

## **Fiche n° 7**

# **LE RÉGIME DES CONTRATS PUBLICS I : LA PASSATION**

### **BIBLIOGRAPHIE**

Université de Paris 1, Colloque, « Liberté contractuelle des personnes publiques », *AJDA* sept. oct. 1998  
DREYFUS (J.-D.), BASSET (B.), « Autour de la notion de « droit commun de la commande publique », *AJDA* 2004, pp. 2256-2260  
DUFFY (A.), « La constitution et la liberté contractuelle », *RDP* 2006, p. 1569  
MODERNE (F.), « La liberté contractuelle est-elle vraiment et pleinement contractuelle ? », *RFDA* 2006, p. 12  
MOREAU (J.), « De l'interdiction faite à l'autorité de police d'utiliser une technique d'ordre contractuel. Contribution à l'étude des rapports entre police et contrat », *AJDA* 1965, p. 3  
SAUNIER (S.), « L'autonomie de la volonté en droit administratif français : une mise au point », *RFDA* 2007, p. 609  
TERNEYRE (P.), « Le législateur peut-il abroger les articles 6 et 1123 du Code civil ? Sur la valeur constitutionnelle de la liberté contractuelle », *Mélanges PEISER*, PUG, 1995, p. 473.

### **RÉFÉRENCES ET DOCUMENTS**

- Référence 1 :** Conclusions du rapporteur public sur CE, 24 juin 2019, Département des Bouches du Rhône ;  
**Référence 2 :** CE, 24 juin 2019, Département des Bouches du Rhône, n°428866 ;  
**Référence 3 :** Conclusions du rapporteur public sur CE, 14 juin 2019, Société Vinci  
**Référence 4 :** CE, 14 juin 2019, Société Vinci, n°411444 ;  
**Référence 5 :** Conclusions du rapporteur public sur CE, 8 avril 2019, Commune de Cannes  
**Référence 6 :** CE, 8 avril 2019, Commune de Cannes, n°425373 ;  
**Référence 7 :** CE, 25 mai 2018, Nantes Métropole, n°417580 ;

### **DÉCISIONS DU CORPUS**

CJCE, 12 juillet 2001, *Ordine degli architetti delle province di Milano*,  
CJCE, 7 décembre 2000, *Telaustria Verlags Gmbh*,  
CJCE, 3 décembre 2001, *Bent Mousten Vestergaard*,  
CJCE, 18 janvier 2007, *Auroux*,  
CC, 20 janvier 1993, *Loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques*,  
CC, 26 juin 2003, *Loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit*,  
CE, 17 juin 1932, *Ville de Castelnaudary*,  
CE, 29 avril 1970, *Société Unipain*,  
CE, Ass., 14 février 1975, *Époux Merlin*,  
CE, Sect., 12 octobre 1984, *Chambre syndicale des agents d'assurances des Hautes-Pyrénées*,  
CE, 1er avril 1994, *Ville de Menton c. Sté Scetauparc Exploitation*,  
CE, 18 mars 1988, *Loupias c. Commune de Montreuil-Bellay*,  
CE, 3 novembre 1997, *Société Million et Marais*,  
CE, Sect., 28 janvier 1998, *Sté Borg-Warner*,  
CE, Sect., 20 mai 1998, *Communauté de communes du Piémont de Barr*,  
CE, 22 mars 2000, *Epoux Lasaulce*,  
CE, 5 mars 2003, *Ordre des avocats à la Cour d'appel de Paris, et, Union nationale des services publics industriels et commerciaux (UNSPIC)*,  
CE, 30 juin 2004, *Département de la Vendée c. la société Vedettes Inter-îles vendéennes*,  
CE 9 août 2006, *Compagnie générale des eaux*,  
CE, 30 janvier 2009, *ANPE*,  
CE, 16 octobre 2000, *Compagnie méditerranéenne d'exploitation des services d'eau*,

### **EXERCICES SUGGÉRÉS :**

**Épreuve théorique :** dissertation  
- Les principes généraux de la commande publique

**Épreuve pratique :** commentaire  
- CE, 25 mai 2018, Nantes Métropole, n°417580 (document n°7)

**Référence 1 : Conclusions du rapporteur public sur CE, 24 juin 2019, Département des Bouches du Rhône**

Outre les causes d'interdiction de soumissionner qui s'imposent aux acheteurs publics, mentionnées à l'article 45 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics (art L. 2141-1 à 5 du CCP), l'article 48 de l'ordonnance prévoit cinq catégories de motifs qui permettent aux acheteurs d'exclure un candidat, sans les y obliger. Ils tiennent, pour les résumer de manière synthétique, à la commission d'un manquement grave ou persistant à des obligations contractuelles au cours de l'exécution de précédents marchés (1°), à des tentatives d'influence sur le processus de sélection (2°), à la détention d'informations confidentielles susceptibles de conférer un avantage anticoncurrentiel obtenues grâce à la participation à la préparation de la procédure (3°), à l'existence d'indices graves, sérieux et concordants d'entente (4°) ou encore à l'existence d'un conflit d'intérêts (5°).

L'affaire qui vient d'être appelée vous conduira à trancher la question à la fois délicate et inédite de savoir si les dispositions du 2° de cet article permettent à l'acheteur de tenir compte de tentatives d'influence du processus décisionnel de sélection commises à l'occasion de procédures de passation antérieures. La réponse que vous lui apporterez vaudra également pour les dispositions identiques de l'ordonnance du 29 janvier 2016 relative aux concessions (art L. 3123-8 CCP).

L'une des raisons de sa difficulté est qu'elle conduit à donner une interprétation générale d'une règle à l'occasion d'un litige qui s'inscrit dans le contexte très particulier de la passation d'un marché public que l'acheteur avait échoué à plusieurs reprises à conclure en raison d'une vaste affaire de corruption touchant ses propres services.

Le département des Bouches-du-Rhône a lancé au début de l'année 2016 une procédure de passation d'un marché à bons de commande pour l'exécution de travaux d'entretien, de rénovation, de réparation et d'amélioration du patrimoine immobilier lui appartenant ou qu'il loue, qu'il a déclaré sans suite au début de l'année suivante en raison d'indices graves, sérieux et concordants de pratiques anticoncurrentielles, dont il avait eu connaissance à la suite, notamment, d'une information judiciaire et de la mise en examen, suivie de la détention provisoire, de son directeur de la gestion et de la comptabilité, pour corruption active et passive, association de malfaiteurs, recel et blanchiment. Cette procédure pénale touche également la société EGBTI, candidate à l'attribution de ce marché, à travers la mise en examen pour des faits similaires d'une personne soupçonnée d'en avoir été le gérant de fait.

Au mois de novembre 2017, le département a lancé une nouvelle procédure de passation d'un marché ayant un objet plus limité ne portant que sur des « travaux de remise en valeur du parvis, rénovation de l'éclairage dynamique et gestion technique centralisée et mise en accessibilité PMR des archives et de la bibliothèque départementales à Marseille ». Cette procédure a été déclarée infructueuse après l'exclusion de la candidature de la société EGBTI au motif qu'elle n'aurait pas donné suffisamment d'assurances de son intégrité et le rejet de l'offre concurrente comme irrégulière.

Un nouvel avis d'appel public à la concurrence pour l'attribution de ce même marché a été lancé en octobre 2018. La société EGBTI s'est de nouveau portée candidate sur 2 lots. Le département lui a demandé, comme lors de la procédure précédente, d'établir qu'elle n'avait pas participé aux pratiques anticoncurrentielles qui faisaient l'objet de l'enquête judiciaire. N'ayant pas été convaincu

par sa réponse, il a exclu sa candidature, décision qu'elle a contestée devant le juge du référé précontractuel du TA de Marseille qui, par une ordonnance du 28 février 2019 contre laquelle le département des Bouches-du-Rhône se pourvoit en cassation, a fait droit à sa demande. Il a estimé que le département n'avait pu régulièrement fonder sur les 2° et 5° du I de l'article 48 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics l'exclusion de cette société.

Le premier moyen du pourvoi critique la censure du motif d'exclusion de la société EGBTI fondé sur les dispositions du 2°, qui est tiré de l'implication d'une personne proche de cette société dans des faits de corruption ayant eu pour but d'influer sur la procédure d'attribution du marché lancée en 2016. Or, pour l'auteur de l'ordonnance attaqué, ces dispositions ne peuvent conduire à exclure que « les personnes qui ont entrepris d'influer indûment sur le processus décisionnel de l'acheteur « lors de la procédure de passation du marché public » en cause et ne sauraient donc être opposées pour des faits portant sur des marchés antérieurs ».

Plusieurs bonnes raisons peuvent conduire à retenir cette interprétation stricte de ces dispositions, aux termes desquelles : « I. - Les acheteurs peuvent exclure de la procédure de passation du marché public : (...) 2° Les personnes qui ont entrepris d'influer indûment sur le processus décisionnel de l'acheteur ou d'obtenir des informations confidentielles susceptibles de leur donner un avantage indu lors de la procédure de passation du marché public, ou ont fourni des informations trompeuses susceptibles d'avoir une influence déterminante sur les décisions d'exclusion, de sélection ou d'attribution ».

Leur rédaction, tout d'abord, qui évoque « la procédure de passation du marché public » et non pas d'un marché public. Nous ne sommes absolument pas convaincu par l'argumentation du département selon laquelle les trois pratiques anticoncurrentielles évoquées par ces dispositions auraient des portées différentes, seule la deuxième, décrite comme tendant à « obtenir des informations confidentielles susceptibles de leur donner un avantage indu lors de la passation du marché public », concernant la procédure au cours de laquelle la candidature est exclue.

La comparaison de ce motif d'exclusion avec celui du 1°, qui vise expressément des manquements commis par un candidat au cours de l'exécution de marchés publics antérieurs et qui les encadre dans le temps (les trois années précédentes), conduit également à penser que les autres cas ne concernent que le comportement d'un candidat au cours de la procédure dont il peut être exclu.

Mais plus encore que la rédaction du texte, qui n'interdit pas absolument toute interprétation plus extensive, c'est la place de ces dispositions dans l'ensemble de celles relatives aux interdictions de soumissionner qui pourrait aller dans le sens de l'ordonnance attaquée.

L'ordonnance de 2015, comme la directive de 2014 qu'elle transpose, établit deux grandes catégories d'interdictions de soumissionner, les interdictions « obligatoires et générales » (art 45) et les interdictions « facultatives » (article 48). Les premières touchent les personnes qui ont fait l'objet de condamnations pénales pour un certain nombre d'infractions, qui ont violé des obligations en matière fiscale ou sociale ou encore qui font l'objet de procédures de liquidation ou de redressement judiciaire. Elles poursuivent un objectif général de moralisation de la commande publique, à laquelle ne peuvent accéder des opérateurs économiques reconnus coupables d'infractions pénales, fiscales ou sociales. Les interdictions facultatives visent à garantir la bonne

exécution du marché (1°) et la conformité de la procédure aux principes d'égalité et de mise en concurrence, en prévenant les pratiques anticoncurrentielles de la part de l'opérateur économique (2° à 4°) et les conflits d'intérêts (5°). Contrairement aux condamnations qui donnent lieu aux interdictions obligatoires, les comportements pouvant justifier une interdiction facultative ont un lien direct avec la procédure de passation du marché. En d'autres termes, l'interdiction facultative doit être justifiée par un risque sérieux de mauvaise exécution du marché ou d'atteinte aux principes fondamentaux au cours de la procédure d'attribution.

Le cas de la corruption, qui est le motif retenu par le pouvoir adjudicateur dans la présente affaire, permet d'illustrer cette distinction. La condamnation définitive pour des faits de corruption fait partie des infractions pénales (art 433-1 du code pénal) entraînant une interdiction obligatoire et générale de soumissionner. Admettre que des soupçons de corruption dans un contexte extérieur à la procédure en cause puisse conduire à interdire une personne de soumissionner romprait l'équilibre du dispositif et rendrait presque inutile la condition, propre aux interdictions obligatoires, d'une condamnation définitive. Cela porterait une atteinte grave à la présomption d'innocence, à la liberté d'accès à la commande publique et représenterait une mesure disproportionnée.

Malgré leur force, ces raisons ne nous paraissent cependant pas faire obstacle à ce que, dans certaines circonstances particulières dont la présente espèce offre une bonne illustration, les manœuvres commises par un candidat pour fausser à son avantage la concurrence lors de l'attribution d'un précédent marché justifient son exclusion en application des dispositions du 2° de l'article 48. Nous pensons que ces dispositions ménagent aux acheteurs une certaine marge d'appréciation, qui ne pourra toutefois qu'être limitée pour les raisons que nous venons de dire et afin de prévenir tout risque d'atteinte excessive à la liberté de prestation de service et à l'égalité des candidats.

Cette marge d'appréciation nous paraît en premier lieu découler de l'esprit ou de la finalité des interdictions facultatives de soumissionner qui ont pour objet, nous l'avons dit et cela ressort du II de l'article 48, de garantir la bonne exécution du futur marché, pour le 1° et le respect des principes d'égalité et de transparence, pour les autres. Si elles n'ont pas pour objet de sanctionner des comportements passés, elles doivent pouvoir permettre aux acheteurs, qui sont responsables de la régularité de la procédure, d'exclure un candidat dont ils auraient de sérieuses raisons de penser que sa participation à la procédure risquerait d'en compromettre le déroulement régulier au regard notamment de l'exigence d'égalité entre les candidats.

Si aucune disposition de la directive du 26 février 2014 relative aux marchés publics dont le i) du point 4 l'article 57 est repris littéralement par les dispositions qui nous occupent, ne conduit explicitement à leur donner une telle interprétation, plusieurs passages traduisent un esprit qui la rend possible.

La seule disposition qui évoque explicitement un comportement antérieur du candidat figure au point 5 de l'article 57, qui indique qu'« À tout moment de la procédure, les pouvoirs adjudicateurs peuvent exclure ou peuvent être obligés par les États membres à exclure un opérateur économique lorsqu'il apparaît que celui-ci se trouve, compte tenu des actes qu'il a commis ou omis d'accomplir soit avant, soit durant la procédure, dans un des cas visés au paragraphe 4. ». Mais il n'est pas évident de lire ces dispositions, qui n'ont pas été reprises par l'ordonnance, comme permettant d'étendre les comportements particuliers visés au i) du point 4 à des procédures antérieures. En effet, d'une part, elles figurent en facteur commun de tous les cas d'exclusions facultatives, dont certains concernent expressément des marchés antérieurs. D'autre

part, comme le fait valoir le ministre de l'économie dans les observations produites devant vous par lesquelles il défend fermement l'interprétation stricte retenue par l'auteur de l'ordonnance attaquée, les termes « avant la procédure » peut avoir pour fonction de couvrir la phase préparatoire de la procédure de mise en concurrence (études préalables ; conception du marché ; élaboration des documents de la consultation ; etc) à laquelle peuvent concourir des assistants à la maîtrise d'ouvrage susceptibles d'avoir des liens avec de futurs candidats. Cela étant dit, si ces dispositions ne justifient pas expressément l'interprétation extensive que nous vous proposons, elles ne l'interdisent pas.

