

N° 1000475

SOCIETE SRS

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Mme Rencontre
Juge des référés

Le juge des référés du Tribunal administratif
de Mayotte,

Audience du 20 décembre 2010
Lecture du 23 décembre 2010

Vu la requête enregistrée le 2 décembre 2010, présentée pour la SOCIETE SRS dont le siège est BP 519 ZI Kaweni à Mamoudzou (97600), par Me Mohamed, avocat ; la société requérante demande au juge des référés :

- d'annuler la procédure de passation du marché public lancée par le centre hospitalier de Mayotte pour la fourniture de repas de ses établissements ;
- d'enjoindre au centre hospitalier de Mayotte, si nécessaire, de communiquer le rapport d'analyse des offres ;
- de condamner le centre hospitalier de Mayotte à lui verser la somme de 4 000 euros en application de l'article L.761-1 du code de justice administrative ;

La société soutient :

- que le recours à une procédure adaptée est doublement illégal dès lors que le marché est un marché de fournitures à bons de commande sans minimum ni maximum, réputé excéder le seuil de 193000 euros fixé par l'article 26 du code des marchés publics, pour lequel les dispositions de l'article 30 du code ne sont pas applicables ; que ce manquement a bien été susceptible de la léser dans la mesure où la mise en œuvre de cette procédure a permis de mettre en œuvre une phase de négociation au cours de laquelle le candidat retenu a pu largement améliorer son offre ;
- que les informations relatives à la durée du marché portées à la connaissance des candidats dans le règlement de consultation, dans l'acte d'engagement et dans le cahier des clauses administratives particulières sont totalement contradictoires, ce qui l'a empêchée d'établir une offre en toute connaissance de cause ;
- que certains des 5 sous-critères utilisés pour juger de la valeur technique des offres sont irréguliers ; que le sous-critère A2 est directement lié aux références pour des marchés similaires alors que le critère de l'expérience professionnelle est relatif aux capacités des candidats examinées au stade des candidatures et ne peut légalement être utilisé pour sélectionner les offres après l'ouverture de la seconde enveloppe ; que ce manquement l'a lésée dès lors qu'elle aurait

- pu obtenir une meilleure note au titre de la valeur technique si un tel sous-critère avait été remplacé par un sous-critère régulier ; que, par ailleurs, le centre hospitalier n'a pas décrit de manière suffisante les modalités d'application des 3 derniers sous-critères de choix des offres qui doivent être portées à la connaissance des candidats dès l'engagement de la procédure ;
- que l'absence totale d'informations sur la reprise du personnel dans le dossier de consultation des entreprises, qui ne mentionne ni le nombre de salariés à reprendre, ni la nature de leurs contrats, ni les avantages dont ils disposent, a vicié la procédure ; qu'elle a alerté le centre hospitalier sur ce point par courrier électronique et par lettre recommandée avec avis de réception le 13 novembre 2010 ; qu'elle a été lésée par cette absence d'information, dès lors qu'elle a pris en compte, dans son offre financière, la masse salariale correspondant aux 30 salariés nécessaires à l'exécution de la mission alors que la société Panima n'a pas tenu compte de cette obligation et a pu établir une offre de prix plus compétitive ;
 - que l'offre de la société attributaire, qui ne dispose pas d'une cuisine centrale, était irrégulière et n'aurait pas dû être analysée par le centre hospitalier, alors que cette offre a obtenu la note de 7/10 au titre du sous-critère de la valeur technique relatif à l'organisation de la cuisine centrale ;
 - que le recours au marché à bons de commande pour une durée supérieure à 4 années est irrégulier dès lors que la prestation ne nécessite pas des investissements qui seraient amortissables sur une durée supérieure ; qu'il appartient au centre hospitalier de démontrer que le marché relevait bien d'un cas exceptionnel permettant de prévoir une durée plus longue que celle fixée à l'article 77 du code des marchés publics ;

Vu le mémoire complémentaire enregistré le 7 décembre 2010, présentée pour la SOCIETE SRS, par Me Mohamed, avocat, tendant aux mêmes fins que la requête par les mêmes moyens ;

