

TRIBUNAL ADMINISTRATIF  
DE MARSEILLE

N° 1103423

REPUBLIQUE FRANÇAISE

SOCIETE AVENANCE ENSEIGNEMENT  
ET SANTE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Ordonnance du 1<sup>er</sup> juin 2011

Le Tribunal administratif de Marseille,

54-03-05

Le vice-président désigné,  
Juge des référés,

Vu la requête, enregistrée au greffe du Tribunal le 13 mai 2011, sous le n° 1103423, présentée pour la société AVENANCE ENSEIGNEMENT ET SANTÉ, dont le siège social est 61-69 rue de Bercy à Paris (75012), prise en la personne de son représentant légal, par la SCP d'avocat Uettwiller Grelon Gout Canat & Associés ;

La société AVENANCE ENSEIGNEMENT ET SANTÉ demande au juge des référés du Tribunal, sur le fondement des dispositions des articles L. 551-1 et suivants du code de justice administrative :

1° d'annuler l'ensemble des décisions de la procédure de passation de la délégation de service public de la restauration scolaire du 1<sup>er</sup> degré lancée par la commune de Marseille, en tant qu'elle se rapporte au lot n° 1 (Centre Est), au lot n° 2 (Nord) et à ces deux lots réunis dans une seule offre proposant le maintien des deux cuisines centrales ou l'utilisation d'une seule cuisine centrale ;

2° en tout état de cause, de suspendre définitivement ladite procédure, dans la même mesure ;

3° de mettre une somme de 5 000 euros à la charge de la commune de Marseille au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Elle soutient que :

- les manquements qu'elle invoque sont susceptibles de l'avoir lésée ;
- la commune de Marseille a méconnu le principe d'égalité entre les candidats en comparant des offres non comparables, compte tenu du mode d'allotissement retenu et de la possibilité laissée aux candidats de présenter une offre par lot ou les deux lots réunis ;
- l'intégralité des critères de jugement des offres n'a pas été publiée ;
- les offres ont été appréciées sur la base de critères non rendus publics alors que certains critères publiés n'ont pas été appliqués ;
- il n'est pas établi que la commission des délégations de service public était régulièrement constituée, conformément à ce que prévoit l'article L. 1411-5 du code général des collectivités territoriales ;

Vu le mémoire, enregistré le 26 mai 2011, présenté pour la société Sodexo, prise en la personne des ses représentants légaux, par la SELARL d'avocats Symchowicz-Weissberg & Associés, qui demande au juge des référés du Tribunal de :

1° rejeter la requête ;

2° mettre une somme de 5 000 euros à la charge de la société AVENANCE ENSEIGNEMENT ET SANTÉ au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Elle fait valoir que :

- le manquement fondé sur la méconnaissance du principe d'égalité entre les candidats n'est pas susceptible d'avoir lésé la société requérante et n'est pas davantage fondé, dès lors que tous les candidats ont été placés sur un pied d'égalité, bénéficiant des mêmes informations et ayant usé de la faculté de présenter une offre pour chaque lot et pour les deux lots, avec une ou deux cuisines centrales ;

- s'agissant des critères, ceux utilisés ont été portés à la connaissance des candidats, la question de la reprise du personnel ne faisant pas partie des critères de choix des offres ;

- les critères de choix des offres portés à la connaissance des candidats ont été appliqués et, si un manquement était relevé sur ce point, il ne pourrait justifier, le cas échéant, qu'une annulation partielle de la procédure ;

- le moyen tiré de l'irrégulière composition de la commission n'est pas suffisamment précisé, aucune rupture d'égalité n'est établie et aucune lésion ne peut être invoquée ;

Vu le mémoire, enregistré le 27 mai 2011, présenté pour la commune de Marseille, représentée par son maire en exercice, par la SELARL d'avocats Sindres, qui demande au juge des référés du Tribunal de :

1° rejeter la requête ;

2° mettre une somme de 6 000 euros à la charge de la société AVENANCE ENSEIGNEMENT ET SANTÉ au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Elle fait valoir que :

- elle n'a pas méconnu le principe d'égalité entre les candidats en leur laissant la possibilité de présenter une offre pour chaque lot ou les deux lots ensemble, avec le choix d'une ou deux cuisines centrales, ce manquement n'étant pas, en toute hypothèse, de nature à avoir lésé la société requérante ;

