

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE MARSEILLE**

N° 2200744

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

ASSOCIATION SPA MARSEILLE PROVENCE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

M. Haïli
Juge des référés

Le président de la 3^{ème} chambre,
juge des référés

Audience du 16 février 2022
Ordonnance du 18 février 2022

54-03-05

C

Vu la procédure suivante :

Par une requête, enregistrée le 26 janvier 2022, et des mémoires enregistrés le 14 février 2022 à 15 heures 53, le 15 février 2022 à 21 heures 35, et le 15 février 2022 à 23 heures 39, l'association SPA Marseille Provence représentée par le cabinet SBV Avocats, agissant par Me Blanchard, demande, dans le dernier état de ses écritures, au juge des référés, statuant sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative :

1°) à titre principal, d'annuler la procédure de passation lancée par la ville de Marseille pour l'attribution d'un marché de services lot n°1 portant sur « la capture, le transport des animaux errants et/ou dangereux et/ou blessés et/ou morts sur le territoire de la ville de Marseille, mise en fourrière et gestion du suivi des animaux », au stade de l'analyse des offres, en application de l'article L. 551-2 du code de justice administrative, en tant qu'elle déclare l'offre de la SPA Marseille Provence irrégulière et d'enjoindre à la ville de Marseille, si elle entend conclure ce contrat, de rejeter l'offre de la SACPA comme étant irrégulière ;

2°) à titre subsidiaire, d'annuler la procédure de passation du lot n°1 du marché en tant qu'elle déclare son offre comme étant irrégulière ;

3°) à titre subsidiaire, d'annuler l'intégralité de la procédure de passation du lot n°1 du marché en application de l'article L. 551-1 du code de justice administrative ;

4°) de condamner la ville de Marseille à verser la somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- le motif retenu par la ville de Marseille pour déclarer irrégulière son offre est

affecté d'une erreur de droit et de fait au regard de l'article L. 2152-2 du code de la commande publique et de l'article 4.2.1 du règlement de consultation, s'agissant des prétendues confusions dans la séparation entre les locaux affectés à la fourrière et ceux affectés au refuge ;

- elle démontre la séparation effective entre les locaux destinés au refuge et ceux destinés à la fourrière ;

- en outre, l'exigence de « séparation mécanique » fixée par l'article 4.2.1 du règlement de consultation est irrégulière ;

- d'une part, cette exigence caractérise une spécification technique mal définie rendant impossible la remise d'une offre régulière, en méconnaissance des articles R. 2111-4, R. 2111-8 et R. 2111-10 du code de la commande publique et des articles 1 et 2 de l'arrêté du 28 août 2006 relatif aux spécifications techniques ;

- cette spécification technique n'est définie par référence à aucune norme ou autre document équivalent et qu'en outre la ville de Marseille ne détaille pas ce qu'elle entend par « une séparation mécanique des locaux » ;

- cette exigence ne répond à aucune définition et il est de fait impossible de déterminer la nature et l'étendue de l'exigence du pouvoir adjudicateur ;

- elle laisse un pouvoir d'appréciation extrêmement large au pouvoir adjudicateur, lui permettant ainsi d'écarter à son gré une offre en la déclarant comme irrégulière ;

- d'autre part, cette exigence est discriminatoire puisqu'alors qu'elle est sans lien avec l'objet du marché, elle a pour effet d'éliminer les associations ou fondations exerçant l'activité de refuge et de favoriser les entités qui n'exercent que des activités économiques, en méconnaissance de l'article R. 2111-7 du code de la commande publique ;

- cette exigence de « séparation mécanique des locaux » porte atteinte à l'égalité de traitement des candidats et ne vise à s'appliquer qu'aux fondations et associations exerçant également l'activité de refuge, à l'exclusion donc des sociétés exerçant des activités de fourrières animales pour d'autres communes ou de pensions à titre commercial ;

- cette exigence fait peser sur l'association, d'une part, une charge importante en terme d'organisation fonctionnelle, d'autre part, un risque juridique important compte tenu de l'absence de définition précise de cette exigence, laissant par voie de conséquence une très large marge de manœuvre au pouvoir adjudicateur pour décider d'écarter une offre comme irrégulière ;

- en outre, cette exigence non justifiée par l'objet du marché, méconnaît directement les nouvelles dispositions de l'article L. 211-24 du code rural et de la pêche maritime, certes non opposables à la présente consultation, qui prévoient désormais que lorsque la commune n'exerce pas en régie l'activité de fourrière, elle ne peut externaliser ce service que par la voie de la délégation de service public confiée exclusivement à des associations ou des fondations de protection des animaux disposant d'un refuge ;

- ce prolongement entre les activités de fourrière et de refuge ressort également des stipulations de l'article 8.2 et 9.3.5 du CCTP puisqu'à l'issue du délai de garde, soit les animaux sont remis à leur propriétaire, soit ils sont remis à un refuge, soit ils sont euthanasiés ;

- Si la ville de Marseille craint que les marges financières dégagées par la gestion de la fourrière dans le cadre du marché public puissent financer l'activité non économique du refuge, il lui sera rappelé que les titulaires de marchés publics ont le droit de générer des marges bénéficiaires, ce qui distingue le marché public de la subvention ;

- La ville de Marseille ne saurait s'immiscer dans la gestion interne et comptable de l'association pour interdire à celle-ci de réaffecter ses marges à une activité d'intérêt général non économique ;

Dans ses mémoires en réplique, elle soutient qu'il ressort du détail de la procédure d'intervention expliquée dans le mémoire technique que les prestations faisant l'objet de l'offre de la SPA Marseille Provence portaient exclusivement sur la fourrière animale ;

