

N°s 427397, 427407
Société Prezioso Linjebygg
Ministre des armées
c/ Sonocar Industries

7^{ème} et 2^{ème} chambres réunies
Séance du 27 mai 2019
Lecture du 12 juin 2019

CONCLUSIONS

Mme Mireille LE CORRE, rapporteure publique

Dans le cadre d'un marché de défense et de sécurité, ce pourvoi vous donnera l'occasion de vous prononcer sur les obligations d'information incombant à l'acheteur public lorsqu'il passe un accord-cadre, à l'issue d'une procédure négociée.

1. Le service de soutien de la flotte assure la maîtrise d'ouvrage du maintien en condition opérationnelle (MCO) des bâtiments de surface et des sous-marins de la Marine nationale. Les systèmes de peinture qui sont appliqués sur ces bâtiments remplissent des fonctions importantes en termes de discrétion, d'optique et d'ergonomie et ils nécessitent d'être régulièrement renouvelés. Ces prestations d'entretien, qui étaient auparavant confiées aux équipages, font aujourd'hui l'objet d'un marché de fourniture et d'application de peinture pour l'ensemble des navires basés en Méditerranée.

En novembre 2007, le service de soutien de la flotte de Toulon a lancé une consultation pour un accord-cadre ayant pour objet l'application de peinture sur les navires et matériels navals de la Marine nationale, sous la forme d'un marché négocié avec publicité préalable, conformément aux dispositions de l'article 42 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics et des articles 64 à 66 du décret n° 2016-361 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics de défense ou de sécurité.

Il s'agit d'un accord-cadre conclu pour cinq ans, à bons de commande mono-attributaire, dont les conditions sont régies par les articles 70 à 72 du décret précité. Précisons que, bien que l'on puisse s'interroger eu égard à la nature des prestations demandées, il s'agit bien d'un marché de services.

Trois sociétés se sont portées candidates. Deux ont été retenues pour les négociations, la société Sonocar Industrie, titulaire sortant et la société Prezioso Linjebygg. A l'issue des négociations, la société Prezioso a été retenue. La société Sonocar a été informée du rejet de son offre par une décision du 3 décembre 2018.

Elle a saisi le juge du référé précontractuel du tribunal administratif de Toulon, qui a enjoint au ministre des armées de suspendre l'exécution de l'ensemble des décisions se rapportant à la procédure de passation du marché et, s'il entendait passer un tel marché, de reprendre la procédure au stade de l'avis d'appel public à concurrence.

La société Prezioso et la ministre des armées se pourvoient en cassation contre cette ordonnance.

2. Le juge du référé précontractuel a retenu d'une part, que le pouvoir adjudicateur n'avait pas mentionné, en amont de la procédure, le montant maximal de l'accord-cadre alors qu'il avait choisi ultérieurement de fixer un tel plafond, d'autre part, qu'il n'a donné aucune indication, dans l'avis d'appel public à la concurrence, sur l'étendue globale du marché ou sur les quantités. Et il a refusé de faire application de l'article L. 551-7, lui permettant de ne pas prononcer la suspension lorsque les conséquences négatives l'emportent sur les avantages.

Examinons ces deux manquements.

3. S'agissant d'abord de la question du montant maximal, le juge du référé précontractuel a estimé que le pouvoir adjudicateur était tenu, dès lors qu'il avait envisagé un montant maximal, de mentionner ce montant dans les documents de la consultation.

L'article 30 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 dispose que « *La nature et l'étendue des besoins à satisfaire sont déterminées avec précision avant le lancement de la consultation (...)* ». Le II de l'article 70 du décret du 25 mars 2016 prévoit que les accords-cadres peuvent être conclus soit avec un minimum et un maximum en valeur ou en quantité, soit avec seulement un minimum ou un maximum, soit sans minimum ni maximum.

Ces dispositions laissent ainsi une grande liberté à l'acheteur public. Il n'est notamment pas tenu de fixer un montant maximum pour l'accord-cadre qu'il entend conclure.

