que sur une adresse mail générique, mais de mon expérience, cette pratique semble marginale), afin de demander des précisions quant aux prescriptions de celui-ci. Ce dialogue est totalement à l'initiative des candidats.

---

<sup>25</sup> V. C. pén., art. 432-14.

<sup>26</sup> V. Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics.

<sup>27</sup> Jean-Marc Peyrical, Avocat au Barreau de Paris, « *Délit de favoritisme, l'épée de Damoclès est toujours là* », paru le 12 mai 2020.

<sup>28</sup> <https://marches.maximilien.fr/>

Les questions doivent être posées dans un délai allant de la publication à 10 jours avant la DLRO<sup>29</sup>. Passé ce délai, les questions ne sont pas traitées, sauf si elles soulèvent un problème d'une importance particulière relatif à la consultation. Le cas échéant la DLRO peut être reportée afin de permettre aux candidats de prendre connaissance des modifications et d'adapter leurs offres.

L'acheteur dispose ensuite d'un délai de 6 jours avant la DLRO<sup>30</sup> pour répondre, afin de laisser le temps aux candidats d'en prendre connaissance, et le cas échéant, d'adapter leurs offres. Le Code de la commande publique établit par ailleurs la période de consultation à un minimum de 35 jours<sup>31</sup>, à compter de la publication de l'avis de publicité (délai rapporté à 30 jours si la procédure est dématérialisée).

Cette pratique est également très efficace mais est conditionnée au sérieux de l'acheteur qui doit vérifier régulièrement si il y a de nouvelles questions auxquelles répondre dans un délai minimum. Elle permet en effet de renseigner tous les candidats potentiels, car la réponse est apportée par modification du DC et les candidats sont prévenus par courriel, le but étant de garantir le principe d'égalité précité.

Elle permet aussi de donner l'opportunité à l'acheteur de corriger le DC d'une éventuelle erreur qu'il aurait pu commettre, permettant ainsi aux candidats de déposer leurs plis dans les meilleures conditions mais cela reste anecdotique.

Une fois la DLRO passée (pour rappel elle a lieu généralement le mardi à la Ville de Paris), les plis, préalablement déposés sur la plateforme dédiée, sont ouverts amorçant la phase dite d'analyse des offres. Le Code de la commande publique prévoit que l'acheteur public puisse alors demander aux candidats dont l'offre est incomplète des compléments afin de régulariser cette dernière<sup>32</sup>, si tant est qu'elle soit régularisable. Ledit Code distingue les offres irrégulières<sup>33</sup>, des offres inacceptables<sup>34</sup> et des offres inappropriées<sup>35</sup>.

Le juge des référés précontractuel a récemment jugé que « la société qui n'a pas cru nécessaire de poser de question au pouvoir adjudicateur n'est pas fondée à soutenir avoir été confrontée à une imprécision des critères l'ayant pénalisée dans la présentation de son offre »<sup>36</sup>. Cependant, en l'espèce, il s'agissait d'un marché sans maximum, ce qui constitue un manquement de la part de l'acheteur au sens de la jurisprudence de la CJUE<sup>37</sup>.

Ainsi que le remarque Maître Nicolas Lafay<sup>38</sup>, il apparaît que nous sommes là dans l'hypothèse inverse de celle qui a conduit à la jurisprudence *Smirgeomes*<sup>39</sup> par laquelle le CE a entendu limiter l'accès au prétoire du juge du référé précontractuel afin de préserver la sécurité juridique des procédures de passation de marchés publics.

---

<sup>29</sup> Délai fixé par la Ville de Paris, ce n'est pas une règle juridique.

<sup>30</sup> Délai réglementaire.

<sup>31</sup> V. CCP, art. R. 2161-2.

<sup>32</sup> V. CCP, art. R. 2144-2.

<sup>33</sup> V. CCP, art. L. 2152-2.

<sup>34</sup> V. CCP, art. L. 2152-3.

<sup>35</sup> V. CCP, art. L. 2152-4.

<sup>36</sup> TA Cergy-Pontoise, ord. 6 octobre 2021, n°2111541, *Société X*.

<sup>37</sup> CJUE, 17 juin 2021, *Simonsen Weel A/S c/ Region Nordjylland og Region Syddanmark (C-23/20)*.

<sup>38</sup> Nicolas Lafay, Avocat au Barreau de Paris, « *L'absence de questions du requérant en cours de procédure : la bonne excuse du juge pour rejeter une requête* », publié le 11 octobre 2021.

<sup>39</sup> CE, Sect., 3 octobre 2008, n° 305420, *Smirgeomes*, publié au recueil Lebon.

Désormais, les manquements les plus lourds (de l'acheteur) sont effacés en raison du comportement du requérant. Si la question de l'absence de montant maximum a été tranchée par le CE à l'occasion de l'arrêt *Communauté de commune de Convergence Garonne* rendu en 2022<sup>40</sup>.

Rendant ainsi donc cette ordonnance de référé anecdotique, nous pouvons néanmoins supputer que le fait pour le candidat évincé de se prévaloir d'un manquement de l'acheteur, sans avoir posé de question préalable, serait indéniablement un tort en cas de procédure.

### Section 3<sup>ème</sup> La nécessaire attention portée aux offres anormalement basses.

Durant la phase d'analyse des offres s'ouvre un autre type de dialogue, qui n'est plus à l'initiative des candidats comme précédemment mais à celle de l'acheteur public. Celui-ci peut effectivement demander des précisions, ou des régularisations, à condition que l'offre soit régularisable évidemment. La procédure qui suscitera ici notre intérêt est la suspicion d'OAB.

Les OAB sont définis par le législateur<sup>41</sup> et par le CE<sup>42</sup> comme des « offres dont le prix est manifestement sous-évalué et de nature à compromettre la bonne exécution du marché ». Les OAB représentent un véritable danger pour la personne publique.

La pratique n'en est néanmoins pas nouvelle.

Etienne-François de Choiseul-Beaupré-Stainville, Duc de Choiseul et ministre de Louis XV [Roi de France et de Navarre de 1715 à 1774], remarquait déjà en 1765 que : « Si le rabais est porté au-delà de ses bornes, par l'entêtement ou la jalousie des concurrents, alors le bien du service se trouvera compromis. L'on ne pourra avoir nulle confiance dans un entrepreneur qui se sera engagé à sa perte et qui ne pourra se récupérer que par des infidélités »<sup>43</sup>.

L'acheteur public, lorsqu'il est face à une suspicion d'OAB, a une obligation posée par le législateur de solliciter le candidat afin qu'il fournisse les explications nécessaires et de rejeter l'offre si elle peut être qualifiée d'anormalement basse<sup>44</sup> par décision motivée.

Le Code de la commande publique dispose en effet que « l'acheteur peut exiger du soumissionnaire qu'il justifie ses prix ou les coûts proposés dans son offre lorsque celle-ci semble anormalement basse eu égard aux travaux, fournitures ou services, y compris pour la part du marché qu'il envisage de sous-traiter »<sup>45</sup>. De plus, le CE a également établi que « le fait par le pouvoir adjudicateur de retenir une OAB portait atteinte au principe d'égalité entre les candidats à l'attribution d'un marché public »<sup>46</sup>.

L'acheteur public peut ainsi demander au candidat de transmettre toutes les explications qu'il jugerait utiles pour la bonne compréhension de son offre financière, comme la décomposition du prix de l'ensemble des prestations du bordereau des prix unitaires, en indiquant impérativement les coefficients représentant les coûts suivants : le taux horaire de rémunération des salariés, le montant des charges salariales, le montant des charges patronales, les frais divers administratifs et logistiques, le coût des locaux de formation et la marge pour l'entreprise.

<sup>40</sup> CE, 7<sup>ème</sup> et 2<sup>ème</sup> ch. réunies, 28 janvier 2022, n°456418, *Communauté des communes Convergence Garonne*.

<sup>41</sup> V. CCP, art. L. 2152-5.

<sup>42</sup> CE, 7<sup>ème</sup> - 2<sup>ème</sup> ss-sect. réunies, 29 mai 2013, n°366606, cons. n° 4.

<sup>43</sup> Monsieur le Professeur Laurent Pfister, Professeur agrégé à l'université Paris-Panthéon-Assas, « *Histoire du droit administratif* », cours dispensé en troisième année de Licence de Droit à l'université Paris II Panthéon-Assas, année universitaire 2019/2020.

<sup>44</sup> V. CCP, art. L. 2152-6.

<sup>45</sup> V. CCP, art. R. 2152-3.

<sup>46</sup> CE, 5<sup>ème</sup> chambre, 30 mars 2017, n° 406224, Inédit au recueil Lebon, cons. n° 6.

Pour détecter une offre anormalement basse et aux vues de ces éléments, il est impératif de se référer à la moyenne des offres : si l'offre d'un candidat en est trop éloignée, en étant évidemment en dessous, il y a suspicion d'OAB. Néanmoins, si le candidat dont l'offre fait l'objet de cette suspicion apporte les informations complémentaires nécessaires permettant à l'acheteur de comprendre pourquoi son offre est d'un montant donné, l'offre est jugée économiquement viable et sera donc analysée au même titre que les autres.

