

**N° 388596**

**Commune de Montpellier**

**7<sup>ème</sup> et 2<sup>ème</sup> sous-sections réunies**

**Audience du 27 mai 2015**

**Lecture du 17 juin 2015**

## **CONCLUSIONS**

### **M. Gilles PELLISSIER, rapporteur public**

A quel titre et sous quelles conditions le pouvoir adjudicateur peut-il utilement invoquer devant le juge du référé précontractuel un nouveau motif de rejet d'une candidature ? Cette question, à laquelle votre jurisprudence apporte un certain nombre d'éléments de réponse, ne vous a cependant encore jamais été aussi directement posée que dans la présente affaire.

La commune de Montpellier a lancé au mois de novembre 2014 une procédure d'appel d'offres en vue de la conclusion d'un marché à bons de commande ayant pour objet l'entretien des fontaines municipales. Le marché a finalement été attribué à la société Véolia. Après avoir été informée de ce que sa candidature avait été rejetée, la SARL Philip Frères en a demandé les raisons à la commune de Montpellier qui lui a indiqué deux motifs, tirés de ce qu'elle n'avait pas fourni les « habilitations électriques UTE C 18-510 » et de ce que les seules références présentées à l'appui de son dossier de candidature ne concernaient que les « travaux d'espaces verts, de nettoyage et de collecte des déchets ». Elle a alors saisi le juge des référés du TA de Montpellier qui, par une ordonnance du 24 février 2015 contre laquelle la commune de Montpellier se pourvoit régulièrement en cassation, a annulé la procédure de passation du marché, après avoir estimé qu'aucun de ces deux motifs ne justifiait le rejet de sa candidature.

La critique de l'appréciation portée par le juge du référé sur le premier motif de rejet de la candidature porte essentiellement sur la dénaturation des documents de la consultation qu'il aurait commise en relevant qu'il ne ressortait pas de ces documents que les habilitations H0B0V devaient être fournies à l'appui du dossier de candidature.

Il convient de préciser, pour comprendre ce débat quelque peu ésotérique pour des juristes, que la norme UTE C 18-510, que le règlement de consultation mentionnait comme une « qualification souhaitée », n'est en réalité pas une qualification mais un recueil d'instructions de sécurité relatives aux opérations sur les installations électriques ou dans leur voisinage, qui prévoit notamment qu'elles ne peuvent être effectuées que par des travailleurs habilités. Le juge du référé a constaté que la SARL Philip Frères avait produit à l'appui de sa candidature une liste des membres de son personnel titulaires de l'habilitation H0B0V, répondant ainsi aux recommandations de la norme précitée et que le pouvoir adjudicateur ne pouvait lui reprocher de ne pas avoir produit les certificats qui attestaient de ces habilitations, dès lors que les documents de la consultation n'exigeaient pas cette production.

Effectivement, le règlement de la consultation se limitait littéralement à souhaiter une qualification correspondant à la norme C 18-510 et non à exiger la production des éléments justifiant que les prescriptions de cette norme étaient satisfaites. Nous n'aurions certes pas critiqué un juge du référé qui aurait interprété un tel règlement de la consultation comme exigeant cette production. Mais la lecture littérale qui en a été faite en l'espèce ne nous semble pas si évidemment contraire aux pièces du dossier qu'il soit possible de reprocher au juge du référé de les avoir dénaturées ou d'avoir commis une erreur de droit. Les motifs de l'ordonnance sur ce point sont par ailleurs suffisamment exposés.

Beaucoup plus contestable est le refus du juge du référé de tenir compte de la défense de la commune qui faisait valoir qu'au-delà de l'absence de références relatives à des marchés similaires, qu'elle avait indiqué à la candidate évincée comme étant le second motif du rejet de sa candidature, celle-ci ne disposait en tout état de cause pas des capacités techniques suffisantes pour exécuter les prestations objet du marché.