Ces dispositions sont proches de celles de l'article 77 du code des marchés publics, issues du code de 2006, qui a ouvert la possibilité de ne fixer ni minimum, ni maximum, alors que le droit antérieur imposait ce double encadrement. Vous avez jugé que ces dispositions ne faisaient pas obstacle à ce que le pouvoir adjudicateur prévoie un minimum en valeur ou en quantité sans fixer de maximum, et inversement (24 octobre 2008, UGAP, n° 314499, aux Tables, conclusions Bertrand Dacosta).

En l'espèce, le juge du référé précontractuel n'a pas reproché à l'accord-cadre de ne pas prévoir de montant maximal, ce que les textes lui permettent comme nous venons de le voir, mais de ne pas avoir fixé ce montant dès la phase d'appel à la concurrence alors qu'il avait l'intention d'en fixer un comme il l'a fait ultérieurement.

Cette question est délicate. On comprend que l'exigence de transparence ait pu conduire le juge du référé précontractuel à exiger que ce qui était envisagé en aval soit communiqué en amont, dès l'avis de marché.

Toutefois, son raisonnement nous paraît erroné pour plusieurs raisons.

D'abord, les textes ni n'interdisent de procéder comme le pouvoir adjudicateur l'a fait, ni ne l'excluent : ils n'imposent pas la fixation d'un montant maximal. Le déterminer ultérieurement n'est pas non plus interdit.

Ensuite, il nous semble que ce montant maximal peut être le fruit de la négociation. En application de l'article 66 du décret de 2016, la négociation ne peut modifier

substantiellement les caractéristiques et les conditions d'exécution du marché telles qu'elles sont définies dans les documents de consultation. Il faut en déduire que si un montant minimum ou maximal est fixé dès l'avis, il ne peut être modifié. En revanche, s'il ne l'est pas, rien ne semble interdire qu'il résulte de la négociation sur les prix et les quantités. Nous sommes dans le cadre d'une procédure « négociée » et si les mots ont un sens, cette négociation peut conduire le pouvoir adjudicateur à fixer un montant maximum en fin de procédure.

Par ailleurs, nous ne voyons pas d'illégalité en quelque sorte indirecte qui serait tirée de ce qu'un tel procédé conduirait à restreindre l'accès à la commande publique, dès lors que, par ailleurs, l'étendue globale du marché est connue. L'acheteur doit donner une estimation de la valeur totale du marché – nous y reviendrons. Certes, la fixation d'un montant maximal peut permettre aux candidats de mieux calibrer leur offre, mais elle a une portée réduite, puisque l'acheteur n'est engagé qu'à concurrence du minimum, s'il en a fixé un. Nous ne voyons pas en quoi ne pas connaître le montant maximal dès l'avis découragerait des candidatures, dès lors, encore une fois, que l'ordre de grandeur du marché est connue via l'étendue du marché.

Deux derniers éléments nous conduisent à infirmer l'ordonnance du juge du référé sur ce point. Premier élément, si l'on raisonne « par l'absurde », dès lors que la fixation d'un montant maximal n'est qu'une faculté pour l'acheteur, il serait paradoxal d'interdire que ce montant soit déterminé en aval, alors qu'aucune irrégularité ne serait, en revanche, relevée si un tel montant n'était pas fixé du tout. Second élément, le raisonnement du juge du référé repose sur l'intention de l'acheteur de fixer un montant maximal, et il n'est pas aisé d'établir une telle intention.

En défense, la société Sonocar s'appuie sur le récent arrêt de la CJUE du 19 décembre 2018 (Autorité de la concurrence, n° C-216/17) dont elle déduit que la mention d'un montant maximum dans l'avis serait obligatoire. Cet arrêt répond à une question préjudicielle du Conseil d'Etat italien visant à obtenir une interprétation de la directive 2004/18/CE concernant la détermination du volume des marchés subséquents des pouvoirs adjudicateurs non signataires d'un accord-cadre.

Le dispositif de l'arrêt indique qu'« *il est exclu que les pouvoirs adjudicateurs non signataires de cet accord-cadre ne déterminent pas le volume des prestations qui pourra être requis lorsqu'ils concluent des marchés en exécution de celui-ci ou qu'ils le déterminent par référence à leurs besoins ordinaires, sous peine de méconnaître les principes de transparence et d'égalité de traitement des opérateurs économiques intéressés à la conclusion dudit accord-cadre* ». Ce dispositif cible ainsi la réponse de façon précise mais certains passages de l'arrêt semblent retenir un raisonnement plus large.

