

**N° 440575**

**Lyon Métropole Habitat**

**7<sup>ème</sup> et 2<sup>ème</sup> chambres réunies**

**Séance du 25 septembre 2020**

**Lecture du 7 octobre 2020**

## **Conclusions**

### **Mme Mireille LE CORRE, rapporteure publique**

Le pourvoi qui vient d'être appelé vous donnera l'occasion de vous prononcer pour la première fois sur la procédure concurrentielle avec négociation, créée, sur le fondement de la directive 2014/24/UE du 26 février 2014, par l'ordonnance du 23 juillet 2015 et le décret du 25 mars 2016.

1. L'office public de l'habitat de la métropole de Lyon – Lyon métropole habitat (LMH) – est le premier bailleur public de la métropole de Lyon, avec plus de 30 000 logements sociaux à entretenir et rénover.

Au début de l'année 2019, il a engagé une procédure de consultation en vue de l'attribution d'un marché public ayant pour objet la réalisation de diagnostics techniques réglementaires avant démolition, relocation, vente et travaux.

Cet accord-cadre à bons de commande, passé selon la procédure concurrentielle avec négociation, était divisé en quatre lots. L'offre du groupement représenté par la société AED Amiante et Environnement n'a pas été retenue pour le lot n° 3, relatif aux diagnostics avant relocation et avant vente. Cette société a saisi le juge des référés du tribunal administratif de Lyon, qui, par une ordonnance du 10 avril 2020, a annulé la procédure, au motif que l'office avait recouru irrégulièrement à la procédure concurrentielle avec négociation.

2. L'article 42 de l'ordonnance du 23 juillet 2015, applicable à la date d'engagement de la procédure, dispose que le marché public est passé, lorsque sa valeur estimée est supérieure aux seuils européens, selon l'une des procédures formalisées, qui sont au nombre de quatre :

- la procédure d'appels d'offres, sans négociation,
- la procédure concurrentielle avec négociation « par laquelle un pouvoir adjudicateur négocie les conditions du marché public avec un ou plusieurs opérateurs économiques »
- la procédure négociée avec mise en concurrence préalable, qui est la jumelle de la précédente pour les entités adjudicatrices
- la procédure de dialogue compétitif.

Le I de l'article 25 du décret du 25 mars 2016 rappelle le contenu de l'ordonnance en indiquant que les marchés au-delà des seuils européens sont passés « selon l'une des

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

procédures formalisées suivantes : / 1° L'appel d'offres ; / 2° La procédure concurrentielle avec négociation ; / 3° Le dialogue compétitif. »

Le II de cet article 25 précise ensuite les cas dans lesquels peuvent être utilisés la procédure concurrentielle avec négociation ou le dialogue compétitif. Six cas sont ainsi énumérés (et aujourd'hui repris à l'identique à l'article R. 2124-3 du code de la commande publique), qu'il est intéressant de citer rapidement :

*« 1° Lorsque le besoin ne peut être satisfait sans adapter des solutions immédiatement disponibles*

*2° Lorsque le besoin consiste en une solution innovante. (...)*

*3° Lorsque le marché public comporte des prestations de conception*

*4° Lorsque le marché public ne peut être attribué sans négociation préalable du fait de circonstances particulières liées à sa nature, à sa complexité ou au montage juridique et financier ou en raison des risques qui s'y attachent*

*5° Lorsque le pouvoir adjudicateur n'est pas en mesure de définir les spécifications techniques avec une précision suffisante en se référant à une norme, une évaluation technique européenne, une spécification technique commune ou un référentiel technique*

*6° Lorsque, dans le cadre d'un appel d'offres, seules des offres irrégulières ou inacceptables (...) ont été présentées (...)* ».

Adaptation, innovation, conception, complexité, spécification, voilà le champ lexical des cinq cas de la procédure concurrentielle avec négociation, auxquels s'ajoute la session de rattrapage prévue par le 6°.

3. Arrêtons-nous, à ce stade, un court instant sur ce qui justifie l'annulation inévitable de l'ordonnance.

Le juge des référés a retenu que l'Office avait entendu se placer dans le cadre du 2° du II de l'article 25 précité, c'est-à-dire le motif tiré de ce que le besoin consisterait en une solution innovante. Puis il a estimé que tel n'était pas le cas du besoin en présence et il a annulé la procédure pour ce motif.

