

TA83  
Tribunal Administratif de Toulon  
2401604  
2024-06-11  
CHARREL ET ASSOCIES  
Ordonnance  
Excès de pouvoir

Rejet

Vu la procédure suivante :

Par une requête et plusieurs mémoires, enregistrés les 17 mai 2024, le 27 mai 2024, 5 juin 2024 et 7 juin 2024, la société L'EDEN PLAGE, représentée par Me Consalvi, demande au juge des référés statuant en application de l'article L. 551-1 du code de justice administrative et dans ses dernières écritures, de :

- Annuler la procédure de passation de la convention d'exploitation d'un lot de plage et de l'établissement de restauration y afférant formant le lot 7G des plages artificielles du Mourillon à Toulon en ce comprise la lettre du 7 mai 2024 informant la requérante du rejet de son offre ;
- A titre subsidiaire, annuler la procédure de passation de la convention d'exploitation d'un lot de plage et de l'établissement de restauration y afférant formant le lot 7G des plages artificielles du Mourillon à Toulon, à compter de la phase d'examen des offres afférentes au lot 7G ;
- Ordonner la production immédiate des pièces adverses n° 3, 4, 7, 8, 9 et 10 ; A défaut d'ordonner la production desdites pièces, écarter des débats les pièces adverses n° 3, 4, 7, 8, 9 et 10 ;
- Condamner la Métropole Toulon Provence Méditerranée (MTPM) à lui verser la somme de 4 000 euros au titre des frais exposés et non compris dans les dépens qu'il serait inéquitable de laisser à sa charge, sur le fondement des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative. Elle soutient que :
  - En permettant à une société non constituée de candidater sans exiger la production de statuts signés par les actionnaires, la métropole a entaché d'irrégularité dès l'origine la procédure de passation en commettant une erreur manifeste dans la détermination des conditions d'accès des candidats qui contrevient au principe d'égalité de traitement. En l'occurrence, le lot 7G a été attribué à une société non constituée dont la candidature devait être déclarée irrecevable et ne pouvait donc être examinée, en l'absence de production de statuts signés et d'informations certaines et précises sur la participation au capital de la future société ; il n'est pas établi que la société en cours de création attributaire a remis au soutien de son dossier de candidature sur le volet " capacité économique et financière " des éléments suffisamment précis quant au capital social, aux apports personnels des futurs actionnaires, ni la preuve d'un engagement d'un établissement bancaire en cas de recours à un prêt.
  - Le pouvoir adjudicateur devait donc écarter l'offre irréaliste et manifestement surévaluée de l'attributaire, d'autant plus qu'il n'est pas démontré que ce dernier a justifié de capacités financières suffisantes prouvant son aptitude à exploiter simultanément trois lots et démontrant le caractère réaliste de ses prévisions financières. Par suite, le pouvoir adjudicateur devait considérer que le sous-critère tenant à la cohérence et la sincérité du CEP n'était pas rempli de manière satisfaisante. De surcroît, l'attributaire a proposé une part variable de la redevance d'occupation domaniale de 5% notée 7.5/10, sachant qu'il a proposé un montant identique pour les deux autres lots attribués, ce qui paraît là encore totalement irréaliste.
  - En ce qui concerne le sous-critère n° 1 de la valeur financière de l'offre, la métropole a jugé l'offre seulement " passable " (5/10) aux motifs prétendus de l'insuffisance des indicateurs pour le restaurant qui ne permettraient pas de fiabiliser la capacité de la requérante à réaliser le chiffre d'affaires prévisionnel et de l'absence d'intégration du chiffre d'affaires boissons. En effectuant une telle appréciation, la métropole TPM a manifestement dénaturé le contenu de l'offre en ce qui concerne ce sous-critère. Par ailleurs, il a été reproché à la requérante de ne pas avoir précisé le

nombre et la liste des équipements et la capacité d'accueil assise de la partie restaurant alors que de telles précisions ne lui ont pas été demandées dans la phase de négociation.

- Il est parfaitement erroné de prétendre que la société requérante n'aurait pas distingué les chiffres d'affaires prévisionnels des deux contrats et qu'elle aurait sous-évalué le chiffre d'affaires du lot plage, étant rappelé à cet égard que contrairement à l'attributaire, elle bénéficie d'une expérience de plus de 35 ans d'exploitation de la plage et du restaurant concernés. Enfin, l'attributaire a proposé une part variable de la redevance d'occupation domaniale de 5% notée 7.5/10, et un montant identique pour les deux autres lots qui lui ont été attribués ; cette proposition irréaliste et non justifiée a conduit la métropole à juger la proposition réévaluée de la requérante (1,8%) comme " passable ", ce qui révèle là encore une véritable dénaturation de l'offre au regard de l'appréciation du sous-critère n° 3.

