CONCLUSIONS

M. Gilles PELLISSIER, rapporteur public

Le 26 juillet 2017, la commune de Vitry-le-François a lancé une procédure de consultation adaptée en vue de l'attribution d'un marché de fournitures de matériels d'éclairage public pour sa place d'Armes. Un peu moins d'un mois plus tard, elle a informé la société Cvelum de ce que son offre avait été retenue et sa concurrente, la société SARL Comptoir Négoce équipement, du rejet de la sienne. Cette dernière a alors saisi le juge du référé précontractuel du TA de Châlons-en-Champagne qui, par une ordonnance du 20 septembre 2017 contre laquelle la commune de Vitry-le-François se pourvoit en cassation, a annulé la procédure d'attribution du marché.

Il a jugé que la société retenue n'ayant pas fourni dans le délai fixé par le règlement de la consultation le certificat attestant de la régularité de sa situation au regard de l'obligation d'emploi des travailleurs handicapés prévue aux articles L. 5212-2 à L. 5212-5 du code du travail, la commune adjudicatrice ne pouvait lui attribuer le marché et que cette attribution irrégulière avait nécessairement lésé la société demanderesse, qui avait été classée en seconde position.

La commune requérante soutient en premier lieu que le juge du référé a commis une erreur de droit en exigeant d'une société qu'elle produise une attestation de la régularité de sa situation au regard d'une obligation d'emploi de travailleurs handicapés à laquelle elle n'était pas légalement soumise. En effet, l'obligation d'emploi de travailleurs handicapés, prévue aux articles L. 5212-2 à L. 5212-5 du code du travail, ne s'applique, en vertu de l'article L. 5212-1 du même code, qu'aux employeurs occupant au moins 20 salariés, ce qui n'est pas le cas de la société Cvelum.

Il nous faut, pour répondre à la question que pose ce moyen, décrire rapidement le cadre juridique dans lequel elle s'inscrit.

L'attestation dont le juge du référé a estimé la production obligatoire vise à permettre au pouvoir adjudicateur de vérifier que l'entreprise à laquelle il s'apprête à attribuer le marché n'est pas exclue de la procédure de passation des marchés publics. Aux termes du 2° de l'article 45 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, sont exclues de la procédure de passation des marchés publics « *les personnes qui n'ont pas souscrit les déclarations leur incombant en matière fiscale ou sociale ou qui n'ont pas acquitté les impôts, taxes, contributions ou cotisations sociales exigibles dont la liste est fixée par voie réglementaire* ». Cette cause d'exclusion s'ajoute à celles tenant aux condamnations pour certaines infractions

pénales ou fiscales (1°), aux procédures de liquidation ou de redressement judiciaires (3°), aux sanctions infligées au titre de certaines dispositions du code du travail (4°) ou aux condamnations à une mesure d'exclusion des marchés publics (5°). L'article 48 fixe par ailleurs un certain nombre d'interdictions de soumissionner facultatives, c'est-à-dire que les acheteurs peuvent prévoir.

Il appartient au pouvoir adjudicateur de vérifier que la personne à qui il entend attribuer le marché n'est pas concernée par l'une de ces interdictions puisqu'un marché conclu avec une personne exclue de sa passation serait illégal et constituerait, comme l'a rappelé l'auteur de l'ordonnance attaquée, une méconnaissance de ses obligations de publicité et de mise en concurrence.

Pour qu'il puisse procéder à cette vérification, le décret du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics a prévu un dispositif en deux volets. Le premier intervient au début de la procédure : tout candidat à l'attribution du marché doit produire « à l'appui de sa candidature : 1° Une déclaration sur l'honneur pour justifier qu'il n'entre dans aucun des cas mentionnés aux articles 45 et 48 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 susvisée et notamment qu'il est en règle au regard des articles L. 5212-1 à L. 5212-11 du code du travail concernant l'emploi des travailleurs handicapés » (art 48 I 1°).

