

TA93
Tribunal Administratif de Montreuil
2315368
2024-01-12
LAROCHE
Décision
Excès de pouvoir

Satisfaction partielle

Vu la procédure suivante :

Par une requête et un mémoire, enregistrés le 22 décembre 2023 et le 10 janvier 2024, la société par actions simplifiée (A) société des marchés de la région parisienne (SOMAREP), représentée par Me Henochsberg, demande au juge des référés :

- 1°) d'annuler la procédure de passation du contrat de délégation de service public pour la gestion du marché d'approvisionnement de la ville, menée par la commune de Sevrans ;
- 2°) de condamner la commune de Sevrans à lui verser la somme de 3 000 euros sur le fondement des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- le principe d'impartialité de la procédure de passation a été méconnue en raison de fuites d'information intervenues au cours de la procédure ; il appartenait à la commune de faire usage des pouvoirs qu'elle tient de l'article L. 3123-8 du code de la commande publique pour écarter une personne qui a entrepris d'influer indûment le processus décisionnel ; les élus et fonctionnaires de la commune qui participaient à la prise de décision devaient respecter une stricte neutralité pendant cette procédure de passation conformément à un principe général du droit (CE, 14 octobre 2015, n° 390968) ; des représentants de la société B se sont déplacés sur le marché de Sevrans en annonçant que leur entreprise avait remporté la procédure de passation avant toute décision du conseil municipal, ce dont elle a informé immédiatement la commune ; la société B n'a pas informé la commune de ce qu'elle avait été destinataire d'informations confidentielles ; le représentant du maire, habilité à désigner le contrat, dont l'influence est prépondérante sur la procédure s'est publiquement prononcé sur la gestion du marché, le 7 août 2023, en pleine procédure de passation ; ce manquement est susceptible de l'avoir lésé au sens de la jurisprudence SMIRGEOMES (CE, 3 octobre 2008, n° 305420) ;

- la valeur estimative du contrat a été fixée à 1 euro par l'avis de concession publié par la commune alors que cette information est prévue par l'arrêté du 22 mars 2019 qui renvoie au modèle fixé par le règlement d'exécution (UE) n°2015/1986 du 11 novembre 2015 ; la commune n'a pas procédé à une estimation de la valeur de cette concession et cette lacune de l'avis de publicité n'a été compensée par aucune autre pièce du dossier de consultation ; ce manquement est également susceptible de l'avoir lésé ;

- les dispositions de l'article R. 3123-16 du code de la commande publique ont été méconnues dès lors que l'article 10 du règlement de consultation qui fixait la liste des pièces à produire n'a pas prévu la production d'une déclaration sur l'honneur conforme à cet article et l'attributaire n'a donc pas remis une attestation ; la candidature de l'attributaire, qui n'a donc pas remis une déclaration sur l'honneur conforme à cet article, aurait dû être écartée ; le courrier-type adressé par les services de la commune ne correspond pas à l'attestation propre au droit des concessions prévue par l'article R. 3123-16 qui doit être complétée par une déclaration sur l'honneur d'exactitude des renseignements et documents fournis ; cette attestation n'est par ailleurs pas produite par la commune et les formulaires DC1 et DC2 ne comprennent aucune mention équivalente ; ce manquement est également susceptible de l'avoir lésé alors qu'elle a spontanément fourni ce document et que sa candidature était bien régulière ;

- les dispositions de l'article L. 1411-5 du code général des collectivités territoriales ont été méconnues dès lors que la sélection des candidats admis à présenter une offre doit notamment être

menée au regard de l'obligation d'emploi des travailleurs handicapés fixée aux articles L. 5212-1 à L. 5212-4 du code du travail et que l'article 21 du règlement de consultation n'a pas subordonné l'admission des candidatures au respect de l'obligation d'emploi des travailleurs handicapés ; cet élément n'a pas plus été analysé par la commission de délégation de service public et ce point ne fait l'objet d'aucune mention dans son rapport ; une attestation émanant de l'administration compétente est requise en matière de concession et à la différence de ce qui est prescrit en matière de marchés publics ; ce manquement est également susceptible de l'avoir lésé ;

- les dispositions de l'article L. 1411-5 du code général des collectivités territoriales ont été méconnues dès lors que la commission " de DSP " n'est pas compétente pour se prononcer sur les offres finales après négociation ; l'autorité habilitée à signer le contrat s'est déchargée de sa compétence de choix sur la commission du 24 septembre 2023 ainsi que cela résulte des termes du courrier de rejet adressé par le maire de Sevran ; ce manquement est également susceptible de l'avoir lésé ;

