



Sur la possibilité de fixer le montant maximum d'un accord-cadre à bons de commande en cours de procédure !

CE, 12 juin 2019, Ministère des Armées, req. n°427397

Dans le cadre d'une passation d'un accord-cadre à bons de commande, un candidat évincé a obtenu du tribunal administratif de Toulon l'annulation de la procédure aux motifs notamment de l'absence de montant maximum fixé préalablement par l'acheteur. Cette ordonnance a été annulée par le Conseil d'État et fait l'objet de notre commentaire.

Enseignement n°1 : le référé précontractuel pour les marchés de sécurité et de défense n'est pas celui de l'article L. 551-1 du Code de justice administrative

S'il est d'usage de toujours associer les dispositions de l'article L. 551-1 du Code de justice administrative au référé précontractuel, il ne faut pas pour autant perdre de vue le II de l'article L. 551-2 du même code. En effet, pour les contrats relatifs aux domaines de la défense ou de la sécurité, le candidat évincé doit saisir le juge du référé précontractuel sur le fondement des dispositions des articles L. 551-6 et L. 551-7 du Code de justice administrative.

Ainsi, « le juge peut ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations en lui fixant un délai à cette fin. Il peut lui enjoindre de suspendre l'exécution de toute décision se rapportant à la passation du contrat. [...] Il peut, en outre, prononcer une astreinte provisoire courant à l'expiration des délais impartis » (art. L. 551-6). Il est prévu également que si l'intérêt général le commande, le juge du référé puisse « écarter les mesures énoncées au premier alinéa de l'article L. 551-6 lorsque leurs conséquences négatives pourraient l'emporter sur leurs avantages » (art. L. 551-7).

Enseignement n°2 : le rappel des informations en valeur pour un accord-cadre à bons de commande

La décision pose la question sensible des informations relatives à la valeur et à la quantité dans un accord-cadre. Sur ce point, la rigueur du juge du référé précontractuel du tribunal administratif de Toulon a certainement conduit le Palais-Royal à rappeler la réglementation en vigueur. Notons que ladite réglementation en l'espèce reposait sur les textes en vigueur avant l'entrée du Code de la commande publique. Depuis le 1er avril 2019, l'article pertinent en matière d'accords-cadres sur le minimum et le maximum est le R. 2162-4.

Ainsi, sur le fondement de l'ancien article 70 du décret du 25 mars 2016, le pouvoir adjudicateur pouvait conclure un accord-cadre selon les formules suivantes : soit avec un minimum et un maximum en valeur ou en quantité ; soit avec un minimum ou un maximum ; ou alors sans minimum ni maximum. Par conséquent, le Conseil d'État a rappelé que « l'acheteur public n'est pas tenu de fixer le montant maximum pour l'accord-cadre qu'il entend conclure ».

Enseignement n°3 : la fixation du montant peut se faire en cours de procédure

Si aucun texte impose au pouvoir adjudicateur de fixer avant le lancement de la procédure un montant maximum, rien n'interdit de le déterminer durant la négociation. Pour s'en convaincre, relisons la décision : « aucune règle ni aucun principe ne lui interdit, dans le cadre d'une procédure négociée, qu'il ait informé ou non les candidats dans les documents de la consultation que la négociation pourrait le conduire à fixer un montant maximum, de fixer effectivement un tel montant en fin de procédure ».

Il s'agit de l'apport principal de cette décision et le Conseil d'État a annulé l'ordonnance de référé du tribunal administratif de Toulon en

se fondant notamment sur ce point.

Enseignement n°4 : le manquement de minimum et de maximum de quantité ou étendue globale ne lèse pas nécessairement le requérant

Depuis la décision Communauté d'agglomération de l'Artois (CE, 24 oct. 2008, req., n°313600), la quantité ou l'étendue globale d'un accord-cadre doit obligatoirement être présente dans l'avis de marché. C'est sur ce moyen que le candidat évincé a obtenu l'annulation de la procédure devant le tribunal.