Dans le cas contraire, l'offre sera rejetée et ne sera pas analysée conformément aux dispositions du Code de la commande publique<sup>47</sup>. Par ailleurs, le CE précise également que l'offre anormalement basse s'apprécie au regard du prix global de l'offre et non au regard de l'une seulement des prestations<sup>48</sup>. En l'espèce, la société requérante a été évincée pour une OAB, cette dernière ne portant que sur une prestation du marché auquel elle s'était portée candidate. Le CE, a également rendu un arrêt établissant que « sans négociation, les offres irrégulières, inappropriées ou inacceptables sont éliminées. Toutefois, l'acheteur peut autoriser tous les soumissionnaires concernés à régulariser les offres irrégulières dans un délai approprié, à condition qu'elles ne soient pas anormalement basses »<sup>49</sup> reprenant le II l'article 59 de l'ordonnance du 25 mars 2016.

Rappelant ainsi qu'une demande de précision pour suspicion d'OAB n'est pas une demande de régularisation, le soumissionnaire dont l'offre fait l'objet de ladite suspicion ne peut en effet pas la modifier, il doit se borner à apporter les précisions permettant à l'acheteur public d'en comprendre la viabilité économique.

Ladite juridiction a également précisé que les collectivités locales peuvent également faire l'objet d'une suspicion d'OAB lorsque celles-ci candidatent à un marché public (cf. introduction), et doivent donc également fournir les informations permettant d'apprécier la viabilité économique de leurs offres à l'acheteur public, en présentant l'ensemble des coûts directs et indirects que celle-ci sera amenée à supporter lors de l'exécution du marché auquel elle se sera portée candidate<sup>50</sup>.

Comme le souligne Laurent Frölich, le juge exerce dans un premier temps un contrôle dit « normal » : la moindre erreur du pouvoir adjudicateur emporte la légalité de la passation du marché pour la partie formelle dudit contrôle. Il souligne également que le contrôle de l'offre anormalement basse par le juge administratif peut faire l'objet d'un référé précontractuel car le candidat évincé pour un attributaire ou celui qui a fait l'objet de l'OAB est forcément directement lésé par la décision du pouvoir adjudicateur<sup>51</sup>.

Ainsi, le juge va d'abord contrôler si le pouvoir adjudicateur a bien effectué toutes les diligences prescrites par le Code de la commande publique, si il a bien demandé au candidat faisant l'objet de la suspicion d'OAB de justifier son offre et si il lui laissé un temps raisonnable pour y répondre. Si tous ces critères sont réunis, le juge va apprécier la justification apportée par le candidat, contrôlant ainsi l'erreur manifeste d'appréciation. Le contrôle opéré par le juge est alors dit « restreint ».

---

<sup>47</sup> V. CCP, art. R. 2152-4.

<sup>48</sup> CE, 7<sup>ème</sup> et 2<sup>ème</sup> ch. réunies, 13 mars 2019, n° 425191, *S<sup>é</sup> SEPUR*, cons. n° 4.

<sup>49</sup> CE, 5<sup>ème</sup> ch., 30 mars 2017, n°406224, inédit au recueil Lebon, cons. n° 3.

<sup>50</sup> CE, 7<sup>ème</sup> - 2<sup>ème</sup> ch. réunies, 14 décembre 2019, n°411444, publié au recueil Lebon, *S<sup>é</sup> Vinci Construction maritime et fluviale*, cons. n° 10.

<sup>51</sup> Laurent Frölich, « *Le contrôle de l'offre anormalement basse* », paru le 16 mars 2020.

Cependant, ce fondement est très peu retenu au contentieux comme l'explique Maître Dourlens<sup>52</sup>, car le juge n'est pas un juge de l'économie du contrat. Il est aisé de démontrer qu'une offre est basse, mais anormalement basse n'en reste pas moins complexe. De plus, le requérant qui attaquerait la légalité de la passation pour suspicion d'OAB n'a pas accès aux comptes de l'attributaire. Enfin, le CE a jugé qu'une offre 50% en dessous de la moyenne des offres n'est pas en tant que telle anormalement basse, tant que le candidat la justifie.

Ce procédé est donc efficient tant qu'il ne part pas au contentieux, il ne permet certes pas d'économiser les deniers publics, car comme mentionné en introduction, la tendance n'est plus au moins-disant. Mais, en garantit, à tout le moins, un bon emploi, qui est une exigence constitutionnelle consacrée par le Cons. const. comme découlant des articles 14 et 15 de la DDHC de 1789<sup>53</sup>. Pour reprendre la citation du Duc de Choiseul, il permet d'une part d'éviter que le soumissionnaire ne candidate à perte.

Il permet d'autre part de lutter contre des pratiques illégales qui permettraient aux candidats de baisser leurs coûts de revient pour rester compétitif, et donc par voie conséquences, il permet également de lutter contre la concurrence déloyale. Par exemple, de lutter contre le travail non déclaré.

En effet, en s'affranchissant des cotisations patronales, les candidats feraient une économie non négligeable, qu'ils pourraient répercuter sur leurs offres. Le juge du référé précontractuel a d'ailleurs partiellement annulé une procédure de passation d'une délégation de service public car l'attributaire avait récemment été condamné pour travail dissimulé<sup>54</sup>.

Il ne s'agit certes pas en l'espèce d'une procédure formalisée, mais si nous procédons par analogie, une issue similaire reste totalement envisageable en pareilles circonstances.

Enfin, la pluralité des contrôles exercés par le juge, au fond comme en référé, ainsi que les moyens d'action qui lui sont accordés, permettent une efficacité redoutable dans l'appréciation des OAB.

Cette procédure est percutante et rapide car le courrier de suspicion d'OAB enjoint le candidat à fournir les informations demandées dans un laps de temps précis. Ce qui permet, en l'absence de réponse de ce dernier dans le temps imparti, d'éliminer son offre d'emblée et donc de gagner un temps précieux dans l'analyse du détail des offres.

---

<sup>52</sup> Nicolas Dourlens, Avocat au Barreau de Paris, « *Contrats publics - étude de cas* », cours dispensé en deuxième année de Master de Droit des collectivités-territoriales à l'université Paris-Panthéon-Assas, année universitaire 2021/2022.

<sup>53</sup> Cons. const., Décision n°2008-567 DC, du 24 juillet 2008, *Loi relative aux contrats de partenariat*, cons. n° 9.

<sup>54</sup> TA de Pau, ord. 21 mars 2022, n°2200424, *S<sup>te</sup> Chalair Aviation*.

## **Chapitre 2<sup>nd</sup> Des échanges préservés postérieurement à l'attribution du marché.**

### **Section 1<sup>ère</sup> Le nécessaire collationnement de la non interdiction de soumissionner du candidat attributaire.**

Le dialogue se poursuit en effet après notification du marché avec le soumissionnaire via la notification elle-même, la demande des pièces prévues par le législateur<sup>55</sup> afin de vérifier que celui-ci ne soit pas en situation irrégulière eu égard aux finances publiques et cotisations sociales<sup>56</sup>.

L'attribution d'un marché n'est en effet qu'une façade. Durant la consultation, les candidats remplissent le formulaire dit « DC1 » dans lequel ils affirment ne pas être sous le joug d'une interdiction de soumissionner en cochant la case dite « F1 » point qui est vérifié lors de l'ouverture des plis.

Toutefois, dans un contexte post-attribution, ils ont l'obligation de fournir les pièces fiscales et sociales au mois en cours, documents émanant du centre des finances publiques et une attestation de moins de 6 mois émanant de l'U.R.S.S.A.F., lesquels confirment que le candidat attributaire est à jour du paiement de ses impôts et de ses cotisations patronales. Les interdictions de soumissionner sont néanmoins plus diverses.

L'attente de ces pièces peut porter préjudice à la personne publique retardant la passation du marché, marché pour lequel un besoin existe d'autant qu'il n'existe pas de délai légal de réceptions des pièces fiscales et sociales. De plus, au terme de ce délai, l'acheteur aura l'obligation de passer au candidat suivant dans l'ordre de notation et qui sera, bien évidemment, communiqué à l'attributaire dans l'avis d'attribution.

L'attributaire doit également fournir la liste des salariés étrangers faisant partie de ses effectifs, le relevé d'identité bancaire de la société attributaire, ainsi que le compte rendu d'assemblée générale donnant le pouvoir de signature au président, ou dans le cas d'une délégation de signature, l'attestation de pouvoir émanant de ce dernier, au profit du signataire. Comme le rappelle Anne Baltazar : « Depuis le 1er décembre 2014, les personnes publiques doivent s'assurer, avant l'attribution du contrat, que le candidat dont l'offre a été retenue n'entre pas dans un des nouveaux cas d'interdiction de soumissionner créés par la loi du 4 août 2014. Ainsi, les entreprises candidates doivent attester sur l'honneur qu'elles satisfont à leurs obligations en matière d'égalité professionnelle, et notamment qu'elles n'ont pas fait l'objet, dans les cinq dernières années, d'une condamnation pour violation aux dispositions légales liées à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes »<sup>57</sup>.

---

<sup>55</sup> V. CCP, art. L. 2141-1.

<sup>56</sup> V. CCP, art. L. 2141-2.

