N° 432996
Commune d'Hautmont

7ème et 2ème chambres réunies

Audience du 18 novembre 2019
Lecture du 27 novembre 2019

CONCLUSIONS

M. Gilles PELLISSIER, rapporteur public

La commune d'Hautmont (Nord) a confié en 1989 et pour une durée de trente ans la gestion du crématorium municipal à la société des Établissements Frères. La loi du 8 janvier 1993 qui a mis fin au monopole communal d'un certain nombre d'activités de pompes funèbres n'ayant pas ôté son caractère de service public à ce service, la commune a décidé en 2018 de conclure une nouvelle concession ayant pour objet la mise aux normes, le réaménagement et l'exploitation du crématorium et l'a attribuée de gré à gré au titulaire sortant. Le contrat ayant été annulé par le juge du référé contractuel, elle a lancé au mois de mars 2019 un avis d'appel à la concurrence, auquel seule la société sortante a répondu. Les sociétés Pompes Funèbres de l'Avesnois et La Compagnie des crématoriums, déjà à l'origine du précédent recours contentieux, ont saisi environ un mois après la date limite de remise des offres le juge du référé précontractuel de conclusions en annulation de la procédure, auxquelles il a été fait droit par une ordonnance contre laquelle la commune d'Hautmont se pourvoit en cassation.

Les trois premiers moyens du pourvoi sont dirigés contre les motifs par lesquels l'auteur de l'ordonnance attaquée a admis la recevabilité des conclusions dont il était saisi. Ils sont tirés de ce qu'il aurait commis des erreurs de droit et de qualification juridique des faits dans le maniement des critères d'appréciation de l'intérêt à contester la procédure de passation d'un contrat d'une société qui ne s'est pas portée candidate à son attribution.

Aux termes de l'article L. 551-10 du CJA, seules les personnes ayant *"un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par le manquement invoqué"* sont recevables à former un référé précontractuel. Après avoir fait preuve d'une conception relativement extensive de cette condition pour son application aux personnes qui n'avaient pas présenté leur candidature, en jugeant qu'il suffisait que leur objet social leur donnât vocation à exécuter le contrat (CE, 8 août 2008, *Région de Bourgogne*, n° 307143, aux T sur ce point), vous avez, conformément à la lettre du texte, ajouté qu'il fallait également qu'elles justifient avoir été empêchées ou dissuadées de présenter une candidature ou une offre par les manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence qu'elles invoquent (CE, 29 avril 2015, *Syndicat de valorisation des déchets de la Guadeloupe*, n° 386748, aux T notamment sur ce point), exigence supérieure qui ne saurait cependant aller jusqu'à la preuve de ce que les manquements ont eu effectivement cet effet, afin de ne pas faire rétroagir sur la recevabilité du recours une question relative à l'opérance des moyens (CE, 21 septembre 2016, *Cté urbaine de Dijon et société Kéolis*, n° 399656, aux T). En résumé,

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

l'intérêt pour agir d'une personne qui n'a pas présenté de candidature ou d'offre doit être regardé comme établi si elle fait valoir les raisons pour lesquelles le manquement invoqué l'a dissuadée de le faire.

Tel est bien le raisonnement suivi par l'auteur de l'ordonnance attaquée qui ne s'en est pas tenu au constat de ce que les sociétés requérantes avaient vocation à prendre en charge la concession, mais a relevé les raisons pour lesquelles elles soutenaient avoir été dissuadées de déposer leurs candidatures en raison des manquements invoqués tenant à la méconnaissance des dispositions réglementaires relatives à l'exécution du service et au délai trop court qui leur a été laissé pour s'adapter à la modification du règlement de la consultation. Ces manquements étant effectivement susceptibles de dissuader de présenter une offre, le juge du référé n'a commis ni erreur de droit ni inexactement qualifié les faits en retenant leur intérêt pour agir.

