

N° 2201527

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

**SOCIÉTÉ BRETONNE DE RESTAURATION ET
SERVICES**

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

M. Georges-Vincent Vergne
Juge des référés

Le juge des référés,

Ordonnance du 19 avril 2022

Vu la procédure suivante :

Par une requête et un mémoire enregistrés les 24 mars 2022 et 7 avril 2022, la société par actions simplifiée Bretonne de restauration et services (BRS), représentée par Me Cabanes (selarl Cabanes Avocats), demande au juge des référés, sur le fondement des dispositions de l'article L. 551-1 du code de justice administrative :

1°) d'annuler l'ensemble des décisions se rapportant à la procédure de passation lancée par la ville de Brest en vue de l'attribution d'un contrat de délégation de service public relatif à la fabrication et la livraison de repas pour la restauration périscolaire, extrascolaire, et le portage à domicile ;

2°) d'ordonner, si la ville de Brest entend conclure le contrat, la reprise de la procédure dans des conditions conformes aux dispositions législatives et réglementaires en vigueur ;

3°) de mettre à la charge de la commune de Brest la somme de 4 000 euros en application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- la ville de Brest a méconnu les dispositions de l'article R. 2181-2 du code de la commande publique, en se bornant à lui communiquer, en réponse à sa demande, les notes obtenues par elle et l'attributaire sur les critères du prix et de la valeur technique, alors que le règlement de consultation identifiait des sous-critères de choix, se bornant à indiquer que son offre avait été jugée « en retrait » sur ces critères ; il appartiendra à la ville de Brest de fournir les notes obtenues par elle-même et par la société attributaire sur chacun des sous-critères et sous-sous critères appliqués, ainsi que les explications littérales permettant de justifier ces notes ;

- la ville de Brest a méconnu les principes fondamentaux de la commande publique en ne définissant pas les caractéristiques minimales de l'offre attendue, de telles caractéristiques constituant une limite objective à la possibilité de négociation en application de l'article L. 3124-1 du code de la commande publique et garantissant donc la transparence de la consultation et le respect par l'autorité concédante du principe d'égalité de traitement pendant les négociations ; l'exposante n'articule pas son moyen sur le terrain du défaut de transparence, mais

sur celui de l'absence d'égalité de traitement entre candidats ; il appartiendra à la ville de Brest de démontrer qu'elle a respecté avec la société ELRS les limites du champ matériel de la négociation et qu'elle n'a négocié avec elle aucune des clauses du projet de contrat ;

- le critère financier mis en œuvre, reposant sur une simulation de commandes élaborée par les candidats « sur la base d'un détail quantitatif estimatif non communiqué aux candidats, minoré du montant de la redevance pour activité extérieure (part fixe) », était irrégulier faute d'encadrement suffisant, afin que la simulation de commande soit bien représentative de l'objet du contrat, et faute de preuve que cette méthode de notation mise en œuvre a bien été définie avant l'ouverture des offres ; il appartient à la ville de Brest de communiquer le détail quantitatif estimatif sur la base duquel la valeur financière de l'offre a été appréciée et de démontrer que ce DQE, constituant une méthode d'évaluation des offres, a été arrêté avant l'ouverture des offres ;

- la méthode de notation mise en œuvre pour noter la valeur financière des offres est entachée d'erreur de droit ; se concentrant sur les seuls prix unitaires appliqués à une commande fictive, elle est manifestement inadaptée pour identifier « la meilleure offre au regard de l'avantage économique global pour l'autorité concédante » (article L. 3124-5 du code de la commande publique), alors qu'il convient d'apprécier la solidité de l'offre et son sérieux, le concessionnaire étant exposé aux aléas du marché et aux risques liés à l'exploitation du service (article L. 1121-1 du code de la commande publique) ; il est impossible d'exclure que le résultat de la consultation aurait été modifié avec un critère « valeur financière de l'offre » permettant effectivement de juger de cette valeur ;

- les sous-critères de l'annexe 1 n'ont été ni pondérés, ni hiérarchisés, ce qui constitue un manquement au principe de transparence garantissant le respect de l'égalité de traitement des offres.