- aucun critère non préalablement porté à la connaissance des candidats n'a été mis en œuvre ;

- la question de la reprise des salariés, qui est une obligation légale, a été abordée avec les candidats durant la phase de négociation, ces derniers ayant été informés de l'existence de cette obligation ;

- le choix entre les offres a été opéré après examen de chacun des critères de choix portés à la connaissance des candidats ;
- les conséquences d'une annulation pour l'intérêt public justifieraient qu'il soit fait application des dispositions de l'article L. 551-2 du code de justice administrative ;
- la commission des délégations de service public était régulièrement composée ;

Vu le mémoire, enregistré le 30 mai 2011, présenté pour la société AVENANCE ENSEIGNEMENT ET SANTÉ, qui maintient ses précédentes conclusions, par les mêmes moyens ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu le code général des collectivités territoriales ;

Vu le code de justice administrative ;

Vu la décision du président du Tribunal désignant M. Hermitte, vice-président, comme juge des référés ;

Après avoir régulièrement convoqué à l'audience du 30 mai 2011 à 15 heures 30 :

- la société AVENANCE ENSEIGNEMENT ET SANTÉ ;
- la commune de Marseille ;
- la société Sodexo ;

Après avoir, au cours de l'audience publique du 30 mai 2011, à 15 heures 30, présenté son rapport et entendu :

- Me Béjot, pour la société AVENANCE ENSEIGNEMENT ET SANTÉ, qui a repris et développé ses écritures ;
- Me Sindres, pour la commune de Marseille, qui a repris et développé ses écritures et déposé une pièce communiquée en début d'audience aux autres parties ;
- Me Letellier, substituant Me Symchoswicz, pour la société Sodexo, qui a repris et développé ses écritures ;

Après avoir prononcé la clôture de l'instruction à l'issue de l'audience à 16 heures 45 ;

Vu la note en délibéré, enregistrée le 31 mai 2011, présentée pour la société Sodexo, qui persiste dans ses précédentes écritures ;

Vu la note en délibéré, enregistrée le 31 mai 2011, présentée pour la société AVENANCE ENSEIGNEMENT ET SANTÉ, qui persiste dans ses précédentes écritures ;

Considérant que, par un avis de publicité envoyé à la publication le 7 juillet 2010, la commune de Marseille a lancé une procédure de passation d'une délégation de service public du service de restauration du 1<sup>er</sup> degré ; que la société AVENANCE ENSEIGNEMENT ET SANTÉ, qui a déposé une offre dans le cadre de cette procédure mais a vu celle-ci écartée, demande l'annulation de cette procédure, sur le fondement des dispositions des articles L. 551-1 et suivants du code de justice administrative ;

Sur l'application des dispositions des articles L. 551-1 et suivants du code de justice administrative :

Considérant qu'aux termes de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, dans sa rédaction applicable en l'espèce : « 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. 551-2 du même code : « Le juge peut ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations et suspendre l'exécution de toute décision qui se rapporte à la passation du contrat, sauf s'il estime, en considération de l'ensemble des intérêts susceptibles d'être lésés et notamment de l'intérêt public, que les conséquences négatives de ces mesures pourraient l'emporter sur leurs avantages./ Il peut, en outre, annuler les décisions qui se rapportent à la passation du contrat et supprimer les clauses ou prescriptions destinées à figurer dans le contrat et qui méconnaissent lesdites obligations. » ; que l'article L. 551-10 de ce code dispose que : « Les personnes habilitées à engager les recours prévus aux articles L. 551-1 et L. 551-5 sont celles qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par le manquement invoqué, ainsi que le représentant de l'Etat dans le cas où le contrat doit être conclu par une collectivité territoriale ou un établissement public local » ;

Considérant qu'en vertu des dispositions précitées de l'article L. 551-10 du code de justice administrative, les personnes habilitées à agir pour mettre fin aux manquements du pouvoir adjudicateur à ses obligations de publicité et de mise en concurrence sont celles susceptibles d'être lésées par de tels manquements ; qu'il appartient au juge des référés précontractuels de rechercher si l'entreprise qui le saisit se prévaut de manquements qui, eu égard à leur portée et au stade de la procédure auquel ils se rapportent, sont susceptibles de l'avoir lésée ou risquent de la léser, fût-ce de façon indirecte en avantageant une entreprise concurrente ;