La vérification plus précise a lieu dans un second temps et à l'égard du seul titulaire pressenti, comme le précise le 2° du II de l'article 55 qui dispose que « L'acheteur ne peut exiger que du seul candidat auquel il est envisagé d'attribuer le marché public qu'il justifie ne pas être dans un cas d'interdiction de soumissionner ». Les modalités de cette justification sont fixées par l'article 51 qui dispose, s'agissant des cas d'interdictions de soumissionner mentionnés au 2° de l'article 45 de l'ordonnance, qui nous occupe aujourd'hui, que « L'acheteur accepte comme preuve suffisante attestant que le candidat ne se trouve pas dans un cas d'interdiction de soumissionner mentionné au 2° de l'article 45 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 susvisée, les certificats délivrés par les administrations et organismes compétents. Un arrêté des ministres intéressés fixe la liste des impôts, taxes, contributions ou cotisations sociales devant donner lieu à délivrance d'un certificat ainsi que la liste des administrations et organismes compétents. » Le certificat dont le juge du référé a estimé qu'il aurait dû être fourni est mentionné à l'article 2 de l'arrêté du 25 mai 2016 pris pour l'application des dispositions précitées, dont le IV dispose que « L'Association de gestion du fonds de développement pour l'insertion professionnelle des handicapés, mentionnée à l'article L. 5214-1 du code du travail, délivre un certificat attestant la régularité de la situation de l'employeur au regard de l'obligation d'emploi des travailleurs handicapés prévue aux articles L. 5212-2 à L. 5212-5 du même code ».

La lettre de ces dispositions nous semble conduire à une solution contraire à celle retenue par l'ordonnance attaquée. L'interdiction de soumissionner qu'il s'agit ici de vérifier sanctionne un manquement à une obligation déclarative. En ce qui concerne l'emploi de travailleurs handicapés, cette obligation figure à l'article L. 5212-5 du code du travail, qui prévoit que « L'employeur adresse une déclaration annuelle relative à l'obligation d'emploi des travailleurs handicapés à l'association mentionnée à l'article L. 5214-1 qui assure la gestion de cette déclaration dans des conditions fixées par décret. » Ce qui peut justifier légalement l'exclusion d'une entreprise, ce n'est donc pas un manquement à l'une des règles du code du travail relatives à l'emploi des travailleurs handicapés, mais le défaut de déclaration annuelle, défaut qui conduit, en vertu du troisième alinéa de l'article L. 5212-5, à considérer l'employeur « comme ne satisfaisant pas à l'obligation d'emploi ». Or cette obligation déclarative ne

s'impose pas aux entreprises occupant moins de 20 salariés qui sont, en application de l'article L. 5212-1, hors du champ d'application du chapitre relatif à l'obligation d'emploi des travailleurs handicapés, dans lequel elle se trouve.

Le certificat mentionné au IV de l'arrêté du 25 mai 2016 atteste de « *la régularité de la situation de l'employeur au regard de l'obligation d'emploi des travailleurs handicapés prévue aux articles L. 5212-2 à L. 5212-5 du même code* ». Il permet aux entreprises candidates aux marchés publics soumises à l'obligation déclarative de l'article L. 5212-5 d'établir qu'elles l'ont bien adressé et qu'elles ne tombent donc pas sous le coup de l'interdiction de soumissionner qui sanctionne un défaut de déclaration et seulement cela. Nous nous permettons d'insister : ces formalités n'ont pas pour objet de permettre au pouvoir adjudicateur de vérifier que le candidat respecte l'ensemble des obligations d'emploi des travailleurs handicapés, mais seulement qu'il a satisfait l'obligation déclarative dont la méconnaissance peut seule fonder légalement une interdiction de soumissionner.

A cet égard, la formulation de l'article 48 du décret est trompeuse : en indiquant que « *Le candidat produit à l'appui de sa candidature : 1° Une déclaration sur l'honneur pour justifier qu'il n'entre dans aucun des cas mentionnés aux articles 45 et 48 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 susvisée et notamment qu'il est en règle au regard des articles L. 5212-1 à L. 5212-11 du code du travail concernant l'emploi des travailleurs handicapés* », il semble permettre à un pouvoir adjudicateur d'exclure un candidat qui ne serait pas « en règle au regard » des dispositions concernant l'emploi des travailleurs handicapés, alors que le cas d'exclusion prévu par l'ordonnance est plus précis et ne vise que le défaut de déclaration. Mais la circonstance que le contenu de la formalité de l'article 48 excède les motifs d'interdiction de soumissionner nous semble sans incidence dès lors qu'il ne s'agit que de la déclaration sur l'honneur que doivent souscrire tous les candidats et non les documents devant être produits pour vérifier précisément le droit des candidats à soumissionner.

Nous pensons donc que les seuls certificats que le pouvoir adjudicateur doit exiger des candidats au titre du 2° de l'article 45 de l'ordonnance de 2015 sont ceux qui attestent du respect de leurs obligations déclaratives en matière fiscale et sociale et qu'il ne saurait leur être demandé de produire un certificat attestant du respect d'une obligation à laquelle ils ne sont pas assujettis.