Et plusieurs autres passages de la directive nous semblent en traduire l'esprit. Ainsi, l'exposé des motifs indique que « les pouvoirs adjudicateurs devraient en outre [cad outre les interdictions obligatoires] pouvoir exclure les opérateurs économiques qui se seraient avérés non fiables, par exemple ... pour d'autres fautes professionnelles graves telles que la violation de règles de concurrence ou de droits de propriété intellectuelle. Il convient de préciser qu'une faute professionnelle grave peut remettre en question l'intégrité d'un opérateur économique... » (§ 101). L'article 57.4 c) dispose que le pouvoir adjudicateur peut exclure un candidat lorsqu'il « peut démontrer par tout moyen approprié que l'opérateur économique a commis une faute professionnelle grave qui remet en cause son intégrité ». Ce cas d'exclusion ne nous paraît pas couvrir uniquement une faute dans l'exécution d'un précédent marché, cas visé au g), mais plus généralement d'un manquement grave à des obligations professionnelles qui peuvent être d'ordre déontologique. Il est vrai que ce motif d'exclusion n'a pas, contrairement aux autres, été repris par l'ordonnance. Il ne correspond en tout état de cause pas exactement aux faits reprochés à la société EGBTI dans la présente affaire. Mais nous le citons parce qu'il montre l'attachement du législateur européen à l'intégrité de l'opérateur économique, dont le défaut est susceptible d'entacher la procédure de passation.

La lutte contre la corruption dans la commande publique est au coeur des réglementations nationales et européennes encadrant leur passation et le récent rapport du président Nadal consacré aux moyens de « Renouer avec la confiance publique » montre qu'elle n'est pas gagnée. Interpréter les dispositions de l'article 48 de l'ordonnance dans un sens qui la renforce n'apparaît donc pas illégitime.

Il nous semble en second lieu possible d'ouvrir cette marge d'appréciation aux acheteurs sans risque d'atteinte excessive aux principes d'égal et de libre accès à la commande publique car ces interdictions facultatives n'ont pas l'effet radical des interdictions obligatoires. Elles ne peuvent être prononcées, en application du II de l'article 48, qu'après que le candidat mis en cause ait été invité à établir « dans un délai raisonnable et par tout moyen, que son professionnalisme et sa fiabilité ne peuvent plus être remis en cause et, le cas échéant, que sa participation à la procédure de passation du marché public n'est pas susceptible de porter atteinte à l'égalité de traitement ».

Mais cette marge d'appréciation ne saurait être sans limite et cette limite doit tenir à l'existence d'un lien étroit avec la procédure en cours. Cette condition découle d'ailleurs des termes du II de l'article 48 que nous venons de citer, qui impliquent que les comportements correspondant aux motifs d'exclusion du I, même s'ils ne se sont pas nécessairement produits au cours de la procédure de passation, doivent être au moins susceptibles de compromettre son déroulement régulier et que ce risque ne saurait résulter du seul fait que l'opérateur économique est soupçonné d'avoir eu, directement ou indirectement, un comportement anticoncurrentiel par le passé. La participation du candidat doit faire peser sur la régularité de la procédure en cours, du fait des liens qui unissent

cette procédure à la procédure antérieure que le candidat a essayé d'influencer, un risque suffisamment sérieux pour que l'acheteur puisse légitimement choisir de l'exclure afin de garantir aux autres candidats les conditions d'une mise en concurrence transparente et égale.

Il est impossible de fixer à l'avance, de manière abstraite, les éléments susceptibles de caractériser ce lien. Trop précis, ils risqueraient de ne pas couvrir tous les cas de figure ; trop vagues, ils pourraient donner lieu à des abus. Mais nous pouvons tout de même indiquer que d'une part la tentative d'influence du candidat dans une procédure précédente devra être caractérisée de manière précise, d'autre part que l'acheteur devra établir que la participation de ce candidat à la procédure en cours faisait courir un risque sérieux d'atteinte à l'égalité de traitement des candidats. Tel sera par exemple le cas d'un candidat qui aura récemment commis de tels agissements et qui n'aura pas apporté, en réponse à la demande de l'acheteur, de garanties de ce que son professionnalisme et son intégrité ne pourront plus être mis en cause.

Le cas d'espèce, que vous retrouverez plus en détail en réglant l'affaire au fond si vous nous suivez, offre un bon exemple de tels liens : le comportement reproché à une personne proche de la société exclue n'a pas été commis au cours de procédures totalement étrangères au présent marché mais au cours de procédures récentes tendant à l'attribution, pour partie, des mêmes prestations, par le même acheteur, qui pouvait légitimement attendre d'une société ayant eu des liens de fait avec une personne mise en cause dans une enquête relative à des faits de corruption lors de la passation de ses précédents marchés qu'elle justifie n'avoir plus aucun lien avec cette personne.

Si vous partagez cette lecture des dispositions du 2° du I de l'article 48, vous jugerez que le juge du référé a commis une erreur de droit en considérant qu'elles ne pouvaient s'appliquer qu'aux pratiques anticoncurrentielles commises au cours de la procédure de passation dont il est saisi et que le département ne pouvait s'en prévaloir en l'espèce.

Le deuxième moyen, sur lequel vous n'aurez pas à vous prononcer si vous nous suivez sur le précédent, nous retiendra moins longtemps. Il est tiré de ce que l'auteur de l'ordonnance attaquée aurait commis une erreur de droit en jugeant que le 5° de l'article 48 de l'ordonnance, qui permet d'exclure « les personnes qui, par leur candidature, créent une situation de conflit d'intérêts, lorsqu'il ne peut y être remédié par d'autres moyens », ne pouvait justifier l'exclusion de la société EGBTI au motif qu'une « personne proche » du gérant de cette société fait l'objet d'une mise en examen pour notamment des faits de corruption active, car « cette circonstance ne peut en elle-même être susceptible de créer, dans le cadre de la présente procédure de passation, une situation de conflit d'intérêts, telle que définie par le 5° du I de l'article 48 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 précité, dès lors qu'il ne résulte pas de l'instruction que l'impartialité ou l'indépendance des agents du département des Bouches-du-Rhône serait désormais mise en cause ». Le département fait valoir que sa constitution de partie civile dans la procédure pénale relative aux marchés de 2016 créait une situation de conflit d'intérêts avec la société.

Nous ne le pensons pas et partageons sur ce point la lecture que le juge du référé a fait du 5° de l'article 48 qui définit le conflit d'intérêt comme « toute situation dans laquelle une personne qui participe au déroulement de la procédure de passation du marché public ou est susceptible d'en influencer l'issue a, directement ou indirectement, un intérêt financier, économique ou tout autre intérêt personnel qui pourrait compromettre son impartialité ou son indépendance dans le cadre de la procédure de passation du marché public ». Une constitution de partie civile dans une procédure

pour des faits de corruption dans des marchés publics ne traduit pas, par elle-même, l'existence d'une animosité personnelle de l'exécutif du département à l'encontre d'une société qui peut être mise en cause au cours de cette procédure. En juger différemment aurait d'ailleurs pour effet paradoxal de justifier le résultat recherché par l'intérêt personnel et d'utiliser la règle de prévention du conflit d'intérêt pour le satisfaire.

Le troisième moyen, tiré de ce que le juge du référé aurait annulé la procédure dans une mesure excessive, n'est pas fondé, puisque l'exclusion irrégulière d'un opérateur implique de reprendre la procédure au début avec l'opérateur irrégulièrement évincé.

Réglant l'affaire au fond, vous devrez vous prononcer sur la régularité de l'exclusion de la société EGBTI.

Nous avons vu que le motif tiré de ce que sa candidature créait une situation de conflits d'intérêts ne pouvait légalement justifier cette mesure.

L'autre motif, fondé sur les dispositions du 2° de l'article 48 de l'ordonnance de 2015, est tiré, nous l'avons dit, de ce qu'une personne proche de la société EGBT, considérée comme dirigeant de fait de cette société par les enquêteurs, a été mise en examen pour les délits de corruption active, recel en bande organisée et association de malfaiteurs dans une enquête pénale portant sur la commission de ces infractions lors de l'attribution de marchés publics du département entre 2013 et 2016, enquête qui a conduit à la mise en examen pour ces faits d'un directeur du département.

Les faits reprochés à cette personne proche de la société EGBTI constituent bien des tentatives « d'influer indûment sur le processus décisionnel de l'acheteur » visées par le 2° de l'article 48 et nous vous avons expliqué les raisons pour lesquelles la circonstance qu'ils aient été commis à l'occasion de procédures antérieures lancées par le département ne faisait pas, compte tenu du lien entre ces procédures et la procédure en cause, obstacle à ce que le département demande à la société de lui apporter des gages de son intégrité actuelle, afin que sa participation à la procédure ne risque pas de porter atteinte à l'égalité de traitement.

Or la réponse apportée par la société n'est pas entièrement satisfaisante. Celle-ci discute essentiellement de l'applicabilité des dispositions des 2° et 5° de l'article 48. S'agissant des éléments concrets sur ses liens avec la personne mise en cause, elle s'est bornée à faire valoir qu'elle n'est pas partie à la procédure pénale, n'est pas mise en examen, qu'elle ignore les éléments conduisant le département à porter de telles accusations et que la personne proche de la société visée par la mise en examen n'exerce aucune fonction au sein de la société comme en atteste le Kbis et l'organigramme de la société.

Sans même entrer dans les détails du dossier de l'enquête pénale qui n'ont pas tous été produits devant le juge du référé précontractuel, il n'est pas surprenant que le département n'ait pas été convaincu par cette argumentation. La personne mise en examen dans cette affaire, qui s'était présentée comme le responsable commercial de la société, avait des liens familiaux avec le gérant de la société. Il est donc peu crédible de la part de la société de nier tout rapport avec lui et de présenter comme preuve de son intégrité des documents sur lesquels un gérant de fait n'apparaît par définition pas. On ne voit pas non plus la raison pour laquelle cette personne aurait entrepris de corrompre un cadre de l'acheteur lors de l'attribution de marchés auxquels la société était candidate si ce n'est pour qu'elle les obtienne. La société a par ailleurs reconnu avoir produit de fausses déclarations lors de précédents marchés publics passés avec le département.

Il est vrai qu'il s'agit essentiellement de soupçons et que l'exclusion d'un opérateur économique est une décision grave. Mais ces soupçons sont sérieux et concordants et le département a pu légitimement se montrer particulièrement suspicieux, compte tenu de l'ampleur de l'affaire de corruption dans la passation de ses marchés publics dont il a très vraisemblablement été victime.

Ces circonstances très particulières nous paraissent de nature à justifier l'exclusion d'une société qui avait des liens récents avec des personnes mises en examen dans cette affaire et qui n'avait pas établi avoir pris des mesures garantissant son intégrité. Ce motif d'exclusion étant fondé et justifiant à lui seule la décision que le département aurait certainement prise s'il n'avait retenu que ce motif, nous vous proposons de rejeter la demande de la société EGBTI.

Vous pourrez enfin mettre à sa charge le versement au département d'une somme de 3 000 euros au titre des frais de l'instance.

**Référence 2 : CE, 24 juin 2019, Département des bouches du Rhône, n°428866**

Vu la procédure suivante :

La société EGBTI a demandé au juge des référés du tribunal administratif de Marseille, sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, d'annuler, d'une part, la décision du 31 janvier 2019 par laquelle le département des Bouches-du-Rhône l'a exclue de la procédure de passation relative au marché public de travaux de remise en valeur du parvis, de rénovation de l'éclairage et de mise en accessibilité pour les personnes à mobilité réduite des archives et de la bibliothèque départementales à Marseille et, d'autre part, d'annuler la procédure de passation de ce marché. Par une ordonnance n° 1900902 du 28 février 2019, le juge des référés du tribunal administratif de Marseille a annulé la décision du 31 janvier 2019 ainsi que la procédure de passation des lots n°s 3 et 4 du marché litigieux.

Par un pourvoi sommaire et un mémoire complémentaire, enregistrés les 15 mars et 1<sup>er</sup> avril 2019 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, le département des Bouches-du-Rhône demande au Conseil d'Etat :

- 1°) d'annuler cette ordonnance ;
- 2°) statuant en référé, de rejeter la demande de la société EGBTI ;
- 3°) de mettre à la charge de la société EGBTI la somme de 5 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu :

- la directive 2014/24/UE du Parlement et du Conseil du 26 février 2014 ;
- le code de procédure pénale ;
- l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 ;
- le décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 ;
- le code de justice administrative ;

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 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, ou la délégation d'un service public (...)* ».

2. Les articles 45 à 50 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics établissent différentes causes d'interdiction de soumissionner pour les opérateurs s'étant rendus coupables de manquements incompatibles avec l'attribution d'un marché public. Aux termes de l'article 48 de cette ordonnance, qui énumère les causes d'interdiction de soumissionner facultative : « *I. - Les acheteurs peuvent exclure de la procédure de passation du marché public : (...) 2° Les personnes qui ont entrepris d'influer indûment sur le processus décisionnel de l'acheteur ou d'obtenir des informations confidentielles susceptibles de leur donner un avantage indu lors de la procédure de passation du marché public, ou ont fourni des informations trompeuses susceptibles d'avoir une influence déterminante sur les décisions d'exclusion, de sélection ou d'attribution ;/ .../ 5° Les personnes qui, par leur candidature, créent une situation de conflit d'intérêts, lorsqu'il ne peut y être remédié par d'autres moyens. Constitue une situation de conflit d'intérêts toute situation dans laquelle une personne qui participe au déroulement de la procédure de passation du marché public ou est susceptible d'en influencer l'issue a, directement ou indirectement, un intérêt financier, économique ou tout autre intérêt personnel qui pourrait compromettre son impartialité ou son indépendance dans le cadre de la procédure de passation du marché public. II. - Un opérateur économique ne peut être exclu en application du I que s'il a été mis à même par l'acheteur d'établir, dans un délai raisonnable et par tout moyen, que son professionnalisme et sa fiabilité ne peuvent plus être remis en cause et, le cas échéant, que sa participation à la procédure de passation du marché public n'est pas susceptible de porter atteinte à l'égalité de traitement ».*

3. Ces dispositions permettent aux acheteurs d'exclure de la procédure de passation d'un marché public une personne qui peut être regardée, au vu d'éléments précis et circonstanciés, comme ayant, dans le cadre de la procédure de passation en cause ou dans le cadre d'autres procédures récentes de la commande publique, entrepris d'influencer la prise de décision de l'acheteur et qui n'a pas établi, en réponse à la demande que l'acheteur lui a adressée à cette fin, que son professionnalisme et sa fiabilité ne peuvent plus être mis en cause et que sa participation à la procédure n'est pas de nature à porter atteinte à l'égalité de traitement entre les candidats.

