

Conseil d'État

**N° 364551**

ECLI:FR:CESSR:2013:364551.20130311

Mentionné dans les tables du recueil Lebon

**7ème et 2ème sous-sections réunies**

Mme Laurence Marion, rapporteur

M. Bertrand Dacosta, rapporteur public

FOUSSARD ; SCP BOULLOCHE, avocat(s)

lecture du lundi 11 mars 2013

**REPUBLIQUE FRANCAISE**

**AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS**

Vu 1°, sous le n° 364551, le pourvoi sommaire et le mémoire complémentaire, enregistrés les 14 et 28 décembre 2012 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, présentés pour l'Assemblée des chambres françaises de commerce et d'industrie, dont le siège est 46 avenue de la Grande Armée à Paris cedex 17 (75858), représentée par son président ; l'Assemblée des chambres françaises de commerce et d'industrie demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler l'ordonnance n° 1219455/3-5 du 29 novembre 2012 par laquelle le juge des référés du tribunal administratif de Paris, statuant en application de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, sur la demande de la Mutuelle du personnel de la chambre de commerce et d'industrie de Paris, a, d'une part, annulé l'ensemble des décisions se rapportant à la procédure de passation du lot n° 2 du marché des prestations d'assurance collective en matière de prévoyance et de frais de soins de santé pour les collaborateurs et ayants droit du réseau des chambres de commerce et d'industrie, et, d'autre part, rejeté le surplus des conclusions des parties ;

2°) statuant en référé, de rejeter les conclusions de la Mutuelle du personnel de la chambre de commerce et d'industrie de Paris ;

3) de mettre à la charge de la Mutuelle du personnel de la chambre de commerce et d'industrie de Paris le versement de la somme de 5 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Vu 2°, sous le n°364603, le pourvoi sommaire et le mémoire complémentaire, enregistrés les 18 décembre 2012 et 2 janvier 2013 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, présentés pour la Mutuelle des chambres de commerce et d'industrie, dont le siège est 26 rue Fortuny à Paris (75017) ; la Mutuelle des chambres de commerce et d'industrie demande au Conseil d'Etat :

1) d'annuler l'ordonnance n°1219455/3-5 du 29 novembre 2012 par laquelle le juge des référés du tribunal administratif de Paris, statuant en application de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, sur la demande de la Mutuelle du personnel de la chambre de commerce et d'industrie de Paris, a, d'une part, annulé l'ensemble des décisions se rapportant à la procédure de passation du lot n°2 du marché des prestations d'assurance collective en matière de prévoyance et de frais de soins de santé pour les collaborateurs du réseau des chambres de commerce et d'industrie et leurs ayants droit, et, d'autre part, rejeté le surplus des conclusions des parties ;

2) statuant en référé, de rejeter les conclusions de la Mutuelle du personnel de la chambre de commerce et d'industrie de Paris ;

3) de mettre à la charge de la Mutuelle du personnel de la chambre de commerce et d'industrie de Paris le versement de la somme de 13 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

.....

Vu les autres pièces des dossiers ;

Vu la note en délibéré, enregistrée le 26 février 2013, présentée pour la Mutuelle du personnel de la chambre de commerce et d'industrie de Paris ;

Vu la note en délibéré, enregistrée le 27 février 2013, présentée sous le n°364603 pour la Mutuelle des chambres de commerce et d'industrie ;

Vu la note en délibéré, enregistrée le 28 février 2013, présentée sous le n°364551 pour l'Assemblée des chambres françaises de commerce et d'industrie ;

Vu la note en délibéré, enregistrée le 1er mars 2013, présentée pour la Mutuelle du personnel de la chambre de commerce et d'industrie de Paris ;

Vu le code des marchés publics ;

Vu le code de justice administrative ;

Après avoir entendu en séance publique :