<sup>57</sup> Anne Baltazar, « L'égalité professionnelle, plus de reculs que d'avancées : le point de vue de FO », paru en 2017, §6.

Le Code de la commande publique distingue par ailleurs les exclusions de plein droit et les exclusions à l'appréciation de l'acheteur. Ces dernières sont, comme le rappelle la fiche « *Les exclusions des procédures de passation « de plein droit » en droit de la commande publique* » de la DAJ de Bercy<sup>58</sup>, celles reposant sur des faits qui sont soit constatés par l'acheteur qui mène la procédure soit par un autre acheteur au cours d'une procédure d'attribution de marché public<sup>59</sup>.

Les exclusions dites « de plein droit » quant à elles et toujours sur la même fiche, désignent celles relatives aux candidats qui se sont vus condamnés à des peines prononcées par un juge pénal<sup>60</sup>. Des défauts de régularité au regard des obligations sociales et fiscales, constatés soit par un juge, soit par les administrations chargées du recouvrement des impôts, soit par le service d'inspection du travail ou assimilé<sup>61</sup>.

Des états de liquidation judiciaire ou de faillites, de redressement judiciaire constatés par le tribunal de commerce<sup>62</sup>. De la violation des règles relatives à la lutte contre le travail illégal, constatée par les services de l'inspection du travail et assimilée ou rapportée par ces derniers aux représentants de l'État<sup>63</sup>.

Le CE a dû sursoir à statuer lors d'un recours concernant les exclusions de plein droit afin de poser une question préjudicielle à la CJUE<sup>64</sup>. En l'espèce, le Premier ministre avait rejeté implicitement la demande du requérant tendant à l'annulation des dispositions litigieuses<sup>65</sup>.

Était alors en cause la compatibilité des exclusions de plein droit (et tout particulièrement les soumissionnaires ayant fait l'objet d'une condamnation définitive) avec le Droit communautaire.

Le législateur et le pouvoir réglementaire n'ayant en effet pas prévu de possibilité pour lesdits candidats « de fournir des preuves afin d'attester que les mesures qu'ils auraient prises suffisent à démontrer leurs fiabilités au pouvoir adjudicateur malgré l'existence de ce motif d'exclusion ». Cette dernière répond par la négative<sup>66</sup>, ces exclusions sont contraires à la directive 2014/23/UE<sup>67</sup>. Le CE rejette alors la décision implicite du Premier ministre suivant la réponse de la CJUE<sup>68</sup>.

Le contentieux des interdictions de soumissionner pour condamnation judiciaire ne s'arrête pas là, le législateur n'ayant pas pris les mesures nécessaires pour réformer le Code de la commande publique. Tant et si bien que la C. cass. saisie en ce sens a dû saisir à son tour le Cons. const. d'une QPC pour trancher la question<sup>69</sup>.

Cette QPC avait pour but de savoir si les dits articles du Code de la commande publique étaient contraires aux art. 8 et 16 de la DDHC de 1789. En effet, selon les requérants, cette exclusion constituerait à elle seule une peine qui ne serait pas prononcée par la juridiction de jugement, de même qu'aucune possibilité ne serait offerte à cette dernière pour en moduler les effets.

---

<sup>58</sup> DAJ de Bercy, « *Les exclusions des procédures de passation "de plein droit" en droit de la commande publique* », p. 2.

<sup>59</sup> V. CCP, art. L. 2141-8; art. L. 2141-9; art. L. 2141-10.

<sup>60</sup> V. CCP, art. L. 2141-1; art. L. 2141-3; art. L. 2141-4; art. L. 3123-1.

<sup>61</sup> V. CCP, art. L. 2141-2; art. L. 2141-4.

<sup>62</sup> V. CCP, art. L. 2141-3.

<sup>63</sup> V. CCP, art. L2141-4, 1<sup>o</sup>), art. L2141-5.

<sup>64</sup> CE, 7<sup>ème</sup> - 2<sup>ème</sup> ch. réunies, 14 juin 2019, n<sup>o</sup> 419146, S<sup>ie</sup> *Vert Marine*, Inédit au recueil Lebon.

<sup>65</sup> V. CCP art. R. 3123-16, art. R. 3123-21.

<sup>66</sup> CJUE, 11 juin 2020, *Vert Marine SAS c/ Premier ministre* (C-472-19).

<sup>67</sup> Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil, du 26 février 2014.

<sup>68</sup> CE, 7<sup>ème</sup> - 2<sup>ème</sup> ch. réunies, 12 octobre 2020, n<sup>o</sup>419146, S<sup>ie</sup> *Vert Marine*, mentionné aux tables du recueil Lebon.

<sup>69</sup> Cass. crim. 17 novembre 2021.

Or, cela méconnaîtrait les principes de nécessité et d'individualisation des peines, ainsi que le droit à un recours effectif, manquement déjà évoqué par le Cons. Const. établissant ainsi que : « Selon l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution ». Il résulte de cette disposition qu'il ne doit pas être porté d'atteinte substantielle au droit des personnes intéressées d'exercer un recours effectif devant une juridiction »<sup>70</sup>.

Ainsi et comme le souligne, Gaël Trouiller : « la jurisprudence du Conseil constitutionnel précise qu'en l'absence de tout délai pour que le juge se prononce sur le recours exercé devant lui, la loi viole le droit à un recours juridictionnel effectif »<sup>71</sup>.

Ledit Conseil se déclarera néanmoins incompétent car les dispositions litigieuses en l'espèce<sup>72</sup> « se bornent à tirer les conséquences nécessaires des dispositions inconditionnelles et précises de ces directives (58) »<sup>73</sup>. Le Conseil constitutionnel ne statuera donc pas<sup>74</sup>. Le CCP reste donc, *ipso facto*, en l'état.

Ainsi que le précisait déjà Pierre Lelong en 2007 : « la norme communautaire surplombe désormais totalement, ou presque, la norme nationale. Les directives adoptées à Bruxelles sont si détaillées que leur transposition en droit français consiste parfois à les recopier purement et simplement (cf. les dispositions sur le dialogue compétitif) »<sup>75</sup>.

Cette pratique, aussi chronophage soit-elle, demeure nécessaire, mais il apparaît toutefois qu'elle intervient au mauvais moment : après l'attribution - ce qui a été rappelé par le CE (hormis pour les procédures restreintes où elle a lieu en amont de la passation)<sup>76</sup>.

Il serait plus efficient qu'elle intervienne en amont de la CAO, afin d'exclure les candidats faisant l'objet d'une interdiction de soumissionner antérieurement à celle-ci. Seulement, ce serait beaucoup trop fastidieux de vérifier ceci pour tous les candidats ayant déposé un pli. D'autant que la solution, en pareilles circonstances, est toute trouvée : attribuer le marché au deuxième candidat ayant obtenu la meilleure notation.

---

<sup>70</sup> Cons. const., Décision n°2020-857 QPC, du 2 octobre 2020, *5<sup>è</sup>e Bâtiment mayennais*, cons. n° 18.

<sup>71</sup> Gaël Trouiller, « *Les exclusions automatiques à l'épreuve du contrôle de constitutionnalité* », Gazette de l'IDPA, n° 47/décembre 2021, p. 31.

<sup>72</sup> V. CCP, art. L. 2141-1; art. L. 3123-1.

<sup>73</sup> Cons. const., Décision n° 2021-966 QPC, du 28 janvier 2022, cons. n° 8 et n° 9.

<sup>74</sup> Cons. const., Décision n°2021-966 QPC, du 28 janvier 2022, cons. n° 12.

<sup>75</sup> Pierre Lelong, « *Quelques remarques en vue de rendre plus efficaces les achats de l'État* », La Revue administrative, 60<sup>ème</sup> année, n°357/ paru en mai 2007, p.232.

<sup>76</sup> CE, 7<sup>ème</sup> - 2<sup>ème</sup> ch. réunies, 25 janvier 2019, n°421844, cons. n° 4.

## Section 2<sup>nd</sup>e L'indispensable communication autour des offres non retenues.

Le dialogue se poursuit également pour les soumissionnaires, non retenus cette fois, via les ONR<sup>77</sup>. Lesquelles sont définies par le CCP comme une notification aux candidats dont les offres n'ont pas été retenues par le pouvoir adjudicateur ou la CAO et les demandes CADA (une fois le marché notifié). Ces dernières sont à l'initiative des soumissionnaires envers l'administration et leur permet d'avoir des informations complémentaires sur l'attribution du marché auquel ils ont soumissionné et n'ont pas eu accès.

L'acheteur public qui rédige le courrier d'ONR y précise également qui en est l'attributaire et quand le marché est susceptible d'être signé, conformément aux dispositions du Code de la commande publique<sup>78</sup>. La rédaction et l'envoi des ONR est la première étape informant les candidats évincés.

