

N° 407431

Commune de Limoux

7^{ème} et 2^{ème} chambres réunies

Séance du 10 mai 2017

Lecture du 24 mai 2017

CONCLUSIONS

M. Gilles PELLISSIER, rapporteur public

Nous restons à Limoux (Aude) avec cette affaire qui présente à juger l'intéressante question de la faculté pour l'acheteur public de solliciter des offres conditionnelles en cours de négociation. Elle est inédite et d'une importance pratique certaine.

Au terme d'une procédure de mise en concurrence lancée en juin 2016, la commune de Limoux a décidé de confier la gestion du service public de la distribution d'eau potable à la société Suez. La société SAUR, candidate évincée, a saisi le juge des référés précontractuels du TA de Montpellier qui, par une ordonnance du 17 janvier 2017 contre laquelle la commune se pourvoit en cassation, a annulé la procédure de passation à compter de l'analyse des offres. Il a retenu deux manquements tenant d'une part à ce que l'autorité concédante avait demandé aux candidats de produire une offre financière finale pour le cas où ils seraient attributaires de la délégation de service public pour laquelle le SIVU de la station d'épuration du Limouxin avait lancé parallèlement une procédure de passation, qui fait l'objet du pourvoi précédent, d'autre part à ce que l'autorité concédante avait modifié, après le dépôt des offres, les modalités de mise en œuvre des critères de leur sélection.

Contrairement à l'affaire précédente, il n'y a ici aucune doute ni aucune contestation quant à l'applicabilité au litige des dispositions de l'ordonnance du 26 janvier 2016 relative aux concessions et de son décret d'application.

Sur le premier point, le juge des référés, après avoir cité l'article 47 de l'ordonnance, aux termes duquel « *le contrat de concession est attribué au soumissionnaire qui a présenté la meilleure offre au regard de l'avantage économique global pour l'autorité concédante sur la base de plusieurs critères objectifs, précis et liés à l'objet du contrat de concession ou à ses conditions d'exécution* », a relevé qu'en demandant aux candidats de formuler une offre financière tenant compte de l'unicité de facturation des services d'eau potable et de l'assainissement dans l'hypothèse où ils seraient attributaires des deux délégations de service public, la commune avait pris en compte des éléments étrangers au contrat objet de la procédure et ainsi méconnu l'objet même de la concession. Il a également souligné qu'il n'avait pu légalement subordonner le choix d'un candidat à l'attribution d'un autre contrat conclu par une autre personne publique.

La commune soutient qu'il aurait commis une erreur de droit dès lors que la demande qu'elle avait faite à tous les candidats se rattachait bien à l'objet de la concession et n'introduisait aucun élément étranger mais cherchait seulement à appréhender les véritables conditions d'exécution du contrat et à obtenir la meilleure offre compte tenu des économies qu'ils pourraient faire s'ils étaient délégataires des deux services.

Nous pensons toutefois que, si cet objectif est tout à fait légitime, le moyen retenu par la commune pour l'atteindre était irrégulier.

Une telle demande nous paraît en effet poser plusieurs difficultés tenant non seulement à l'introduction pour l'appréciation des offres d'un élément étranger à l'objet du marché mais aussi et surtout à son caractère conditionnel.

Tout d'abord, une telle possibilité bouleverse profondément les mécanismes d'attribution des contrats. La procédure de mise en concurrence tend à la soumission par les candidats d'offres dont la meilleure sera acceptée par l'autorité concédante, acceptation qui formera le contrat. Le dernier alinéa de l'article 28 du décret du 1^{er} février 2016 dispose ainsi que « *l'offre la mieux classée est retenue* ». Une offre conditionnelle dont la réalisation ne dépend pas de la volonté des parties rend impossible la conclusion de la procédure, puisque si la meilleure offre est ainsi subordonnée à ce que le candidat obtienne un autre contrat, son acceptation ne sera tout au plus qu'une promesse de contrat ou un contrat affecté d'une clause résolutoire, ce qui revient au même. Si le candidat retenu n'obtient pas l'autre contrat, il faudra que l'autorité concédante reprenne l'examen des offres, ce qu'elle ne peut en principe faire lorsqu'elle a attribué le contrat. Les répercussions de cette éventualité dépassent le choix de l'attributaire : comment les candidats évincés pourront-ils exercer leurs droits, notamment contentieux, à l'égard de contrats dont la consolidation dépend d'événements dont ils n'auront pas nécessairement connaissance ? Quels seront les effets sur le contrat ainsi conclu d'une annulation ultérieure de l'autre contrat qui en était la condition ?

