Conseil d'État**N° 459678****ECLI:FR:CECHR:2022:459678.20220503**

Mentionné aux tables du recueil Lebon

7ème - 2ème chambres réunies

M. Alexis Goin, rapporteur

Mme Mireille Le Corre, rapporteur public

SCP LYON-CAEN, THIRIEZ ; SARL LE PRADO - GILBERT ; SCP MELKA-PRIGENT-DRUSCH, avocats

Lecture du mardi 3 mai 2022**REPUBLIQUE FRANCAISE
AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS**

Vu les procédures suivantes :

Procédures contentieuses antérieures

La société Les Copines a demandé au juge des référés du tribunal administratif de Toulon, statuant sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, d'annuler la procédure de mise en concurrence de la sous-concession de la plage des Lecques (lot n° 5) de Saint-Cyr-sur-Mer.

Par une ordonnance n° 2103063 du 6 décembre 2021, le juge des référés du tribunal administratif de Toulon a annulé cette procédure de mise en concurrence.

Par une ordonnance n° 2103377 du 7 janvier 2022, le juge des référés du tribunal administratif de Toulon, saisi par la société La Siesta d'une demande tendant à ce qu'il déclare nulle et non avenue cette ordonnance sur le fondement de l'article R. 832-1 du code de justice administrative, a déclaré nulle et non avenue cette ordonnance en tant seulement qu'elle a annulé l'intégralité de la procédure de mise en concurrence pour l'attribution de la sous-concession de la plage des Lecques (lot n° 5) de Saint-Cyr-sur-Mer, annulé cette procédure au stade de l'examen des offres et rejeté le surplus des demandes de la société La Siesta.

Procédures devant le Conseil d'Etat

1° Sous le n° 459678, par un pourvoi sommaire et un mémoire complémentaire, enregistrés le 21 décembre 2021 et le 4 janvier 2022 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, la commune de Saint-Cyr-sur-Mer demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler l'ordonnance n° 2103063 du 6 décembre 2021 du juge des référés du tribunal administratif de Toulon ;

2°) statuant en référé, de rejeter la demande de la société Les Copines ;

3°) de mettre à la charge de la société Les Copines la somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

2° Sous le n° 460724, par un pourvoi, enregistré le 24 janvier 2022 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, la commune de Saint-Cyr-sur-Mer demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler l'ordonnance n° 2103377 du 7 janvier 2022 du juge des référés du tribunal administratif de Toulon en tant qu'elle lui fait grief ;

2°) statuant en référé, de rejeter la demande de la société Les Copines ;

3°) de mettre à la charge de la société Les Copines la somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Vu les autres pièces des dossiers ;

Vu :

- le code de la commande publique ;

- le code de justice administrative ;

Après avoir entendu en séance publique :

- le rapport de M. Alexis Goin, auditeur,
- les conclusions de Mme Mireille Le Corre, rapporteure publique ;

La parole ayant été donnée, après les conclusions, à la SCP Lyon-Caen, Thiriez, avocat de la commune de Saint-Cyr-sur-Mer, à la SCP Melka-Prigent-Drusch, avocat de la société Les Copines et à la société Le Prado - Gilbert, avocat de la société La Siesta ;

Considérant ce qui suit :