4. Il ressort des pièces du dossier soumis au juge des référés que le département des Bouches-du-Rhône a publié un avis d'appel public à la concurrence le 27 septembre 2018 et un avis rectificatif le 3 octobre 2018 relatifs à la relance des lots n° 3 « Electricité » et n° 4 « Eclairage dynamique » d'un marché à procédure adaptée portant sur les travaux de remise en valeur du parvis, de rénovation de l'éclairage et de mise en accessibilité pour les personnes à mobilité réduite des archives et de la bibliothèque départementales à Marseille. La société EGBTI a présenté une offre pour ces deux lots. Par un courrier du 13 décembre 2018, le département a informé la société EGBTI qu'elle était susceptible d'être exclue du marché sur le fondement des dispositions du 2° et du 5° du I de l'article 48 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, en raison d'éléments mettant en exergue le fait qu'une personne proche de la société et considérée comme son dirigeant de fait avait tenté d'influer indûment le processus décisionnel d'attribution des marchés publics passés par le département entre 2013 et mai 2016, conduisant à l'ouverture d'une information judiciaire dans laquelle le département s'était constitué partie civile, de sorte que cette situation créerait une situation de conflit d'intérêts vis-à-vis du département, si la

société n'établissait pas, dans un délai de dix jours, que son professionnalisme et sa fiabilité ne pouvaient plus être remis en cause. Par un courrier du 19 décembre 2018, la société EGBTI a fourni des explications et a invité le département à abandonner son projet de l'exclure du marché. Par une décision du 31 janvier 2019, le département a décidé d'exclure cette société du marché litigieux, au motif qu'elle n'avait pas apporté d'éléments relatifs à d'éventuelles mesures correctives mises en œuvre par la société et de nature à établir que son professionnalisme et sa fiabilité ne pouvaient plus être remis en cause pour la procédure en cours. Par une ordonnance du 28 février 2019, le juge des référés du tribunal administratif de Marseille, statuant sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative à la demande de la société EGBTI, a annulé la décision du 31 janvier 2019 ainsi que la procédure de passation des lots 3 et 4 du marché litigieux.

5. Pour annuler la décision excluant la société EGBTI de la procédure de passation du marché en cause, le juge des référés du tribunal administratif de Marseille a relevé que les dispositions du 2° du I de l'article 48 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 visant les personnes ayant cherché à influencer sur le processus décisionnel de l'acheteur lors de la procédure de passation du marché public ne sauraient s'appliquer à des agissements constatés à l'occasion de précédentes procédures de passation et que, par suite, le département des Bouches-du-Rhône ne pouvait exclure la société EGBTI sur le fondement de ces dispositions en invoquant des faits survenus à l'occasion de la passation d'autres marchés publics que celui en cours. Toutefois, ainsi qu'il a été dit au point 3, les dispositions du 2° du I de l'article 48 de cette même ordonnance ne réservent pas la faculté de mettre en œuvre cette cause d'exclusion facultative au seul cas des agissements commis dans le cadre de la procédure de passation en cours. Par suite, en jugeant qu'un acheteur ne pouvait pas exclure une entreprise de la procédure de passation d'un marché en application des dispositions du 2° du I de l'article 48 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 pour des faits portant sur des marchés antérieurs, le juge des référés du tribunal administratif de Marseille a commis une erreur de droit.

6. Il résulte de ce qui précède, sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens du pourvoi, que le département des Bouches-du-Rhône est fondé à demander l'annulation de l'ordonnance qu'il attaque.

7. Dans les circonstances de l'espèce, il y a lieu, en application des dispositions de l'article L. 821-2 du code de justice administrative, de régler l'affaire au titre de la procédure de référé engagée par la société EGBTI.

8. En premier lieu, il résulte de l'instruction que, pour justifier sa décision du 31 janvier 2019 d'exclure la société EGBTI des lots n°s 3 et 4 du marché en cause, le département des Bouches-du-Rhône s'est fondé sur le fait qu'une personne regardée comme le gestionnaire de fait de cette société avait été mise en examen pour avoir entrepris d'influer indûment sur le processus décisionnel du département lors de la passation de marchés de travaux entre 2013 et 2016 et qu'une information judiciaire avait été ouverte au mois de mai 2016, dans laquelle le département s'était constitué partie civile. Les éléments précis ainsi relevés à l'occasion de la passation de précédents marchés publics de travaux du département des Bouches-du-Rhône, qui portaient sur l'exécution de travaux d'entretien, de rénovation, de réparation et d'amélioration du patrimoine immobilier dans les bâtiments appartenant au département ou loués par lui et ont été déclarés sans suite, pouvaient conduire le département à avoir des raisons de mettre en doute la probité du candidat et de craindre pour la régularité de la procédure en cours. Invitée par le département à établir que son professionnalisme et sa fiabilité ne pouvaient plus

être remis en cause, la société EGBTI s'est bornée, par son courrier du 19 décembre 2018, à contester l'interprétation du département sur la portée de l'article 48 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 et à indiquer ne pas connaître l'identité de la personne présentée comme son gestionnaire de fait. La société n'a, ce faisant, pas produit d'éléments de nature à établir que son professionnalisme et sa fiabilité ne pourraient plus être remis en cause. Il en résulte que le moyen tiré de ce que le département n'était pas fondé à exclure la société EGBTI du marché litigieux en s'appuyant sur les dispositions du 2° du I de l'article 48 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 doit être écarté.

9. En second lieu, la circonstance que le département s'est porté partie civile dans une procédure pénale dans laquelle une personne présentée comme le gérant de fait de la société EGBTI a été mise en examen n'est pas susceptible de caractériser une situation de conflit d'intérêts, au sens des dispositions du 5° du I de l'article 48 de l'ordonnance du 23 juillet 2015, entre le département et cette société dans le cadre de la procédure de passation du marché litigieux.

10. Il ressort toutefois de l'instruction que le département aurait pris la même décision d'exclusion de la société EGBTI du marché s'il s'était fondé uniquement sur les dispositions du 2° du I de l'article 48 de l'ordonnance du 23 juillet 2015. Il en résulte que la société EGBTI n'est pas fondée à demander l'annulation de la décision du 31 janvier 2019 par laquelle le département l'a exclue de la procédure de passation du marché litigieux ni, par voie de conséquence, de la procédure de passation de ce marché.

11. Les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce que soit mis à la charge du département des Bouches-du-Rhône, qui n'est pas la partie perdante, le versement d'une somme au titre des frais exposés par la société EGBTI et non compris dans les dépens. Il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de la société EGBTI une somme de 3 000 euros au bénéfice du département des Bouches-du-Rhône au titre de ces mêmes dispositions.

D E C I D E :

Article 1<sup>er</sup> : L'ordonnance du 28 février 2019 du juge des référés du tribunal administratif de Marseille est annulée.

Article 2 : La demande de la société EGBTI présentée devant le juge des référés du tribunal administratif de Marseille, ainsi que ses conclusions tendant à l'application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 3 : La société EGBTI versera une somme de 3 000 euros au département des Bouches-du-Rhône au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

**Référence 3 : Conclusions du rapporteur public sur CE 14 juin 2019, Société Vinci ;**

Ce pourvoi vous donnera l'occasion de vous prononcer sur les conditions et les modalités de la candidature d'une collectivité territoriale à un contrat de commande publique.

Vous avez tracé les rails du raisonnement avec votre décision d'Assemblée Société Armor SNC (30 décembre 2014, n° 355563, au Recueil, conclusions Bertrand Dacosta).

Plus modestement, nous vous proposerons d'en préciser le mode d'emploi. Il s'agira d'autant plus d'un mode d'emploi que nous sommes en présence du même litige, après la cassation prononcée

précisément par votre décision d'Assemblée et le second arrêt de la cour.

### 1. Rappelons les faits rapidement.

En 2006, le département de la Vendée a engagé une procédure d'appel d'offres en vue de la réalisation de travaux de dragage de l'estuaire du Lay, pour une durée d'un an avec possibilité de reconduction pendant trois ans. Trois candidats ont présenté des offres : la société SNC Armor (devenue Vinci, requérante), une autre société et le département de Charente-Maritime. Ce dernier exerçait lui-même une activité de dragage instituée en service public départemental, notamment pour les ports de pêche de son ressort territorial.

Par une décision du 16 juin 2006, la commission d'appel d'offres du département de la Vendée a attribué ce marché au département de Charente-Maritime. La société requérante, dont l'offre n'a pas été retenue, a saisi le tribunal administratif de Nantes d'un recours – alors - en excès de pouvoir, tendant à l'annulation de la décision du 16 juin 2006 et de celle du président du conseil général de la Vendée de signer ce marché.

Par un jugement du 9 avril 2010, le tribunal administratif de Nantes a rejeté sa demande. Par un arrêt du 4 novembre 2011, la cour administrative d'appel de Nantes a confirmé ce jugement, en estimant notamment que le département ne pouvait se porter candidat à un marché n'ayant aucun intérêt local puisque se déroulant hors de son territoire.

Par votre décision d'Assemblée précitée Société Armor SNC, vous avez annulé cet arrêt en retenant que la cour avait commis une erreur de droit en ne recherchant pas si l'activité de dragage pouvait constituer le prolongement de l'une de ses missions de service public, et vous avez renvoyé l'affaire à cette cour.

Par un nouvel arrêt du 12 avril 2017, la cour administrative d'appel de Nantes a rejeté l'appel de la société requérante.

2. Au préalable, disons d'emblée que nous poursuivons la préoccupation que votre décision Société Armor SNC puisse recevoir une pleine application en étant d'un maniement clair et aisé, tant par les juges du fond que par les collectivités territoriales candidates ou les pouvoirs adjudicateurs. Vous avez, par cette décision, ouvert une porte et il ne faudrait pas que son interprétation soit telle qu'elle la referme d'emblée.

Tout en respectant son esprit et ses objectifs, il nous semble que les éléments essentiels posés par cette décision s'agissant du principe même de la candidature d'une collectivité territoriale est, d'une part, qu'elle réponde à un intérêt public, c'est-à-dire qu'elle constitue le prolongement d'une mission de service public dont la collectivité a la charge, d'autre part qu'elle offre une souplesse aux collectivités en utilisant au mieux leurs moyens.

Vous avez illustré ce que recouvre la notion de prolongement d'une mission de service public en indiquant qu'il s'agissait « notamment » d'amortir des équipements, de valoriser des moyens ou d'assurer l'équilibre financier du service. Mais il s'agit à notre sens d'illustrations, et elles ne nous semblent pas devoir être lues dans un sens trop littéral et encore moins exhaustif.

Dans ses conclusions sur cette décision, Bertrand Dacosta soulignait que « ce prolongement de l'activité de service public doit lui-même, pour respecter le critère de l'intérêt public local, tendre au bon fonctionnement du service public de la collectivité candidate. « Il peut s'agir – disait-il - de faciliter l'amortissement des investissements qu'elle aura été contrainte de financer pour son propre usage (...) », sans enfermer davantage ces conditions.

La question cruciale est bien celle de l'intérêt public qui peut se traduire par l'amélioration du taux d'utilisation des équipements de la collectivité. Il y a toutefois une limite logique à cette acceptation : un surdimensionnement initial par rapport aux besoins réels de la collectivité ne saurait être admis.

En l'espèce, la cour a relevé que la drague affichait une durée d'amortissement de 30 ans et qu'il ne résultait pas des données comptables qu'elle ait été intégralement amortie sur la période prévue pour la durée du contrat y compris celle correspondant à sa reconduction. Elle en a déduit que le département pouvait se porter candidat au marché, afin notamment d'amortir les coûts d'investissement et de fonctionnement de son équipement, dont l'utilisation au profit d'une autre collectivité publique dans le cadre d'un marché public attribué constituait ainsi un prolongement de son propre service public.

Elle s'est ainsi fondée sur la notion d'amortissement au sens comptable. Or, le montant des annuités et la durée de l'amortissement comptable, hors exceptions, sont fixés lors de l'acquisition du bien, en fonction de l'usure normale de l'équipement. Il ne dépend pas des recettes qu'il permet d'engendrer. Dans ses conclusions sur la décision Commune de Chartres (8 février 2010, n° 323158, aux Tables), Bertrand Dacosta rappelle cette distinction et souligne ainsi que la notion d'amortissement économique « suppose que les ressources liées à l'exploitation de l'ouvrage permettent de compenser les charges liées à l'investissement réalisé et de dégager un bénéfice légitime ». Votre décision d'Assemblée Armor SNC a visé l'amortissement au sens économique, c'est-à-dire sa rentabilisation et non son amortissement comptable, qui est indépendant des recettes générées par l'emploi de cet équipement.

Ceci n'est pas sans conséquence : autant il nous semble que votre jurisprudence SNC Armor doit être interprétée avec une vision finaliste et non une lecture littérale des illustrations qu'elle fournit, autant l'approche de la cour ne peut être retenue. Il suffirait à une collectivité candidate de faire valoir qu'elle va utiliser des équipements qui ne sont pas encore totalement amortis au plan comptable pour pouvoir remplir les conditions posées par votre décision d'Assemblée.

Nous pensons donc que la cour a commis une erreur de droit en se bornant à prendre en compte la durée d'amortissement comptable de la drague « Fort Boyard » pour apprécier l'intérêt public local de la candidature du département de Charente-Maritime. Ce moyen vous conduira, si vous nous suivez, à annuler l'arrêt de la cour.

3. Nous vous aurions sans doute proposé le règlement de cette affaire au fond compte tenu de l'intérêt à décliner le mode d'emploi. Mais vous n'en avez, de toutes façons, guère le choix puisque nous sommes en seconde cassation.

Il vous faut d'abord vous prononcer à votre tour sur la possibilité qu'avait, en l'espèce, le département de Charente-Maritime, de candidater à ce marché.

La drague « Fort-Boyard » a été acquise en 2002 par le département de Charente-Maritime et ses dimensions ont été prévues pour faire face aux spécificités des ports. Mais elle n'est utilisée qu'une partie de l'année pour répondre à ces besoins.

Son utilisation, une partie de l'année, en dehors du département, constitue un prolongement du service public de création, d'aménagement et d'exploitation des ports maritimes de pêche dont le département a la charge. Et cela ne compromet pas l'exercice de cette mission. Il s'agit bien de valoriser les moyens

dont le département dispose, ce qui concourt à une gestion saine des deniers publics. Le département pouvait donc se porter candidat.

Un moyen pose ensuite une question délicate : comment le prix proposé par le département candidat a-t-il été calculé ? Autrement dit, inclut-il bien l'ensemble des coûts directs et indirects sans fausser la concurrence ?

La réponse est évidemment essentielle pour le pouvoir adjudicateur d'une part et pour le juge d'autre part, qui doit contrôler que ce dernier n'a pas commis d'erreur manifeste d'appréciation.

C'est en effet ce contrôle que le juge exerce sur la décision du pouvoir adjudicateur de rejeter une offre comme anormalement basse (29 octobre 2013, Département du Gard, n° 371233, aux Tables ; récément : 13 mars 2019, société SEPUR, n° 425191, aux Tables).