Par un mémoire en défense enregistré le 1^{er} avril 2022 et des pièces produites le 8 avril 2022 à 9h32, la commune de Brest, représentée par Me Santos Pires (sarl Martin Avocats), conclut au rejet de la requête et à la mise à la charge de la société requérante d'une somme de 2 000 euros en application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle fait valoir que :

- la ville de Brest, par un courrier du 1^{er} avril 2022, a complété les informations antérieurement transmises à la société BRS ;

- le code de la commande publique n'impose pas à l'autorité concédante de définir des caractéristiques minimales ; le moyen tiré de la méconnaissance d'une obligation résultant de l'article L. 3124-1 du code de la commande publique manque donc en droit ;

- le critère financier mis en œuvre est régulier ; les obligations de justification et de communication dont se prévaut la société requérante ne résultent ni des textes, ni de la jurisprudence ;

- le contrat en cause rentre dans la 7^{ème} catégorie des services sociaux visés à l'annexe 3 du code de la commande publique et n'était donc pas assujéti à l'obligation posée par l'article R. 3124-5 du code de la commande publique prévoyant que la hiérarchisation des critères de jugement des offres soit annoncée ; en tout état de cause, les éléments recensés dans l'annexe 1 ne constituent pas des sous-critères, mais une simple description des sous-critères auxquels ils se rattachent.

Par un mémoire en défense enregistré le 8 avril 2022, la société Elixir restauration enseignement - Elixir restauration santé (ELRES), représentée par Me Lepron (scp UGGC Avocats), conclut au rejet de la requête et à la mise à la charge de la société requérante d'une

somme de 10 000 euros en application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle fait valoir que :

- la ville de Brest a complété les informations antérieurement transmises à la société BRS dans un délai permettant à la société requérante de contester utilement les motifs pour lesquels elle n'a pas été retenue ;

- le moyen tiré de l'absence d'indication des caractéristiques que les candidats n'étaient pas autorisés à négocier manque en droit, l'article L. 3124-1 du code de la commande publique devant être lu à la lumière de l'article 37 de la directive 2014/23/UE dont il procède, la fixation d'exigences minimales étant une faculté laissée à l'appréciation de l'autorité concédante ; on ne peut déduire de l'absence de fixation de caractéristiques minimales que toutes les clauses du projet de contrat étaient intangibles ; le déroulement des négociations n'a pas conduit à modifier des éléments ou caractéristiques essentiels du contrat ; à supposer qu'une irrégularité puisse être établie sur ce point, elle ne serait pas de nature à léser les intérêts de la société requérante, dès lors que celle-ci ne s'en est jamais plainte lors de la procédure de passation, ni n'a seulement interrogé l'acheteur à ce sujet ;

- s'agissant de la prétendue mise en œuvre irrégulière du critère financier, elle n'a pas lésé la société requérante, l'écart entre les deux offres sur ce critère étant de 6,62 points, alors que l'écart total entre les deux offres s'élève à 10,47 points ;

- le critère financier tel que défini, correspondant d'ailleurs à une pratique courante, n'était pas inadapté ni irrégulier ; il ne relève pas de l'office du juge des référés de faire porter son contrôle sur la pertinence économique d'un critère financier.

Vu les autres pièces du dossier.

Vu :

- le code de la commande publique
- le code de justice administrative.

Le président du tribunal a désigné M. Vergne, président, pour statuer sur les demandes de référé.

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

Ont été entendus au cours de l'audience publique du 8 avril 2022 :

- le rapport de M. Vergne, juge des référés ;

- Me Pezin, représentant la société BRS, qui sollicite un différé de la clôture de l'instruction pour pouvoir répliquer aux pièces produites le matin même à 9h32 ; elle conclut aux mêmes fins que dans sa requête, reprend et développe les arguments figurant dans ses écritures, à l'exception de celui tiré de l'insuffisante information du candidat évincé, qu'elle déclare abandonner dès lors que les éléments d'information nécessaires ont été fournis en cours de procédure. Elle soutient en outre que : l'antériorité de la commande fictive par rapport à l'ouverture des offres n'est pas établie par les justificatifs produits ; s'agissant de l'absence de définition des caractéristiques minimales, elle n'entend pas se placer sur le terrain de la transparence de la procédure, mais sur celui de l'égalité de traitement entre candidats ; aucun socle commun permettant d'assurer l'égalité des candidats dans la négociation n'a été défini ; le critère financier mis en œuvre ne permet pas de juger de la performance financière de la concession et de la solidité de l'offre ; elle fait fi de toute analyse des charges incombant à l'exploitant ; elle retient à tort des données quantitatives historiques sans projection

prévisionnelle, laquelle peut être différente ; son offre technique aurait été différente si le critère financier avait été défini différemment ; la ville de Brest a construit une méthode d'évaluation financière comme pour un marché public, inadaptée à une concession, et qui ne tient pas compte, en outre, de la redevance due par le concessionnaire.