Pour autant, si le Conseil d'État a annulé l'ordonnance de référé, ce n'est pas sur l'absence de manquement, mais bien sur l'absence de lésion du candidat évincé. Depuis 2008, la jurisprudence SMIRGEOMES (CE, 3 oct. 2008, req. n°305420) impose une connexion entre l'intérêt à agir du requérant et la lésion. En d'autres termes, le fait d'être un candidat évincé ne suffit pas se prévalant d'un manquement à une obligation de publicité ou de mise en concurrence ne suffit plus. Encore faut-il avoir fait la démonstration que le manquement allégué est à l'origine de la lésion invoquée. Pour écarter ce moyen et annuler l'ordonnance de référé, le Conseil d'État a démontré que les précisions apportées par le pouvoir adjudicateur en cours de négociation, avec les candidats qui ont été admis, était suffisante pour déterminer avec précision la volumétrie globale. En conséquence, le requérant ayant été écarté de la procédure, n'a certes pas obtenu de précisions, mais les autres sociétés non plus. Il n'y a donc pas eu rupture d'égalité entre les candidats. Seules les entreprises ayant été admises ont ensuite profité des précisions du pouvoir adjudicateur.

Le bilan de cette politique jurisprudentielle en vigueur depuis plus de 10 ans est une réduction drastique de l'annulation des procédures de passation. Celles-ci demeurent, en dépit d'irrégularités avérées. La sécurité juridique s'en trouve alors nécessairement touchée au profit d'une stabilisation – excessive – des procédures dans la droite ligne de l'objectif de stabilité des relations contractuelles.

CE, 12 juin 2019, Ministère des Armées, req. n°427397

Considérant ce qui suit :

1. Les pourvois de la ministre des armées et de la société Prezioso Linjebygg sont dirigés contre la même ordonnance. Il y a lieu de les joindre pour statuer par une seule décision.

2. Aux termes de l'article L. 551-1 du code de justice administrative : " Le président du tribunal administratif, ou le magistrat qu'il délègue, peut être saisi en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation par les pouvoirs adjudicateurs de contrats administratifs ayant pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures ou la prestation de services, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation, la délégation d'un service public ou la sélection d'un actionnaire opérateur économique d'une société d'économie mixte à opération unique. () Le juge est saisi avant la conclusion du contrat ". Aux termes de l'article L. 551-2 du même code : " I. Le juge peut ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations et suspendre l'exécution de toute décision qui se rapporte à la passation du contrat, sauf s'il estime, en considération de l'ensemble des intérêts susceptibles d'être lésés et notamment de l'intérêt public, que les conséquences négatives de ces mesures pourraient l'emporter sur leurs avantages. Il peut, en outre, annuler les décisions qui se rapportent à la passation du contrat et supprimer les clauses ou prescriptions destinées à figurer dans le contrat et qui méconnaissent lesdites obligations. / II. - Toutefois, le I n'est pas applicable aux contrats passés dans les domaines de la défense ou de la sécurité au sens de l'article 6 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics. Pour ces contrats, il est fait application des articles L. 551.6 et L. 551-7 ". Aux termes de l'article L. 551-6 du code de justice administrative : " Le juge peut ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations en lui fixant un délai à cette fin. Il peut lui enjoindre de suspendre l'exécution de toute décision se rapportant à la passation du contrat () Il peut, en outre, prononcer une astreinte provisoire courant à l'expiration des délais impartis () ".

3. Il ressort des pièces du dossier soumis au juge du référé précontractuel du tribunal administratif de Toulon que la direction du service de soutien de la flotte de Toulon a lancé une procédure négociée pour l'attribution d'un accord-cadre à bons de commande portant sur la fourniture et l'application de peintures sur des navires et matériels de la Marine nationale basés en façade méditerranéenne. Par courrier du 3 décembre 2018, la direction du service de soutien de la flotte de Toulon a informé la société SONOCAR Industrie du rejet de son offre. La ministre des armées et la société Prezioso Linjebygg, attributaire du marché, se pourvoient en cassation contre l'ordonnance du 11 janvier 2019 par laquelle le juge des référés du tribunal administratif de Toulon, saisi sur le fondement de l'article L. 551-6 du code de justice administrative par la société SONOCAR Industrie, a enjoint à la ministre des armées de suspendre l'exécution de l'ensemble des décisions se rapportant à la procédure de passation et, si elle entendait passer un tel marché, de reprendre la procédure au stade de l'avis d'appel public à la concurrence.