- Le règlement de consultation prévoit une énumération limitative et aucune disposition du règlement de consultation ou du cahier des charges n'impose que cette séparation soit matérialisée par des bâtiments séparés ;
- Il ressort des tableaux et des explications fournis dans ce courrier du 16 décembre 2021 qu'aucun doute ne persistait sur l'affectation de locaux dédiés exclusivement à la fourrière ;
- elle est fondée à se prévaloir de l'irrégularité de l'offre de la société attributaire SACPA ;
- cette société ne justifie pas avoir obtenu l'accord de la commune de Trets pour effectuer son activité pour la ville de Marseille en méconnaissance de l'alinéa 1er de l'article L. 211-24 du code rural et de la pêche maritime ;
- elle ne justifie pas d'une séparation mécanique avec ses autres activités ;
- elle ne respecte pas plusieurs exigences du DCE et de la réglementation en vigueur, au regard de ses moyens matériels, en l'absence de locaux administratifs suffisants, compte tenu du non-respect de la réglementation applicable aux fourrières en tant qu'installation classée pour la protection de l'environnement, au regard de l'absence de capacité d'accueil suffisante ;
- l'offre est également irrégulière en l'absence de moyens humains suffisants en vertu de l'article 5.1 du CCTP et au regard de l'acheminement rapide des animaux en vertu de l'article 7.2 du CCTP ;
- Par ailleurs, plusieurs exigences fixées par les pièces du dossier de consultation sont irrégulières et justifient l'annulation de l'intégralité de la procédure de passation ;
- il s'agit de l'exigence de «séparation mécanique» fixée par le Règlement de consultation, de la carence dans le Règlement de consultation de l'exigence de fournir l'accord de la commune lorsque le site du candidat est établi sur le territoire d'une commune autre que la ville de Marseille, de l'irrégularité de l'absence de contrainte de conduire les animaux capturés au plus vite à la fourrière.

Par des mémoires en défense, enregistrés le 8 février 2022, et le 15 février 2022 à 18 heures 25, la ville de Marseille, représentée par Me Sindres, conclut à ce que le Tribunal :

1°) à titre principal, rejette la requête comme irrecevable, et rejette au fond la demande d'annulation de la procédure de passation du lot n°1 à compter de l'examen des candidatures et des offres ;

2°) à titre subsidiaire, ordonne la reprise de la procédure de passation du lot n°1 au stade de l'examen des candidatures et des offres, en écartant l'offre de l'association SPA Marseille Provence au motif qu'elle est irrégulière ;

3) condamner l'association requérante à verser une somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- l'association dont l'offre est irrégulière n'est pas susceptible d'être lésée par les manquements ;
- or en l'espèce, l'acheteur ne s'est pas contenté de constater l'irrégularité de l'offre au motif que celle-ci ne comprendrait pas une présentation des locaux conformes aux exigences du règlement de la consultation ;
- elle a en outre relevé que l'offre ne respectait pas l'objet du marché en faisant référence à l'activité de refuge en lieu et place de l'activité de fourrière et donc la législation

applicable à l'activité de « fourrière » telle que définie à l'article L. 211- 24 du code rural et de la pêche maritime ;

- quand bien même l'association SPA Marseille Provence contesterait une partie des motifs ayant conduit à l'appréciation de l'irrégularité de son offre, il n'en demeure pas moins que son offre demeurera irrégulière en tout état de cause en raison de la méconnaissance par celle-ci de la réglementation applicable à l'activité de fourrière ;

- concernant le lot n°1, il appartenait aux candidats de produire une offre se rapportant exclusivement aux prestations de « fourrière » telles que décrites par l'article L. 211-24 du code rural et de la pêche maritime ;

- l'article 4.2 du règlement de consultation impose une séparation distincte entre les moyens dédiés à l'activité de refuge et les moyens destinés à la fourrière ;

- au titre des moyens matériels dédiés au marché, il ressort du règlement de la consultation que l'offre des candidats devait faire apparaître la preuve d'une distinction mécanique entre les moyens destinés à l'activité de fourrière et ceux destinés à l'activité de refuge et sont notamment expressément cités, entre parenthèses « la salle vétérinaire, les bureaux, les cages chatteries, les chenils, les locaux nacs » ;

- l'offre de l'association est irrégulière en ce qu'elle méconnaît la législation applicable à l'activité de « fourrière » ;

- il ressort de la compétence de la commune de s'assurer de l'accueil et de la garde des chiens et chats errants durant une période de principe de 8 jours, et ce n'est qu'au terme de ce délai que l'animal concerné peut être placé en « Refuge » ;

- la compétence de la commune s'arrête à la prise en charge de l'activité de fourrière et ne saurait en aucun cas empiéter sur la rémunération de prestations se rapportant à l'activité de refuge ;

- dans l'hypothèse dans laquelle la commune financerait une partie des prestations relatives à l'activité de refuge, l'objet du contrat comporterait un objet illicite et serait susceptible d'encourir une annulation par le juge du contrat ;

- alors même que l'activité de « refuge » relève du secteur privé ; les prestations réalisées ne peuvent donc pas être financées par les collectivités territoriales sur la base de contrats publics ;

- en l'espèce, l'offre de l'association SPA Marseille Provence comporte des prestations relevant de l'activité de « refuge », alors même qu'il s'agit d'un marché public relatif à des prestations de « fourrière » ;

- la SPA Marseille Provence opère des confusions entre les termes de « fourrière » et de « refuge » dans l'ensemble de son mémoire technique (plus d'une centaine de fois comme le relève le courrier de rejet du 18 janvier 2022), et les procédures décrites contreviennent directement à la législation applicable et susmentionnée ;

- à titre d'exemple, dans le cas n°1, l'association SPA Marseille Provence ne respecte donc pas les exigences de l'article L. 211-24 du code rural et de la pêche maritime, à savoir de placer l'animal en fourrière avant de le confier à un refuge après un délai minimal de principe de 8 jours ;

- de même, les cas n°1 à 4 retranscrits dans l'étape 1 sous la rubrique : « le secrétariat enregistre sans délai le type d'animal et le type d'entrée », sont ici présentés comme les prestations effectuées lors de la prise en charge des animaux pour placement en fourrière alors qu'il s'avère que trois des quatre cas ne concernent pas des « types d'entrées » admissibles au titre de la législation applicable à une « fourrière » mais se rapportent à l'activité de refuge et contreviennent directement à la définition figurant à l'article L. 211-24 du code rural et de la pêche maritime ;