Dans ses conclusions sur la décision Département du Gard, Bertrand Dacosta s'interrogeait sur un contrôle asymétrique : restreint sur la décision de ne pas rejeter une offre, normal sur la décision de rejet. Mais d'une part, il ne le préconisait pas, estimant que le pouvoir adjudicateur devait disposer d'une marge d'appréciation importante, d'autre part, c'était, le cas échéant, pour les décisions de rejet, susceptibles de porter atteinte au principe de libre accès à la commande publique que l'évolution du contrôle pouvait, le cas échéant, être envisagée. Nous sommes ici sur le contrôle de la décision d'acceptation et nous en restons donc à un contrôle d'erreur manifeste d'appréciation pour ces raisons.

Par votre décision Société Jean-Louis Bernard Consultants (8 novembre 2000, n° 222208, au Recueil), vous avez retenu que pour que soient respectés tant les exigences de l'égal accès aux marchés publics que le principe de liberté de la concurrence, l'attribution d'un marché public à une personne publique suppose deux conditions de fond et une condition de preuve. D'une part, le prix proposé doit être déterminé en prenant en compte l'ensemble des coûts directs et indirects concourant à la formation du prix de la prestation objet du contrat. D'autre part, la personne publique ne doit pas avoir bénéficié, pour déterminer le prix proposé, d'un avantage découlant des ressources ou des moyens qui lui sont attribués au titre de sa mission de service public. Enfin, la collectivité doit pouvoir, si nécessaire, en justifier par ses documents comptables ou tout autre moyen d'information approprié.

En l'espèce, afin de se prononcer sur ce prix, votre 7ème chambre a demandé, par une mesure supplémentaire d'instruction, que lui soient communiqués les documents comptables ou tout autre moyen d'information approprié permettant d'établir que le prix proposé par le département de la Charente-Maritime a été déterminé selon les exigences que nous venons de rappeler.

La communication ou non de ces éléments a fait débat devant les juges du fond. La question du secret des affaires opposé par une collectivité publique ne va pas de soi. Plusieurs arguments pourraient vous conduire à estimer que les collectivités ne peuvent pas opposer le secret des affaires. Outre les principes fondant de façon générale la procédure contradictoire, l'application de votre jurisprudence Société Jean-Louis Bernard Consultants semble conduire à ce que cette communication soit indispensable pour assurer une concurrence loyale entre les collectivités publiques et les opérateurs économiques privés. Toutefois, le droit de l'Union comme la législation nationale sur le secret des affaires ne semble pas faire d'exception pour les

collectivités publiques. Dès lors que vous les avez autorisées à candidater à des marchés publics, il ne serait pas illogique de les placer sur le même terrain que les entreprises privées, au moins en partie.

Cette question est complexe et elle impliquerait, si elle se posait, une position jurisprudentielle de grande importance. Mais vous n'aurez pas à trancher ce point ici, puisqu'en réponse à la mesure d'instruction, ces documents ont été produits par le département de la Charente-Maritime, sans opposer le secret des affaires. Le département de la Vendée évoque certes ce sujet devant vous et il n'a pas souhaité transmettre l'ensemble des éléments pour ce motif. Mais les données nécessaires au règlement de l'affaire figurent dans la réponse du département de la Charente – Maritime. C'est le département candidat et, partant, le plus à même de fournir les détails des prix et le plus légitime, le cas échéant, à opposer le secret des affaires, ce qu'il ne fait pas.

Ces éléments qui ont été transmis à votre 7ème chambre avaient été communiqués à la commission d'appel d'offres.

La commission d'appel d'offres, après avoir constaté que le prix de l'offre du département de Charente-Maritime était nettement inférieur aux prix proposés par les deux entreprises privées concurrentes, a obtenu la production d'un sous-détail des prix, fondé sur des éléments de comptabilité analytique.

Y figurent notamment les charges d'amortissement de la drague, qui ont bien été prises en compte pour déterminer le prix.

Y figurent également les éléments de masse salariale, avec une précision indiquant qu'il s'agit à la fois d'éléments internes et externes.

Cette intégration de l'ensemble des coûts est contestée par la société requérante, qui se fonde en particulier sur un rapport du président du conseil général, annexé à la délibération créant le budget annexe de l'activité de dragage, en particulier en ce qui concerne les coûts de personnel. Mais ce rapport date de 1999 alors que les offres ont été présentées en 2006. L'absence de prise en compte de certains coûts ne nous paraît pas établie, au regard des documents par ailleurs produits.

Enfin, la question de l'assujettissement ou non à l'impôt sur les sociétés est ici inopérante.

Plus globalement, il ressort des documents soumis à la commission d'appel d'offres que le pouvoir adjudicateur a certes tenu compte du prix, mais aussi de la différence de matériel et de technique utilisés, la drague Fort Boyard présentant des atouts importants en termes de performance.

Vous pourrez donc écarter le moyen tiré de l'erreur manifeste d'appréciation du pouvoir adjudicateur.

Les autres moyens peuvent être écartés rapidement.

D'une part, la procédure d'appel d'offres n'est pas entachée d'irrégularité contrairement à ce qui est soutenu. Compte tenu du montant du marché, un seul avis d'appel public à la concurrence suffisait et c'est ce que le département a fait, régulièrement, par une publication au Bulletin officiel des annonces de marchés publics.

D'autre part, le département de la Charente-Maritime pouvait légalement exploiter l'activité de dragage sous la forme d'une régie dont les comptes sont retracés dans un budget annexe.

Par ces motifs, nous concluons :



- à l'annulation de l'arrêt de la cour administrative d'appel de Nantes
- au rejet de la requête présentée par la société Vinci construction maritime et fluvial devant la cour
- à ce que la société Vinci construction maritime et fluvial verse une somme de 3 000 euros chacun aux départements de la Charente-Maritime et de la Vendée au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative
- au rejet des conclusions présentées par cette société au même titre.

**Référence 4 :** CE, 14 juin 2019, Société Vinci, n°411444

Vu la procédure suivante :

La société Armor SNC a demandé au tribunal administratif de Nantes d'annuler, d'une part, la décision du 16 juin 2006 par laquelle la commission d'appel d'offres du département de la Vendée a rejeté sa candidature dans le cadre du marché de travaux de dragage de l'estuaire du Lay et a retenu celle du département de la Charente-Maritime, d'autre part, la décision du président du conseil général de la Vendée de signer le marché correspondant. Par un jugement n° 0603521 du 9 avril 2010, le tribunal administratif de Nantes a rejeté sa demande.

Par un arrêt n° 10NT01095 du 4 novembre 2011, la cour administrative d'appel de Nantes a rejeté l'appel formé par cette société contre ce jugement.

Par une décision n° 355563 du 30 décembre 2014, le Conseil d'Etat, statuant au contentieux, a annulé cet arrêt et renvoyé l'affaire devant la cour administrative d'appel de Nantes.

Par un nouvel arrêt n° 15NT00322 du 12 avril 2017, la cour administrative d'appel de Nantes a rejeté l'appel formé contre le jugement du tribunal administratif.

Par un pourvoi sommaire, un mémoire complémentaire et cinq nouveaux mémoires, enregistrés les 12 juin et 12 septembre 2017, les 3 et 22 octobre 2018 et les 16, 21 et 24 mai 2019 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, la société Vinci construction maritime et fluvial, venant aux droits de l'Entreprise Morillon Corvol Courbot, venant elle-même aux droits de la société Armor SNC, demande au Conseil d'Etat :

- 1°) d'annuler ce dernier arrêt ;
- 2°) réglant l'affaire au fond, de faire droit à son appel ;
- 3°) de mettre à la charge solidairement des départements de la Vendée et de la Charente-Maritime la somme de 6 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu :

- le code général des collectivités territoriales ;
- le code général des impôts ;
- le code des ports maritimes ;
- l'arrêté du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie du 30 janvier 2004 pris en application des articles 40 et 80 du code des marchés publics et fixant les modèles de formulaires pour la publication des avis relatifs à la passation et à l'attribution de marchés publics ;
- le code de justice administrative ;

Considérant ce qui suit :

1. Il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que le département de la Vendée a engagé, en 2006, une procédure d'appel d'offres en vue de la réalisation de travaux de dragage de

l'estuaire du Lay, pour une durée d'un an avec possibilité de reconduction pendant trois années. Par une décision du 16 juin 2006, la commission d'appel d'offres a attribué ce marché au département de la Charente-Maritime. La société Armor SNC, dont l'offre n'a pas été retenue, a demandé au tribunal administratif de Nantes, d'une part, d'annuler la décision du 16 juin 2006, ainsi que celle du président du conseil général de la Vendée de signer ce marché avec le département attributaire et, d'autre part, d'enjoindre au président du conseil général de la Vendée de saisir le juge compétent afin de constater la nullité du marché. Par un jugement du 9 avril 2010, le tribunal administratif de Nantes a rejeté sa demande. Par un arrêt du 4 novembre 2011, la cour administrative d'appel de Nantes a rejeté l'appel formé par la société Armor SNC contre ce jugement. Par une décision du 30 décembre 2014, le Conseil d'Etat, statuant au contentieux, a annulé l'arrêt de la cour et lui a renvoyé l'affaire. La société Vinci construction maritime et fluvial, venant aux droits de la société Entreprises Morillon Corvol Courbot, venant elle-même aux droits de la société Armor SNC, se pourvoit en cassation contre l'arrêt du 12 avril 2017 par lequel la cour administrative d'appel de Nantes a, de nouveau, rejeté l'appel formé contre le jugement du 9 avril 2010 du tribunal administratif de Nantes.

2. Hormis celles qui leur sont confiées pour le compte de l'Etat, les compétences dont disposent les collectivités territoriales ou leurs établissements publics de coopération s'exercent en vue de satisfaire un intérêt public local. Si aucun principe ni aucun texte ne fait obstacle à ce que ces collectivités ou leurs établissements publics de coopération se portent candidats à l'attribution d'un contrat de commande publique pour répondre aux besoins d'une autre personne publique, ils ne peuvent légalement présenter une telle candidature que si elle répond à un tel intérêt public, c'est-à-dire si elle constitue le prolongement d'une mission de service public dont la collectivité ou l'établissement public de coopération a la charge, dans le but notamment d'amortir des équipements, de valoriser les moyens dont dispose le service ou d'assurer son équilibre financier, et sous réserve qu'elle ne compromette pas l'exercice de la mission. Une fois admise dans son principe, cette candidature ne doit pas fausser les conditions de la concurrence. En particulier, le prix proposé par la collectivité territoriale ou l'établissement public de coopération doit être déterminé en prenant en compte l'ensemble des coûts directs et indirects concourant à sa formation, sans que la collectivité publique bénéficie, pour le déterminer, d'un avantage découlant des ressources ou des moyens qui lui sont attribués au titre de ses missions de service public et à condition qu'elle puisse, si nécessaire, en justifier par ses documents comptables ou tout autre moyen d'information approprié. Ces règles s'appliquent enfin sans préjudice des coopérations que les personnes publiques peuvent organiser entre elles, dans le cadre de relations distinctes de celles d'opérateurs intervenant sur un marché concurrentiel.

Sur le pourvoi :

3. Ainsi qu'il a été dit au point 2, la candidature d'une collectivité territoriale à l'attribution d'un contrat de commande publique peut être regardée comme répondant à un intérêt public local lorsqu'elle constitue le prolongement d'une mission de service public dont la collectivité a la charge, notamment parce que l'attribution du contrat permettrait d'amortir des équipements dont elle dispose. Cet amortissement ne doit toutefois pas s'entendre dans un sens précisément comptable, mais plus largement comme traduisant l'intérêt qui s'attache à l'augmentation du taux d'utilisation des équipements de la collectivité, dès lors que ces derniers ne sont pas surdimensionnés par rapport à ses propres besoins. Par suite, en se bornant à prendre en compte la durée d'amortissement comptable de la drague « Fort Boyard » pour apprécier l'intérêt public local de la

candidature du département de la Charente-Maritime, la cour administrative d'appel de Nantes a commis une erreur de droit.

4. Il résulte de ce qui précède que, sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens de son pourvoi, la société Vinci construction maritime et fluvial est fondée à demander l'annulation de l'arrêt qu'elle attaque.

5. Aux termes du second alinéa de l'article L. 821-2 du code de justice administrative : « *Lorsque l'affaire fait l'objet d'un second pourvoi en cassation, le Conseil d'Etat statue définitivement sur cette affaire* ». Le Conseil d'Etat étant saisi, en l'espèce, d'un second pourvoi en cassation, il lui incombe de régler l'affaire au fond.

#### Sur la requête d'appel :

6. En premier lieu, aux termes de l'article 40 du code des marchés publics alors en vigueur : « (...) IV. - *Pour les marchés de travaux d'un montant compris entre 90 000 euros HT et 5 270 000 euros HT, la personne publique est tenue de publier un avis d'appel public à la concurrence soit dans le Bulletin officiel des annonces des marchés publics, soit dans un journal habilité à recevoir des annonces légales. La personne publique apprécie de plus si, compte tenu de la nature ou du montant des travaux en cause, une publication dans un journal spécialisé correspondant au secteur économique concerné est par ailleurs utile pour assurer une publicité conforme aux objectifs mentionnés à l'article 1<sup>er</sup> du présent code. (...) VI. Les avis mentionnés aux III, IV et V sont établis conformément aux modèles fixés par arrêté du ministre chargé de l'économie (...)* ». L'arrêté du 30 janvier 2004, alors en vigueur, par lequel le ministre chargé de l'économie a fixé les modèles de formulaires pour la publication de ces avis précise notamment les mentions obligatoires et celles présentant un caractère facultatif.

7. Il résulte de ce qui précède qu'eu égard au montant du marché en cause, le département de la Vendée n'était tenu de procéder à la publication que d'un seul avis d'appel public à la concurrence, ce qu'il a fait par une publication du 29 avril 2006 au Bulletin officiel des annonces de marchés publics. La publication, en outre, d'un avis résumé dans un autre journal est sans incidence sur la régularité de la procédure d'appel à la concurrence litigieuse. Dès lors, le moyen tiré de l'irrégularité de la procédure d'appel d'offres en raison de l'absence, dans cette seconde publication, de certaines des mentions exigées par l'arrêté du 30 janvier 2004 ne peut qu'être écarté.