Sur les conclusions du pourvoi de la ministre des armées dirigées contre l'ordonnance attaquée 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 Linjebygg

4. Aux termes du I de l'article 44 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics : " () l'acheteur ne peut communiquer les informations confidentielles qu'il détient dans le cadre du marché public, telles que celles dont la divulgation violerait le secret des

affaires ou pourrait nuire à une concurrence loyale entre les opérateurs économiques, notamment par la communication, en cours de consultation, du montant global ou du prix détaillé des offres. Toutefois, l'acheteur peut demander aux opérateurs économiques de consentir à ce que certaines informations confidentielles qu'ils ont fournies, précisément désignées, puissent être divulguées ". Aux termes de l'article 88 du décret du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics de défense ou de sécurité : " () II. - Pour les marchés publics passés selon une procédure formalisée, l'acheteur, dès qu'il décide de rejeter une candidature ou une offre, notifie à chaque candidat ou soumissionnaire concerné le rejet de sa candidature ou de son offre en lui indiquant les motifs de ce rejet. / Lorsque cette notification intervient après l'attribution du marché public, elle précise, en outre, le nom de l'attributaire et les motifs qui ont conduit au choix de son offre. Elle mentionne également la date à compter de laquelle l'acheteur est susceptible de signer le marché public dans le respect des dispositions de l'article 89. A la demande de tout soumissionnaire ayant fait une offre qui n'a pas été rejetée au motif qu'elle était irrégulière, inacceptable ou inappropriée, l'acheteur communique dans les meilleurs délais et au plus tard quinze jours à compter de la réception de cette demande : / 1° Lorsque les négociations ou le dialogue ne sont pas encore achevés, les informations relatives au déroulement et à l'avancement des négociations ou du dialogue ; / 2° Lorsque le marché public a été attribué, les caractéristiques et les avantages de l'offre retenue ".

5. Il ressort des pièces du dossier de la procédure de référé que la ministre des armées a spontanément produit, dans le cadre de l'instance de référé devant le tribunal administratif de Toulon, le montant global de l'estimation financière de l'offre de la société Prezioso Linjebygg. Le juge du référé précontractuel en a pris acte et a rejeté les conclusions aux fins d'injonction présentées à cette fin par la société, après avoir relevé que ces éléments étaient bien au nombre des caractéristiques et avantages de l'offre retenue, communicables en application de l'article 88 du décret du 25 mars 2016, le pouvoir adjudicateur n'établissant pas qu'une telle communication aurait porté atteinte au secret des affaires. Si, dans son pourvoi, la ministre fait valoir que le juge des référés aurait à cet égard commis une erreur de droit, cette contestation, qui n'est pas dirigée contre le dispositif de l'ordonnance attaquée mais seulement contre ses motifs, n'est, en tout état de cause, pas recevable.

Sur les conclusions des pourvois dirigées contre l'ordonnance attaquée en tant qu'elle a enjoint à la ministre des armées de suspendre l'exécution de l'ensemble des décisions se rapportant à la passation de l'accord-cadre :

6. Pour suspendre l'exécution de l'ensemble des décisions se rapportant à la passation du marché, le juge du référé précontractuel du tribunal administratif de Toulon a relevé, d'une part, que le pouvoir adjudicateur avait prévu que l'accord-cadre aurait un montant maximum, mais n'avait fixé celui-ci qu'à la fin de la procédure de négociation, et, d'autre part, que l'avis de marché ne comportait aucune mention relative à la quantité ou à l'étendue globale de l'accord-cadre.