La société soutient en outre :

- que la note qui lui a été attribuée au titre du critère du prix est entachée d'une erreur grossière dès lors qu'elle aurait dû se voir attribuée la note de 33,9/40 et une note globale de 67,13/100 ;
- qu'il résulte du tableau de notation de la société Panima que le centre hospitalier et la société attributaire avaient parfaitement conscience de l'obligation de reprise du personnel puisque cette reprise figure dans l'offre retenue ; qu'en égard au faible écart existant entre les offres des candidats, le manquement commis par le centre hospitalier est susceptible de l'avoir lésée ;
- que les références des candidats ont été prises en compte irrégulièrement au titre du sous-critère A2 et ont été analysées en tenant compte de leur caractère national, élément non indiqué dans le règlement de la consultation, et utilisé à son détriment puisque les références locales qu'elle a présentées sont mentionnées dans les éléments négatifs de son offre ;
- que la société Panima n'a pas de cuisine centrale dès lors qu'il résulte de l'analyse des offres qu'elle doit réaliser des investissements importants à cet égard ;
- qu'un élément non annoncé dans le règlement de la consultation et sans rapport avec l'objet du marché, lié à la politique d'embauche proposée par la société Panima, a permis de départager les offres ;
- que son offre a été jugée négativement en raison de sa proposition de réaménagement de l'espace du self à la charge du centre hospitalier, alors qu'elle n'avait d'autre choix que d'indiquer, s'agissant d'un marché public, que les investissements sont nécessairement à la charge du pouvoir adjudicateur ;

Vu le mémoire en défense, enregistré le 14 décembre 2010, présenté pour le centre hospitalier de Mayotte par Me Romanet-Duteil, avocat, qui conclut au rejet de la requête et, en

outre à la condamnation de la société requérante à lui verser la somme de 4 000 euros au titre de l'article L.761-1 du code de justice administrative ;

Le centre hospitalier fait valoir :

- que, nonobstant l'indication erronée portée sur l'avis d'appel public à la concurrence relative à un marché de fourniture de repas, les prestations d'élaboration, de préparation et de distribution de repas sont au nombre des services d'hôtellerie et de restauration listés à l'annexe IIB de la directive 2004/18/CE du 31 mars 2004 ; que ces services entrent dans le champ d'application de l'article 30 du code des marchés publics et peuvent donner lieu à la passation de marchés selon une procédure adaptée ; que la circonstance qu'il ait opté pour un marché à bons de commandes reste sans influence sur la possibilité qu'il avait de recourir à une procédure adaptée dès lors que le marché portait sur des services non prioritaires ;
- que la société requérante ne peut sérieusement soutenir que la mention erronée dans l'acte d'engagement mentionnant une durée de 12 mois renouvelable 3 fois l'aurait induite en erreur dès lors qu'elle a rectifié l'acte qu'elle a signé pour indiquer son engagement sur un marché de 5 ans et avait par suite une parfaite connaissance de la durée du marché ; que la mention erronée de l'acte d'engagement n'a pas été de nature à induire en erreur les candidats dès lors que l'ensemble des autres éléments du dossier de consultation précisait que le marché serait conclu pour une durée de 5 ans reconductible 2 fois pour une durée d'un an ;
- qu'il n'a commis aucune illégalité en retenant comme sous-critère de la valeur technique l'organisation de la cuisine, les moyens humains et matériels et les références pour des marchés similaires dès lors que le pouvoir adjudicateur a la possibilité de retenir, comme critère de sélection des offres, l'expérience des candidats dans les domaines objets du marché et leurs capacités dès lors que c'est leur mise en œuvre qui est appréciée ; qu'en l'espèce, ce critère permettait au pouvoir adjudicateur de vérifier que les candidats disposaient d'une cuisine centrale suffisante pour répondre aux besoins du marché ; que ce sous-critère n'a eu, au surplus, qu'une importance marginale puisqu'il n'est qu'un des 3 éléments du sous-critère A2, lui-même pondéré à hauteur de 10 % ; qu'enfin, la société SRS n'établit pas en quoi l'utilisation de ce sous-critère l'aurait lésée dès lors qu'elle a obtenu la note de 7/10 et que l'obtention de 3 points supplémentaires serait restée sans conséquence sur son classement ;
- que l'article 6-2 du règlement de consultation définit les modalités de notation des 5 sous-critères utilisés pour évaluer la valeur technique des offres qui sont indiqués avec précision ; que les termes procédures HACCP et recommandations GEMRN sont des normes de sécurité sanitaire et de qualité applicables à la prestation de repas servis aux patients d'un hôpital, recommandées par la Haute autorité de la santé, instituée par ordonnance du 24 avril 1996 portant réforme hospitalière ;
- qu'aucune convention collective ou accord de branche n'impose aux entreprises du secteur d'activité de reprendre le personnel et que ni le droit communautaire ni le droit national ne mettent à la charge des entreprises attributaires d'un marché public une telle obligation ; que l'absence de mention de la masse salariale des personnels que l'attributaire aurait été susceptible de reprendre ne saurait avoir lésé la société requérante d'une quelconque manière ; qu'il ressort de l'offre de la société attributaire que la charge financière du personnel du self a été prise en compte puisque l'entreprise a choisi de reprendre ce personnel ;
- que la société Panima dispose bien d'une cuisine centrale ainsi qu'en atteste l'agrément sanitaire pour ses activités de cuisine centrale qu'elle a produit à l'appui de ses écritures ; qu'en tout état de cause, il n'est pas exigé du candidat qu'il dispose au jour du dépôt de son offre d'une cuisine centrale puisque le début d'exécution du marché est fixé au 20 octobre 2011 ;
- que les motifs ayant conduit le pouvoir adjudicateur à prévoir une durée d'exécution d'un marché à bons de commande supérieure à 4 ans n'ont pas à être mentionnés dans les documents de la consultation ; que les prestations de service demandées nécessitent des investissements