- seul un « refuge » peut procéder à des admissions d'animaux abandonnés conformément à l'article L. 214-6 du code rural et de la pêche maritime ;

- en procédant à une confusion générale entre l'utilisation des termes de «fourrière» et de « refuge », l'association SPA Marseille Provence a inclus des prestations relatives à l'activité de refuge dans un marché relatif à des prestations de fourrière ;
- le mémoire technique présente une confusion terminologique par l'utilisation du terme « refuge », alors que le marché porte sur l'activité de « fourrière », qui se retrouve dans le protocole de capture pour les animaux vivants, dans le protocole de prise en charge des animaux pour placement en fourrière, dans le protocole de capture pour chiens errants dangereux, dans le protocole d'intervention pour les animaux morts, dans les conditions du respect des délais d'intervention et dans le règlement sanitaire ;
- aucune confusion n'est possible entre l'activité de fourrière, et l'activité de refuge, puisque l'activité de refuge succède toujours à l'activité de fourrière et la provenance des animaux est différente ;
- la définition légale du « refuge » n'englobe dès lors jamais celle de la fourrière définie à l'article L. 211-24 du code rural et de la pêche maritime ;
- l'offre est irrégulière en l'absence de présentation d'une offre comportant une séparation entre les locaux dédiés à la fourrière et les locaux dédiés au refuge ;
- ainsi, les tableaux ne démontrent aucunement la séparation attendue et reproduisent les contradictions figurant entre les différentes pages du mémoire technique ;
- s'agissant du bâtiment F, le plan fourni entre en contradiction avec le plan général du site transmis en page 12 du mémoire technique qui identifie la totalité du bâtiment F comme étant dédiée à l'activité de fourrière ;
- et ce plan général, transmis en page 12 du mémoire technique de l'association SPA Marseille Provence, apparaît lui-même en contradiction avec le plan général fourni en page 11 du même mémoire technique et qui englobe le bâtiment E parmi l'espace réservé à la fourrière ;
- s'agissant des locaux techniques et des locaux dédiés à la conservation des croquettes, les plans transmis dans le mémoire technique ne permettent pas d'identifier des locaux techniques dédiés spécifiquement au stockage des aliments ou des matériels indispensables à l'exécution du marché ;
- concernant l'accueil des animaux, la salle d'attente et le bureau vétérinaire, il résulte des schémas figurant dans le mémoire technique (repris dans le courrier du 16 décembre 2021) que l'accueil, le bureau vétérinaire et les deux salles de consultations sont exclusivement affectés à l'activité de refuge et non à l'activité de fourrière ;
- l'exigence figurant à l'article 4.2 du règlement la consultation est justifiée par l'objet du marché et les dispositions des articles L. 211-24 et L. 214-6-1, I, 2° du code rural et de la pêche maritime ;
- la spécification technique est régulière et suffisamment précise dès lors que l'exigence de séparation distincte entre les moyens dédiés au refuge et les moyens dédiés à la fourrière telle que formulée à l'article 4.2 du règlement de la consultation a pour finalités de s'assurer de la légalité de l'objet du contrat conclu entre la commune de Marseille et le prestataire de service en charge d'une mission de fourrière, et de s'assurer que le prestataire dispose des moyens nécessaires à la réalisation de la prestation de « fourrière » ;
- il n'y a aucune impossibilité matérielle à ce que des parties de locaux appartenant à la SPA Marseille Provence soient exclusivement dédiées à l'activité de fourrière et d'autres dédiées à l'activité de refuge ;
- au regard des pièces produites par les candidats, soit l'acheteur constate une séparation entre les locaux dédiés aux activités de fourrière et de refuge, soit l'acheteur constate une confusion, il n'y a donc aucun pouvoir d'appréciation extrêmement large, ni aucune discrimination ;

- l'exigence fixée par la Ville de Marseille ne vise en aucune manière à remettre en cause la possibilité pour un même opérateur économique d'exercer les deux activités ;
- par ailleurs, elle justifie la régularité de l'offre de la société attributaire sur tous les chefs de contestation;
- les prétendues irrégularités des exigences du dossier de consultation des entreprises, tirés l'absence de transmission de l'accord de la commune de Trets, de la carence de l'exigence de conduire au plus vite les animaux en fourrière doivent être rejetées.

Par des mémoires en défense enregistrés le 12 février 2022 à 9 heures 10, le 15 février 2022 à 20 heures 53, le 15 février 2022 à 23 heures 39 et le 16 février 2022 à 7 heures 08, la SAS SACPA représentée par Me Seyfritz et Me Vicquenault conclut au rejet de la requête et à la condamnation de la SPA Marseille Provence à lui verser la somme de 5 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- les exigences de séparation des deux activités sont justifiées par des considérations sanitaires et tenant au bien-être des animaux d'une part et ont également pour objet d'éviter que l'activité rémunérée de fourrière couvre des dépenses liées à l'activité non lucrative de refuge d'autre part ;
- l'arrêté du 3 avril 2014 fixant les règles sanitaires et de protection animale auxquelles doivent satisfaire les activités liées aux animaux de compagnie d'espèces domestiques relevant des articles L. 214-6-1, L. 214-6-2 et L. 214-6-3 du code rural et de la pêche maritime et la doctrine de la direction générale de l'alimentation rappellent que les lieux dans lesquels s'exercent plusieurs activités disposent d'installations et de locaux bien séparés de façon à garantir l'absence de contamination croisée entre les animaux détenus dans le cadre de chaque activité ;
- c'est au regard de cette légitime exigence que, par son courrier précité du 18 janvier 2022, la commune de Marseille a relevé l'irrégularité de l'offre de la SPA Marseille Provence après avoir constaté que l'offre de cette association entretenait - sans l'avoir dissipée en quoi que ce soit pendant la consultation - une confusion permanente entre l'activité (lucrative) de fourrière et celle (non lucrative) de refuge ;
- l'usage systématique du terme « refuge » démontre à lui seul que, dans l'esprit des services de la SPA Marseille Provence, la confusion des deux activités de fourrière et de refuge est aussi absolue que récurrente ;
- la configuration des bâtiments G et F ne répond à l'évidence pas à l'exigence réglementaire de locaux « bien séparés » visant à assurer le bien-être des animaux et à éviter les contaminations croisées ;
- dans ses écritures, la SPA Marseille Provence ne produit au demeurant aucun élément établissant que l'accueil de la fourrière et l'examen de animaux de fourrière serait réalisé dans un local séparé de l'activité de refuge, répondant aux exigences réglementaires et aux exigences du règlement de la consultation ;
- au contraire, il résulte du plan du bâtiment d'accueil, intégré en page 15 du mémoire technique de la SPA Marseille Provence, que l'accueil et l'examen d'entrée des animaux de fourrière seraient réalisés dans le bâtiment d'accueil du refuge ;
- l'exigence de séparation entre les activités de fourrière et de refuge n'a pas été limitée à certains locaux : cette exigence, telle qu'elle résulte des documents de la consultation, ne contient aucune liste limitative de locaux et porte donc sur tous les locaux affectés aux activités de fourrière et de refuge ;