- le rapport de Mme Laurence Marion, Maître des Requêtes,

- les observations de Me Foussard, avocat de l'Assemblée des chambres françaises de commerce et d'industrie, de Me Lyon-Caen, avocat de la Mutuelle des chambres de commerce et d'industrie, et de la SCP Bouilloche, avocat de la Mutuelle du personnel de la chambre de commerce et d'industrie de Paris,

- les conclusions de M. Bertrand Dacosta, rapporteur public ;

La parole ayant été à nouveau donnée à Me Foussard, avocat de l'Assemblée des chambres françaises de commerce et d'industrie, à Me Lyon-Caen, avocat de la Mutuelle des chambres de commerce et d'industrie, et à la SCP Bouilloche, avocat de la Mutuelle du personnel de la chambre de commerce et d'industrie de Paris ;

1. Considérant que les pourvois de l'Assemblée des chambres françaises de commerce et d'industrie (ACCI) et de la Mutuelle des chambres de commerce et d'industrie (MCCI) sont dirigés contre la même ordonnance ; qu'il y a lieu de les joindre pour statuer par une seule décision ;

2. Considérant qu'en vertu des dispositions 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, avant la conclusion d'un contrat de commande publique ou de délégation de service public, d'un manquement, par le pouvoir adjudicateur, à ses obligations de publicité et de mise en concurrence ; qu'aux termes de l'article L. 551-2 du même code : " 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 " ; qu'aux termes enfin de l'article L. 551-10 du même

code : “ Les personnes habilitées à engager les recours prévus aux articles L. 551-1 et L. 551-5 sont celles qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d’être lésées par le manquement invoqué, ainsi que le représentant de l’Etat dans le cas où le contrat doit être conclu par une collectivité territoriale ou un établissement public local (...) “ ;

3. Considérant qu’il ressort des pièces du dossier soumis au juge des référés du tribunal administratif de Paris que l’ACCI, agissant en tant que centrale d’achat pour l’ensemble des établissements relevant du réseau des chambres de commerce et d’industrie, a lancé par un avis d’appel public à la concurrence publié les 4 et 7 juillet 2012 une procédure de dialogue compétitif en vue de l’attribution d’un marché de services composé de deux lots portant respectivement sur l’assurance collective en matière de prévoyance et sur les frais de soins de santé des personnels des chambres de commerce et d’industrie et des “ entités liées “ et de leurs ayants droit ; que la Mutuelle du personnel de la chambre de commerce et d’industrie de Paris (MPCCIP) et la MCCI ont chacune déposé une offre pour ce second lot ; que, par un courrier daté du 31 octobre 2012, l’ACCI a informé la MPCCIP du rejet de son offre et de l’attribution du lot n°2 du marché à la MCCI ; que, par l’ordonnance attaquée du 29 novembre 2012, le juge des référés du tribunal administratif de Paris, saisi par la MPCCIP, a annulé la procédure de passation du lot n°2 de ce marché ;

4. Considérant qu’aux termes de l’article 36 du code des marchés publics : “ 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 “ ;

5. Considérant qu’il ressort des pièces du dossier soumis au juge des référés que le marché litigieux s’inscrivait dans le cadre d’une réforme d’ensemble du réseau des chambres de commerce et d’industrie ; qu’il avait notamment pour objectif d’harmoniser les garanties d’assurance collective en matière de prévoyance et de frais de soins de santé pour l’ensemble des personnels du nouveau réseau consulaire, jusqu’alors couverts de manière hétérogène par de nombreux contrats souscrits par les différents établissements ou “ entités “ liés au réseau consulaire ; qu’il avait ainsi vocation à se substituer progressivement, en fonction de leurs dates d’échéance respectives, à tous les contrats passés par les établissements et “ entités “ ; qu’en outre, l’ACCI souhaitait que soient mises au point des solutions techniques originales permettant à la fois d’optimiser le dialogue social et la “ gouvernance “ du dispositif et de renforcer la qualité de la couverture des soins à moindre coût, en tenant compte de l’hétérogénéité des pratiques antérieures ; qu’en jugeant que, dans le contexte particulier qu’il avait lui-même relevé, de refonte d’ensemble des différents dispositifs d’assurance en vigueur au sein du réseau des chambres de commerce et entités liées, l’ACCI ne pouvait être regardée comme n’étant pas en mesure de définir seule et à l’avance l’ensemble des moyens techniques pouvant répondre à ses besoins et qu’elle ne pouvait dès lors recourir légalement à la procédure de dialogue compétitif en application des dispositions précitées de l’article 36 du code des marchés publics, le juge des référés a inexactement qualifié les faits qui lui étaient soumis ; qu’il y a lieu, par suite, d’annuler

