

Les marchés de services attribués au lauréat d'un concours

Les marchés de services conclus avec les lauréats de concours peuvent être passés « sans publicité ni mise en concurrence préalables ». Très souvent utilisé en matière de marchés de maîtrise d'œuvre, ce dispositif se distingue des autres cas dans lesquels des marchés peuvent être conclus de gré à gré, principalement en raison de la nécessaire articulation entre la phase de concours et la phase d'attribution du marché.

La possibilité, dérogatoire, de conclure des marchés sans publicité ni mise en concurrence est prévue par l'article L. 2122-1 du Code de la commande publique (CCP) : « L'acheteur peut passer un marché sans publicité ni mise en concurrence préalables dans les cas fixés par décret en Conseil d'Etat lorsque en raison notamment de l'existence d'une première procédure infructueuse, d'une urgence particulière, de son objet ou de sa valeur estimée, le respect d'une telle procédure est inutile, impossible ou manifestement contraire aux intérêts de l'acheteur ».

Les cas dans lesquels cette possibilité peut être mise en œuvre sont limitativement énumérés par le CCP (dans le prolongement de ce qui prévalait déjà dans le Code des marchés publics ainsi que dans l'ordonnance du 23 juillet 2015 et le décret du 25 mars 2016⁽¹⁾). Les cas prévus peuvent, schématiquement, être rangés dans deux catégories.

Il y a, d'un côté, les hypothèses dans lesquelles l'acheteur est dispensé d'organiser une mise en concurrence pour des raisons qui lui sont extérieures. On y retrouve, notamment, les hypothèses de l'urgence impérieuse⁽²⁾,



Auteur

Romain Lauret

Avocat associé, SELARL Symchowicz-Weissberg & Associés



Mots clés

Accords-cadres de service • Concours • Négociation
• Procédure négociée de gré à gré

(1) Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 ; décret n° 2016-360 du 25 mars 2016.

(2) CCP, art. R. 2122-1.

de l'infructuosité d'une première procédure^[3], d'absence de concurrence possible^[4] et des « petits » marchés^[5]. Dans ces hypothèses, la dérogation à l'obligation de mise en concurrence est évidente et caractérisée : aucune mise en concurrence n'intervient, à aucun stade.

Et il y a, d'un autre côté, les hypothèses dans lesquelles l'acheteur est dispensé d'organiser une mise en concurrence par l'organisation qu'il met en place. On y retrouve principalement les hypothèses de l'achat de fournitures complémentaires^[6] et de prestations similaires, pour les travaux et les services^[7]. C'est également ici que se retrouve l'hypothèse de la conclusion, de gré à gré, du marché de services avec un lauréat de concours^[8]. Dans ces hypothèses, la dérogation est de moindre importance. Dans tous ces cas, en effet, une mise en concurrence a été conduite (pour choisir le titulaire du marché initial ou le ou les lauréat(s) du concours) et a abouti au choix, par principe transparent et objectif, de l'opérateur avec lequel le marché est conclu. Le plus souvent même – sauf le cas particulier des fournitures complémentaires – la mise en concurrence initiale a intégré le principe de la concrétisation d'un achat futur.

Parmi ces différentes dérogations, nous concentrerons notre analyse sur celle relative à la conclusion d'un marché de services avec un lauréat de concours et, plus particulièrement, d'une part, sur le recours à cette dérogation et, d'autre part, sur les conditions d'attribution du marché.

Le recours à la procédure négociée de gré à gré

Bien que la question soit moins sujette à interprétation que pour d'autres cas, en particulier ceux de l'urgence impérieuse ou de l'unicité de l'opérateur susceptible de réaliser la prestation, l'hypothèse du recours à la négociation de gré à gré avec un lauréat de concours mérite quelques précisions ; notamment parce que le recours irrégulier à cette procédure entache d'illégalité le marché qui en découle et justifie même, le plus souvent, son annulation^[9].

Que ce soit en droit de l'Union européenne ou en droit interne, cette exception de mise en concurrence pour les marchés conclus avec un lauréat de concours n'a pas beaucoup évolué dans le temps. Dans le dernier état des textes, l'article 32 de la directive 2014/24/UE du 26 février 2014 dispose qu'il « est possible de recourir à la procédure négociée sans publication préalable pour des

marchés publics de services lorsque le marché considéré fait suite à un concours organisé conformément à la présente directive et est, en vertu des règles prévues dans le cadre du concours, attribué au lauréat ou à un des lauréats de ce concours » ; tandis que l'article R. 2122-6 du CCP prévoit que « L'acheteur peut passer un marché de services sans publicité ni mise en concurrence préalables avec le lauréat ou l'un des lauréats d'un concours. (...) ».