- il résulte de ce qui précède que toutes les constatations de la Ville de Marseille sont matériellement fondées et que l'irrégularité de l'offre de la SPA Marseille Provence est avérée et incontestable ;

- l'exigence critiquée par la requérante constitue une simple « exigence formulée dans les documents de la consultation » au sens de l'article L. 2152-2 du code de la commande publique, rappelant une obligation réglementaire et permettant à l'acheteur de contrôler l'objet de son marché ;

- en tout état de cause, même si l'on supposait pour les stricts besoins du raisonnement que l'exigence litigieuse du règlement de la consultation serait une spécification technique, le moyen de la SPA Marseille Provence n'en resterait pas moins infondé car cette exigence est claire et découle de la réglementation définie notamment par l'arrêté du 3 avril 2014 et la doctrine ministérielle constante ;

- l'exigence de séparation mécanique des locaux prévue par le règlement de la consultation ne discrimine pas la SPA Marseille Provence et ne porte pas atteinte au principe d'égalité entre les candidats ;

- si cette exigence du règlement de la consultation ne peut s'appliquer qu'aux seules associations et fondations de protection animale, c'est que ces dernières sont les seules personnes autorisées à exploiter des refuges en vertu de l'article L. 214-6 II du code rural et de la pêche maritime ;

- l'exigence de séparation mécanique des locaux est enfin justifiée par l'objet du marché, découlant d'une obligation réglementaire fondée notamment sur des considérations d'ordre sanitaire et tenant au bien-être des animaux ;

- à cet égard, la nouvelle rédaction de l'article L. 211-24 du Code rural et de la pêche maritime ne remet pas en cause l'obligation de séparer les activités de refuge et de fourrière des associations et fondations de protection des animaux ;

- le fait que l'activité de refuge soit le prolongement de l'activité de fourrière ne signifie pas davantage que l'acheteur public pourrait ne pas exiger des candidats qu'ils dissocient matériellement ces deux activités, soumises à des réglementations distinctes ;

- il ne s'agit pas pour la commune de Marseille d'empêcher la requérante d'exercer une activité économique rentable ou d'affecter ses marges bénéficiaires ;

- il s'agit pour elle d'éviter que la confusion entre les activités de refuge et de fourrière de l'association, n'amène l'acheteur à lui verser des sommes qui financeraient directement une activité autre que celle correspondant à son besoin et à l'objet du marché, une activité qui doit être dissociée de l'activité de fourrière selon la réglementation, une activité qualifiée de non-lucrative par l'article L. 214-6 du Code rural et de la pêche maritime ;

- elle justifie de la régularité de son offre en toutes les composantes contestées par la partie requérante.

Vu les autres pièces du dossier.

Vu :

- le code de la commande publique ;
- le code général des collectivités territoriales ;
- le code rural et de la pêche maritime ;
- le code de l'environnement ;
- le code de justice administrative.

La présidente du Tribunal a désigné M. Haïli, pour statuer sur les demandes de référés.

Les parties ont été régulièrement averties du jour de l'audience.

Au cours de l'audience publique tenue le 16 février 2022, à 9 heures, en présence de Mme Charlois, greffière d'audience, M. Haïli a lu son rapport et entendu :

- les observations de Me Blanchard, pour l'association requérante qui a renouvelé, en les développant ou les précisant, les conclusions et les moyens de la requête et des mémoires ;
- les observations de Me Sindres pour la ville de Marseille qui a renouvelé, en les développant ou les précisant, les conclusions et les moyens de défense des mémoires ;
- et les observations de Me Seyfritz pour la société défenderesse pour qui a renouvelé, en les développant ou les précisant, les conclusions et les moyens de défense des mémoires.

L'instruction a été close à 10 heures 26, à l'issue de l'audience.

Considérant ce qui suit :

1. Par un avis d'appel public à concurrence paru le 22 septembre 2021, la ville de Marseille a lancé une procédure d'appel d'offres ouvert pour l'attribution en deux lots d'un accord-cadre à bons de commande consistant pour le lot n° 1 en « la capture, le transport des animaux errants et/ou dangereux et/ou blessés et/ou morts sur le territoire de la ville de Marseille, mise en fourrière et gestion du suivi des animaux » et comportant un minimum de 400 000 euros et un maximum de 850 000 euros HT. L'association SPA Marseille Provence a soumissionné pour l'attribution de ce lot. Par un courrier du 18 janvier 2022, la ville de Marseille a informé l'association que son offre était rejetée comme irrégulière en application de l'article R. 2152-1 du code de la commande publique. L'association SPA Marseille Provence demande notamment au juge des référés, statuant sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative à titre principal, d'annuler la procédure d'appel d'offres ouvert pour l'attribution de ce marché de services lot n°1, à compter de l'examen des offres en tant qu'elle rejette son offre comme étant irrégulière.