Ainsi que l'ont rappelé Stéphane Saussier et Jean Tirole : « (...) dès lors que c'est l'offre économiquement la plus avantageuse, l'offre économiquement la plus avantageuse est celle qui est retenue, en application du ou des critères annoncés dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans le règlement de la consultation, il est utile d'informer les candidats malheureux ainsi que les parties prenantes des raisons qui ont poussé l'autorité publique à retenir une offre plutôt qu'une autre. Le choix est effectué par la Commission d'appel d'offres (CAO) pour les collectivités territoriales. Si aucun texte ne prévoit explicitement de rapport particulier, le ministère de l'Économie a néanmoins mis en ligne un modèle de rapport d'analyse des offres et de procès-verbal de la réunion de la CAO au terme de laquelle elle choisit la meilleure offre. Aujourd'hui, les rapports ne sont communicables que sur demande des entreprises dont l'offre n'a pas été retenue »<sup>79</sup>.

Elle est en ce sens primordial, car c'est sa réception qui ouvre le délai dit de *standstill* (16 jours, 11 en procédure dématérialisée) défini par le CCP comme un délai suspensif entre la communication de la décision d'attribution du marché et la signature de ce dernier<sup>80</sup>. En outre, durant ce délai, le référé précontractuel est ouvert.

C'est une procédure d'urgence qui a pour objet de contester la procédure de passation d'un marché public et qui vise à obtenir l'annulation de ladite procédure avant que le marché ne soit signé<sup>81</sup>. Notons que si l'acheteur public décide de ne pas attribuer le marché, ou de le déclarer sans suite, il doit également en informer les candidats.

Le référé précontractuel découle de la directive dite Recours de 1989<sup>82</sup> transposée par une loi de 1992 dans le CJA<sup>52</sup>. Comme le souligne Monsieur le professeur Florian Poulet : « C'est un véritable succès car pour la première fois on a une procédure d'urgence devant le JA, avant la conclusion du contrat, pour se plaindre d'un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence (...). Il a connu un succès fou car on pouvait se plaindre de tout manquement, y compris lorsque celui-ci n'avait pas lésé les intérêts du demandeur »<sup>83</sup>.

<sup>77</sup> V. CCP, art. R. 2181-1.

<sup>78</sup> V. CCP, art. R. 2181-1; CCP, art. R. 2181-3.

<sup>79</sup> Stéphane Saussier et Jean Tirole, « Renforcer l'efficacité de la commande publique », Note d'analyse économique 2015/3 n°22, §51.

<sup>80</sup> V. CCP, art. R. 2182-1.

<sup>81</sup> V. CJA, art. L. 551-1 et suiv.

<sup>82</sup> V. Directive 89/665 CEE du Conseil, du 21 décembre 1989.

<sup>83</sup> Monsieur le Professeur Florian Poulet, Professeur agrégé à l'université d'Évry, « Contrats publics », cours dispensé en deuxième année de Master de Droit des collectivités-territoriales, à l'université Paris-Panthéon-Assas, année universitaire 2021/2022.

Cependant, le CE va venir borner le référé précontractuel, car désormais et depuis 2008, le juge du référé précontractuel ne peut être saisi qu'en cas de manquement ayant lésé ou étant susceptible de léser le requérant<sup>84</sup>. Dans le cas où le délai de *standstill* est écoulé, le référé précontractuel n'est plus possible, mais s'ouvre alors le référé contractuel, créé par Ordonnance du gouvernement en 2009 et également inséré au CJA<sup>85</sup>, recours possible dans les conditions prévues par le CE<sup>86</sup>.

On a créé cette voie de recours subsidiaire pour pallier les situations où la requête devant le juge du référé précontractuel serait irrecevable, comme par exemple si le contrat est signé en cours de procédure, le prétoire devant le juge du référé précontractuel n'est plus ouvert, ce dernier prononce une ordonnance de non-lieu, s'ouvre alors le référé contractuel. À noter également que les ordonnances de référé précontractuel et contractuel ne sont susceptibles de recours que devant le CE en cassation.

Ce dernier peut par ailleurs octroyer une indemnité si il constate que le tiers requérant a été évincé illégalement<sup>87</sup>. Les parties peuvent également saisir le juge administratif d'un recours au plein contentieux d'une contestation portant sur la validité du contrat<sup>88</sup> ou contre une mesure de résiliation d'un contrat<sup>89</sup>. Mais dans la mesure où il est question ici des ONR, il paraît évident qu'il serait inopportun de préciser ce point ici.

Outre les voies de recours juridictionnelles, la réception des ONR par les candidats évincés ouvre également la procédure dite de « demande CADA »<sup>90</sup>. Ces demandes sont formées par tout candidat évincé, directement auprès de l'acheteur public.

Cette procédure permet aux soumissionnaires non retenus d'obtenir soit des motifs détaillés du rejet de leurs offres dans un délai de 15 jours<sup>91</sup> avec le détail des notes qu'ils ont obtenus par critère, soit le RAO présentant à la fois leurs notes mais également le détail des notes obtenues par le candidat attributaire, occultation faite des informations de ce dernier relevant du secret des affaires<sup>92</sup> ou pouvant possiblement porter atteinte à une concurrence loyale<sup>93</sup> et des offres et analyses y attenantes des autres candidats évincés (ainsi que de diverses autres informations tel que le nombre de plis reçus ou l'estimation de l'administration pour le marché en question, etc).

Ainsi que le rappelle Jean-Marc Peyrical : « Quant à un document du type rapport d'analyse des offres, il n'est transmissible qu'en partie. Ne sont ainsi communicables que les éléments relatifs à l'entreprise ayant sollicité un tel rapport ainsi qu'à celle attributaire du marché. Les éléments d'analyse relatifs aux autres candidats doivent être occultés, leur transmission étant susceptible d'entraver le respect du secret en matière industrielle et commerciale »<sup>94</sup>.

La communication autour des offres non retenues est efficace et cruciale, car permet en effet aux candidats évincés d'être informés en temps utile du rejet de leurs offres, ceci dans le but de leur permettre un recours devant le juge des référés précontractuel (ou contractuel après le délai de *standstill* et la signature du marché).

<sup>84</sup> CE, Sect., 3 octobre 2008, n° 305420, *Smirgeomes*, publié au recueil Lebon.

<sup>85</sup> V. CJA, art. L. 551-13 et suiv.

<sup>86</sup> CE, Ass., 4 avril 2014, n°358994, *Département de Tarn et Garonne*, publié au recueil Lebon, cons. n° 4.

<sup>87</sup> CE, Ass., 16 juillet 2007, n°291545, *Tropic travaux signalisation*, publié au recueil Lebon.

<sup>88</sup> CE, Ass., 28 décembre 2009, n° 304802, *Commune de Béziers I*, publié au recueil Lebon.

<sup>89</sup> CE, sect., 21 mars 2011, n° 304806, *Commune de Béziers II*, publié au recueil Lebon.

<sup>90</sup> Terme interne à la ville de Paris.

<sup>91</sup> V. CCP, art. R. 2181-2.

<sup>92</sup> V. CRPA, art. L. 311-6; art. L. 311-7.

<sup>93</sup> V. CCP, art. L. 2132-1.

<sup>94</sup> Jean-Marc Peyrical, Avocat au Barreau de Paris, « *La transparence dans les marchés publics* », *La transparence de la vie économique*, Constructif, paru en 2018/3 n°51, §19

Il leur permet également, au travers des demandes dites CADA, de savoir ce qui n'était pas pertinent dans leurs offres et donc de monter en compétences, pour mieux appréhender les prochains marchés auxquels ils auraient pour dessein de soumissionner. Il y a une véritable volonté d'information et de pédagogie de la part de la personne publique envers les candidats évincés.

La CAA de Marseille<sup>95</sup> a récemment précisé le régime contentieux des recours tardifs en matière de marchés publics. Transposant ainsi la Jurisprudence *Czabaj*<sup>96</sup>, pour rejeter une demande en contestation de validité d'un marché public plus d'un an après que les mesures de publicité irrégulière aient été publiées. En étaient effectivement absentes les modalités pour consulter le contrat dans l'avis d'attribution au BOAMP. Cette extension de la jurisprudence *Czabaj* doit encore être confirmée par le CE concernant cette situation. Cependant, ce dernier ayant une acception très large du principe du délai raisonnable d'un an, qui a déjà été étendu à d'autres pans du contentieux administratif, la confirmation du principe concernant les marchés publics semble quasiment acquise. *De facto*, les collectivités peuvent soulever cette fin de non-recevoir, si les candidats forment leurs recours après le délai dit « raisonnable » d'un an.

---

<sup>95</sup> CAA de Marseille, 25 avril 2022, n° 19MA05397.

<sup>96</sup> CE, Ass., 13 juillet 2016, n°387763, *Czabaj*, publié au recueil Lebon, cons. n° 7.

## **Partie 2<sup>nde</sup> Des négociations à deux vitesses en procédures formalisées**

Le constat d'une hétérogénéité du dialogue prend ici tout son sens, car il n'y a en effet aucune négociation en procédure d'appel d'offre (Chapitre 1<sup>er</sup>), alors qu'elle est inhérente aux autres procédures formalisées (Chapitre 2<sup>nd</sup>).

### **Chapitre 1<sup>er</sup> Une absence de négociations dommageable pour la personne publique en procédure d'appel d'offres**

#### **Section 1<sup>ère</sup> Des candidats placés hors de toutes contraintes eu égard au montant de leurs offres**

Les dispositions du CCP établissent en effet que la négociation est exclue<sup>97</sup> des procédures d'appel d'offre<sup>98</sup>, que celui-ci soit ouvert ou restreint<sup>99</sup>, dans la mesure où celle-ci est supérieure aux seuils européens.