- lourds et il a été tenu compte de la durée d'amortissement, de 5 à 10 ans, des équipements par les entreprises candidates ;
- qu'il n'a jamais été demandé aux candidats de financer le réaménagement des locaux du centre hospitalier ; que le sous-critère « proposition d'exploitation et de valorisation de la restauration du personnel » a bien été apprécié en fonction des propositions de gestion et d'organisation des candidats permettant de valoriser ce secteur ;
 - que le pouvoir adjudicateur s'est borné à relever que la société Panima mettait en œuvre des moyens matériels et humains conséquents, sans prendre en compte un élément nouveau, non annoncé dans le règlement de la consultation, pour départager les offres des deux candidates ;
 - que la note attribuée à l'offre de la société SRS résulte d'un calcul effectué conformément aux modalités fixées par le règlement de la consultation ; que le pouvoir adjudicateur a choisi de ne pas prendre en compte le montant des options dans le prix des 2 offres dès lors que celles-ci sont difficilement comparables en consistance ; que la notation a été réalisée dans un souci de strict respect des règles fixées ;

Vu le mémoire en défense, enregistré le 15 décembre 2010, présenté pour la société Panima par Me Arnaud, avocat, qui conclut au rejet de la requête et, en outre, à la condamnation de la société SRS à lui verser la somme de 3 000 euros au titre de l'article L.761-1 du code de justice administrative ;

La société soutient :

