

Conclusions

M. Marc PICHON de VENDEUIL, rapporteur public

1. Dans le dernier état du droit de la commande publique (art. L. 2125-1 CCP), **un « accord-cadre » constitue une « technique d'achat »** qui permet à l'acheteur public de présélectionner un (il est alors « mono-attributaire ») ou plusieurs (« multi-attributaire ») opérateurs économiques auprès desquels il s'engage à passer des marchés, pendant une période donnée, au fur et à mesure de ses besoins et pour des prestations déterminées.

Un accord-cadre s'exécute, en principe, de deux façons (art. R. 2162-2 CCP)¹ :

- soit par l'émission de **bons de commande** : tel est le cas lorsque l'accord-cadre fixe toutes les stipulations contractuelles ;
- soit par la conclusion de **marchés subséquents**, lorsqu'une partie des règles relatives aux commandes à passer est définie par un acte ultérieur.

L'affaire qui vient d'être appelée va vous permettre de déterminer si l'attribution, au cours d'une même procédure de mise en concurrence, **d'un accord-cadre mono-attributaire et d'un premier marché subséquent** méconnaît le principe de transparence des procédures.

2. Par un avis d'appel à la concurrence publié le 18 octobre 2019, la métropole européenne de Lille (MEL) a lancé une procédure d'appel d'offres ouvert, en vue, d'une part, de l'attribution d'un accord-cadre mono-attributaire d'une durée de 48 mois relatif à l'aménagement audiovisuel des bâtiments de la métropole et, d'autre part et **simultanément**, d'un marché subséquent n°1 relatif à l'aménagement audiovisuel de son nouveau siège (bâtiment « Biotope », à Lille).

Deux offres ont été déposées : l'accord-cadre a été attribué au groupement formé par les

¹ Sachant toutefois qu'il peut être « mixte » (art. R. 2126-3 CCP)

sociétés Alive Technology et Elit Technologies tandis que, par un courrier du 12 décembre 2019, la société Manganelli Technology a été informée du rejet de son offre, classée en seconde position.

Le 20 décembre 2019, la société Manganelli Technology a demandé au juge des référés précontractuels du tribunal administratif (TA) de Lille d'annuler la procédure de passation.

Par une ordonnance du 13 janvier 2020, le JRTA a fait droit à cette demande, au motif, en substance, qu'en fixant non seulement des critères d'appréciation des offres au titre de l'accord-cadre mais en prévoyant aussi des critères de sélection au titre du marché subséquent, la consultation était de nature à induire en erreur les opérateurs intéressés et était de ce fait constitutive d'un manquement au principe de transparence des procédures.

C'est cette ordonnance que la MEL se pourvoit en cassation. Elle soulève 4 moyens devant vous.

3. Les deux premiers moyens sont tirés respectivement de ce que le juge des référés a, d'une part, insuffisamment motivé son ordonnance, faute d'indiquer en quoi la société Manganelli Technology a été lésée par le manquement retenu et, d'autre part, méconnu la portée de ses écritures en retenant un moyen qui n'avait pas été soulevé pour annuler la procédure de passation en litige.

Etant manifestement infondés, nous n'aurions aucune difficulté à vous proposer de les écarter.

4. Vous n'aurez toutefois pas à le faire expressément si vous nous suivez pour accueillir le troisième moyen du pourvoi², qui avance que le JRTA a commis une erreur de droit et dénaturé les pièces du dossier en jugeant que la mention, dans les documents de la consultation, des critères de sélection pour l'attribution du premier marché subséquent était de nature à induire en erreur les candidats et à porter atteinte au principe de transparence des procédures.

Nous croyons en effet qu'une telle position est erronée tant dans son principe qu'au regard des faits de l'espèce.

4.1. Comme nous vous l'avons dit, le code de la commande publique prévoit expressément qu'un accord-cadre mono-attributaire puisse ne pas fixer toutes les stipulations contractuelles qui devront l'être dans le cadre des marchés subséquents.

Son article R. 2162-9 précise que : « *Pour les pouvoirs adjudicateurs, lorsqu'un accord-cadre est conclu avec un seul opérateur économique, les marchés subséquents sont attribués*

² Le quatrième moyen, tiré de l'EQJ à avoir estimé que la société requérante avait été lésée par le manquement retenu, étant présenté à titre subsidiaire

dans les conditions fixées par l'accord-cadre ». On ne peut qu'en déduire qu'aucun principe ne fait obstacle à ce que l'accord-cadre comporte des stipulations relatives aux conditions d'attribution des marchés subséquents.