Lesquels sont, pour rappel, concernant les marchés de fournitures et services de 140.000 euros pour l'État et les établissements publics, 215.000 euros pour les collectivités territoriales et les établissements publics de santé et de 431.000 euros pour un acheteur public qui exerce une opération d'opérateur de réseaux. Et enfin de 5.382.000 euros pour les marchés publics de travaux.

Tout comme l'adjudication sous Colbert, l'appel d'offre est la procédure de principe, ainsi que l'ont précisé Astrid Layrisse et Marion Terraux : « le principe a longtemps été d'imposer aux acheteurs publics le respect de règles procédurales strictes. C'est ce qui justifie que la procédure d'appel d'offres constitue la procédure de principe. En effet, en interdisant toute négociation, on limite, *a priori*, les risques d'avantager un candidat par rapport à un autre »<sup>100</sup>.

Ces procédures favorisent néanmoins les ententes anticoncurrentielles, pratiques définies et prohibées par le Code de commerce<sup>101</sup>. Ainsi que le souligne Stéphane Saussier et Jean Tirole : « Les contrats par lesquels s'établit la commande publique sont sujets aux asymétries d'information (l'entreprise connaît mieux ses coûts et l'environnement économique que la partie publique) et à l'incomplétude contractuelle (il est impossible de prévoir tous les événements pouvant survenir durant l'exécution du contrat) »<sup>102</sup>.

---

<sup>97</sup> V. CCP, art. R. 2161-5.

<sup>98</sup> V. CCP, art. L. 2124-2.

<sup>99</sup> V. CCP, art. R. 2124-2.

<sup>100</sup> Astrid Layrisse, Avocate au Barreau de Paris et Marion Terraux, Avocate au Barreau de Paris,

« *Hypothèses et modalités de la négociation dans le cadre des procédures formalisées* », Contrats Publics, n°175/avril 2017.

<sup>101</sup> V. C.com., art. L. 420-1.

<sup>102</sup> Stéphane Saussier, Jean Tirole, « *Renforcer l'efficacité de la commande publique* », Note d'analyse économique, 2015/3 (n°22), p.1, §2.

L'acheteur public dispose, certes de la possibilité d'exclure de la passation d'un marché les candidats à l'égard desquels il dispose d'éléments suffisamment probants ou constituant un faisceau d'indices graves, sérieux et concordants pour en déduire qu'elles ont conclu une entente avec d'autres opérateurs économiques en vue de fausser la libre concurrence<sup>103</sup> et que le CE ait condamné de tels agissements en 2020<sup>104</sup>.

Mais l'acheteur public doit néanmoins, lorsqu'il envisage d'exclure un opérateur économique, permettre à ce dernier de présenter ses observations afin d'établir, dans un délai raisonnable et par tout moyen, qu'il ait pris les mesures nécessaires pour corriger les manquements précédemment énoncés et le cas échéant que sa participation ne soit pas susceptible de porter atteinte à l'égalité de traitement<sup>105</sup>. En d'autres termes, le principe du contradictoire doit ici être respecté.

Nonobstant cela et aux antipodes de l'OAB, *quid* de la surévaluation pécuniaire volontaire de l'offre par un soumissionnaire sans concertation avec les autres candidats ?

Pouvant s'apparenter à une entente personnelle ou individuelle, en ce sens qu'elle n'implique personne d'autre que l'unique candidat la pratiquant et ce même si tous les candidats le font, dans la mesure où il n'y a aucune concertation entre eux, cette pratique est préjudiciable pour l'administration et la bonne utilisation des deniers publics.

Il apparaît en effet que le fait d'exclure totalement la négociation des procédures d'appel d'offres laisserait libre cours aux soumissionnaires pour proposer des prix excessifs à l'appui de leurs candidatures - ce qui est indétectable par la personne publique.

Ainsi, bien que l'appel d'offre ait pour but de ne sélectionner que l'offre économiquement la plus avantageuse, ceci ne revêt pas qu'une dimension pécuniaire. En effet, cela désigne l'offre certes économiquement la plus avantageuse mais également la plus adaptée techniquement au marché (Cf. Introduction).

Le Code de la commande publique dispose ainsi que : « le marché est attribué au soumissionnaire ou, le cas échéant, aux soumissionnaires qui ont présenté l'offre économiquement la plus avantageuse sur la base d'un ou plusieurs critères objectifs, précis et liés à l'objet du marché ou à ses conditions d'exécution »<sup>106</sup>. Donc, le soumissionnaire est libre de proposer le prix qu'il souhaite, que celui-ci soit justifié ou non.

En effet, nonobstant le préjudice causé à la personne publique, il n'existe aucune procédure pour détecter une « offre anormalement haute ». De ce fait, le seul risque encouru par un soumissionnaire dans le cas d'une éventuelle « entente individuelle » serait d'obtenir une mauvaise notation sur le critère du prix, ce qui paraît bien insuffisant au regard de l'atteinte causée au pouvoir adjudicateur et au principe de bonne utilisation des deniers publics.

D'autant que, du fait de la pondération, le critère du prix est souvent relayé à une place de moindre importance (généralement pondéré à 30%, de concert avec deux autres critères, pondérés à 40% pour l'un et également à 30% pour l'autre).

*De facto*, un marché peut très bien être attribué à un soumissionnaire dont l'offre serait volontairement surévaluée, sous réserve qu'il obtienne une meilleure notation globale que les autres candidats au même marché. Pour conclure, il convient d'ajouter que les candidats les mieux notés sur le critère du prix ne remportent que très rarement les marchés auxquels ils soumissionnent.

---

<sup>103</sup> V. CCP, art. L. 2141-9.

<sup>104</sup> CE, 7<sup>ème</sup> - 2<sup>ème</sup> ch. réunies, 10 juillet 2020, n°420045, *S<sup>cé</sup> Lacroix signalisation*, Publié au recueil Lebon, cons. n° 5.

<sup>105</sup> V. CCP, art. L. 2141-11.

<sup>106</sup> V. CCP, art. L. 2152-7 et suiv.

## Section 2<sup>nde</sup> L'interdiction des accords-cadres sans maximum, un levier au service de la personne publique non exploité.

Initialement, les dispositions du Code de la commande publique établissaient que « les accords-cadres peuvent être conclus : 1° Soit avec un minimum et un maximum en valeur ou en quantité ; 2° Soit avec seulement un minimum ou un maximum ; 3° Soit sans minimum ni maximum »<sup>107</sup>.

L'interdiction faite par le législateur, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2022, de conclure des marchés sans maximum<sup>108</sup>, qui fait suite à un arrêt de la CJUE<sup>109</sup> répondant à une question préjudicielle soumise par le royaume de Danemark, qui sera suivi par le CE<sup>110</sup>, n'a pas pour but premier de limiter les candidats dans leurs offres pécuniaires.

Elle permet initialement de passer des accords-cadres à bons de commande conformes à la directive 2014/24UE, laquelle prévoit que : « l'avis de marché doit indiquer la quantité et/ou la valeur estimée ainsi qu'une quantité et/ou valeur maximale des produits à fournir en vertu d'un accord-cadre et qu'une fois que cette limite aurait été atteinte, ledit accord-cadre aura épuisé ses effets »<sup>111</sup> et que « cette indication pourrait apparaître de manière globale dans l'avis de marché, une telle mention suffisant à assurer le respect des principes de transparence et d'égalité de traitement énoncés à l'article 18, paragraphe 1, de cette directive [2014/24UE<sup>112</sup>] »<sup>113</sup>.

Nonobstant cet état de fait, elle aurait pu avoir le double avantage non négligeable de borner un minimum les candidats lors de la définition de leurs offres pécuniaires. D'autant que le Tribunal de l'Union européenne a affirmé que les offres supérieures au montant maximum sont irrégulières d'emblée<sup>114</sup> et donc ne seront même pas ne serait-ce qu'analysées. L'idée du TUE est également et surtout de donner des indications aux petites et moyennes entreprises sur les montants des marchés.

Cependant, dans la pratique, le pouvoir adjudicateur ne se sert pas de ladite interdiction à son avantage, le maximum dépassant souvent de très loin l'estimation de l'administration pour un marché donné.

Pour exemple, dans un marché passé par la Ville de Paris, le montant maximum prévu par le pouvoir adjudicateur était de 400.000 euros pour une durée d'un an, alors que l'estimation de ce dernier pour la même durée était de 100.000 euros.

Il est, en outre, important de préciser que le pouvoir adjudicateur fixe souvent les montants maximums à trois ou quatre fois l'estimation, justement pour ne pas écarter trop de candidats qui n'ont pas connaissance de son estimation.

Par ailleurs, il est également important, dans les marchés à bons de commande, de comprendre que le pouvoir adjudicateur n'est pas en mesure de définir correctement et précisément la quantité qui sera commandée. C'est pourquoi un marché à prix unitaire est utilisé : on sait exactement ce qu'on va commander, mais on ne sait pas en quelle quantité.

<sup>107</sup> V. CCP, art. R. 2162-4 (dans sa rédaction antérieure au 26 août 2021).