- son offre a été dénaturée ; le juge du référé précontractuel ne contrôle pas le mérite des offres mais l'appréciation des offres ne doit pas être entachée d'une erreur de fait (CE, 20 janvier 2016, n°394133 ; CE, 9 juin 2020, n°436922) ; l'appréciation effectuée par la commune est entachée d'erreur de fait révélant une dénaturation de son offre s'agissant de l'inexistence d'une supervision du nettoyage en fin de marché dans l'offre, de l'absence de chiffrage de la dépose des " ciels d'étals " et sur le montant de l'entretien annuel avec une valeur de 16 012 euros retenue à tort alors que l'offre proposait un montant de 25 012 euros ; ce manquement est également susceptible de l'avoir lésé pour l'appréciation de la valeur technique de son offre ;

- la méthode de notation du critère financier est irrégulière dès lors que la commune ne pouvait pas procéder à une addition des montants des différentes redevances proposées sur la durée de la délégation et du montant des investissements sur cette même durée, laquelle était dépourvue de sens ; seuls les montants des redevances devaient être pris en compte pour l'évaluation de la proposition financière ; ce manquement est également susceptible de l'avoir lésé dès lors que les notes totales qui en auraient résulté l'auraient placée en première position ;

- les dispositions de l'article R. 3123-17 du code de la commande publique et de l'article 23 du règlement de la consultation ont été méconnues dès lors qu'il incombe à la collectivité délégante d'établir qu'elle a sollicité et obtenu la totalité des pièces exigibles au titre du respect des obligations fiscales et sociales des candidats ; l'article 23 du règlement de la consultation prévoyait un délai maximal de 8 jours pour l'attributaire pressenti ; ce manquement est également susceptible de l'avoir lésé dès lors que la lésion se présume pour un tel manquement qui empêche de démontrer que le contrat devait bien être attribué au candidat retenu et non au requérant ;

Par un mémoire, enregistré le 6 janvier 2024, la A SOMAREP a demandé que des pièces qu'elle entendait communiquer ne soient pas versées au débat contradictoire par application des articles R. 611-30 et R. 412-2-1 du code de justice administrative au motif qu'elles seraient couvertes par le secret des affaires.

Un mémoire a été enregistré le 10 janvier 2024 par la A SOMAREP contenant une pièce qui n'a pas été communiquée aux autres parties.

Par un mémoire en défense, enregistré le 8 janvier 2024, la commune de Sevran conclut au rejet de la requête.

Elle soutient que les manquements allégués aux obligations de publicité et de mise en concurrence ne sont pas fondés ou inopérants et qu'en tout état de cause les griefs soulevés par la société requérante ne l'ont pas lésée dès lors, notamment, qu'elle a pu présenter utilement une offre.

Par un mémoire en défense, enregistré le 9 janvier 2024, la société par actions simplifiée (A) Les fils de Madame B, représentée par Me Laroche, demande au juge des référés :

1°) de rejeter la requête ;

2°) de condamner la SOMAREP à lui verser la somme de 5 000 euros sur le fondement des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que les moyens soulevés par la A SOMAREP ne sont pas fondés.

Vu les autres pièces du dossier.

Vu :

- la Constitution, et notamment son Préambule ;
- le code général des collectivités territoriales ;
- le code de la commande publique ;
- le code de justice administrative.

La présidente du tribunal a désigné M. Silvy, premier conseiller, pour statuer sur les demandes de référé.

Les parties ont été régulièrement averties du jour de l'audience.

Après avoir, au cours de l'audience du 10 janvier 2024, tenue en présence de M. El Mamouni, greffier d'audience, présenté son rapport, et entendu :

- les observations de Me Henochsberg représentant la A SOMAREP ;
- les observations de M. C, représentant la commune de Sevran ;
- les observations de Me Laroche, représentant la A Les fils de Madame B.

À l'issue de l'audience publique, les parties ont été informées de ce que la clôture de l'instruction était différée dans l'attente de pièces et documents complémentaires.

Par une lettre du greffier du 10 janvier 2024, les parties ont reçu confirmation de ce que la clôture d'instruction était différée et ont été informées de ce que le tribunal attendait la production de pièces demandées au cours de l'instruction à l'audience et qu'elles auraient la possibilité de formuler des observations sur celles-ci.