- Me Santos Pires, représentant la commune de Brest, qui conclut aux mêmes fins que dans ses écritures, reprend et développe les arguments y figurant, et soutient en outre que : le détail quantitatif estimatif (DQE), correspondant à la méthode de notation du critère de la valeur financière de l'offre, est produit, avec la copie d'écran permettant d'établir que ce document a été modifié en dernier lieu le 2 juillet 2021 ; la code de la commande publique n'impose pas de définir des caractéristiques minimales, qui constituent une simple possibilité ; la lecture du règlement de consultation ne permet pas de déduire que rien n'était négociable ; il ne peut être considéré qu'une inégalité de traitement aurait entaché la procédure, alors que des notes techniques d'ajustement du projet de contrat ont été adressées aux deux candidats en des termes identiques leur permettant de présenter leurs offres améliorées, puis leur offre finale ; la méthode de notation du critère de la valeur financière permettait d'approcher le coût du service, le prix du service n'étant pas payé par l'utilisateur mais par le délégant ; le tarif, dans un compte d'exploitation prévisionnel, est la variable d'ajustement ;

- Me Lepron, représentant la société ELRES, qui conclut aux mêmes fins que dans ses écritures, reprend et développe les arguments y figurant, et soutient en outre que : le scénario de commande utilisé pour bâtir le DQE repose sur un historique de commande incontestable ; il n'est pas possible de demander plus de preuves de l'antériorité du DQE par rapport à l'ouverture des offres ; les notes juridiques produites démontrent que la base d'élaboration des offres finales était la même.

La clôture de l'instruction a été différée au mardi 12 avril à 16 heures pour permettre notamment à la société BRS, ainsi qu'elle le demande, de prendre connaissance en détail des productions enregistrées à 9h32, et de présenter ses observations par écrit, et, le cas échéant, aux défendeurs d'y répliquer.

Par trois mémoires enregistrés le 11 avril 2022 à 12 h 02 et le 12 avril 2022 à 14h24, la société BRS conclut aux mêmes fins que précédemment, par les mêmes moyens, à l'exception de celui tiré de la méconnaissance de l'obligation d'information du candidat évincé et du principe de transparence. Elle fait valoir que :

- les rédactions ajustées du contrat dont la ville de Brest entend se prévaloir ne sont pas des propositions d'amélioration formulées par les candidats ; elles n'ont rien à voir avec le périmètre matériel des négociations ; faute d'avoir fixé de manière régulière le socle commun intangible de la concession, la ville s'est laissée une marge discrétionnaire d'appréciation et a violé le principe d'égalité de traitement des candidats ;

- l'autorité délégante n'établit pas avoir établi le DQE avant l'ouverture des offres ; en outre, ce DQE révèle que l'attente de l'autorité délégante était un passage au conditionnement réemployable au bout d'un an d'exécution, information qui devait être portée à la connaissance des candidats au stade de l'élaboration des offres car elle pouvait exercer une influence déterminante sur le dimensionnement de celles-ci ;

- la circonstance que le candidat n'a pas posé de question en cours de procédure n'est pas de nature à exclure un risque de lésion ;

- la circonstance que, même avec la note maximale au critère de la valeur financière, son offre n'aurait pas été classée première, est inopérante ; en effet, au cas présent, le critère « valeur financière » tel que défini, vicie structurellement la procédure de mise en concurrence ; les offres auraient été différentes si le critère financier retenu avait été adapté en permettant le choix de la meilleure offre au regard de l'avantage économique global pour l'autorité concédante et non, comme en marché public, de l'offre économiquement la plus avantageuse ;

- l'affirmation selon laquelle le critère de la valeur financière permet à la collectivité d'apprécier le prix payé par la collectivité ou le coût du service n'est pas valable ; l'autorité concédante ne verse pas un prix au délégataire en application d'une commande ; le critère tel qu'il est défini tient compte de la part fixe de la redevance pour activité extérieure, laquelle n'a rien à voir avec le « coût du service » tout en faisant l'impasse sur la part variable de cette redevance ; il est en outre faux d'affirmer que les tarifs sont la seule variable d'ajustement dans un compte d'exploitation prévisionnel, alors que les charges d'exploitation peuvent, sur la base d'une offre technique mois performante, être revues à la baisse et que les prévisionnels de fréquentation, s'ils sont surestimés, peuvent aboutir à une offre structurellement et manifestement déficitaire ;

- le contrat prévoyait explicitement une possibilité pour le délégant de faire évoluer, en cours d'exécution, le conditionnement des repas vers une technologie réemployable mais le dossier de consultation laissait les candidats dans le flou total sur la mise en œuvre de cette faculté, en méconnaissance des dispositions de l'article L. 3111-1 du code de la commande publique exigeant que l'autorité concédante détermine la nature et l'étendue des besoins à satisfaire avant le lancement de la consultation ; en établissant son DQE sur la base de l'hypothèse d'un passage au conditionnement réemployable dès la deuxième année d'exécution du contrat, sans porter à la connaissance des candidats cette information déterminante pour l'élaboration de l'offre et le choix de l'autorité concédante, celle-ci a manqué à ses obligations de publicité et de mise en concurrence dans une mesure susceptible de l'avoir lésée.

