

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE CERGY-PONTOISE**

N°1009870

SOCIETE DES MARCHES DE LA REGION
PARISIENNE, SOMAREP

Mme Evgenas
Juge des référés

Ordonnance du 31 janvier 2011

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Le Tribunal administratif de Cergy-Pontoise,

Le juge des référés

Vu la requête, enregistrée le 16 décembre 2010, présentée pour la SOCIETE DES MARCHES DE LA REGION PARISIENNE, SOMAREP, dont le siège social est 3 rue Bassano Paris (75116), par Me Distel, avocat; la SOCIETE DES MARCHES DE LA REGION PARISIENNE demande au juge des référés, sur le fondement de l'article L.551-1 du code de justice administrative :

- d'annuler la procédure de passation de la convention de la délégation de service public ayant pour objet les halles et marchés communaux lancée par la ville de Clichy-la-Garenne ;
- d'ordonner la reprise de la procédure de passation de cette convention de délégation de service public ;
- de condamner la Ville de Clichy-la-Garenne à lui verser la somme de 6 000 euros au titre de l'article L.761-1 du code de justice administrative ;

La société requérante soutient qu'en retenant l'offre de la SARL« les Nouveaux Marchés de France » , la ville de Clichy-la-Garenne a manqué à ses obligations de publicité et de mise en concurrence dès lors qu'elle a retenu l'offre d'un candidat qui n'avait pas la capacité pour candidater ; que cette société n'a, en effet, pas apporté la preuve de sa capacité financière par la production des bilans et comptes de résultats des 3 derniers exercices comme l'exigeait le règlement ; que cette société immatriculée le 22 décembre 2008 n'a déposé aucun bilan au greffe du tribunal de commerce qui justifierait de son activité ; que le choix de la meilleure offre semble avoir été effectué en fonction des critères prévus pour apprécier la capacité des candidats à présenter l'offre ; que le critère le plus important était le montant de la redevance proposée, or l'offre retenue était la plus basse de celles présentées ; que les moyens humains de la société « les Nouveaux Marchés de France » étaient inexistantes ; qu'ainsi la ville a retenu une offre qui ne répondait manifestement pas aux critères exposés dans le règlement de la consultation ;

Vu le mémoire complémentaire enregistré au greffe le 28 décembre 2010 présenté pour la SOCIETE DES MARCHES DE LA REGION PARISIENNE, SOMAREP, et tendant aux mêmes fins que sa requête par les mêmes moyens ;

Elle soutient, en outre, qu'en vertu de l'article L.1411-5 du code général des collectivités locale, le

maire doit saisir le conseil municipal du choix de l'entreprise auquel elle a procédé et doit transmettre aux conseillers municipaux le rapport de la commission et l'analyse des offres afin de leur permettre de se prononcer valablement sur ce choix conformément à l'article L.1411-7 de ce code ; qu'en l'espèce le maire n'a pas indiqué dans le rapport remis aux conseillers municipaux les conditions dans lesquelles la négociation s'était déroulée ni précisé les motifs pour lesquels la société « les Nouveaux Marchés de France » était retenue ; qu'il a ainsi porté atteinte au principe de transparence des procédures de passation des marchés publics ;

Vu le mémoire en défense enregistré au greffe le 29 décembre 2010 présenté pour la SARL « les Nouveaux Marchés de France » par Me Palmier, avocat et concluant au rejet de la requête et à ce qu'une somme de 3 000 euros soit mise à la charge de la SOMAREP ;

Elle soutient que le contrat de délégation de service public a été signé le 17 décembre 2010 au matin et remis en main propre à la société « les Nouveaux Marchés de France » qui en a accusé réception à 14 H00 sans que les parties aient connaissance d'un référé précontractuel dès lors que la présente requête ne leur ait parvenu que le 17 décembre à 15H37 ; qu'ainsi le recours de la SOMAREP est devenu sans objet et qu'il n'y a plus lieu, pour le juge du référé précontractuel, de statuer ; qu'à titre subsidiaire, les moyens soulevés devront être rejetés ; qu'en effet, il n'appartient pas au juge du référé précontractuel de se prononcer sur l'appréciation portée par le pouvoir adjudicateur sur les mérites respectifs des offres ; que d'ailleurs, le juge du fond lui-même n'exerce qu'un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation ; qu'ainsi la société requérante ne peut utilement critiquer la valeur de son offre ni l'appréciation faite par la ville de Clichy-la-Garenne ; que la Société « les Nouveaux Marchés de France » a justifié de sa capacité financière et qu'au demeurant cette condition est appréciée avec souplesse par la jurisprudence, en particulier pour les sociétés nouvellement créées ; que si elle n'a pas produit les bilans des 3 derniers exercices dès lors qu'elle a été créée en 2008, elle a produit des documents équivalents ; qu'au surplus un affermage ne suppose pas des investissements particuliers et qu'en tout état de cause elle dispose d'une capacité financière grâce aux délégations de service public obtenues, elle dispose ainsi d'un chiffre d'affaires de 132 000 euros en 2010 et que son chiffre d'affaires prévisionnel pour 2011 est de 561 000 euros ; qu'elle a, en outre, présenté une offre de qualité et que la SOMAREP n'est pas recevable à critiquer l'appréciation de la ville au regard des critères retenus ; que s'agissant du montant de la redevance, celle qu'elle propose est 5 fois et demi supérieure à la précédente alors que celles proposées par les sociétés concurrentes est excessive et disproportionnée ; qu'elle a également proposé une redevance variable de partage du chiffre d'affaires au-delà de 350 000 euros ; que sur le plan des moyens humains ce qu'elle a proposé est comparable à l'offre de la SOMAREP ;

