

Tribunal administratif de Marseille, 3 mai 2023, 2303694

Synthèse

Juridiction : Tribunal administratif de Marseille

Numéro affaire : 2303694

Type de recours : Excès de pouvoir

Dispositif : Rejet

Avocat(s) : MCL AVOCATS

Texte

Vu la procédure suivante :

Par une requête et un mémoire, enregistrés les 17 avril et 1er mai 2023, l'association " centre social les oliviers ", représentée par Me Duval-Zouari, demande au juge des référés :

1°) sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, d'enjoindre sous astreinte à la commune de Saint-Martin-de-Crau de lui communiquer les motifs détaillés des notes attribuées et les caractéristiques et avantages de l'offre retenue et de reprendre la procédure de mise en concurrence ou, subsidiairement, de reprendre la procédure au stade de l'analyse des offres ;

2°) de mettre à la charge de la commune de Saint-Martin-de-Crau la somme de 4 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- la commune méconnaîtrait l'obligation de motivation prévue par l'article R. 3125-1 du code de la commande publique si elle ne lui communiquait pas les procès-verbaux d'ouverture des plis et la liste des candidats admis, le rapport de la commission de service public dans son intégralité portant analyse de ses propositions et de celles des deux attributaires des lots n° 1 et n° 2, les convocations adressées aux membres de la commission ainsi que le procès-verbal détaillant la composition ainsi que le respect du quorum, la grille d'évaluation et le rapport détaillé des offres pour chaque lot et pour chaque critère et sous-critère, le rapport précisant les avantages et inconvénients des offres retenues au titre du lot n° 1 et du lot n° 2, le montant détaillé de l'offre de l'attributaire comprenant le montant global final, ses notes et celles de l'attributaire sur chacun des critères et sous-critères ;

- la commune n'a pas estimé la valeur du contrat et n'a pas communiqué cette estimation, en méconnaissance de l'article R. 3121-1 du code de la commande publique ;
- il appartient à la commune de justifier du respect des articles R. 3126-5 et 3122-6 du code de la commande publique ;
- les documents de la consultation ne mentionnaient ni les critères ou sous-critères de sélection, ni leur hiérarchisation ou leur pondération, en méconnaissance des articles L. 3124-4, R. 3124-4 et R. 3124-5 du code de la commande publique ;
- le critère financier était irrégulier dès lors qu'il reposait sur les seules déclarations des candidats, sans engagement contractuel et sans possibilité pour la commune d'analyser et de critiquer les offres financières des autres candidats ;
- la méthode de notation n'a pas été communiquée ;
- la commune a commis des erreurs d'appréciation de ses offres et les a dénaturées ;
- la commune a communiqué les rapports techniques et financiers de la concession et a fait procéder à un audit par une employée d'un candidat, en méconnaissance des dispositions de l'article L. 3122-3 du code de la commande publique.

Par un mémoire en défense, enregistré le 28 avril 2023, la commune de Saint-Martin-de-Crau, représentée par Me Ladouari, conclut au rejet de la requête, en faisant valoir que les moyens soulevés ne sont pas fondés, et à ce qu'il soit mis à la charge de la requérante la somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Par un mémoire en défense, enregistré le 28 avril 2023, la société IFAC PACA, représentée par Me de Laubier, conclut au rejet de la requête en faisant valoir que les moyens soulevés ne sont pas fondés, et à ce qu'il soit mis à la charge de la requérante la somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

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. Gonneau, vice-président, pour statuer sur les demandes de référés.

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

Au cours de l'audience publique du 2 mai 2023 tenue en présence de M. Benoist, greffier d'audience, M. B a lu son rapport et a entendu les observations de Me Duval-Zouari, représentant l'association " centre social les oliviers " qui a conclu aux mêmes fins que sa requête par les mêmes moyens, de Me Ladouari, représentant la commune de Saint-Martin-de-Crau qui a maintenu les termes de sa défense, de Me de Laubier, représentant la société IFAC PACA qui a maintenu les termes de sa défense, et de MM C et A, représentant la société Mutualité française PACA SSAM qui a fait valoir que la procédure n'aurait plus d'utilité.