Des pièces complémentaires ont été produites par la commune de Sevran, le 10 janvier et le 11 janvier 2024, postérieurement à l'audience publique, et ont été communiquées.

Un mémoire a été enregistré le 11 janvier 2024, présenté pour la A SOMAREP, et a été communiqué.

Un mémoire a été enregistré le 11 janvier 2024, présenté pour la A Les Fils de Madame B, et a été communiqué.

Par ordonnance du 11 janvier 2024, la clôture de l'instruction a été fixée au 11 janvier 2024 à 16 heures.

Considérant ce qui suit :

1. Aux termes de l'article L. 551-1 du code de justice administrative : " 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 par les pouvoirs adjudicateurs de contrats administratifs ayant pour objet () la délégation d'un service public () ".

Aux termes de l'article L. 551-6 du même code : " I. - Le juge peut ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations et suspendre l'exécution de toute décision qui se rapporte à la passation du contrat, sauf s'il estime, en considération de l'ensemble des intérêts susceptibles d'être lésés et notamment de l'intérêt public, que les conséquences négatives de ces mesures pourraient l'emporter sur leurs avantages. / Il peut, en outre, annuler les décisions qui se rapportent à la passation du contrat et supprimer les clauses ou prescriptions destinées à figurer dans le contrat et qui méconnaissent lesdites obligations. () ". Aux termes de son article L. 551-3 : " Le président du tribunal administratif ou son délégué statue en premier et dernier ressort en la forme des référés. ". Et aux termes de son article L. 551-4 : " 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. ".

2. Il appartient au juge administratif, saisi en application de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, de se prononcer sur le respect des obligations de publicité et de mise en concurrence incombant à l'administration. En vertu de cet article, les personnes habilitées à agir pour mettre fin aux manquements de l'autorité concédante à ses obligations de publicité et de mise en concurrence sont celles qui sont susceptibles d'être lésées par de tels manquements. Il appartient, dès lors, au juge des référés précontractuels de rechercher si l'opérateur économique qui le saisit se prévaut de manquements qui, eu égard à leur portée et au stade de la procédure auquel ils se rapportent, sont susceptibles de l'avoir lésé ou risquent de le léser, fût-ce de façon indirecte en avantageant un opérateur économique concurrent.

3. Par un avis d'appel public à la concurrence publié au Journal Officiel de l'Union Européenne (JOUE) le 30 juin 2023, la commune de Sevran a lancé une procédure ouverte DSP23-001 tendant à la conclusion d'une délégation de service public tenant à la " gestion du marché forain de la Ville de Sevran " pour une durée de 60 mois non renouvelable. Deux candidatures ont été déposées, émanant de la société Mandon SOMAREP et de la société Les Fils de Madame B A, les 22 et 23 août 2023 et ces sociétés ont été admises à présenter des offres, remises, après une phase de négociation les 23 et 24 octobre 2023, le 15 novembre 2023, dans le délai prescrit. Les offres ont été jugées recevables par la commission de délégation de service public réunie le 24 novembre 2023 qui a attribué une note de 57,5 sur 100 à l'offre présentée par la société Mandon SOMAREP et la note de 62 sur 100 à l'offre présentée par la A Les fils de Madame B. Le conseil municipal de Sevran a décidé d'attribuer cette délégation à la A Les Fils de Madame B par une délibération adoptée le 14 décembre 2023. Par une lettre du maire de Sevran du 15 décembre 2023, la société Mandon SOMAREP a été informée du rejet de son offre, du tableau détaillé de ses notes et de celles du candidat retenu, du classement de ces deux offres et de l'attribution de la délégation à la Société Les Fils de Madame B A. La A SOMAREP a sollicité, sur le fondement des dispositions de l'article R. 3125-1 et R. 3125-3 du code de la commande publique l'obtention des

motifs détaillés des notes ainsi attribuées, le montant de l'offre de l'attributaire et les caractéristiques et avantages relatifs de l'offre retenue. La commune de Sevrans a communiqué le 19 décembre 2023 à la requérante une version expurgée des éléments couverts par le secret des affaires du rapport d'analyse des offres.

4. Par le présent recours, la A SOMAREP, agissant en sa qualité de candidate non retenue, demande au juge des référés du tribunal administratif, statuant sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, d'annuler la procédure de passation en cause.