La transposition faite par la société Sonocar ne nous paraît toutefois pas évidente : d'abord, l'arrêt évoque parfois le montant maximal et parfois le volume du marché, sans que nous discernions toujours la raison de l'usage de l'une ou l'autre de ces deux notions, pourtant distinctes. Ensuite, il porte sur les marchés subséquents des pouvoirs adjudicateurs non signataires d'un accord-cadre ; enfin, il n'est pas évident de savoir à quel stade il impose que soit déterminé le montant maximal, dès l'avis ou dans l'accord-cadre.

Si nous comprenons les doutes possibles sur les conséquences de cet arrêt, nous ne croyons ni qu'il soit aisé de transposer automatiquement son raisonnement à notre affaire (ce qui, au passage, reviendrait à considérer que le « mal » est plus profond car il serait dû au décret lui-

même qui permet de ne pas fixer de montant maximal), ni qu'il soit nécessaire de renvoyer une question préjudicielle sur ce point, pour deux raisons.

D'une part, le raisonnement tenu par le juge du référé nous semble, en tout état de cause, poser problème car il conduit à imposer de fixer le montant maximal en amont, au stade de l'avis, s'il envisage de le fixer en aval, au stade de l'accord-cadre. Nous pensons que rien n'interdit ni de prévoir le seul principe d'un montant maximal dans l'avis tout en ne le fixant qu'après, ni de ne rien prévoir du tout et de fixer un montant maximal après négociation.

D'autre part, ce point est surabondant dans l'ordonnance, puisque le second point, que nous allons aborder maintenant, suffisait à caractériser un manquement.

4. Le juge du référé a aussi retenu que le manquement résultait de l'absence d'indications sur l'étendue du marché.

Pour reprendre les termes de Bertrand Dacosta dans ses conclusions sur la décision OPAC Habitat Marseille-Provence (18 juin 2010, n° 335611, aux Tables), la liberté du pouvoir adjudicateur -de ne fixer ni minimum, ni maximum - « *ne connaît qu'un seul tempérament* ». Dès lors que sont en cause des accords-cadres au sens du droit communautaire, la procédure de passation doit respecter les règles fixées par la directive du 31 mars 2014 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, ainsi que par le règlement n° 1564/2005 du 7 septembre 2005. Il y est prévu que l'avis d'appel public à la concurrence doit comporter « *la valeur totale des prestations estimée pour toute la durée de l'accord-cadre* ». Vous en avez déduit que le pouvoir adjudicateur doit mentionner dans l'avis des éléments indicatifs et prévisionnels sur l'étendue du marché (24 octobre 2008, Communauté d'agglomération de l'Artois, n° 313600, aux Tables, conclusions Bertrand Dacosta ; dans le même sens 20 mai 2009, Ministre de la défense, n° 316601, conclusions Président Boulouis). Vous avez admis que cette information peut être exprimée en quantités et pas nécessairement en prix.

Nous sommes ici dans le cadre fixé par la directive du 13 juillet 2009 (*relative à la coordination des procédures de passation de certains marchés de travaux, de fournitures et de services par des pouvoirs adjudicateurs ou des entités adjudicatrices*) dans les domaines de la défense et de la sécurité. Son annexe IV prévoit que l'avis de marché doit indiquer « *la quantité des services à fournir* » et ajoute que dans le cas d'un accord-cadre, l'avis doit également comporter « *la valeur totale des prestations estimée pour toute la durée de l'accord-cadre* ».

Le modèle d'avis de marché, pour les marchés de défense et de sécurité¹ prévu par le règlement du 11 novembre 2015 reprend ces dispositions de la directive, avec quelques nuances. Il prévoit que doit figurer, dans l'avis de marché, « la quantité ou étendue globale », mais aussi « une estimation de la valeur totale des acquisitions pour l'ensemble de la durée de l'accord-cadre », avec la mention « le cas échéant, en chiffres uniquement ».

Ce règlement n'est, à vrai dire, pas limpide dans toutes ses dispositions. La mention « le cas échéant » est ambiguë. Mais il ne nous semble pas qu'il faille en déduire un caractère facultatif, pour trois raisons.