l'ordonnance attaquée ;

6. Considérant que dans les circonstances de l'espèce, il y a lieu, en application de l'article L. 821-2 du code de justice administrative, de régler l'affaire au titre de la procédure de référé engagée par la MPCCIP ;

7. Considérant qu'il résulte de l'instruction qu'en réponse à la demande de communication par la MPCCIP des motifs détaillés du rejet de son offre à la suite du courrier qu'elle estimait incomplet du 31 octobre 2012 l'informant de ce rejet et des raisons pour lesquelles elle n'avait pas été retenue, l'ACCI a précisé, dans un courrier du 15 novembre 2012, comme le demandait la MPCCIP, le détail des notes et appréciations relatives aux offres de la MPCCIP et de la MCCI ; que la MPCCIP ne peut en conséquence invoquer une violation de l'article 80 du code des marchés publics imposant au pouvoir adjudicateur de notifier aux candidats le rejet de leurs offres et ses motifs ;

8. Considérant que, ainsi qu'il a été dit ci-dessus au point 5, les difficultés tenant à la mise en place pour la première fois d'un marché unique se substituant progressivement aux multiples contrats de protection santé existants, dans un contexte de réforme profonde du réseau consulaire, ne permettaient pas à l'ACCI d'être objectivement en mesure de définir seule et à l'avance les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins ; que par suite, la MPCCIP n'est pas fondée à soutenir que l'ACCI aurait illégalement eu recours à la procédure de dialogue compétitif pour l'attribution du lot n°2 du marché litigieux ;

9. Considérant qu'aucune disposition du code des marchés publics n'interdit au pouvoir adjudicateur de prévoir, dans le cadre d'un marché attribué à l'issue d'une procédure de dialogue compétitif, des tranches fermes et des tranches conditionnelles, pouvant, dès lors que les conditions posées par l'article 77 du code des marchés publics pour le recours à des marchés à bons de commande sont respectées, donner lieu à l'émission de bons de commande ; que, dans ces conditions, la MPCCIP n'est pas fondée à soutenir que l'ACCI aurait, en prévoyant des tranches donnant lieu à des bons de commande, méconnu son obligation de définition préalable de ses besoins et, par suite, les dispositions de l'article 5 du code des marchés publics, faute d'avoir suffisamment précisé les quantités prévisionnelles du marché litigieux ;

10. Considérant qu'aux termes du II de l'article 77 du code des marchés publics : " La durée des marchés à bons de commande ne peut dépasser quatre ans, sauf dans des cas exceptionnels dûment justifiés, notamment par leur objet ou par le fait que leur exécution nécessite des investissements amortissables sur une durée supérieure à quatre ans. (...) " ; qu'il résulte de l'instruction que l'objet du marché, tend, ainsi qu'il a été dit, à substituer progressivement un régime unifié de couverture complémentaire santé aux régimes existant pour l'ensemble des personnels du réseau des chambres de commerce et d'industrie et " entités " liées et pour leurs ayants droit et que, si le marché prévoit un début d'exécution des prestations au 1er janvier 2013 pour les collaborateurs du réseau consulaire et leurs ayants droit, les associations liées au réseau consulaire pourront n'en bénéficier qu'ultérieurement, à la date d'échéance de leurs propres contrats d'assurance ; qu'ainsi, dans les circonstances particulières de l'espèce, le contrat litigieux doit être regardé comme relevant d'un cas exceptionnel justifiant la conclusion d'un marché à bons de commande

pour une durée de cinq ans ;

