

N° 425373

REPUBLIQUE FRANÇAISE

COMMUNE DE CANNES

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

M. François Lelièvre
Rapporteur

Le Conseil d'Etat statuant au contentieux
(Section du contentieux, 7ème et 2ème chambres réunies)

M. Gilles Pellissier
Rapporteur public

Sur le rapport de la 7ème chambre
de la Section du contentieux

Séance du 27 mars 2019
Lecture du 8 avril 2019

Vu la procédure suivante :

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

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

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

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

.....
Vu les autres pièces du dossier ;

Vu :

- le code général des collectivités territoriales ;
- le code général de la propriété des personnes publiques ;
- l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 ;

- le décret n° 2016-86 du 1er février 2016 ;
- le code de justice administrative ;

Après avoir entendu en séance publique :

- le rapport de M. François Lelièvre, maître des requêtes,
- les conclusions de M. Gilles Pellissier, rapporteur public ;

La parole ayant été donnée, avant et après les conclusions, à la SCP Lyon-Caen, Thiriez, avocat de la commune de Cannes et à la SCP Rousseau, Tapie, avocat de la société Bijou Plage et de M. Chanzy.

Considérant ce qui suit :

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

2. Aux termes de l'article L. 551-1 du code de justice administrative : « *Le président du tribunal administratif, ou le magistrat qu'il délègue, peut être saisi en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation par les pouvoirs adjudicateurs de contrats administratifs ayant pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures ou la prestation de services, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation, ou la délégation d'un service public (...)* ».

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

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

Sur la procédure de négociation :

5. Aux termes de l'article L. 1411-5 du code général des collectivités territoriales, applicable aux délégations de service public : « L.- Une commission ouvre les plis contenant les candidatures ou les offres et dresse la liste des candidats admis à présenter une offre après examen de leurs garanties professionnelles et financières, de leur respect de l'obligation d'emploi des travailleurs handicapés prévue aux articles L. 5212-1 à L. 5212-4 du code du travail et de leur aptitude à assurer la continuité du service public et l'égalité des usagers devant le service public. /Au vu de l'avis de la commission, l'autorité habilitée à signer la convention peut organiser librement une négociation avec un ou plusieurs soumissionnaires dans les conditions prévues par l'article 46 de l'ordonnance du 29 janvier 2016 susmentionnée. Elle saisit l'assemblée délibérante du choix de l'entreprise auquel elle a procédé. Elle lui transmet le rapport de la commission présentant notamment la liste des entreprises admises à présenter une offre et l'analyse des propositions de celles-ci, ainsi que les motifs du choix de la candidate et l'économie générale du contrat ». Aux termes de l'article 46 de l'ordonnance du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession : « Les autorités concédantes peuvent organiser librement une négociation avec un ou plusieurs soumissionnaires dans des conditions prévues par voie réglementaire. La négociation ne peut porter sur l'objet de la concession, les critères d'attribution ou les conditions et caractéristiques minimales indiquées dans les documents de la consultation ».

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

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

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

Sur les critères d'attribution des offres :

9. Aux termes du I de l'article 45 de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession : « *Les autorités concédantes ne peuvent imposer aux candidats que des conditions de participation à la procédure de passation propres à garantir qu'ils disposent de l'aptitude à exercer l'activité professionnelle, de la capacité économique et financière ou des capacités techniques et professionnelles nécessaires à l'exécution du contrat de concession. Lorsque la gestion d'un service public est déléguée, ces conditions peuvent notamment porter sur l'aptitude des candidats à assurer la continuité du service public et l'égalité devant le service public. Ces conditions sont liées et proportionnées à l'objet du contrat de concession ou à ses conditions d'exécution* ». Aux termes de l'article 47 de la même ordonnance : « *Le contrat de concession est attribué au soumissionnaire qui a présenté la meilleure offre au regard de l'avantage économique global pour l'autorité concédante sur la base de plusieurs critères objectifs, précis et liés à l'objet du contrat de concession ou à ses conditions d'exécution. / Les critères d'attribution n'ont pas pour effet de conférer une liberté de choix illimitée à l'autorité concédante et garantissent une concurrence effective* ».