Des conditions communes aux différents marchés de gré à gré

Ces textes appellent d'abord quelques observations générales, souvent communes aux autres hypothèses de recours aux marchés négociés de gré à gré.

Premièrement, le recours à l'attribution « libre » d'un marché de services à un lauréat de concours est d'interprétation stricte. C'est la position constante du juge communautaire, d'ailleurs exprimée dans le domaine du concours : « cette disposition [l'équivalent de l'article 32 de la directive n° 2014/24/UE] en tant qu'exception à une règle fondamentale doit faire l'objet d'une interprétation stricte »^[10]. Et, dans ce cas, « c'est à celui qui entend s'en prévaloir qu'incombe la charge de la preuve que les circonstances exceptionnelles justifiant la dérogation existent effectivement »^[11].

Deuxièmement, la conclusion de gré à gré d'un marché de services avec un lauréat de concours est possible quel que soit le montant du marché. Un marché de services d'un montant supérieur au seuil de procédure formalisée applicable à l'acheteur concerné peut donc être conclu de gré à gré avec un lauréat de concours dès lors que toutes les autres conditions sont réunies. C'est d'ailleurs tout l'intérêt du dispositif qui, à défaut, serait d'une portée très limitée.

Troisièmement, même si les textes ne l'affirment plus clairement, il reste possible d'attribuer de gré à gré un accord-cadre de services à un lauréat de concours. Auparavant, l'article 35 du Code des marchés publics disposait que pouvaient être négociés sans publicité préalable et sans mise en concurrence « Les marchés et les accords-cadres de services qui sont attribués à un ou plusieurs lauréats d'un concours ». La mention des accords-cadres de services a cependant disparu lors de la transposition de la directive 2014/24/UE, conséquence vraisemblable de l'alignement complet des législations françaises et européennes faisant de l'accord-cadre non plus une catégorie de marchés mais une « technique d'achat », au même titre, d'ailleurs, que le concours. Cette suppression aurait pu être interprétée comme traduisant l'impossibilité nouvelle de conclure, de gré à gré, un accord-cadre de services avec un lauréat de concours. Ce n'est pourtant pas, à notre sens, la portée qu'il faut donner à ce texte, l'accord-cadre – bien que ne

[3] CCP, art. R. 2122-2.

[4] CCP, art. R. 2122-3.

[5] CCP, art. R. 2122-8.

[6] CCP, art. R. 2122-4.

[7] CCP, art. R. 2122-7.

[8] CCP, art. R. 2122-6.

[9] Voir par exemple particulièrement sur cette hypothèse : CAA Lyon 29 novembre 2012, Ville de Bron, req. n° 12LY00568 ; TA Lyon 5 novembre 2015, req. n° 1508275 ; TA Lyon 18 juillet 2013, Préfet du Rhône, req. n° 1103833.

[10] CJCE 14 octobre 2004, Commission c/ France, aff. C-340/02.

[11] CJCE 14 octobre 2004, Commission c/ France, précité.

constituant plus un marché – n'en demeurant pas moins un « contrat » qui doit être conclu comme un marché public, selon la grille de procédures prévue par le CCP. De sorte que rien ne devrait faire obstacle à la conclusion d'un accord-cadre de services, dans notre cas avec un lauréat de concours.

Des conditions propres à l'hypothèse du concours

Les textes précités appellent ensuite quelques observations plus spécifiques.

D'abord, la conclusion de gré à gré d'un marché de services avec un lauréat de concours est possible quelles que soient les raisons – pourvu qu'elles soient bonnes, cf. infra – qui ont conduit l'acheteur à organiser le concours. Parfois, le concours est obligatoire. C'est en particulier le cas pour les marchés de maîtrise d'œuvre ayant pour objet la réalisation d'un ouvrage de bâtiment conclus par les acheteurs soumis aux dispositions relatives à la maîtrise d'ouvrage publique et à la maîtrise d'œuvre privée^[12]. Dans les autres cas, c'est l'acheteur qui, sans y être contraint, décide d'organiser un concours. Or, que l'organisation d'un concours soit obligatoire ou facultative, et dès lors que les autres conditions sont réunies, l'attribution d'un marché au ou à l'un des lauréats du concours est possible.

