

statuant
au contentieux

N° 440575

REPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

LYON METROPOLE HABITAT

M. François Lelièvre

Rapporteur

Le Conseil d'Etat statuant au contentieux

(Section du contentieux, 7ème et 2ème chambres réunies)

Mme Mireille Le Corre

Rapporteur public

Sur le rapport de la 7ème chambre

de la Section du contentieux

Séance du 25 septembre 2020

Lecture du 7 octobre 2020

Vu la procédure suivante :

La société ADE amiante et environnement a demandé au juge des référés du tribunal administratif de Lyon, sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, à titre principal, d'enjoindre à l'office public de l'habitat de la métropole de Lyon (« Lyon Métropole Habitat ») de reprendre, au stade de l'examen des offres, la procédure qu'il a engagée pour la passation du lot n° 3 d'un marché de réalisation de diagnostics techniques réglementaires avant démolition, relocation, vente et travaux et, à titre subsidiaire, d'annuler la procédure.

Par une ordonnance n° 2001965 du 10 avril 2020, le juge des référés du tribunal administratif de Lyon a annulé la procédure de passation.

Par un pourvoi et un mémoire en réplique, enregistrés les 13 mai et 23 septembre 2020 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, Lyon Métropole Habitat (LMH) demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler cette ordonnance ;

2°) statuant en référé, de rejeter la demande de la société ADE amiante et environnement ;

3°) de mettre à la charge de la société ADE amiante et environnement la somme de 5 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu :

- la directive 2014 /24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 ;
- l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 ;
- le décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 ;
- le code de justice administrative ;

Après avoir entendu en séance publique :

- le rapport de M. François Lelièvre, maître des requêtes,
- les conclusions de Mme Mireille Le Corre, rapporteur public ;

La parole ayant été donnée, avant et après les conclusions, à la SCP Nicolaÿ, de Lanouvelle, Hannotin, avocat de Lyon Métropole Habitat et à Me Galy, avocat de la société ADE amiante et environnement ;

Vu la note en délibéré, enregistrée le 6 octobre 2020, présentée par Lyon Métropole Habitat ;

Considérant ce qui suit :

1. 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* ».

2. Il ressort des pièces du dossier soumis au juge des référés du tribunal administratif de Lyon que l'office public de l'habitat de la métropole de Lyon (« Lyon Métropole Habitat ») a engagé la passation d'un accord-cadre portant sur la réalisation de diagnostics techniques réglementaires avant démolition, relocation, vente et travaux, composé de quatre lots, selon la procédure concurrentielle avec négociation. L'offre présentée par le groupement représenté par la société AED amiante et environnement pour le lot n° 3 « Diagnostics avant relocation et avant vente » a été rejetée. Lyon Métropole Habitat se pourvoit en cassation contre l'ordonnance du 10 avril 2020 par laquelle le juge des référés du tribunal administratif de Lyon a, à la demande de la société AED amiante et environnement, annulé la procédure engagée pour la passation de ce lot sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative.

3. Aux termes de l'article 42 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, applicable à la date d'engagement de la procédure : « *Le marché public est passé, dans les conditions et selon les modalités fixées par voie réglementaire : / 1° Lorsque la valeur estimée hors taxe du besoin est égale ou supérieure aux seuils européens publiés au Journal officiel de la République française, selon l'une des procédures formalisées suivantes : (...)* b) *La procédure concurrentielle avec négociation, par laquelle un pouvoir adjudicateur négocie les conditions du marché public avec un ou plusieurs opérateurs économiques (...)* ». Aux termes par ailleurs du II de l'article 25 du décret du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics, applicable à la procédure litigieuse : « *II. - Les pouvoirs adjudicateurs peuvent utiliser la procédure concurrentielle avec négociation ou le dialogue compétitif*

dans les cas suivants : / 1° Lorsque le besoin ne peut être satisfait sans adapter des solutions immédiatement disponibles ; / 2° Lorsque le besoin consiste en une solution innovante. Sont innovants les travaux, fournitures ou services nouveaux ou sensiblement améliorés. Le caractère innovant peut consister dans la mise en œuvre de nouveaux procédés de production ou de construction, d'une nouvelle méthode de commercialisation ou d'une nouvelle méthode organisationnelle dans les pratiques, l'organisation du lieu de travail ou les relations extérieures de l'entreprise (...) ».