Vu le mémoire en défense enregistré au greffe le 31 décembre 2010 présenté pour la Ville de Clichy-la-Garenne par le cabinet De Castelnau, avocat et concluant au rejet de la requête et à ce qu'une somme de 6 000 euros soit mise à la charge de la SOMAREP ;

Elle soutient que par la délibération du 14 décembre 2010 le conseil municipal a approuvé le choix du délégataire et a autorisé le maire à signer le contrat de délégation de service public ; que par courrier du 17 décembre 2010, elle a informé les autres candidats du rejet de leurs offres ; que la SOMAREP a introduit un référé précontractuel le 16 décembre mais qu'elle ne lui a pas notifié par télécopie ; que cette requête a été transmise par le tribunal de céans par télécopie à la commune et lui est parvenue le 17 décembre à 15h37, alors que la convention avait été signée le matin ; qu'il y a donc bien non lieu à statuer ; qu'à titre subsidiaire la requête est infondée ; qu'en effet, l'examen des garanties professionnelles et financières de la SARL « les Nouveaux Marchés de France » imposait l'admission de sa candidature au regard en particulier du chiffre d'affaires réalisé et de son expérience, la société étant titulaire d'autres délégations de service public en matière d'halles et marchés ; que l'utilisation des sous critères au stade de l'analyse de la valeur technique des offres est régulière dès lors qu'ils permettent d'apprécier concrètement comment le délégataire exécutera son contrat et qu'il n'y a eu donc aucune confusion entre les critères de sélection des candidatures et ceux appliqués pour le choix des offres ; que le critère prix a été régulièrement appliqué et que l'offre de la

SARL« les Nouveaux Marchés de France » qui proposait une redevance fixe et une redevance variable était la plus intéressante ; qu'il n'appartient pas au juge du référé précontractuel de se prononcer sur l'appréciation portée par le pouvoir adjudicateur sur les mérites respectifs des offres et qu'ainsi le moyen tiré de ce que la commune aurait commis une erreur dans la notation des sous critères « moyens humains » et « moyens techniques » de la valeur technique de la SARL « les Nouveaux Marchés de France » est irrecevable ; que les notes attribuées dans la valeur technique sont parfaitement justifiées, la société ayant prévu pratiquement autant de moyens humains que la SOMAREP et d'ailleurs la SOMAREP a obtenu 3/5 et Les Nouveaux Marchés de France 2/5 et sur le sous critère des moyens techniques, la SOMAREP a obtenu 4/5 et Les Nouveaux Marchés de France 3/5 ;

Vu le mémoire en intervention enregistré au greffe le 31 décembre 2010 et le mémoire complémentaire enregistré le 3 janvier 2011, présentés pour la société EGS par, Me Israel, avocat ;

La société EGS indique venir au soutien des moyens et conclusions de la SOMAREP dans le cadre de son référé contractuel et demande au juge des référés de condamner la commune de Clichy-la-Garenne à lui verser la somme de 3 500 euros en application des dispositions de l'article L.761-1 du code de justice administrative ;

Vu le mémoire en réplique, enregistré au greffe le 3 janvier 2011, présenté pour la SOCIETE DES MARCHES DE LA REGION PARISIENNE, SOMAREP, par Me Distel, avocat ;

La SOCIETE DES MARCHES DE LA REGION PARISIENNE demande au juge des référés, sur le fondement de l'article L.551-13 du code de justice administrative :

- d'annuler la convention de délégation de service public ayant pour objet les halles et marchés communaux conclue le 17 décembre 2010 avec la SARL Société Les Nouveaux Marchés de France par la ville de Clichy-la-Garenne ;

-d'ordonner la reprise de la procédure de passation de cette convention de délégation de service public ;

- de condamner la Ville de Clichy-la-Garenne à lui verser la somme de 6 000 euros au titre de l'article L.761-1 du code de justice administrative ;