Il ne fait aucun doute que l'absence de références relatives à l'exécution de marchés similaires ne pouvait à elle seule justifier le rejet de la candidature de la SARL Philip Frères, ainsi que cela ressort explicitement de l'article 52 du code des marchés publics qui précise que « *l'absence de références relatives à l'exécution de marchés de même nature ne peut justifier l'élimination d'un candidat et ne dispense pas le pouvoir adjudicateur d'examiner les capacités professionnelles, techniques et financières des candidats.* »

Ce même article dispose en revanche que « *les candidatures qui ne satisfont pas à ces niveaux de capacité [mentionnés dans l'avis d'appel public à la concurrence] sont éliminées* ». Bien que la rédaction des motifs de l'ordonnance attaquée soit sur ce point quelque peu contournée, il nous semble assez clair que son auteur a considéré que le pouvoir adjudicateur ne pouvait utilement faire valoir devant lui que la candidate évincée ne satisfaisait pas aux niveaux de capacité requis dès lors que ce motif n'avait pas été porté à sa connaissance. L'indication qu'au surplus il ne serait pas établi que la commune aurait réellement procédé à l'examen des capacités techniques de la société ne nous paraît pas remettre en cause le motif principal que nous avons décrit, dès lors qu'elle est explicitement présentée comme surabondante.

Il ne fait tout d'abord aucun doute à nos yeux que, contrairement à ce que soutient la SARL Philip Frères en défense, le motif tiré de l'incapacité technique de la candidate évincée est bien distinct de celui qui a été porté à sa connaissance, tiré de ce qu'elle ne produisait pas de références relatives à l'exécution de marchés similaires. Certes, ces références peuvent contribuer à convaincre le pouvoir adjudicateur des capacités d'une entreprise. Mais le motif tiré de l'absence de production de ces références découle d'un constat objectif du contenu du dossier, tandis que celui portant sur l'incapacité résulte d'une appréciation de l'aptitude de l'entreprise à réaliser les prestations objet du marché au vu de l'ensemble des éléments constituant sa candidature.

Ce nouveau motif pouvait-il être utilement soumis au juge du référé précontractuel, comme il l'a été en l'espèce par la commune de Montpellier dans son mémoire en défense ? Celle-ci soutient qu'il pouvait l'être à un double titre : en tant que motif substitué, d'une part, en tant qu'il conduisait à établir l'absence de lésion de la candidate évincée et, par conséquent, l'inopérance de ses moyens, d'autre part.

Nous ne pensons pas qu'il pouvait l'être pour établir que la candidate évincée n'était pas lésée par les manquements qu'elle invoquait.

Il est exact, comme le rappelle la commune requérante, que vous jugez, dans le cadre de l'application de la jurisprudence *SMIRGEOMES*, qu'un candidat ne peut être lésé par un

manquement lorsque sa candidature devait elle-même être écartée, ou que l'offre qu'il présentait ne pouvait qu'être éliminée, en application de l'article 53 du CMP, comme inappropriée, irrégulière ou inacceptable (11 avril 2012, *Syndicat Ody 1218 Newline du Lloyd's de Londres et a.*, n° 354652, aux T), sauf bien entendu si le manquement est la cause du motif d'irrégularité de l'offre (12 mars 2012, *Sté Clear Channel France*, n° 353826, au rec). La circonstance que le pouvoir adjudicateur n'ait pas écarté la candidature ou éliminé l'offre pour l'un de ces motifs ne fait pas obstacle à ce qu'il l'invoque devant le juge des référés pour faire obstacle à l'examen des moyens dirigés contre la procédure (19 novembre 2010, *Ministre de la défense*, n° 341133, aux T. ; 2 octobre 2013, *Dept du Lot-et-Garonne*, n° 368900, aux T.). Vous avez récemment limité cette possibilité en jugeant que le pouvoir adjudicateur ne peut pas se prévaloir, devant le juge du référé précontractuel, du caractère incomplet d'une candidature qu'il n'a pas éliminée pour ce motif et qu'il n'a pas invité le candidat à régulariser pour faire échec au recours (3 décembre 2014, *Dept de la Loire-Atlantique et Eiffage construction*, n° 384180, aux T sur ce point).