¹ par l'annexe XIV au règlement n° 2015/1986 du 11 novembre 2015 établissant les formulaires standard pour la publication d'avis dans le cadre de la passation de marchés publics

D'une part, dans l'arrêt récent précité, la CJUE indique que l'interprétation selon laquelle la locution adverbiale « le cas échéant » conduirait à ce que l'indication des quantités de prestations ne soit que facultative ne peut être retenue. Elle se fonde sur d'autres dispositions de la directive 2004/18, applicable à cette affaire, dont il découle que cette mention est obligatoire. Or, s'agissant de la directive de 2009, qui nous intéresse, elle a prévu une telle obligation. Si le doute est permis à la lecture du règlement, il ne l'est pas à la lumière de la directive.

D'autre part, le raisonnement que vous avez tenu dans votre décision Commune de l'Artois précitée nous semble transposable. Dans cette affaire, le règlement comportait aussi la mention « le cas échéant » et cela ne vous a pas conduit à donner une portée seulement facultative à cette disposition.

Enfin, dernier argument, qui n'est que confortatif : les auteurs des pourvois ne contestent pas l'existence d'une telle obligation.

En l'espèce, le cadre « quantité ou étendue globale » de l'avis d'appel public à la concurrence de l'accord-cadre ne comportait aucune des indications requises. Le point II.2.1 pourtant intitulé « quantité ou étendue globale du marché » comporte des indications sur l'objet du marché, mais rien n'est dit sur son étendue, ni en termes de quantités, ni en termes de prix. Les auteurs des pourvois reconnaissent d'ailleurs l'absence de toute indication en l'espèce, mais ils estiment que d'autres éléments ont suppléé à cette irrégularité.

Toutefois, ni le scénario de bons de commande, qui a été transmis aux candidats admis à présenter une offre et qui visait à permettre la notation des offres, ni la transmission, à l'issue de la première réunion de négociation, d'un tableau récapitulatif des bons de commande et métrés associés notifiés au titre du marché précédent ne permettaient de combler cette irrégularité a posteriori.

C'est donc sans erreur de droit ni dénaturation, que le juge du référé précontractuel a estimé que le pouvoir adjudicateur avait manqué à ses obligations de publicité et de mise en concurrence. Autrement dit, la seule absence de montant maximal fixé en amont de la procédure ne pose pas en soi de difficulté, contrairement à ce qu'il a retenu, mais l'absence d'éléments sur la quantité ou l'étendue globale du marché ne peut, en revanche, être admise ainsi qu'il l'a jugé.

5. Reste à savoir si ce manquement a été susceptible d'avoir lésé ou risque de léser l'entreprise requérante.

En application de votre décision de Section *Smirgeomes* (3 octobre 2008, n° 305420, au Recueil, conclusions B. Dacosta), vous savez qu'il appartient au juge du référé précontractuel de rechercher si l'entreprise qui le saisit se prévaut de manquements qui, eu égard à leur portée et au stade de la procédure auquel ils se rapportent, sont susceptibles de l'avoir lésée ou risquent de la léser, fût-ce de façon indirecte, en avantageant une entreprise concurrente.

Vous exercez en cassation un contrôle de qualification juridique sur l'appréciation portée par le juge du référé précontractuel sur la question de savoir si le manquement a pu léser les intérêts du concurrent évincé (21 mai 2010, Commune de Bordeaux, n° 334845, aux Tables).

La société Sonocar soutenait qu'elle aurait pu proposer une grille de prix différente si elle avait été tenue informée des quantités estimatives. Toutefois, trois éléments nous conduisent à penser qu'elle n'a, en l'espèce, pas été lésée.

D'abord, un scénario d'emploi du barème figurait en annexe au règlement de consultation de l'accord-cadre. Il fournissait des indications sur le nombre de jours ou de m2 pour les 250 lignes de prestations, sur la base de ce qui avait été réalisé dans le cadre du marché en cours.

Ensuite, des précisions ont pu être données dans le cadre des négociations.