8. En deuxième lieu, aux termes du premier alinéa de l'article L. 1412-1 du code général des collectivités territoriales : « *Les collectivités territoriales, (...) pour l'exploitation directe d'un service public industriel et commercial relevant de leur compétence, constituent une régie soumise aux dispositions du chapitre 1er du titre II du livre II de la deuxième partie (...)* ». Aux termes de l'article L. 2221-1 du même code : « *Les communes et les syndicats de communes peuvent exploiter directement des services d'intérêt public à caractère industriel ou commercial (...)* ». Aux termes de l'article L. 2221-4 du même code, rendu applicable aux départements par les dispositions précitées de l'article L. 1412-1 du même code : « *Les régies mentionnées aux articles L. 2221-1 et L. 2221-2 sont dotées : / 1° Soit de la personnalité morale et de l'autonomie financière, si le conseil municipal ou le comité du syndicat en a ainsi décidé ; / 2° Soit de la seule autonomie financière* ». Aux termes de l'article L. 2221-14 du même code : « *Les régies dotées de la seule autonomie financière sont créées, et leur organisation administrative et financière déterminée, par délibération du conseil municipal. Elles sont administrées, sous l'autorité du*

*maire et du conseil municipal, par un conseil d'exploitation et un directeur désignés dans les mêmes conditions sur proposition du maire* ». Il résulte de ces dispositions que si les collectivités territoriales doivent, pour exploiter un service public industriel et commercial, créer une régie dotée de l'autonomie financière, elles ne sont pas tenues de leur conférer la personnalité morale. Par suite, le département de la Vendée a pu légalement retenir l'offre d'une régie départementale dont les comptes sont retracés dans le budget annexe du département.

9. En troisième lieu, il résulte de ce qui a été dit au point 2 que les collectivités territoriales peuvent se porter candidates à un marché public lorsque cette activité répond à un intérêt public local. Il ressort des pièces du dossier que la drague « Fort Boyard », acquise en mai 2002 par le département de la Charente-Maritime, a été dimensionnée pour faire face aux besoins et spécificités des ports de ce département mais n'est utilisée qu'une partie de l'année pour répondre à ces besoins. Dès lors, son utilisation hors du territoire départemental peut être regardée comme s'inscrivant dans le prolongement du service public de création, d'aménagement et d'exploitation des ports maritimes de pêche dont le département a la charge en application des dispositions de l'article L. 601-1 du code des ports maritimes, sans compromettre l'exercice de cette mission, une telle utilisation de la drague « Fort Boyard » permettant d'amortir l'équipement et de valoriser les moyens dont dispose, dans ce cadre, le service public de dragage de la Charente-Maritime. Par suite, le moyen tiré de ce que la candidature du département de la Charente-Maritime n'aurait pas répondu à un intérêt public local doit être écarté.

10. En quatrième lieu, lorsque le prix de l'offre d'une collectivité territoriale est nettement inférieur à ceux des offres des autres candidats, il appartient au pouvoir adjudicateur de s'assurer, en demandant la production des documents nécessaires, que l'ensemble des coûts directs et indirects a été pris en compte pour fixer ce prix, afin que ne soient pas faussées les conditions de la concurrence. Si l'offre de la collectivité est retenue et si le prix de l'offre est contesté dans le cadre d'un recours formé par un tiers, il appartient au juge administratif de vérifier que le pouvoir adjudicateur ne s'est pas fondé, pour retenir l'offre de la collectivité, sur un prix manifestement sous-estimé au regard de l'ensemble des coûts exposés et au vu des documents communiqués par la collectivité candidate.

11. Il ressort des pièces du dossier que la commission d'appel d'offres du département de la Vendée, après avoir constaté que l'offre du département de la Charente-Maritime était inférieure tant à sa propre estimation qu'aux prix proposés par les deux entreprises ayant soumissionné, a obtenu du département candidat la production d'un sous-détail des prix, montrant que la différence de prix s'expliquait par l'utilisation d'une drague hydraulique aspiratrice équipée d'une benne pour stocker les déblais et les claper en mer, dont les rendements sont nettement supérieurs à l'utilisation de pelles sur pontons qui requièrent l'utilisation de chalands pour transporter les déblais. Le pouvoir adjudicateur a pu, sans sous-estimation manifeste, considérer, au vu de ce sous-détail des prix établi à partir de la comptabilité analytique du service, que l'ensemble des coûts, y compris les charges d'amortissement de la drague « Fort Boyard », avaient été pris en compte pour la détermination du prix. A cet égard, la société requérante ne peut pas utilement soutenir, dans le cadre du présent litige, que le service de dragage aurait dû être assujéti à l'impôt sur les sociétés.

12. Il résulte de tout ce qui précède que la société Vinci construction maritime et fluvial n'est pas fondée à soutenir que c'est à tort que, par le jugement attaqué, le tribunal administratif de Nantes a rejeté sa demande.

### Sur les conclusions relatives aux frais d'instance :

13. Il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de la société Vinci construction maritime et fluvial la somme de 3 000 euros à verser, d'une part, au département de la Vendée et, d'autre part, au département de la Charente-Maritime, au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative. Les mêmes dispositions font obstacle à ce qu'une somme soit mise à ce titre à la charge des deux départements qui ne sont pas, dans la présente instance, les parties perdantes.

DECIDE :

Article 1<sup>er</sup> : L'arrêt du 12 avril 2017 de la cour administrative d'appel de Nantes est annulé.

Article 2 : La requête présentée par la société Armor SNC, aux droits de laquelle est venue la société Vinci construction maritime et fluvial, devant la cour administrative d'appel de Nantes est rejetée.

Article 3 : La société Vinci construction maritime et fluvial versera une somme de 3 000 euros au département de la Charente-Maritime et une somme de 3 000 euros au département de la Vendée au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative. Les conclusions présentées au même titre par cette société sont rejetées.

### **Référence 5 : Conclusions du rapporteur public sur CE, 8 avril 2019, Commune de Cannes,**

Après une première procédure déclarée infructueuse, la commune de Cannes a lancé au mois de janvier 2018 une consultation en vue de l'attribution d'une concession pour l'exploitation du lot de plage n° C23, situé sur la plage Bijou. Huit des onze candidats qui se sont présentés ont été admis à la négociation. Au terme de la procédure, le conseil municipal, suivant le rapport d'analyse des offres, a retenu l'offre de la société « Bobo plage ». La société par actions simplifiée « Bijou Plage », dont M. Chanzy est l'unique associé, classée quatrième, a saisi le juge du référé précontractuel du TA de Nice de conclusions aux fins d'annulation de la procédure, auxquelles il a été fait droit par une ordonnance du 30 octobre 2018 contre laquelle la commune de Cannes se pourvoit en cassation.

L'annulation de la procédure est fondée sur ce que la commune aurait fait une application irrégulière aux offres du sous-critère intitulé « proposition financière du candidat au titre de l'article « Calcul de la redevance variable » du projet de sous-traité », qui fait partie du critère n° 2, « Les conditions financières proposées ». L'auteur de l'ordonnance attaquée a jugé qu'« Il ressort en effet du rapport d'analyse des offres, qui a été communiqué au juge, que la commune de Cannes a estimé que la proposition de redevance de la société attributaire, fixée à 3 % de la tranche inférieure à deux millions d'euros du chiffre d'affaires et à 3,5 % pour la tranche supérieure à ce montant, était plus avantageuse que la société requérante, pour laquelle ce taux était fixé à 3,2 % du total du chiffre d'affaires. Toutefois, dans son appréciation de ces deux propositions, la commune de Cannes n'a pas pris en compte les montants prévisionnels des chiffres d'affaires soumis par les candidates, mais ne s'est attachée qu'aux taux de redevances proposés par les soumissionnaires sans faire le lien avec les chiffres d'affaires prévisionnels avancés par chacun d'entre eux, sachant que le projet de la société Bijou Plage comportait un chiffre d'affaires prévisionnel substantiellement plus élevé que la société Bobo Plage. La société Bijou Plage est

donc fondée à soutenir qu'elle a été lésée du fait de ce manquement aux règles de mise en concurrence. »

La commune soutient en premier lieu que le juge du référé aurait dénaturé les pièces du dossier en estimant qu'elle n'avait pas pris en compte les montants prévisionnels des chiffres d'affaires soumis par les candidates car le rapport motivant le choix des candidats fait état des chiffres d'affaires prévisionnels proposés.

Cette dernière affirmation est exacte, mais elle ne conduit pas à contredire le constat du juge des référés. En effet, les chiffres d'affaires prévisionnels sont bien mentionnés dans le rapport d'analyse des offres mais dans le cadre de l'application du premier sous-critère du critère n° 2, intitulé « Budget prévisionnel, montant et financement des investissements » et non dans celui de l'application du quatrième sous-critère de ce même critère, dont le juge du référé a jugé l'application irrégulière. Pour ce sous-critère, le rapport d'analyse des offres ne les compare qu'au taux de redevance variable proposé.

Il est d'ailleurs permis de se demander si la commune était tenue, comme l'a cru le juge des référés, de faire le lien entre les taux de redevances proposées par les soumissionnaires avec leurs chiffres d'affaires prévisionnels annoncés. Cela ne ressort pas avec évidence, nous semble-t-il, de la formulation du sous-critère : « proposition financière du candidat au titre de l'article « Calcul de la redevance variable » du projet de sous-traité ». Il est vrai que la « redevance variable » étant fonction du chiffre d'affaires, rapporter les % proposés aux chiffres d'affaires prévisionnels annoncés permettait à la commune de se faire une idée sinon du produit réel de la redevance, du moins de ce que les candidats pensaient pouvoir lui verser. Mais ce lien n'est pas indispensable pour appliquer ce sous-critère, qui peut l'être en comparant uniquement le pourcentage de leur chiffre d'affaires que les candidats s'engagent à verser au titre de la redevance. Il s'agit même-là du seul engagement contractuel, le chiffre d'affaires prévisionnel étant bien sûr insusceptible de lier contractuellement les candidats. De ce fait, ce n'était un élément pertinent ni pour comparer les offres sur ce point, ni pour les comparer sur le taux de la redevance et la commune nous semble avoir eu raison de ne pas en tenir compte.

Mais elle ne soutient pas que le juge du référé aurait dénaturé le règlement de la consultation en considérant que ce sous-critère impliquait de faire le lien avec les chiffres d'affaires prévisionnels annoncés.

Nous pensons en revanche qu'elle a raison de faire valoir que le juge des référés a commis une erreur de droit et méconnu son office en jugeant que le manquement qu'il a relevé avait lésé la candidate évincée au seul motif que son projet comportait un chiffre d'affaires prévisionnel substantiellement plus élevé que celui de la candidate retenue.

En effet, cette circonstance, à supposer qu'elle fut pertinente, conduisait à attribuer à la société évincée une meilleure évaluation que celle de sa concurrente sur le sous-critère en question mais cela ne suffisait pas établir que ce manquement était susceptible de la léser, car il faut pour cela que la meilleure évaluation qu'elle aurait pu obtenir lui eut permis d'avoir une chance d'obtenir une évaluation globalement meilleure que celle de l'offre retenue. Vous avez ainsi jugé qu'une société qui avait obtenu une note égale ou inférieure à celle de l'attributaire sur le critère de la valeur technique et un prix plus élevé que l'attributaire n'avait « ainsi pu être lésée par le manquement relevé [qui consistait en une irrégularité du critère du prix] dès lors qu'elle n'était, quelle que soit la méthode de notation retenue, pas susceptible de se voir attribuer l'un des lots litigieux » (CE, 18 décembre 2012, Dépt de

la Guadeloupe, n° 362532, aux T sur un autre point ; CE, 24 mai 2017, Min de la défense c/ Sté Techno Logistique, n° 405787, aux T sur un autre point). La condition de lésion à laquelle est subordonnée la possibilité pour un candidat évincé d'invoquer utilement un moyen n'oblige certes pas le juge à vérifier que le manquement est directement à l'origine de l'éviction de celui qui l'invoque. Il suffit qu'il soit susceptible de lui avoir fait perdre une chance de remporter la compétition. Mais lorsqu'il apparaît que l'application d'un critère irrégulier, compte tenu de sa valeur et des évaluations des offres sur les autres critères, est sans incidence sur le classement du candidat évincé, ce qui ressort du fait qu'aurait-il obtenu la meilleure évaluation, elle n'aurait pas permis de placer son offre en tête, il nous semble qu'il ne peut être regardé comme ayant été lésé par le manquement.

L'appréciation de la lésion résultant d'un critère irrégulier doit donc être distinguée de celle qui résulte d'un critère occulte, dans son existence ou dans sa valeur, car l'absence d'information sur ce point affecte la construction même des offres, qui auraient pu être différentes si la valorisation d'un élément des offres avait été connue. Un tel manquement est toujours susceptible de léser les candidats admis à présenter une offre « sans que la circonstance que le candidat évincé ait obtenu, sur chacun des critères, une note inférieure à celle de la société attributaire du contrat n'ait d'incidence à cet égard » (6 décembre 2013, Dépt de la Corse du Sud, n° 370901 ; 24 mai 2017, SIVU de la station d'épuration du Limouxin, n° 407264, aux T sur un autre point). En revanche un critère irrégulier n'a pas toujours cet effet, sauf si son irrégularité est, en raison de sa nature, susceptible d'affecter l'application des autres critères.

En l'espèce, en se bornant à justifier une lésion par la meilleure évaluation qu'aurait pu obtenir l'offre sur le critère irrégulièrement appliqué sans rechercher l'influence globale qu'était susceptible d'avoir cette irrégularité sur le classement de l'offre de la société requérante, l'auteur de l'ordonnance attaquée a commis une erreur de droit.

Est également fondé le moyen tiré de ce que le juge des référés a annulé la procédure dans une mesure excessive à ce qu'impliquait le manquement retenu, qui permettait à la commune de reprendre l'analyse des offres en faisant une correcte application, du moins selon le motif d'annulation retenu, du sous-critère en cause. Mais l'annulation à laquelle conduirait ce moyen étant d'une moindre portée que le précédent, nous vous proposons de retenir ce dernier. Vous n'aurez en revanche pas besoin, à ce stade, de répondre au premier moyen relatif à la régularité de l'offre de la société évincée, qui, comme nous le verrons, n'est pas fondé.

Si vous nous suivez, vous annulerez l'ordonnance attaquée et statuerez sur la demande présentée par la société Bijou Plage au juge du référé précontractuel, ce qui vous obligera à examiner les très nombreux manquements dont elle estime entachée la procédure d'attribution de cette concession de plage.

Nous ne les examinerons pas dans l'ordre de leur présentation mais dans l'ordre correspondant à leur place dans la procédure de sélection.

Trois critiques portent sur le déroulement des négociations. Aux termes de l'article 46 de l'ordonnance du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession : « Les autorités concédantes peuvent organiser librement une négociation avec un ou plusieurs soumissionnaires dans des conditions prévues par voie réglementaire. La négociation ne peut porter sur l'objet de la concession, les critères d'attribution ou les conditions et caractéristiques minimales indiquées dans les documents de la consultation ».

Il est tout d'abord reproché à la commune de n'avoir pas indiqué dans les documents de la consultation les caractéristiques minimales sur lesquelles elle ne pouvait négocier. Mais les dispositions précitées n'imposent pas à l'autorité concédante d'indiquer aux candidats les caractéristiques minimales sur lesquelles il ne peut y avoir de négociation. Ces caractéristiques sont d'ailleurs objectives; elles ne dépendent pas d'un choix de l'autorité concédante, qu'il pourrait être utile aux candidats de connaître pour négocier leurs offres, mais s'imposent à elle comme une limite du champ matériel de la négociation, à l'instar de l'objet de la concession ou des critères d'attribution.