La SOMAREP soutient que son référé précontractuel enregistré le 16 décembre 2010 a été notifié par télécopie à la commune dès le 16 décembre qui en a accusé réception ; que le maire a délibérément décidé de ne pas en tenir compte ; que les dispositions de l'article L.551-4 du code des marchés publics ayant été méconnues, elle est recevable à présenter un référé contractuel, conformément à la décision n°340944 du Conseil d'Etat, AGRIMER, du 10 novembre 2010 ; que la Société« les Nouveaux Marchés de France » n'a pas justifié de sa capacité financière alors qu'elle ne se bornera pas, contrairement à ce que soutient cette société, à supporter des frais d'exploitation et d'entretien mais devra assumer des frais d'assurance, des salaires, des charges d'eau d'électricité des étals, des frais de siège et de publicité ; que sa capacité technique est contestable dès lors qu'elle ne gère que des petits marchés ; qu'en vertu de l'article L.1411-5 du code général des collectivités locale, le maire doit saisir le conseil municipal du choix de l'entreprise auquel elle a procédé et doit transmettre aux conseillers municipaux le rapport de la commission et l'analyse des offres afin de leur permettre de se prononcer valablement sur ce choix conformément à l'article L.1411-7 de ce code ; qu'en l'espèce le maire n'a pas indiqué dans le rapport remis aux conseillers municipaux les conditions dans lesquelles la négociation s'était déroulée ni précisé les motifs pour lesquels la société « les Nouveaux Marchés de France » était retenue ;qu'il a ainsi porté atteinte au principe de transparence des procédures de passation des marchés publics ; que le critère le plus important était le montant de la redevance proposée, or l'offre retenue était la plus basse de celles présentées ; que l'offre de la SOMAREP était 60 % plus importante ; qu'ainsi la ville a retenu une offre qui ne répondait manifestement pas aux critères exposés dans le règlement de la consultation ; que la ville reconnaît que l'offre de la SOMAREP était meilleure s'agissant des moyens techniques et des moyens humains ;que la société « les Nouveaux Marchés de France » n'a prévu aucune intervention s'agissant des démarches environnementales alors que la société requérante a proposée un « ambassadeur propreté » ; qu'ainsi la ville n'a pas appliqué les critères de jugement des offres posés dans le

règlement de consultation et a méconnu les règles de concurrence et de transparence ;

Vu le mémoire enregistré au greffe le 13 janvier 2011 présenté pour la SARL « les Nouveaux Marchés de France » par Me Palmier, avocat et concluant aux mêmes fins que ses précédentes écritures par les mêmes moyens ;

Elle soutient, en outre, que la nullité du contrat ne pourra pas être prononcée en application de l'article L.551-18 du code des marchés publics en particulier dès lors que l'auteur du recours ne démontre pas qu'il avait des chances sérieuses d'obtenir le contrat ; que la SOMAREP ne disposait pas de chance sérieuse car son offre avait été rejetée dès le stade de l'analyse des offres car elle était la moins satisfaisante, classée en 4ème position ; qu'aucune méconnaissance des obligations de publicité et de mise en concurrence ne peut être reprochée à la commune ; qu'il n'appartient pas au juge du référé précontractuel de se prononcer sur l'appréciation portée par le pouvoir adjudicateur sur les mérites respectifs des offres ; que la Société « les Nouveaux Marchés de France » a justifié de sa capacité financière et de son expérience ; que la SOMAREP a présenté une offre inadaptée et en particulier la redevance proposée était disproportionnée ;

Vu le mémoire enregistré au greffe le 17 janvier 2011 présenté pour la Ville de Clichy-la-Garenne par le cabinet De Castelnaud, avocat et concluant aux mêmes fins que ses précédentes écritures par les mêmes moyens ;

Elle soutient, en outre, que la SOMAREP a été écartée au stade de l'analyse des offres ; qu'aucun manquement aux obligations de mise en concurrence et de transparence ne peut être reproché à la ville ; que le non respect du délai de suspension n'entraîne que la recevabilité du référé contractuel et qu'ainsi la nullité du contrat ne peut être prononcée ; que la commune a bien respecté les critères de choix des offres annoncé dans le règlement de consultation ; que si la SOMAREP a obtenu la meilleure note pour les sous critères moyens humains et moyens techniques, ils étaient pondérés à seulement 5% de la note finale ; que le choix s'est fait sur les autres sous-critères qui bénéficiaient d'une pondération plus importante ; que le critère prix a été correctement appliqué, que la redevance de la SOMAREP, dans le cadre de l'option avec enlèvement des déchets, est de 80 793 euros sur l'ensemble de la période comme l'atteste son compte prévisionnel d'exploitation et est donc inférieure à la société attributaire dont l'offre est de 250 000 euros sur cette période de 5 ans ; que les graves allégations de favoritisme devront être écartées ; que si un manquement est retenu, le juge du référé pourra pas faire application de l'article L.551-19 du code de justice administrative et ne pas annuler le contrat dès lors que l'annulation entraînerait de graves conséquences pour la commune et les usagers ;

Vu le mémoire enregistré au greffe le 18 janvier 2011, présenté pour la société EGS par, Me Israel, avocat et tendant à ce que le juge du référé prononce la nullité de la convention en litige ;

Il soutient que la requête n'a pas perdu son objet ; que la nullité s'impose au regard des manquements constatés à son égard ;

Après avoir informé les parties, conformément à l'article L. 551-21 du code de justice administrative, qu'en application dudit article, les mesures mentionnées aux articles L.551-17 à L. 551-20 dudit code peuvent être prononcées d'office par le juge ;

Vu le mémoire enregistré au greffe le 18 janvier 2011 présentée pour la Société Les Nouveaux Marchés de France qui produit le contrat conclu avec la SITA le 15 décembre 2010 ;

Vu le mémoire enregistré au greffe le 20 janvier 2011 présentée pour la SOMAREP ;

