

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE NANTES**

N° 2002516

SAS POMPES FUNEBRES FUNERARIUM
LEMARCHAND

L. Martin
Juge des référés

Ordonnance du 28 avril 2020

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Le juge des référés

Vu la procédure suivante :

Par une requête, enregistrée le 2 mars 2020, la SAS Pompes Funèbres Funérarium Lemarchand, représentée par Me Plateaux, demande au juge des référés, sur le fondement des dispositions de l'article L. 551-1 du code de justice administrative :

1°) d'annuler la procédure, lancée par la commune de Challans, de passation de la convention de concession de service public portant sur le financement, la conception, la construction, l'entretien-maintenance et l'exploitation d'un crématorium ;

2°) de mettre à la charge de la commune de Challans le versement d'une somme de 2 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- pour rejeter sa dernière requête par une ordonnance du 27 février 2020, le juge des référés s'est appuyé sur les termes du rapport d'analyse des offres, lequel rapport n'a pas été communiqué au contradictoire au titre du secret des affaires ;

- le pouvoir adjudicateur, en retenant les éléments qui figurent dans le courrier par lequel il l'a informée du rejet de son offre, a dénaturé les termes de son offre et ceux de l'offre du groupement attributaire ;

- les conditions initiales fixées par le pouvoir adjudicateur ont fait l'objet d'une adaptation qui n'a pas été portée à sa connaissance, en violation du principe d'égalité de traitement des candidats ; cette adaptation certes limitée a cependant permis à l'offre du groupement attributaire de répondre à l'intégralité du cahier des charges ;

- le manquement invoqué a nécessairement lésé ses intérêts, eu égard à sa qualité de candidat évincé et à l'imprécision des informations qui lui ont été communiquées.

Par des mémoires complémentaires, enregistrés les 9 mars, 2, 17 et 20 avril 2020, la SAS Pompes Funèbres Funérarium Lemarchand, représentée par Me Plateaux, demande au juge des référés, sur le fondement des dispositions des articles L. 551-13 et suivants du code de justice administrative :

1°) d'annuler la convention de concession de service public portant sur le financement, la conception, la construction, l'entretien-maintenance et l'exploitation d'un crématorium, conclue le 27 février 2020 par la commune de Challans avec le groupement composé de la Sarl Compagnie des Crématoriums et de la société Accueil Funéraire 85 ;

2°) de mettre à la charge de la commune de Challans le versement d'une somme de 5 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- elle est recevable à présenter un référé contractuel sur le fondement de l'article L. 551-18 du code de justice administrative ; en effet, la commune de Challans a signé la convention de délégation de service public avant de recevoir notification de la décision du juge du référé-précontractuel, en méconnaissance de l'article L. 551-4 du même code ; cette signature du contrat a privé d'objet sa requête de référé précontractuel ;

- la circonstance que l'ordonnance rendue le 27 février 2020 par le juge du référé précontractuel aurait été portée à la connaissance du conseil de la commune de Challans deux minutes avant la signature du contrat ne permet pas de régulariser la méconnaissance par la commune de l'article L. 551-4 du code de justice administrative ; la commune n'a reçu notification de cette ordonnance par Télérecours que le 28 février à 14h42 ; l'article R. 611-8-2 du code de justice administrative, qui ne concerne que l'instruction, ne s'applique pas à la notification des décisions rendues par le juge ;

- de même, la circonstance qu'elle a auparavant engagé plusieurs requêtes de référé précontractuel à l'encontre de la procédure de passation du contrat litigieux est sans incidence sur la recevabilité de ses conclusions en référé contractuel ;

- elle est fondée à demander l'annulation du contrat sur le fondement du troisième alinéa de l'article L. 551-18 du code de justice administrative, sans effet différé ; en effet, le contrat n'a reçu aucun commencement d'exécution et la commune a méconnu ses obligations de mise en concurrence d'une manière ayant affecté ses chances d'obtenir l'annulation de la procédure de passation du contrat ;