La société Bijou Plage soutient ensuite que la négociation se serait déroulée en méconnaissance du principe d'égalité de traitement des candidats faute pour tous les membres de la commission de négociation d'avoir été présents lors de son entretien de négociation. Vous n'avez à notre connaissance jamais eu l'occasion de trancher cette question.

Comme le soulignent les dispositions précitées de l'article 46 de l'ordonnance de 2016 et celles de l'article L. 1411-5 du code général des collectivités territoriales qui y renvoient, la négociation est organisée librement par l'autorité habilitée à signer la convention. Cette liberté lui permet par exemple d'instituer une commission de négociation, composée comme en l'espèce d'élus et d'agents de la collectivité. Que l'organisation de la négociation soit libre ne signifie évidemment pas qu'elle puisse se dérouler de manière arbitraire et vous veillez à ce que les principes fondamentaux de la commande publique, transparence et égalité de traitement, soient respectés.

Mais ils doivent l'être dans un cadre dont le législateur a entendu préserver la souplesse. Au vu de ces principes directeurs, l'absence de certains membres de la commission de négociation lors de certaines auditions ne nous paraît pas entacher d'irrégularité la procédure. Cette commission n'a pour objet que de discuter avec eux afin de les amener à proposer une meilleure offre, dont l'appréciation comparée sera faite par une autre instance collégiale, la commission de délégation de service public.

Le principe d'égalité de traitement des candidats par la commission de négociation implique seulement que cette commission leur offre les mêmes possibilités de discuter de leur offre et d'en affiner et améliorer les caractéristiques afin de répondre au mieux aux attentes de la collectivité concédante. Il n'implique donc pas, contrairement à un jury de concours chargé de comparer les mérites respectifs des candidats (auquel s'applique le principe d'unicité du jury dégagé par votre décision du 30 mars 1968, *Ministre de l'éducation nationale c/ Schmitt et Dame Cemares*, au rec. p. 223; CE, 17 oct 2016, *Université de Nice Sophia Antipolis*, n° 386400, aux T), que tous les membres de la commission rencontrent tous les candidats. Dès lors qu'il n'est pas soutenu que l'absence de quatre des dix membres de la commission de négociation aurait privé la société requérante de possibilités de négociation dont auraient bénéficié ses concurrentes, le moyen nous paraît inopérant.

Rien ne vient enfin étayer les allégations de la société évincée selon lesquelles la commune lui aurait imposé au cours de la négociation de proposer un taux de redevance fixe alors qu'elle aurait permis à sa concurrente retenue de proposer un taux de redevance variable.

Les critères d'analyse des offres font l'objet de plusieurs critiques. Il est tout d'abord soutenu que deux critères porteraient en réalité sur les capacités des candidats et n'auraient pas leur place pour l'évaluation des offres.

La distinction entre les capacités des candidats à exécuter le contrat et les offres repose sur l'idée que l'achat public porte sur des prestations et non sur la personne qui les réalise et sur la procédure de mise en concurrence a pour finalité de sélectionner le plus objectivement possible l'offre la plus avantageuse. Les considérations liées à la personne du prestataire ne doivent donc être prises en compte qu'à un stade antérieur à la sélection des offres, pour que l'acheteur puisse s'assurer de manière générale que les candidats disposent des capacités techniques, professionnelles, économiques et financières d'exécuter le contrat, y compris des capacités particulières qu'il a pu exiger à condition qu'elles soient non discriminatoires et justifiées par l'objet du contrat. Cette vérification peut donner lieu à une première sélection des candidatures qui seront admises à concourir ou s'effectuer à la fin du processus, avant l'analyse des offres. Mais une fois les capacités des candidats vérifiées, le processus de sélection ne porte plus que sur les offres, par application des critères d'évaluation de leurs mérites.

Parce qu'elle découle des principes d'égalité et de transparence dont la procédure de mise en concurrence pour la passation des commandes publiques a pour but d'assurer le respect, cette distinction est de portée générale et concerne aussi bien les marchés publics (art 51 de l'ordonnance 2015) que les concessions (art 45 de l'ordonnance de 2016 et 21 de son décret d'application). Pour la même raison, sa mise en oeuvre ne devrait pas dépendre du choix de la procédure de sélection, avec ou sans négociation.

Il convient cependant de veiller à ce que sa mise en oeuvre ne se traduise pas par une conception excessivement rigide de la notion de capacités des candidats, qui aboutirait à évacuer de l'appréciation des mérites des offres toute considération relative aux moyens matériels et humains que les candidats se proposent d'affecter à l'exécution du contrat. Une telle conception serait particulièrement néfaste pour la passation des contrats qui ont pour objet de confier l'exécution d'un service, et spécialement d'un service public, où la qualité du service rendu aux usagers tient, bien qu'à des degrés divers selon l'objet du service, aux compétences des personnes physiques qui l'exécutent.

Tel nous semble être ce qui ressort de votre jurisprudence comme de celle de la CJUE.

Vous avez ainsi jugé que « Les dispositions du I de l'article 53 du code des marchés publics permettent au pouvoir adjudicateur de retenir, en procédure adaptée, pour choisir l'offre économiquement la plus avantageuse, un critère reposant sur l'expérience des candidats, et donc sur leurs références portant sur l'exécution d'autres marchés, lorsque sa prise en compte est rendue objectivement nécessaire par l'objet du marché et la nature des prestations à réaliser et n'a pas d'effet discriminatoire » (2 août 2011, Parc naturel régional des Grands Causses, n°348254, aux tables sur ce point ; également CE, 18 septembre 2015, sté Axxess, n° 380821, aux T sur ce point). Comme nous l'avons dit, cette solution ne devrait pas être limitée aux procédures adaptées ni dépendre de la phase de la procédure à laquelle les candidatures sont appréciées.

La CJUE a d'ailleurs admis de manière générale que « Lorsqu'un tel marché doit être exécuté par une équipe, ce sont les compétences et l'expérience de ses membres qui sont déterminantes pour apprécier la qualité professionnelle de cette équipe. Cette qualité peut être une caractéristique intrinsèque de l'offre et liée à l'objet du marché, au sens de l'article 53, paragraphe 1, sous a), de la directive 2004/18 » (CJUE, 26 mars 2015, Ambisig – Ambiente e Sistemas de Informação Geográfica SA, aff. C-601-13). Si le critère de l'expérience qui était en cause

dans ces décisions ne permet pas une approche très pure de la question qui nous occupe, car il pose aussi un problème relatif à l'accès à la commande publique des nouveaux opérateurs, une formulation claire de l'équilibre à trouver entre vérification des capacités et appréciation des offres se trouve dans votre décision sté Latitudes du 13 juin 2016 (n° 396403) par laquelle vous avez indiqué "que s'il est loisible au pouvoir adjudicateur de retenir au stade de l'examen de la valeur intrinsèque des offres, à la condition qu'ils soient non discriminatoires et liés à l'objet du marché, des critères relatifs aux moyens en personnel et en matériel affectés par le candidat à l'exécution des prestations mêmes qui font l'objet du marché, afin d'en garantir la qualité technique, il résulte des dispositions précitées du code des marchés publics qu'il ne peut, en revanche, se fonder sur des critères portant sur les capacités générales de l'entreprise qu'au stade de l'examen des candidatures".

C'est donc la généralité de l'élément qui fait l'objet de l'appréciation qui permet de déterminer s'il relève de la vérification des capacités des candidats ou des mérites des offres. A l'aune de ces principes, les critères litigieux nous semblent relever davantage de l'appréciation de la qualité des offres que des capacités générales des entreprises candidates. Le premier est un sous-critère du critère n° 1, relatif à "la qualité du projet", qui porte sur "l'effectif et les moyens mis en oeuvre pour assurer la continuité du service public et l'égalité de traitement des usagers".

Sa formulation assez générale pourrait laisser penser qu'il concerne la capacité générale de l'entreprise à assurer le service pendant toute la durée du contrat et qu'il relève des capacités plutôt que de la qualité de l'offre. Mais son rang de sous-critère du critère qui porte explicitement sur "la qualité du projet", les spécificités d'un contrat de concession de plage qui porte sur des prestations balnéaires, de restauration et de surveillance de la baignade sur une parcelle de plage ainsi que celles des candidats, qui sont presque tous des sociétés unipersonnelles, pour beaucoup constituées pour l'exécution de ce contrat, le fait, enfin, que les capacités générales ont donné lieu à une première sélection qui a conduit à écarter trois candidatures, nous porte à considérer que ce que la commune a voulu pouvoir apprécier par ce critère, comme avec le troisième intitulé "les qualités professionnelles du candidat : qualifications, expérience", c'est la qualité des prestations de restauration et de surveillance de la baignade qui seront mises en oeuvre et non sélectionner les offres en fonction des capacités générales des entreprises.

Les deux sous-critères auxquels la société Bijou Plage reproche d'être trop imprécis ne nous paraissent pas, contrairement à ce qu'elle soutient, et pour reprendre les termes de la jurisprudence européenne, conférer à la collectivité concédante une liberté de choix inconditionnée (CJCE, 17 déc 2002, Concordia Bus Finland, C-513/99, § 61 ; CJUE, 10 mai 2012, Comm c/ Pays-Bas, C-368/10, § 87-88) ni présenter le risque que les candidats les interprètent de manière différente (4 décembre 2003, EVN AG, Wienstrom GmbH c/ République d'Autriche, aff. C-448/01, § 57-58. Voir aussi : CJCE, 18 octobre 2001, SIAC Construction Ltd, aff. C-19/00, § 41 ; CJUE, 17 février 2011, Comm c/ Rep de Chypre, n° C-251/09, § 39-40).

Le premier est un sous-critère du critère n° 1, « la qualité du projet », ainsi formulé « la qualité et à la diversité des services rendus aux usagers (service balnéaire, service de surveillance du plan d'eau et de la plage, service de restauration) et les services supplémentaires offerts aux usagers ». Cette formulation est claire et elle était éclairée par le règlement de la consultation et le projet de sous-traité de concession qui précisait que les services mentionnés étaient obligatoires, les candidats ayant la possibilité de proposer des services supplémentaires, dans le respect de la

règlementation applicable, susceptibles d'être valorisés au titre de ce sous-critère.

Le second est le sous-critère du critère n° 2, relatif aux « conditions financières proposées », dont la mise en oeuvre avait donné lieu au manquement retenu par le juge des référés du TA et qui est ainsi formulé : « proposition financière du candidat au titre de l'article « calcul de la redevance variable » du projet de sous-traité ». Là-encore, la commune a pu sans rompre l'égalité entre les candidats leur laisser le choix de proposer une redevance calculée en fonction d'un pourcentage variable ou fixe en fonction de leur chiffre d'affaires. A supposer même qu'un candidat ait pu s'interroger sur ce point, la phase de négociation lui permettait d'obtenir les éclaircissements nécessaires.

La mention d'un droit d'entrée non prévu par le contrat dans le deuxième sous-critère du critère n° 2 est une erreur qui n'a pas pu avoir d'incidence sur la construction des offres, dès lors que tous les candidats pouvaient constater à la lecture des documents de la consultation qu'aucun droit d'entrée n'était prévu.

La critique du premier sous-critère du deuxième critère, relatif aux conditions financières proposées, qui porte sur le « budget prévisionnel, montant et financement des investissements » est plus sérieuse. La société évincée soutient que la commune concédante ne pouvait légalement sélectionner les offres en fonction du budget prévisionnel des candidats, élément prospectif dépourvu de toute objectivité et de portée contraignante et dont l'exactitude est invérifiable.

Il est difficile de ne pas partager cette analyse. Nous ne voyons pas comment le budget prévisionnel pourrait être un critère pertinent de sélection des offres, dans la mesure où, effectivement, il ne s'agit pas d'un élément de l'offre susceptible de fonder une obligation contractuelle, surtout s'agissant d'une concession, dans laquelle le concessionnaire supporte les risques de l'exploitation. Sélectionner des offres en fonction de propositions non contraignantes et invérifiables par la personne publique, qui ne pourra tout au mieux qu'écarter les budgets manifestement surévalués, crée une rupture d'égalité entre les candidats, comme vous l'avez jugé pour un critère tenant au montant des pénalités de retard auxquels les candidats proposaient de s'exposer, en raison de l'aléa qui affectait l'application effective de ces pénalités (CE, 9 novembre 2018, Sté Savoie, n° 413533, aux T sur ce point).

Si un critère tenant au budget prévisionnel nous paraît donc en principe irrégulier, il ne nous semble pas en l'espèce avoir entaché d'irrégularité la procédure, pour deux raisons. La première est sa place parmi les critères de sélection et dans l'évaluation des offres. Il ne constitue pas un sous-critère à lui seul mais un élément d'un sous-critère, à côté au plus exactement conjointement avec le montant et le financement des investissements, qui constituent un critère pertinent car contractuellement contraignant. Le rapport d'analyse des offres montre que si les prévisionnels d'exploitation sont mentionnés pour chaque offre, leur évaluation sur ce critère a surtout été fonction des investissements envisagés. Le budget prévisionnel nous paraît davantage avoir été pris en compte pour apprécier la cohérence du projet.

La seconde est que cette prise en compte du budget prévisionnel, fut-elle irrégulière, ne nous paraît pas avoir été susceptible de léser la société Bijou Plage. Son offre sur ce sous-critère a été jugée « moyennement satisfaisante », alors que celle de la société Bobo plage a été jugée "très satisfaisante". Que l'on fasse abstraction de ce sous-critère, qui est le 4ème dans un ordre de valeur décroissante, ou qu'on lui attribue la meilleure évaluation,

elle n'obtiendrait pas une meilleure évaluation globale que la société retenue, qui a obtenu sur tous les sous-critères une appréciation « très satisfaisante », à l'exception du 4ème du 2ème critère sur lequel elle a été jugée "satisfaisante", alors que l'offre de la société Bijou plage n'a été jugée que « satisfaisante » sur tous les critères et "moyennement satisfaisante" sur le 4ème du 2ème critère.

Nous évoquerons plus rapidement les critiques de la société évincée relatives à l'application de ces critères aux offres, car, comme le rappelle votre décision du 20 janvier 2016, Communauté intercommunale des villes solidaires (n° 394133, aux T sur ce point), "il n'appartient pas au juge du référé précontractuel, qui doit seulement se prononcer sur le respect, par le pouvoir adjudicateur, 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 le pouvoir adjudicateur 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".

La société Bijou Plage soutient que la commune concédante aurait dénaturé le contenu de son offre d'une part en retenant le budget prévisionnel chiffré dans son offre initiale alors qu'elle avait présenté un budget plus optimiste après négociation. Mais elle l'avait fait en précisant que ces derniers chiffres n'étaient donnés "qu'à titre indicatif" et ne représentaient qu'un "objectif interne". Même si un budget prévisionnel est par nature établi à titre indicatif comme un objectif interne, le fait que la candidate ait tenu à le souligner a pu conduire l'autorité concédante à ne pas en tenir compte sans dénaturer les termes de l'offre. D'autre part, l'erreur qu'aurait commise la commune sur les tarifs proposés des plats de poisson que se proposait de servir la société Bijou Plage était, en tout état de cause, sans incidence sur l'appréciation de son offre.