La société soutient que le contrat ne semble pas avoir été signé par la SITA ; qu'il est daté du 15 décembre 2011 et ne figurait donc pas dans l'offre ; que son offre faisait état d'un devis d'un montant de 68 280 euros incompatible avec une offre de 50 000 euros annuel au titre de la redevance ; que ce contrat

prévoit un forfait de 45 840 euros par an avec un dépassement qui s'avère inéluctable et qui rend la prestation encore plus élevée ; que d'ailleurs sur les marchés le nombre de bacs constatés est plus important que le forfait, soit un cout évalué à 89 940 euros ; qu'ainsi le niveau de redevance proposé ne peut être atteint sauf s'il existe un engagement de la ville d'augmenter les tarifs des droits de place ; que cette hypothèse révélerait une atteinte à la mise en concurrence et une rupture d'égalité ; que la ville a ignoré le caractère manifestement irréaliste de l'offre qui ne pourra qu'entraîner des déficits d'exploitation ; qu'il n'existe aucun motif qui justifierait que le contrat ne soit pas annulé ; qu'il n'existe pas de raison impérieuse d'intérêt général ; que le juge du référé contractuel doit annuler le contrat dès lors que les manquements sont établis ;

Vu la note en délibéré enregistrée au greffe le 28 janvier 2011 présenté pour la Ville de Clichy-la-Garenne par le cabinet De Castelneau, avocat ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu le code des marchés publics ;

Vu le code de justice administrative ;

Vu la décision par laquelle le président du tribunal a désigné Mme Evgénas, vice-président, pour statuer sur les demandes de référés ;

Après avoir convoqué à une audience publique :

- Me Distel représentant la SOCIETE DES MARCHES DE LA REGION PARISIENNE, SOMAREP ;

-Le cabinet De Castelneau représentant la ville de Clichy-la-Garenne ;

-Me Palmier, représentant la société la SARL « les Nouveaux Marchés de France » ;

-Me Israel représentant la société EGS ;

Vu le procès-verbal de l'audience publique du 18 janvier 2011 à 11H30 au cours de laquelle ont été entendus :

- le rapport de Mme Evgenas, juge des référés ;

- Me Distel représentant la SOCIETE DES MARCHES DE LA REGION PARISIENNE, SOMAREP ;

-Le cabinet De Castelneau représentant la ville de Clichy-la-Garenne ;

-Me Palmier, représentant la société la SARL « les Nouveaux Marchés de France » ;

-Me Israel représentant la société EGS ;

Après avoir fixé la clôture de l'instruction au vendredi 21 janvier 2011 à 13H00 ;

Sur les conclusions présentées sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative :

Considérant qu'aux termes de l'article L.551-1 du code de justice administrative, modifié par l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009: « 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. Le juge est saisi avant la conclusion du contrat. » ; qu'aux termes de l'article L. 551-4 du même code : « Le contrat ne peut être signé à compter de la saisine du tribunal administratif et jusqu'à la notification au pouvoir adjudicateur de la décision juridictionnelle. » ;

Considérant qu'il est constant que le contrat de délégation de service public a été conclu avec la société « les Nouveaux Marchés de France » le 17 décembre 2010 ; qu'ainsi le recours de la société SOMAREP est devenu sans objet ; qu'il n'y a plus lieu, pour le juge du référé précontractuel, de statuer sur les conclusions tendant à l'annulation de la procédure de passation de la convention de délégation de service public lancée par la ville de Clichy-la-Garenne et ayant pour objet l'exploitation des halles et marchés communaux ;

Sur les conclusions présentées sur le fondement de l'article L. 551-13 du code de justice administrative :

S'agissant de la recevabilité de l'intervention de la société EGS :

Considérant que la société EGS a présenté une intervention au soutien de la requête formée par la SOMAREP ; qu'ayant elle-même fait acte de candidature en vue de l'attribution de la délégation de service public en cause, elle justifie, en cette qualité, d'un intérêt suffisant pour intervenir au soutien de ladite requête ; que, dès lors, son intervention est admise ;

S'agissant de la recevabilité des conclusions de la SOMAREP :

Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis au juge des référés que, par un avis d'appel public à la concurrence publié au BOAMP, le 2 juin 2010, la ville de Clichy-la-Garenne a lancé une procédure de délégation de service public sous forme d'affermage ayant pour objet l'exploitation des halles et marchés communaux ; que la SOMAREP a déposé une offre le 24 août 2010 ; que cette société a saisi le juge du référé précontractuel le 16 décembre 2010 d'une demande d'annulation de la procédure ; que le 17 décembre 2010, la ville a informé la SOMAREP du rejet de son offre ; que, dans leurs mémoires en défense des 29 et 30 décembre 2010, la SARL « les Nouveaux Marchés de France » et la ville de Clichy-la-Garenne ont indiqué que le contrat de délégation de service public avait été signé le 17 décembre 2010 au matin ; que, par un mémoire en réplique du 6 janvier 2011, la SOMAREP a alors demandé au juge du référé contractuel d'annuler ladite convention de délégation de service public sur le fondement des dispositions des articles L. 551-18 et suivants du code de justice administrative ;

