

CONFERENCE ANNUELLE DE L'ASSOCIATION DES ACHETEURS PUBLICS

Web Conférence
mercredi 6 décembre 2023

Rodolphe Rayssac

Avocat à la cour

rayssac@rayssac-avocats.fr



RAYSSAC AVOCATS

Avocats au Barreau de Paris



- **1) Etat du droit sur les cas recours à la PAN**
- **2) Focus sur caractère restreint de la PAN**
- **3) Echanges et questions**



1. Etat du droit sur les cas de recours à la PAN

CAS DE RECOURS



Article R.2124-3 du Code de la commande publique :

« Le pouvoir adjudicateur peut passer ses marchés selon la procédure avec négociation 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 ;
- 3° Lorsque le marché comporte des **prestations de conception** ;
- 4° Lorsque le marché ne peut être attribué sans négociation préalable 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 ;
- 5° Lorsque 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 un référentiel technique, définis à la [section 2](#) du chapitre Ier du titre Ier du présent livre ;
- 6° Lorsque, dans le cadre d'un appel d'offres, seules des **offres irrégulières ou inacceptables**, au sens des articles [L. 2152-2](#) et [L. 2152-3](#), ont été présentées pour autant que les conditions initiales du marché ne soient pas substantiellement modifiées. Le pouvoir adjudicateur n'est pas tenu de publier un avis de marché s'il ne fait participer à la procédure que le ou les soumissionnaires qui ont présenté des offres conformes aux exigences relatives aux délais et modalités formelles de l'appel d'offres.

Jurisprudences favorables



- **TA Grenoble, Ord. 14 sept 2017; PIERRE STREIFF SAS n°1704739**
- **TA Dijon, Ord. 19 juillet 2018, BEAH c/CH de Nevers, n°1801667**
- **TA Montreuil, 2 aout 2019, TILCA ,n°1907610**
- **TA NANCY, 13 aout 2019, CHU Nancy c/ Hartmann, n°1901850,**

CONSEIL D'ETAT 7 octobre 2020

Lyon Métropole Habitat



- **CE 7 octobre 2020**, Lyon Métropole Habitat, n° 440575 : pas de recours à la PAN pour des marchés publics portant des diagnostics amiante : le CE considère que la solution était déjà disponible sur le marché :
- « 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. »

Jurisprudence « défavorables »



TA RENNES, 20 Juillet 2021, n°2103274 :

DC pour marché de location de télévisions avec infogérance dans un Centre Hospitalier

TA Nantes, 3 mai 2022, Société Infokey, n° 2204396)

Fourniture et maintenance de postes de travail informatiques et d'équipements connectés pour Nantes métropole (en lien avec loi AGEC)

TA Bastia, 20 mai 2022, Sté Oyonnair

Transports aériens liés aux évacuations sanitaires des patients hospitalisés en Corse

• => **Toutes ces décisions ont sanctionné le recours à la PAN**



Toutefois, le centre hospitalier ne saurait justifier son choix de recourir à la procédure avec négociation par le fait que la négociation a permis aux candidats **d'améliorer leurs offres** ou de dégager de nouvelles solutions dès lors que l'opportunité de ce choix doit être appréciée à la date à laquelle la procédure a été lancée.

Au regard de **l'expérience** que les centres hospitaliers d'Ajaccio et de Bastia ont acquis de longue date en la matière, l'évacuation sanitaire par la voie aéronautique des patients ne saurait être regardée comme une particularité du marché liée à sa nature ou à sa complexité justifiant le recours à la procédure négociée. Quant aux questions de la « porte cargo », des kits sanitaires, ou des modalités de mise à l'abri, elles ne présentent pas davantage une complexité telle qu'elle rende nécessaire le recours à la procédure de négociation.

