

CONCLUSIONS

M. Gilles PELLISSIER, rapporteur public

L'affaire qui vient d'être appelée vous conduira à apporter une réponse très attendue à la question controversée de savoir si le pouvoir adjudicateur peut, lorsqu'il passe un marché selon la procédure dite adaptée de l'article 28 du code des marchés publics, qui lui ouvre la faculté de négocier avec les candidats ayant présenté une offre, se réserver le droit de faire usage de cette faculté ou s'il doit nécessairement informer à l'avance les candidats de ce qu'il en fera ou non usage.

L'Ecole du Louvre, établissement public administratif national¹, a lancé en avril 2011 une procédure adaptée en vue de l'attribution d'un marché de prestations d'accueil et d'assistance technique sur deux sites. Deux mois plus tard, la société Axxess a été informée du rejet de son offre et de ce qu'elle avait été classée en 5^{ème} position. Elle a alors saisi le TA de Paris de conclusions tendant d'une part à l'annulation du contrat, d'autre part à la condamnation de l'Ecole du Louvre à l'indemniser du préjudice résultant du rejet de son offre, que le tribunal a rejetées par un jugement du 18 avril 2012. Ce jugement a été confirmé en tous points par la CAA de Paris, dont l'arrêt du 18 mars 2014 est à présent contesté devant vous par la société Axxess.

Vous devrez accueillir le premier moyen de son pourvoi qui critique l'absence de mention dans les visas de l'arrêt des deux notes produites en délibéré. L'état actuel de votre jurisprudence, que vous avez récemment réaffirmé, est très strict sur ce point, puisque vous jugez que le défaut de mention dans les visas d'une note en délibéré ou d'ailleurs de tout mémoire produit après la clôture de l'instruction entraîne l'irrégularité de la décision juridictionnelle (27 juillet 2005, *B...*, T p. 1041; 30 mai 2007, *M. C...*, n° 292741, aux T; Sect, 5 décembre 2014, *M. L...*, n° 340943). Contrairement à ce que soutient l'Ecole du Louvre en défense, vous n'avez jamais jugé que les notes en délibéré pouvaient être regardées comme comprises dans le visa des autres pièces du dossier. Votre décision du 6 juin 2012, *Sté RD machines outils* (n° 342328, au rec), qu'elle invoque à l'appui de cette argumentation, ne concerne pas une note en délibéré mais la production de pièces au cours du délibéré, qui n'ont dès lors pas à être visées en particulier.

Vous casserez donc l'arrêt pour ce motif. Vous disposez de tous les éléments pour régler l'affaire au fond, ce qui vous permettra de trancher la question de l'information que le pouvoir adjudicateur doit apporter aux candidats quant à ses intentions de recourir à la négociation.

Vous devrez tout d'abord écarter un premier moyen de régularité tiré de ce que le jugement

1 Article 1er du décret n° 97-1085 du 25 novembre 1997 relatif à l'Ecole du Louvre.

ne viserait pas l'un des mémoires en réplique de la requérante. Mais ce mémoire ne soulevait aucun nouveau moyen et n'apportait aucun élément nouveau par rapport aux précédentes écritures de la requérante, ce qui dispensait la juridiction de le viser (2 juin 2006, *D...*, n° 263423, aux T).

Nous commencerons l'étude des moyens dirigés contre la procédure de passation du marché litigieux par le plus délicat, tiré de ce que le pouvoir adjudicateur aurait méconnu ses obligations de publicité et de mise en concurrence en n'indiquant pas aux candidats si leurs offres feraient ou non l'objet d'une négociation.

Il s'est en effet, ainsi que cela ressort de l'article 5.1.4 du CCAP, réservé "le droit de négocier avec les trois premiers candidats au classement". La requérante ne critique pas cette présélection des candidats qui seront éventuellement appelés à la négociation. Une telle critique serait d'ailleurs vaine, puisque vous avez jugé que "le pouvoir adjudicateur qui, dans le cadre d'une procédure adaptée, décide de recourir à une négociation, peut librement choisir les candidats avec lesquels il souhaite négocier" dans le respect du principe d'égalité (30 novembre 2011, *Min de la défense et des anciens combattants c/ sté Qualitech*, n° 353121, T, p. 1008). Cette liberté, avez-vous précisé par cette même décision, lui permet d'admettre à la négociation des candidats ayant remis des offres inappropriées, irrégulières ou inacceptables.

Ce que reproche la requérante au pouvoir adjudicateur est de n'avoir pas indiqué aux candidats s'il entendait faire usage de cette faculté de négociation. Selon elle, les principes d'égalité et de transparence commandent que le pouvoir adjudicateur arrête à l'avance son choix de recourir ou non à la négociation et en informe les candidats.