1. Les pourvois visés ci-dessus présentent à juger les mêmes questions. Il y a lieu de les joindre pour statuer par une seule décision.
2. Il ressort des pièces du dossier soumis au juge des référés du tribunal administratif de Toulon que, par un avis de concession publié le 28 mars 2021, la commune de Saint-Cyr-sur-Mer a engagé une procédure de mise en concurrence en vue de l'attribution de sous-concessions de la plage artificielle des Lecques. Par un courrier du 18 novembre 2021, la société Les Copines, candidate à l'attribution du lot n° 5, a été informée du rejet de son offre et de ce que la commune envisageait d'attribuer le contrat à la société La Siesta. Par la première ordonnance attaquée du 18 décembre 2021, le juge des référés du tribunal administratif de Toulon a annulé cette procédure de mise en concurrence à la demande de la société Les Copines. Saisi d'une tierce opposition formée par la société La Siesta, il a déclaré nulle et non avenue son ordonnance du 18 décembre 2021 en tant seulement qu'elle a annulé l'intégralité de la procédure litigieuse, annulé cette procédure au stade de l'examen des offres et rejeté le surplus des demandes de la société La Siesta par la seconde ordonnance attaquée du 7 janvier 2022. Le pourvoi formé par la commune de Saint-Cyr-sur-Mer contre cette seconde ordonnance doit être regardé, eu égard à son intérêt à agir, comme dirigé contre l'article 3 de cette ordonnance ainsi que son article 5 en tant qu'il rejette ses conclusions présentées sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative, qui seuls lui font grief.

Sur l'exception de non-lieu soulevée par la société Les Copines :

3. L'ordonnance du 7 janvier 2022 a déclaré nulle et non avenue l'ordonnance du 18 décembre 2022 en tant seulement qu'elle a annulé l'intégralité de la procédure litigieuse. Il s'ensuit qu'il n'y a pas lieu de statuer sur les conclusions du pourvoi n° 459678 tendant à l'annulation de cette première ordonnance dans cette mesure. En revanche, le pourvoi de la commune de Saint-Cyr-sur-Mer conserve son objet en tant qu'il conclut à l'annulation du surplus du dispositif de l'ordonnance attaquée.

Sur les pourvois :

4. Aux termes de l'article L. 3124-5 du code de la commande publique : " Le contrat de concession est attribué au soumissionnaire qui a présenté la meilleure offre au regard de l'avantage économique global pour l'autorité concédante sur la base de plusieurs critères objectifs, précis et liés à l'objet du contrat de concession ou à ses conditions d'exécution. Lorsque la gestion d'un service public est concédée, l'autorité concédante se fonde également sur la qualité du service rendu aux usagers. / Les critères d'attribution n'ont pas pour effet de conférer une liberté de choix illimitée à l'autorité concédante et garantissent une concurrence effective. Ils sont rendus publics dans des conditions prévues par décret en Conseil d'Etat. / Les modalités d'application du présent article sont prévues par voie réglementaire. ". Selon l'article R. 3124-5 de ce code : " L'autorité concédante fixe les critères d'attribution par ordre décroissant d'importance. Leur hiérarchisation est indiquée dans l'avis de concession, dans l'invitation à présenter une offre ou dans tout autre document de la consultation. (...) ". Aux termes de l'article R. 3124-6 du même code : " Les offres qui n'ont pas été éliminées en application de l'article L. 3124-2 sont classées par ordre décroissant sur la base des critères prévus aux articles R. 3124-4 et R. 3124-5. / L'offre la mieux classée est retenue. "
5. L'autorité concédante définit librement la méthode d'évaluation des offres au regard de chacun des critères d'attribution qu'elle a définis et rendus publics. Elle peut ainsi déterminer tant les éléments d'appréciation pris en compte pour son évaluation des offres que les modalités de leur combinaison. Une méthode d'évaluation est toutefois entachée d'irrégularité si, en méconnaissance des principes fondamentaux d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, les éléments d'appréciation pris en compte pour évaluer les offres au titre de chaque critère d'attribution sont dépourvus de tout lien avec les critères dont ils permettent l'évaluation ou si les modalités d'évaluation des critères d'attribution par combinaison de ces éléments sont, par elles-mêmes, de nature à priver de leur portée ces critères ou à neutraliser leur hiérarchisation et sont, de ce fait, susceptibles de conduire, pour la mise en oeuvre de chaque critère, à ce que la meilleure offre ne soit pas la mieux classée, ou, au regard de l'ensemble des critères, à ce que l'offre présentant le meilleur avantage économique global ne soit pas choisie. Il en va ainsi alors même que l'autorité concédante, qui n'y est pas tenue, aurait rendu publique, dans l'avis d'appel à concurrence ou les documents de la consultation, une telle méthode d'évaluation.

