

COPIE

TRIBUNAL ADMINISTRATIF

DE TOULON

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

N° 1301578

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

\_\_\_\_\_

SARL MIRAMAR

La Vice-présidente déléguée,

juge des référés,

\_\_\_\_\_

Mme STECK-ANDREZ

juge des référés

\_\_\_\_\_

Ordonnance du 4 juillet 2013

\_\_\_\_\_

39-08-015-02

C

Vu la requête, enregistrée le 17 juin 2013, présentée pour la SARL MIRAMAR, dont le siège social est Esplanade Henri Bœuf, Les Sablettes à La Seyne sur Mer (83500), par Me Newton, avocat ;

La SARL MIRAMAR demande au juge des référés :

1°) d'ordonner la suspension pour la durée de l'instance de l'exécution du sous-traité d'exploitation du lot n°1 de la plage des Sablettes à La Seyne sur Mer conclu le 27 mai 2013 entre la commune de La Seyne sur Mer et M.Le Maguer ;

2°) d'annuler le sous-traité d'exploitation du lot n°1 ;

7°) de mettre à la charge de la commune de La Seyne sur Mer la somme de 4 000 euros au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative, ainsi que la somme de 35 euros représentant la contribution pour l'aide juridique ;

La société SGCAA soutient que :

-sa requête est recevable ; le référé contractuel est ouvert aux candidats évincés ayant introduit un référé précontractuel en ignorant que la signature du contrat était intervenue, du fait de l'absence d'information par le pouvoir adjudicateur ; que le contrat est illégal pour manquement à l'obligation de mise en concurrence ; que l'adjudicataire Le Maguer a présenté un dossier incomplet en ne fournissant pas le compte d'exploitation prévisionnel tel que prévu

en page 16 du règlement de la consultation ; que la commission lui a accordé un délai supplémentaire pour produire ce document ; que selon le tableau d'analyse des offres, le budget prévisionnel est non cohérent concernant l'investissement, la rentabilité est surévaluée, les dépenses injustifiées et le mémoire financier et le compte prévisionnel sont incohérents ; que le dossier a été transféré à la Sarl Kezako Plage qui a pour objet l'activité de brasserie, restaurant, pizzeria, débit de boisson ; que l'activité de restauration est prohibée par le règlement de consultation ; que le candidat retenu est gérant de deux sociétés, respectivement en liquidation et redressement judiciaire ; que les modifications substantielles apportées aux conditions d'exercice de l'activité sous-traitée sont illégales comme contraires au cahier des charges de la concession de la plage conclues entre l'Etat et la commune ne visant pas l'activité de vente de boissons et de restauration rapide sur la plage et au règlement du sous-traité d'exploitation qui prohibe toute vente ambulante ; qu'ainsi son offre s'est limitée à la seule exploitation de la plage sans y intégrer le volet restauration assuré par le chalet pour lequel elle acquitte déjà une redevance ; que le prix du concurrent intégrant l'activité de restauration rapide ne pouvait qu'être plus élevé ce qui a faussé le jeu de la concurrence ; que lors de l'audition de présentation de l'offre de la requérante, il lui a été interdit d'évoquer le chalet ; que la modification des caractéristiques du marché a été dissimulée au conseil municipal ; que le contrat a été signé sans respecter le délai standstill ; que la méconnaissance des obligations de publicité et de mise en concurrence a affecté les chances de la requérante d'obtenir le contrat ;

Vu le mémoire en défense, enregistré le 2 juillet 2013, présenté pour la commune de La Seyne sur Mer tendant au rejet de la requête et à la mise à la charge de la société MIRAMAR de la somme de 3 000 euros au titre de l'article L.761-1 du code de justice administrative ;