Par deux mémoires enregistrés le 11 avril 2022 à 10h41, le 12 avril 2022 à 10h22 et le 12 avril 2022 à 15h58, ce dernier mémoire n'ayant pas été communiqué, la commune de Brest conclut aux mêmes fins que précédemment, par les mêmes arguments. Elle fait valoir que :

- les extraits de fichier qu'elle a transmis démontrent que le DQE n'a pas été modifié postérieurement au 2 juillet 2021 ; elle tient à la disposition de la juridiction, à sa première demande, les éléments du fichier d'origine permettant de le vérifier ;

- ce DQE, tel qu'il a été élaboré, correspond à l'objet du contrat ;

- une lecture attentive du contrat révèle qu'il fixe des limites à la négociation et que des caractéristiques minimales non négociables y sont fixées ;

- le principe d'égalité de traitement a été garanti, comme le démontre le fait que, aux deux étapes de la négociation, une note juridique identique reprenant les modifications contractuelles acceptées par l'autorité délégante a été transmise aux deux candidats ;

- la méthode de notation de la valeur financière des offres permet de déterminer de façon simple le coût net et certain du service pour l'autorité délégante ; l'objection de la requérante selon laquelle une valorisation de la fiabilité ou de l'équilibre du compte d'exploitation prévisionnel serait plus pertinente ne peut être retenue car le tarif constitue l'unique variable d'ajustement d'un compte d'exploitation prévisionnel et que, dans l'absolu, le compte d'exploitation prévisionnel permet surtout d'identifier le risque économique auquel s'expose le délégataire, et donc d'apprécier l'avantage économique global pour celui-ci ;

- le contrat prévoyait explicitement une possibilité d'évolution du mode de conditionnement des repas vers une technologie réemployable moyennant un préavis de trois mois ; il pouvait en être tenu compte pour l'élaboration du DQE ; il ne peut être déduit du DQE une exigence non communiquée aux candidats de faire évoluer les contenants vers une technologie réemployable au terme de la première année d'exécution du contrat, ni reproché à la collectivité concédante une définition insuffisante de ses besoins ;

- s'agissant de la critique du critère financier, le choix de ne tenir compte que de la part fixe de la redevance poursuivait l'objectif de ne tenir compte que de la part certaine de la redevance due à l'autorité délégante ; en outre, à supposer que la part variable de la redevance ait été prise en considération, l'offre financière de la société BRS n'en resterait pas moins nettement

supérieure à celle de la société ELRES dont la critique n'est pas susceptible d'établir qu'elle pouvait être lésée ;

- le moyen tiré de ce que l'autorité concédante aurait méconnu l'article L. 3111-1 du code de la commande publique ne peut être accueilli, la jurisprudence exigeant seulement du délégant qu'il indique aux candidats les caractéristiques essentielles de la concession, la nature et le type des investissements attendus ainsi que les critères de sélection des offres ; il n'est pas nécessaire de déterminer la nature et l'étendue des besoins avec précision

Par un mémoire enregistré le 11 avril 2022 à 21h11, la société ELRES conclut aux mêmes fins que précédemment, par les mêmes arguments. Elle fait valoir que :

- il n'existe aucun principe imposant à l'autorité concédante de préciser formellement, dans les documents de la consultation, les caractéristiques minimales du contrat ;

- au demeurant, les caractéristiques minimales venant encadrer le processus de négociation étaient précisées dans les documents de consultation ;

- les négociations relatives au projet de contrat ont été menées dans le respect du principe d'égalité ; les offres finales des candidats ont été élaborées et remises sur la base d'un projet de contrat identique pour les deux candidats ; les négociations portant sur le projet de contrat ont été d'une portée limitée et harmonisée entre les candidats et n'en ont pas remis en cause les caractéristiques minimales ;

- il ne peut être reproché à la ville de n'avoir pas informé les candidats qu'elle entendait retenir dans son DQE un passage au conditionnement réemployable, une telle possibilité étant au demeurant expressément prévue au projet de contrat ;

- en matière de définition des critères d'attribution, le contrôle du juge se limite à vérifier le respect des exigences posées par l'article L. 3124-5 du code de la commande publique, exigeant que ces critères soient définis de façon objective et précise et soient en lien avec l'objet de la concession et ses conditions d'exécution.

Un mémoire a été enregistré pour la société ELRES le 12 avril 2022 à 18h44, postérieurement à la clôture différée de l'instruction, et n'a pas été communiqué.