4. Pour annuler la procédure de passation, le juge des référés s'est fondé sur la circonstance qu'il résultait du rapport de présentation des offres que la procédure concurrentielle avec négociation avait été mise en œuvre sur le fondement des dispositions du 2° du II de l'article 25 du décret du 25 mars 2016, au motif que le besoin consisterait en une solution innovante, alors que les prestations demandées n'étaient pas caractérisées par leur caractère innovant. En statuant ainsi, alors qu'il ressortait du rapport de présentation des offres que la procédure avait été engagée sur le fondement des dispositions du 1° du II du même article, au motif que le besoin ne pouvait être satisfait sans adapter des solutions immédiatement disponibles, le juge des référés a dénaturé les pièces du dossier. Il suit de là que Lyon Métropole Habitat est fondé à demander l'annulation de l'ordonnance qu'il attaque.

5. 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 société AED amiante et environnement.

6. Si la directive 2014/24/UE du 26 février 2014 relative à la passation des marchés publics a entendu introduire davantage de souplesse dans la possibilité, pour les pouvoirs adjudicateurs, de recourir à une procédure de passation de marché prévoyant des négociations et a, à cette fin, créé la procédure concurrentielle avec négociation, placée au même niveau que les procédures ouvertes et restreintes, et si, en conséquence, l'ordonnance du 23 juillet 2015 et le décret du 25 mars 2016 relatifs aux marchés publics ont fait de cette procédure l'une des procédures formalisées auxquelles peuvent avoir recours les acheteurs publics, les pouvoirs adjudicateurs ne peuvent néanmoins recourir à cette procédure que dans les cas limitativement énumérés au II de l'article 25 du décret du 25 mars 2016, aujourd'hui codifié à l'article R. 2124-3 du code de la commande publique..

7. Lyon Métropole Habitat fait valoir que les prestations demandées, consistant en la réalisation de diagnostics immobiliers avant relocation ou avant vente, portaient sur un parc immobilier nombreux, disparate, comportant des logements tant individuels que collectifs, disséminé sur un grand nombre de communes, dont les dates de construction étaient variables, et alors qu'en outre le règlement de la consultation autorisait les variantes. Toutefois, il résulte de l'instruction que les prestations de service demandées portaient sur les diagnostics exigés par différentes réglementations, devant être faits conformément aux normes applicables auxquelles renvoyait le cahier des clauses techniques particulières, et qu'il s'agissait donc de prestations connues et normalisées. Si la réalisation de tels diagnostics à une grande échelle et sur un vaste territoire supposait une adaptation des méthodes de l'entreprise, il ne résulte pas pour autant de l'instruction que ces prestations ne pouvaient être réalisées qu'au prix d'une adaptation par les candidats des solutions immédiatement disponibles. Il

suit de là que le recours de Lyon Métropole Habitat à la procédure concurrentielle avec négociation sur le fondement des dispositions du 1° du II de l'article 25 du décret du 25 mars 2016 était irrégulier. Ce manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence étant susceptible d'avoir lésé la société AED amiante et environnement, dont l'offre était régulière, elle est fondée, sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens qu'elle soulève, à demander l'annulation de la procédure.

Sur les frais du litige :

8. Les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce que soient mises à la charge de la société AED amiante et environnement, qui n'est pas la partie perdante, les sommes que demande, à ce titre, Lyon Métropole Habitat. En revanche, il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de Lyon Métropole Habitat une somme de 4 500 euros au titre des frais exposés tant en première instance que devant le Conseil d'Etat.

DECIDE :

Article 1^{er} : L'ordonnance du 10 avril 2020 du juge des référés du tribunal administratif de Lyon est annulée.

Article 2 : La procédure de passation du lot n° 3 du marché de réalisation de diagnostics techniques réglementaires avant démolition, relocation, vente et travaux, engagée par Lyon Métropole Habitat est annulée.

Article 3 : Lyon Métropole Habitat versera à la société AED amiante et environnement la somme de 4 500 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative. Les conclusions présentées au même titre par Lyon Métropole Habitat sont rejetées.

Article 4 : La présente décision sera notifiée à Lyon Métropole Habitat et à la société AED amiante et environnement.

Copie en sera adressée à la société Adiaq, à la société Socobat Expertises ARC et à la société habitat et industrie ingénierie.