Considérant, d'une part, qu'aux termes de l'article L. 551-13 du code de justice administrative : « Le président du tribunal administratif, ou le magistrat qu'il délègue, peut être saisi, une fois conclu l'un des contrats mentionnés aux articles L. 551-1 et L. 551-5, d'un recours régi par la présente section. » ; qu'aux termes de l'article L. 551-14 du même code : « Les personnes habilitées à agir sont celles qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par des manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles sont soumis ces contrats, ainsi que le représentant de l'Etat dans le cas des

contrats passés par une collectivité territoriale ou un établissement public local. Toutefois, le recours régi par la présente section n'est pas ouvert au demandeur ayant fait usage du recours prévu à l'article L. 551-1 ou à l'article L. 551-5 dès lors que le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice a respecté la suspension prévue à l'article L. 551-4 ou à l'article L. 551-9 et s'est conformé à la décision juridictionnelle rendue sur ce recours. » ; que l'article L.551-4 du code de justice administrative dispose que : « Le contrat ne peut être signé à compter de la saisine du tribunal administratif et jusqu'à la notification au pouvoir adjudicateur de la décision juridictionnelle. » ;

Considérant qu'il est constant que le tribunal a notifié le recours de la SOMAREP par télécopie à la commune le 17 décembre 2011 ; que dès lors la commune de Clichy-la-Garenne qui a signé le contrat de le 17 décembre 2010 doit être regardée comme n'ayant pas respecté la suspension prévue à l'article L. 551-4 du code de justice administrative ; que, dès lors, la société requérante peut valablement saisir le juge des référés sur le fondement des dispositions précitées des articles L. 551-13 et L.551-15 et suivants par un mémoire en réplique sans que les dispositions du chapitre 1^{er} du titre V du Livre V du code de justice administrative, selon lesquelles les demandes formées devant le juge des référés sur le fondement de l'article L. 555-1 sont présentées et jugées selon des règles distinctes de celles applicables aux demandes présentées sur le fondement de l'article L. 551-13, y fassent obstacle ;

S'agissant du bien-fondé des conclusions de la SOMAREP :

Considérant qu'aux termes de l'article L. 551-18 de ce code : « Le juge prononce la nullité du contrat lorsqu'aucune des mesures de publicité requises pour sa passation n'a été prise, ou lorsque a été omise une publication au Journal officiel de l'Union européenne dans le cas où une telle publication est prescrite. / (...)Le juge prononce également la nullité du contrat lorsque celui-ci a été signé avant l'expiration du délai exigé après l'envoi de la décision d'attribution aux opérateurs économiques ayant présenté une candidature ou une offre ou pendant la suspension prévue à l'article L. 551-4 ou à l'article L. 551-9 si, en outre, deux conditions sont remplies : la méconnaissance de ces obligations a privé le demandeur de son droit d'exercer le recours prévu par les articles L. 551-1 et L. 551-5, et les obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles sa passation est soumise ont été méconnues d'une manière affectant les chances de l'auteur du recours d'obtenir le contrat. » et qu'aux termes de l'article L.551-20 de ce code : « Dans le cas où le contrat a été signé avant l'expiration du délai exigé après l'envoi de la décision d'attribution aux opérateurs économiques ayant présenté une candidature ou une offre ou pendant la suspension prévue à l'article L. 551-4 ou à l'article L. 551-9, le juge peut prononcer la nullité du contrat, le résilier, en réduire la durée ou imposer une pénalité financière. » ; qu'aux termes de l'article L.551-21 de ce code : « Les mesures mentionnées aux articles L. 551-17 à L. 551-20 peuvent être prononcées d'office par le juge. Il en informe préalablement les parties et les invite à présenter leurs observations dans des conditions fixées par voie réglementaire. Le juge procède de même lorsqu'il envisage d'imposer une pénalité financière. » ; qu'enfin, aux termes de l'article L.551-22 : « Le montant des pénalités financières prévues aux articles L. 551-19 et L. 551-20 tient compte de manière proportionnée de leur objet dissuasif, sans pouvoir excéder 20 % du montant hors taxes du contrat. Le montant de ces pénalités est versé au Trésor public. » ;

Considérant qu'à l'issue du dépôt des offres, la commission de délégation de service public a classé, dans sa séance du 21 septembre 2010, ces différentes offres en fonction des critères de choix énoncés dans le règlement de consultation et de leur pondération, soit 60 points sur 100 pour la valeur technique et 40 points sur cent pour le prix ; que la SOMAREP qui a obtenu la note la plus basse de 67/100 a été écartée et n'a pas participé à la phase de négociation ; qu'elle demande l'annulation du contrat conclu, pendant la suspension prévue à l'article L. 551-4 le 17 décembre 2010, avec la société « les Nouveaux Marchés de France » en faisant valoir que les graves manquements aux obligations de mise en concurrence ont affectés ses chances

d'obtenir ce contrat ;

Considérant, en premier lieu, qu'aux termes de l'article L. 1411-7 du code général des collectivités territoriales : « Deux mois au moins après la saisine de la commission prévue à l'article L. 1411-5, l'assemblée délibérante se prononce sur le choix du délégataire et le contrat de délégation. / Les documents sur lesquels se prononce l'assemblée délibérante doivent lui être transmis quinze jours au moins avant sa délibération » ;