Considérant, en premier lieu, que la société AVENANCE ENSEIGNEMENT ET SANTÉ soutient que la commune de Marseille a méconnu le principe d'égalité de traitement des candidats en permettant dans le règlement de consultation, à chacun d'eux, de présenter une offre pour chacun des lots géographiques, le lot n° 1 correspondant à la zone « centre et est », comprenant les arrondissements 1 à 12, le lot n° 2 correspondant à la zone « nord », couvrant les arrondissements 13 à 16, mais également une offre portant sur l'ensemble des deux zones, soit avec une cuisine centrale soit avec maintien de deux cuisines centrales ; qu'aucune disposition législative ou réglementaire n'interdit à l'autorité délégante, qui envisage de déléguer la gestion d'un service public, de procéder à un allotissement géographique et, dans ce cas, d'ouvrir aux candidats, dans le règlement de la consultation, la possibilité de présenter une offre pour l'un ou l'autre des lots ou encore celle de présenter une offre portant sur l'ensemble des lots, dans le but de se voir proposer le mode de gestion le plus intéressant du service public destiné à être délégué ; que, contrairement à ce que soutient la société requérante, un tel procédé permet de comparer entre elles les offres présentées, alors

même qu'elles présentent des différences importantes dans leur conception mais aussi dans leur équilibre économique, sans méconnaissance du principe d'égalité, les candidats bénéficiant tous des mêmes possibilités dans la conception des offres ; qu'ainsi, en décidant de découper le territoire de la commune de Marseille en deux zones, chacune correspondant à un lot géographique, et en autorisant les candidats, comme cela ressort expressément de l'article III.2.1 de l'avis de publicité et de l'article 3.2. « Aspects de l'offre » du règlement de consultation, à postuler pour l'un ou l'autre lot, ou les deux lots réunis dans une seule offre proposant le maintien des deux cuisines centrales ou l'utilisation d'une seule cuisine, la commune de Marseille n'a pas porté atteinte au principe d'égal traitement des candidats, dès lors que tous les candidats ont été clairement informés de cette possibilité, ce qui n'est pas contesté, et alors d'ailleurs qu'en l'espèce, les candidats ont choisi d'utiliser, chacun, les quatre possibilités qui leur étaient ainsi offertes, permettant à la commune de procéder aux comparaisons entre les diverses offres afin de déterminer celle qui lui paraît la plus intéressante, la société requérante ne pouvant dès lors soutenir qu'elle est susceptible d'avoir été lésée ou qu'elle risque de l'être à raison du manquement allégué ;

Considérant, en deuxième lieu, que la société requérante soutient que la commission qui a examiné les offres des candidats n'était pas régulièrement composée ; que selon l'article L. 1411-5 du code général des collectivités territoriales : « (...) Les plis contenant les offres sont ouverts par une commission composée : / a) Lorsqu'il s'agit d'une région, de la collectivité territoriale de Corse, d'un département, d'une commune de 3 500 habitants et plus et d'un établissement public, par l'autorité habilitée à signer la convention de délégation de service public ou son représentant, président, et par cinq membres de l'assemblée délibérante élus en son sein à la représentation proportionnelle au plus fort reste ; (...) / Le comptable de la collectivité et un représentant du ministre chargé de la concurrence siègent également à la commission avec voix consultative. / Peuvent participer à la commission, avec voix consultative, un ou plusieurs agents de la collectivité territoriale ou de l'établissement public désignés par le président de la commission, en raison de leur compétence dans la matière qui fait l'objet de la délégation de service public. (...) » ; que la société AVENANCE ENSEIGNEMENT SANTE allègue que la commission de délégation de service public aurait été irrégulièrement composée, dès lors qu'il n'est pas établi que l'autorité habilitée à signer la convention aurait été présente ou régulièrement représentée, que le quorum aurait été atteint, que les cinq autres membres auraient été régulièrement élus, que des personnalités non autorisées n'y auraient pas siégé et, enfin, que le comptable de la commune et le représentant du ministre chargé de la concurrence auraient été régulièrement convoqués ; qu'il résulte de l'instruction que le maire de la commune de Marseille était représenté au sein de ladite commission, par Mme Lota, adjointe, régulièrement désignée à cet effet par arrêté du maire du 18 avril 2008 à l'effet de le représenter au sein de la commission d'appel d'offres, le conseil municipal ayant décidé que cette commission serait également la commission de délégation de service public, et que siégeaient également les cinq autres membres titulaires désignés par le conseil municipal, dont il n'est pas davantage établi, faute de précision à l'appui du moyen soulevé, qu'ils auraient été irrégulièrement élus, le quorum étant ainsi atteint, pour les deux réunions des 21 septembre 2010, consacrée au choix des candidats autorisés à présenter une offre, et 8 mars 2011, consacrée au choix du délégataire ; qu'il résulte également de l'instruction que le comptable public de la commune et le représentant du ministre de la concurrence ont été régulièrement convoqués pour les deux réunions susmentionnées ; qu'il n'est pas établi par l'instruction que la commission se serait réunie en présence de personnes non autorisées à y assister ; que, dès lors, le moyen tiré de l'irrégulière composition de la commission de délégation de service public doit être écarté dans ses toutes ses branches ;