Sur les conclusions au titre des dispositions de l'article L. 551-1 du code de justice administrative :

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 (...)* / *Le juge est saisi avant la conclusion du contrat* ». Et, aux termes de l'article L. 551-2 de ce code : « *I. 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 (...)* ». Et, aux termes de l'article L. 551-10 du même code

: « *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 (...)* ».

3. Il appartient au juge administratif, saisi en application de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, de se prononcer sur le respect des obligations de publicité et de mise en concurrence incombant à l'administration. En vertu de cet article, 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 qui sont susceptibles d'être lésées par de tels manquements. Il appartient, dès lors, au juge des référés précontractuels de rechercher si l'opérateur économique 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 lésé ou risquent de le léser, fût-ce de façon indirecte en avantageant un opérateur économique concurrent.

En ce qui concerne le moyen tiré de l'irrégularité de l'exigence de « séparation mécanique » prévue par le règlement de consultation :

4. Aux termes de l'article L. 3 du code de la commande publique : « *Les acheteurs et les autorités concédantes respectent le principe d'égalité de traitement des candidats à l'attribution d'un contrat de la commande publique. Ils mettent en œuvre les principes de liberté d'accès et de transparence des procédures, dans les conditions définies dans le présent code.* ». Aux termes de l'article L. 2152-1 du code de la commande publique : « *L'acheteur écarte les offres irrégulières, inacceptables ou inappropriées.* ». Aux termes de l'article L. 2152-2 du même code : « *Une offre irrégulière est une offre qui ne respecte pas les exigences formulées dans les documents de la consultation, en particulier parce qu'elle est incomplète, ou qui méconnaît la législation applicable notamment en matière sociale et environnementale.* ». L'article R. 2111-7 du code de la commande publique prévoit que : « *Les spécifications techniques ne peuvent pas faire mention d'un mode ou procédé de fabrication particulier ou d'une provenance ou origine déterminée, ni faire référence à une marque, à un brevet ou à un type lorsqu'une telle mention ou référence est susceptible de favoriser ou d'éliminer certains opérateurs économiques ou certains produits. Toutefois, une telle mention ou référence est possible si elle est justifiée par l'objet du marché ou, à titre exceptionnel, dans le cas où une description suffisamment précise et intelligible de l'objet du marché n'est pas possible sans elle et à la condition qu'elle soit accompagnée des termes « ou équivalent ».* Pour l'application de ces dispositions, il y a lieu d'examiner si la spécification technique a ou non pour effet de favoriser ou d'éliminer certains opérateurs économiques ou certains produits, puis, dans l'hypothèse seulement d'une telle atteinte à la concurrence, si cette spécification est justifiée par l'objet du marché ou, si tel n'est pas le cas, si une description suffisamment précise et intelligible de l'objet du marché n'est pas possible sans elle.

5. D'une part, aux termes de l'article L. 211-24 du code rural et de la pêche maritime : « *Chaque commune doit disposer soit d'une fourrière communale apte à l'accueil et à la garde des chiens et chats trouvés errants ou en état de divagation jusqu'au terme des délais fixés aux articles L. 211-25 et L. 211-26, soit du service d'une fourrière établie sur le territoire d'une autre commune, avec l'accord de cette commune (...)* ». D'autre part, le II de l'article L. 214-6 du même code dispose que : « *On entend par refuge un établissement à but non lucratif géré par une fondation ou une association de protection des animaux désignée à*

cet effet par le préfet, accueillant et prenant en charge des animaux soit en provenance d'une fourrière à l'issue des délais de garde fixés aux articles L. 211-24 et L. 211-25, soit donnés par leur propriétaire ». Aux termes de l'annexe 1 de l'arrêté du 3 avril 2014 susvisé : « 4. Les lieux dans lesquels s'exercent plusieurs activités disposent d'installations et de locaux bien séparés de façon à garantir l'absence de contamination croisée entre les animaux détenus dans le cadre de chaque activité mentionnée aux articles L. 214-6-1, L. 214-6-2 et L. 214-6-3 du code rural et de la pêche maritime ».

6. Aux termes de l'article 4.2.1 « Présentation des offres » du règlement de consultation de la procédure de passation du marché en litige : « *Si une association ou fondation de protection animale répond à ce marché, il devra apparaître dans le mémoire technique la preuve d'une séparation distincte entre le refuge et la fourrière (salle vétérinaire, bureaux, cages chatteries, chenils, locaux nacs). Il faudra impérativement une séparation mécanique des locaux pour éviter toute confusion entre l'activité lucrative du marché fourrière animale et non lucrative du refuge.* »