7. En premier lieu, aux termes de l'article 70 du décret du 25 mars 2016 : " I. - Les acheteurs peuvent conclure des accords-cadres définis à l'article 4 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 susvisée avec un ou plusieurs opérateurs économiques. () Lorsque l'accord-cadre fixe toutes les stipulations contractuelles, il est exécuté au fur et à mesure de l'émission de bons de commande dans les conditions fixées à l'article 72. () / II. - Les accords-cadres peuvent être conclus : 1° Soit avec un minimum et un maximum en valeur ou en quantité ; 2° Soit avec seulement un minimum ou un maximum ; 3° Soit sans minimum ni maximum () ".

8. Il résulte de ces dispositions que l'acheteur public n'est pas tenu de fixer un montant maximum pour l'accord-cadre qu'il entend conclure. En outre, aucune règle ni aucun principe ne lui interdit, dans le cadre d'une procédure négociée, qu'il ait informé ou non les candidats dans les documents de la consultation que la négociation pourrait le conduire à fixer un montant maximum, de fixer effectivement un tel montant en fin de procédure. Par conséquent, en jugeant que le pouvoir adjudicateur, dans le cadre d'une procédure négociée, était tenu, dès lors qu'il avait envisagé d'assigner un montant maximal à un marché, de mentionner ce montant dans les documents de la consultation, le juge du référé précontractuel du tribunal administratif de Toulon a commis une erreur de droit.

9. En deuxième lieu, aux termes de l'annexe IV de la directive 2009/81/CE du Parlement européen et du Conseil 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 entités adjudicatrices dans les domaines de la défense et de la sécurité, l'avis de marché doit indiquer, dans le cas d'un accord-cadre, outre la " quantité des services à fournir ", " la valeur totale des prestations estimée pour toute la durée de l'accord-cadre ". Le modèle d'avis de marché établi, pour les marchés de défense ou de sécurité, par l'annexe XIV au règlement n° 2015/1986 établissant les formulaires standard pour la publication d'avis dans le cadre de la passation de marchés publics, prévoit que doit figurer dans l'avis de marché, outre la " quantité ou étendue globale ", une " estimation de la valeur totale des acquisitions pour l'ensemble de la durée de l'accord-cadre ".

10. Il ressort des pièces du dossier soumis au juge du référé que le cadre " quantité ou étendue globale " de l'avis d'appel public à la concurrence de l'accord-cadre contesté ne comportait aucune des indications requises. Par suite, en relevant que le pouvoir adjudicateur avait manqué à ses obligations de publicité et de mise en concurrence en ne faisant figurer aucune information, même à titre indicatif ou prévisionnel, dans l'avis de marché, et en jugeant qu'une telle irrégularité ne pouvait être palliée ni par le fait qu'avait été fourni aux candidats admis à présenter une offre un scénario de commandes, ni par la transmission aux candidats 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, le juge du référé précontractuel n'a entaché son ordonnance, qui est suffisamment motivée, ni d'erreur de droit, ni de dénaturation.

11. Il appartient toutefois 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.

12. Il ressort des pièces du dossier soumis au juge du référé que l'article 6 du règlement de consultation de l'accord-cadre stipule : " Le prix global () est calculé TTC sur la base des montants suivants : / - Le prix de prestations qui pourraient être commandées sur la base du barème (PBa), évalué à l'aide d'un scénario d'emploi du barème établi sur la base du retour d'expérience du SSD et joint en annexe A au présent règlement () ". Ce scénario d'emploi comporte une colonne " quantité totale commandée au titre du scénario d'emploi du barème " qui donne des indications notamment en nombre de jours ou de m2 pour les 250 lignes de prestations, fondées sur les prestations effectivement réalisées dans le cadre du marché en cours. De plus, les candidats ont été en mesure de demander des précisions au cours des réunions de négociation. Dès lors, la direction du service de soutien de la flotte de Toulon doit être regardée comme ayant apporté des précisions suffisantes quant à l'étendue des besoins à satisfaire aux entreprises dont la candidature a été admise. Par conséquent, en jugeant que le manquement aux obligations de publicité résultant de l'absence d'indication portant sur l'étendue globale du marché avait nécessairement eu un impact sur les prix unitaires proposés par la société SONOCAR Industrie et, par suite, sur l'élaboration de son offre de prix global, et avait été ainsi susceptible de la léser, alors même que cette société avait participé aux négociations, le juge du référé précontractuel du tribunal administratif de Toulon a entaché son ordonnance d'une erreur de qualification juridique.