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

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

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

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

12. Ainsi qu'il a été dit ci-dessus, les deux premiers critères de sélection des offres portaient sur la qualité du projet et sur les conditions financières proposées par les candidats. Si le critère relatif à la qualité du projet était assorti d'un sous-critère portant sur « la qualité et la diversité des services rendus aux usagers (service balnéaire, service de surveillance du plan d'eau et de la plage, service de restauration), et les services supplémentaires offerts aux usagers », ce sous-critère n'était entaché d'aucune imprécision, le règlement de la consultation et le projet de sous-traité indiquant sans aucune ambiguïté les services obligatoires et laissant aux candidats la possibilité de proposer des services facultatifs, dans le respect de la réglementation applicable à chacun d'eux, susceptibles d'être valorisés au stade de l'analyse des offres.

S'agissant par ailleurs du critère financier, le sous-critère portant sur la proposition financière du candidat en matière de calcul de la part de la redevance variable du projet de sous-traité n'était pas non plus entaché d'imprécision, la commune entendant laisser aux soumissionnaires, comme il lui était loisible de le faire, la liberté de proposer soit un pourcentage variable en fonction du chiffre d'affaires, progressif ou dégressif, soit un pourcentage fixe quel que soit le chiffre d'affaires.

13. Si, du fait d'une inexactitude matérielle, le règlement de la consultation mentionne, au nombre des éléments de l'un des sous-critères d'appréciation du critère financier, relatif aux garanties financières de paiement présentées par le candidat, les garanties relatives au paiement du droit d'entrée alors qu'un tel droit d'entrée n'était pas prévu pour ce lot de plage, cette mention n'a pas eu d'incidence sur la présentation des offres ou sur leur appréciation.

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

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

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

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

Sur l'analyse des offres :

17. Il n'appartient pas au juge du référé précontractuel, qui doit seulement se prononcer sur le respect, par le pouvoir adjudicateur, des obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation d'un contrat, de se prononcer sur l'appréciation portée sur la valeur d'une offre ou les mérites respectifs des différentes offres. Il lui appartient, en revanche, lorsqu'il est saisi d'un moyen en ce sens, de vérifier que le pouvoir adjudicateur n'a pas dénaturé le contenu d'une offre en en méconnaissant ou en altérant manifestement les termes et procédé ainsi à la sélection de l'attributaire du contrat en méconnaissance du principe fondamental d'égalité de traitement des candidats.

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

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

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

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

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

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

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

Sur la durée de la concession :

23. Aux termes du I. de l'article 34 de l'ordonnance du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession : « *Les contrats de concession sont limités dans leur durée. Cette durée est déterminée par l'autorité concédante en fonction de la nature et du montant des prestations ou des investissements demandés au concessionnaire, dans les conditions prévues par voie réglementaire* ». Aux termes de l'article 6 du décret du 1er février 2016 relatif aux contrats de concessions : « *1. - Pour l'application de l'article 34 de l'ordonnance du 29 janvier 2016 susvisée, les investissements s'entendent comme les investissements initiaux ainsi que ceux devant être réalisés pendant la durée du contrat de concession, nécessaires pour l'exploitation des travaux ou des services concédés. Sont notamment considérés comme tels les travaux de*

renouvellement, les dépenses liées aux infrastructures, aux droits d'auteur, aux brevets, aux équipements, à la logistique, au recrutement et à la formation du personnel. / II. - Pour les contrats de concession d'une durée supérieure à cinq ans, la durée du contrat n'excède pas le temps raisonnablement escompté par le concessionnaire pour qu'il amortisse les investissements réalisés pour l'exploitation des ouvrages ou services avec un retour sur les capitaux investis, compte tenu des investissements nécessaires à l'exécution du contrat ».

24. Il résulte des dispositions citées au point précédent que le choix de la collectivité publique est encadré quant à la fixation de la durée d'un contrat de concession. La commune de Cannes n'apporte aucun élément permettant de justifier que le contrat de concession de service public d'exploitation du lot de plage artificielle n° C23 soit conclu pour une durée pouvant aller jusqu'à douze ans. Toutefois, il ne résulte pas de l'instruction que cette durée aurait été constitutive d'un manquement de la commune aux obligations de publicité et de mise en concurrence de nature à léser en l'espèce la société Bijou Plage.

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

Sur les frais du litige :

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

DECIDE :

Article 1^{er} : L'ordonnance du 30 octobre 2018 du juge des référés du tribunal administratif de Nice est annulée.

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

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

Article 4 : La présente décision sera notifiée à la commune de Cannes, à M. Laurent Chanzy et à la société Bijou Plage.

Copie en sera adressée à la société Bobo Plage.