Il est vrai qu'imposer à tous les candidats, qu'ils soient ou non soumis à cette obligation déclarative, qu'ils produisent ce certificat permettrait au pouvoir adjudicateur de vérifier leur assujettissement à l'obligation. Ainsi, les entreprises occupant moins de 20 salariés auraient à produire une attestation de non assujettissement à l'obligation déclarative, ce qui faciliterait la tâche des pouvoirs adjudicateurs, qui n'auraient pas ainsi à devoir rechercher, en l'absence de production du certificat, quel est l'effectif de la société.

La formalité qui serait ainsi imposée aux entreprises de moins de 20 salariés n'est pas impossible, mais elle est compliquée.

Elle n'est pas impossible car rien ne fait obstacle à ce que l'Association de gestion du fonds de développement pour l'insertion professionnelle des handicapés fournisse une attestation selon laquelle compte tenu de son effectif, telle société n'est pas assujettie à l'obligation déclarative prévue à l'article L. 5212-5. Le formulaire de cette déclaration annuelle comprend même une case « entreprises occupant moins de 20 salariés ».

Mais elle est compliquée pour les entreprises qui, n'étant pas assujetties à cette obligation de déclaration annuelle, n'ont aucune raison d'y procéder, sauf par mesure de précaution en vue d'une éventuelle candidature dans l'année à un marché public. Là-encore, la formalité peut paraître simple, à condition que l'entreprise soit au courant de cette obligation, ce qui ne sera probablement pas le cas des petites et moyennes entreprises qui, dès lors qu'elles emploient moins de 20 salariés peuvent légitimement ignorer cette réglementation et qui ne sont pas toutes au fait de l'actualité de votre jurisprudence. Pour celles qui n'auraient pas obtenu par avance cette attestation, elles devront la demander en vue de l'attribution définitive du marché : or il n'est pas sûr qu'elles le puissent dans les délais brefs qui sont en général donnés aux entreprises pour produire des certificats dont les entreprises de plus de vingt salariés disposent en principe déjà. En l'espèce, le délai fixé par le règlement de la consultation était de dix jours.

Au regard des complications qu'entraîneraient ces formalités pour des entreprises dont la réglementation s'efforce plutôt d'alléger les charges bureaucratiques, l'intérêt qu'elles représentent pour les pouvoirs adjudicateurs, qui connaissent le champ d'application des obligations d'emploi des travailleurs handicapés, ne fait pas le poids. Les effectifs des entreprises candidates aux marchés publics sont au nombre des informations que les documents de la consultation formalisés exigent des candidats. Dans les rares cas où un pouvoir adjudicateur n'utiliserait pas ces documents, il pourra demander cette information. Au pire, il dispose de l'attestation sur l'honneur produite en application de l'article 48 du décret et, s'il a un doute, il peut toujours demander au candidat sélectionné de lui indiquer le nombre de ses salariés. Le pouvoir adjudicateur a d'autres moyens plus simples de vérifier que la personne à qui il entend attribuer le marché n'est pas tenue à cette obligation déclarative que de lui imposer de produire un certificat prévu pour attester que les entreprises qui y sont assujetties l'ont respectée.

Si vous nous suivez, vous jugerez que le juge du référé a commis une erreur de droit en exigeant d'une entreprise qui n'était pas assujettie à l'obligation de déclaration annuelle de l'article L. 5212-5 qu'elle produise le certificat prévu pour attester que les entreprises qui y sont soumises l'ont respecté et ne se trouvent pas ainsi dans le cas d'interdiction de soumissionner posé par le 2° de l'article 45 de l'ordonnance de 2015. Vous annulerez en conséquence l'ordonnance attaquée.

Vous n'aurez pas à examiner l'autre moyen du pourvoi, qui ne nous paraît en revanche pas fondé. Il est dirigé contre les motifs par lesquels le juge du référé a estimé que le manquement qu'il avait relevé était susceptible de léser le candidat évincé. Dès lors que le règlement de la consultation fixait un délai de 10 jours pour produire les certificats exigibles, l'absence de transmission dans ce délai d'un document nécessaire rendait la candidature irrégulière et obligeait le pouvoir adjudicateur à attribuer le marché à l'entreprise classée seconde. Cette entreprise était la requérante, qui était donc lésée par le manquement tenant à ce que le pouvoir adjudicateur n'avait pas écarté la candidature de l'attributaire pressenti.