<sup>108</sup> V. CCP, art. R. 2162-4 (dans sa rédaction postérieure au 26 août 2021).

<sup>109</sup> CJUE, 17 juin 2021, *Simonsen Weel A/S c/ Region Nordjylland og Region Syddanmark* (C-23/20).

<sup>110</sup> CE, 7<sup>ème</sup> et 2<sup>ème</sup> ch. réunies, 28 janvier 2022, n°456418, *Communauté de commune Convergence Garonne*, cons. n° 5 et 6.

<sup>111</sup> CJUE, 17 juin 2021, *Simonsen Weel A/S c/ Region Nordjylland og Region Syddanmark* (C-23/20), cons. n° 76.

<sup>112</sup> V. Directive 2014/24UE, art. 18, §1<sup>er</sup>.

<sup>113</sup> CJUE, 17 juin 2021, *Simonsen Weel A/S c/ Region Nordjylland og Region Syddanmark* (C-23/20), cons. n° 77.

<sup>114</sup> TUE, 7 décembre 2020, T-236-19, cons. n° 26.

Il y a donc là une énorme marge de manœuvre pour les candidats. Cependant, une offre trop extravagante sera mal notée et donc ne remportera pas le marché. Les soumissionnaires auraient tout intérêt à n'augmenter que raisonnablement leurs DE par rapport à une offre qui serait conforme aux prix qui se pratiquent entre personnes morales de droit privé. Mais quand bien même la hausse le serait [raisonnable], le préjudice pour la personne publique demeure.

L'interdiction des accords-cadres (forme privilégiée pour les appels d'offre au BM1 de la Ville de Paris) sans maximum de quantités ou de valeurs ne met aucun coup de frein à cette pratique des ententes individuelles, car semblant en effet dans les faits, totalement inefficace. La norme étant peut-être trop récente, il faudra sans doute attendre quelques années au moins pour savoir si ce levier sera utilisé ou non par les acheteurs publics.

Néanmoins et comme le souligne Gabriel Zignani, un avis de la DAJ de Bercy établit que « ladite interdiction ne remet nullement en cause la possibilité pour les acheteurs de passer des accords-cadres sans montant minimum contractuel »<sup>115</sup>. En effet, lorsqu'un contrat est conclu avec un minimum, la personne publique est contrainte de payer celui-ci, quand bien même il ne serait pas atteint, dans le cadre de l'exécution de l'accord-cadre par l'attributaire.

Ainsi, sans montant minimum contractuel, le cocontractant de la personne publique ne se verra régler que les prestations qu'il aura effectuées pour le compte de l'administration, ce qui démontre une autre illustration du principe voulant paiement après service-fait.

## **Chapitre 2<sup>nd</sup> Des négociations essentielles aux autres procédures formalisées.**

### **Section 1<sup>ère</sup> Le dialogue compétitif (et la procédure avec négociation), une négociation plus que toute autre au service de la personne publique.**

Le dialogue compétitif tel que défini par le CCP est une procédure par laquelle l'acheteur dialogue avec les candidats admis à y participer (c'est donc une procédure restreinte) en vue de définir ou développer les solutions de nature à répondre à ses besoins et sur la base desquelles ces candidats sont invités à remettre une offre<sup>116</sup>.

Cette procédure procède donc d'une négociation, tel qu'en dispose le CCP<sup>117</sup>. Comme le souligne Maître Lévy : « le pouvoir adjudicateur connaît son besoin mais ne connaît pas la meilleure façon de procéder pour y répondre. On entame alors un dialogue avec plusieurs opérateurs économiques afin que ceux-ci proposent des solutions. Au terme de ce dialogue, on choisit la solution la plus appropriée à la satisfaction du besoin sur la base de laquelle on met en concurrence les opérateurs qui ont répondu au dialogue »<sup>118</sup>.

Le CCP précise notamment que le pouvoir adjudicateur peut passer ses marchés selon la dite procédure lorsque le besoin consiste en une solution innovante (...), que le marché comporte des prestations de conceptions, lorsque le marché ne peut être attribué sans négociations préalables du fait de sa nature (...), lorsque le pouvoir adjudicateur n'est pas en mesure de définir les spécifications techniques avec une précision suffisante, lorsque dans le cadre d'un appel d'offre, seules des offres irrégulières ou inacceptables (...) ont été présentées<sup>119</sup>.

<sup>115</sup> Gabriel Zignani, « Un décret vient interdire les accords-cadres sans maximum », paru à La gazette des communes, le 25 août 2021.

<sup>116</sup> V. CCP art. L. 2124-4; art. R. 2124-6.

<sup>117</sup> V. CCP, art. R. 2124-3 al. 4.

<sup>118</sup> Jean-Philippe Lévy, Avocat au Barreau de Paris, « Audit, diagnostic et évaluation des politiques locales », cours dispensé en deuxième année de Master de Droit des collectivités-territoriales à l'université Paris-Panthéon-Assas, année universitaire 2021/2022.

<sup>119</sup> V. CCP, art. R. 2124-3; art. R. 2124-5.

La négociation, comme le souligne Maître Mathilde Foglia, peut intervenir avant réception de l'offre initiale, qui poursuit en précisant, en outre, que le dépôt d'une offre initiale n'est pas obligatoire<sup>120</sup>.

Maître Rodolphe Rayssac précise en outre que : « le décret [du 25 mars 2016] n'interdit pas, lors d'un dialogue compétitif, de procéder ainsi [en déposant une offre initiale préalablement au début de la négociation]. En pratique, tous les acheteurs préfèrent effectivement commencer la négociation en s'appuyant sur une première proposition des entreprises »<sup>121</sup>.

En l'absence de quoi, le Juge du référé précontractuel annulera la procédure, comme il l'a déjà fait en 2021<sup>122</sup>. Ayant en effet estimé que le marché en cause n'impliquait pas nécessairement et préalablement l'adaptation de solutions disponibles, le développement *ad hoc* d'une solution innovante ou la réalisation préalable de prestations de conception, qu'il ne présentait pas plus de caractéristiques particulières liées à sa nature, à sa complexité ou au montage juridique et financier ou en raison des risques qui s'y rattachent (...) <sup>123</sup>.

Le dialogue compétitif est une procédure efficace, permettant d'appréhender au mieux les besoins du pouvoir adjudicateur. C'est néanmoins une procédure qui peut être très longue (2 ans pour la dernière au BM1 à la Ville de Paris) et qui n'aboutit pas toujours. Le cas échéant, les opérateurs sont tout de même rémunérés, sans contrepartie directe, les candidats ayant malgré tout fourni un travail durant la procédure - ce qui est une fois de plus préjudiciable pour la bonne utilisation des deniers publics. Par ailleurs, l'acheteur doit pouvoir justifier que la procédure entre bien dans l'un des champs prévus par le CCP<sup>100</sup>.

Comme le précise un article anonyme paru sur le site internet France Marché : « le dialogue compétitif diffère de la procédure avec négociation dont il se rapproche en cela qu'il permet de faire émerger des solutions techniques plutôt qu'une simple négociation des prix. Et donc de solliciter et bénéficier du savoir-faire des entreprises, plutôt que de « troquer un accord » sur le marché à passer »<sup>124</sup>.

La procédure avec négociation<sup>125</sup> (PAN), anciennement la procédure concurrentielle avec négociation, comme son nom l'indique procède également d'une négociation. Elle se caractérise par une phase initiale dite de candidature, durant laquelle les soumissionnaires font une première offre obligatoire (contrairement au dialogue compétitif), suivie d'une phase finale durant laquelle les candidats font une seconde offre, à condition que leurs premières offres aient été jugées recevables par le pouvoir adjudicateur.

La limite entre les deux paraît néanmoins poreuse ; Monsieur le professeur Florian Poulet propose la distinction suivante : « La différence entre les deux est que dans le cadre du dialogue compétitif, les candidats avancent des propositions, alors que dans le cadre de la procédure concurrentielle avec négociation, les candidats avancent des offres. Les propositions n'engagent pas ceux qui les font. Alors que les offres lient les candidats »<sup>126</sup>.

<sup>120</sup> Mathilde Foglia, Avocate au Barreau de Paris, « *La négociation en dialogue compétitif* », paru le 15 mars 2019.

<sup>121</sup> Rodolphe Rayssac, Avocat au Barreau de Paris, « *La négociation en dialogue compétitif* », paru le 15 mars 2019.

<sup>122</sup> TA de Rennes, ord. 20 juillet 2021, n°2103274, cons. n°9.

<sup>123</sup> TA de Rennes, ord. 20 juillet 2021, n°2103274, cons. n°8.

<sup>124</sup> Fiches pratiques, « *La procédure de dialogue compétitif dans les marchés* ».

<sup>125</sup> V. CCP, art. L. 2124-3; art. R. 2124-4.

<sup>126</sup> Monsieur le Professeur Florian Poulet, Professeur agrégé à l'université d'Évry, « *Contrats publics* », cours dispensé en deuxième année de Master de Droit des collectivités-territoriales, à l'université Paris-Panthéon-Assas, année universitaire 2021/2022.