- Il ressort des pièces du dossier que le règlement de la consultation a été modifié dans le seul but de permettre à M. B A représentant la société attributaire " en cours de création " de présenter son offre. Les offres devaient obligatoirement être remises au plus tard le mardi 18 juillet 2023 à 16 heures. Mais la métropole a décidé de modifier le règlement de consultation (art.12) en ajoutant deux dates de visite, les 6 et 7 juillet 2023. Cette modification opportune a été effectuée afin de permettre à M. B A de visiter les lots et de déposer in extremis son offre pour le lot 7G le 17 juillet 2023 à 17h20. En effet, M. B A était le seul candidat à s'être présenté lors de visites complémentaires organisées pour lui, s'agissant des lots 5E et 7G qui lui ont finalement été attribués.

Par un mémoire en défense, enregistré le 6 juin 2024, la Métropole Toulon Provence Méditerranée et la commune de Toulon représentées par Me Charrel, conclut au rejet de la requête et à la condamnation de la société requérante à lui verser la somme de 5.000 euros sur le fondement de l'article L.761-1 du code de justice administrative.

Elles soutiennent que :

- Le juge des référés précontractuels n'est pas compétent en ce qui concerne la convention d'occupation du domaine public pour le restaurant ;
- Les moyens soulevés ne sont pas fondés.

Par un mémoire distinct enregistré le 6 juin 2024, la Métropole Toulon Provence Méditerranée a produit le rapport d'analyse des offres et les différentes pièces de la candidature et de l'offre de l'attributaire et a demandé que ces pièces soient soustraites au contradictoire en application des dispositions de l'article R. 412-2-1 du code de justice administrative.

Par un mémoire enregistré le 7 juin 2024, M. B A a produit différentes pièces.

Vu les autres pièces du dossier.

Vu :

- le code de la commande publique ;
- le code de justice administrative.

La présidente du Tribunal a désigné M. Harang, vice-président, en application de l'article L. 511-2 du code de justice administrative.

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

Au cours de l'audience publique, M. Harang a lu son rapport et entendu :

- Les observations de Me Consalvi pour la société L'EDEN PLAGE ;
- Les observations de Charrel pour la Métropole Toulon Provence Méditerranée et la commune de Toulon.

La clôture de l'instruction a été prononcée à l'issue de l'audience.

Une note en délibéré présentée pour la société L'EDEN PLAGE a été enregistrée le 10 juin 2024.

Considérant ce qui suit :

1. Par un avis de concession publié au Bulletin officiel des marchés publics et au Journal officiel de l'Union européenne ainsi que sur son profil acheteur et dans les annonces légales les 18, 19, 22 et 26 mai 2023, la Métropole Toulon Provence Méditerranée (MTPM) titulaire d'un contrat de concession de l'État du 1er janvier 2024 au 31 décembre 2033, a lancé une consultation pour l'exploitation des lots de plage et des établissements de restauration des plages artificielles du Mourillon à Toulon. La consultation en litige avait pour objet l'attribution de deux contrats distincts, tel que le précise l'article 2.1.2 du Règlement de consultation, à savoir un sous-traité d'exploitation plage, prenant la forme d'une délégation de service public, conclue avec la MTPM, autorité concédante et une convention d'occupation temporaire du domaine public pour l'exploitation d'un établissement de restaurant, conclue avec la commune de Toulon, propriétaire du domaine public. La société L'EDEN PLAGE a déposé une candidature ainsi qu'une offre, de même

que M. B A, qui s'est présenté comme une personne physique dans le cadre de son dossier de candidature. Le Conseil Métropolitain de la MTPM ainsi que le conseil municipal de la commune de Toulon se sont prononcés les 25 et 26 avril 2024 sur le choix du titulaire. Par courrier du 7 mai 2024, la requérante a été informée du rejet de son offre, classée en seconde position avec une note générale de 6.54/10.

2. 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 l'exécution de travaux, la livraison de fournitures ou la prestation de services, avec une contrepartie économique constituée par un prix ( ) ". Il appartient au juge du référé précontractuel de rechercher si l'entreprise 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 lésée ou risquent de la léser, fût-ce de façon indirecte, en avantageant une entreprise concurrente.