Sur les conclusions présentées sur le fondement des dispositions de l'article L. 551-1 du code de la commande publique :

5. Aux termes, d'une part, de l'article L. 3 du code de la commande publique : " Les acheteurs et les autorités concédantes respectent le principe d'égalité de traitement des candidats à l'attribution d'un contrat de la commande publique. Ils mettent en œuvre les principes de liberté d'accès et de transparence des procédures, dans les conditions définies dans le présent code. () ". Et aux termes de l'article L. 3121-1 de ce code : " L'autorité concédante organise librement une procédure de publicité et mise en concurrence qui conduit au choix du concessionnaire dans le respect des dispositions des chapitres I à V du présent titre et des règles de procédure fixées par décret en Conseil d'État. () ".

6. Aux termes, d'autre part, de l'article L. 1411-5 du code général des collectivités territoriales : " I. - Une commission analyse les dossiers de candidature et dresse la liste des candidats admis à présenter une offre après examen de leurs garanties professionnelles et financières, de leur respect de l'obligation d'emploi des travailleurs handicapés prévue aux articles L. 5212-1 à L. 5212-4 du code du travail et de leur aptitude à assurer la continuité du service public et l'égalité des usagers devant le service public. / Au vu de l'avis de la commission, l'autorité habilitée à signer la convention de délégation de service public peut organiser librement une négociation avec un ou plusieurs soumissionnaires dans les conditions prévues par l'article L. 3124-1 du code de la commande publique. Elle saisit l'assemblée délibérante du choix de l'entreprise auquel elle a procédé. Elle lui transmet le rapport de la commission présentant notamment la liste des entreprises admises à présenter une offre et l'analyse des propositions de celles-ci, ainsi que les motifs du choix de la candidate et l'économie générale du contrat. / II. - La commission est composée : / a) Lorsqu'il s'agit () d'une commune de 3 500 habitants et plus (), par l'autorité habilitée à signer la convention de délégation de service public ou son représentant, président, et par cinq membres de l'assemblée délibérante élus en son sein à la représentation proportionnelle au plus fort reste ; () ". Et aux termes de l'article L. 1411-7 de ce même code : " Deux mois au moins après la saisine de la commission prévue à l'article L. 1411-5, l'assemblée délibérante se prononce sur le choix du délégataire et la convention de délégation de service public. / Les documents sur lesquels se prononce l'assemblée délibérante doivent lui être transmis quinze jours au moins avant sa délibération. () ".

7. Le principe d'impartialité s'impose aux autorités chargées de l'attribution d'une délégation de service public, comme à toute autorité administrative, afin d'assurer l'effectivité des principes constitutionnels de liberté d'accès à la commande publique et d'égalité de traitement des candidats (cf. Conseil constitutionnel, n° 2003-473 DC du 26 juin 2003 ; CE, Sect., 30 décembre 2010, n°338273). Si le choix du délégataire d'un service public par une commune est une compétence exclusive de son assemblée délibérante par application des dispositions précitées de l'article L. 1411-7 du code général des collectivités territoriales, le rôle éminent reconnu à la commission prévue à l'article L. 1411-5 de ce même code, que ce soit au stade de l'admission des candidatures, de l'engagement éventuel d'une phase de négociation ou de l'évaluation des offres, impose que ses membres, alors même que leur liberté d'expression, s'ils ont la qualité d'élu, est garantie, s'abstiennent, pendant la durée de la procédure, de toute prise de position publique de nature à compromettre le respect de ce principe d'impartialité.

8. Il résulte de l'instruction qu'une publication sur le réseau social Facebook le 7 août 2023, relative au marché de Sevrans a suscité une réaction d'une personne identifiée comme M. Gilles Boitte, lequel a déclaré en commentaire que : " Ce marché est mal géré. C'est dommage car il est très fréquenté. Et les incivilités font fuir les clients du centre-ville. Le bail de concessionnaire du marché doit être renouvelé en janvier prochain, c'est l'occasion de le réformer pour qu'il soit plus diversifié et qu'on y trouve plus de commerces de qualité ".