Réglant l'affaire au titre de la procédure de référé précontractuel, vous commencerez, pour les raisons que nous avons exposées, par écarter le moyen retenu à tort par l'auteur de l'ordonnance attaquée.

Le moyen tiré de ce que la candidature de la société Cvelum était incomplète faute d'avoir produit une déclaration appropriée de banques ou la preuve d'une assurance pour les risques professionnels manque en fait. Le rapport d'analyse des candidatures indique que le dossier de la société Cvelum est complet et conforme au règlement de la consultation et que les

pièces produites permettent de renseigner sa situation juridique et d'attester qu'elle dispose des capacités techniques, financières et professionnelles nécessaires à l'exécution des prestations.

La société Comptoir de négoce d'équipements soutient ensuite que le pouvoir adjudicateur aurait manqué à son obligation de communiquer les motifs du rejet de son offre et les caractéristiques et avantages de l'offre retenue. Ces motifs n'ont à être communiqués, dans le cadre d'une procédure adaptée, que sur demande du candidat évincé (art 99 du décret de 2016). En réponse à la demande en ce sens qu'elle a adressé à la commune, celle-ci lui a envoyé deux courriers décrivant les caractéristiques de l'offre de la société Cvelum et justifiant précisément, pour chaque critère et sous-critère, les notes qu'elle avait obtenues.

Il est ensuite reproché à la méthode de notation mise en œuvre de ne pas permettre d'attribuer la meilleure note à l'offre économiquement la plus avantageuse. Il n'en est rien : aucune méthode de notation particulière, susceptible de fausser le jeu normal de la pondération des critères, n'a été mise en œuvre, contrairement aux décisions par lesquelles vous avez retenu un tel moyen (notamment : 3 nov 2014, *cne de Belleville s/ Loire*, n° 373362, au rec). Les offres étaient évaluées sur deux critères, le prix (60 %) et la valeur technique (40 %), ce dernier critère comportant un sous-critère « condition de livraison et de conditionnement ». La circonstance que les deux entreprises n'aient pas obtenu la même note sur ce sous-critère, qui était en rapport avec l'objet du marché, alors que leurs offres ont toutes deux été jugées insuffisantes ne signifie pas que la méthode de notation était irrégulière, dès lors qu'il peut y avoir des degrés dans l'insuffisance et que l'offre de la société Cvelum était un peu plus complète que celle de sa concurrente, ce qui lui a permis d'obtenir un point de plus.

Contrairement à ce que soutient par ailleurs la candidate évincée, en indiquant dans le cahier des clauses techniques particulières que les fournitures devaient être « convenablement » emballées de manière à supporter sans dommage transport et stockage, le pouvoir adjudicateur n'a pas eu recours à un terme trop imprécis de nature à lui conférer une liberté de choix inconditionnée (CJCE, 17 septembre 2002, *Concordia Bus Finland*, C-513/99, Rec. p. I-7213, § 59)¹.

Le dernier moyen n'est pas plus fondé : il est reproché au pouvoir adjudicateur d'avoir retenu une offre anormalement basse, mais rien n'étaye une telle affirmation. La société évincée, dont l'offre était d'ailleurs à peine plus chère que celle qui a été retenue (1,57 % d'écart), n'apporte aucun élément de nature à vous convaincre que le prix de l'offre retenue était en lui-même manifestement sous-évalué et, ainsi, susceptible de compromettre la bonne exécution du marché puisque tel est, comme vous le savez, le critère d'identification d'une offre anormalement basse (29 mai 2013, *Min. de l'intérieur c/ Soc. Artéis*, n° 366606, aux T).

Nous vous proposons donc, après avoir annulé l'ordonnance attaquée, de rejeter le référé de la société Comptoir de négoce d'équipements, à la charge de laquelle vous pourrez mettre le versement à la commune de Vitry-le-François d'une somme de 4 500 euros au titre des frais qu'elle a exposés devant vous et devant le TA.

Tel est le sens de nos conclusions.

¹ « Les critères doivent être formulés, dans les documents de la consultation, de manière à permettre à tous les soumissionnaires raisonnablement informés et normalement diligents de les interpréter de la même manière » (§ 57-58. Voir aussi : CJCE, 18 octobre 2001, *SIAC Construction Ltd*, aff. C-19/00, § 41 ; CJUE, 17 février 2011, *Comm c/ Rep de Chypre*, n° C-251/09, § 39-40).