La candidate évincée soutient également qu'en jugeant sa proposition de redevance variable moins satisfaisante que celle de la société Bobo Plage, la commune aurait dénaturé son offre. Mais vous ne pourrez la suivre dans cette voie qui suppose de comparer un pourcentage progressif avec un pourcentage fixe, car elle vous conduirait à vous prononcer sur l'appréciation portée par la commune sur les mérites respectifs des offres.

Enfin, comme nous vous l'avons dit en examinant les moyens de cassation, nous n'interprétons pas le quatrième sous-critère du deuxième critère comme obligeant la collectivité délégante à rapporter les pourcentages de redevance proposés par les candidates à leurs prévisions budgétaires pour évaluer leurs offres sur ce point.

Contrairement à ce que soutient encore la société Bijou Plage, l'installation de dispositifs d'ombrage et de protection contre le vent par des toiles tendues sur micro-pieux que prévoit l'offre retenue ne signifie pas que ces toiles seront profondément et durablement fixées dans le sol, en méconnaissance du règlement de la consultation qui impose qu'elles soient démontables quotidiennement. Les micro-pieux désignent en réalité les fins potelets auxquels seront attachées les toiles.

Le dernier manquement invoqué par la candidate évincée est tiré de ce que la durée de la concession, fixée à 12 ans, est excessive. Elle a probablement raison. La durée des concessions est toujours limitée et doit être fixée, aux termes de l'article 34 de l'ordonnance de 2016, "en fonction de la nature et du montant des prestations

ou des investissements demandés au concessionnaire". L'article 6 du décret du 1er février 2016 dispose qu'au-delà de cinq ans, la durée ne doit pas excéder le temps raisonnablement escompté pour l'amortissement des investissements réalisés. La commune n'apporte aucun élément de nature à justifier cette durée de douze ans et les durées des retours sur investissements prévues par les candidats sont toutes inférieures à douze ans.

La durée excessive d'une concession n'est cependant susceptible de constituer un manquement aux obligations de l'autorité concédante à ses obligations de publicité et de mise en concurrence que si elle prive un candidat de l'accès à la commande publique, ce qu'il lui appartient de démontrer en établissant qu'il n'a pu déposer une offre pour une durée aussi longue ou qu'une durée plus courte lui aurait permis de déposer une offre plus compétitive (CE, 15 décembre 2008, Communauté intercommunale des villes solidaires, n° 312350, aux T sur ce point). Or, la société évincée non seulement ne le démontre pas mais ne le soutient même pas.

Nous vous proposons donc de rejeter les conclusions de la société Bijou Plage présentées au juge du référé précontractuel, ce qui vous dispensera d'examiner les fins de non recevoir que lui opposait la commune de Cannes, et qui ne sont pas fondées.

EPCMNC : - Annulation de l'ordonnance attaquée;  
- Rejet de la demande présentée par la SAS Bijou Plage au JRTA;  
- Mettiez à la charge de la SAS Bijou Plage le versement à la commune de Cannes d'une somme de 4000 euros au titre des frais que celle-ci a exposés dans ces instances.

**Référence 6 : CE, 8 avril 2019, Commune de Cannes, n°425373**

Vu la procédure suivante :

La société Bijou Plage et M. Laurent Chanzy, son associé unique, ont demandé au juge des référés du tribunal administratif de Nice, sur le fondement des dispositions de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, d'annuler la procédure de passation du lot de plage artificielle n° C23 de la concession de service public lancée par la commune de Cannes.

Par ordonnance n° 1804024 du 30 octobre 2018, le juge des référés du tribunal administratif de Nice a annulé la procédure.

Par un pourvoi, un mémoire complémentaire et un mémoire en réplique, enregistrés les 14 et 29 novembre 2018 et 25 mars 2019 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, la commune de Cannes demande au Conseil d'Etat :

- 1°) d'annuler cette ordonnance ;
- 2°) statuant en référé, de rejeter la demande de la société Bijou Plage ;
- 3°) de mettre à la charge de la société Bijou Plage et de M. Chanzy la somme de 6 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu :

- le code général des collectivités territoriales ;
- le code général de la propriété des personnes publiques ;
- l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 ;
- le décret n° 2016-86 du 1er février 2016 ;
- le code de justice administrative ;

Considérant ce qui suit :

1. Il ressort des pièces du dossier soumis au juge des référés que la commune de Cannes, à laquelle l'Etat a accordé pour une durée de douze ans la concession des plages artificielles sur son territoire avec possibilité de sous-concession, a lancé en janvier 2018 une consultation en vue de l'attribution de l'exploitation du lot de plage n° C23, situé sur la plage Bijou, après qu'une première procédure portant sur l'exploitation de l'ensemble des plages de la Croisette, Bijou et Pointe Croisette, a été, pour ce lot, déclarée infructueuse. L'offre de la société Bijou Plage, classée quatrième, n'a pas été retenue et la concession a été attribuée à la société Bobo Plage. Par une ordonnance du 30 octobre 2018, contre laquelle la commune de Cannes se pourvoit en cassation, le juge des référés du tribunal administratif de Nice, saisi sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, a annulé, à la demande de la société Bijou Plage, la procédure de passation de la concession.

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, ou la délégation d'un service public (...)* ».

3. Il ressort des énonciations de l'ordonnance attaquée que le juge des référés du tribunal administratif de Nice a annulé la procédure au motif que la commune de Cannes avait dénaturé l'offre de la société Bijou Plage pour l'appréciation du critère financier de sélection. En se bornant à annuler la procédure après avoir relevé ce manquement, sans rechercher si ce critère irrégulièrement appliqué avait eu une influence globale sur le classement de l'offre et si, par suite, la société Bijou Plage, candidat évincé, était susceptible d'avoir été lésée par lui, le juge des référés a commis une erreur de droit. Il suit de là que la commune de Cannes est fondée, sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens de son pourvoi, à demander l'annulation de l'ordonnance attaquée.

4. Dans les circonstances de l'espèce, il y a lieu, en application des dispositions de l'article L. 821-2 du code de justice administrative, de régler l'affaire au titre de la procédure de référé engagée.

Sur la procédure de négociation :

5. Aux termes de l'article L. 1411-5 du code général des collectivités territoriales, applicable aux délégations de service public : « *I.- Une commission ouvre les plis contenant les candidatures ou les offres 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 peut organiser librement une négociation avec un ou plusieurs soumissionnaires dans les conditions prévues par l'article 46 de l'ordonnance du 29 janvier 2016 susmentionnée. 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* ». Aux termes de l'article 46 de l'ordonnance du 29 janvier 2016 relative aux contrats de

concession : « Les autorités concédantes peuvent organiser librement une négociation avec un ou plusieurs soumissionnaires dans des conditions prévues par voie réglementaire. La négociation ne peut porter sur l'objet de la concession, les critères d'attribution ou les conditions et caractéristiques minimales indiquées dans les documents de la consultation ».

6. Il est soutenu que faute d'avoir précisé dans les documents de la consultation les caractéristiques minimales à respecter, la commune a manqué à son obligation de transparence et d'égalité de traitement entre les candidats admis à la négociation. Il résulte toutefois de l'instruction que, dans les documents de la consultation, seuls les éléments exigeant une réponse de la part des soumissionnaires faisaient l'objet de la négociation, les autres points correspondant par déduction aux caractéristiques minimales non négociables de la concession. Par suite, le moyen tiré de ce que la commune de Cannes aurait méconnu ces dispositions manque en fait.

7. Il est également soutenu que les négociations avec les candidats se sont déroulées en méconnaissance du principe d'égalité de traitement entre tous les candidats du fait de l'irrégularité de la composition de la commission de négociation. Il résulte de l'instruction qu'alors qu'il n'y était pas tenu, le maire de Cannes a décidé, comme il lui était loisible de le faire en application des dispositions citées au point 5, de confier à une commission composée d'élus et d'agents de la ville le soin de mener la négociation avec les différents candidats, une fois arrêtée la liste des candidats admis à présenter une offre. La seule circonstance que certains membres de cette commission n'ont pas assisté à l'entretien de négociation avec la société Bijou Plage n'est pas de nature à établir la méconnaissance du principe d'égalité de traitement entre les candidats.

8. Enfin, il ne résulte pas de l'instruction qu'au cours de la négociation, la commune de Cannes aurait demandé à la société Bijou Plage, pour la part variable de redevance qu'il était demandé aux candidats de proposer, d'indiquer un taux de redevance fixe, et non le taux progressif par tranche de chiffres d'affaires que cette société envisageait initialement. Il suit de là que le moyen tiré de ce que la commune aurait méconnu le principe d'égalité de traitement entre les candidats au cours de la négociation en imposant à la société Bijou Plage de proposer un taux de redevance fixe, tout en préférant l'offre de la société Bobo Plage qui avait proposé un taux de redevance progressif, manque en fait.

#### Sur les critères d'attribution des offres :

9. Aux termes du I de l'article 45 de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession : « Les autorités concédantes ne peuvent imposer aux candidats que des conditions de participation à la procédure de passation 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 déléguée, ces conditions peuvent notamment porter sur l'aptitude des candidats à assurer la continuité du service public et l'égalité 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 47 de la même ordonnance : « 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. / 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 ».

#### En ce qui concerne les critères relatifs à la qualification et à l'expérience des personnels :

10. S'il est loisible à l'autorité concédante de retenir au stade de l'examen de la valeur des offres, à la condition qu'ils soient non discriminatoires et liés à l'objet de la concession, des critères relatifs à la qualification et à l'expérience des personnels affectés à l'exécution des prestations mêmes qui font l'objet de la concession, afin d'en garantir la qualité, il résulte des dispositions des articles 45 et 47 de l'ordonnance du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession qu'elle ne peut, en revanche, se fonder sur des critères tenant aux capacités générales de l'entreprise qu'au stade de l'examen des candidatures, de tels critères étant étrangers à l'appréciation de l'avantage économique global d'une offre.

11. L'article 6.2. du règlement de la consultation dispose que les critères de sélection des offres sont, par ordre décroissant, la qualité du projet, les conditions financières proposées et les qualités professionnelles du candidat (qualifications, expérience). Le premier critère est lui-même apprécié à partir de trois sous-critères dont le dernier porte sur « l'effectif et les moyens mis en œuvre pour assurer la continuité du service public et l'égalité de traitement des usagers ». Il résulte des documents de la consultation et du rapport d'analyse des offres que la commune de Cannes n'a pas, avec le critère relatif aux qualités professionnelles du candidat et le sous-critère portant sur l'effectif et les moyens mis en œuvre, entendu porter une appréciation sur les capacités générales des candidats, qui ont été examinées au stade de la sélection des candidatures, mais seulement sur l'aptitude de l'équipe et des personnels dédiés à l'exécution de la concession. Il suit de là que le moyen tiré de ce que ces critères ou sous-critères n'étaient pas au nombre de ceux susceptibles d'être retenus pour sélectionner les offres doit être écarté.

#### En ce qui concerne le caractère suffisamment objectif et précis des critères :

12. Ainsi qu'il a été dit ci-dessus, les deux premiers critères de sélection des offres portaient sur la qualité du projet et sur les conditions financières proposées par les candidats. Si le critère relatif à la qualité du projet était assorti d'un sous-critère portant sur « la qualité et la diversité des services rendus aux usagers (service balnéaire, service de surveillance du plan d'eau et de la plage, service de restauration), et les services supplémentaires offerts aux usagers », ce sous-critère n'était entaché d'aucune imprécision, le règlement de la consultation et le projet de sous-traité indiquant sans aucune ambiguïté les services obligatoires et laissant aux candidats la possibilité de proposer des services facultatifs, dans le respect de la réglementation applicable à chacun d'eux, susceptibles d'être valorisés au stade de l'analyse des offres. S'agissant par ailleurs du critère financier, le sous-critère portant sur la proposition financière du candidat en matière de calcul de la part de la redevance variable du projet de sous-traité n'était pas non plus entaché d'imprécision, la commune entendant laisser aux soumissionnaires, comme il lui était loisible de le faire, la liberté de proposer soit un pourcentage variable en fonction du chiffre d'affaires, progressif ou dégressif, soit un pourcentage fixe quel que soit le chiffre d'affaires.

13. Si, du fait d'une inexactitude matérielle, le règlement de la consultation mentionne, au nombre des éléments de l'un des sous-critères d'appréciation du critère financier, relatif aux garanties financières de paiement présentées par le candidat, les garanties relatives au paiement du droit d'entrée alors qu'un tel droit



d'entrée n'était pas prévu pour ce lot de plage, cette mention n'a pas eu d'incidence sur la présentation des offres ou sur leur appréciation.

En ce qui concerne le sous-critère relatif au chiffre d'affaire prévisionnel :

14. L'article 6.2. du règlement de la consultation prévoit que le deuxième critère, relatif aux « conditions financières proposées », comprend un premier sous-critère intitulé « budget provisionnel, montant et financement des investissements ». Il résulte de l'instruction et notamment du rapport d'analyse des offres que la commune ainsi que les soumissionnaires, y compris la société Bijou Plage et la société Bobo Plage, ont considéré qu'au nombre des éléments de ce sous-critère d'appréciation des offres figurait l'estimation du montant de leur chiffre d'affaire pendant toute la durée de la concession.

15. Ainsi que le soutient la société Bijou Plage, un tel critère, qui repose sur les seules déclarations des soumissionnaires, sans engagement contractuel de leur part et sans possibilité pour la commune d'en contrôler l'exactitude, n'est pas de nature à permettre la sélection de la meilleure offre au regard de l'avantage économique global pour l'autorité concédante. Il est dès lors irrégulier.

16. Il résulte toutefois de l'instruction, alors que les critères de sélection devaient être appréciés par ordre décroissant, d'une part, que l'offre de la société Bobo Plage a été jugé « très satisfaisante » sur les trois sous-critères du premier critère relatif à la « qualité du projet » alors que celle de la société Bijou Plage a été jugée seulement « satisfaisante », d'autre part, que l'offre de l'attributaire a également été estimée supérieure à celle de la société Bijou Plage sur les trois autres sous-critères du deuxième critère, relatif aux conditions financières proposées, enfin qu'il en est allé de même pour le troisième critère, relatif aux qualités professionnelles du candidat (qualifications, expérience). Dans ces circonstances et compte tenu de l'ordre décroissant des critères, le manquement commis par la commune de Cannes en tenant compte d'un critère irrégulier relatif au chiffre d'affaires prévisionnel annoncé par les soumissionnaires n'a pas été susceptible de léser la société Bijou Plage.

Sur l'analyse des offres :

17. Il n'appartient pas au juge du référé précontractuel, qui doit seulement se prononcer sur le respect, par le pouvoir adjudicateur, 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 le pouvoir adjudicateur n'a pas dénaturé le contenu d'une offre en en méconnaissant ou 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.