Cette question, nous vous le disions, est controversée. Les textes n'apportent aucune réponse: l'article 28 du code des marchés publics ne prévoit que la possibilité pour le pouvoir adjudicateur de négocier avec les candidats ayant présenté une offre. L'article 42 du même code indique que "*le règlement de la consultation peut se limiter aux caractéristiques principales de la procédure et du choix de l'offre*", ce qui laisse ouverte la question de savoir quelles sont les informations sur la négociation qui doivent être regardées comme des caractéristiques principales de la procédure.

Les juridictions du fond sont divisées, bien que majoritairement en faveur d'une obligation d'informer les candidats du choix de recourir ou non à la négociation (CAA Nantes, 7 juin 2013, n° 11NT03240, *Société Phytorem SA*, AJDA 2013. 2128; TA Lille, 5 avr. 2011, n° 1003008 ; TA Nantes, 6 avr. 2012, n° 0902901, *Société ACS production* ; TA Caen, 26 janv. 2012, n° 1002197, *Société routière Perez* ; TA Toulouse, 23 nov. 2010, *Sté FM Projet*, n° 100455 ; TA Pau, ord., 4 août 2009, n° 0901509, *Société Delta construction*). Ont statué en sens inverse le TA de Paris et la CAA de Paris, dans le présent litige, ainsi que la CAA de Lyon qui, dans un récent arrêt du 5 mars 2015 (14LY01532, AJDA 2015, p. 851, comm. A. Samson-Dye), a jugé que le pouvoir adjudicateur devait se prononcer sur la négociation mais pouvait se réserver la possibilité de négocier.

La position majoritaire au sein des juridictions administratives est aussi celle du ministère de l'économie dont la direction des affaires juridiques a publié en février 2012 sous l'intitulé "Guide des bonnes pratiques" une circulaire relative à la passation des marchés publics qui déduit de l'article 42 du code des marchés publics une obligation du pouvoir adjudicateur "d'indiquer expressément, pour chaque consultation, s'il entend, effectivement, faire usage de cette faculté. Il ne peut pas "se réserver le droit de recourir à la négociation", empêchant alors toute anticipation et toute prise en considération de la procédure qui sera, in fine, mise en œuvre pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse".

Une partie de la doctrine partage cette analyse, voyant dans l'incertitude dans laquelle le pouvoir adjudicateur pourrait laisser les candidats auxquels il aurait simplement indiqué qu'il se

réserve la possibilité de négocier une source de suspicion de favoritisme à son encontre². En d'autres termes, les candidats pourraient soupçonner le pouvoir adjudicateur de ne négocier que pour permettre au candidat qu'il entendrait retenir de présenter une meilleure offre.

Cet argument n'est pas négligeable, mais ce risque est présent dans toute négociation, qui se déroule en parallèle avec chaque candidat sans que les autres aient connaissance de son contenu.

L'argument de l'utilité pour les candidats d'une information certaine sur l'existence ou non d'une négociation nous paraît de plus de poids. Il ne fait aucun doute qu'une telle information leur est très utile pour élaborer leur stratégie dans la compétition. En l'absence de négociation, chacun s'attachera à présenter immédiatement sa meilleure offre, alors que s'ils savent qu'il y aura négociation, les candidats ont tout intérêt à se ménager une marge de discussion, par exemple en ne mettant pas dans leurs offres initiales tous les moyens dont ils disposent ou en proposant des prix plus élevés.

Si cette information est stratégiquement utile pour les candidats, elle n'apporte rien au pouvoir adjudicateur dont l'intérêt est d'obtenir le plus tôt possible la meilleure offre.

Or l'objectif de la négociation ne nous paraît pas de mettre en place un marchandage où chacun dévoilerait progressivement son jeu mais de donner au pouvoir adjudicateur une marge de liberté afin d'obtenir une offre répondant le mieux à ses besoins. Il nous semble important de garder à l'esprit que la négociation est une faculté que le code offre au pouvoir adjudicateur qui doit donc disposer dans son usage de la plus grande liberté, dans le respect des principes fondamentaux d'égalité et de transparence. Ce sont ces derniers qui peuvent justifier de lui imposer certaines contraintes dans l'exercice de cette faculté, non l'intérêt des candidats.

Le principe d'égalité implique que tous les candidats soient traités de la même manière, qu'ils reçoivent la même information. Le principe de transparence implique, comme le fait l'article 42 du code, une information sur les caractéristiques essentielles de la procédure afin que les candidats sachent à quoi s'attendre pour définir leurs offres en conséquence. Nous pensons que ce principe impose que le pouvoir adjudicateur donne aux candidats une information sur la négociation, mais que cette information peut indiquer qu'il se réserve le droit de négocier.