6. Le juge des référés du tribunal administratif de Toulon a considéré que la méthode d'évaluation de l'offre litigieuse, dans le cadre de laquelle l'appréciation de l'autorité concédante sur les différents critères d'attribution était matérialisée par des flèches de couleur, était irrégulière faute pour ces signes d'être convertis en note chiffrée, ce qui laissait " une trop grande

part à l'arbitraire ". En jugeant ainsi, alors qu'il résulte des principes énoncés au point précédent qu'il lui incombait seulement de rechercher si la méthode d'évaluation retenue n'était pas, par elle-même, de nature à priver de leur portée les critères ou à neutraliser la hiérarchisation qu'avait retenue l'autorité concédante, le juge des référés du tribunal administratif de Toulon a commis une erreur de droit.

7. Il résulte de ce qui précède, d'une part, que l'ordonnance du 6 décembre 2021 du juge des référés du tribunal administratif de Toulon doit être annulée en tant qu'elle n'a pas été déclarée nulle et non avenue par l'article 2 de l'ordonnance du 7 janvier 2022 du juge des référés du tribunal administratif de Toulon et, d'autre part, que l'article 3 de cette dernière ordonnance doit être annulé, ainsi que son article 5 en tant qu'il rejette les conclusions présentées sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative par la commune de Saint-Cyr-sur-Mer.

8. Il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de régler l'affaire dans cette mesure au titre de la procédure de référé engagée, en application de l'article L. 821-2 du code de justice administrative.

Sur la demande présentée par la société Les Copines devant le juge des référés du tribunal administratif de Toulon :

9. En premier lieu, aux termes de l'article R. 3125-3 du code de la commande publique : " L'autorité concédante communique aux soumissionnaires ayant présenté une offre qui n'a pas été éliminée en application de l'article L. 3124-2 les caractéristiques et les avantages relatifs de l'offre retenue, dans les quinze jours de la réception d'une demande à cette fin. "

10. Il résulte de l'instruction que, par le courrier du 18 novembre 2021 informant la société Les Copines du rejet de son offre, l'autorité concédante a porté à la connaissance de cette société les informations relatives aux caractéristiques et avantages de l'offre de la société La Siesta. Par courrier du 24 novembre 2021, la société Les Copines a demandé des précisions relatives au projet architectural et aux prestations proposés par la société La Siesta, notamment en matière d'offre familiale, de partenariats locaux et d'accès au lot concerné. S'il ne résulte pas de l'instruction que la commune de Saint-Cyr-sur-Mer aurait répondu à ces demandes de précision par un courrier séparé, cette dernière doit être regardée, eu égard aux informations transmises par son courrier du 18 novembre 2021 et aux précisions apportées dans ses écritures devant le juge des référés du tribunal administratif de Toulon quant aux caractéristiques et avantages de l'offre retenue, comme s'étant conformée aux obligations prévues par les dispositions de l'article R. 3125-3 du code de la commande publique dans un délai qui était de nature à permettre à ce candidat de contester utilement son éviction.

11. En deuxième lieu, l'autorité concédante a, pour évaluer les offres qui lui étaient soumises, associé à chacun des critères hiérarchisés qu'elle avait fixés et rendus publics une appréciation qualitative des offres. Cette appréciation était composée d'une évaluation littérale décrivant les qualités des offres pour chaque critère, suivie d'une flèche qui la résumait. Dans le cadre de cette méthode, une flèche verte orientée vers le haut représentait la meilleure appréciation, une flèche rouge vers le bas la moins bonne, tandis que des flèches orange orientées en haut à droite ou en bas à droite constituaient deux évaluations intermédiaires. Elle a enfin classé les offres au regard de l'appréciation qu'elle avait portée sur chacun des critères. Il résulte des principes énoncés au point 5 que cette méthode d'évaluation des offres, qui permet de comparer et de classer tant les évaluations portées sur une même offre au titre de chaque critère que les différentes offres entre elles, n'est pas de nature à priver de leur portée ces critères ou à neutraliser leur hiérarchisation et n'est, par suite, pas entachée d'irrégularité.