Mieux même, vous avez déjà jugé, dans votre décision CE 5 juillet 2013, *Union des groupements d'achats publics UGAP et Société SCC*, n° 368448, 368461, B, ccl. Bertrand Dacosta, qu'il est nécessaire **d'informer les candidats sur les critères d'attribution des marchés subséquents à un accord-cadre « dès l'engagement de la procédure d'attribution de l'accord-cadre**, dans l'avis d'appel public à la concurrence ou le cahier des charges tenu à la disposition des candidats. »

Certes, cette jurisprudence a été rendue dans le cas d'un accord multi-attributaire, où les exigences qu'elle consacre se comprennent d'autant mieux qu'elles contribuent à renforcer la transparence des opérations pour les futurs attributaires, avant qu'ils ne soient mis en concurrence pour les marchés subséquents.

Mais, alors même que dans le cas d'un accord-cadre mono-attributaire, il n'y aura pas, par définition, de mise en concurrence subséquente, nous voyons un autre avantage à étendre cette solution jurisprudentielle à cette catégorie de contrats.

En effet, dans cette configuration et peut-être plus encore que dans la précédente, l'acheteur public a tout intérêt à pouvoir s'assurer de la qualité des futures offres proposée par l'unique titulaire, en édictant des critères minimaux qui évitent que ce dernier ne se repose sur ses lauriers de mono-attributaire. Le mono-titulaire ne tire certes aucun droit à l'attribution des marchés subséquents mais il est sans doute bon, au-delà de ce seul principe, de mettre en place les conditions pour que l'attribution des marchés subséquents ne présente pas un caractère automatique.

Aucun principe du droit de la commande publique ne nous paraît donc faire obstacle – bien au contraire ! – à ce que l'accord-cadre mono-attributaire fixe, dès le stade de sa procédure d'attribution, les critères d'attribution des marchés subséquents.

4.2. Il ne nous apparaît pas non plus que cette façon de procéder soit par elle-même de nature à créer la confusion dans l'esprit des candidats, à condition naturellement – et votre décision pourra prendre le soin de le souligner – que les documents de consultation identifient et distinguent nettement les deux étapes, de sorte qu'il soit clair pour les candidats que les offres présentées au titre de l'accord-cadre ne seront analysées qu'au seul regard des critères de sélection prévus à cet effet, quels que soient par ailleurs les critères retenus pour l'attribution des marchés subséquents.

4.3. En l'espèce, tel est bien ce qu'a fait la MEL : le règlement de la consultation distingue l'attribution de l'accord-cadre de l'octroi du marché subséquent dont il est précisé qu'il ne sera pas automatique mais qu'il sera décidé en fonction de l'obtention d'une note

minimale en-deçà de laquelle le marché ne sera pas attribué.

Concrètement, l'attribution de l'accord-cadre repose sur deux critères : la valeur technique pour 60 % (20 points pour la visio-conférence, 20 points pour l'affichage dynamique et 20 points pour le système de conférenciers multimédia) et le prix pour 40 %.

Pour ce qui est de l'attribution des marchés subséquents, le RC prévoit un examen selon des critères pour lesquels il fixe des fourchettes qui seront ajustées pour chaque marché afin d'adapter chacun des critères à l'objet précis du marché subséquent. En l'occurrence, les critères seront les suivants : prix, avec une fourchette variable de 30 à 70 %, valeur technique, avec une fourchette de 0 à 70 %, et délais de réalisation, de 0 à 50 %.

Pour ce qui est du premier marché subséquent, le règlement de la consultation prévoit que le prix comptera pour 40 %, les délais d'exécution de la mission pour 30 % et les modalités d'organisation, la méthodologie et le suivi des prestations pour 30 %.

Nous voulions entrer dans ces détails pour vous montrer qu'il y a plusieurs étapes dans la procédure, ce qui nous paraît de nature à dissiper toute confusion, et par là tout risque d'atteinte au principe de transparence, quant aux conditions d'attribution tant de l'accord-cadre que, par la suite, des marchés subséquents.

Vous pourrez donc accueillir le moyen soulevé, en vous plaçant à titre principal sur le terrain de l'erreur de droit mais nous n'aurions pas de difficulté à retenir également la branche de dénégation à avoir estimé que les conditions pour l'attribution du premier marché subséquent étaient de nature à induire en erreur les candidats.