11. Considérant que, s'il appartient au pouvoir adjudicateur d'indiquer les critères d'attribution du marché ainsi que leur pondération, aucun principe ni aucun texte ne lui imposent d'informer en outre les candidats de la méthode de notation envisagée pour évaluer les offres au regard des critères de sélection ; que, par ailleurs, cette méthode échappe en principe, sous réserve d'une erreur de droit ou d'une discrimination illégale, au contrôle du juge du référé précontractuel ; qu'il ne résulte d'aucune des écritures ou pièces produites au cours de l'instruction que la méthode de notation qu'elle a retenue aurait conduit l'ACCI à mettre en oeuvre des critères ou sous-critères de sélection des offres dont elle n'aurait pas informé les candidats au début de la procédure ou qui auraient été sans lien avec l'objet du marché et discriminatoires, ou encore à modifier certains critères, notamment en ce qui concerne le " pilotage " et la " gouvernance " du dispositif ; qu'en outre, le moyen tiré de ce que le pouvoir adjudicateur se serait abstenu de noter les trois structures de tarification que les candidats devaient proposer à l'appui de leur offre manque en fait ;

12. Considérant qu'il ne résulte pas de l'instruction que l'offre déposée par la MCCI, qui a été retenue par la commission d'appel d'offres comme l'offre économiquement la plus avantageuse, aurait été irrégulière et ne serait pas conforme aux stipulations du cahier des clauses techniques particulières ; que l'externalisation mentionnée par la MPCCIP au titre du tiers payant ne saurait être regardée comme une sous-traitance, qui aurait dû être mentionnée dans son offre sous la forme d'un formulaire spécifique ;

13. Considérant, enfin, que la MPCCIP n'est en tout état de cause pas fondée à soutenir que le pouvoir adjudicateur aurait illégalement délégué son pouvoir d'appréciation à un tiers, dès lors qu'il ne résulte pas de l'instruction que la commission d'appel d'offres, qui s'est régulièrement réunie le 25 octobre 2012, n'aurait pas exercé l'ensemble de ses attributions ;

14. Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède, sans qu'il soit besoin d'examiner si son offre était irrégulière, que la demande de la MPCCIP ne peut qu'être rejetée ;

15. Considérant que les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce que soit mise à la charge de l'ACCI et de la MCCI, qui ne sont pas, dans la présente instance, les parties perdantes, la somme que demande la MPCCIP au titre des frais exposés par elle et non compris dans les dépens ; qu'en revanche, il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, en application des mêmes dispositions, de mettre à la charge de cette dernière une somme de 4 500 euros à verser d'une part à l'ACCI et, d'autre part, à la MCCI au titre des frais exposés par elles, tant devant le Conseil d'Etat que devant le tribunal administratif de Paris ;

D E C I D E :

-----

Article 1er : L'ordonnance du juge des référés du tribunal administratif de Paris du 29 novembre 2012 est annulée.

Article 2 : La demande présentée par la Mutuelle du personnel de la chambre de commerce et d'industrie de Paris devant le tribunal administratif de Paris, ainsi que ses conclusions présentées devant le Conseil d'Etat tendant à l'application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 3 : La Mutuelle du personnel de la chambre de commerce et d'industrie de Paris versera, d'une part, à l'Assemblée des chambres françaises de commerce et d'industrie et, d'autre part, à la Mutuelle des chambres de commerce et d'industrie une somme de 4 500 euros en application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 4 : La présente décision sera notifiée à l'Assemblée des chambres françaises de commerce et d'industrie, à la Mutuelle des chambres de commerce et d'industrie et à la Mutuelle du personnel de la chambre de commerce et d'industrie de Paris.