Si cette dernière décision ne remet pas en cause le principe selon lequel le candidat dont la candidature ou l'offre ne pouvait être retenue car elle ne remplissait pas les conditions requises n'est jamais lésé par un manquement étranger à ces conditions, elle confirme que l'appréciation de l'opérance des moyens au regard de la condition relative à la lésion ne saurait ouvrir un nouveau débat sur les motifs qui auraient pu conduire au rejet de la candidature ou de l'offre du requérant. Vous aviez déjà souligné dans une décision du 30 juin 2014, *Sté Eiffage construction* (n° 376504), que le pouvoir adjudicateur ne pouvait invoquer dans cette perspective l'irrecevabilité de la candidature du requérant ou l'irrégularité de son offre que s'il l'avait fait au cours de la procédure de passation ou qu'il était tenu de le faire. Comme le faisait observer notre collègue B. Dacosta dans ses conclusions sur cette affaire, la condition tenant à la lésion a pour objet de concentrer le débat contentieux sur les seuls manquements qui ont effectivement fait perdre au candidat évincé une chance d'obtenir le marché. Elle ne doit pas donner lieu à un débat en amont sur les raisons du rejet de sa candidature ou de son offre qui n'ont pas été retenues par le pouvoir adjudicateur. D'où l'idée que vous suggérait votre rapporteur public et à laquelle fait écho votre décision « d'un contrôle très distancié » du juge du référé précontractuel, « d'autant plus distancié que la personne publique jouit d'une marge importante d'appréciation », qui ne devrait le conduire à se fonder sur un motif d'irrecevabilité de la candidature du requérant ou d'irrégularité de son offre pour juger inopérants ses moyens que « lorsqu'il lui apparaît que la collectivité était manifestement tenue de lui opposer un rejet ».

De ces deux décisions lues à quelques mois d'intervalle, il résulte que seules les irrecevabilités ou irrégularités objectives, non régularisables, qui s'imposent au pouvoir adjudicateur dans la mesure où, bien qu'il ne se soit pas fondé sur elles pour rejeter la candidature ou l'offre du requérant, elles auraient en tout état de cause fait obstacle à ce qu'il lui attribue le marché, peuvent être invoquées pour la première fois devant le juge pour dénier au requérant toute lésion du fait du manquement qu'il invoque.

Or tel n'est pas le cas de la condition de recevabilité d'une candidature tenant à ce qu'elle satisfasse aux niveaux de capacités professionnelles, techniques et financières mentionnées dans l'avis d'appel public à la concurrence. Contrairement par exemple aux cas d'interdiction légale de soumissionner, qui donnent lieu à une vérification objective au regard des documents fournis à l'appui des candidatures, cette condition procède d'une appréciation subjective des capacités des candidats à effectuer les prestations du marché conformément aux exigences du pouvoir adjudicateur, de même nature que l'évaluation des mérites des offres au regard des critères de sélection. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle vous avez décidé que le juge du référé précontractuel devait se limiter à contrôler l'erreur manifeste

d'appréciation éventuellement commise sur ce point par le pouvoir adjudicateur ayant retenu ou rejeté une candidature (19 septembre 2014, *Sté Delta process*, n° 378722, aux T sur ce point).

Davantage qu'une cause objective de rejet d'une candidature s'imposant en tout état de cause au pouvoir adjudicateur, l'insuffisance des capacités d'un candidat relève donc d'une première sélection opérée par le pouvoir adjudicateur au regard de ses besoins, la seconde étant celle des offres. Si elle peut être invoquée pour la première fois devant le juge, ce ne peut être que pour justifier le rejet de la candidature, au cas où les motifs indiqués au candidat évincé ne permettraient pas de le faire légalement.

Vous avez reconnu depuis longtemps au juge du plein contentieux comme à celui de l'excès de pouvoir la faculté de substituer aux motifs erronés d'une décision administrative un autre motif de nature à la justifier légalement, à condition que cette substitution lui soit demandée par le défendeur et qu'elle ne prive le requérant d'aucune garantie de procédure (Sect, 23 novembre 2001, *Cie nationale Air France*, n° 195550, en matière de plein contentieux des sanctions ; Sect, 6 février 2004, *Mme H...*, n° 240560, en excès de pouvoir).

Vous n'avez toutefois pas encore eu l'occasion de reconnaître expressément ce pouvoir au juge du référé en matière contractuelle, bien que plusieurs de vos décisions nous semblent bien engagées dans cette direction.