Ensuite, l'attribution sans mise en concurrence d'un marché à un lauréat de concours n'est possible que si le recours au concours est lui-même possible. Malgré quelques modifications rédactionnelles, il est admis que le concours est une technique grâce à laquelle l'acheteur choisit « un plan ou un projet »^[13], « principalement dans le domaine de l'aménagement du territoire, de l'urbanisme, de l'architecture et de l'ingénierie ou du traitement de données »^[14]. Dans ces conditions, comme le concours, le marché attribué à un lauréat de concours ne peut porter que sur la conception d'un plan ou d'un projet. Sortir de ce cadre rend le concours illégal par son objet ; illégalité entachant également le marché conclu avec le lauréat. C'est à ce titre, par exemple, que la CJUE considère que « l'assistance au maître d'ouvrage dans l'analyse des offres remises dans le cadre de la procédure (...) ne constitue pas un plan ou un projet » susceptible de donner lieu à l'organisation d'un concours (et donc à un marché passé sans mise en concurrence). Et c'est également dans ce cadre qu'un tribunal administratif a jugé, à propos d'un marché qui comportait la réalisation de travaux de construction d'une fontaine, que « la procédure de concours ne pouvait pas être utilisée »^[15] ; le marché conclu avec le lauréat de ce concours étant illégal. En définitive, au-delà du texte de l'article R. 2122-6 du CCP limitant l'hypothèse aux seuls mar-

chés de services, le dispositif n'est applicable qu'aux marchés de services ayant un objet éligible au concours.

Enfin, pour terminer, la conclusion d'un marché de services sans publicité ni mise en concurrence préalable avec un lauréat de concours implique de l'avoir prévu dans l'avis de concours. C'est ce que prévoit l'article R. 2162-15 du CCP, aux termes duquel « Lorsqu'il [l'acheteur] entend attribuer un marché de service au lauréat ou à l'un des lauréats du concours en application de l'article R. 2122-6, il l'indique dans l'avis de concours ». À cet égard, l'acheteur ne doit pas se réserver une simple faculté d'attribuer le marché au lauréat (ou à l'un des lauréats). C'est une vraie obligation qui doit être stipulée (sans préjudice évidemment du droit de tout acheteur d'abandonner une procédure). À défaut, le juge pourrait considérer que le lien indispensable entre le concours et le marché conclu – cf. partie II – n'est pas suffisamment établi et que, en réalité, le marché aurait pu être attribué à un autre opérateur que le lauréat ou l'un des lauréats du concours, au terme d'une procédure de mise en concurrence. C'est ce qu'a jugé la CJUE dans sa décision précitée *Commission c/ France*, en relevant que l'avis de concours « prévoit seulement la possibilité, mais non pas l'obligation, de confier la deuxième étape au lauréat du concours concernant la première étape », de sorte qu'il « ne peut pas être affirmé que le marché concernant la deuxième étape doit être attribué au lauréat ou à un des lauréats du concours »^[16].

La mise en œuvre de la procédure négociée de gré à gré

La combinaison concours – marché de gré à gré appelle également des observations relatives à la mise en œuvre de la procédure négociée de gré à gré.

Ces observations résultent, d'une manière générale, de l'articulation entre le concours, d'une part, et la conclusion du marché, d'autre part. En effet, même si le concours ne constitue pas une procédure de mise en concurrence (il n'est ni une procédure adaptée ni une procédure formalisée mais une « technique d'achat » après avoir été brièvement un « mode de sélection »), il constitue une technique par laquelle l'acheteur choisit « après mise en concurrence » un plan ou un projet. Or, et c'est la particularité de l'attribution du marché à un lauréat de concours par rapport aux autres hypothèses de recours aux marchés de gré à gré, il n'est pas possible de faire comme si cette première étape de « mise en concurrence » n'existait pas.

Le lien entre le concours et le marché de services

Dans ce contexte, pour conclure régulièrement de gré à gré un marché de services avec un lauréat de concours, la négociation du marché ne doit pas aboutir à rompre

[12] CCP, livre IV – codification de la loi n° 85-704 dite loi MOP.

[13] CCP, art. L. 2125-1.

[14] Directive 2014/24/UE du 26 février 2014, art. 2.

[15] TA Strasbourg 21 décembre 2010, Société Les Fontainiers de Paris, req. n° 0700725.

[16] CJCE 14 octobre 2004, *Commission c/ France*, précité.

les indispensables liens organique et fonctionnel entre le concours et le marché qui, précisément, en découlent.