- que l'erreur dans le libellé de l'acte d'engagement concernant la durée du marché n'a pas lésé la société requérante dont l'offre a été déclarée recevable ; que la société requérante ne démontre pas l'existence d'un lien de causalité entre ce manquement et le motif du rejet de son offre ;
- que les références pour des marchés similaires mentionnées dans le sous-critère A2 n'ont pas pour objet de retenir l'expérience professionnelle comme critère de choix mais d'apprécier la faisabilité de l'organisation de la cuisine centrale proposée au regard notamment de l'expérience professionnelle passée du candidat ; qu'en tout état de cause, ce prétendu manquement n'aurait eu aucune influence sur le rejet de l'offre dès lors que les 2 soumissionnaires ont obtenu la note de 7/10 au sous-critère A2 et qu'il est sans lien avec le rejet de l'offre de la SOCIETE SRS ;
- que les sous-critères A3, A4 et A5 sont parfaitement définis et pondérés avec une notation précise pour chaque critère et sous-critère ; que l'appréciation des sous-critères laisse difficilement une place au pouvoir discrétionnaire de l'autorité organisatrice ; que les critères sont parfaitement appropriés au marché ;
- que la SOCIETE SRS, en sa qualité de précédente titulaire du marché, avait une parfaite connaissance de la masse salariale afférente à l'exécution du marché ; qu'en l'absence de toute précision dans le marché quant à une reprise du personnel, les candidats soumissionnaires avaient toute liberté de proposer ou non une reprise du personnel ; que le préjudice financier subi par le candidat évincé, qui sera contraint de procéder au licenciement économique des personnes qu'il avait affectées à l'exécution du marché, est totalement étranger à la passation du marché proprement dite, faute d'application de l'article L. 122-24 du code du travail applicable à Mayotte ou d'une convention collective spécifique ;
- que le recrutement de 13 personnes qu'elle a proposé correspond aux moyens humains mis en œuvre pour l'exécution du marché et non à un critère non spécifié dans les documents de la consultation ;
- qu'elle dispose d'une cuisine centrale pour laquelle elle a reçu l'agrément de l'Etat ; qu'en tout état de cause, aucun élément du marché ne conditionne la candidature à l'existence d'un tel outil ; qu'il est simplement imposé au candidat de présenter toutes les garanties pour permettre qu'au commencement de l'exécution du marché, il puisse effectivement exploiter une cuisine centrale ;

Vu le mémoire en production enregistré le 20 décembre 2010 présenté pour le centre hospitalier de Mayotte par Me Romanet-Duteil ;

Vu le mémoire en réplique enregistré le 20 décembre 2010, présentée pour la SOCIETE SRS, par Me Mohamed, avocat, tendant aux mêmes fins que la requête par les mêmes moyens ;

La société soutient en outre :

- que le rapport d'analyse des offres indique expressément, à propos de l'offre de la société Panima, que le personnel en place est repris conformément aux dispositions du code du travail qui correspondent à l'article L. 122-24 du code du travail applicable à Mayotte, en précisant que cette société ne prévoit l'embauche que de 13 personnes alors que la reprise du personnel concerne 30 personnes ; qu'il existe ainsi un différentiel de 17 salariés en faveur de la société Panima, non pris en compte dans son offre ; que si le centre hospitalier avait porté à la connaissance du candidat le nombre exact de salariés à reprendre, l'offre de la société Panima aurait été, au minimum de 332 520 € TTC plus chère ; qu'en application de la méthode de notation des prix, elle aurait obtenu la note de 40/40 au lieu de 32,13 alors que la société Panima aurait eu, au mieux, la note de 37,2/40 au lieu de 40/40 ; qu'ainsi, l'absence d'information sur la masse salariale dans le dossier de consultation des entreprises l'a désavantagée par rapport à la société SRS ;
- que le fait qu'elle ait modifié unilatéralement l'acte d'engagement confirme que les pièces de la procédure étaient bien contradictoires et qu'elle a pris le risque de voir son offre rejetée comme irrégulière dans la mesure où il est interdit de modifier les pièces de la consultation ; qu'il importe d'avoir communication de l'acte d'engagement de la société Panima afin de vérifier si cette erreur a également été corrigée ; qu'à défaut, son engagement porterait sur 12 mois renouvelable 3 fois par reconduction expresse et son offre serait gravement irrégulière ;
- que la lecture du rapport d'analyse des offres démontre que les références ont été prises en compte dans le cadre du sous-critère A2 à son détriment dès lors que les références locales sont indiquées en point négatif ; que même si les 2 soumissionnaires ont obtenu la même note au titre de ce sous-critère, elle est susceptible d'avoir été lésée par un tel manquement dès lors qu'elle aurait pu obtenir la note de 10/10 qui, combinée avec une note de 40/40 pour le prix, aurait conduit à l'obtention d'une note globale de 78/100 ; que la société Panima n'aurait obtenu qu'une note totale de 77,7/100 ;
- que la société Panima n'a obtenu qu'un agrément provisoire de la préfecture pour la période du 11 janvier 2008 au 15 avril 2008 ; qu'il n'est pas démontré que cet agrément aurait été renouvelé, ni que la société Panima disposerait effectivement d'une cuisine centrale ; que le marché conditionne la candidature à l'existence d'une cuisine centrale puisque le sous-critère A2 concerne l'organisation de la cuisine centrale ;

