

statuant
au contentieux

Nos 335475,335485

REPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

SOCIÉTÉ SAUR
COMMUNE DE BESANÇON

M. Nicolas Polge
Rapporteur

Le Conseil d'Etat statuant au contentieux
(Section du contentieux, 7ème et 2ème sous-sections réunies)

M. Bertrand Dacosta
Rapporteur public

Sur le rapport de la 7ème sous-section
de la Section du contentieux

Séance du 19 mai 2010
Lecture du 18 juin 2010

Vu 1°), sous le n° 335475, le pourvoi sommaire et le mémoire complémentaire, enregistrés les 12 et 27 janvier 2010 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, présentés pour la SOCIETE SAUR, dont le siège est immeuble Atlantis, 1 avenue Eugène Fressinet à Guyancourt (78280) ; la SOCIETE SAUR demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler l'ordonnance du 24 décembre 2009 par laquelle le juge des référés du tribunal administratif de Besançon, statuant en application de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, a, à la demande de la société Omnium de Gestion et de Financement (OGF), annulé la procédure engagée pour la passation d'une convention de délégation de service public pour la gestion du crématorium municipal de Besançon ;

2°) statuant en référé, de rejeter la demande de la société OGF ;

3°) de mettre à la charge de la société OGF une somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

.....

Vu 2°), sous le n° 335485, le pourvoi sommaire et le mémoire complémentaire, enregistrés les 12 et 27 janvier 2010 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, présentés pour la COMMUNE DE BESANÇON, représentée par son maire ; la COMMUNE DE BESANÇON demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler l'ordonnance du 24 décembre 2009 par laquelle le juge des référés du tribunal administratif de Besançon, statuant en application de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, a, à la demande de la société Omnium de Gestion et de Financement (OGF), annulé la procédure de la convention de délégation de service public de la gestion du crématorium municipal de Besançon ;

2°) statuant en référé, de rejeter la demande de la société OGF ;

3°) de mettre à la charge de la société OGF le versement d'une somme de 4 500 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

.....

Vu les autres pièces des dossiers ;

Vu la note en délibéré, enregistrée le 19 mai 2010, présentée pour la société OGF ;

Vu la note en délibéré, enregistrée le 20 mai 2010, présentée pour la COMMUNE DE BESANÇON ;

Vu le code général des collectivités territoriales ;

Vu le code de justice administrative ;

Après avoir entendu en séance publique :

- le rapport de M. Nicolas Polge, Maître des Requêtes,

- les observations de la SCP Coutard, Mayer, Munier-Apaire, avocat de la SOCIÉTÉ SAUR, de Me Luc-Thaler, avocat de la société Omnium de Gestion et de Financement (OGF) et de la SCP Vier, Barthélemy, Matuchansky, avocat de la COMMUNE DE BESANÇON,

- les conclusions de M. Bertrand Dacosta, rapporteur public ;

La parole ayant été à nouveau donnée à la SCP Coutard, Mayer, Munier-Apaire, avocat de la SOCIÉTÉ SAUR, à Me Luc-Thaler, avocat de la société Omnium de Gestion et de Financement (OGF) et à la SCP Vier, Barthélemy, Matuchansky, avocat de la COMMUNE DE BESANÇON ;

Considérant que les pourvois de la SOCIETE SAUR et de la COMMUNE DE BESANÇON sont dirigés contre la même ordonnance ; qu'il y a lieu de les joindre pour statuer par une seule décision ;

Considérant qu'aux termes de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, dans sa rédaction applicable aux contrats pour lesquels une consultation est engagée avant le 1^{er} décembre 2009: « Le président du tribunal administratif, ou le magistrat qu'il délègue, peut être saisi en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation des marchés publics (...) et des conventions de délégation de service public. / Les personnes habilitées à agir sont celles qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par ce manquement, ainsi que le représentant de l'Etat dans le département dans le cas où le contrat est conclu ou doit être conclu par une collectivité territoriale ou un établissement public local. / Le président du tribunal administratif peut être saisi avant la conclusion du contrat. Il peut ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations et suspendre la passation du contrat ou l'exécution de toute décision qui s'y rapporte. Il peut également annuler ces décisions et supprimer les clauses ou prescriptions destinées à figurer dans le contrat et qui méconnaissent lesdites obligations. Dès qu'il est saisi, il peut enjoindre de différer la signature du contrat jusqu'au terme de la procédure et pour une durée maximum de vingt jours. / (...) Le président du tribunal administratif ou son délégué statue en premier et dernier ressort en la forme des référés » ;