Indiquons tout d'abord que nous ne voyons rien dans les conditions d'exercice de ce pouvoir qui ferait obstacle à ce que le juge du référé précontractuel en fasse usage. Les contentieux dans lesquels il est habituellement mis en œuvre portent certes sur la légalité d'une décision administrative, qui n'est pas directement l'objet du référé précontractuel ou contractuel. Mais ce contentieux peut aussi, comme l'illustre la présente espèce, conduire le juge à apprécier la régularité des motifs d'une décision administrative, de rejet d'une candidature ou d'une offre et donc, éventuellement, à tenir compte d'un nouveau motif qui permettrait de valider une décision dont les motifs erronés constituent un manquement du pouvoir adjudicateur à ses obligations de mise en concurrence.

Votre jurisprudence comporte ensuite plusieurs décisions qui montrent que le pouvoir adjudicateur peut faire valoir des motifs de rejet d'une candidature ou d'une offre en dehors de l'information qu'il est tenu de donner sur ce point au candidat évincé.

Vous avez ainsi jugé que les dispositions obligeant le pouvoir adjudicateur à informer les candidats évincés des motifs du rejet de leur candidature ou de leur offre « n'interdisent pas au pouvoir adjudicateur, après avoir communiqué les motifs justifiant le rejet d'une candidature ou d'une offre, de procéder ultérieurement à une nouvelle communication pour compléter ou préciser ces motifs, voire pour procéder à une substitution de motifs » (24 juin 2011, *Cne de Rouen*, n° 347840, aux T sur ce point). D'ailleurs, si le défaut d'information des candidats évincés sur ce point, qui a pour objet de leur permettre de contester utilement le rejet qui leur est opposé, est un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence qui relève de la procédure du référé précontractuel, vous jugez d'une part qu'il n'est plus constitué si l'ensemble des informations a été communiqué au candidat évincé à la date à laquelle le juge statue et si le délai qui s'est écoulé entre cette communication et la date à laquelle le juge des référés statue a été suffisant pour permettre à ce candidat de contester utilement son éviction (6 mars 2009, *Syndicat mixte de la région d'Auray*, n° 321217), d'autre part qu'il ne conduit pas à l'annulation de la procédure de passation mais à une injonction au pouvoir adjudicateur de communiquer ces motifs (21 janvier 2004, *Société Aquitaine Démolition*, T. p. 771 ; 6 mars 2009, *cne d'Aix en Provence*, n° 314610 aux T sur un autre point). Si le pouvoir adjudicateur peut spontanément substituer des motifs de rejet à ceux qu'il avait initialement retenus, s'il peut porter à la connaissance du candidat évincé ces motifs à

tout moment, y compris sur injonction du juge, on ne voit pas ce qui s'opposerait à ce qu'il le fasse au cours de l'instruction, laquelle se poursuit jusqu'à l'issue de l'audience, voire au-delà si le juge le décide (voyez notamment sur ce point 19 avril 2013, *Cne de Mandelieu-la-Napoule*, n° 365617, au rec).

Du côté du juge du référé, vous avez indiqué qu'il ne pouvait enjoindre au pouvoir adjudicateur d'admettre une candidature dont il avait estimé le motif de rejet irrégulier, « sans avoir préalablement constaté que, au regard des débats devant lui, aucun autre motif n'était susceptible de justifier légalement un tel rejet » (3 mars 2004, *Cne de Chateaudun*, n° 258602, aux T sur ce point). Si un nouveau motif justifiant légalement le rejet d'une candidature peut être invoqué pour faire obstacle au prononcé d'une mesure d'injonction, il doit pouvoir l'être également pour faire obstacle à l'annulation de la procédure dont l'injonction est l'une des conséquences.

Enfin, vous avez admis qu'un motif objectif d'irrecevabilité d'une candidature – tenant au placement en redressement judiciaire de l'entreprise –, survenu postérieurement au dépôt de l'offre, pouvait être invoqué pour la première fois devant le juge du référé précontractuel, qui était alors tenu d'annuler la procédure au terme de laquelle l'offre de cette entreprise avait été retenue par le pouvoir adjudicateur (26 mars 2014, *Cne de Chaumont*, n° 374387, aux T sur ce point).