Il est tout à fait loisible au pouvoir adjudicateur de définir un *numerus clausus* des candidats admis à l'issue de la phase initiale, à la condition expresse qu'il le précise dans le RC. Les soumissionnaires admis à la négociation, laquelle est également prévue par le RC, seront alors pour exemple, les trois premiers en matière de notation globale sur l'ensemble des critères. Aussi, et comme le souligne Stéphane Saussier et Jean Tirole : « la procédure de négociation doit s'accompagner d'une information transparente avant et après négociation. En phase d'exécution, les avenants aux contrats les plus importants doivent pouvoir être contestés sans pour autant paralyser le processus en facilitant la multiplication des recours futiles »<sup>127</sup>.

Pour l'essentiel elle présente néanmoins beaucoup de similitudes avec le dialogue compétitif, il serait donc inopportun de bisser ce qui a déjà été mentionné, les conditions admises pour y recourir étant les mêmes que pour recourir au dialogue compétitif<sup>128</sup>.

## Section 2<sup>nde</sup> Un recours accru à la négociation découlant de la réforme de l'achat public.

Depuis la réforme de 2016, une large place est laissée à la négociation dans les procédures de passation de marchés publics. Ainsi que le souligne Daniel Tasciyan : « Avant la réforme du droit de la commande publique de 2016, la négociation était l'exception dans la conclusion des marchés publics. Elle n'était admise que dans des cas très limités, comme dans celui des procédures adaptées. Ainsi, l'appel d'offres, la procédure de principe, n'autorisait pas l'administration à recourir à la négociation pour la conclusion de ses contrats, lesquels prenaient donc la forme de contrat d'adhésion pour les candidats »<sup>129</sup>.

En effet, la législation en vigueur antérieurement à l'ordonnance<sup>130</sup> portant réforme du droit de la commande publique et à son décret d'application<sup>131</sup> n'autorisaient que très limitativement le recours à la négociation dans les procédures de passation de marchés publics. Elle n'était possible que dans le cas d'une procédure adaptée ou dite dérogatoire. Et bien qu'ils aient tous deux été abrogés, respectivement les 30 septembre et 1<sup>er</sup> avril 2019, la négociation conserve sa place en procédure formalisée dans le Code de la commande publique. Exception faite des procédures d'appel d'offres (Cf. Chapitre 1<sup>er</sup> de la présente Partie).

Il ajoute également que : « La négociation est une discussion ou un échange entrepris entre plusieurs parties en vue de trouver un accord. Elle implique en théorie des concessions réciproques. Dans la passation des contrats de la commande publique, la négociation doit permettre à l'administration de faire évoluer l'offre du candidat dans un sens plus favorable à ses intérêts. En retour, l'administration peut accorder quelques concessions à son cocontractant sur des points du contrat qui ne lui semblent pas favorables »<sup>132</sup>.

Les négociations, doivent par ailleurs rester confidentielles, entre l'acheteur public et le candidat concerné. Le CE a rejeté un pourvoi contre une ordonnance de référé, pourvoi formé en l'espèce par un candidat ayant obtenu un rapport comportant les prix proposés par son concurrent, ce qui lui a permis de proposer des prix plus compétitifs et a lésé son adversaire<sup>133</sup>.

<sup>127</sup> Stéphane Saussier et Jean Tirole, « Renforcer l'efficacité de la commande publique » Notes du conseil d'analyse économique 2015 (n° 22), § 4.

<sup>128</sup> V. CCP, art. R. 2124-3 par renvoi de CCP, art. R. 2124-5.

<sup>129</sup> Daniel Tasciyan, Avocat au Barreau de Paris, "La négociation dans la passation de contrats de la commande publique", paru le 28 septembre 2016, §1er.

<sup>130</sup> V. Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics.

<sup>131</sup> V. Décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics.

<sup>132</sup> Daniel Tasciyan, Avocat au Barreau de Paris, "La négociation dans la passation de marchés publics et concessions", paru le 7 décembre 2016.

<sup>133</sup> CE, 7<sup>ème</sup> et 2<sup>ème</sup> ss-sect. réunies, 14 décembre 2009, n°328157, S<sup>de</sup> Lyonnaise des eaux France, cons. n°4 et n°5.

Par ailleurs, seules les offres qui ne seront pas inappropriées et qui ne sont pas anormalement basses (Cf. Chapitre 1, section 3<sup>ème</sup>) sont admises à la négociation, tel qu'en disposent le Code de la commande publique<sup>134</sup>. Les offres irrégulières et inacceptables peuvent également en être exclues. Mais comme susmentionné, l'acheteur peut demander aux candidats dont l'offre a été jugée irrégulière de régulariser celle-ci et le cas échéant, son offre sera analysée et notée au même titre que les autres. Autant de tours de négociation sont possibles, tant que l'acheteur n'indique pas qu'il s'agit de l'offre finale.

Le corollaire de ce recours plus accru à la négociation a été la professionnalisation de l'achat public. Professionnaliser l'achat public est un enjeu majeur pour la personne publique.

Ainsi que le remarque Gérard Moutarde : « la professionnalisation du processus achat sont autant de sujets qui attestent de la mutation rapide que connaît le métier de l'acheteur public vers le management des achats, plaçant la maîtrise du cadre réglementaire de l'achat public dans un contexte stratégique et opérationnel »<sup>135</sup>.

Il apparait en effet, que le métier d'acheteur public tend vers plus de technicité et requiert des compétences qui dépassent celles du simple « acheteur de droit commun », car la fonction « achat » implique également de maîtriser les catalogues fournisseurs et s'ajoutent des compétences juridiques, concernant notamment la réglementation de la commande publique, indispensables à la pratique de l'achat public.

Ainsi Stéphane Saussier et Jean Tirole préconisaient déjà en 2015 de « renforcer la professionnalisation et les compétences des acheteurs publics et des gestionnaires de projets [et de] stimuler l'attractivité de ces métiers par des possibilités d'évolution professionnelle »<sup>136</sup>.

Pierre Desroches estimait en 2016 que les formations d'acheteurs publics « sont presque entièrement consacrées à la connaissance de la réglementation, au suivi de son évolution et à l'apprentissage de la mise en œuvre des diverses procédures de passation des marchés. On y explore les jurisprudences permettant de comprendre les textes réglementaires et de situer les limites à ne pas dépasser. L'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics passent au second plan »<sup>137</sup>.

Alors que comme le souligne Guillaume Laffineur : « Les enjeux de l'achat public s'appuient sur trois principes : satisfaire l'intérêt général, assurer la continuité du service public et optimiser l'usage des deniers publics. C'est à la lumière de ce triptyque que le droit des marchés publics n'a cessé de se reconfigurer, passant d'un outil de simple sécurisation juridique à une véritable boîte à outils au service d'un acheteur éclairé »<sup>138</sup>.

Le Benchmark a également une place prépondérante, le Code de la commande publique disposant ainsi que : « 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 »<sup>139</sup>.

---

<sup>134</sup> V. CCP, art. L. 2152-4; art. L. 2152-5.

<sup>135</sup> Gérard Moutarde, Expert du Jeu de la Commande Publique, "Professionnaliser la Commande Publique : 6 raisons fondamentales d'agir", paru en février 2020.

<sup>136</sup> Stéphane Saussier et Jean Tirole, « Renforcer l'efficacité de la commande publique » Notes du conseil d'analyse économique 2015/3 (n°22), recommandation n°8.

<sup>137</sup> Pierre Desroches, Consultant en marchés publics, "Marchés publics : la nécessaire professionnalisation des acheteurs", paru le 17 août 2016.

<sup>138</sup> Guillaume Laffineur, "Le droit des marchés au service des achats", La gazette des communes, paru le 5 mars 2018.

<sup>139</sup> V. CCP, art. R. 2111-1.

Le fait d'ouvrir plus de procédures à la négociation marque une volonté du législateur de laisser plus de liberté aux acheteurs publics dans la conclusion de leurs marchés, garantit une meilleure utilisation des deniers publics et une montée en compétence des acheteurs publics. Il reste néanmoins regrettable que la négociation soit toujours exclue des procédures d'appel d'offres, en ce sens qu'elles représentent la majorité des marchés passés par les personnes publiques (Cf. Chapitre 1<sup>er</sup> de la présente partie).

## **Conclusion.**

Le dialogue entre les candidats aux marchés publics et les acheteurs publics n'est pas unique et uniforme. Il est donc hétéroclite et revêt de ce fait plusieurs facettes qui sont le reflet de la pluralité des procédures de passation de marchés publics. Il apparaît une distinction quant à la finalité de celui-ci, *ex ante* de la passation du marché, ou *ex post* de celle-ci.

Dans un premier temps en effet et en amont de la procédure de passation, ledit dialogue a pour but la poursuite de l'intérêt général et la bonne utilisation des deniers publics. Alors qu'en aval de ladite procédure, il a pour objectif le respect du principe d'égalité, le droit à un recours effectif et plus largement. Mais dans tous les cas, le but recherché est identique : la transparence de la procédure de passation de marchés publics.