Premièrement, un lien organique doit demeurer. En dépit de la dissociation claire entre les deux temps de la « procédure » (concours / conclusion du marché), le marché de gré à gré ne peut pas être conclu avec un autre opérateur que le lauréat ou l'un des lauréats du concours. C'est ce qui résulte de l'article R. 2122-6 du CCP selon lequel le marché de services est conclu « avec le lauréat ou l'un des lauréats du concours ». Dans la plupart des configurations, un tel rappel relève de l'évidence. Une interrogation peut cependant apparaître lorsque le lauréat du concours prend la forme d'un groupement d'opérateurs économiques. Un acheteur pourrait, par exemple, souhaiter, au terme des négociations qui auront permis d'affiner le projet, ne conclure le marché de services qu'avec une partie des membres du groupement voire ajouter d'autres membres. Or, sur ce point, et même si le concours ne constitue pas la première étape d'une mise en concurrence globale, il nous semble possible de raisonner par analogie avec les règles applicables dans les procédures de mise en concurrence classiques et posant le principe de la stabilité des groupements momentanés d'entreprises⁽¹⁷⁾, pour considérer que, sauf circonstances particulières, le marché doit être conclu avec le groupement, à la composition inchangée, qui a été désigné lauréat.

Deuxièmement, doit également exister un lien fonctionnel entre le concours et le marché conclu. Implique à la lecture de l'article R. 2122-6 du CCP, le principe s'infère de l'article 32 de la directive 2014/24/UE selon lequel il est possible de recourir à la procédure négociée sans publication préalable pour des marchés publics de services « lorsque le marché considéré fait suite à un concours ». Il en résulte, pour la CJUE, que « la dispense de publication d'un avis n'est possible que lorsque le marché considéré fait suite à un concours et qu'il doit être attribué au lauréat ou à un des lauréats du concours »⁽¹⁸⁾. L'avocat général insiste d'ailleurs dans ses conclusions sur l'idée que le marché « doit découler du concours préalable » et qu'il « doit être attribué aux lauréats ou à l'un des lauréats de ce concours ». Il précise : « il doit exister un tel lien fonctionnel entre le concours et le marché qui le suit que le pouvoir adjudicateur soit en mesure d'établir préalablement, à savoir dans l'avis de marché, qu'un des lauréats doit être impliqué dans le marché qui suit. Si ce lien fonctionnel fait défaut, alors le marché qui suit ne peut être réservé aux lauréats »⁽¹⁹⁾. Il en résulte que le marché conclu au terme de cette procédure négociée sans publicité ni mise en concurrence ne peut pas être fondamentalement différent de l'objet du concours ; ce qui renvoie, notamment, aux conditions dans lesquelles le marché est négocié.

La négociation du marché

La particularité des marchés de gré à gré conclus avec le lauréat ou l'un des lauréats de concours est qu'ils sont négociés alors qu'une mise en concurrence a déjà été organisée et alors, à la différence des autres hypothèses, que plusieurs opérateurs peuvent prétendre à l'attribution du marché. Ce qui, forcément, interroge sur les marges de manœuvre dont dispose l'acheteur à ce stade.

En première approche, la liberté dont dispose l'acheteur apparaît importante, à tous les stades de la procédure négociée.

Au stade du choix des opérateurs avec lesquels il va négocier le marché, d'abord, puisque, dans le cadre du concours, l'acheteur peut s'affranchir de l'avis, simplement consultatif, du jury dans la désignation du ou des lauréats⁽²⁰⁾ (tout juste doit-il alors rendre publics les motifs de son choix).

Dans la conduite des négociations, ensuite, dès lors qu'il n'est pas tenu d'informer les lauréats du fait qu'ils sont plusieurs à participer aux négociations⁽²¹⁾ et que la négociation peut porter sur tous les aspects du marché, y compris sur le prix⁽²²⁾ et, de manière plus générale, sur des sujets qui n'auraient pas été abordés, par le prisme des critères d'évaluation stipulés en phase concours, par le jury. Ce qui apparaît somme toute logique pour une « procédure négociée » intervenant à la suite d'un concours dans lequel la négociation est interdite.