Considérant que si la SOMAREP fait valoir que le rapport remis aux conseillers municipaux ne leur permettait pas de se prononcer valablement sur le choix du délégataire et le contrat de délégation dès lors qu'il ne mentionnait pas les conditions dans lesquelles la négociation s'était déroulée et ne précisait pas les motifs pour lesquels la société « les Nouveaux Marchés de France » était retenue, elle n'apporte aucun élément probant à l'appui de ses allégations ; que la ville de Clichy-la-Garenne justifie au contraire, par la production du rapport prévu par les dispositions précitées, que les conseillers municipaux ont été régulièrement informés des conditions de la négociation et que ce rapport précisait bien les motifs du choix du délégataire ; que ce moyen doit donc être écarté ;

Considérant, en deuxième lieu, que l'article L. 1411-1 du code général des collectivités territoriales dispose que la commission de délégation de service public « dresse la liste des candidats admis à présenter une offre après examen de leurs garanties professionnelles et financières (...) et de leur aptitude à assurer la continuité du service public et l'égalité des usagers devant le service public » ; que dans le cas d'entreprises de création récente, l'autorité délégante ne peut exiger la détention par les candidats de documents comptables particuliers et de références de nature à attester de leurs capacités et doit permettre à ces candidats de justifier de leurs capacités financières et professionnelles et de leur aptitude à assurer la continuité du service public par tout autre moyen ;

Considérant, d'une-part, que si la SOMAREP fait valoir que l'entreprise la société « les Nouveaux Marchés de France », attributaire de la délégation de service public, n'avait pas produit les bilans des 3 derniers exercices exigés par le règlement de consultation, il résulte de l'instruction que cette société était de création récente, immatriculée au registre du commerce et des sociétés le 22 décembre 2008, et qu'ainsi, en n'exigeant pas d'elle la production de bilans et en lui permettant de justifier de ses capacités financières et professionnelles par tout autre moyen, la ville de Clichy-la-Garenne n'a pas porté atteinte aux prescriptions du code des marchés publics et n'a pas davantage méconnu les règles de la consultation ;

Considérant d'autre-part que si la SOMAREP soutient que la société « les Nouveaux Marchés de France » ne disposait pas des capacités techniques et financières requises, il résulte de l'instruction que cette société a justifié, lors du lancement de la procédure, de la réalisation d'un chiffre d'affaires de 132 000 HT pour l'année 2010 en cours résultant de 4 contrats de délégations de service public portant sur la gestion de halles et marchés de plusieurs communes de la région parisienne ainsi que d'un chiffre d'affaires prévisionnel pour 2011 de 561 000 HT grâce à l'obtention de nouveaux marchés ; que s'agissant de sa capacité technique, la circonstance invoquée selon laquelle la société « les Nouveaux Marchés de France » ne gère que des petits marchés ne saurait, à elle seule, remettre en cause sa capacité technique d'autant que la société était titulaire de la délégation de service public de la ville de l'Aigle, marché qui comporte près de 200 commerçants ; qu'ainsi le moyen tiré de ce que la ville de Clichy-la-Garenne aurait méconnu les critères de capacité technique et financière prévus par le règlement de la consultation en admettant la candidature de la société « les Nouveaux Marchés de France » doit être écarté ;

Considérant, en troisième lieu, que la SOMAREP fait valoir que le choix de la meilleure offre semble avoir été effectué en fonction des critères prévus pour apprécier la capacité des candidats à présenter l'offre

dès lors que la ville de Clichy-la-Garenne a également fait application, pour choisir la meilleure offre, de critères tirés de la capacité technique des entreprises ; que toutefois, il résulte de l'article 8.1 du règlement de consultation que les offres seraient notamment appréciées au regard de leur valeur technique qui comportait les moyens matériels et humains mis en œuvre pour assurer l'exécution du contrat et qu'ainsi l'utilisation de ces sous critères au stade de l'analyse de la valeur technique des offres est régulière dès lors qu'ils permettent d'apprécier concrètement comment le délégataire exécutera son contrat ; qu'il n'y a eu donc eu aucune confusion entre les critères de sélection des candidatures et ceux appliqués pour le choix des offres ; qu'au demeurant la société requérante qui a obtenu des notes plus élevées que la société « les Nouveaux Marchés de France » sur les sous-critères moyens humains et moyens techniques ne peut utilement invoquer une méconnaissance des règles de la consultation sur ce point ; que ce moyen doit également être écarté ;

Considérant, en quatrième lieu, qu'aux termes de l'article L.1411-1 du code général des collectivités territoriales : "Les délégations de service public des personnes morales de droit public relevant du présent code sont soumises par l'autorité délégante à une procédure de publicité permettant la présentation de plusieurs offres concurrentes, dans des conditions prévues par un décret en Conseil d'Etat. (...) La collectivité adresse à chacun des candidats un document définissant les caractéristiques quantitatives et qualitatives des prestations ainsi que, s'il y a lieu, les conditions de tarification du service rendu à l'utilisateur. Les offres ainsi présentées sont librement négociées par l'autorité responsable de la personne publique délégante qui, au terme de ces négociations, choisit le délégataire" ;