## **Bibliographie indicative.**

### **Ouvrages :**

- **Jean-Marc Peyrical**  
*La transparence dans les marchés publics*, paru en 2018.
- **Anne Baltazar**  
*L'égalité professionnelle, plus de reculs que d'avancées : le point de vue de FO*, paru en 2017.
- **Stéphane Saussier & Jean Tirole**  
*Renforcer l'efficacité de la commande publique*, Note d'analyse économique, 2015/3 (n°22)

### **Articles :**

- **Julien Viau**,  
« *Pratiques relationnelles et commande publique : enjeux et perspectives* », paru en 2003.
- **Léna Jabre**,  
« *Contrats publics : le juge face à des manquements qui imposent l'annulation* », publié à La gazette des communes, le 12 avril 2022.
- **Gautier Garino**,  
« *Le sourcing, un instrument risqué mais nécessaire pour la définition des besoins de l'acheteur public* ». Gazette de l'IDPA, n°33/septembre 2018, p.23.
- **Jean-Marc Peyrical**, Avocat au Barreau de Paris,  
« *Délit de favoritisme, l'épée de Damoclès est toujours là* », paru le 12 mai 2020.
- **Nicolas Lafay**, Avocat au Barreau de Paris,  
« *L'absence de questions du requérant en cours de procédure : la bonne excuse du juge pour rejeter une requête* », publié le 11 octobre 2021.
- **Laurent Frölich**,  
« *Le contrôle de l'offre anormalement basse* », paru le 16 mars 2020.
- **Anne Baltazar**,  
« *L'égalité professionnelle, plus de reculs que d'avancés : le point de vue de FO* », paru en 2017, §6.
- **Gaël Trouiller**,  
« *Les exclusions automatiques à l'épreuve du contrôle de constitutionnalité* », Gazette de l'IDPA, n° 47/décembre 2021, p. 31.

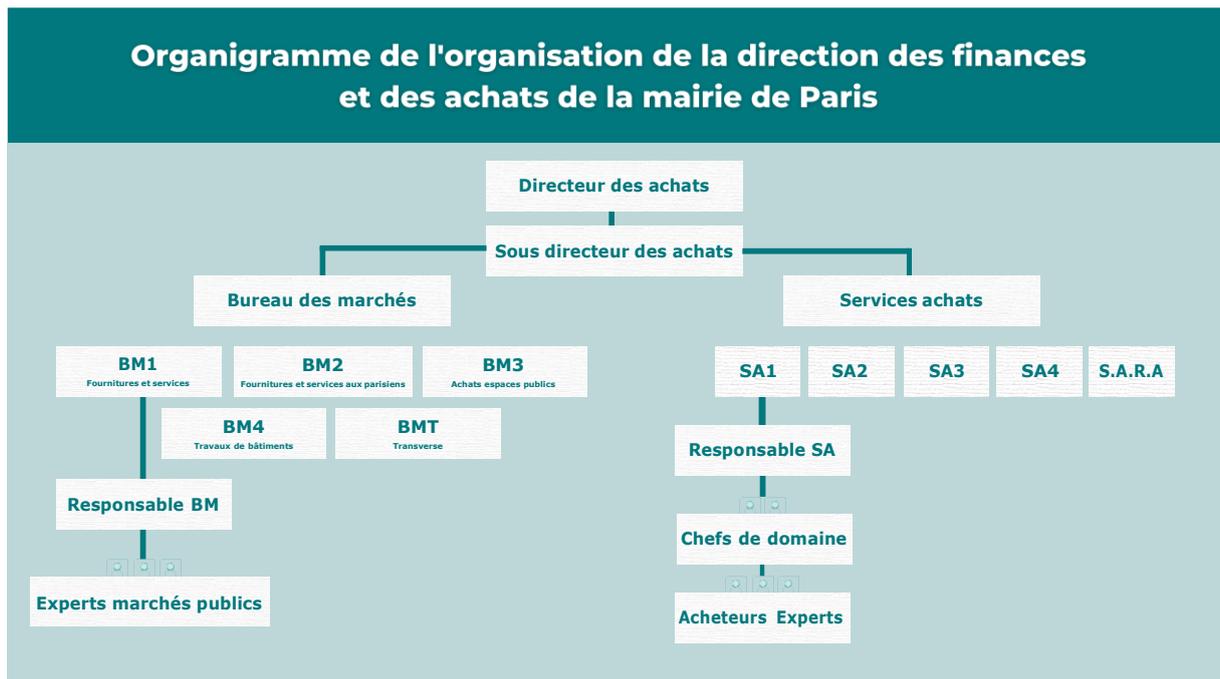
- **Pierre Lelong**,  
« *Quelques remarques en vue de rendre plus efficaces les achats de l'État* », La Revue administrative, 60ème année, n°357/ paru en mai 2007, p.232.
- **Astrid Layrissé & Marion Terreaux**, Avocates au Barreau de Paris,  
« *Hypothèses et modalités de la négociation dans le cadre des procédures formalisées* », Contrats Publics, n°175/ paru en avril 2017.
- **Gabriel Zignani**,  
« *Un décret vient interdire les accords-cadres sans maximum* », paru à La gazette des communes, paru le 25 août 2021.
- **Mathilde Foglia & Rodolphe Rayssac** Avocats au Barreau de Paris,  
« *La négociation en dialogue compétitif* », paru le 15 mars 2019.
- **Daniel Tasciyan**, Avocat au Barreau de Paris,  
« *La négociation dans la passation de contrats de la commande publique* », paru le 28 septembre 2016.  
« *La négociation dans la passation de marchés publics et concessions* », paru le 7 décembre 2016.
- **Gérard Moutarde**, Expert du Jeu de la Commande Publique,  
« *Professionnaliser la Commande Publique : 6 raisons fondamentales d'agir* », paru en février 2020.
- **Pierre Desroches**, Consultant en marchés publics,  
« *Marchés publics : la nécessaire professionnalisation des acheteurs* », paru le 17 août 2016.
- **Guillaume Laffineur**,  
« *Le droit des marchés au service des achats* », La gazette des communes, paru le 5 mars 2018.

### **Cours dispensés dans le cadre d'une formation universitaire :**

- **Monsieur le Professeur Laurent Pfister**, Professeur agrégé de l'université Paris-Panthéon-Assas,  
  
« *Histoire du droit administratif* », cours dispensé en 3<sup>ème</sup> année de Licence de Droit à l'université Paris II Panthéon-Assas, année universitaire 2019/2020.
  
- **Monsieur le Professeur Florian Poulet**, professeur agrégé de l'université d'Évry,  
  
« *Contrats publics* », dispensé en deuxième année de Master de Droit des collectivités-territoriales, à l'université Paris-Panthéon-Assas, année universitaire 2021/2022.
  
- **Maître Jean-Philippe Lévy**, Avocat au Barreau de Paris,  
  
« *Audit, diagnostic et évaluation des politiques locales* », cours dispensé en deuxième année de Master Droit des collectivités-territoriales à l'université Paris-Panthéon-Assas, année universitaire 2021/2022.
  
- **Maître Nicolas Dourlens**, Avocat au Barreau de Paris,  
  
« *Contrats publics-étude de cas* », cours dispensé en deuxième année de Master de Droit des collectivités-territoriales à l'université Paris-Panthéon-Assas, année universitaire 2021/2022.

## Annexe 1 :

### Organigramme de la sous-direction des achats de la Ville de Paris.



## Table des matières

Remerciements .....	3
Liste des principales abréviations .....	4
Sommaire .....	5
Rapport de stage .....	6
Présentation générale .....	6
Introduction .....	8
Partie 1 <sup>ère</sup> Un dialogue effectif et commun à toutes les procédures de passation de marchés publics .....	12
Chapitre 1 <sup>er</sup> Un dialogue charnière antérieure à l’attribution du marché .....	12
Section 1 <sup>ère</sup> Le recours facultatif au <i>sourcing</i> .....	12
Section 2 <sup>ème</sup> Le caractère déterminant des questions/réponses durant la consultation .....	13
Section 3 <sup>ème</sup> La nécessaire attention portée aux offres anormalement basses .....	15
Chapitre 2 <sup>nd</sup> Des échanges préservés postérieurement à l’attribution du marché .....	18
Section 1 <sup>ère</sup> Le nécessaire collationnement de la non interdiction de soumissionner du candidat attributaire .....	18
Section 2 <sup>nde</sup> L’indispensable communication autour des offres non retenues .....	21
Partie 2 <sup>nde</sup> Des négociations à deux vitesses en procédures formalisées .....	24
Chapitre 1 <sup>er</sup> , Une absence de négociations dommageable pour la personne publique en procédure d’appel d’offres .....	24
Section 1 <sup>ère</sup> Des candidats placés hors de toutes contraintes eu égard au montant de leurs offres .....	24
Section 2 <sup>nde</sup> L’interdiction des accords-cadres sans maximum, un levier au service de la personne publique non exploité .....	26
Chapitre 2 <sup>nd</sup> Des négociations essentielles aux autres procédures formalisées .....	27
Section 1 <sup>ère</sup> Le dialogue compétitif (et la procédure avec négociation), une négociation plus que toute au service de la personne publique .....	27
Section 2 <sup>nde</sup> Un recours accru à la négociation découlant de la réforme de l’achat public .....	29
Conclusion .....	31
Bibliographie indicative .....	32
Annexe 1 .....	35