

Sanction du recours injustifié à la procédure de dialogue compétitif

CE 18 décembre 2017, Météo France, req.n°413527

I-Les conditions de régularité du recours à la procédure de dialogue compétitif sous l'empire de l'ancienne réglementation des marchés publics (article 36 du CMP)

Sous l'empire de l'ancienne réglementation, la procédure du dialogue compétitif a toujours été réservée à des marchés publics complexes lorsque que le pouvoir adjudicateur n'était pas en mesure soit de définir seul les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins, soit d'établir le montage juridique ou financier du projet envisagé du fait. La complexité d'un projet était alors décrite sous trois approches possibles : la complexité technique, juridique ou financière du projet envisagé. Une seule de ces approches suffit pour valider le recours à la procédure du dialogue compétitif.

L'article 36 du Code des marchés publics indiquait que le recours à la procédure du dialogue compétitif **est réservé à des marchés publics particulièrement complexes** : « *Le recours à la procédure de dialogue compétitif est possible lorsqu'un marché public est considéré comme complexe, c'est-à-dire lorsque l'une au moins des conditions suivantes est remplie : / 1° Le pouvoir adjudicateur n'est objectivement pas en mesure de définir seul et à l'avance les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins / 2° Le pouvoir adjudicateur n'est objectivement pas en mesure d'établir le montage juridique ou financier d'un projet* ».

La jurisprudence administrative retenait alors une approche relativement stricte de la notion de complexité pouvant justifier le recours au contrat de partenariat selon la procédure du dialogue compétitif.

Il a ainsi été jugé que les difficultés tenant à la mise en place d'un dispositif national de couverture pour la prévoyance et les frais de santé des personnels des chambres de commerce et d'industrie se substituant progressivement aux multiples contrats de protection santé locaux souscrits par chaque chambre, dans un contexte de réforme profonde du réseau consulaire, rendaient objectivement possible le recours au dialogue compétitif. Dans cette affaire, le caractère complexe de l'opération a été admis de manière exceptionnelle uniquement parce que c'était la première fois qu'une opération d'une telle envergure était mise en œuvre au niveau national (CE 11 mars 2013, Assemblées des chambres françaises de commerce et d'industrie, req.n°364551 avec les conclusions du Rapporteur public Bertrand DA COSTA qui met en évidence le caractère unique de l'opération visée).

En sens contraire, il a été jugé que la condition de complexité technique n'était pas remplie pour le projet de la réalisation de la Cité du Surf et l'extension de l'Aquarium du Musée de la Mer alors même que la Commune tentait de justifier le recours à la procédure du dialogue compétitif au regard des dimensions exceptionnelles de l'ouvrage à réaliser, qui aura une surface de plus de 1300 m² et sera réalisé dans un espace souterrain mitoyen d'un tunnel routier et d'un ancien bunker impliquant la mise en place d'équipements de haute technologie ainsi que le maintien de l'ouverture au public des installations existantes pendant la durée des travaux (CE 30 juillet 2014, Commune de Biarritz, req.n°363007). Dans cette affaire, le Conseil d'Etat a pris le soin de rappeler la règle selon laquelle « *la seule invocation de la complexité des procédés techniques à mettre en œuvre ne peut suffire à justifier légalement le recours au contrat de partenariat* » passé selon la procédure de dialogue compétitif.

Dans son arrêt du 18 décembre 2017, le Conseil d'Etat a également considéré que la condition de complexité technique n'était pas remplie pour la mise en place d'un dispositif d'observation du vent via la technologie Lidar Doppler dès lors justement que l'acheteur public avait déjà identifié avant le lancement de sa procédure la technologie la plus adaptée à ses besoins de sorte qu'il n'était plus besoin de solliciter les candidats sur des solutions innovantes. De même, le Conseil d'Etat a considéré que la seule indétermination du choix entre l'achat de l'appareil d'observation du vent via la technologie identifiée ou sa location avec option d'achat ou encore le simple achat de données ne révélait pas, à elle seule, l'incapacité objective du pouvoir adjudicateur d'établir le montage juridique ou financier du projet.

II-Les conditions de régularité du recours à la procédure de dialogue compétitif à l'aune de la nouvelle réglementation des marchés publics (article 25 du décret du 25 mars 2016)

Le dialogue compétitif contribue pourtant à l'efficacité de l'achat public en permettant à l'acheteur public de dialoguer en amont avec des opérateurs économiques spécialisés de manière à améliorer la définition des solutions répondant le mieux à ses besoins. C'est la raison pour laquelle la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics assouplit considérablement les différentes hypothèses qui permettront de recourir à cette procédure dérogatoire.