Considérant ce qui suit :

1. Par un avis d'appel public à la concurrence publié le 21 juillet 2021, la commune de Brest, dans le cadre d'un groupement d'autorités concédantes qu'elle a constitué avec son Centre communal d'action sociale (CCAS), a lancé une consultation en vue de la sélection, pour la période 2022-2029, du concessionnaire du service public relatif à la fabrication et à la livraison des repas pour la restauration périscolaire, extrascolaire, et le portage à domicile, moyennant la mise à la disposition de ce concessionnaire de la cuisine centrale de la ville. Le projet de contrat prévoyait qu'en contrepartie de cette mise à disposition lui permettant d'assurer des prestations pour la production de repas à une clientèle extérieure, le délégataire verserait une redevance annuelle composée d'une partie variable, égale à 10% du chiffre d'affaires annuel HT réalisé sur cette activité, et d'une part fixe d'un montant à déterminer par le délégataire. Il prévoyait également que le délégant était libre de la définition des tarifs applicables aux différents usagers, qu'il conservait la charge de la facturation à ces usagers, qu'il s'agisse des convives scolaires, de l'accueil de loisir sans hébergement (ALSH), ou des bénéficiaires du portage de repas à domicile, et qu'il gérait les encaissements et la relance des impayés, le délégataire transmettant mensuellement une facture à la commune et au CCAS sur la base des quantités réellement

commandées. Les critères annoncés, permettant l'attribution d'une note maximale de 100 points, étaient, d'une part, celui de la valeur technique de l'offre, noté sur 60 à partir du mémoire technique remis par le candidat et évalué sur la base des quatre sous-critères de la qualité dans l'assiette (15 points), des conditions d'exploitation du service (20 points), du développement durable (15 points), et de la transparence d'exécution (10 points), et, d'autre part, celui de la valeur financière, notée sur 40 et évalué sur la base d'un détail quantitatif estimatif non communiqué aux candidats. Après admission des candidatures de la société BRS, ancien titulaire de la concession, et de la société ELRES, deux séances de négociation se sont tenues, à l'issue desquelles ont été remises successivement, par chaque candidat, une offre améliorée puis une offre finale. Par un courrier reçu le 23 mars 2022, la ville de Brest a informé la société BRS que son offre était classée deuxième, avec des notes de 36,55 pour le critère technique et 38,33 pour le critère économique, et que le contrat était attribué à la société ELRES, qui avait obtenu les notes de 40,40 pour le critère technique et 40 pour le critère économique. La société BRS, qui conteste la régularité de la procédure de passation mise en œuvre, demande au juge des référés, sur le fondement des dispositions de l'article L. 551-1 du code de justice administrative d'annuler l'ensemble des décisions se rapportant à cette procédure et d'ordonner la reprise de la procédure dans des conditions conformes aux dispositions législatives et réglementaires applicables.

Sur les conclusions présentées au titre 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, la délégation d'un service public ou la sélection d'un actionnaire opérateur économique d'une société d'économie mixte à opération unique (...) / Le juge est saisi avant la conclusion du contrat.* ». Selon l'article L. 551-2 du même 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 (...)* ». Aux termes de l'article L. 551-10 de ce code : « *Les personnes habilitées à engager les recours prévus aux articles L. 551-1 (...) sont celles qui ont un intérêt à conclure le contrat (...) et qui sont susceptibles d'être lésées par le manquement invoqué (...)* ».

3. En vertu des dispositions de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, les personnes habilitées à agir pour mettre fin aux manquements du pouvoir adjudicateur à ses obligations de publicité et de mise en concurrence sont celles susceptibles d'être lésées par de tels manquements. Il appartient dès lors au juge des référés précontractuels de rechercher si l'entreprise qui le saisit se prévaut de manquements qui, eu égard à leur portée et au stade de la procédure auquel ils se rapportent, sont susceptibles de l'avoir lésée ou risquent de la léser, fût-ce de façon indirecte, en avantageant une entreprise concurrente.

Sur le défaut de précision des conditions et caractéristiques minimales de la concession :

4. Aux termes de l'article L. 3124-1 du code de la commande publique : « *L'autorité concédante peut recourir à la négociation pour attribuer le contrat de concession. Dans ce cas, elle peut organiser librement la négociation avec un ou plusieurs soumissionnaires dans des conditions prévues par décret en Conseil d'État. / 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.* »

5. D'une part, si la société requérante fait grief au règlement de la consultation de ne comporter aucune définition des conditions et caractéristiques minimales de la concession, au sens des dispositions précitées, une telle obligation générale ne saurait être déduite des dispositions précitées applicables aux concessions.