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

Considérant ce qui suit :

1. La commune de Saint-Martin-de-Crau a soumis à la concurrence le renouvellement de la concession de services pour la gestion des structures d'accueil de l'enfance et de la jeunesse. Le lot n° 1 pour l'exploitation de deux établissements d'accueil de la petite enfance a été attribué à la société Mutualité française PACA SSAM, l'offre de l'association " centre social les oliviers " étant classée troisième et rejetée. Le lot n° 2 pour la gestion de l'accueil de l'enfance et de l'adolescence a été attribué à la société IFAC PACA, l'offre de l'association " centre social les oliviers " étant classée troisième et rejetée. L'association " centre social les oliviers " demande à titre principal l'annulation de la procédure de mise en concurrence.

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 ou un droit d'exploitation, la délégation d'un service public ou la sélection d'un actionnaire opérateur économique d'une société d'économie mixte à opération unique. () ". Aux termes de l'article L. 551-2 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 l'article L. 551-10 du même code : " Les personnes habilitées à engager les recours prévus aux articles L. 551-1 et L. 551-5 sont celles qui ont un intérêt à conclure le contrat ou à entrer au capital de la société d'économie mixte à opération unique et qui sont susceptibles d'être lésées par le manquement invoqué () ".

3. Aux termes de l'article R. 3125-1 du code de la commande publique : " L'autorité concédante notifie sans délai à chaque candidat ou soumissionnaire concerné sa décision de rejeter sa candidature ou son offre. Cette notification précise les motifs de ce rejet et, pour les soumissionnaires, le nom du ou des attributaires ainsi que les motifs qui ont conduit au choix de l'offre. () ". Aux termes de l'article R. 3125-3 du même code : " L'autorité concédante communique aux soumissionnaires ayant présenté une offre qui n'a pas été éliminée en application de l'article

L. 3124-2 les caractéristiques et les avantages relatifs de l'offre retenue, dans les quinze jours de la réception d'une demande à cette fin " .

4. Il résulte de l'instruction que, par deux courriers du 7 avril 2023, la commune de Saint-Martin-de-Crau a informé l'association " centre social les oliviers " du rejet de son offre, de son classement, des notes obtenues à chaque critère de sélection ainsi que celles de l'attributaire et lui a communiqué un extrait du rapport d'analyse des offres lui permettant de connaître à la fois les motifs du rejet de son offre et ceux du choix de l'attributaire. Dans ces conditions le moyen tiré de la méconnaissance des dispositions précitées doit être écarté.

5. Aux termes de l'article R. 3121-1 du code de la commande publique : " La valeur estimée du contrat de concession est calculée selon une méthode objective, précisée dans les documents de la consultation mentionnés à l'article R. 3122-7. Elle correspond au chiffre d'affaires total hors taxes du concessionnaire pendant la durée du contrat. Le choix de la méthode de calcul utilisée par l'autorité concédante ne peut avoir pour effet de soustraire le contrat de concession aux dispositions du présent livre qui lui sont applicables, notamment en scindant les travaux ou services " .

6. En se bornant à alléguer que l'omission d'indiquer le montant estimatif de la concession l'aurait empêchée d'améliorer son offre financière, l'association " centre social les oliviers " ne justifie pas que cette irrégularité, relative au choix de la procédure, était susceptible de l'avoir lésée dès lors qu'elle n'a pas été empêchée de présenter une candidature et qu'en tant que concessionnaire de ce service, candidate à son renouvellement, elle était à même d'élaborer une offre financière.

7. Aux termes de l'article R. 3126-5 du code de la commande publique : " Par dérogation à l'article R. 3126-4, lorsque la valeur estimée des contrats de concession visés au b du 2° de l'article R. 3126-1 est égale ou supérieure au seuil européen qui figure dans un avis annexé au présent code, l'autorité concédante publie l'avis de concession au Journal officiel de l'Union européenne ainsi qu'au Bulletin officiel des annonces des marchés publics ou dans un journal d'annonces légales " . Aux termes de l'article R. 3122-6 du même code : " L'autorité concédante doit être en mesure de faire la preuve de la date d'envoi des avis de concession " .

8. L'association " centre social les oliviers " , qui a été en mesure de présenter une offre, ne justifie pas qu'elle serait susceptible d'être lésée par la circonstance que la commune ne pourrait justifier du respect des dispositions précitées.