- l'article 13-2 du cahier des charges inclus dans les pièces de la procédure imposait l'implantation d'un salon de réception dans un espace public comprenant d'une manière indivisible un hall d'accueil, une salle de cérémonie, des espaces de confort, un bureau, une salle publique de visualisation et un salon de réception ; or, l'offre du groupement auquel le contrat a été attribué a prévu la construction d'au moins deux bâtiments distincts, le second abritant une salle de cérémonie séparée du reste de l'espace public ; elle n'a pas été informée de cette évolution limitée du cahier des charges préalablement au dépôt de son offre finale, en violation du principe d'égalité ; en tout état de cause, les spécifications techniques du projet de crématorium étaient contradictoires et ambiguës ; un tel manquement l'a nécessairement lésée dès lors qu'il l'a empêchée de construire utilement son offre alors que celle-ci a été classée en deuxième position ;

- si le contrat n'avait pas été signé le 27 février 2020 en méconnaissance de l'article L. 551-4 du code de justice administrative, il n'aurait pas pu l'être après le second tour des élections municipales, cette signature ne relevant pas de la gestion des affaires courantes de la commune ; elle aurait été en mesure de se prévaloir de l'expiration du délai de validité des offres et de l'absence de consultation de la commission de délégation de service public en amont de la signature de la convention pour interdire toute attribution régulière du contrat ; le pouvoir adjudicateur aurait été tenu de déclarer sans suite la procédure de passation, pour motif d'intérêt général, sauf à commettre un manquement à ses obligations de mise en concurrence, sur le terrain du détournement de procédure ; ce manquement, opérant devant le juge du référé contractuel, a affecté ses chances d'obtenir le contrat ;

- aucune considération objective ne permet de justifier dans la présente instance l'absence d'audience publique qui doit demeurer une mesure exceptionnelle ; le principe du contradictoire et le droit au procès équitable imposent au juge du référé contractuel la tenue d'une telle audience ; l'affaire ayant été initialement inscrite au rôle d'une audience publique, le juge des référés ne peut s'abstenir de tenir une telle audience, nonobstant le dispositif dérogatoire visé par l'article 9 de l'ordonnance n° 2020-305 du 25 mars 2020, accessoirement inapplicable en l'espèce.

Par un mémoire en défense et deux mémoires complémentaires, enregistrés les 27 mars, 16 et 17 avril 2020, la commune de Challans, représentée par Me Marchand, conclut au rejet de la requête, à la condamnation de la société requérante au paiement d'une amende pour recours abusif et à ce qu'une somme de 4 000 euros soit mise à la charge de la SAS Pompes Funèbres Funérarium Lemarchand au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle fait valoir que :

- les conclusions en référé précontractuel présentées par la société Pompes Funèbres Funérarium Lemarchand sont irrecevables, le contrat litigieux ayant été signé antérieurement à son introduction ;

- les conclusions en référé contractuel sont irrecevables ; en effet, la société requérante ne peut sérieusement soutenir qu'elle a été privée de la possibilité d'exercer un recours en référé précontractuel ; son maire, informé par son conseil, a bien signé le contrat postérieurement à la décision du juge des référés précontractuels ; cette signature est aussi intervenue avant l'introduction de la présente requête, le 27 février 2020 à 16h22 ;

- la formation de cinq référés précontractuels successifs à un stade identique de la procédure caractérise une démarche purement dilatoire de la part de la société Pompes Funèbres Funérarium Lemarchand ayant pour seul objet de lui nuire en reportant la signature du contrat ;

- les conclusions de la société requérante tendant à l'annulation du contrat sont irrecevables ; les trois conditions cumulatives énoncées par le troisième alinéa de l'article L. 551-18 du code de justice administrative ne sont pas remplies ; le projet de convention de délégation de service public n'imposait nullement que l'une ou l'autre des parties du complexe funéraire revête un caractère indivisible ; le dossier de consultation des entreprises qui précisait de manière détaillée les espaces que les candidats devaient proposer au sein du crématorium ne présentait pas un caractère contradictoire ou ambigu ;

- le moyen tiré par la société requérante de ce que le contrat de concession n'aurait pu être signé avant la proclamation des résultats du second tour des élections municipales ne pourra qu'être écarté ; en tout état de cause, le législateur a, par une loi du 23 mars 2020, prolongé le mandat des élus municipaux jusqu'au second tour, lequel est reporté, à ce jour, en juin 2020 ; la commission de délégation de service public a bien été consultée en amont de la conclusion du contrat ;

- la démarche dilatoire de la société requérante doit être sanctionnée par une amende pour recours abusif ;