Le moyen suivant présente à juger une question plus originale. Elle se pose dans le cadre de l'application de la condition d'opérance des manquements invoqués issue de votre jurisprudence *SMIRGOMES* (Section, 3 octobre 2008, n° 305420, p. 324) tenant à ce que, eu égard à leur portée et au stade de la procédure auquel ils se rapportent, ils soient susceptibles d'avoir lésé ou risquent de léser la candidate évincée requérante. Vous avez déduit de cette règle qu'un candidat qui ne pouvait se voir attribuer le contrat parce que sa candidature "devait elle-même être écartée ou que l'offre qu'il présentait ne pouvait qu'être éliminée comme inappropriée, irrégulière ou inacceptable" ne peut jamais être regardé comme lésé par le choix de l'offre d'un candidat irrégulièrement retenu, puisque l'irrégularité de ce choix n'est pas la cause de son éviction (CE, 11 avril 2012, *Syndicat Ody 1218 Newline du Lloyd's de Londres et a.*, n° 354652, aux T sur ce point), sauf bien entendu si l'irrégularité qui pourrait ainsi lui être opposée est le résultat du manquement qu'il dénonce (CE, 12 mars 2012, *Sté Clear Channel France*, n ° 353826, au rec). Vous jugez également que ce moyen de défense peut être soulevé devant le juge alors même que cette irrégularité n'est pas le motif d'éviction de la requérante retenu par la personne publique (CE, 2 octobre 2013, *Dept du Lot-et-Garonne*, n° 368900, aux T, avec une nuance pour le caractère incomplet d'une candidature que le pouvoir adjudicateur n'a pas invité son auteur à régulariser : CE, 3 décembre 2014, *Dept de la Loire-Atlantique et Eiffage construction*, n° 384180, aux T sur ce point).

L'une des conséquences de cette règle mériterait certainement aujourd'hui d'être reconsidérée : il s'agit de celle qui conduit à faire obstacle à ce que, dans le cadre d'un référé précontractuel ou contractuel, le candidat dont la candidature ou l'offre est irrégulière puisse invoquer la même irrégularité de la candidature ou de l'offre retenue. Vous l'avez réaffirmée dans le cadre du recours en contestation de la validité du contrat (CE, 9 novembre 2018, *sté Cerba et CNAM*, n° 420654, au rec), où elle ne pose pas le même problème de compatibilité avec la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne qui a jugé à plusieurs reprises que l'action incidente de l'adjudicataire tendant à déclarer irrecevable le recours du candidat évincé, « ne peut pas conduire à écarter le recours d'un soumissionnaire dans l'hypothèse où la régularité de l'offre de chacun des opérateurs est mise en cause dans le cadre de la même procédure et pour des motifs de nature identique. En effet, dans une telle situation, chacun des concurrents peut faire valoir un intérêt légitime équivalent à l'exclusion de l'offre des autres, pouvant aboutir au constat de l'impossibilité, pour le pouvoir adjudicateur, de procéder à la sélection d'une offre régulière » (CJUE, 4 juillet 2013, *Fastweb*, n° C-100/12, § 33 ; CJUE, Gde Ch, 5 avril 2016, *PFE*, aff. C-689/13, § 24-30).

Mais ce cas de figure n'est pas celui de la présente espèce, les manquements jugés inopérants par l'auteur de l'ordonnance attaquée n'ayant pas trait à l'irrégularité de la candidature ou de l'offre retenue, de sorte que vous pourrez répondre au moyen dans le cadre de la règle générale que venons

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

d'exposer, sans avoir besoin d'y apporter aujourd'hui la réserve qu'implique à notre sens la jurisprudence européenne.

Cette règle est-elle applicable et, dans l'affirmative, à quelles conditions, lorsque la société requérante n'a pas déposé de candidature ou d'offre ? Autrement dit, la personne publique défenderesse peut-elle opposer aux manquements invoqués un motif tiré de l'irrégularité d'une candidature qui n'a pas été présentée ?

C'est très vraisemblablement sensible à ce paradoxe, au moins apparent, que l'auteur de l'ordonnance attaquée a répondu à la commune qui faisait valoir qu'aucun des manquements invoqués par les sociétés requérantes n'était susceptible de les avoir lésées dès lors que leurs candidatures auraient été nécessairement rejetées, car elles ne disposaient pas des capacités financières ni d'une expérience suffisante, ni, pour l'une d'entre elles, d'une habilitation légale, que "dès lors que les sociétés requérantes ont été dissuadées de présenter leurs candidatures dans les circonstances mentionnées au point précédent, la commune ne peut dans le cadre de la présente instance utilement invoquer les éventuels manquements et insuffisances qui entacheraient des candidatures qui n'ont pu être présentées".

Nous pensons comme la commune requérante que l'inopérance qui fonde le refus du juge du référé d'examiner ce moyen de défense est trop radicale, même si elle apparaît à première vue logique. Comment, en effet, pourrait-on se prévaloir de l'irrégularité d'une candidature ou d'une offre qui ne se sont pas manifestées ?