Pourtant, le rapport de présentation n'évoquait pas un tel motif. Il se bornait à indiquer, sous la rubrique « procédure d'attribution » : « procédure concurrentielle avec négociation en application des articles 25 I 2° et suivantes, 78 et 80 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2015 ». En se référant ainsi au 2° du I (et non du II), il ne faisait qu'indiquer le recours à la procédure concurrentielle avec négociation.

En outre, sous la rubrique « motif du recours à la procédure », il précisait « Le besoin ne peut être satisfait sans adapter des solutions immédiatement disponibles », c'est-à-dire un autre motif que celui de la nécessité d'une solution innovante.

Le juge des référés a ainsi commis une dénaturation des pièces du dossier.

4. Après avoir annulé l'ordonnance, vous pourrez vous prononcer sur le recours à cette procédure dans le cadre du règlement en référé.

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

Le recours à la procédure concurrentielle avec négociation au motif de la nécessité d'adapter des solutions immédiatement disponibles est-il régulier en l'espèce ?

Pour y répondre, il importe d'abord de préciser le degré de contrôle que le juge doit exercer sur les motifs du recours à cette procédure.

La société AED fonde son argumentation sur le caractère « dérogatoire » au droit commun de la commande publique qu'elle voit dans une telle procédure, justifiant que les conditions posées par le texte pour y recourir devraient être interprétées strictement par le juge.

Pourtant, ce n'est pas l'esprit de la directive 2014/24. Son exposé des motifs (point 42 notamment) indique ainsi : « *Il est absolument nécessaire que les pouvoirs adjudicateurs disposent de plus de souplesse pour choisir une procédure de passation de marchés prévoyant des négociations. (...) Les Etats membres devraient être en mesure de prévoir le recours à la procédure concurrentielle avec négociation ou au dialogue compétitif dans diverses situations où une procédure ouverte ou une procédure restreinte sans négociation ne sont pas susceptibles de donner des résultats satisfaisants. (...)* ». En outre, l'article 26 évoque la procédure concurrentielle avec négociation et le dialogue compétitif au même plan que les procédures ouvertes ou restreintes, avec toutefois la mention de conditions nécessaires.

Ce n'est donc pas tant un caractère dérogatoire qui justifierait un contrôle entier du juge, accompagnée d'un regard *a priori* fermé et strict sur le recours à la procédure. L'esprit de la directive est bien de favoriser le recours à la négociation et nous ne voyons aucune raison que le juge en atténue la portée en cantonnant trop strictement la mise en oeuvre de ces dispositions.

Il n'en demeure pas moins que des critères sont posés pour autoriser le recours à cette procédure. En présence de tels critères, le juge exerce en général un contrôle entier.

Ainsi, même si la matière est différente, en matière de nomination, l'autorité hiérarchique dispose d'une large marge d'appréciation, vous conduisant en général à retenir un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation, sauf précisément lorsque des critères sont posés (14 juin 2019, M. M..., n° 424326, aux Tables, à nos conclusions).

Dans un domaine plus proche, vous reprenez, en cassation, un contrôle de qualification juridique - qui s'accommoderait mal, au préalable, d'un contrôle de la seule erreur manifeste par les juges du fond - s'agissant notamment du recours au contrat de partenariat (23 juillet 2010, M. L... et SNSO, n°s 326544 et 326545, au Recueil, conclusions du Pdt Boulouis, sur la condition d'urgence) ou du recours au dialogue compétitif (11 mars 2013, *Assemblée des chambres françaises de commerce et d'industrie et mutuelle des CCI*, n° 364551, aux Tables, conclusions Pdt Dacosta).

Dans ses conclusions sur la décision *Commune de Biarritz* (30 juillet 2014, n° 363007, aux Tables), Gilles Pellissier justifie l'exercice d'un contrôle entier s'agissant de la condition de complexité pour le recours au contrat de partenariat, par le fait qu'il porte sur une condition

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

légale d'ouverture d'un régime juridique dérogatoire. Certes, comme nous l'avons dit, nous ne sommes pas, avec la procédure qui nous intéresse ici, face à un régime à proprement parler « dérogatoire » mais il s'agit quand même d'une voie particulière et soumise à des conditions légales.

S'agissant du juge du référé précontractuel, dès lors que son intervention vise précisément à éviter que prospère une procédure irrégulièrement engagée, il nous semble que son office doit intégrer un contrôle entier quant au choix de la procédure retenue.

Redisons-le car ce n'est pas contradictoire : le recours à cette procédure est encouragé par les textes, et on le comprend fort logiquement car la négociation est source d'amélioration tant du prix que de la qualité des offres. L'élargissement des hypothèses de recours à la négociation a ainsi été considéré comme l'un des principaux apports de ce texte.