Vu les pièces jointes à la requête ;

Vu la directive 2004/18 du Parlement et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services ;

Vu le code des marchés publics ;

Vu le code de justice administrative ;

Vu la décision en date du 1^{er} octobre 2010, prise en application de l'article L.511-2 du code de justice administrative, par laquelle le président du Tribunal a désigné Mme Encontre, premier conseiller, en qualité de juge des référés ;

Les parties ont été régulièrement averties du jour de l'audience publique qui a eu lieu le 21 décembre 2010, le magistrat constituant la formation de jugement compétente siégeant au tribunal administratif de Saint Denis de la Réunion, dans les conditions prévues à l'article L.781-1 et aux articles R.781-1 et suivants du code de justice administrative, M. Grumelart, étant greffier d'audience au tribunal administratif de Mayotte ;

Après avoir, au cours de l'audience publique du 21 décembre 2010 à 14h00, présenté son rapport et entendu :

- les observations de Me Mohamed, représentant la SOCIETE SRS, qui s'en est rapporté à ses écritures ;
- les observations de Me Arnaud, représentant la société Panima qui fait valoir, en outre, que contrairement aux allégations de la société requérante, elle dispose d'un agrément préfectoral définitif pour l'exploitation de sa cuisine centrale délivré le 28 juillet 2008 ;
- les observations de Me Romanet-Duteil, représentant le centre hospitalier de Mayotte ;

La clôture de l'instruction ayant été prononcée à l'issue de l'audience ;

Sur les conclusions présentées au titre 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 : « 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. » ; qu'aux termes de l'article L. 551-3 de ce code : « Le président du tribunal administratif ou son délégué statue en premier et dernier ressort en la forme des référés. » ;

Considérant qu'en vertu des dispositions précitées de l'article L. 551-1 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 dès lors 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 que, par avis publié au bulletin officiel des annonces des marchés publics le 15 septembre 2010, le centre hospitalier de Mayotte a fait appel à la concurrence en vue de la

passation, selon la procédure adaptée prévue à l'article 28 du même code, d'un marché « pour la fourniture de repas de ses établissements » ; que, sans émettre de réserves particulières quant à la procédure de consultation et au contenu des documents de consultation y afférents, la SOCIETE SRS a présenté une offre avant la date limite de dépôt des offres fixée au 2 novembre 2010 à 14 heures, laquelle, après un entretien de négociation réalisé le 10 novembre 2010 et le dépôt d'un complément le 19 novembre 2010, n'a pas été retenue ; que la décision rejetant son offre lui a été notifiée le 26 novembre 2010 par le centre hospitalier de Mayotte ; que la SOCIETE SRS conteste devant le juge des référés précontractuels la procédure de passation dudit marché ;

En ce qui concerne le moyen tiré du caractère irrégulier du recours à la procédure adaptée prévue à l'article 28 du code des marchés publics :