Mais cette solution présente l'inconvénient de neutraliser la condition d'opérance des moyens invoqués pour le requérant qui n'a pas présenté de candidature ou d'offre. Or cette condition est un élément essentiel de l'équilibre entre sécurité juridique et légalité auquel tend le référé précontractuel en exigeant que seules les personnes qui ont été lésées par le manquement puissent l'invoquer. Permettre aux personnes qui n'ont pas participé à la procédure d'invoquer n'importe quel manquement au motif que ce manquement les a seulement empêchées ou dissuadées de présenter leur candidature ou une offre aboutirait à réserver aux personnes qui sont restées le plus loin de la compétition le plus de possibilités d'en obtenir l'annulation. Cela risquerait de favoriser les stratégies contentieuses consistant à ne pas candidater ou présenter d'offres pour ensuite pouvoir plus facilement contester la procédure.

Nous pensons donc qu'il convient de rechercher une solution intermédiaire et qu'elle peut être trouvée au-delà de l'apparent paradoxe sur lequel s'est arrêté l'auteur de l'ordonnance attaquée. Car, en effet, s'il est évident que certaines irrégularités susceptibles d'affecter la candidature et, surtout, l'offre, ne peuvent être constatées qu'au vu de la candidature ou de l'offre effectivement déposée, ce n'est pas le cas de toutes les irrégularités. Certaines d'entre elles peuvent être anticipées et se sont elles qui devraient pouvoir être invoquées en défense pour soutenir le caractère inopérant des manquements invoquées.

Il s'agira essentiellement de motifs faisant obstacle à la candidature, tels que le placement de la société en liquidation judiciaire ou de ceux qui justifient l'exclusion de plein droit de la procédure de passation et qui tiennent pour la plupart à des condamnations définitives pour certaines infractions (art L. 2141-1 à 5; L. 3123-1 à 5 du code de la commande publique), mais pas ceux qui justifient une exclusion à l'appréciation de l'acheteur (art L. 2141-7 à 10; L. 3123-7 à 10) puisque ces motifs ne peuvent produire cet effet d'éviction qu'après que l'acheteur a mis à même le candidat de se justifier (art L. 2141-11; L. 3123-11). Certaines conditions de participation à la procédure de passation propres à garantir que les candidats disposent de l'aptitude à exercer l'activité professionnelle, de la capacité économique et financière ou des capacités techniques et professionnelles nécessaires à l'exécution du marché ou encore, pour les concessions, l'aptitude à

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

assurer la continuité du service public et l'égalité des usagers devant le service public (L. 2142-1 ; L.3123-18), pourront également être invoquées à condition qu'il soit certain que l'opérateur économique n'aurait eu aucune possibilité de satisfaire ces exigences s'il avait présenté sa candidature, compte tenu de l'objet de la condition ou du temps ou des moyens qu'il aurait fallu pour la remplir. Ainsi, une incapacité tenant au fait que le candidat n'est pas légalement habilité à exécuter aucune prestation de la commande pourra lui être opposée, alors que le fait qu'il ne l'est pas pour une prestation accessoire ne le pourra pas, car il aurait pu prévoir de la sous-traiter ou s'associer à une personne qui disposerait de cette habilitation. De même pour les capacités techniques ou financières : si l'opérateur est très loin de les avoir et ne pourrait les obtenir dans les délais de dépôt des candidatures, ce motif pourra être invoqué, mais il ne le pourra pas s'il s'agissait seulement d'acquérir quelques matériels ou d'avoir recours à un sous-traitant.

Il est en revanche plus difficile de concevoir dans quel cas un opérateur économique n'aurait aucune possibilité de déposer une offre régulière, si par ailleurs il remplit les conditions relatives à sa candidature, notamment en ce qui concerne ses capacités. Mais il n'est pas possible de tout envisager théoriquement et la même logique doit prévaloir, conduisant à réserver la possibilité pour la personne publique défenderesse de démontrer que la requérante qui n'a pas déposé de candidature ou d'offre n'aurait certainement pas pu déposer de candidature ou d'offre régulière. Ce n'est que s'il apparaît certain qu'elle ne l'aurait pas été que ce motif pourra conduire le juge à écarter comme inopérants les manquements invoqués par la requérante autres que ceux relatifs à l'irrégularité invoquée (par exemple ceux tirés de ce que les exigences de capacités seraient sans rapport avec l'objet du marché ou disproportionnées).

Si vous partagez cet avis, vous jugerez que le juge du référé a commis une erreur de droit en écartant comme inopérants les arguments de la commune qui soutenait que les sociétés requérantes ne remplissaient pas les conditions pour présenter des candidatures recevables, sans rechercher si les éléments allégués par la commune sur ce point établissaient que ces sociétés ne disposaient certainement pas et n'avaient aucune possibilité de disposer dans les délais des capacités techniques et financières suffisantes ou des pièces pour constituer un dossier conforme aux exigences du règlement de la consultation.