- l'épidémie de covid-19 constitue une situation objective autorisant le juge des référés à statuer sans audience publique ; la société requérante a eu la possibilité de produire ses observations dans la présente instance ;

Par un mémoire en défense et un mémoire complémentaire, enregistrés les 6 et 20 avril 2020, la Sarl Compagnie des Crématoriums, représentée par Me Landbeck, conclut au rejet de la requête et à ce qu'une somme de 4 000 euros soit mise à la charge de la SAS Pompes Funèbres Funérarium Lemarchand au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle fait valoir que :

- à titre principal, la requête est irrecevable ; le contrat litigieux a été signé avant la notification de la requête en référé précontractuel présentée par la société requérante ; les conclusions en référé contractuel présentées en cours d'instance par cette même société sont également irrecevables, la commune de Challans ayant respecté les termes de l'article L. 551-4 du code de justice administrative ; en tout état de cause, la requête sera rejetée comme méconnaissant l'autorité de la chose jugée par le juge du référé précontractuel, cette irrecevabilité faisant obstacle à la présentation ultérieure de conclusions en référé contractuel ;

- à titre subsidiaire, le moyen tiré par la société requérante de ce que son offre n'aurait pas respecté les stipulations du cahier des charges n'est pas fondé, l'article 13-2 dudit cahier n'imposant nullement une indivisibilité des différents espaces ; elle a pu proposer une salle de convivialité dans un bâtiment distinct sans méconnaître l'article 13-2 ; en tout état de cause, l'indivisibilité alléguée ne pourrait s'appliquer qu'aux espaces expressément mentionnés dans les documents contractuels et non aux espaces additionnels proposés par les candidats ; la société requérante confond à dessein la salle de cérémonie avec la salle de convivialité ; la notion d'ouvrage n'interdit pas qu'il soit constitué de plusieurs bâtiments ; ainsi, aucune modification du cahier des charges n'a pu affecter le principe d'égalité entre les candidats ;

- le moyen tiré par la société requérante de ce que la commune de Challans aurait dû déclarer la procédure sans suite pour un motif d'intérêt général ne pourra qu'être écarté ; en effet, le pouvoir adjudicateur n'est jamais tenu de déclarer sans suite la procédure de passation d'un contrat ; en l'espèce, aucun motif d'intérêt général n'aurait justifié une déclaration sans suite ; enfin, le moyen invoqué ne rentre pas dans le champ d'application de l'article L. 551-18 du code de justice administrative ;

- la question de savoir s'il y a lieu d'infliger à la société requérante une amende pour recours abusif se pose avec acuité ;

- la crise sanitaire actuelle justifie l'absence de tenue d'une audience publique, en application de l'article 9 de l'ordonnance n° 2020-305 du 25 mars 2020 ; à tout le moins, si l'audience devait se tenir, il y aurait lieu, en application de l'article 7 de la même ordonnance, de recourir à tout moyen permettant aux parties de participer aux échanges à distance.

Vu les autres pièces du dossier.

Vu :

- l'ordonnance n° 2020-305 du 25 mars 2020 ;
- le code de la commande publique ;
- le code de justice administrative.

Le président du tribunal a désigné M. Martin, premier conseiller, pour statuer sur les demandes en référé en application de l'article L. 511-2 du code de justice administrative.

Les parties ont été régulièrement averties du jour de l'audience puis de la radiation de l'affaire du rôle de l'audience publique du 26 mars 2020.

Les parties ont été informées, sur le fondement de l'article 9 de l'ordonnance du 25 mars 2020 visée ci-dessus, portant adaptation des règles applicables devant les juridictions de l'ordre administratif, de ce qu'aucune audience ne se tiendrait et de ce que la clôture de l'instruction, fixée initialement le 17 avril 2020 à 16 heures, était reportée au 20 avril 2020 à 16 heures puis au 22 avril 2020 à 10h00.