9. Aux termes de l'article L. 3124-5 du code de la commande publique : " Le contrat de concession est attribué au soumissionnaire qui a présenté la meilleure offre au regard de l'avantage économique global pour l'autorité concédante sur la base de plusieurs critères objectifs, précis et liés à l'objet du contrat de concession ou à ses conditions d'exécution. Lorsque la gestion d'un service public est concédée, l'autorité concédante se fonde également sur la qualité du service rendu aux usagers. Les critères d'attribution n'ont pas pour effet de conférer une liberté de choix illimitée à l'autorité concédante et garantissent une concurrence effective. Ils sont rendus publics dans des conditions prévues par décret en Conseil d'État () " . Aux termes de l'article R. 3124-4 du même code : " Pour attribuer le contrat de concession, l'autorité concédante se fonde, conformément aux dispositions de l'article L. 3124-5, sur une pluralité de critères non

discriminatoires. Au nombre de ces critères, peuvent figurer notamment des critères environnementaux, sociaux, relatifs à l'innovation. Les critères et leur description sont indiqués dans l'avis de concession, dans l'invitation à présenter une offre ou dans tout autre document de la consultation ". Aux termes de l'article R. 3124-5 du même code : " L'autorité concédante fixe les critères d'attribution par ordre décroissant d'importance. Leur hiérarchisation est indiquée dans l'avis de concession, dans l'invitation à présenter une offre ou dans tout autre document de la consultation () ".

10. Aux termes de l'article 4.2 du règlement de la consultation : " Les propositions des candidats devront obligatoirement comporter pour chaque lot : 1. Le questionnaire complété dans sa totalité, sans renvoi vers un mémoire technique et accompagné des pièces demandées. Ce document a valeur contractuelle. / 2. Les projets d'établissements comprenant un projet social et éducatif / 3. Les projets de règlements intérieurs en conformité avec les projets d'établissements / 4. Un compte d'exploitation prévisionnel (CEP) (général et analytique par structure, avec précision sur la quote-part nécessaire à l'administration générale), avec projection sur la durée du contrat. Ce CEP fera apparaître distinctement le montant de la contribution financière forfaitaire de l'autorité concédante. Il sera accompagné du détail des charges de personnel et des modalités d'intégration du personnel salarié de l'actuel concessionnaire. () L'absence de l'une des pièces 1 à 4 indispensables à l'appréciation de l'offre entraînera son rejet. L'attention du candidat est attirée sur le fait que sa candidature sous-entend l'acceptation de toutes les pièces du dossier, et notamment du projet de convention dans sa globalité ". Aux termes de l'article 5.2 relatif aux critères d'appréciation des offres de ce règlement : " () Pour l'analyse des offres et l'identification de la meilleure offre au regard de l'avantage économique global pour la collectivité concédante, les critères suivants seront pris en compte, par ordre de priorité décroissante (priorité 1 = priorité la plus grande) : 1- Qualité de l'offre (Valeur technique) La valeur technique sera appréciée, au regard des attentes explicitées dans les projets de conventions de chaque lot, de la qualité du service rendu aux usagers et de l'organisation du service, en se basant sur les réponses aux questionnaires, les projets d'établissement et les projets de règlements intérieurs. / 2- Conditions financières proposées Les conditions financières proposées seront appréciées en se basant sur la participation financière de la collectivité sur la durée totale de la concession, la cohérence entre les budgets établis et la qualité de l'offre de service proposée, ainsi que sur les réponses aux questionnaires ".

11. Il résulte des dispositions précitées que, pour assurer le respect des principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, l'information appropriée des candidats sur les critères d'attribution d'une concession est nécessaire dès l'engagement de la procédure d'attribution. Le pouvoir adjudicateur est ainsi tenu d'informer dans les documents de consultation les candidats des critères de sélection des offres ainsi que de leur pondération ou hiérarchisation. S'il décide, pour mettre en œuvre ces critères de sélection des offres, de faire usage de sous-critères également pondérés ou hiérarchisés, il doit porter à la connaissance des candidats la pondération ou la hiérarchisation de ces sous-critères dès lors que, eu égard à leur nature et à l'importance de cette pondération ou hiérarchisation, ils sont susceptibles d'exercer une influence sur la présentation des offres par les candidats et doivent, en conséquence, être eux-mêmes regardés comme des critères de sélection. En revanche, il n'est pas tenu d'informer les candidats de la méthode de notation des offres lorsqu'il se borne à mettre en œuvre les critères annoncés.