En ce qui concerne la conformité de l'offre retenue aux exigences définies dans le cahier des prescriptions architecturales :

18. Aux termes de l'article 25 du décret du 1er février 2016 relatif aux contrats de concessions : « Les offres inappropriées ou qui ne respectent pas les conditions et caractéristiques minimales indiquées dans les documents de la consultation sont éliminées ».

19. La société Bijou Plage soutient que l'offre de la société Bobo Plage n'était pas conforme aux exigences définies dans le cahier des prescriptions architecturales ni à celles du code général de la

propriété des personnes publiques imposant que seuls des équipements et installations démontables et sans ancrage durable au sol soient autorisés sur les plages faisant l'objet d'une concession, dès lors qu'elle prévoyait, pour ombrager la terrasse, un système de toile tendue sur micropieux qui n'était pas démontable quotidiennement et était ancré durablement au sol. Toutefois, le dispositif d'ombrage et de protection au vent que la société Bobo Plage proposait ne comportant pas de structure permanente ou semi-permanente et par suite ne méconnaissant pas les prescriptions techniques de la concession ni les dispositions applicables aux concessions de plage, la commune n'a pas manqué à ses obligations de publicité et de mise en concurrence en n'éliminant pas cette offre.

En ce qui concerne l'offre de la société Bijou Plage :

20. Il résulte de l'instruction que la société Bijou Plage, après avoir présenté son offre initiale, a communiqué à la commune de Cannes un nouveau document mentionnant un montant de chiffre d'affaires prévisionnel supérieur à cette offre. Toutefois, la société Bijou Plage ayant précisé que ces montants n'étaient mentionnés qu'« à titre indicatif » et ne constituaient qu'un « objectif interne », la commune n'a pas dénaturé le contenu de son offre en se fondant exclusivement sur les montants figurant dans l'offre initiale.

21. Contrairement à ce qui est soutenu, il ne résulte pas non plus de l'instruction que la commune de Cannes aurait apprécié l'offre de la société Bijou Plage sur la base d'informations tarifaires erronées et en aurait ce faisant dénaturé le contenu.

22. Enfin ainsi qu'il a été dit ci-dessus, il n'appartient pas au juge du référé précontractuel de se prononcer sur la valeur respective des offres. Par suite, la société Bijou Plage ne peut utilement soutenir que sa proposition financière était meilleure que celle de la société Bobo Plage au motif que la commune s'est abstenue d'apprécier les propositions financières en appliquant les taux de redevances proposés sur la base des chiffres d'affaires estimés par chacun des candidats.

Sur la durée de la concession :

23. Aux termes du I. de l'article 34 de l'ordonnance du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession : « Les contrats de concession sont limités dans leur durée. Cette durée est déterminée par l'autorité concédante en fonction de la nature et du montant des prestations ou des investissements demandés au concessionnaire, dans les conditions prévues par voie réglementaire ». Aux termes de l'article 6 du décret du 1er février 2016 relatif aux contrats de concessions : « I. - Pour l'application de l'article 34 de l'ordonnance du 29 janvier 2016 susvisée, les investissements s'entendent comme les investissements initiaux ainsi que ceux devant être réalisés pendant la durée du contrat de concession, nécessaires pour l'exploitation des travaux ou des services concédés. Sont notamment considérés comme tels les travaux de renouvellement, les dépenses liées aux infrastructures, aux droits d'auteur, aux brevets, aux équipements, à la logistique, au recrutement et à la formation du personnel. / II. - Pour les contrats de concession d'une durée supérieure à cinq ans, la durée du contrat n'excède pas le temps raisonnablement escompté par le concessionnaire pour qu'il amortisse les investissements réalisés pour l'exploitation des ouvrages ou services avec un retour sur les capitaux investis, compte tenu des investissements nécessaires à l'exécution du contrat ».

24. Il résulte des dispositions citées au point précédent que le choix de la collectivité publique est encadré quant à la fixation de la durée d'un contrat de concession. La commune de Cannes

n'apporte aucun élément permettant de justifier que le contrat de concession de service public d'exploitation du lot de plage artificielle n° C23 soit conclu pour une durée pouvant aller jusqu'à douze ans. Toutefois, il ne résulte pas de l'instruction que cette durée aurait été constitutive d'un manquement de la commune aux obligations de publicité et de mise en concurrence de nature à léser en l'espèce la société Bijou Plage.

25. Il résulte de tout ce qui précède et sans qu'il soit besoin d'examiner les fins de non recevoir opposées par la commune de Cannes, que la société Bijou Plage n'est pas fondée à demander l'annulation de la procédure de passation.

#### Sur les frais du litige :

26. Les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce que soient mises à la charge de la commune de Cannes, qui n'est pas la partie perdante, les sommes que demande, à ce titre, la société Bijou Plage. En revanche, il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de la société Bijou Plage une somme de 4 000 euros au titre des frais exposés tant en première instance que devant le Conseil d'Etat.

#### DE C I D E :

Article 1<sup>er</sup> : L'ordonnance du 30 octobre 2018 du juge des référés du tribunal administratif de Nice est annulée.

Article 2 : La demande de la société Bijou Plage est rejetée.

Article 3 : La société Bijou Plage versera à la commune de Cannes la somme de 4 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative. Les conclusions présentées au même titre par la société Bijou Plage sont rejetées.

**Référence 7 :** CE, 25 mai 2018, Nantes Métropole, n°417580

Vu la procédure suivante :

La société Imprimerie Chiffolleau a demandé au juge des référés du tribunal administratif de Nantes d'annuler, sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, l'appel d'offres engagé par Nantes Métropole en vue de la passation d'un accord-cadre multi-attributaire pour la réalisation de travaux d'impression. Par une ordonnance n° 171125 du 9 janvier 2018, le juge des référés a annulé cet appel d'offres.

Par un pourvoi sommaire, un mémoire complémentaire et un mémoire en réplique, enregistrés les 24 janvier, 7 février et 13 avril 2018 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, Nantes Métropole demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler cette ordonnance ;

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

3°) de mettre à la charge de la société Imprimerie Chiffolleau la somme de 4 500 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu :

- la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 ;

- l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 ;

- le décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 ;

- le code de justice administrative ;

1. Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis au juge des référés du tribunal administratif de Nantes que, par un avis d'appel public à la concurrence publié le 2 octobre 2017, Nantes Métropole, agissant au nom et pour le compte d'un groupement de commandes constitué avec la commune de Nantes, son centre communal d'action sociale et l'école supérieure des beaux-arts de Nantes Métropole, a engagé la procédure de passation d'un accord-cadre multi-attributaires portant sur la réalisation de travaux d'impression ; que, par un courrier du 7 décembre 2017, la société Imprimerie Chiffolleau s'est vu notifier le rejet de son offre ; que, par l'ordonnance attaquée du 9 janvier 2018, le juge des référés du tribunal administratif de Nantes, saisi par la société Imprimerie Chiffolleau sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, a annulé l'appel d'offres engagé par Nantes Métropole ;

#### Sur la régularité de l'ordonnance :

2. Considérant qu'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 (...)* » ; qu'aux termes de l'article 5 du même code : « *L'instruction des affaires est contradictoire. Les exigences de la contradiction sont adaptées à celles de l'urgence* » ;

3. Considérant, d'une part, que les décisions prises par le juge des référés sur le fondement des dispositions précitées de l'article L. 551-1 du code de justice administrative sont rendues à la suite d'une procédure particulière qui, tout en étant adaptée à la nature des demandes et à la nécessité d'assurer une décision rapide, doit garantir le caractère contradictoire de l'instruction ; que, si les parties peuvent présenter en cours d'audience des observations orales à l'appui de leurs écrits, elles doivent, si elles entendent soulever des moyens nouveaux, les consigner dans un mémoire écrit ; que le juge ne saurait accueillir de tels moyens sans avoir mis le défendeur à même de prendre connaissance du mémoire qui les soulève ;

4. Considérant qu'il ressort du deuxième mémoire en réplique produit par la société Imprimerie Chiffolleau devant le juge des référés et communiqué à Nantes Métropole que la société soutenait que des critères relatifs à la politique générale de l'entreprise ne pouvaient pas être mis en œuvre pour le choix de l'attributaire du marché, faute de lien avec l'objet du marché ; que, dès lors, le moyen tiré de ce que le juge des référés aurait retenu sur ce point un moyen soulevé oralement lors de l'audience et non repris dans les écritures de la société pour annuler la procédure d'appel d'offres manque en fait ;

5. Considérant, d'autre part, que la circonstance que le juge des référés du tribunal administratif de Nantes n'ait pas communiqué à Nantes Métropole un troisième mémoire en réplique présenté par la société Imprimerie Chiffolleau, postérieurement à la tenue de l'audience, mais avant la clôture de l'instruction, n'entache pas d'irrégularité l'ordonnance attaquée dès lors que ce mémoire ne comportait aucun élément de droit ou de fait lié au motif sur lequel ce juge s'est fondé pour annuler la procédure de passation du marché ;

#### Sur le bien-fondé de l'ordonnance :

6. Considérant qu'aux termes de l'article 52 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics : « *Le marché public est attribué (...) sur la base d'un ou plusieurs critères objectifs, précis et liés à l'objet du marché public ou à ses conditions d'exécution. / Le lien avec l'objet du marché public ou ses conditions d'exécution s'apprécie conformément à l'article 38* » ; qu'aux termes de l'article 38 de cette ordonnance : « *Sont réputées liées à l'objet du marché les conditions d'exécution qui se rapportent aux travaux, fournitures ou services à fournir en application du marché public, à quelque égard que ce soit et à n'importe quel stade de leur cycle de vie, y compris les facteurs intervenant dans le processus spécifique de production, de fourniture ou de commercialisation de ces travaux, fournitures ou services ou un processus spécifique lié à un autre stade de leur cycle de vie, même lorsque ces facteurs ne ressortent pas des qualités intrinsèques de ces travaux fournitures ou services* » ; qu'aux termes de l'article 62 du décret du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics : « *II. - Pour attribuer le marché public au soumissionnaire ou, le cas échéant, aux soumissionnaires qui ont présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, l'acheteur se fonde : / 1° Soit sur un critère unique qui peut être : a) Le prix (...); b) Le coût (...); / 2° Soit sur une pluralité de critères non-discriminatoires et liés à l'objet du marché public ou à ses conditions d'exécution au sens de l'article 38 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 susvisée, parmi lesquels figure le critère du prix ou du coût et un ou plusieurs autres critères comprenant des aspects qualitatifs, environnementaux ou sociaux. Il peut s'agir, par exemple, des critères suivants : / a) La qualité, y compris la valeur technique et les caractéristiques esthétiques ou fonctionnelles, l'accessibilité, l'apprentissage, la diversité, les conditions de production et de commercialisation, la garantie de la rémunération équitable des producteurs, le caractère innovant, les performances en matière de protection de l'environnement, de développement des approvisionnements directs de produits de l'agriculture, d'insertion professionnelle des publics en difficulté, la biodiversité, le bien-être animal ; / (...) / D'autres critères peuvent être pris en compte s'ils sont justifiés par l'objet du marché public ou ses conditions d'exécution* » ;

7. Considérant qu'il résulte de ces dispositions que si l'acheteur peut, pour sélectionner l'offre économiquement la plus avantageuse, mettre en œuvre des critères comprenant des aspects sociaux, c'est à la condition, notamment, qu'ils soient liés à l'objet du marché ou à ses conditions d'exécution ; qu'à cet égard, des critères à caractère social, relatifs notamment à l'emploi, aux conditions de travail ou à l'insertion professionnelle des personnes en difficulté, peuvent concerner toutes les activités des entreprises soumissionnaires, pour autant qu'elles concourent à la réalisation des prestations prévues par le marché ; que ces dispositions n'ont, en revanche, ni pour objet ni pour effet de permettre l'utilisation d'un critère relatif à la politique générale de l'entreprise en matière sociale, apprécié au regard de l'ensemble de son activité et indistinctement applicable à l'ensemble des marchés de l'acheteur, indépendamment de l'objet ou des conditions d'exécution propres au marché en cause ;

8. Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis au juge des référés du tribunal administratif de Nantes que Nantes Métropole a prévu un critère de sélection relatif à la « performance en matière de responsabilité sociale », pondéré à hauteur de 15 % de la note totale, décomposé en cinq sous-critères relatifs à la « protection de l'environnement », aux « aspects sociaux », aux « aspects sociétaux », à la « performance économique durable » ainsi qu'aux « aspects gouvernance » des entreprises candidates ; que l'article 2.5 du règlement de la consultation précise que l'utilisation de ce critère s'inscrit dans le cadre d'une politique dite « Achats Durables » de l'acheteur qui «

implique que l'entreprise doive, tout en assurant sa performance économique, assumer ses responsabilités au regard des objectifs du développement durable c'est-à-dire dans les domaines environnementaux, sociaux et sociétaux » ; qu'il ressort du « cadre de réponse diagnostique RSE » prévu par le dossier de consultation, que ce critère est évalué sur la base d'une appréciation d'éléments généraux, tels que la « lutte contre les discriminations » et le « respect de l'égalité hommes / femmes », appréciés au regard du taux d'emploi et de la rémunération des travailleurs handicapés et féminins, la « sécurité et la santé du personnel », évaluées sur la base du nombre d'accidents du travail pendant les trois dernières années et de la durée totale des arrêts de travail sur le dernier exercice, les dépenses de formation du personnel engagées par l'entreprise, la « stabilité des effectifs » et la limitation du recours aux contrats d'intérim, ou encore la formation active des stagiaires et apprentis par des tuteurs certifiés ; que, contrairement à ce que soutient Nantes Métropole, le juge des référés du tribunal administratif de Nantes n'a pas dénaturé les pièces du dossier en estimant que le critère de « performance en matière de responsabilité sociale » ne concerne pas seulement les conditions dans lesquelles les entreprises candidates exécuteraient l'accord-cadre en litige mais porte sur l'ensemble de leur activité et a pour objectif d'évaluer leur politique générale en matière sociale, sans s'attacher aux éléments caractérisant le processus spécifique de réalisation des travaux d'impression prévus par le contrat ; qu'il résulte de ce qui a été dit au point précédent que le juge des référés n'a pas commis d'erreur de droit en en déduisant que ce critère n'a pas un lien suffisant avec l'objet du marché ou ses conditions d'exécution ;

9. Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que Nantes Métropole n'est pas fondée à demander l'annulation de l'ordonnance qu'elle attaque ;

10. Considérant que les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce qu'une somme soit mise à ce titre à la charge de la société Imprimerie Chiffolleau qui n'est pas, dans la présente instance, la partie perdante ; qu'il y a lieu de mettre à la charge de Nantes Métropole la somme de 4 000 euros, à verser à la société Imprimerie Chiffolleau au titre des mêmes dispositions ;

D E C I D E :

-----

Article 1<sup>er</sup> : Le pourvoi de Nantes Métropole est rejeté.

Article 2 : Nantes Métropole versera à la société Imprimerie Chiffolleau une somme de 4 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : La présente décision sera notifiée à Nantes Métropole et à la société Imprimerie Chiffolleau.