En outre, ainsi que le relève la société requérante, il résulte de l'instruction que les centres hospitaliers avaient lancé, préalablement à la procédure de négociation attaquée, une procédure de mise en concurrence sous la forme d'un **appel d'offres ouvert** pour satisfaire des prestations plus complexes, incluant notamment l'option d'évacuations sanitaires par hélicoptères, et qu'ils ont décidé de déclarer cette procédure sans suite pour des motifs qui n'ont qu'un rapport lointain avec ceux avancés dans le cadre de la présente instance pour justifier le recours à la procédure de négociation. (...) Enfin, si l'article 1.2 du règlement de consultation fonde aussi le recours à la procédure de négociation sur les dispositions du 5° de l'article R. 2124-3 du code de la commande publique, visant les hypothèses dans lesquelles les spécifications techniques ne peuvent être définies avec une précision suffisante, **il résulte de l'instruction que les centres hospitaliers de Bastia et d'Ajaccio, eu égard à l'expérience qu'ils ont acquise en la matière, étaient parfaitement capables de définir avec une précision suffisante les spécifications techniques dont ils avaient besoin pour des évacuations sanitaires par avion à destination du continent.** »

CE, 21 décembre 2022, centres hospitaliers d'Ajaccio et de Bastia, n°464685

- « il résulte des dispositions précitées du 4° de l'article R.2124-3 que le recours à la procédure négociée est subordonné à l'existence de **circonstances particulières liées à la nature du marché, à sa complexité, ou au montage juridique et financier**, lesquelles doivent s'apprécier au regard des capacités du pouvoir adjudicateur à passer le marché selon la procédure normale d'appel d'offres.
- Par suite, les requérants ne sont pas fondés à soutenir qu'en tenant compte de **l'expérience acquise par le pouvoir adjudicateur** dans le domaine des évacuations sanitaires par voie aérienne, l'auteur de l'ordonnance attaquée aurait commis une erreur de droit ».



A quelles conditions recourir à une PAN aujourd'hui



Condition 1 : Existence de circonstances particulières liées à la nature du marché, à sa complexité, ou au montage juridique et financier

Condition 2 : Appréciation « des capacités du pouvoir adjudicateur à passer le marché selon la procédure normale d'appel d'offres ».

Mots clés : subjectivité # identité de l'acheteur # AMO



=> 2024 : PAN ou PAS PAN ? ?

- Ainsi les règles de responsabilité auxquelles est soumis l'Etablissement français du sang impose une **couverture assurantielle unique qui ne répond à aucun service préconçu et commercialisé** par les compagnies d'assurance.
- Ensuite, le montage juridique et financier, lequel consiste à la mise en place d'un service « de gestion de la conservation », présente également des spécificités techniques (...)
- 7. Dans ces circonstances, et **nonobstant l'expérience** relative de l'Etablissement français du sang en matière de passation de marchés d'assurance, le pouvoir adjudicateur pouvait, en l'espèce, régulièrement recourir à une procédure négociée pour conclure le présent contrat, eu égard **aux circonstances particulières liées à sa nature, à sa complexité ou au montage juridique et financier** ou en raison des risques qui s'y rattachent, conformément au 4° de l'article R. 2124-3 du code de la commande publique précité.



2. Focus sur le caractère restreint de la PAN

Rappel des points de vigilance pour les procédures restreintes :

- 2 phases de sélection : candidature et offre
- Respect des délais
- Evolution du cahier des charges / EM
- Vigilance sur la phase de sélection des candidats : Les informations demandées ne doivent pas excéder ce qui est exigible par l'arrêté du 22 mars 2019

- L'EPCC Musée du Louvre-Lens exigeait pour ce qui concerne les capacités techniques, et s'agissant des moyens humains que les candidats devaient présenter " les effectifs (dont la répartition et le niveau de qualification professionnelle des effectifs) dont il dispose au moment de sa candidature ", " l'organigramme fonctionnel de sa société, l'agence en charge des prestations ainsi que l'organisation de sa structure " et " présenter au pouvoir adjudicateur l'ensemble des postes en place en place du pôle directionnel au pôle d'exécution, avec répartition des effectifs par pôle ".
- TA : les informations demandées par l'acheteur excèdent ce qui est autorisé par l'arrêté du 22 mars 2019.
- *« l'EPCC Musée du Louvre-Lens a, pour procéder à la sélection des candidats admis à présenter une offre, exigé, dans le règlement d'appel à candidatures, les informations citées au point précédent, qui excédaient ce qu'il pouvait exiger par application de l'arrêté du 22 mars 2019. Ce manquement du pouvoir adjudicateur est susceptible d'avoir lésé la société requérante. ».*



3. ÉCHANGES ET QUESTIONS



Merci de votre attention

RODOLPHE RAYSSAC
Avocat à la Cour

RAYSSAC AVOCATS
5 Place du 18 Juin 1940
75006 PARIS
rayssac@rayssac-avocats.fr