13. Il résulte de ce qui précède que l'ordonnance du juge du référé précontractuel du tribunal administratif de Toulon doit 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.

14. Dans les circonstances de l'espèce, il y a lieu, en application des dispositions de l'article L. 821-2 du code de justice administrative, de régler l'affaire, dans cette mesure, au titre de la procédure de référé engagée.

15. En premier lieu, doivent être écartés, pour les motifs précédemment exposés, les moyens tirés de l'absence de mention d'un montant maximum de l'accord-cadre dans les documents de la consultation et de ce que l'avis de marché ne comportait aucune mention relative à la quantité ou à l'étendue globale de l'accord-cadre.

16. En deuxième lieu, il résulte de l'instruction que la société Prezioso Linjebygg a produit l'ensemble des documents attestant de la recevabilité de sa candidature. Par suite, le moyen tiré de ce que la ministre des armées aurait dû la rejeter au motif que la société n'aurait pas été à jour de ses obligations fiscales et sociales ne peut qu'être écarté.

17. En troisième lieu, aux termes de l'article 6 du règlement de consultation de l'accord-cadre : " Toute ligne de prestation sur barèmes non renseignée par le soumissionnaire (prestation non chiffrée ou comportant une exclusion) est complétée par le service par le prix le plus élevé de toutes les offres multiplié par deux ". Contrairement à ce que soutient la société SONOCAR Industrie, la circonstance qu'elle a rempli toutes les lignes de ce document tout en n'obtenant pas une note plus élevée que celle de son concurrent ne saurait révéler, par elle-même, que cette méthode de notation du critère du prix n'aurait pas été appliquée. Par ailleurs, les quelques incohérences ou approximations dans la présentation des prestations faisant l'objet de l'accord-cadre, relevées par la société dans l'annexe financière ayant permis de comparer les offres des candidats, n'établissent pas que cette comparaison aurait été faussée.

18. Enfin, si la société SONOCAR Industrie soutient que le pouvoir adjudicateur aurait dénaturé les termes de son offre sur deux points, affectant ainsi la notation du sous-critère " management " du critère " valeur technique et managériale ", il résulte de l'instruction que, même si elle avait obtenu sur ce sous-critère la note de 20 sur 20, et non la note de 19,77 sur 20 qui lui a été attribuée, sa note globale serait restée inférieure à celle de la société Prezioso Linjebygg. Le manquement, à le supposer établi, n'est donc, en tout état de cause, pas susceptible de l'avoir lésée.

19. Il résulte de tout ce qui précède que les conclusions de la société SONOCAR Industrie tendant à la suspension de l'exécution de l'ensemble des décisions se rapportant à la passation de l'accord-cadre doivent être rejetées.

20. Il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de la société SONOCAR Industrie le versement d'une somme de 4 500 euros à la société Prezioso Linjebygg sur le fondement des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative, au titre de l'ensemble de la procédure. Les dispositions de cet article font obstacle à ce qu'une somme soit mise à la charge de l'Etat et de la société Prezioso Linjebygg qui ne sont pas, dans la présente instance, les parties perdantes.

D E C I D E :

Article 1er : Les articles 1er et 2 de l'ordonnance du 11 janvier 2019 du juge du référé précontractuel du tribunal administratif de Toulon sont annulés.

Article 2 : Les conclusions à fin de suspension de l'exécution 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 et ses conclusions présentées devant le Conseil d'Etat au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 3 : La société SONOCAR Industrie versera à la société Prezioso Linjebygg une somme de 4 500 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.