7. Il résulte de l'instruction que par ces dispositions du règlement de consultation, la ville de Marseille a entendu, lorsqu'un refuge et une fourrière apte à l'accueil et à la garde des chiens et chats trouvés errants ou en état de divagation, partagent le même site, imposer aux soumissionnaires la séparation de manière « mécanique » dans leurs locaux respectifs, dès lors, notamment, que les coûts liés à l'activité du refuge relèvent non de la commune sur le territoire de laquelle il est implanté, mais de l'association de protection animale qui en assure la gestion. Une telle exigence traduisant un processus de réalisation physiquement sectorisée desdites prestations, qui n'empêche par les associations ou fondations de protection animale, dont le modèle d'activité de refuge regroupe également sur un même site la gestion d'une fourrière communale, de candidater à ce marché, ne présente aucun caractère discriminatoire et ne peut constituer en soi une atteinte aux principes de libre accès à la commande publique et d'égalité de traitement des candidats. En outre, alors qu'il est loisible à l'acheteur public de ne pas limiter, dans le dossier de consultation, la distinction des prestations à une sectorisation comptable et déclarative d'activité, cette exigence fonctionnelle et technique, par l'affectation matériellement distincte et cloisonnée des éléments concourant à cette activité correspond à l'objet même du marché portant sur les prestations de fourrière, et doit être également regardée comme justifiée par l'objectif du pouvoir adjudicateur d'assurer la meilleure adéquation des prestations aux impératifs de sectorisation de l'activité lucrative de cette mission de service public déléguable. Par ailleurs, ledit document de consultation précise de façon suffisamment détaillée et intelligible les conditions particulières de la réalisation des prestations, fonctionnellement ou géographiquement séparées, sans lui conférer une marge d'appréciation inconditionnée. Si l'association requérante soutient que ladite spécification technique est mal définie rendant impossible la remise d'une offre régulière, une conception technique de prestations retenue par l'acheteur public, qui ne souffre d'aucune insuffisance, incertitude ou contradiction, ne saurait, en tout état de cause, traduire une insuffisance de définition de ladite spécification technique par le pouvoir adjudicateur. Ainsi, la société requérante ne démontre sérieusement ni que les exigences formulées par les documents de la consultation ne permettraient pas de satisfaire à l'objet du marché, ni qu'elles seraient entachées d'une erreur manifeste d'appréciation. Dans ces conditions, et par suite, la ville de Marseille a, dans le cadre de ce marché, défini ses spécifications avec précision et sans ambiguïté et indiqué les conditions de réalisation des prestations de service à délivrer de telle sorte que les opérateurs soumissionnaires, notamment l'association requérante en sa qualité de professionnel averti, ont été mises à même de formuler utilement une offre techniquement construite. Par suite, ce moyen doit être écarté en toutes ses branches.

8. Par ailleurs, l'association SPA Marseille Provence ne peut utilement invoquer les moyens tirés de l'irrégularité du dossier de consultation en raison de sa carence sur l'exigence « de fournir l'accord de la commune du territoire accueillant le site du candidat » et en raison de sa carence sur « l'exigence de conduire les animaux capturés au plus vite à la fourrière », qui sont sans rapport direct avec les motifs de l'éviction de son offre comme irrégulière. En tout état de cause, l'association requérante n'apporte aucun élément permettant d'établir que ces carences alléguées ne lui auraient pas permis de présenter une offre régulière et mieux-disante, ou, de manière générale, aurait été de nature à réduire ses chances de répondre de façon satisfaisante à la consultation ou avantagé les autres candidats, et n'établit ni même n'allègue qu'elle est susceptible d'avoir été lésée et ou risquerait de l'être, fût-ce de façon indirecte, par ces manquements qu'elle invoque.

En ce qui concerne le moyen tiré de la régularité de l'offre présentée par l'association SPA Marseille Provence :

9. Le règlement de la consultation d'un marché est obligatoire dans toutes ses mentions. L'administration ne peut en conséquence attribuer le marché à un candidat qui ne respecterait pas une des prescriptions imposées par ce règlement.

10. Pour écarter l'offre de l'association SPA Marseille Provence au motif d'une confusion entre l'activité lucrative du marché de fourrière animale et non lucrative du refuge, la ville de Marseille dans sa lettre de rejet du 18 janvier 2022 a relevé que, malgré l'obligation prévue à l'article 4.2.1 précité du règlement de la consultation, « le candidat utilise 161 fois la notion de « refuge » pour décrire ses activités et la méthodologie d'intervention. Bien qu'une demande de précision sur la teneur de l'offre ait permis au candidat de préciser la séparation entre les deux activités sur certains locaux, l'offre du candidat laisse apparaître plusieurs confusions. Les plans transmis par le candidat indiquent que les bâtiments (G et F) sont affectés exclusivement à l'exécution du marché de la fourrière. Cette affirmation figure également en page 13 du mémoire : "Comme stipulé dans le règlement de consultation, une séparation physique isole les 2 îlots dédiés à la fourrière chiens (bâtiment G & F). Celle-ci, constituée d'un grillage rigide est munie d'une porte verrouillée à clé permettant d'accéder à la salle de soins spécifiquement réservée aux animaux concernés par le marché". Or, des locaux techniques et des box pour chiens dédiés au refuge sont présents dans le bâtiment F. Aucune clarification n'est apportée concernant l'accueil des animaux et leur examen à l'entrée. Le plan fourni en page 15 et la description de l'accueil avec salle d'attente et consultation vétérinaire, en page 38 du mémoire, s'effectue soit dans des locaux communs, soit dédiés au refuge. Cette confusion est également entretenue par la présentation de procédures propres à la gestion du refuge ou à la mutualisation de moyens humains (secrétariat, responsable du personnel fourrière issue des effectifs " refuge") ».

11. Il résulte de l'instruction que le mémoire technique produit par l'association requérante ne distingue pas, s'agissant des protocoles de prise en charge des animaux pour placement en fourrière, après capture et transport sur site, les activités ressortissant de l'activité de fourrière et celles ressortissant de l'activité de refuge et expose notamment quatre cas de procédures pour des prestations effectuées lors du placement en fourrière dont trois d'entre eux décrivent des prestations afférentes à l'activité de refuge. Si l'association requérante fait valoir que le refuge s'entend d'un établissement de prise en charge des animaux à l'issue du délai de garde de huit jours des animaux en fourrière dont l'activité est complémentaire de celle de fourrière animale, elle ne conteste pas sérieusement que ces

procédures de prise en charge ne répondent pas à l'objet du marché de prestations et aux exigences spécifiées par la ville de Marseille dans son règlement de consultation. Par ailleurs, il résulte de l'instruction, notamment du plan du bâtiment d'accueil du mémoire technique de l'association requérante, que l'accueil des animaux et l'examen d'entrée des animaux de fourrière sont réalisés dans le bâtiment d'accueil du refuge, avec la localisation en son sein du local technique capture, du bureau de l'agent de mairie, du bureau du responsable de la fourrière et des locaux « chiens et chats contagieux » de la fourrière. Si la société requérante soutient que les locaux techniques, vétérinaires et administratifs ont été spécifiquement identifiés comme dédiés exclusivement à la fourrière animale, cette configuration retenue qui ne garantit pas dans ce bâtiment d'accueil le cloisonnement des prestations propres à l'activité lucrative, dans la gestion de la prise en charge des animaux notamment en ce qui concerne la salle d'attente et les prestations vétérinaires, doit être également regardée comme méconnaissant les prescriptions fixées par la ville de Marseille dans son règlement de consultation. Dans ces conditions, dès lors, la ville de Marseille pouvait légalement rejeter l'offre de l'association SPA Marseille Provence comme irrégulière en vertu des dispositions de l'article L. 2152-1 du code de la commande publique. Par suite, sans qu'il soit besoin d'examiner les autres motifs d'irrégularité de son offre, l'association requérante n'est pas fondée à demander l'annulation de la procédure de passation lancée par la ville de Marseille.