6. D'autre part, au cas particulier, le règlement de la consultation, qui se réfère au projet de contrat de délégation de service public, valant cahier des charges, et à ses annexes, tous documents qui figurent dans le dossier de consultation, prévoit en son article 3 que, « conformément à l'article L. 3124-1 du code de la commande publique, les négociations ne pourront porter sur l'objet du contrat, les critères d'attributions, ainsi que les conditions et caractéristiques minimales prévues au titre du projet de contrat ». Si ces conditions et caractéristiques minimales ne sont pas précisées comme telles dans le règlement de consultation, qui se borne à prévoir que « de façon générale, les négociations ne devront pas aboutir à des modifications substantielles de l'économie générale du projet » et que « sous ces réserves, des négociations pourront porter sur tout point technique et financier selon l'impact sur les clauses du projet de délégation », et si elles ne sont pas non plus regroupées ou récapitulées à part en tant que telles dans le projet de contrat, elle se déduisent de ce projet de contrat, lequel définit, dans plusieurs de ses stipulations, de façon complète et particulièrement stricte, précise et impérative les attentes du délégant et les obligations du futur concessionnaire, alors que d'autres stipulations sont plus générales et moins contraignantes ou renvoient, à l'instar de la nomenclature du dossier d'offre figurant à l'annexe 1 « Guide de réponse des candidats » du règlement de consultation, à des propositions ou éléments de réponse à fournir par le délégataire dans son offre. Ainsi, la circonstance que les documents de la consultation ne désignaient pas de façon expresse et spécifique les conditions et caractéristiques minimales de la concession n'était pas de nature à léser la société requérante, qui a d'ailleurs participé, à l'instar de sa concurrente, aux différentes étapes de la procédure avec négociation en améliorant son offre, qui n'a pas demandé à l'autorité adjudicatrice des éclaircissements ou des précisions sur la définition des éléments non négociables de l'offre ou le périmètre de la négociation, et qui n'indique pas, au demeurant, en quoi elle aurait pu être induite en erreur.

7. Enfin, s'il est soutenu par la société requérante, qu'indépendamment de tout manquement à la transparence de la procédure, l'absence de définition suffisante des caractéristiques minimales aurait eu pour effet de permettre à l'autorité concédante de négocier sur des points différents pour chaque candidat, au détriment de l'égalité de traitement entre ceux-ci s'imposant également à la phase de négociation, la production à l'audience des « notes techniques » adressées identiquement à chacun des deux candidats à l'issue des deux séances de négociation, faisant apparaître les ajustements acceptés après négociation par l'autorité adjudicatrice et permettant aux deux sociétés, sur cette base ajustée, de lui adresser une offre améliorée, puis une offre finale, révèle que l'absence de précision ou de clarté suffisante, dans le document de consultation, des « conditions et caractéristiques minimales » constituant des points non négociables n'a pas eu pour effet, comme il est soutenu, de permettre, par rapport aux stipulations impératives du contrat, une hétérogénéité des offres excluant toute comparabilité

utile de celles-ci, au détriment du principe d'égalité entre candidats. De même, il ne ressort pas des pièces du dossier, en l'absence notamment de toute pièce ou attestation produite en ce sens par la société SBR alors qu'elle a bien participé aux négociations, que lesdites négociations auraient porté sur un ou des points définis de façon inconditionnelle et précise dans le projet de contrat ou ses annexes, en tant que tels exclus de toute négociation possible par application des dispositions de l'article L. 3124-1 du code de la commande publique.

Sur l'absence de pondération et de hiérarchisation des critères :

8. Ainsi qu'il a déjà été dit au point 1, les critères de sélection annoncés étaient, d'une part, celui de la valeur technique de l'offre, noté sur 60 à partir du mémoire technique remis par le candidat et évalué sur la base des quatre sous-critères de la qualité dans l'assiette (15 points), des conditions d'exploitation du service (20 points), du développement durable (15 points), et de la transparence d'exécution (10 points), et, d'autre part, celui de la valeur financière, notée sur 40 et évalué sur la base d'un détail quantitatif estimatif non communiqué aux candidats. Si l'annexe 1 « Guide de réponse des candidats » du règlement de consultation comporte pour chacun des 4 sous-critères se rattachant à la valeur technique de l'offre une liste d'items, ceux-ci ne constituent pas des sous-critères, mais une nomenclature ayant pour objet de faciliter la comparaison des offres et du caractère complet des réponses attendues, en indiquant les propositions, éléments d'information ou documents que les candidats devaient obligatoirement fournir dans leur offre pour que celle-ci puisse être examinée. En tout état de cause, si la société requérante déplore l'absence d'identification et de pondération ou de hiérarchisation de ces sous-critères, l'article R. 3124-5 du code de la commande publique, prévoyant que l'autorité concédante fixe les critères d'attribution par ordre décroissant d'importance et indique leur hiérarchisation, n'était pas applicable à la concession en cause, par application de l'article R. 3126-10 du même code, excluant l'application de ces dispositions aux contrats de concession à objet social tels que celui en litige. Le moyen susanalysé, qui manque ainsi en fait comme en droit, doit donc être écarté.

