N°s 464685 et 464718
Centres hospitaliers d'Ajaccio et de Bastia
Société Altagna

7ème chambre jugeant seule

Séance du 7 décembre 2022
Lecture du 21 décembre 2022

Conclusions

M. Marc PICHON de VENDEUIL, Rapporteur public

1. Vous pourrez joindre les deux pourvois qui viennent d'être appelés et qui portent sur le même litige de référé précontractuel, aux termes duquel la société Oyonnair, candidate classée en seconde position à l'issue de la phase de négociation, a obtenu l'annulation de la procédure de passation d'un accord-cadre mono-attributaire de prestations de transport aérien pour l'évacuation sanitaire des patients hospitalisés en Corse.

Les pourvois émanent du pouvoir adjudicateur d'une part (les centres hospitaliers d'Ajaccio et Bastia réunis dans un groupement de commande) et de l'attributaire d'autre part (la société Altagna) mais nous ferons masse de leurs arguments qui critiquent l'ordonnance du 20 mai 2022 du JRTA de Bastia sur trois terrains principaux.

2. En premier lieu, sont critiqués les motifs relatifs à la **régularité de l'offre** de la société Oyonnair, qui était contestée devant le juge des référés au titre de votre jurisprudence *Smirgeomes*.

2.1. Une première branche porte sur la dénaturation à avoir retenu que les documents du marché n'exigeaient pas que des agréments « PART 145 » soient produits pour les appareils définitifs, alors que la société Oyonnair n'en disposait que pour les appareils provisoires.

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.

Toutefois, si les documents de la consultation, notamment l'article 12.1 du règlement, exigeaient un agrément de ce type, ils ne l'imposaient pas, à la date du dépôt de l'offre, pour des appareils que la société ne possédait pas encore. Contrairement à ce qui est soutenu, ces mêmes documents n'imposaient pas davantage la fourniture d'un agrément de l'atelier de maintenance pour les appareils définitifs ni de justificatifs des démarches engagées pour garantir la disponibilité de cet atelier à l'issue de la période transitoire.

2.2. Une deuxième branche argue que le JRTA a commis une erreur de droit et dénaturé les faits en estimant que la société Oyonnair avait satisfait aux prescriptions relatives à la preuve d'une mise à disposition des avions définitifs dans un délai de 12 mois.

Or, la société attributaire a produit le courrier d'un fournisseur attestant de sa capacité à lui fournir deux avions d'ici juin 2023 : dès lors, c'est sans erreur de droit ni dénaturation que l'ordonnance attaquée a jugé qu'elle justifiait, au moyen « d'un document sincère et véritable produit par le vendeur ou le loueur d'avion » au sens du marché, de la disponibilité des appareils qu'elle se proposait d'acquérir à l'issue de la période transitoire.

2.3. Enfin, vous écarterez sans peine le moyen d'insuffisance de motivation et de dénaturation à avoir jugé que la société Oyonnair n'était pas dans l'impossibilité de disposer de pilotes pour faire voler ses avions, dès lors que cette société indiquait qu'elle recruterait les pilotes que le rejet de l'offre d'Altagna conduirait à remettre sur le marché du travail.

3. Une deuxième série de moyens – qui sont les plus intéressants du litige – porte sur les motifs de l'ordonnance relatifs à la **régularité du recours à la procédure avec négociation**, puisque le juge des référés a fait droit au moyen tiré devant lui de ce que le recours à cette procédure était irrégulier.

L'examen de ces moyens va vous conduire à vous pencher sur les dispositions des 4° et 5° de l'article R. 2124-3 du code de la commande publique

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.

(CCP) qui énoncent respectivement que le « *pouvoir adjudicateur peut passer ses marchés selon la procédure avec négociation dans les cas suivants : / (...) / 4° Lorsque le marché 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 rattachent ; / 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, définis à la section 2 du chapitre Ier du titre Ier du présent livre* ».

Vous n'avez eu à en faire application à notre connaissance qu'une seule fois, dans votre décision CE 7 octobre 2020, *Lyon Métropole Habitat*, n° 440575, T. p. 827, ccl. Mireille Le Corre.