Considérant qu'aux termes de l'article 1^{er} du code des marchés publics : « (...) III.- (...) Les marchés publics de fournitures sont les marchés conclus avec des fournisseurs qui ont pour objet l'achat (...) de produits ou matériels. / Les marchés publics de services sont les marchés conclus avec des prestataires de services qui ont pour objet la réalisation de prestations de services. / Lorsqu'un marché public a pour objet à la fois des services et des fournitures, il est un marché de services si la valeur de ceux-ci dépasse celle des fournitures achetées (...) » ; qu'aux termes de l'article 28 du même code : « Lorsque leur valeur estimée est inférieure aux seuils mentionnés au II de l'article 26, les marchés de fournitures, de services ou de travaux peuvent être passés selon une procédure adaptée, dont les modalités sont librement fixées par le pouvoir adjudicateur en fonction de la nature et des caractéristiques du besoin à satisfaire, du nombre ou de la localisation des opérateurs économiques susceptibles d'y répondre ainsi que des circonstances de l'achat. / Le pouvoir adjudicateur peut négocier avec les candidats ayant présenté une offre. Cette négociation peut porter sur tous les éléments de l'offre, notamment sur le prix. / Pour la détermination de ces modalités, le pouvoir adjudicateur peut s'inspirer des procédures formalisées prévues par le présent code, sans pour autant que les marchés en cause ne soient alors soumis aux règles formelles applicables à ces procédures. En revanche, s'il se réfère expressément à l'une des procédures formalisées prévues par le présent code, le pouvoir adjudicateur est tenu d'appliquer les modalités prévues par le présent code (...) » ; qu'aux termes de l'article 30 dudit code : « I.-Les marchés et les accords-cadres ayant pour objet des prestations de services qui ne sont pas mentionnées à l'article 29 peuvent être passés, quel que soit leur montant, selon une procédure adaptée, dans les conditions prévues par l'article 28 (...) » ;

Considérant que, pour contester la procédure de passation du marché litigieux, la SOCIETE SRS soutient que le marché dont s'agit a la nature d'un marché de fournitures, et non d'un marché de services, et que le centre hospitalier de Mayotte ne pouvait dès lors recourir à la procédure adaptée prévue à l'article 28 du code des marchés publics, autorisée par l'article 30 du même code pour tous marchés de services non mentionnés à l'article 29, quel qu'en soient les montants ; qu'il résulte toutefois de l'instruction que, nonobstant l'indication portée sur l'avis d'appel public à la concurrence d'un marché de « fourniture de repas », le marché en cause a pour objet de permettre d'assurer annuellement au niveau d'une cuisine centrale environ 310 000 repas, 135 000 petits déjeuners, 20 000 collations et 20 000 déjeuners ambulatoires, destinés aux besoins des patients et du personnel hospitalier ; que les documents de la consultation prévoient notamment l'élaboration des menus, l'approvisionnement des denrées et leur stockage, la confection et le conditionnement des repas, le contrôle de leur qualité ainsi que leur livraison ; que, par ailleurs, le titulaire du marché se voit confier la gestion de la structure équipée mise à sa disposition, y compris la maintenance des matériels, par la mise en place d'un personnel adapté, formé par le soumissionnaire ; qu'ainsi, pris dans son ensemble, le marché en cause doit être regardé comme ayant la nature d'un marché de services portant sur des

prestations qui ne sont pas au nombre de celles limitativement énumérées à l'article 29 du même code ; que, dans ces conditions, la SOCIETE SRS ne peut valablement soutenir que ce marché est un simple marché de fournitures et que le centre hospitalier de Mayotte ne pouvait mettre en œuvre la procédure adaptée en application des dispositions combinées des articles 28 et 30 de ce même code ;

En ce qui concerne les moyens tirés du caractère irrégulier du recours au marché à bons de commande pour une durée supérieure à quatre ans et des informations contradictoires données dans les documents de la consultation sur la durée du marché :

Considérant, d'une part, qu'aux termes de l'article 77 du code des marchés publics : « La durée des marchés à bons de commande ne peut dépasser quatre ans, sauf dans des cas exceptionnels dûment justifiés, notamment par leur objet ou par le fait que leur exécution nécessite des investissements amortissables sur une durée supérieure à quatre ans » ; qu'en égard aux installations nécessaires à la réalisation des prestations demandées et de leur amortissement prévisible, la durée du marché prévue pour cinq ans n'apparaît pas excessive au regard des dispositions des articles 77 du code des marchés publics précité ; qu'elle n'est, en tout état de cause, pas susceptible en elle-même d'avoir porté atteinte aux règles de publicité et de concurrence et n'est dès lors pas au nombre des manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence qu'il appartient au juge des référés de sanctionner ;