Considérant, en troisième lieu, qu'il résulte des termes mêmes de l'article 5 du règlement de consultation que l'appréciation des offres devait être effectuée sur la base de six critères, à savoir les « garanties de la qualité et de la sécurité des prestations alimentaires ainsi que des autres prescriptions concernant celles-ci », le « prix du repas », la « qualité technique du plan de mise en œuvre du système informatique », la « qualité technique du plan de maintenance et de renouvellement des équipements », la « qualité des procédures prévues pour l'information de la Collectivité et des usagers dans l'ensemble des domaines de la délégation (...) » et les « qualité et consistance des actions en matière de développement durable et d'environnement » ; que si cette liste de critère était précédée de l'adverbe « notamment », ce qui ne caractérise pas, à lui seul, un manquement aux règles de publicité et de mise en concurrence, il ne résulte pas de l'instruction que la collectivité aurait examiné les offres qui lui étaient soumises au regard d'autres critères non préalablement communiqués aux candidats ; qu'en effet, il ne résulte pas de l'instruction que les modalités de reprise, par le futur délégataire, des personnels affectés au service public, bien qu'elles figuraient, de manière légitime, s'agissant d'une obligation légale, parmi les objectifs poursuivis par la commune, aient constitué un critère supplémentaire de choix des offres, alors même que cette question a été abordée dans la phase de négociation et évoquée dans le rapport d'analyse des offres ; qu'il résulte également de l'instruction, notamment du rapport d'analyse des offres, lequel reprend en page 3 les six critères énoncés dans le règlement de consultation, ainsi que de la pièce reprenant les questions posées aux candidats et leur réponses, qu'aucun critère n'a été « neutralisé » et que les négociations ont été menées avec les deux candidats restés en lice, la société AVENANCE ENSEIGNEMENT SANTE et la société Sodexo, sur les différents points correspondant aux critères de choix définis, lesquels sont repris, de manière succincte mais suffisante, dans le rapport d'analyse des offres, contrairement à ce qui est soutenu dans la requête ; que par suite, alors même que le maire n'a pas insisté sur l'ensemble de ces critères dans le rapport, néanmoins suffisamment circonstancié, qui a été présenté au conseil municipal lors de la séance du 16 mai 2011, au cours de laquelle ont été notamment approuvés le délégataire et le contrat de délégation, le moyen tiré du non-respect des critères de choix retenus doit être écarté ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que la requête de la société AVENANCE ENSEIGNEMENT ET SANTE doit être rejetée ;

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

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 la charge de la commune de Marseille, qui n'est pas la partie perdante dans la présente instance ; que, dans les circonstances de l'espèce, il n'y a pas lieu de faire droit aux conclusions présentées sur ce fondement par la commune de Marseille et la société Sodexo ;

ORDONNE

Article 1<sup>er</sup> : La requête de la société AVENANCE ENSEIGNEMENT ET SANTE est rejetée.

Article 2 : Les conclusions présentées par la commune de Marseille et la société Sodexo sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 3 : La présente ordonnance sera notifiée à la société AVENANCE ENSEIGNEMENT ET SANTÉ, à la commune de Marseille et à la société Sodexo.

Fait à Marseille, le 1<sup>er</sup> juin 2011.

Le vice-président désigné,  
Juge des référés,

signé

G. HERMITTE

La République mande et ordonne au préfet des Bouches-du-Rhône en ce qui le concerne et à tous huissiers à ce requis en ce qui concerne les voies de droit commun contre les parties privées de pourvoir à l'exécution du présent jugement.

Pour expédition conforme,

Pour le greffier en chef,