Sur la régularité du critère financier mis en œuvre pour juger les offres :

9. Il résulte de l'instruction que le critère de la valeur financière, noté sur 40, a été apprécié sur la base d'un détail quantitatif estimatif (DQE) de type commande fictive, dont les différents postes ont été multipliés par les prix unitaires fournis par chaque candidat, la part fixe de la redevance pour prestations extérieures proposée par celui-ci étant ensuite déduite de ce total. Il résulte de l'instruction que ce DQE, initialement non fourni aux candidats mais produit en cours d'instance, comporte 18 postes reprenant et quantifiant les différents types de prestations rendues (restauration scolaire maternelle et primaire et en ALSH, portage à domicile, fourniture de produits d'épicerie) et qu'il a été établi sur la base du volume des prestations effectuées durant l'année scolaire 2018-2019 extrapolé sur toute la durée de la concession et ramené à une année entière.

10. En premier lieu, eu égard aux justificatifs produits en défense par la ville de Brest, il ne résulte pas de l'instruction que le pouvoir adjudicateur aurait arrêté le DQE correspondant à cette méthode d'évaluation postérieurement à l'ouverture des offres.

11. En deuxième lieu, il n'est pas établi que l'échantillonnage retenu ne serait pas représentatif du volume et de la diversité des prestations attendues du délégataire dans le cadre du contrat, alors qu'il a été déterminé sur la base d'un « historique » correspondant aux prestations réellement enregistrées dans le cadre de la concession précédente au cours de l'année scolaire 2018-2019, considérée à bon escient comme plus pertinente que les deux suivantes

compte tenu des baisses de fréquentation consécutives à la pandémie de Covid 19. Si la société requérante déplore qu'aient été privilégiées des données « historiques » non dynamiques, il ne résulte pas de l'instruction que des prévisions ou des projections différentes, aboutissant à des volumes différents et plus représentatifs, auraient été disponibles ou réalisables.

12. En troisième lieu, le contrat, en son article 33.3 « Conditionnement des repas » prévoyait clairement, au titre des « dispositions spécifiques aux bénéficiaires du portage à domicile », conformément aux dispositions de l'article 77 de la loi du 10 février 2020 relative à la lutte contre le gaspillage et l'économie circulaire, au démarrage du contrat, la livraison des repas ou collations en barquettes jetables individuelles, puis, en cours d'exécution du contrat, sous réserve du respect d'un préavis de trois mois entre l'information au délégataire et la modification effective des prestations, la possibilité pour le délégant d'exiger le passage à un conditionnement réemployable, moyennant éventuellement la délégation de la collecte des contenants, constituant alors une plus-value. Il était demandé expressément aux candidats de chiffrer spécifiquement leurs propositions sur ces deux points. Compte tenu de ces stipulations, il ne saurait être reproché à la collectivité concédante d'avoir intégré dans son DQE, constituant une méthode d'évaluation qui n'avait pas à être communiquée aux candidats, une quantification des prestations de portage à domicile calculée sur la base, dès la deuxième année d'exécution du contrat, de 100% de repas ou collations utilisant des contenants réemployables, une telle quantification étant conforme à l'objet du contrat, alors même que celui-ci ne prévoyait pas à quel rythme, sur la durée de la concession, se ferait la transition des contenants standards aux contenants réemployables. Il ne peut être considéré qu'en retenant cette méthode, l'autorité adjudicatrice aurait en réalité introduit un critère de choix illégal car étranger à l'objet du contrat ou non annoncé dans le règlement de consultation ou le contrat lui-même.

13. En quatrième lieu et plus fondamentalement, la société requérante dénie toute pertinence au critère de la valeur financière, tel que défini par la collectivité concédante, qui ne permettrait pas la sélection de la meilleure offre au regard de l'avantage économique global pour l'autorité concédante comme le prévoit l'article L. 3124-5 du code de la commande publique. Toutefois, eu égard à l'objet de la concession visant, dans sa composante financière, à permettre aux usagers du service d'accéder à des prestations au meilleur coût, le critère défini au point 9, qui permet de repérer l'offre la moins-disante, n'apparaît pas inadapté. En outre, l'autorité délégante reste en charge de la facturation aux usagers, du recouvrement des impayés, et surtout de la détermination des tarifs, qu'elle fixe en considération du coût du service, qu'elle doit contractuellement au délégataire, et de sa politique tarifaire, à finalité sociale, qui lui permet de ne pas répercuter aux usagers une partie de ce coût, qu'elle prend alors à sa charge. La méthode retenue sert ainsi l'intérêt financier de l'utilisateur du service comme de l'autorité délégante. Constitue de même un élément d'appréciation pertinent la prise en compte des bénéfices que la collectivité peut escompter de la mise à disposition de son prestataire, contre une redevance proposée par le candidat dans le cadre de son offre, de la cuisine centrale permettant à celui-ci d'assurer des prestations à titre onéreux pour des publics extérieurs. Sur ce point, le fait pour la commune de Brest d'avoir choisi de valoriser, au sein du critère financier, la seule part fixe de la redevance, présentant un caractère certain, à l'exclusion de la part variable, ne permet pas d'invalider la méthode retenue. La critique générale articulée par la société requérante, selon laquelle, en raison de son caractère étroit et de son excessive simplicité, le critère de la valeur financière ne permettrait pas, contrairement à une analyse des comptes d'exploitation prévisionnels, dont la fourniture était pourtant demandée aux candidats dans le règlement de consultation, de sélectionner l'offre procurant au délégant le meilleur « avantage économique global », notamment en raison de l'absence d'analyse de la structure des coûts des candidats et des conditions de l'équilibre financier de la concession eu égard aux conditions d'exploitation du service, ne permet pas de disqualifier le critère mis en œuvre par la ville de Brest, lequel, en