Mais il existe des hypothèses où cette procédure n'est pas autorisée, précisément car la négociation ne serait pas pertinente. C'est le cas s'agissant d'un marché portant sur des solutions immédiatement disponibles qui ne nécessitent pas d'adaptation. La directive ne le précise pas mais la notion de solutions immédiatement disponibles correspond à des produits, services ou travaux standardisés, « sur étagère » ou « sur catalogue ». Le recours à l'appel d'offres est, pour eux, imposé.

C'est d'ailleurs ainsi que l'administration présente les textes, en soulignant que « lorsque les travaux, produits ou services objet du marché sont disponibles immédiatement sans adaptation et peuvent être fournis par de nombreux opérateurs économiques, ils ne se prêtent pas au recours à la procédure avec négociation »<sup>1</sup>.

#### 4. Le cas d'espèce l'illustre particulièrement.

L'objet du marché est la réalisation de diagnostics techniques immobiliers. Le CCTP indique que les prestations consistent à réaliser les diagnostics et élaborer les documents réglementaires associés, et compléter les informations relatives aux résultats des diagnostics réalisés sur un tableau Excel. Ces diagnostics, bien connus (amiante, termites, plomb, etc.), sont régis par des textes et répondent à des normes, que le CCTP énumère d'ailleurs précisément.

Pour faire valoir une nécessité d'adaptation justifiant le recours à la procédure, l'Office affirme essentiellement que les prestations ne peuvent être considérées comme uniformisées et immédiatement disponibles dès lors que les opérations de diagnostic varieront en fonction de la date de construction des biens immobiliers, de leur situation géographique, de leurs formes juridiques (copropriété par exemple), et de leurs typologies (logements individuels ou collectifs).

---

<sup>1</sup> Fiche technique de la DAJ du ministère de l'économie et des finances publiée sur le site du ministère – Conseil aux acheteurs

Mais ces éléments n'emportent pas notre conviction : la diversité des dates de construction des immeubles, leur nombre important, leurs régimes juridiques différents ou encore leur dispersion sur une zone géographique étendue, sont sans incidence sur le contenu même de la prestation demandée, qui consiste en la réalisation de prestations très classiques : la réalisation de diagnostics répondant à des normes. Le nombre de diagnostics nécessaire pour un habitat donné, ainsi que leur contenu peuvent certes varier selon ces éléments, mais il ne s'agit pas moins d'une prestation connue et bien identifiée, qui plus est, réglementée. Nous ne voyons pas dans le CCTP d'élément particulier, caractérisant une adaptation nécessaire et l'inexistence de solutions disponibles.

Nous sommes ainsi directement dans le cas où des solutions immédiatement disponibles existent, n'autorisant donc pas le recours à la procédure concurrentielle avec négociation.

A titre confortatif, nous relevons que l'un des six cas prévus par l'article 25 du décret (5°) porte sur l'hypothèse dans laquelle le pouvoir adjudicateur n'est pas en mesure de définir les spécifications techniques avec une précision suffisante en se référant à une norme, une évaluation technique européenne, une spécification technique commune ou un référentiel technique. A contrario, lorsqu'une telle norme ou spécification technique existe et doit être respectée strictement, la procédure n'a donc, nous semble-t-il, pas vocation à être mise en oeuvre.

Enfin, si dans un tel cas, pour une prestation à la fois très standardisée et très encadrée, régie par des normes techniques, vous reteniez une solution inverse, nous ne voyons pas dans quelle hypothèse la procédure ne pourrait pas être autorisée. Il faudrait alors reconnaître que tout marché de prestation intellectuelle peut être ainsi passé, ce qui va bien au-delà de l'ouverture, même large, réalisée par la directive.

Précisions enfin, qu'en l'espèce, ce recours irrégulier à la procédure concurrentielle avec négociation a lésé la société AED, passée de 2<sup>ème</sup> avant la phase de négociation à 4<sup>ème</sup> après, pour un lot avec trois attributaires.

Par ces motifs, nous concluons :

- à l'annulation de l'ordonnance attaquée
- à l'annulation de la procédure de passation du lot n° 3 du marché engagée par l'Office
- au rejet des conclusions présentées par l'Office au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative et à ce qu'il soit mis à sa charge la somme de 3 000 euros à verser à la société AED Amiante et Environnement.

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*