Considérant ce qui suit :

1. La commune de Challans a lancé une consultation en vue de l'attribution d'une concession de service public, d'une durée de trente ans, portant sur la conception, la construction puis l'exploitation d'un crématorium communal. Par un courrier du 20 décembre 2019, la société Pompes Funèbres Funérarium Lemarchand, qui s'était portée candidate, a été informée par la commune de Challans que son offre n'avait pas été retenue et que le contrat avait été attribué au groupement solidaire composé de la société Compagnie des Crématoriums, mandataire, et de la société Accueil Funéraire 85. Par une première requête rejetée au fond par une ordonnance du juge du référé précontractuel du 31 janvier 2020, la société Pompes Funèbres Funérarium Lemarchand a demandé, sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, l'annulation de la procédure de passation du contrat de concession. Cette société a présenté une deuxième requête sur le même fondement, qui a été rejetée au fond par une ordonnance du 27 février 2020. Par une troisième requête, enregistrée le 2 mars 2020, la société Pompes Funèbres Funérarium Lemarchand a demandé à nouveau au juge du référé précontractuel, sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, d'annuler la procédure, lancée par la commune de Challans, de passation de la convention de concession de service public. Toutefois, cette société, informée que la convention litigieuse avait été signée le 27 février 2020, a présenté de nouvelles conclusions dans un mémoire complémentaire et demande, dans le dernier état de ses écritures, au juge du référé contractuel, sur le fondement de l'article L. 551-18 du code de justice administrative, d'annuler ladite convention. La société requérante doit ainsi être regardée comme ayant renoncé à ses conclusions initiales fondées sur l'article L. 551-1 du code de justice administrative.

Sur l'absence d'audience publique :

2. Aux termes de l'article 9 de l'ordonnance susvisée du 25 mars 2020 : « *Outre les cas prévus à l'article L. 522-3 du code de justice administrative, il peut être statué sans audience, par ordonnance motivée, sur les requêtes présentées en référé. Le juge des référés informe les parties de l'absence d'audience et fixe la date à partir de laquelle l'instruction sera close. (...)* ».

3. Par l'article 4 de la loi du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19, l'état d'urgence sanitaire a été déclaré pour une durée de deux mois sur l'ensemble du territoire national. Pendant cette période, l'activité des juridictions administratives a été adaptée afin de lutter contre la propagation du covid-19. Les dispositions citées au point 2 ont ainsi prévu la possibilité, pour les juges des référés, pendant l'état d'urgence sanitaire, de statuer sans audience sur les requêtes présentées en référé. Il ne résulte pas de ces dispositions que seraient exclues de leur champ d'application les requêtes qui avaient été inscrites au rôle d'une audience publique avant la déclaration de l'état d'urgence sanitaire et qui ont été renvoyées à une date ultérieure, du fait de cet état d'urgence. De même, il ne résulte pas de ces dispositions qu'elles ne seraient pas applicables aux requêtes en référé contractuel. Par suite, eu égard à la nécessité, dans l'actuelle période d'état d'urgence sanitaire, de prévenir ou de limiter les effets de l'épidémie, à l'intérêt qui s'attache, pour la bonne administration de la justice, à ce que la présente requête en référé soit jugée dans un délai ne s'écartant pas de manière excessive du délai d'un mois fixé par l'article R. 551-9 du code de justice administrative et alors que les parties ont disposé du temps nécessaire au débat contradictoire sur tous les conclusions ou moyens qu'elles ont souhaité invoquer, il y a lieu de statuer sans audience sur la requête de la société Pompes Funèbres Funérarium Lemarchand.

Sur la recevabilité du référé contractuel :

4. Aux termes de l'article L. 551-18 du code de justice administrative : « *Le juge prononce la nullité du contrat lorsqu'aucune des mesures de publicité requises pour sa passation n'a été prise, ou lorsqu'a été omise une publication au Journal officiel de l'Union européenne dans le cas où une telle publication est prescrite. / (...) Le juge prononce également la nullité du contrat lorsque celui-ci a été signé avant l'expiration du délai exigé après l'envoi de la décision d'attribution aux opérateurs économiques ayant présenté une candidature ou une offre ou pendant la suspension prévue à l'article L. 551-4 ou à l'article L. 551-9 si, en outre, deux conditions sont remplies : la méconnaissance de ces obligations a privé le demandeur de son droit d'exercer le recours prévu par les articles L. 551-1 et L. 551-5, et les obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles sa passation est soumise ont été méconnues d'une manière affectant les chances de l'auteur du recours d'obtenir le contrat* ».