dépit de sa simplicité et bien qu'existent d'autres méthodes couramment mises en œuvre privilégiant l'analyse des comptes d'exploitation des candidats, n'apparaît ni irrégulier, ni excessivement sommaire.

14. Il résulte de ce qui précède, alors au surplus que l'offre de la société requérante serait restée classée en seconde position si elle avait, comme celle de sa concurrente, obtenu le maximum de 40 points sur ce critère, que le moyen tiré de ce que la commune de Brest aurait irrégulièrement fait application d'un critère de la valeur financière inadapté et insusceptible de permettre la sélection du « soumissionnaire qui a présenté la meilleure offre au regard de l'avantage économique global pour l'autorité concédante » comme le prévoit l'article L. 3124-5 du code de la commande publique doit être écarté.

Sur l'absence de définition des besoins :

15. Ainsi qu'il a déjà été dit ci-dessus, le contrat, en son article 33.3 « Conditionnement des repas », prévoyait au titre des « dispositions spécifiques aux bénéficiaires du portage à domicile », conformément aux dispositions de l'article 77 de la loi du 10 février 2020 relative à la lutte contre le gaspillage et l'économie circulaire, au démarrage du contrat, la livraison en barquettes jetables individuelles, puis, en cours d'exécution du contrat, sous réserve du respect d'un préavis de trois mois entre l'information au délégataire et la modification effective des prestations, la possibilité pour le délégant d'exiger le passage à un conditionnement réemployable, moyennant éventuellement la délégation de la collecte des contenants, constituant alors une plus-value. Il était demandé expressément aux candidats de chiffrer spécifiquement leurs propositions sur ces deux points. Le besoin - au demeurant susceptible de varier en fonction des politiques nationale et locale de lutte pour la préservation de l'environnement et de l'évolution des normes en la matière - était ainsi suffisamment défini, nonobstant l'absence de précision de la date, au sein de la concession de 7 années, à partir de laquelle serait susceptible d'intervenir le basculement d'un conditionnement jetable à un conditionnement réemployable. Le moyen tiré de la méconnaissance des dispositions de l'article L. 3111-1 du code de la commande publique exigeant que l'autorité concédante détermine la nature et l'étendue des besoins à satisfaire avant le lancement de la consultation ne peut donc être accueilli.

16. Il résulte de ce qui précède que les conclusions de la requête de la société Bretonne de restauration et services (BRS) présentées au titre de l'article L. 551-1 du code de justice administrative doivent être rejetées.

Sur les conclusions relatives aux frais d'instance :

17. 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.* »

18. D'une part, en vertu des dispositions précitées de l'article L. 761-1 du code de justice administrative, le tribunal ne peut pas faire bénéficier la partie tenue aux dépens ou la partie perdante du paiement par l'autre partie des frais qu'elle a exposés à l'occasion du litige soumis au juge. Les conclusions présentées à ce titre par la société BRS doivent dès lors être rejetées.

19. Il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de la société BRS la somme de 1 000 euros à verser à la commune de Brest d'une part, et à la société ELRES d'autre part, au titre des frais exposés par ces défendeurs et non compris dans les dépens.

O R D O N N E

Article 1^{er} : La requête de la société Bretonne de restauration et services (BRS) est rejetée.

Article 2 : La société Bretonne de restauration et services (BRS) versera à la commune de Brest une somme de 1 000 euros au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative et à la société Elio restauration enseignement - Elio restauration santé (ELRES) une somme identique de 1 000 euros au titre des mêmes dispositions.

Article 3 : La présente ordonnance sera notifiée à la société Bretonne de restauration et services (BRS), à la société Elio restauration enseignement - Elio restauration santé (ELRES) et à la commune de Brest.

Fait à Rennes, le 19 avril 2022.

Le juge des référés,

La greffière d'audience,

signé

signé

G.-V. Vergne

P. Cardenas

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