Sur la compétence du juge des référés précontractuels :

3. Il est constant qu'en raison d'une configuration particulière des plages artificielles du Mourillon, avec un périmètre de concession de plage s'arrétant au droit de bâtiments affectés à des activités de restauration et situés en arrière des plages sur le domaine public de la commune de Toulon, et dès lors en contiguïté, la Métropole Toulon Provence Méditerranée et la commune de Toulon ont convenu, par convention de mandat pour la passation conjointe du sous-traité d'exploitation des lots de plage et des AOT des restaurations sur les plages du Mourillon à Toulon signée le 26 août 2022, de désigner un titulaire unique du sous-traité d'exploitation du lot de plage et de la convention d'occupation domaniale en vue de l'exploitation de l'établissement de restauration. Il a ainsi été désigné un mandataire pour organiser l'ensemble des opérations relatives à la procédure de passation, procédure et plus précisément pour la conduite d'une procédure unique de passation, de l'élaboration des documents de la consultation à l'achèvement de la procédure, tout en rédigeant les rapports des offres sur la base de l'analyse technique des services de la Métropole pour le lot de plage et celle des services de la commune pour le lot de restaurant. La commune de Toulon reste signataire des AOT, tandis que la Métropole est signataire des sous-traités de plage, ces derniers prenant la forme d'une délégation de service public.

4. Si la procédure de passation d'une délégation de service public, contrat de concession, peut faire l'objet d'un référé relevant de la compétence du juge administratif du référé précontractuel au sens de l'article L.551-1 du code de justice administrative, il n'en va, en principe, pas de même des conventions d'occupation domaniales telles que les conventions d'occupation temporaires du domaine public, lesquelles n'entrent pas dans le champ du référé précontractuel.

5. Toutefois, il résulte de l'instruction que les deux conventions précitées doivent être regardées comme formant un ensemble contractuel indivisible et indissociable compte tenu de la procédure de passation commune retenue par les deux personnes morales de droit public en cause. Par ailleurs, il ressort des pièces du dossier que le titulaire du sous-traité d'exploitation du lot de plage ne peut pas assurer sa mission de service public sans maîtriser la gestion du restaurant attendant (repas livrés, stockage du matériel de plage ) Ainsi, dans ces circonstances très particulières, il y a lieu de reconnaître au juge des référés précontractuels une compétence pour apprécier les éventuels manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation de ces deux contrats.

6. Il résulte de ce qui précède que l'exception d'incompétence partielle soulevée en défense ne peut qu'être écartée.

Sur la mise en œuvre de la procédure prévue à l'article R. 412-2-1 du code de justice administrative :

7. Aux termes de l'article R. 412-2-1 du code de justice administrative : " Lorsque la loi prévoit que la juridiction statue sans soumettre certaines pièces ou informations au débat contradictoire ou lorsque le refus de communication de ces pièces ou informations est l'objet du litige, la partie qui produit de telles pièces ou informations mentionne, dans un mémoire distinct, les motifs fondant le refus de transmission aux autres parties, en joignant, le cas échéant, une version non confidentielle desdites pièces après occultation des éléments soustraits au contradictoire. Le mémoire distinct et, le cas échéant, la version non confidentielle desdites pièces, sont communiqués aux autres parties. / ( ) / Si la juridiction estime que ces pièces ou informations ne se rattachent pas à la catégorie de celles qui peuvent être soustraites au contradictoire, elle les renvoie à la partie qui les a produites et veille à la destruction de toute copie qui en aurait été faite. Elle peut, si elle estime que ces pièces ou informations sont utiles à la solution du litige, inviter la partie concernée à les verser dans la procédure contradictoire, le cas échéant au moyen des applications informatiques mentionnées aux

articles R. 414-1 et R. 414-2. Si la partie ne donne pas suite à cette invitation, la juridiction décide des conséquences à tirer de ce refus et statue sans tenir compte des éléments non soumis au contradictoire. () ".

8. Le rapport d'analyse des offres et les différentes pièces de la candidature et de l'offre de l'attributaire, apparaissent utiles à la solution du litige. Compte tenu de la valeur commerciale non contestée que revêtent les éléments contenus dans ces pièces, le secret des affaires fait obstacle à ce que celles-ci soient soumises au contradictoire. Il sera donc statué au vu de ces pièces par une motivation adaptée pour ne pas porter atteinte au secret des affaires.