**Abstrats** : 39-02-005 MARCHÉS ET CONTRATS ADMINISTRATIFS. FORMATION DES CONTRATS ET MARCHÉS. FORMALITÉS DE PUBLICITÉ ET DE MISE EN CONCURRENCE. - CHOIX DE RECOURIR AU DIALOGUE COMPÉTITIF - 1) CONTRÔLE PAR LE JUGE DU RÉFÉRÉ PRÉCONTRACTUEL - EXISTENCE (SOL. IMPL.) [RJ1] - 2) CONTRÔLE DU JUGE DE CASSATION - QUALIFICATION JURIDIQUE DES FAITS.

39-08-015-01 MARCHÉS ET CONTRATS ADMINISTRATIFS. RÈGLES DE PROCÉDURE CONTENTIEUSE SPÉCIALES. PROCÉDURES D'URGENCE. - CHOIX DE RECOURIR AU DIALOGUE COMPÉTITIF - 1) CONTRÔLE PAR LE JUGE DU RÉFÉRÉ PRÉCONTRACTUEL - EXISTENCE (SOL. IMPL.) [RJ1] - 2) CONTRÔLE DU JUGE DE CASSATION - QUALIFICATION JURIDIQUE DES FAITS.

54-03-05 PROCÉDURE. PROCÉDURES D'URGENCE. PROCÉDURE PROPRE À LA PASSATION DES CONTRATS ET MARCHÉS. - CHOIX DE RECOURIR AU DIALOGUE COMPÉTITIF - 1) CONTRÔLE PAR LE JUGE DU RÉFÉRÉ PRÉCONTRACTUEL - EXISTENCE (SOL. IMPL.) [RJ1] - 2) CONTRÔLE DU JUGE DE CASSATION - QUALIFICATION JURIDIQUE DES FAITS.

54-08-02-02-01-02 PROCÉDURE. VOIES DE RECOURS. CASSATION. CONTRÔLE DU JUGE DE CASSATION. RÉGULARITÉ INTERNE. QUALIFICATION JURIDIQUE DES FAITS. - RÉFÉRÉ PRÉCONTRACTUEL - APPRÉCIATION PORTÉE PAR LE PREMIER JUGE SUR LE CHOIX DE RECOURIR AU DIALOGUE COMPÉTITIF.

**Résumé** : 39-02-005 1) Le juge du référé précontractuel, saisi d'un moyen en ce sens, contrôle la légalité du recours, par le pouvoir adjudicateur, à la procédure de dialogue compétitif en application de l'article 36 du code des marchés publics. 2) Le juge de cassation contrôle la qualification juridique opérée par le juge du référé précontractuel sur ce point.

39-08-015-01 1) Le juge du référé précontractuel, saisi d'un moyen en ce sens, contrôle la légalité du recours, par le pouvoir adjudicateur, à la procédure de dialogue compétitif en

application de l'article 36 du code des marchés publics. 2) Le juge de cassation contrôle la qualification juridique opérée par le juge du référé précontractuel sur ce point.

54-03-05 1) Le juge du référé précontractuel, saisi d'un moyen en ce sens, contrôle la légalité du recours, par le pouvoir adjudicateur, à la procédure de dialogue compétitif en application de l'article 36 du code des marchés publics. 2) Le juge de cassation contrôle la qualification juridique opérée par le juge du référé précontractuel sur ce point.

54-08-02-02-01-02 Le juge de cassation exerce un contrôle de qualification juridique des faits sur l'appréciation par laquelle le juge du référé précontractuel se prononce sur la légalité du recours, par le pouvoir adjudicateur, à la procédure de dialogue compétitif en application de l'article 36 du code des marchés publics.

[RJ1] Rappr., sur la possibilité de contester devant le juge du référé précontractuel le choix du recours à la passation d'un contrat de partenariat, CE, 29 octobre 2004, Sueur et autres, n°s 269814 271119 271357 271362, p. 393.