Considérant, d'une-part, que si la SOMAREP fait valoir que la société « les Nouveaux Marchés de France » n'avait prévu aucune intervention s'agissant du sous critère « démarches environnementales » alors qu'elle-même avait proposé un « ambassadeur propreté » et qu'elle a obtenu la meilleure note pour les sous critères « moyens humains » et « moyens techniques », ces trois sous critères étaient pondérés à seulement 15 % de la note finale ; qu'en outre, il résulte de l'instruction que les moyens matériels et humains proposés par la société « les Nouveaux Marchés de France » étaient quasiment identiques à ceux de la société requérante et qu'ainsi il ne résulte pas de l'instruction que la notation de cette société qui a obtenu 46 points sur 60 sur le critère de valeur technique qui comportait, outre ces trois sous-critères notés sur 15, ceux relatifs à la gestion des places , aux moyens d'information visant à assurer le contrôle du délégataire et la dynamisation du marché, notés sur 45 points de la note finale, soit manifestement inexacte ou révèle une volonté de favoriser la société attributaire au détriment de la société requérante qui, elle, a obtenu 42 points sur 60 ;

Considérant, d'autre-part, que la SOMAREP fait valoir la ville de Clichy-la-Garenne a retenu une offre qui ne répondait manifestement pas aux critères exposés dans le règlement de la consultation dès lors que le critère « prix » n'a pas été respecté, l'offre retenue de la société des « Nouveaux Marchés de France » proposant une redevance annuelle de 50 000 euros étant la plus basse alors qu'elle-même avait proposé une redevance annuelle de 80 493 euros ;

Considérant qu'il résulte de l'instruction et en particulier du rapport d'analyse des offres que la société requérante a proposé un taux de redevance avec évacuation des déchets fixé à 5 % du CA soit un montant sur 2011 de 15 525 euros et un montant sur la durée de délégation de 88 793 euros ; qu'il résulte également de ce rapport que la société des « Nouveaux Marchés de France » a proposé une redevance annuelle fixe de 50 000 euros, associée à une redevance variable de partage du chiffre d'affaires au-delà de 350 000 euros, soit un montant estimé sur la durée de délégation de 250 000 euros ; qu'en retenant l'offre de cette société dont la redevance fixe annuelle proposée était 5 fois et demi supérieure à celle versée par l'ancien titulaire de la délégation de service public qui était de 9000 euros par an et alors que la société des « Nouveaux Marchés de France » proposait également le versement d'une redevance variable, la ville de Clichy-la-Garenne

ne peut être regardée comme ayant méconnu le critère « prix » figurant dans le règlement de consultation ; que, par ailleurs, si la société requérante se prévaut de l'erreur d'appréciation commise par le pouvoir adjudicateur dans le choix de l'offre en faisant valoir qu'il serait impossible pour la société des « Nouveaux Marchés de France » d'augmenter le chiffre d'affaires et d'allouer ainsi la part variable proposée, il n'appartient pas au juge des référés, statuant sur le fondement des dispositions précitées, de se prononcer sur l'appréciation portée par le pouvoir adjudicateur sur les mérites respectifs des offres déposées ; qu'en tout état de cause, il résulte de l'instruction que le chiffre d'affaires de la délégation de service public en cause a augmenté régulièrement sur la période précédente, passant de 293 297 euros en 2006 à 353 455 euros en 2009 et qu'ainsi le développement du chiffre d'affaires allégué n'apparaît pas manifestement irréaliste ;

Considérant que si la SOMAREP fait valoir que la société des « Nouveaux Marchés de France » n'a pas prévu une intervention concernant l'enlèvement des déchets sur les marchés, la société a produit le contrat de service conclu le 15 décembre 2010 avec la SITA ; que la circonstance qu'elle n'a produit qu'un devis à l'appui de son offre est sans incidence dès lors que la production d'un contrat, à ce stade, n'était pas requise ; qu'en effet, le règlement de la consultation prévoyait « qu'un contrat de mise en décharge sera demandé au délégataire à la date de signature du contrat si l'option est levée » ;

Considérant, enfin, que s'il est loisible à un candidat dont l'offre a été écartée d'invoquer les anomalies affectant le prix de l'offre retenue, il ne peut le faire qu'à l'appui d'un moyen tiré d'un manquement du pouvoir adjudicateur à ses obligations de publicité et de mise en concurrence ; qu'il en va notamment ainsi quand ces anomalies révèlent que le choix du pouvoir adjudicateur s'est porté sur une offre qui aurait dû être éliminée comme incomplète ou comme non conforme aux exigences des documents de la consultation et de la réglementation sur les marchés publics ;