Sur les conclusions à fin d'annulation :

9. En premier lieu, aux termes de l'article R.3122-8 du code de la commande publique : " 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. " et selon l'article R.3124-3 du même code : " Lorsque les offres ne peuvent être déposées qu'à la suite d'une visite sur les lieux d'exécution du contrat ou après consultation sur place de documents complémentaires, le délai de réception des offres est fixé de manière à permettre aux opérateurs économiques concernés de prendre connaissance des informations nécessaires au dépôt de leur offre. "

10. Il résulte de l'instruction que par un avis rectificatif, régulièrement publié et communiqué le 16 juin 2023, la Métropole Toulon Provence Méditerranée, informée dans le cadre des questions en cours de consultation des difficultés pour certains candidats de procéder aux visites de lieux aux dates prévues, a étendu les possibilités de visites de site, sans modifier la date limite de réception des candidatures et des offres, proposant deux nouvelles dates pour ces visites obligatoires, les 6 et 7 juillet 2023. Dès lors, cette modification dont il n'est pas établi qu'elle aurait méconnu l'égalité de traitement entre les candidats, était parfaitement régulière. De surcroît, la société requérante ne fait état d'aucun intérêt lésé et ne produit aucun élément de nature à démontrer qu'elle aurait été susceptible d'être lésée par le manquement invoqué relatif à la modification de l'article 12 du Règlement de consultation, alors que cette modification n'a eu aucune incidence sur la présentation de sa candidature et/ou de son offre.

11. En deuxième lieu, aux termes de l'article L. 3123-19 du code de la commande publique : " L'autorité concédante ne peut imposer aux candidats des conditions de participation à la procédure de passation autres que celles propres à garantir qu'ils 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 contrat de concession. Lorsque la gestion d'un service public est concédée, ces conditions de participation peuvent notamment porter sur l'aptitude des candidats à assurer la continuité du service public et l'égalité des usagers devant le service public. Ces conditions sont liées et proportionnées à l'objet du contrat de concession ou à ses conditions d'exécution. ". Aux termes de l'article L. 3123-19 du même code : " Après examen des capacités et aptitudes des candidats, l'autorité concédante élimine les candidatures incomplètes ou irrecevables et dresse la liste des candidats admis à participer à la suite de la procédure de passation du contrat de concession. ". Et selon l'article L. 3123-20 de ce code : " Est irrecevable une candidature présentée par un candidat qui ne peut participer à la procédure de passation en application des articles L. 3123-1 à L. 3123-14, L. 3123-16 et L. 3123-17 ou qui ne possède pas les capacités ou les aptitudes exigées en application de la présente section. "

12. Il résulte de l'instruction que M. B A n'a pas candidaté initialement et formellement sous la forme d'une société en cours de création ou de constitution mais à titre individuel. Si ce dernier a proposé la création d'une société dédiée, pour le cas où il serait attributaire des conventions, cette seule circonstance n'est pas de nature à changer la forme juridique initiale de la candidature de l'attributaire, qui est un candidat personne physique qui dispose à lui-seul des compétences requises en termes de restauration et de gestion d'un établissement de ce type. En outre, le dossier de candidature présente bien le CV de sa femme à propos de laquelle il est établi qu'elle a donné son accord constaté dans un projet de statuts.

13. Il est constant que le règlement de consultation en cause permettait, d'une part, aux personnes physiques de candidater, ainsi que, d'autre part, les évolutions de forme juridique des candidats à condition que ces dernières interviennent avant la signature des conventions. Ainsi, M. B A pouvait candidater individuellement comme personne physique, tout en proposant, pour le cas où il serait attributaire, la création d'une société dédiée à l'exécution des conventions. Au regard des stipulations du Règlement de consultation, rendant impossible toute modification de la forme juridique après la signature, l'autorité concédante s'est logiquement rapprochée de l'attributaire pressenti pour exiger la production d'un projet de statuts signés avant la rédaction du rapport à

l'exécutif sur le choix du titulaire. Par ailleurs, il résulte de l'instruction que le projet de statuts a été remis signé, (au vu de l'évolution de la forme juridique du candidat), avant la rédaction du rapport à l'exécutif sur le choix du titulaire et celle du rapport d'analyse des offres. L'ensemble des personnes entrant au capital, ont donc, avec la signature des statuts définitifs, donné leur accord de principe, sachant que les statuts fixent leurs participations respectives. En outre, le candidat a fourni l'ensemble des garanties techniques et professionnelles attendues et sollicitées par l'article 5.2 du Règlement de consultation, conformément aux stipulations de son article 3.4, ainsi que, pour chaque associé, les pièces attendues. De plus, par procuration signée, les futurs actionnaires et associés ont donné pouvoir à M. A pour signer en leur nom les conventions contestées. Enfin, des garanties financières ont été apportées en cours de procédure par mesure de régularisation lorsque la candidature a évolué vers une société en cours de création, avec une attestation de prêt signée pour chaque lot. Par suite, le moyen relatif à la méconnaissance de la transparence des procédures, et tiré de l'irrégularité de la candidature de l'attributaire, ne peut qu'être écarté en ce qu'il manque en fait.