12. En troisième lieu, il ne résulte pas de l'instruction que la commune de Saint-Cyr-sur-Mer aurait pris en compte des sous-critères relatifs aux partenariats locaux et à l'offre familiale sans les porter préalablement à la connaissance des candidats.

13. En quatrième lieu, le montant prévisionnel des redevances proposées par les candidats, alors même qu'il serait évalué pour partie par référence au chiffre d'affaire prévisionnel s'agissant des redevances variables, n'est pas dépourvu de tout lien avec le critère de la qualité et la cohérence des offres sur le plan financier, dont il est un élément d'appréciation, et vise à apprécier non la valeur financière de l'offre mais la cohérence et la crédibilité de celle-ci au plan financier. Par suite, la société Les Copines n'est pas fondée à soutenir que cet élément d'appréciation des offres, dont il ne résulte pas de l'instruction qu'il devrait être regardé comme un sous-critère, entacherait d'irrégularité la méthode d'évaluation retenue par l'autorité concédante.

14. Il résulte de ce qui précède que la demande présentée par la société Les Copines devant le juge des référés du tribunal administratif de Toulon doit être rejetée.

Sur les conclusions tendant à l'application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative :

15. Il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de la société Les Copines, sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative, la somme de 4 500 euros à verser à la commune de Saint-Cyr-sur-Mer au titre de l'ensemble des procédures, y compris la procédure de tierce-opposition engagée par la société La Siesta. Les dispositions du même article font obstacle à ce qu'une somme soit mise à ce titre à la charge de la commune de Saint-Cyr-sur-Mer et de la société La Siesta, qui ne sont pas les parties perdantes dans les présentes instances.

D E C I D E :

Article 1er : Il n'y a pas lieu de statuer sur les conclusions du pourvoi n° 459678, en tant qu'elles sont dirigées contre

l'ordonnance du 6 décembre 2021 du juge des référés du tribunal administratif de Toulon en tant qu'elle a été déclarée nulle et non avenue par son ordonnance du 7 janvier 2022.

Article 2 : L'ordonnance du 6 décembre 2021 du juge des référés du tribunal administratif de Toulon est annulée en tant qu'elle n'a pas été déclarée nulle et non avenue par son ordonnance du 7 janvier 2022.

Article 3 : L'article 3 de l'ordonnance du 7 janvier 2022 du juge des référés du tribunal administratif de Toulon est annulé, ainsi que son article 5 en tant qu'il rejette les conclusions présentées au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative par la commune de Saint-Cyr-sur-Mer.

Article 4 : La demande présentée par la société Les Copines devant le juge des référés du tribunal administratif de Toulon est rejetée.

Article 5 : La société Les Copines versera la somme de 4 500 euros à la commune de Saint-Cyr-sur-Mer au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 6 : Les conclusions présentées devant le Conseil d'Etat par la société Les Copines au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 7 : La présente décision sera notifiée à la commune de Saint-Cyr-sur-Mer, à la société Les Copines et à la société La Siesta.

Délibéré à l'issue de la séance du 13 avril 2022 où siégeaient : Mme Christine Maugüé, présidente adjointe de la section du contentieux, présidant ; M. Nicolas Boulouis, M. Olivier Japiot, présidents de chambre ; M. Olivier Rousselle, Mme Anne Courrèges, M. Benoît Bohnert, M. Gilles Pellissier, M. Jean-Yves Ollier, conseillers d'Etat et M. Alexis Goin, auditeur-rapporteur.

Rendu le 3 mai 2022.

La présidente :

Signé : Mme Christine Maugüé

Le rapporteur :

Signé : M. Alexis Goin

La secrétaire :

Signé : Mme Nadine Pelat

La République mande et ordonne au ministre de l'intérieur 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,

Pour la secrétaire du contentieux, par délégation :