Toutes ces décisions nous paraissent aller dans le même sens d'une possibilité d'invoquer devant le juge du référé précontractuel ou contractuel tout motif susceptible de justifier de la régularité de la procédure ou au contraire d'en démontrer l'irrégularité. Le juge du référé en matière contractuelle n'est pas le juge de la légalité d'une décision – ce qui d'ailleurs ne fait pas obstacle à la substitution de motifs – mais de la régularité d'une procédure, qui peut être contestée autant que démontrée devant lui.

La seule limite qu'il convient à notre avis de poser à cette faculté tient au respect de la procédure de passation elle-même. Le nouveau motif invoqué par le pouvoir adjudicateur n'est recevable que s'il pouvait être retenu dans le cadre de la procédure de passation. Comme le soulignait N. Boulouis dans ses conclusions sur la décision *Cne de Rouen* précitée, « un changement de motivation faisant apparaître qu'il a été procédé à une nouvelle évaluation de la candidature ou de l'offre pour les besoins de la cause serait inacceptable ».

Aucune innovation jurisprudentielle ne vous sera nécessaire pour poser cette limite qui résulte de l'application de la condition générale selon laquelle la substitution de motif ne doit pas faire perdre au requérant le bénéfice d'une garantie de procédure. Or toute la procédure de sélection des candidatures puis des offres, et plus particulièrement le fait que dans le cadre de la procédure d'appel d'offres, cette sélection soit réalisée par un organisme collégial, la commission d'appel d'offres, représente une garantie du respect des principes d'égalité et de mise en concurrence. S'agissant plus précisément du motif invoqué en l'espèce par le pouvoir adjudicateur devant le juge du référé, tiré de ce que la société Philip Frères n'avait pas les capacités techniques pour exécuter les prestations du marché, il ne pouvait être invoqué par la commune de Montpellier qu'à condition qu'il apparaisse que la commission d'appel d'offres avait effectivement examiné les capacités de la candidate et les avait jugées insuffisantes. Dès lors que ce motif avait été régulièrement établi, la circonstance qu'il n'ait pas été porté à la connaissance du candidat dans le cadre de l'information prévue par les articles 80 et 83 du CMP, ne faisait pas obstacle à ce que le pouvoir adjudicateur s'en prévale pour justifier la régularité de sa décision.

En jugeant le contraire, le juge des référés du TA de Montpellier a donc commis une erreur de droit. Si vous partagez cette analyse, vous annulerez son ordonnance, ce qui vous dispensera d'examiner tant les autres branches de ce moyen, que le troisième moyen du

pourvoi, également fondé mais de moindre portée, tiré de ce que le juge des référés aurait du limiter l'annulation de la procédure à partir de l'examen des candidatures.

Réglant l'affaire au titre de la procédure de référé, vous devrez décider si le motif invoqué par la commune de Montpellier est de nature à justifier le rejet de la candidature de la SARL Philip Frères.

Tout d'abord, il ressort du PV d'analyse des candidatures et des offres que la commission d'appel d'offres a bien examiné les capacités techniques des candidates et a estimé insuffisantes celles de la société Philip Frères qui ne se prévalait que d'une expérience professionnelle en matière de travaux d'espaces verts, nettoyage et collecte de déchets.

Ensuite, cette appréciation ne nous paraît pas entachée d'erreur manifeste, dès lors qu'il ressort effectivement de son dossier de candidature que cette société, dont l'objet social est tourné vers l'exploitation forestière et dont l'essentiel de l'activité consiste en l'entretien des cours d'eau naturels, n'a aucune expérience particulière en matière d'entretien de fontaines publiques, qui, ainsi que l'exigeait les documents de la consultation, suppose une attention particulière à la qualité de l'eau et à ses composants chimiques, ni ne démontre avoir les qualifications requises pour ce faire.

Ce motif justifiant le rejet de sa candidature, la SARL Philip Frères ne peut utilement contester l'autre motif retenu, tiré comme nous l'avons dit de l'absence de production des certificats d'habilitation prescrits par la norme UTE C 18-510.

**EPCMNC** : - Annulation de l'ordonnance attaquée ;

- Rejet de la demande présentée par la SARL Philip Frères au juge du référé précontractuel ;

- A ce que vous mettiez à la charge de la SARL Philip Frères le versement à la commune de Montpellier d'une somme de 4 500 euros au titre des frais qu'elle a exposés devant vous et devant le juge des référés du TA.