12. Il résulte de l'instruction qu'en premier lieu, pour apprécier le mérite des offres, la commune de Saint-Martin-de-Crau a noté la valeur technique des offres sur soixante points et les conditions financières sur quarante points, ce qui est compatible avec les critères de sélection annoncés par le règlement de la consultation et leur hiérarchisation. En second lieu, la valeur technique des offres a été appréciée au regard des réponses au questionnaire, notées sur quarante-cinq points, des projets d'établissement, notés sur dix points, et des projets de règlements intérieurs notés sur cinq points, les conditions financières proposées étant quant à elles appréciées au regard de la participation financière, notée sur trente-cinq points et de l'analyse du compte d'exploitation provisionnel, noté sur cinq points. Cette méthode d'appréciation hiérarchisée des critères de sélection, qui ressort au demeurant des dispositions précitées du règlement de la consultation, ne peut être regardée, en tout état de cause, comme instaurant des critères de sélection dont les candidats auraient dû être informés. En troisième lieu les comptes d'exploitation prévisionnels soumis par les candidats se fondent sur les charges et produits prévisionnels de l'exploitation des services d'accueil existants de la commune de Saint-Martin-de-Crau, et dont, par suite, la cohérence et la pertinence ont pu être contrôlées par la commune, le critère financier étant propre, dans ces conditions, à lui permettre d'apprécier l'avantage économique global d'une offre. En quatrième lieu, comme il a été dit ci-dessus, la commune n'avait pas d'obligation de communiquer sa méthode de notation des offres dès lors qu'elle s'est bornée à mettre en œuvres les critères de sélection annoncés. Il résulte de tout ce qui précède que les moyens tirés de l'irrégularité des critères et de leurs modalités d'appréciation doivent être écartés.

13. 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.

14. L'association " centre social les oliviers " entend critiquer la manière dont la commune de Saint-Martin-de-Crau a apprécié, interprété ou commenté ses offres, sans toutefois que cette critique détaillée ne révèle une dénaturation de ses offres, quand bien même quelques erreurs ou approximations auraient été commises dans l'analyse de celles-ci, dont il n'est pas justifié, comme le fait valoir la commune, qu'elles auraient été susceptibles de léser l'association. Par suite le moyen tiré de la dénaturation de ses offres doit être écarté.

15. Aux termes de l'article L. 3122-3 du code de la commande publique : " L'autorité concédante ne peut communiquer les informations confidentielles qu'elle détient dans le cadre d'un contrat de concession, telles que celles dont la divulgation violerait le secret des affaires, ou celles dont la communication pourrait nuire à une concurrence loyale entre les opérateurs économiques, telle que la communication en cours de consultation de la valeur globale ou détaillée des offres () ".

16. En premier lieu, en se bornant à alléguer que la commune de Saint-Martin-de-Crau a

communiqué " les rapports techniques et financiers de la concession " et en ne contestant pas que ces rapports sont ceux prévus par les dispositions du code de la commande publique et du code général des collectivités territoriales relatifs à l'exécution des délégations de service public, qui sont par nature communicables, l'association requérante ne justifie pas que la commune aurait communiqué des informations qui seraient confidentielles au sens des dispositions précitées.

17. En second lieu, la seule circonstance que la personne qui a réalisé un état des lieux des services délégués en cause un an avant la procédure contestée, était, jusqu'au mois de juillet 2018, salariée de la société IFAC Provence n'est pas propre, en l'absence d'autres éléments, à faire regarder la procédure comme méconnaissant les dispositions précitées.

18. Il résulte de tout ce qui précède que la requête de l'association " centre social les oliviers " doit être rejetée. Il n'y a pas lieu, dans les circonstances de l'espèce, de faire application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

O R D O N N E :

Article 1er : La requête présentée par l'association " centre social les oliviers " est rejetée.

Article 2 : Les conclusions présentées par la commune de Saint-Martin-de-Crau et la société IFAC PACA au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 3 : La présente ordonnance sera notifiée à l'association " centre social les oliviers ", à la commune de Saint-Martin-de-Crau, à la société IFAC Provence-Alpes-Côte d'Azur et à la société Mutualité française PACA SSAM.

Le juge des référés,

signé

P-Y. B

La République mande et ordonne au préfet des Bouches-du-Rhône 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 décision.

Pour expédition conforme,

P/ La greffière en chef,

La greffière,

N°2303694