Ainsi, le considérant 42 de cette directive indique que : *« 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 États 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 ».*

L'utilité de la procédure de dialogue compétitif a plus particulièrement été affirmée par ce même considérant : *« Il y a lieu de rappeler qu'en termes de volume des marchés, le recours au dialogue compétitif s'est considérablement accru au cours des dernières années. Cette procédure s'est révélée utile dans les cas où les pouvoirs adjudicateurs ne sont pas en mesure de définir les moyens permettant de satisfaire leurs besoins ou d'évaluer les solutions que le marché peut offrir sur les plans technique, financier ou juridique. Tel peut notamment être le cas de projets innovants, de la réalisation de projets importants d'infrastructures de transport intégrées, de grands réseaux informatiques ou de projets comportant un financement complexe et structuré. Le cas échéant, les pouvoirs adjudicateurs devraient être encouragés à désigner un chef de projet afin d'assurer une bonne coopération entre les opérateurs économiques et le pouvoir adjudicateur durant la procédure d'attribution ».*

L'article 25 du décret du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics indique les pouvoirs adjudicateurs peuvent désormais recourir à la procédure du dialogue compétitif », pour tous types de marchés dès lors qu'au moins une des cinq situations suivantes est remplie :

- Leurs besoins ne peuvent être satisfaits sans adapter des solutions immédiatement disponibles ;
- Leurs besoins portent notamment sur de la conception ou des solutions innovantes ;
- Le marché ne peut être attribué sans négociations préalables 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 ;
- 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 une référence technique (...);
- Lorsque seules des offres irrégulières ou inacceptables ont été présentées dans le cadre d'une procédure ouverte ou restreinte.

Ces différentes hypothèses consacrent un élargissement substantiel des conditions permettant de recourir à la procédure de dialogue compétitif en raison notamment du caractère très général des trois premières hypothèses même si l'exigence tenant à la justification de la complexité du projet persiste et devra toujours être motivée.

Il n'est donc pas certain que dans l'affaire qui a donné lieu à l'arrêt du 18 décembre 2017, la procédure aurait été annulée par le Conseil d'Etat à l'aune de la nouvelle réglementation dès lors que l'établissement public n'aurait pas été tenu d'établir qu'il se trouvait objectivement dans l'incapacité de définir seul et à l'avance les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins où encore qu'il n'était pas objectivement pas en mesure d'établir le montage juridique ou financier d'un projet. Il lui aurait suffi par exemple de se contenter de démontrer que le dispositif qu'il souhaite acquérir nécessite quelques adaptations eu égard au projet envisagé.....

En revanche, le Conseil d'Etat rappelle que le recours illégal à une procédure de mise en concurrence est de nature à léser n'importe quel candidat quand bien même il a participé à la procédure jusqu'à son terme. Ce rappel est nécessaire tant le contrôle laxiste de certains juges des référés précontractuel tend à se poser de plus en plus la question de l'efficacité et de donc de l'utilité d'une telle procédure de nos jours. La solution mérite donc d'être saluée ainsi que le travail du juge du référé dans cette affaire.

Conseil d'État

N° 413527

Lecture du lundi 18 décembre 2017

REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

Vu la procédure suivante :

La société Leosphere a demandé au juge des référés du tribunal administratif de Nice d'annuler la procédure de passation du marché public engagée par Météo-France pour la fourniture d'une capacité d'observation du vent par Lidar Doppler scannant à longue portée pour l'aéroport de Nice Côte d'Azur. Par une ordonnance n° 1702808 du 4 août 2017, le juge des référés du tribunal administratif de Nice a annulé cette procédure.

Par un pourvoi sommaire et un mémoire complémentaire, enregistrés le 21 août et 1er septembre 2017 au secrétariat du contentieux

du Conseil d'Etat, l'établissement public Météo-France demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler l'ordonnance du 4 août 2017 du juge des référés du tribunal administratif de Nice ;

2°) statuant en référé, de rejeter la requête de la société Leosphere ;

3°) de mettre à la charge de la société Leosphere la somme de 6 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu :

- le code des marchés publics ;

- le code de justice administrative ;

1. Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis au juge des référés du tribunal administratif de Nice que Météo-France a lancé, en février 2016, une procédure de dialogue compétitif en vue de la conclusion d'un marché de fourniture d'une capacité d'observation du vent par Lidar Doppler pour l'aéroport de Nice Côte d'Azur ; qu'à l'issue de la procédure, l'offre de la société Mitsubishi Electric Europe a été retenue ; qu'après avoir remis une offre finale, la société Leosphere a saisi le juge des référés précontractuels d'une demande tendant à l'annulation de cette procédure de passation ; que, par une ordonnance du 4 août 2017, contre laquelle Météo-France se pourvoit en cassation, le juge des référés précontractuels a fait droit à cette demande
2. Considérant qu'aux termes de l'article 36 du code des marchés publics, alors applicable : " La procédure de dialogue compétitif est une procédure dans laquelle le pouvoir adjudicateur conduit un dialogue avec les candidats admis à y participer en vue de définir ou de développer une ou plusieurs solutions de nature à répondre à ses besoins et sur la base de laquelle ou desquelles les participants au dialogue seront invités à remettre une offre. / Le recours à la procédure de dialogue compétitif est possible lorsqu'un marché public est considéré comme complexe, c'est-à-dire lorsque l'une au moins des conditions suivantes est remplie : / 1° Le pouvoir adjudicateur n'est objectivement pas en mesure de définir seul et à l'avance les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins / 2° Le pouvoir adjudicateur n'est objectivement pas en mesure d'établir le montage juridique ou financier d'un projet " ; qu'aux termes du VI de l'article 67 du même code, alors applicable : " Le dialogue s'ouvre avec les candidats sélectionnés. / L'objet du dialogue est l'identification et la définition des moyens propres à satisfaire au mieux les besoins. Tous les aspects du marché peuvent être discutés avec les candidats sélectionnés. "
3. **Considérant, en premier lieu, qu'il ressort des pièces du dossier soumis au juge des référés que Météo-France a recouru à la procédure du dialogue compétitif en estimant ne pas être objectivement en mesure de définir seul et à l'avance les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins ; que l'établissement public avait, toutefois, identifié le Lidar Doppler comme étant la technologie la plus appropriée à ses besoins avant même le lancement de la procédure de passation ; qu'il n'est pas établi que, pour équiper l'aéroport de Nice de cette technologie, il serait nécessaire d'obtenir des sociétés présentes sur le marché le développement spécifique de techniques innovantes ; que, par suite, le juge des référés n'a pas entaché son ordonnance d'erreur de qualification juridique en jugeant que le projet en litige n'était pas d'une complexité technique telle que Météo-France pouvait légalement recourir à la procédure du dialogue compétitif, eu égard aux conditions alors posées par les dispositions de l'article 36 du code des marchés publics ;**
4. **Considérant, en deuxième lieu, qu'il ressort des pièces du dossier soumis au juge des référés que Météo-France a également recouru à la procédure du dialogue compétitif en estimant n'être objectivement pas en mesure de choisir entre différents montages juridiques et financiers qu'elle avait identifiés avant de lancer la procédure de passation ; que, toutefois, la seule indétermination du choix entre un achat de l'appareil, une location de l'appareil avec option d'achat ou l'achat de données, qui ne constituent pas des montages juridiques et financiers complexes, ne révélait pas, à elle seule, l'incapacité objective du pouvoir adjudicateur d'établir le montage juridique ou financier du projet ; que, dès lors, le juge des référés n'a pas non plus entaché son ordonnance d'erreur de qualification juridique en jugeant que le projet en litige n'était pas d'une complexité juridique ou financière telle que Météo-France pouvait légalement recourir à la procédure du dialogue compétitif ;**
5. Considérant, enfin, qu'il appartient au juge des référés, saisi en vertu des dispositions de l'article L. 551-1 du code de justice, 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 ; qu'ainsi, le juge des référés du tribunal administratif de Nice, n'a pas commis d'erreur de droit en jugeant que le recours illégal par Météo-France à la procédure de dialogue compétitif était susceptible d'avoir lésé la société requérante, bien qu'elle ait participé à la procédure jusqu'à son terme, dès lors que l'établissement public avait effectivement dialogué avec les candidats sélectionnés à propos de l'identification et de la définition des moyens propres à satisfaire au mieux ses besoins et qu'il n'établissait pas qu'il aurait été à même de le faire dans les mêmes conditions s'il avait recouru à un appel d'offres ;

6. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que le pourvoi de Météo-France doit être rejeté, y compris ses conclusions présentées au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ; qu'il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de Météo France le versement à la société Leosphere d'une somme de 3 000 euros au même titre ;

DECIDE :

Article 1er : Le pourvoi de Météo-France est rejeté.

Article 2 : Météo-France versera à la société Leosphere une somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : La présente décision sera notifiée à Météo-France, à la société Leosphere et à la société Mitsubishi Electric Europe.