14. En troisième lieu, aux termes de l'article L.3124-2 du Code de la commande publique : " L'autorité concédante écarte les offres irrégulières ou inappropriées. Bien évidemment, à la différence des marchés publics, la notion d'offre inacceptable n'existe pas en concession où le risque d'exploitation est à la charge du concessionnaire, la convention ne faisant pas l'objet de crédits budgétaires alloués. " et selon les dispositions de l'article L.3124-3 du même Code : " Une offre irrégulière est une offre qui ne respecte pas les conditions et caractéristiques minimales exigées indiquées dans les documents de la consultation. "

15. Il résulte de l'instruction que s'agissant des sous-critères, cohérence et sincérité du compte d'exploitation prévisionnel, part variable de la redevance d'occupation domaniale, amplitude d'exploitation, l'autorité concédante a mis en œuvre une méthode permettant d'apprécier la cohérence de ce compte et la pertinence du chiffre d'affaires. De la même manière, en corrélant l'appréciation de la part variable de redevance sur le chiffre d'affaires, la première devant être calculée sur la base du second, la Métropole s'est assurée de la régularité des critères financiers et de la pertinence de l'offre. Ainsi, en basant la redevance variable sur le prévisionnel du compte d'exploitation, lui-même définit de manière que l'autorité concédante puisse en apprécier la cohérence au regard d'éléments objectifs et chiffrés dépassant largement les simples déclarations des candidats, la Métropole n'a ni défini de critère imprécis ni apprécié un critère à l'aune d'éléments aléatoires. Il ne ressort pas plus de l'instruction que l'autorité concédante aurait commis une erreur manifeste dans l'appréciation de ces différents éléments.

16. En quatrième et dernier lieu, il n'appartient pas au juge du référé précontractuel, qui doit seulement se prononcer sur le respect, par l'autorité concédante, des obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation d'un contrat, de se prononcer sur l'appréciation portée sur la valeur d'une offre ou les mérites respectifs des différentes offres. Il lui appartient, en revanche, lorsqu'il est saisi d'un moyen en ce sens, de vérifier que l'autorité concédante n'a pas dénaturé le contenu d'une offre en en méconnaissant ou en en altérant manifestement les termes et procédé ainsi à la sélection de l'attributaire du contrat en méconnaissance du principe fondamental d'égalité de traitement des candidats.

17. Il résulte de l'instruction que l'autorité concédante a fidèlement pris en compte, sans dénaturation, l'ensemble des éléments figurant aux termes du mémoire financier et pièces de l'offre de la société requérante, dans sa version finale après les négociations. Elle n'a donc commis aucune erreur lors de l'analyse des offres de la société L'EDEN PLAGE. En tout état de cause, et à supposer même que soient neutralisés les sous-critères à propos desquels la requérante expose que l'autorité concédante aurait commis une dénaturation, à savoir le sous-critère n°1 du critère n°3 ainsi que le sous-critère n°3 du critère n°3, il ressort de l'instruction que le classement final n'en serait pas bouleversé, la note pour le critère n°3 devenant 8.75/10 pour la requérante et de 8.75/10 pour l'attributaire, ce qui, au classement final, en appliquant la même méthode de notation avec arrondi à deux décimales donnerait 7.48/10 pour la requérante (au lieu de 6.54/10) et 7.50 pour l'attributaire (au lieu de 7.37/10). Le moyen tiré d'une dénaturation de l'offre de la société L'EDEN PLAGE ne peut dès lors qu'être écarté.

18. Il résulte de l'ensemble de ce qui précède que la requête de la société L'EDEN PLAGE doit être rejetée.

Sur les frais d'instance :

19. Il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de faire application de l'article L.761-1 du code de justice administrative en condamnant la société L'EDEN PLAGE à verser à la Métropole Toulon Provence Méditerranée et à la commune de Toulon, la somme totale de 2 500 euros.

ORDONNE :

Article 1er : La requête de la société L'EDEN PLAGE est rejetée.

Article 2 : La société L'EDEN PLAGE versera la somme totale de 2 500 euros à la Métropole Toulon Provence Méditerranée et à la commune de Toulon, en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : La présente ordonnance sera notifiée à la société L'EDEN PLAGE, à la Métropole Toulon Provence Méditerranée, à la commune de Toulon et à M. B A.

Fait à Toulon, le 11 juin 2024.

Le Vice-président

Juge des référés,

signé

Ph. HARANG

La République mande et ordonne au préfet du Var en ce qui la concerne et à tous les 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.

Pour expédition conforme,

Le greffier en chef,

Le greffier