9. Il n'est pas contesté que ce commentaire a été effectivement rédigé par M. Gilles Boitte, conseiller municipal de Sevrans, président délégué de la commission de l'article L. 1411-5 du code général des collectivités territoriales en qualité de représentant du maire pour la procédure en cause et, en cette qualité, au nombre des quatre signataires du rapport d'analyse du 24 novembre 2023 proposant de retenir la A Les Fils de Madame B comme attributaire de la

délégation. La date de ce commentaire, mis en ligne en août 2023, soit quelques jours avant la date limite de remise des candidatures, n'est pas plus contestée.

10. Si la commune a fait valoir à l'audience que cette critique présentait une portée générale et intéressait également le rôle des services de la police nationale, de la police municipale et des services de nettoyage de la commune, il ressort des termes de ce commentaire librement accessible au public que cet élu faisait précisément état d'une mauvaise gestion de ce marché, notamment en ce qui concernait la sélection des commerçants présents, et mettait exclusivement en lien la résolution de cette mauvaise gestion avec la procédure de renouvellement de la concession engagée quelques semaines plus tôt. Une telle prise de position critique visait directement la société SOMAREP, en charge à cette date de la gestion de ce marché urbain et candidate à sa succession, et constituait une atteinte à l'impartialité de la commission de l'article L. 1411-5 du code général des collectivités territoriales dont il était président délégué. Par ailleurs, l'existence d'une atteinte au principe d'impartialité n'implique pas la démonstration de l'existence d'un conflit d'intérêt.

11. Il ne résulte pas de l'instruction que la candidature de la requérante devait être écartée, ou que l'offre qu'elle présentait ne pouvait qu'être éliminée comme inappropriée, irrégulière ou inacceptable. Il résulte de l'instruction que la société requérante avait obtenu la note maximale en ce qui concerne le critère financier évalué sur 30 et que la A Les Fils de Madame B a été retenue au bénéfice de sa note sur le second critère, évalué sur 70 points, de la qualité du service rendu aux usagers, pour une différence d'évaluation d'ensemble limitée à 4,5 points entre les deux offres. Un défaut d'impartialité de la commission en charge de la préparation du rapport d'évaluation des offres est, dès lors, susceptible de l'avoir lésée et elle peut utilement se prévaloir de ce manquement (Rappr. CE, 26 septembre 2012, n° 359706 points 13 et 14).

12. Il résulte de ce qui précède, eu égard à la portée et au stade de la procédure auquel se rapporte le manquement ci-dessus caractérisé et sans qu'il soit besoin d'examiner les autres manquements invoqués, que la A SOMAREP est fondée à demander l'annulation de la procédure de passation relative à la délégation de service public DSP23-001 ayant pour objet la gestion du marché forain de la commune de Sevrans.

Sur les conclusions tendant à l'application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative :

13. Aux termes de l'article L. 761-1 du code de justice administrative : " Dans toutes les instances, le juge condamne la partie tenue aux dépens ou, à défaut, la partie perdante, à payer à l'autre partie la somme qu'il détermine, au titre des frais exposés et non compris dans les dépens. Le juge tient compte de l'équité ou de la situation économique de la partie condamnée. Il peut, même d'office, pour des raisons tirées des mêmes considérations, dire qu'il n'y a pas lieu à cette condamnation. ".

14. En vertu des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative, le juge des référés ne peut pas faire bénéficier la partie tenue aux dépens ou la partie perdante du paiement par l'autre partie des frais qu'elle a exposés à l'occasion du litige soumis au juge. Les conclusions présentées à ce titre par la A Les Fils de Madame B doivent, dès lors, être rejetées. Il y a lieu en revanche, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de la commune de Sevrans la somme de 1 500 euros à verser à la A SOMAREP sur le fondement de ces dispositions.

ORDONNE :

Article 1er : La procédure de passation DSP23-001 initiée par la commune de Sevrans tendant à la délégation de service public de la gestion du marché forain de cette commune est annulée.

Article 2 : La commune de Sevrans versera à la A SOMAREP la somme de 1 500 euros en application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : Le surplus des conclusions de la requête de la A SOMAREP est rejeté.

Article 4 : Les conclusions présentées par la A Les Fils de Madame B au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 5 : La présente ordonnance sera notifiée à la A SOMAREP, à la commune de Sevrans et à la A Les Fils de Madame B.

Copie en sera adressée au préfet de la Seine-Saint-Denis pour information.

Fait à Montreuil, le 12 janvier 2024.

Le juge des référés,

J.-A. Silvy

La République mande et ordonne au préfet de la Seine-Saint-Denis en ce qui le concerne ou à tous commissaires 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 ordonnance.