En ce qui concerne le moyen tiré de l'irrégularité de l'offre présentée par la société Sacpa :

12. La circonstance que l'offre du concurrent évincé, auteur du référé précontractuel, du caractère irrégulier de l'offre de la société attributaire du contrat en litige. Ainsi, en l'espèce, la circonstance que l'offre de l'association requérante soit irrégulière ne fait pas obstacle à ce qu'elle puisse se prévaloir du caractère irrégulier de l'offre de la société Sacpa, attributaire du marché lot n°1.

13. Aux termes de l'article 4.1 « Implantation » du cahier des clauses techniques particulières (CCTP) du marché en litige : « *La fourrière animale pourra être implantée sur un ou plusieurs sites, sur le territoire communal ou dans une autre commune. L'établissement est réputé disposer de toutes les autorisations requises et être déclaré en Préfecture. Il est placé sous la responsabilité de l'exploitant conformément à la réglementation en vigueur. La capacité de la fourrière doit être adaptée aux besoins de la commune de Marseille, pour laquelle elle assure le service d'accueil, et doit être suffisante pour répondre en permanence à la prise en charge des animaux au titre du présent contrat. Suivant le nombre d'animaux entrés en fourrière, le prestataire devra adapter en permanence sa capacité d'accueil sur un ou plusieurs sites dans la commune ou sur une autre commune afin de répondre aux besoins mensuels de l'activité. Les normes en matière d'implantation répondront à l'ensemble des prescriptions relevant de l'application de la réglementation du Code Rural sur des installations classées pour la protection de l'environnement, et plus généralement de toute réglementation applicable actuelle ou à venir* ». Aux termes de l'article 4.2.2 « Locaux administratifs » du CCTP : « *Ils doivent être composés au minimum d'un bureau avec un espace d'accueil dédié exclusivement au marché de la fourrière pour la réception du public et un espace pour les tâches administratives.* » Aux termes de l'article 4.2.5 « Bureau dédié exclusivement au service municipal gestionnaire » du CCTP : « *Un local sera mis à disposition par le prestataire pendant toute la durée du marché pour un usage exclusif des agents de la Mairie de Marseille. Ce local devra comporter un bureau, deux fauteuils et une connexion internet RJ45. Ce bureau devra être librement accessible par les agents de la municipalité, même en dehors des heures d'ouverture au public.* ». Aux termes de l'article 5.1

« Personnel » du CCTP : « *Le titulaire du marché fournira tout le personnel d'encadrement et d'exécution nécessaire au parfait fonctionnement de la fourrière* ». Enfi, aux termes de l'article 7.2 « Opérations de capture, d'enlèvement et de transport et de ramassage » du CCTP : *Concernant les opérations de capture et d'enlèvement des animaux errants et/ou blessés le titulaire doit intervenir dans un délai maximum de deux heures. Pour les opérations à caractère urgent : animal blessé et/ou dangereux et/ou sur demande expresse du service, le prestataire devra intervenir dans un délai maximum d'1 heure 30* ».

14. En premier lieu, contrairement à ce que soutient l'association requérante, la ville de Marseille justifie l'obtention de l'accord préalable de la commune de Trets pour l'utilisation des services de la fourrière animale de la société Sacpa implantée sur son territoire, sans que soit utilement opposable pour contester la portée de cet accord la circonstance que l'autorisation mentionne une capacité d'accueil de la fourrière de 49 chiens, cette indication catégorielle d'animaux déterminant seulement la réglementation applicable des installations classées pour la protection de l'environnement.

15. En deuxième lieu, l'association requérante allègue que l'offre de la société Sacpa est irrégulière faute d'assurer de séparation mécanique entre l'activité de fourrière destinée à la ville de Marseille et les autres activités du centre animalier, et fait valoir qu'il appartient à cette société de démontrer cette séparation pour l'ensemble des locaux, personnels et biens affectés. Toutefois, eu égard à la spécification technique formulée par l'acheteur public et son objectif, il résulte de l'instruction, notamment des extraits du mémoire technique de la société attributaire et du rapport d'inspection de la direction départementale de la protection des populations des Bouches-du-Rhône de son établissement de fourrière et de pensions d'animaux à Trets en date du 16 juillet 2018, que les sites des fourrières de Marseille et de Trets affectés à l'exécution du marché de prestations de fourrière municipale présentent soit une fonction exclusive d'activité de fourrière, soit une séparation des locaux et installations dans des modalités et des procédures conformes aux exigences du règlement de la consultation, en cas de coexistence de plusieurs activités, dont au demeurant il est constant qu'aucune ne concerne l'activité non lucrative de refuge. Par suite, et en l'absence d'éléments précis et étayés de contestation par l'association requérante sur ce terrain, ce manquement doit être écarté comme manquant en fait.