Ensuite, une telle demande nous paraît de nature à rompre l'égalité entre les candidats. Elle rend les offres des candidats à l'attribution des deux contrats plus performantes sur le critère financier, puisqu'ils pourront tenir compte d'économies d'échelle, désavantageant mécaniquement les candidats qui ne se présenteront qu'à l'attribution d'un seul contrat, alors même que leur candidature et leur offre seraient parfaitement régulières. C'est pour cette raison que le législateur, à l'occasion de la ratification de l'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, a supprimé la possibilité qu'elle donnait aux candidats de marchés allotis de proposer des offres variables selon le nombre de lots susceptibles d'être obtenus (article 39 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, dite loi Sapin II). Cette possibilité compromettrait effectivement les finalités de l'allotissement, qui sont de permettre l'accès des commandes publiques aux petites et moyennes entreprises. L'étendre à des contrats relevant de personnes publiques différentes et ayant des objets et des périmètres d'application très différents revient non seulement à donner un avantage aux opérateurs économiques ayant la capacité d'assurer la gestion de plusieurs services, mais encore et surtout à le donner illégalement puisqu'il est sans lien avec l'objet du contrat qu'il s'agit de conclure.

Enfin, cette possibilité nous paraît également compliquée pour les acheteurs qui la proposent. Le cas d'espèce en est une illustration : le SIVU, dans la procédure parallèle annulée pour d'autres motifs, avait également formulé au cours de la négociation la même demande aux candidats. Le candidat qui, pour y répondre, baisse l'offre à l'un des contrats mais non l'autre sera plus performant sur un contrat mais n'obtiendra pas l'autre, qui conditionne la conclusion du contrat qu'il pourrait obtenir. Les offres se neutraliseront donc mutuellement. La seule manière de répondre à ces demandes sans se disqualifier dans l'une des deux consultations est de baisser les deux offres proportionnellement, au risque d'être moins bien noté que ceux qui auront tenu compte de la mutualisation sur l'une seulement de leurs offres. Les autorités concédantes pourront donc se trouver dans l'obligation de retenir des offres qui ne pourront pas être consolidées faute pour le candidat d'obtenir l'autre marché, pour lequel son offre aura été plus chère. A supposer même que le candidat de l'offre la moins chère obtienne l'autre contrat, le bénéfice de cette négociation ira à la personne publique qui aura conclu le plus vite le contrat, ce qui instaure une compétition inopportune entre les autorités concédantes. A moins que, pour éviter ces différents écueils, elles décident par avance de désigner le même candidat, en complète violation des règles de transparence et de mise en concurrence.

Le tableau des complications, perturbations voire des illégalités que comporte une telle demande nous semble suffisamment éloquent pour nous dispenser de le charger davantage. Une offre conditionnelle formulée spontanément par un candidat est irrégulière ; elle ne devient pas régulière lorsqu'elle est demandée par l'autorité concédante au cours de la négociation. Les collectivités ayant des intérêts en commun ont suffisamment d'instruments juridiques à leur disposition pour mutualiser leurs services et passer ensemble un seul contrat, afin de générer des offres plus performantes en raison des économies d'échelle que cette unification permettra. Votre jurisprudence récente reconnaissant une liberté relativement grande aux collectivités pour définir le périmètre des concessions de service qu'elles entendent conclure lève les éventuels obstacles liés l'objet des services (21 septembre 2016, *Cté urbaine du grand Dijon*, n° 399656, aux T). En dehors de ces cadres juridiques, les offres doivent être fermes et définitives et n'être appréciées qu'au regard de l'objet du contrat. Il revient aux candidats de prendre en compte l'éventualité qu'ils obtiennent d'autres contrats pour améliorer leurs offres, mais l'autorité concédante ne peut leur demander de le faire.