Vous ne l'avez pas jugé alors car vous régliez l'affaire après cassation mais nous rejoignons les conclusions de notre collègue de pupitre pour estimer que vous devriez exercer un **contrôle d'erreur de qualification juridique sur la faculté de recourir à cette procédure**, par analogie avec ce que vous jugez pour ce qui concerne le recours à la procédure de dialogue compétitif (CE 11 mars 2013, *Assemblée des chambres françaises de commerce et d'industrie et mutuelle des chambres de commerce et d'industrie*, n°364551, 364603, B) ou au contrat de partenariat (CE 23 juillet 2010, *M. L... et SNSO*, n°s 326544 et 326545, au Recueil).

Dans ce cadre, qu'en est-il des différents moyens invoqués ?

3.1. Il est d'abord soutenu que le JRTA a commis une erreur de droit en estimant que « le centre hospitalier ne saurait justifier son choix de recourir à la procédure avec négociation par le fait que la négociation a permis aux candidats d'améliorer leurs offres ou de dégager de nouvelles solutions dès lors que l'opportunité de ce choix doit être appréciée à la date à laquelle la procédure a été lancée. »

Les requérants se prévalent à cet égard de votre décision *L...* précitée qui relève que, pour apprécier le critère d'urgence subordonnant le recours à un

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.

contrat de partenariat, c'est sans erreur de droit qu'une cour a pu tenir compte « pour apprécier l'urgence du projet à la date à laquelle le département du Loiret a décidé de recourir à un contrat de partenariat, de circonstances de fait qui, bien que postérieures à cette décision, éclairaient les conséquences du retard invoqué ».

Nous n'en faisons toutefois pas la même lecture qu'eux : le précédent *L...* insiste bien sur le fait que l'urgence doit être appréciée à la date de la décision de recourir à la procédure. Le JRTA n'a donc selon nous pas commis d'erreur de droit en estimant que le critère subordonnant le recours à la procédure négociée doit être apprécié à la date de recours à cette procédure, et que des circonstances postérieures à la date de cette décision ne peuvent être mobilisées que pour en illustrer le motif et non pour le justifier *a posteriori*.

De plus, la circonstance que les solutions présentées au cours de la négociation constituent une amélioration par rapport à celles présentées lors d'un précédent appel d'offres infructueux nous semble sans incidence pour apprécier la complexité du marché dès lors qu'il s'agit de deux procédures indépendantes.

3.2. Dans la même logique, nous pensons que c'est tout aussi vainement que les centres hospitaliers d'Ajaccio et de Bastia soutiennent que le juge des référés a commis une erreur de droit en se fondant, pour écarter l'invocation des critères de la particularité ou de la complexité du marché, sur l'expérience que ces hôpitaux avaient acquise dans le domaine des évacuations sanitaires par voie aérienne.

Pourtant, il nous semble, précisément, que c'est au regard des capacités du pouvoir adjudicateur à passer le marché selon une procédure normale d'appel d'offres que doivent s'apprécier lesdits critères. Or, de ce point de vue, nous ne voyons ni erreur de droit ni erreur de qualification juridique à s'être fondé sur l'existence de précédents et donc sur l'expérience acquise pour mesurer le caractère « particulier » du marché au sens du 4° de l'article R. 2124-3 CCP.

3.3. Vous pourrez ensuite aisément écarter un moyen tiré de ce que le juge des référés a commis une erreur de droit en exigeant que les motifs du recours à la procédure avec négociation ne diffèrent pas de ceux ayant conduit à la déclaration

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.

sans suite de l'appel d'offres précédent.

Le juge des référés n'a en effet rien fait de tel : au contraire, il s'est borné, en réponse à un argument des centres hospitaliers, à relever que ce précédent appel d'offres avait été déclaré infructueux pour des motifs étrangers à ceux susceptibles de justifier le recours à la procédure avec négociation…

3.4. Pour en finir avec les moyens liés à l'application du 4° de l'article R. 2124-3, notamment à la question de la « complexité » du marché, vous pourrez approuver la position du JRTA qui a relevé que ni les questions de la porte cargo, de la composition des kits sanitaires et des modalités de mise à l'abri des patients ni la circonstance que l'aéronautique n'est pas le cœur de métier des pouvoirs adjudicateurs et relève d'une industrie complexe n'étaient de nature à établir que le marché était d'une complexité telle, au sens de ces dispositions, qu'elle rende nécessaire le recours à la procédure avec négociation.