5. La société Pompes Funèbres Funérarium Lemarchand soutient que la commune de Challans, qui a signé la convention de concession de service public le 27 février 2020 à 16 heures 22 et n'a pris connaissance que le 28 février 2020 à 14 heures 22 de l'ordonnance du juge du référé précontractuel du 27 février 2020 rejetant sa requête introduite le 3 février 2020, a méconnu l'article L. 551-4 du code de justice administrative et l'a privée de son droit d'exercer un recours précontractuel prévu par les articles L. 551-1 et L. 551-5 du code de justice administrative. Toutefois, en admettant que la commune de Challans ait méconnu le délai suspensif prévu par l'article L. 551-4 du code de justice administrative, aux termes duquel « *le contrat ne peut être signé à compter de la saisine du tribunal administratif et jusqu'à la notification au pouvoir adjudicateur de la décision juridictionnelle* », dès lors qu'informée par son avocat de la notification à celui-ci et du sens de l'ordonnance du 27 février 2020, elle a omis de prendre connaissance elle-même de cette ordonnance avant de signer le contrat, cette méconnaissance a eu pour seul effet, pour la société requérante dont les deux premières requêtes en référé précontractuel ont été, comme il a été dit au point 1, rejetées au fond par le juge des référés, de la priver de son droit de saisir le juge du référé précontractuel d'une troisième requête invoquant un nouveau manquement du pouvoir adjudicateur à ses obligations de publicité et de mise en concurrence, manquement dont il ne résulte pas de l'instruction qu'il n'aurait pu être invoqué par la société dans ses deux requêtes précédentes. Ainsi, comme le soutient la commune de Challans, la société Pompes Funèbres Funérarium Lemarchand n'est pas fondée à soutenir que la méconnaissance par ladite commune de ses obligations l'a privée de son droit d'exercer le recours prévu par les articles L. 551-1 et L. 551-5 du code de justice administrative, au sens des dispositions précitées de l'article L. 551-18 du même code. Les conclusions de la requête tendant à l'annulation de la convention de concession de service public doivent, par suite, être rejetées comme irrecevables.

Sur les conclusions tendant à la condamnation de la société Pompes Funèbres Funérarium Lemarchand au paiement d'une amende abusive :

6. Aux termes de l'article R. 741-12 du code de justice administrative : « *Le juge peut infliger à l'auteur d'une requête qu'il estime abusive une amende dont le montant ne peut excéder 10 000 euros.* ». S'agissant d'un pouvoir propre du juge, les conclusions des parties tendant à ce qu'une telle amende soit infligée à une autre partie sont irrecevables et doivent être rejetées. Il y a lieu par suite de rejeter les conclusions de la commune de Challans tendant à la condamnation de la société Pompes Funèbres Funérarium Lemarchand au paiement d'une telle amende.

Sur les conclusions relatives aux frais liés à l'instance :

7. Les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce que soit mise à la charge de la commune de Challans, qui n'est pas dans la présente instance partie perdante, la somme demandée par la société Pompes Funèbres Funérarium Lemarchand, au titre des frais exposés par elle et non compris dans les dépens. En revanche, il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de la société Pompes Funèbres Funérarium Lemarchand deux sommes de 1 500 euros à verser respectivement à la commune de Challans et à la société Compagnie des Crématoriums, au même titre.

O R D O N N E

Article 1^{er} : La requête de la société Pompes Funèbres Funérarium Lemarchand est rejetée.

Article 2 : La société Pompes Funèbres Funérarium Lemarchand versera la somme de 1 500 (mille cinq cents) euros à la commune de Challans au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : La société Pompes Funèbres Funérarium Lemarchand versera la somme de 1 500 (mille cinq cents) euros à la société Compagnie des Crématoriums au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 4 : Les conclusions présentées par la commune de Challans au titre de l'article R. 741-12 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 5 : La présente ordonnance sera notifiée à la société Pompes Funèbres Funérarium Lemarchand, à la commune de Challans, à la société Compagnie des Crématoriums et à la société Accueil Funéraire 85.

Copie en sera adressée au préfet de la Vendée.

Fait à Nantes, le 28 avril 2020.

Le juge des référés

Luc Martin

La République mande et ordonne au préfet de la Vendée en ce qui le concerne ou à tous huissiers de justice à ce requis en ce qui concerne les voies de droit commun contre les parties privées, de pourvoir à l'exécution de la présente décision.

Pour expédition conforme,

Le greffier,