Considérant, d'autre part, que l'article 3 du règlement de consultation et l'article 1.2.3.2. du cahier des clauses administratives particulières indiquent que le marché en cause est un marché « à bons de commandes, selon l'article 77 du code des marchés publics, d'une durée de 5 ans, reconductible 2 fois pour une période d'une année. La durée totale du marché ne pouvant dépasser sept années, à compter de la date d'effet fixée dans l'acte d'engagement. Conformément au chapitre II de l'article 77, la durée maximale du marché est fixée à SEPT années en raison de l'objet du marché, et des moyens nécessaires à mettre en œuvre pour son exécution » ; que, par ailleurs, la date d'effet du marché au 20 octobre 2011 est mentionnée à l'article 7.1 du règlement de consultation et à l'article 1.2.3.1. du cahier des clauses administratives particulières ; que la société requérante ne démontre pas que la mention erronée dans l'acte d'engagement, qui mentionne une durée de 12 mois renouvelable 3 fois, l'aurait induite en erreur sur la durée du marché prévue par le pouvoir adjudicateur dès lors qu'il résulte de l'instruction qu'elle a rectifié l'acte qu'elle a signé pour indiquer son engagement sur un marché de 5 ans reconductible deux fois pour un an et que l'ensemble des autres éléments du dossier de consultation indiquaient précisément et sans ambiguïté la durée du marché ;

En ce qui concerne les moyens tirés de l'irrégularité des critères et sous-critères de sélection des offres :

Considérant, en premier lieu, que si la SOCIETE SRS soutient que le sous-critère A2 de la valeur technique serait irrégulier en ce qu'il serait directement lié aux références pour des marchés similaires alors que le critère de l'expérience professionnelle, relatif aux capacités des candidats examinées au stade de l'ouverture de la première enveloppe, ne pouvait légalement être utilisé pour sélectionner les offres après l'ouverture de la seconde enveloppe, il résulte de l'instruction que le sous-critère A 2 de la valeur technique est relatif à l'organisation de la cuisine centrale, aux moyens humains et matériels et aux références pour des marchés similaires avec une note maximale de 10 pour un coefficient de 60 % affecté au critère de la valeur technique ; que le pouvoir adjudicateur est en droit, pour l'examen des offres déposées par les

candidats, de retenir un critère de sélection lié notamment à l'expérience des candidats dans le domaine objet du marché, lequel, s'il n'est pas sans lien avec la capacité des candidats à assurer l'exécution du marché examinée au stade de l'examen des candidatures, est utile, en tant qu'élément d'appréciation qualitatif, pour sélectionner l'offre la plus avantageuse au regard de sa valeur technique ; qu'ainsi, la société requérante ne peut utilement soutenir que le centre hospitalier aurait utilisé, au stade de la sélection des offres, un sous-critère d'appréciation de la capacité des candidats ; qu'elle n'est pas davantage fondée à soutenir que le pouvoir adjudicateur aurait défini un critère, nouveau et discriminatoire, lors de l'examen des offres en tenant compte des références similaires indiquées par les candidats dans leur offre, à Mayotte ou en dehors de ce territoire, afin d'apprécier leur valeur technique pour assurer l'exécution du marché ;

Considérant, en deuxième lieu, qu'il résulte des pièces du dossier que la référence à la « politique d'embauche » proposée par la société attributaire dans l'examen des offres se borne à rappeler les moyens humains que la société Panima s'est engagée à mettre en œuvre pour assurer les prestations demandées et ne saurait constituer, ainsi que le soutient la requérante, un élément non annoncé dans le règlement de la consultation et sans rapport avec l'objet du marché, ayant permis de départager les offres ;