Considérant que la société requérante soutient, qu'en égard au coût de ce contrat d'enlèvement des déchets, la redevance proposée par la société des « Nouveaux Marchés de France » était irréaliste et mettait en péril l'équilibre du marché, il n'appartient pas au juge du référé contractuel de se prononcer sur l'appréciation portée par le pouvoir adjudicateur, à l'issue de la consultation, sur les mérites respectifs des offres ; que la société requérante n'établit pas que cette offre correspondrait à des prestations insuffisantes, techniquement inacceptables ou non conformes aux exigences des documents de la consultation et de la réglementation sur les marchés publics ; qu'au demeurant, il ressort du contrat conclu le 17 décembre 2011 que la société attributaire prendra bien à sa charge l'enlèvement des déchets sur les marchés et qu'elle versera à la ville la redevance prévue dans son offre soit une redevance annuelle fixe de 50 000 euros, associée à une redevance variable de partage du chiffre d'affaires au-delà de 350 000 euros que ce contrat précise, en outre, que « l'exploitation se fait aux risques et périls du fermier et que la ville ne versera aucune subvention d'exploitation au fermier » ; que si la SOMAREP fait valoir que le niveau de redevance prévu par la société attributaire ne peut être atteint sauf s'il existe un engagement de la ville d'augmenter les tarifs des droits de place et que cette hypothèse révélerait une atteinte à la mise en concurrence et une rupture d'égalité, ces allégations ne sont assorties d'aucun commencement de preuve ; qu'ainsi le moyen tiré de ce que la ville aurait retenu une offre irréaliste et donc non conforme aux exigences des documents de la consultation ainsi que celui tiré d'un délit de favoritisme qui n'est pas davantage établi doivent être rejetés ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que les moyens de la SOMAREP tenant aux manquements de la ville de Clichy-la-Garenne aux règles de la concurrence doivent être écartés ; qu'ainsi, il n'y a pas lieu pour le juge du référé contractuel de faire application des dispositions de l'article L.551-18 du code de justice administrative et de prononcer la nullité automatique du contrat ;

Considérant, toutefois, qu'il est constant qu'en dépit du fait que le référé précontractuel formé le 16

décembre 2010 par la SOMAREP a été notifié par le tribunal de céans le 17 décembre 2010, la ville de Clichy-la-Garenne a signé la délégation de service public en cause le 17 décembre 2010; que si elle fait valoir qu'elle a signé ce contrat à 14H 00 avant que le référé précontractuel ne lui soit notifié, elle ne l'établit pas en se bornant à produire ce contrat comportant la mention manuscrite apposée par le gérant de la société attributaire indiquant « remis en main propre à 14H » ; qu'elle n'a ainsi pas respecté la suspension prévue par l'article L.551-4 du code de justice administrative ; que, dès lors, en application des dispositions précitées des articles L. 551-20 à L.551-22 du code de justice administrative, il y a lieu d'infliger à la ville de Clichy-la-Garenne une pénalité financière qui devra être versée au Trésor public ; qu'au regard du montant hors taxes du marché conclu le 17 décembre 2010, il sera fait une juste appréciation de cette pénalité en fixant son montant à la somme de 5 000 € ;

Sur les conclusions présentées au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative :

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

Considérant qu'en vertu des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative, le Tribunal ne peut pas faire bénéficier la partie tenue aux dépens ou la partie perdante du paiement par l'autre partie des frais qu'elle a exposés à l'occasion du litige soumis au juge ; que les conclusions présentées à ce titre par la société des « Nouveaux Marchés de France » et la ville de Clichy-la-Garenne doivent dès lors être rejetées ;

Considérant que, dans les circonstances de l'espèce, il n'y a pas lieu, en application des mêmes dispositions, de condamner la ville de Clichy-la-Garenne à verser à la SOMAREP la somme que cette société demande au titre des frais exposés par elle et non compris dans les dépens ;

Considérant en outre que, selon l'article L. 761-1 du code, seules les parties à l'instance peuvent solliciter l'application ; qu'il suit de là que les conclusions par lesquelles la société EGS, qui a la qualité d'intervenant, demande qu'une somme de 3 500 € soit mise à la charge de la ville de Clichy-la-Garenne sur le fondement de ces dispositions, ne peuvent qu'être rejetées ;

ORDONNE

Article 1er : L'intervention de la société EGS est admise.

Article 2 : Il n'y a pas lieu de statuer sur les conclusions de la requête de la SOMAREP présentées sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative.

Article 3 : La ville de Clichy-la-Garenne est condamnée à verser au Trésor public une pénalité financière d'un montant de 5 000 € (cinq mille euros).

Article 4 : Le surplus des conclusions de la requête de la SOMAREP présentées sur le fondement des articles L. 551-13 et L.551-18 du code de justice administrative ainsi que celles tendant au versement de frais irrépétibles sont rejetés.

Article 5 : Les conclusions présentées par la société des « Nouveaux Marchés de France », la société EGS et la ville de Clichy-la-Garenne sur le fondement de l'article L.761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 6 : La présente ordonnance sera notifiée à la SOCIETE DES MARCHES DE LA REGION PARISIENNE, SOMAREP, à la société des " Nouveaux Marchés de France ", à la société EGS et à la ville de Clichy- la-Garenne.

Copie sera transmise au Trésorier payeur général des Hauts-de-Seine.

Fait à Cergy-Pontoise le 31 janvier 2011.

Le juge des référés,

Signé

J.EVGENAS

Le greffier,

Signé

V.MALINGRE

La République mande et ordonne au préfet des Hauts-de-Seine et à tous huissiers de justice à ce requis en ce qui concerne les voies de droit commun, contre les parties privées, de pourvoir à l'exécution de la présente ordonnance.