Considérant que la COMMUNE DE BESANÇON a lancé, au mois de mars 2009, une procédure en vue de déléguer la gestion du crématorium municipal ; que, saisi par la société Omnium de Gestion et de Financement (OGF), dont l'offre n'avait pas été retenue, le juge des référés du tribunal administratif de Besançon, statuant sur le fondement des dispositions, citées ci-dessus, de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, a annulé la procédure par une ordonnance du 24 décembre 2009, contre laquelle la SOCIETE SAUR et la COMMUNE DE BESANÇON se pourvoient en cassation ;

Considérant qu'aux termes de l'article L. 1411-1 du code général des collectivités territoriales : « Une délégation de service public est un contrat par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé, dont la rémunération est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service. Le délégataire peut être chargé de construire des ouvrages ou d'acquérir des biens nécessaires au service. / Les délégations de service public des personnes morales de droit public relevant du présent code sont soumises par l'autorité délégante à une procédure de publicité permettant la présentation de plusieurs offres concurrentes (...) / La collectivité adresse à chacun des candidats un document définissant les caractéristiques quantitatives et qualitatives des prestations ainsi que, s'il y a lieu, les conditions de tarification du service rendu à l'utilisateur. / Les offres ainsi présentées sont librement négociées par l'autorité responsable de la personne publique délégante qui, au terme de ces négociations, choisit le délégataire » ;

Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis au juge des référés qu'aux termes du cahier des charges de la consultation engagée par la COMMUNE DE BESANÇON pour la délégation de la gestion du crématorium municipal, la délégation devait être conclue pour une durée de douze ans prenant effet le 1^{er} février 2010 ; qu'aux termes de l'article 12, relatif aux mesures de sécurité et d'hygiène, de ce cahier des charges : « Le délégataire devra réaliser et supporter financièrement tous les travaux nécessaires à l'installation

d'un système de filtration et traitement des fumées résultant de la modification de la réglementation environnementale sur les rejets atmosphériques des crématoriums » ; que deux entreprises ont été admises à présenter une offre ; que le maire de Besançon a fixé par lettre du 29 septembre 2009 adressée à la société OGF trois réunions de négociation aux dates des 5, 16 et 23 octobre 2009 ; que la SOCIETE SAUR avait intégré dans son offre l'installation, dès l'entrée en vigueur du contrat, d'une ligne de filtration des fumées, tandis que la société OGF avait proposé la conclusion d'un avenant lors de la réalisation des travaux de mise en conformité qui seraient rendus obligatoires par les évolutions à venir de la réglementation ; que lors de la première réunion de négociation qui s'est tenue le 5 octobre 2009, la collectivité publique a demandé à la société OGF de présenter une offre « qui intègre la ligne de filtration dès à présent » ; que la société OGF a apporté en conséquence à son offre des modifications qu'elle a présentées lors de la deuxième réunion de négociation le 16 octobre 2009 et complétées par écrit des précisions demandées lors de cette réunion avant celle du 23 octobre 2009 ;