5. Ayant annulé l'ordonnance, vous réglerez l'affaire au titre de la procédure de référé engagée.

5.1. Vous écarterez d'abord un premier moyen tiré de ce que le pouvoir adjudicateur aurait manqué à ses obligations en matière d'information des candidats évincés, faute d'avoir informé la société Manganelli Technology des caractéristiques de l'offre retenue pour l'attribution du marché subséquent n° 1.

En effet, non seulement la lettre du 12 décembre 2019 par laquelle la métropole l'a informée du rejet de son offre au titre de l'accord-cadre était suffisamment précise quant aux motifs de ce rejet mais elle n'avait pas, en revanche, à faire état des offres au titre du marché subséquent puisque ce marché ne peut être attribué qu'au titulaire de l'accord-cadre³.

³ Rappelons que, par ailleurs, une demande de communication du rapport d'analyse des offres est sans objet tant que l'accord-cadre n'est pas encore conclu et qu'il n'entre pas dans l'office du JRPC d'ordonner la communication d'un tel document (CE 6 mars 2009, *Syndicat mixte région d'Auray Belz Quiberon*, n° 321217, T. p. 840)

5.2. En deuxième lieu, le moyen tiré de ce que le groupement attributaire de l'accord-cadre ne disposait pas des capacités financières, techniques et professionnelles suffisantes pour réaliser les prestations demandées et aurait donc dû voir sa candidature rejetée, n'est guère étayé et il ne nous paraît aucunement établi au vu des éléments du dossier dont il ressort notamment que les sociétés membres du groupement sont déjà intervenues pour des maîtres d'ouvrage importants, notamment dans la région (Opéra de Lille, Piscine de Roubaix, Palais des Beaux-Arts de Lille...).

5.3. En troisième lieu, pour les motifs que nous venons de vous exposer au titre de l'examen du pourvoi, vous écarterez le moyen tiré de ce que la métropole européenne de Lille aurait méconnu le principe de transparence des procédures, en définissant des critères de sélection pour l'attribution des marchés subséquents à l'accord-cadre et en invitant les candidats à remettre simultanément une offre pour l'accord-cadre et une offre pour le marché subséquent n° 1.

5.4. En dernier lieu, la société Manganelli Technology reprochait à la MEL de ne pas avoir alloué le marché litigieux, en méconnaissance de l'article L. 2113-10 du code de la commande publique selon lequel : « *Les marchés sont passés en lots séparés, sauf si leur objet ne permet pas l'identification de prestations distinctes* ».

Un tel moyen nous paraît opérant à l'égard d'un accord-cadre, sachant qu'en application de votre jurisprudence CE 27 octobre 2011, *Département des Bouches-du-Rhône*, n° 350935, T. p. 1009, ccl. N. Boulouis⁴, le juge saisi d'un moyen tiré de l'irrégularité du recours à un marché global, exerce certes un contrôle normal sur les motifs de la dérogation au principe d'allotissement mais doit tenir compte, ce faisant, de la marge d'appréciation reconnue au pouvoir adjudicateur pour estimer que la dévolution en lots séparés présenterait l'un des inconvénients aujourd'hui mentionnés à l'article L. 2113-11 du CCP⁵.

En l'espèce, eu égard à cette marge d'appréciation en matière d'allotissement et alors qu'il résulte de l'instruction que la procédure d'appel d'offre passée par la métropole européenne de Lille poursuivait un besoin unique et global d'aménagement audiovisuel de ses bâtiments, de façon notamment à ce que les logiciels et les systèmes informatiques soient aisément connectables entre eux, c'est sans commettre d'irrégularité que la métropole européenne de Lille a pu décider de ne pas procéder à un allotissement du marché litigieux.

⁴ Voir aussi CE 26 juin 2015, *Ville de Paris*, n° 389682, ccl. B. Dacosta, T. p. 748-759 ; CE 25 mai 2018, *Hauts-de-Seine Habitat*, n° 417428, au Rec.

⁵ Ce contrôle est d'ailleurs qualifié de « tempéré ou retenu » par vos commentateurs autorisés – AJDA 2018. 1440, chron. S. Roussel et C. Nicolas

Par ces motifs, nous concluons :

- à l'annulation de l'ordonnance attaquée ;
- réglant l'affaire au titre de la procédure de référé, au rejet des demandes présentées par la société Manganelli Technology devant le TA de Lille ;
- à ce que cette société verse une somme de 5 000 euros à la métropole européenne de Lille pour l'ensemble des instances engagées, au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;
- au rejet des conclusions présentées par la société Manganelli Technology au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.