Considérant, en troisième lieu, qu'il résulte de l'instruction que le contenu des sous-critères A3, A4 et A5 du critère de la valeur technique des offres ainsi que leur pondération et les modalités de leur notation sont décrits de manière suffisamment précise et ont été portés à la connaissance des candidats dans les documents de la consultation ;

Considérant, en quatrième lieu, qu'il résulte de l'instruction que le sous-critère A5 « proposition d'exploitation et de valorisation de la restauration du personnel » a été apprécié en fonction des propositions des candidats en termes de gestion et d'organisation pour valoriser ce secteur et non, comme le soutient la société requérante, au regard d'investissements dont la réalisation aurait été exigée par le pouvoir adjudicateur ;

Sur le moyen tiré du défaut de conformité aux documents de la consultation de l'offre de la société Panima :

Considérant que le moyen, tiré de ce que la société Panima a obtenu la note de 7/10 au titre du sous-critère de la valeur technique relatif à l'organisation de la cuisine centrale alors que son offre aurait dû être rejetée au motif que cette société ne dispose pas d'une cuisine centrale ne peut, en tout état de cause, qu'être rejeté dès lors que la société Panima a produit au dossier l'agrément préfectoral définitif qui lui a été délivré le 28 juillet 2008 pour l'exploitation d'une cuisine centrale ;

Sur l'absence d'information dans les documents de consultation sur la reprise du personnel affecté à l'exécution des prestations demandées :

Considérant qu'aucune disposition, et notamment celles de l'article L. 122-24 du code du travail applicable à Mayotte, n'impose à une entreprise prestataire de services qui se voit attribuer un marché public retiré à une autre société de poursuivre les contrats de travail des salariés employés par son prédécesseur, en l'absence d'un accord de branche prévoyant une reprise de personnel ; que, dès lors, la SOCIETE SRS n'est pas fondée à soutenir qu'en l'absence de toute information, dans le règlement de consultation des entreprises, sur la reprise du personnel affecté aux prestations demandées, notamment sur le nombre de salariés concernés, la nature de leur contrat et les avantages dont ils disposent, le centre hospitalier de Mayotte,

aurait méconnu une obligation résultant de l'article L. 122-24 du code du travail applicable à Mayotte et aurait, de ce fait, vicié la procédure de passation du marché ; que, par ailleurs, que la société requérante, titulaire sortant du marché, ne démontre nullement en quoi la circonstance que la société Panima se soit engagée dans son offre à reprendre le contrat de travail de 13 des salariés affectés aux prestations objets du marché aurait été susceptible de la léser ;

Sur l'erreur commise dans la notation du critère du prix de l'offre de la société requérante :

Considérant que, contrairement à ce que soutient la société requérante, le montant des options proposées par les candidats n'a pas été pris en compte dans le prix des offres dès lors qu'elles étaient difficilement comparables dans leur consistance ; qu'il ne résulte pas de l'instruction que la note attribuée à l'offre de la SOCIETE SRS serait, comme elle le soutient, entachée d'une erreur de calcul grossière ;

Considérant qu'il résulte de l'ensemble de ce qui précède que la SOCIETE SRS n'est pas fondée à demander l'annulation de la procédure de passation du marché litigieux ;

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 précitées 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 SOCIETE SRS doivent dès lors être rejetées ; qu'il y a lieu, en revanche, de faire droit aux conclusions présentées sur ce fondement par la société Panima et le centre hospitalier de Mayotte en condamnant la société requérante à leur verser respectivement la somme de 1 000 euros ;

ORDONNE :

Article 1^{er} : La requête de la SOCIETE SRS est rejetée.

Article 2 : La SOCIETE SRS versera au centre hospitalier de Mayotte et à la société Panima respectivement la somme de 1 000 euros.

Article 3 : La présente ordonnance sera notifiée à la SOCIETE SRS, au centre hospitalier de Mayotte et à la société Panima.

Fait à Mamoudzou, le 23 décembre 2010.

Le juge des référés,

Sabine ENCONTRE

La République mande et ordonne au préfet de Mayotte en ce qui le concerne ou 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 décision.

*Pour expédition conforme,
Le greffier en chef*



C. GRUMELART