Considérant que le juge des référés du tribunal administratif de Besançon a relevé un manquement aux règles de publicité et de mise en concurrence susceptible d'avoir lésé la société OGF au motif qu'en lui demandant, en cours de consultation, d'intégrer à son offre l'installation d'une ligne de filtration, la commune avait apporté à l'objet du contrat une modification qui ne saurait s'analyser, par les investissements coûteux requis, comme ayant une portée limitée et que cette société n'avait pu disposer que d'un délai de quinze jours pour proposer son offre modifiée alors que sa concurrente, qui avait proposé une offre comportant la mise en place d'un tel dispositif, avait pu bénéficier d'un délai de plusieurs semaines entre l'admission de son offre et la date limite de dépôt des offres pour finaliser la sienne ; qu'il ressort toutefois des pièces du dossier soumis à ce juge que la société OGF, spécialiste du secteur et gestionnaire du crématorium au titre de la précédente convention de délégation de service public venant à expiration, avait elle-même attiré l'attention de la COMMUNE DE BESANÇON, par une lettre du 4 novembre 2008, sur « la mise en place obligatoire d'une ligne de filtration en 2014 au plus tard » ; qu'elle avait, par un courrier du 8 décembre 2008 adressé à la ville, évalué le coût de cette ligne de filtration ; que, ainsi qu'il a été dit et que l'a relevé le juge des référés, la société OGF avait proposé, dans le cadre de sa candidature, la conclusion d'un avenant en cours d'exécution de la convention pour réaliser, avant 2014, les investissements nécessaires à la mise en place d'une telle ligne de filtration ; que, dans les délais requis, la société OGF a pu présenter une offre intégrant une ligne de filtration dont elle avait précisé la nécessité et évalué le coût ; qu'en relevant ainsi, au motif tiré des courts délais laissés à la société OGF pour adapter son offre alors que la société concurrente avait présenté une offre intégrant un tel dispositif en disposant de plus longs délais, que le manquement allégué avait été susceptible de léser la société requérante, le juge des référés a inexactement qualifié les faits qui lui étaient soumis ; que par suite, sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens des pourvois, la SOCIETE SAUR et la COMMUNE DE BESANÇON sont fondées à demander pour ce motif l'annulation de l'ordonnance attaquée ;

Considérant qu'il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, en application des dispositions de l'article L. 821-2 du code de justice administrative, de statuer sur la demande de la société OGF au titre de la procédure de référé engagée ;

Considérant, en premier lieu, qu'il résulte de l'instruction que l'article 12 du cahier des charges de la consultation, cité plus haut, prévoyait l'installation d'une ligne de filtration des fumées en cours d'exécution du contrat ; que l'offre initiale de la société OGF ne prévoyait l'installation de cet équipement que sous réserve de la conclusion ultérieure d'un avenant ; qu'en demandant à la société OGF, au vu de son offre, d'intégrer à celle-ci les éléments

techniques et financiers permettant la mise en place de cet équipement, la COMMUNE DE BESANÇON n'a pas modifié, en cours de consultation, l'objet du contrat qu'elle envisageait de conclure au terme de la négociation ;

Considérant, en deuxième lieu, qu'il ne résulte pas de l'instruction que les différences constatées entre les clauses tarifaires des offres définitives présentées par chacun des candidats à l'issue des négociations procèderaient de conditions de négociations imposées par la COMMUNE DE BESANÇON et présentant un caractère discriminatoire à l'égard de la société OGF ;

Considérant, en troisième lieu, qu'il n'appartient pas au juge statuant sur le fondement des dispositions de l'article L. 551-1 du code de justice administrative d'examiner l'appréciation portée par la collectivité délégataire, à l'issue de la consultation, sur les mérites respectifs de chacun des candidats ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède qu'il y a lieu de rejeter la demande de la société OGF tendant à l'annulation de la procédure de passation d'une délégation de service public lancée par la COMMUNE DE BESANÇON ;

Considérant que les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce que soit mis à la charge de la SOCIETE SAUR et de la COMMUNE DE BESANÇON, qui ne sont pas, dans la présente instance, les parties perdantes, le versement d'une somme au titre des frais exposés par la société OGF et non compris dans les dépens ; qu'il y a lieu, en revanche, dans les circonstances de l'espèce, sur le fondement des mêmes dispositions, de mettre à la charge de la société OGF le versement à la SOCIETE SAUR et à la COMMUNE DE BESANÇON de la somme de 5 000 euros chacune au titre des frais exposés par elles tant en première instance qu'en cassation ;

DECIDE :

Article 1^{er} : L'ordonnance du juge des référés du tribunal administratif de Besançon du 24 décembre 2009 est annulée.

Article 2 : La demande présentée par la société Omnium de Gestion et de Financement devant le tribunal administratif de Besançon est rejetée.

Article 3 : La société Omnium de Gestion et de Financement versera à la SOCIETE SAUR et à la COMMUNE DE BESANÇON une somme de 5 000 euros chacune au titre de l'article L.761-1 du code de justice administrative.

Article 4 : La présente décision sera notifiée à la SOCIETE SAUR, à la COMMUNE DE BESANÇON et à la société Omnium de Gestion et de Financement.