Au stade du choix de l'attributaire (dans l'hypothèse où plusieurs lauréats ont participé aux négociations) enfin dans la mesure où les textes sont parfaitement muets sur les modalités selon lesquelles ces lauréats doivent être départagés. Certes, les projets des différents soumissionnaires ont bien été appréciés, en phase concours, au vu des critères d'évaluation stipulés dans le règlement de concours. Mais dès lors que la phase d'attribution du marché de services est juridiquement distincte et que le CCP ne définit pas de règles particulières en matière de choix de l'attributaire, l'acheteur retrouve, par principe, la liberté attachée aux marchés négociés de gré à gré.

À l'échelle du projet, la liberté de l'acheteur peut donc apparaître presque totale. Elle doit cependant être tempérée, à trois égards.

Premièrement, lorsque plusieurs lauréats sont désignés à l'issue du concours, « ils sont tous invités à participer aux négociations »⁽²³⁾. Il faut évidemment lire que, dans une telle hypothèse, les lauréats doivent tous être invités à participer. Autrement dit, à la différence des pro-

(17) Voir notamment : CCP, art. R. 2142-26 ; CJUE 24 mai 2016, MT Hojgaard A/S, Züblin A/S c. Banedanmark, aff. C-396/14.

(18) CJCE 14 octobre 2004, Commission c/ France, précité.

(19) Concl. M. L. A. Geelhoed sur CJCE 14 octobre 2004, Commission c/ France, précité.

(20) CE 1^{er} octobre 1997, Commune de Panluel, req. n° 170033.

(21) TA Pau 13 juillet 2016, SELARL Architectures A. Scaranello, req. n° 1601213 ; TA Nantes 1^{er} juin 2015, Société EAZK Associés, req. n° 1504076.

(22) TA Marseille 8 octobre 2013, SARL Levy-Magnan, req. n° 1006315 ; voir aussi : TA Nantes 24 janvier 2012, Société de Coquereau, req. n° 1200144.

(23) CCP, art. R. 2122-6.

cédures de mise en concurrence dans lesquelles l'acheteur peut, le plus souvent à la condition de l'avoir prévu, ne pas engager les négociations avec tous les soumissionnaires, l'acheteur ayant organisé un concours ne peut pas choisir – quand bien même le prévoirait-il – les lauréats avec lesquels il va négocier. La contrainte doit cependant être largement relativisée puisque c'est lui qui choisit le ou les lauréat(s) avec lequel (lesquels) il devra négocier.

Deuxièmement, même s'il est passé, selon la terminologie retenue par le législateur interne, « sans publicité ni mise en concurrence préalables » (là où le législateur communautaire retient l'idée d'une « procédure négociée sans publication préalable »), le marché de services attribué au lauréat d'un concours demeure un marché. À ce titre, sa conclusion est soumise aux principes, de valeur constitutionnelle, d'égalité de traitement des candidats, de liberté d'accès et de transparence des procédures qui doivent permettre « d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics »^[24]. L'acheteur ne peut donc pas abuser de l'importante liberté dont il dispose, notamment lors des négociations avec les lauréats au cours desquelles il ne peut évidemment pas, par ses comportements (notamment en termes de transmission d'informations), avantager un lauréat par rapport aux autres.

Enfin, bien qu'elle puisse porter sur tous les aspects du marché, la négociation ne peut pas aboutir à la conclusion d'un marché dont l'objet serait différent de celui ayant donné lieu au concours, dont les caractéristiques essentielles ne devraient, au demeurant, pas être modifiées de manière substantielle. On retrouve, ici encore, cette idée de continuité entre le concours et le marché attribué aux lauréats, le résultat de la « mise en concurrence » mise en œuvre à travers le concours ne pouvant pas être significativement remise en cause lors des négociations. Il reste, eu égard à la « liberté » dont dispose l'acheteur, que le contrôle du juge devrait demeurer limité, ce que traduit d'ailleurs la jurisprudence disponible sur ce sujet dont il résulte que le juge se limite à un contrôle du « bouleversement » des caractéristiques du projet ou de l'offre remise par le lauréat en phase concours^[25]. Dans ce cadre, des « adaptations » sont donc parfaitement possibles, quitte à ce qu'elles aient des incidences, même à la hausse, sur le prix initialement proposé en phase concours ; la limite étant atteinte lorsque, comme en matière de modification des marchés en cours d'exécution, l'adaptation remet en cause les fondements du choix de l'attributaire.

[24] CCP, art. L. 3.

[25] TA Pau 13 juillet 2016, SELARL Architectures A. Scaranello, précité ; TA Paris 29 novembre 2012, Société Arc Pole, précité ; TA Nantes 24 janvier 2012, Société de Coquereaumont, précité.