16. En troisième lieu, l'association requérante soutient que la société attributaire ne justifie pas que ses locaux contiennent un bureau avec un espace d'accueil dédié exclusivement à l'activité de fourrière, ainsi qu'un bureau avec deux fauteuils et une prise internet pour l'usage exclusif des agents de la ville de Marseille. Toutefois, ainsi que l'établit la société Sacpa qui a transmis des parties de son mémoire technique, l'offre retenue qui prévoit, notamment, dans chaque site un local pour un usage exclusif des agents un bureau avec un espace accueil et un espace pour les tâches administratives, répond aux exigences fonctionnelles de locaux et de mobiliers prévues par les stipulations précitées du CCTP. En l'absence d'autre justification pour contester la réalité des effectifs de la société attributaire, le manquement invoqué par l'association requérante doit être écarté.

17. En quatrième lieu, s'agissant du respect de la réglementation applicable aux fourrières en tant qu'installation classée pour la protection de l'environnement (ICPE), contrairement à ce que fait valoir l'association requérante, le site de la fourrière implanté à Marseille qui ne comprend que 7 boxes dédiés aux chiens n'est pas soumis aux régimes de déclaration et d'autorisation prévus par les dispositions des articles L. 512-1 et L. 512-8 du code de l'environnement, mais relève du champ d'application du règlement sanitaire

départemental. A cet égard, il est établi, et n'est pas contesté, qu'aucune disposition du règlement sanitaire départemental des Bouches-du Rhône ne prévoit un régime d'autorisation pour les fourrières d'hébergement de moins de 10 chiens. Par ailleurs, il est établi et non sérieusement contesté que le site de Trets, qui offre une capacité d'hébergement de 49 chiens, a fait l'objet d'une déclaration au titre de la réglementation des ICPE par récépissé en date du 2 septembre 2015. Par suite, le moyen en ses différentes branches tiré de ce que les dispositions des articles L. 512-1 et L. 512-8 du code de l'environnement, celles des articles 4 et 5 de l'arrêté du 22 octobre 2018 relatif aux prescriptions générales applicables aux installations relevant du régime de l'enregistrement au titre de la rubrique n° 2120, et l'annexe I de l'arrêté du 8 décembre 2006 applicable aux ICPE soumises à déclaration au titre de la nomenclature 2120 seraient méconnues, doit être écarté.

18. En cinquième lieu, l'association requérante, dont les données statistiques qu'elle fournit font apparaître au titre de la prestation fourrière, un flux à traiter de 7 à 8 animaux par jour, toutes catégories confondues, ne démontre pas en quoi l'offre de la société Sacpa et ses capacités d'accueil des établissements sur les deux sites, notamment de 168 chats et de 56 chiens, ne pourraient répondre aux besoins et spécifications exprimés par le pouvoir adjudicateur, eu égard de surcroît au délai maximum légal de garde de huit jours ouvrés qui s'impose à ces structures, au nombre d'animaux pris en charge, au temps de séjour moyen et à l'impact de la saisonnalité des entrées. Enfin, la circonstance que la ville de Marseille ait accordé la note maximale de 10 à la capacité d'accueil de la société Sacpa en ignorant le nombre de boxes exclusivement mis à disposition de sa fourrière est inopérante à l'effet de contester la régularité de l'offre de la société attributaire.

19. En sixième lieu, il résulte de l'instruction, notamment des extraits du mémoire technique, que la société attributaire a fourni l'ensemble des renseignements sur l'organigramme fonctionnel et le personnel d'encadrement et d'exécution pour la réalisation des prestations du marché en litige, en ce compris le personnel à reprendre de l'ancien titulaire du marché en vertu de l'article 6 du CCAP dudit marché. L'association requérante qui ne démontre pas en quoi lesdits moyens humains déployés par la société attributaire à cette fin ne seraient pas conformes aux prescriptions techniques de consultation et suffisants pour assurer la parfaite exécution du marché, ne peut utilement se prévaloir des dispositions de l'article 6.2 du règlement de consultation qui sont relatives au jugement des offres sur le critère de la méthodologie spécifique du marché. Le manquement invoqué n'est donc pas établi et doit être écarté comme manquant en fait.

20. En septième et dernier lieu, s'agissant du respect des clauses du CCTP relatives aux délais d'intervention des opérations de capture et d'enlèvement des animaux errants ou blessés, il ne résulte pas de l'instruction et n'est pas sérieusement contesté que la proposition technique de la société attributaire, articulé, en termes d'organisation et de répartition, autour d'un modèle de plate-forme notamment d'accueil et de restitution sur le site de Marseille et d'un site de garde sur l'installation de la fourrière de Trets situé à environ 50 minutes de Marseille, méconnaîtrait les exigences fixées par la ville de Marseille dans son dossier de consultation des entreprises. Par suite, ce manquement ne peut être qu'écarté.

21. Il résulte de tout ce qui précède, sans qu'il soit besoin de se prononcer sur les fins de non-recevoir opposées en défense, que l'ensemble des conclusions à fin d'annulation et d'injonction présentées par l'association SPA Marseille Provence doivent être rejetées.

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

22. 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* ».

23. Les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce que soit mise à la charge de la ville de Marseille, dans la présente instance, qui n'est pas la partie perdante, une somme au titre des frais exposés par l'association SPA Marseille Provence. Il y a lieu en revanche, dans les circonstances de l'espèce, de faire application de ces dispositions et de mettre à la charge de l'association SPA Marseille Provence une somme de 3 000 euros, au titre des frais exposés par la ville de Marseille et non compris dans les dépens, et une somme de 3 000 euros au titre des frais exposés par la société Sacpa et non compris dans les dépens.

ORDONNE :

Article 1^{er} : La requête de l'association SPA Marseille Provence est rejetée.

Article 2 : L'association SPA Marseille Provence Aix-Marseille Université versera la somme de 3 000 euros à la ville de Marseille et la somme de 3 000 euros à la SAS Sacpa en application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : La présente ordonnance sera notifiée à l'association SPA Marseille Provence, à la ville de Marseille et à la SAS Sacpa.

Fait à Marseille, le 18 février 2022.

Le président de la 3^{ème} chambre,
juge des référés

signé

X. Haïli

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

Pour expédition conforme,
Pour la greffière en chef,
La greffière,