En effet, l'obliger à faire un choix définitif sur le recours ou non à la négociation avant la réception des offres nous paraît limiter excessivement la liberté que lui reconnaît l'article 28 du code. La décision de négocier dépend en général des offres reçues. Si le pouvoir adjudicateur s'estime satisfait par les offres reçues, nous ne voyons pas l'utilité de l'obliger à négocier. Imposer une information des candidats sur ce choix conduira en pratique les pouvoirs adjudicateurs à s'en réserver systématiquement l'usage, afin de n'en être pas privés, sauf dans les rares cas où ils seront certains, notamment parce qu'ils sont pressés, de ne pas en avoir besoin, et donc à instituer dans certains cas une négociation purement formelle.

Laisser au pouvoir adjudicateur le choix du contenu d'une information qu'il doit donner nous paraît représenter un meilleur équilibre entre sa liberté de négociation et le respect du principe de transparence. S'il est sûr de ne pas vouloir négocier, parce qu'il entend obtenir immédiatement la meilleure offre, ou de vouloir négocier, parce qu'il considère que cette procédure lui permettra plus sûrement de l'obtenir, il informe les candidats de son choix, auquel il devra évidemment se tenir. Son silence sur ce point devrait être regardé comme une renonciation à la négociation. En revanche, s'il n'est pas certain de son choix parce qu'il entend recevoir immédiatement les meilleures offres sans renoncer à la possibilité d'obtenir quelques améliorations en faisant jouer la compétition, ce qui dépendra de la teneur des offres, il doit pouvoir informer les candidats qu'il se réserve la faculté de négocier. Cette information permettra aux candidats de construire leurs offres en fonction de l'éventualité de cette négociation qui, si elle a lieu, devra évidemment se dérouler avec l'ensemble des candidats ou avec ceux sélectionnés pour la négociation lorsque, comme en l'espèce, le pouvoir

2 F. Linditch, "À propos de la « short list » et possibilité de ne pas s'engager à négocier en procédure adaptée", commentaire de l'arrêt de la CAA de Paris du 18 mars 2014, sté Axxess, JCP Adm, 2014, n° 2174.

adjudicateur a prévenu de cette présélection et en a précisé les modalités.

Cette solution médiane, qui donne une information sans contraindre excessivement le pouvoir adjudicateur, est celle retenue par la nouvelle directive relative aux marchés publics (2014/24 du 26 février 2014) dont l'article 29, relatif aux procédures concurrentielles avec négociation, prévoit que *"les pouvoirs adjudicateurs peuvent attribuer les marchés sans négociation lorsqu'ils ont indiqué, dans l'avis de marché ... qu'ils se réservent la possibilité de le faire"*.

Si vous nous suivez, vous jugerez que la requérante n'est pas fondée à soutenir que le pouvoir adjudicateur ne pouvait légalement se réserver le pouvoir de négocier.

Elle soutient également que sa décision de ne pas négocier serait entachée d'erreur manifeste d'appréciation. Toutefois, ce choix nous semble devoir rester en dehors du champ du contrôle juridictionnel. Comme nous l'avons dit après bien d'autres à ce pupitre³, la procédure adaptée vise à offrir au pouvoir adjudicateur une liberté dans la conduite de la procédure, notamment dans la possibilité de recourir à la négociation. Si cette liberté s'exerce toujours dans le respect des principes d'égalité, de transparence et de mise en concurrence, nous ne voyons pas lequel de ces principes implique que vous contrôliez le choix du pouvoir adjudicateur de recourir ou non à la négociation. Ce choix, lorsqu'il s'exerce comme en l'espèce après réception des offres car le pouvoir adjudicateur s'est réservé la possibilité de négocier, dépend de son appréciation de la qualité des offres, que vous ne contrôlez pas. Il n'y a donc aucune raison que vous le fassiez à propos du choix, encore moins conditionné, de négocier ou de ne pas négocier. D'autres moyens que le contrôle des motifs permettent par ailleurs d'appréhender un détournement de la procédure destiné à favoriser un candidat. Nous vous proposons donc d'écarter ce moyen comme inopérant.

Les autres moyens présentent moins d'originalité et nous retiendront moins longtemps.

La société requérante soutient en premier lieu que le pouvoir adjudicateur a rejeté son offre au motif qu'elle n'avait pas produit de plannings de travail alors que les documents de la consultation n'imposaient pas cette production.