Vous annulerez alors l'ordonnance, sans avoir besoin d'examiner le dernier moyen, tiré de ce que le juge du référé aurait commis une erreur de droit ou dénaturé les pièces du dossier en jugeant que la commune avait manqué à ses obligations de mise en concurrence en modifiant le règlement de la consultation sans laisser un délai suffisant aux candidats pour y adapter leurs offres. Il n'est pas fondé : si, comme nous allons vous le proposer dans un instant, le délai de neuf jours laissé aux intéressés pour adapter leurs offres au nouveau parcours, d'ailleurs plus court, imposé pour acheminer les cercueils vers la salle de crémation, ne nous paraît pas excessivement bref, cette appréciation n’est pas d'une évidence telle que l'on puisse reprocher à l'auteur de l'ordonnance attaquée d'avoir dénaturé les pièces du dossier.

Réglant l'affaire au titre du référé précontractuel, vous pourrez tout d'abord admettre la recevabilité des deux sociétés requérantes pour les raisons qu'avait retenues le premier juge : opérateurs de pompes funèbres, elles ont vocation à prendre en charge ce service et il est possible que le délai de neuf jours pour prendre en compte les modifications exigées par la commune concédante ne leur ai pas paru suffisant pour adapter leurs offres.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l’accord du rapporteur public qui en est l’auteur.

Les arguments par lesquels la commune soutient que les sociétés requérantes n'auraient pu déposer de candidature ou d'offre régulière ne nous paraissent pas convaincants. Vous pourrez d'ailleurs vous dispenser d'y répondre si vous nous suivez pour écarter les manquements invoqués.

D'une part, ceux tirés de l'insuffisance des capacités financières et techniques des sociétés, en raison de leur peu d'expérience dans le domaine de la mise aux normes de crématoriums ou de bilans déficitaires, sont très peu étayés et ne permettent certainement pas d'affirmer avec certitude que les sociétés auraient été incapables de présenter des candidatures recevables sur ce point. D'autre part, la commune ne démontre pas que la société La compagnie des crématoriums ne disposait pas de l'habilitation que l'article L. 2223-23 du CGCT exige de tout opérateur de pompes funèbres ni n'aurait pu l'obtenir dans les délais, ni que son absence lors de la visite du site aurait rendu son dossier de candidature incomplet, alors même que le règlement de la consultation prévoit d'y joindre l'attestation de visite remise aux candidats à l'issue de la visite, puisque les deux sociétés avaient envisagé de se grouper pour candidater, que l'une d'entre elles était présente à cette visite et que l'autre a d'ailleurs interrogé la commune, qui lui a répondu, sur les modifications apportées.

Le premier des trois manquements invoqués est tiré de l'insuffisance du délai laissé aux candidats pour prendre en compte dans leurs offres le changement apporté par la commune au règlement de la consultation, permettant un circuit d'acheminement des cercueils en partie technique plus court. Le deuxième alinéa de l'article 4 du décret du 1er février 2016 relatif aux contrats de concession disposait en effet que "*Toute modification des documents de la consultation est communiquée à l'ensemble des opérateurs économiques, aux candidats admis à présenter une offre ou à tous les soumissionnaires, dans des conditions garantissant leur égalité et leur permettant de disposer d'un délai suffisant pour remettre leurs candidatures ou leurs offres".*

Cette modification d'ordre matériel, qui raccourcissait d'environ 20 m le parcours des cercueils, en le simplifiant puisqu'il se déroulait exclusivement en partie interne, n'était pas d'une importance telle qu'elle nécessitait plus des neuf jours laissés aux candidats pour y adapter leurs offres.

Le deuxième moyen, tiré de ce que les conditions d'exécution de la convention relatives au cheminement des cercueils et à la propriété des terrains favoriseraient le titulaire sortant, est à peine étayé et à la limite de l'inopérance. On ne voit pas en quoi le nouveau circuit des cercueils, conforme aux exigences légales, favoriserait le titulaire sortant ni en quoi le fait qu'il conserve d'autres activités de pompes funèbres, bien distinctes, constituerait un manquement de la commune à ses obligations de mise en concurrence.

Le dernier moyen, tiré de ce que le règlement de la consultation n'aurait pas été suffisamment précis pour permettre aux candidats de construire leurs offres, n'est pas plus étayé, d'autant que l'une des requérantes a pu poser des questions à la commune et obtenir des réponses précises.

Nous vous proposons donc, après avoir annulé l'ordonnance attaquée, de rejeter les demandes des sociétés Pompes Funèbres de l'Avesnois et La Compagnie des crématoriums, à la charge desquelles vous pourrez mettre le versement à la commune d'Hautmont d'une somme de 1 500 euros chacune au titre des frais qu'elle exposés dans cette instance.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.