En effet, ces trois items assez secondaires pouvaient, nous semble-t-il, faire l'objet, sans difficultés particulières, d'exigences minimales dans le cadre d'un appel d'offres normal : c'était d'ailleurs le cas pour chacun d'eux aux articles 4.2, 4.3 et 6 du CCTP. Quant au fait que l'aéronautique ne constitue évidemment pas le cœur de métier d'un hôpital, il nous semble que cet argument est à manier avec une très grande prudence : à cette aune, on pourrait d'ailleurs faire valoir qu'un hôpital n'est guère plus spécialiste en matière d'imprimantes, de contrats d'assurance ou de travaux publics, ce qui ne l'empêche pourtant pas de passer fréquemment des marchés dans ces domaines…

Vous écarterez donc le moyen d'IM et d'EQJ soulevé sur ce terrain.

3.5. Sur le terrain du 5° de l'article R. 2124-3, vous pourrez ensuite écarter le même type de moyens en relevant, à la suite du JRTA, que les diverses spécifications techniques ont été définies de façon suffisamment précise en termes de performances ou d'exigences fonctionnelles dans le cahier des clauses techniques particulières, ce qui témoignait de ce que le recours à la procédure avec négociation sur ce fondement n'était pas justifié.

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.

3.6. Enfin, de manière plus surprenante, la société Altagna estime que le juge des référés a commis une erreur de droit en ne relevant pas d'office que le recours à la procédure de négociation pouvait également être justifiée sur le fondement du 6° de l'article R. 2124-3 du code de la commande publique, qui traite du cas où seules des offres irrégulières ou inacceptables ont été présentées.

Toutefois, à supposer ce moyen fondé sur le plan factuel – ce qui nous paraît douteux, il n'appartient de toute façon pas au juge des référés précontractuels de procéder à une telle substitution d'office : vous n'avez en effet jamais accepté ce type de substitution de motifs que dans le cas d'un rejet de candidature et, surtout, lorsque le juge est lui-même saisi d'une demande en ce sens (cf. CE 17 juin 2015, *Commune de Montpellier*, n° 388596, B).

4. Nous pouvons en venir à la dernière série de moyens, qui vous retiendra moins car il n'y en a qu'un, qui vise les motifs par lesquels le juge des référés a estimé que **l'irrégularité du recours à la procédure avec négociation est susceptible d'avoir lésé la société Oyonnair**.

Les pourvois soutiennent qu'en retenant que l'irrégularité dans le choix de la procédure a été susceptible de la léser alors que celle-ci n'a pas été moins bien classée que lors de la procédure précédente, déclarée infructueuse, le JRTA a inexactement qualifié les faits. De même, les pourvois relèvent que la procédure a donné lieu à deux classements des offres, avant négociation et après négociation, et que, dans les deux cas, l'offre de la société Oyonnair était moins bien classée que celle de sa concurrente.

Toutefois, d'une part, ce « double classement » ne figure pas au dossier et n'a pas été communiqué aux candidats.

Surtout et en tout état de cause, vous jugez de manière constante (voir notamment CE 14 décembre 2009, *Département du Cher*, n° 330052, B) que le recours irrégulier à une procédure négociée est toujours susceptible de léser les candidats qui y ont participé car, comme le soulignait le Pdt Dacosta dans ses conclusions sur la décision *Assemblée des Chambres françaises de commerce et*

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.

d'industrie précitée : « les offres et par conséquent leur classement auraient pu être différents en l'absence de négociation ». Au demeurant, vous savez aussi que la condition relative à la lésion n'implique pas de vérifier une lésion effective mais seulement une lésion potentielle.

Dès lors, en retenant que le recours jugé irrégulier à une procédure négociée était susceptible d'avoir lésé la société Oyonnair, le JRTA ne nous semble pas avoir inexactement qualifié les faits.

Et par ces motifs, nous concluons au **rejet des deux pourvois**.

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.