Toutefois, comme l'a exactement relevé le TA, l'absence de cette production n'est pas le motif du rejet de l'offre de la société Axxess, ce qui traduirait l'application d'un critère non prévu. Cette circonstance a seulement concouru à l'évaluation de son offre sur le critère du mémoire technique, pondéré à 40 %, sur lequel elle a obtenu 3 points, contre 5 au candidat retenu. Le pouvoir adjudicateur n'était pas tenu de préciser aux candidats tous les éléments qui pouvaient utilement figurer dans leur mémoire technique et les allégations de la requérante selon lesquelles ces plannings étaient inutiles ne permet de considérer que le pouvoir adjudicateur aurait commis une erreur manifeste d'appréciation en tenant compte de cette circonstance dans l'appréciation de la qualité de son offre.

Elle reprend ensuite des moyens soulevés devant le tribunal tirés de l'erreur manifeste d'appréciation qu'aurait commise le pouvoir adjudicateur dans l'évaluation des offres, sur les critères du "mémoire technique" et des références. Son argumentation en appel n'ajoute rien à ce qu'elle avait développait devant les premiers juges, dont les réponses nous semblent tout à fait convaincantes. Sur le premier critère, ceux-ci avaient confirmé le caractère très général du mémoire technique de la société Axxess et les complexités d'organisation qui avaient conduit le pouvoir adjudicateur à attribuer à cette société la note de 3 sur 5, qui ne nous paraît pas davantage entachée d'EMA.

La contestation de la note de 4 sur 5 attribuée à la requérante sur le critère des références est encore moins pertinente, puisqu'elle s'appuie essentiellement sur la circonstance qu'une concurrente

3 Voir notamment D. Casas, concl. sur 7 oct 2005, Région Nord Pas de Calais, p. 423; B. Dacosta, concl sur 30 janv 2009, ANPE, p. 3.

plus récente aurait obtenu une note d'un demi-point supérieure, ce qui ne suffit pas à établir une erreur manifeste d'appréciation.

Elle reproche également au pouvoir adjudicateur d'avoir commis une erreur manifeste dans l'appréciation des capacités professionnelles et techniques de la société attributaire. Toutefois, elle n'établit pas une telle erreur en se bornant à soutenir que le marché en cause représente 50% du chiffre d'affaires de l'attributaire et en contestant deux des dix neuf références produites par celui-ci.

Contrairement à ce que soutient enfin la société requérante, il est possible de tenir compte en procédure adaptée, de l'expérience des candidats lors de l'examen de leurs offres. Vous avez ainsi jugé que « Les dispositions du I de l'article 53 du code des marchés publics permettent au pouvoir adjudicateur de retenir, en procédure adaptée, pour choisir l'offre économiquement la plus avantageuse, un critère reposant sur l'expérience des candidats, et donc sur leurs références portant sur l'exécution d'autres marchés, lorsque sa prise en compte est rendue objectivement nécessaire par l'objet du marché et la nature des prestations à réaliser et n'a pas d'effet discriminatoire » (2 août 2011, *PARC NATUREL REGIONAL DES GRANDS CAUSSES*, n°348254, aux tables sur ce point) et la CJUE a récemment admis que « Lorsqu'un tel marché doit être exécuté par une équipe, ce sont les compétences et l'expérience de ses membres qui sont déterminantes pour apprécier la qualité professionnelle de cette équipe. Cette qualité peut être une caractéristique intrinsèque de l'offre et liée à l'objet du marché, au sens de l'article 53, paragraphe 1, sous a), de la directive 2004/18 » (CJUE, 26 mars 2015, *Ambisig – Ambiente e Sistemas de Informação Geográfica SA*, aff. C-601-13).

En l'espèce, l'Ecole du Louvre démontre que ces conditions étaient réunies. Elle fait valoir que l'Ecole du Louvre étant située au sein du musée du Louvre, qui accueille chaque année des millions de visiteurs et de touristes, il lui était nécessaire de pouvoir compter sur l'expérience des agents d'accueil de l'exercice de leurs fonctions dans des conditions similaires. Cet argument nous paraît convaincant, surtout s'agissant d'un critère pondéré à 5 %.

Si vous nous suivez pour juger non fondés les différents moyens de la société Axxess, vous n'aurez pas à vous interroger sur leur opérance au regard des principes issus de votre jurisprudence *Département de Tarn-et-Garonne* et plus précisément sur le champ d'application dans le temps de ces principes, qui fait l'objet d'un renvoi devant la Section du contentieux.

EPCMNC : - Annulation de l'arrêt;

- Rejet de l'appel de la société Axxess;

- A ce que la société Axxess verse à l'Ecole du Louvre une somme de 4 500 euros au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.