Enfin, la société Sonocar était précédemment attributaire du marché et elle connaissait donc bien les besoins de l'acheteur. Les comptes-rendus de négociation montrent d'ailleurs qu'elle a intégré dans son offre l'ensemble des informations dont elle disposait en tant que titulaire du marché en cours. Elle a ainsi proposé des prix dégressifs au regard du volume des prestations commandées. Et les prix proposés par les deux sociétés sont, par ailleurs, très proches.

En retenant, malgré ces éléments, que le manquement avait été susceptible de léser l'entreprise Sonocar, le juge du référé précontractuel a commis une erreur de qualification juridique.

Son ordonnance doit donc être annulée en tant qu'elle statue sur les conclusions tendant à la suspension de l'exécution de l'ensemble des décisions se rapportant à la passation de l'accord-cadre.

6. Deux précisions rapides doivent être apportées au stade de la cassation, avant de terminer en vous proposant de régler cette affaire au titre de la procédure de référé engagée.

Premièrement, vous n'avez pas besoin de vous prononcer sur l'application de l'article L. 551-7 puisque vous annulez, si vous nous suivez, l'ordonnance au stade précédent. Nous relevons seulement, au passage, que les arguments invoqués, tirés de la nécessité de ne pas suspendre compte tenu de la lourdeur d'une procédure à reprendre et de sa durée nous semblent pour le moins discutables dès lors que l'accord-cadre n'arrive à échéance qu'en octobre 2019.

Deuxièmement, l'annulation ne porte que sur ces conclusions, car d'autres conclusions du pourvoi de la ministre étaient dirigées contre l'ordonnance en tant qu'elle rejette les conclusions de la société Sonocar tendant à ce qu'il lui soit enjoint de communiquer le montant global de l'estimation financière de l'offre de la société Prezioso. Mais il s'agit de conclusions dirigées contre les motifs de l'ordonnance et non contre son dispositif et elles sont, par conséquent, irrecevables.

7. Cette annulation nous semblant s'imposer dans cette mesure, vous pourrez, si vous nous suivez, régler l'affaire au titre de la procédure de référé engagée.

Les moyens tirés de l'absence de mention d'un montant maximum et de mention relative à la quantité ou à l'étendue globale de l'accord-cadre, peuvent être écartés : un des manquements n'existe pas, et l'autre n'a pas lésé la société.

La société Prezioso a, par ailleurs, produit l'ensemble des documents attestant de la recevabilité de sa candidature.

La société Sonocar n'établit ni que la méthode de notation de critère de prix définie au règlement de consultation du marché n'aurait pas été utilisée, ni que la comparaison des offres des candidats aurait été faussée du fait de quelques incohérences ou approximations.

Enfin, vous avez déjà jugé que ne constitue pas un manquement susceptible d'avoir lésé l'entreprise une erreur commise par le pouvoir adjudicateur au titre d'un critère pour lequel elle a obtenu la note maximale (26 septembre 2012, Communauté d'agglomération Seine-Eure, n° 359706, aux Tables, conclusions Gilles Pellissier). En l'espèce, la société Sonocar soutient que le pouvoir adjudicateur aurait dénaturé les termes de son offre sur deux points et que le sous-critère « management » du critère « valeur technique et managériale » aurait, de ce fait, été mal noté. Mais à supposer que ce manquement soit établi, sa note aurait été au maximum, de 20/20 au lieu de 19,77 sur 20 et même ainsi, sa note globale serait restée inférieure à celle de la société retenue.

Vous pourrez donc rejeter les conclusions de la société Sonocar tendant à la suspension de l'exécution de l'ensemble des décisions se rapportant à la passation de l'accord-cadre.

Par ces motifs, nous concluons :

- à l'annulation des articles 1^{er} et 2 de l'ordonnance du juge du référé précontractuel du tribunal administratif de Toulon,
- au rejet des conclusions tendant à la suspension de l'exécution de l'ensemble des décisions se rapportant à la passation de l'accord-cadre présentées par la société Sonocar Industrie devant le juge du référé précontractuel du tribunal administratif de Toulon
- au rejet des conclusions de cette société au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative,
- à ce que la société Sonocar Industrie verse à la société Prezioso Linjebygg une somme de 3 000 euros au titre de ce même article,
- au rejet du surplus des conclusions du pourvoi de la ministre des armées.