L'appréciation du juge des référés sur la lésion subie par la candidate du fait de ce manquement ne nous paraît pas entachée de l'erreur de qualification juridique que lui reproche ensuite la commune requérante. La circonstance qu'elle ait obtenu une meilleure note sur le critère concerné par ce manquement ne suffit pas à écarter toute lésion dès lors que la différence des notes globale est très faible (0,31 point), de sorte qu'il est loin d'être exclu qu'elle n'aurait pas obtenu une note encore meilleure sur le critère économique s'il n'avait pas été entaché d'irrégularité. Qu'elle fut le titulaire sortant des deux délégations ne signifie par ailleurs pas que son offre mutualisée aurait certainement était meilleure que celle de la candidate retenue, la société Suez, qui détient dans le secteur de l'eau et de l'assainissement une expérience au moins équivalente.

Nous évoquerons plus rapidement les trois autres moyens qui nous semblent tout d'abord inopérants en ce qu'ils portent sur des motifs surabondants de l'ordonnance attaquée. Le manquement que nous venons d'évoquer suffisait à justifier l'annulation de la procédure sans que le juge des référés ait besoin de relever que l'autorité concédante ne pouvait régulièrement ajouter en cours de procédure un élément d'appréciation du critère économique relatif au montant de la somme affectée au programme d'amélioration.

En ce qui concerne ensuite leur bien fondé, nous n'aurions guère d'hésitations à vous proposer d'écarter les deux premiers. Il est d'une part reproché au juge des référés d'avoir dénaturé les pièces du dossier en relevant que l'introduction de cet élément aurait eu lieu après la remise des offres alors que la commune requérante fait valoir qu'elle a eu lieu par un courrier antérieur. Or cette dernière, qui n'indique pas la date de remise des offres, n'établit pas cette antériorité qui, par ailleurs, ne ressort pas des motifs de l'ordonnance attaquée. Le pourvoi reproche d'autre part au juge des référés d'avoir méconnu les limites de son contrôle de la méthode de notation. Cette critique ne correspond pas au motif retenu, qui vise une irrégularité des critères et non de leur appréciation.

Nous sommes en revanche plus perplexes sur l'appréciation portée par le juge des référés sur les effets de ce manquement sur les chances de succès de la candidate évincée. Pour estimer qu'elle en avait été lésée, il a relevé que « l'ajout d'un élément d'appréciation « montant de la somme affectée au programme amélioration », au demeurant neutralisé en raison d'un montant imposé par la commune en cours de négociation et pour lequel tous les candidats ont donc obtenu la même note maximale, est de nature à priver de leur portée les autres éléments d'appréciation, pour lesquels la société SAUR a obtenu des notes égales ou supérieures à la société Suez, attributaire ». Nous ne comprenons pas comment l'introduction d'un sous-critère ensuite neutralisé et sur lequel tous les candidats ont obtenu la note maximale, « est de nature à priver de leur portée les autres éléments d'appréciation ». Sa neutralisation devrait, par définition, le priver d'effet discriminant et, par conséquent, ne pouvoir léser personne. A moins que le renchérissement des offres imposé aux candidats sur ce point les ait contraints à revoir leurs offres dans leur totalité, afin de pouvoir l'assumer. Mais cela ne ressort ni des motifs de l'ordonnance, ni des écritures des parties, ni des pièces du dossier et ne correspond pas à la part de cette somme, 70 000 euros, dans l'équilibre économique du contrat. Il n'apparaît pas non plus que l'introduction de ce sous-critère aurait modifié la valeur relative des cinq autres éléments d'appréciation de ce critère, que la commune avait indiqués aux candidats mais sans leur affecter de valeur particulière.

Mais, quoi qu'il en soit, l'annulation de l'ordonnance pour ce motif ne sauverait pas la procédure, entachée d'une autre irrégularité qui conduit à l'annuler au même stade de l'analyse des offres.

EPCMNC : - Rejet du pourvoi ;

- A ce que vous mettiez à la charge de la commune de Limoux le versement à la société SAUR d'une somme de 3 000 euros au titre des frais exposés.