Elle soutient que les moyens de la requête sont inopérants ; que l'article L.551-18 du code de justice administrative ne s'applique pas, lorsque, comme en l'espèce, le contrat en litige n'est pas soumis à l'obligation de respecter un délai de suspension ; que M. Le Maguer avait bien remis le mémoire financier demandé ; que la commune n'a fait que lui demander de préciser la teneur de son offre en détaillant les postes prévisionnels de recettes et de charges faisant apparaître le résultat d'exploitation ; qu'en tout état de cause, l'irrégularité d'une offre ne constitue pas un obstacle à ce que des négociations soient engagées avec le candidat qui l'a présentée ; qu'aucune des deux sociétés en redressement et liquidation judiciaire, dont M. Le Maguer est le gérant, ne se sont portées candidates à l'attribution du contrat ; que la requérante ne démontre pas en quoi celui-ci ne disposerait pas des garanties financières ; qu'il est loisible à la collectivité délégante de procéder à certaines modifications de la consultation ; que l'activité de restauration a un caractère accessoire ; qu'elle correspond à un besoin des usagers et que les candidats ont été informés de la modification en cause ; qu'il n'était pas interdit à la requérante d'intégrer dans son offre une activité accessoire de restauration rapide ; qu'il n'est pas établi que le cahier des charges de la concession prohiberait la restauration rapide ; qu'il s'agit d'une activité sédentaire, visant les seuls usagers du lot concerné ; que l'information des conseillers municipaux était suffisante ; que l'annulation du contrat ne saurait être prononcée, s'agissant de la nécessité d'assurer la continuité du service public ;

Vu le mémoire complémentaire, enregistré le 4 juillet 2013, présenté pour la SARL MIRAMAR ;

Elle soutient, en outre, que l'information des candidats et l'observation d'un délai de suspension suffisant avant la conclusion du contrat constituent des formalités relevant des

principes généraux de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures ; que la lettre de la commune du 17 mai 2013 indique que le contrat ne serait pas signé avant un délai minimal de 16 jours ; que la requérante a bien été privée de la possibilité de présenter utilement un référé-précontractuel ; qu'aucun des documents fournis au conseil municipal ne mentionne la modification de l'objet de la délégation de service public ; que la plage a été installée avec trois semaines de retard et est exploitée à 100 m du chalet de la requérante ; qu'elle a exploité la plage pendant quatre ans et dispose des effectifs et du matériel des années précédentes ; qu'elle est seule candidate avec M. Lemaguer ; qu'aucune surveillance de la baignade n'est assurée dans le cadre de la délégation de service ;

Vu la décision par laquelle le président du tribunal a désigné Mme Steck-Andrez, vice-présidente, comme juge des référés ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu le code des marchés publics ;

Vu le code de justice administrative ;

Après avoir régulièrement convoqué à l'audience du 4 juillet 2013 à 14h :

- la SARL MIRAMAR ;

- la commune de La Seyne sur Mer ;

-M. Le Maguer ;

Après avoir, au cours de l'audience publique du 4 juillet 2013 à 14h :

- présenté son rapport,

- entendu les observations de Me Newton, avocat de la SARL MIRAMAR, qui confirme ses précédentes écritures ;

-les observations de Me Braunstein, avocat de la commune de La Seyne sur Mer ;

Considérant qu'aux termes de l'article L. 551-13 du code de justice administrative : « *Le président du tribunal administratif, ou le magistrat qu'il délègue, peut être saisi, une fois conclu l'un des contrats mentionnés aux articles L. 551-1 et L. 551-5, d'un recours régi par la présente section* » ; qu'aux termes de l'article L. 551-14 de ce code : « *Les personnes habilitées à agir sont celles qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par des manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles sont soumis ces contrats, ainsi que le représentant de l'Etat dans le cas des contrats passés par une collectivité territoriale ou un établissement public local. / Toutefois, le recours régi par la présente section n'est pas ouvert au demandeur ayant fait usage du recours prévu à l'article L. 551-1 ou à l'article L. 551-5 dès lors que le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice a respecté la suspension prévue à l'article L. 551-4 ou à l'article L. 551-9 et s'est conformé à la décision juridictionnelle rendue sur ce recours* » ; qu'aux termes de l'article L. 551-15 : « *Le recours régi par la présente section ne peut être exercé ni à*

*l'égard des contrats dont la passation n'est pas soumise à une obligation de publicité préalable lorsque le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice a, avant la conclusion du contrat, rendu publique son intention de le conclure et observé un délai de onze jours après cette publication, ni à l'égard des contrats soumis à publicité préalable auxquels ne s'applique pas l'obligation de communiquer la décision d'attribution aux candidats non retenus lorsque le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice a accompli la même formalité. / La même exclusion s'applique aux contrats fondés sur un accord-cadre ou un système d'acquisition dynamique lorsque le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice a envoyé aux titulaires la décision d'attribution du contrat et observé un délai de seize jours entre cet envoi et la conclusion du contrat, délai réduit à onze jours si la décision a été communiquée à tous les titulaires par voie électronique. » ; qu'aux termes de l'article L. 551-18 du même code : « Le juge prononce la nullité du contrat lorsqu'aucune des mesures de publicité requises pour sa passation n'a été prise, ou lorsque a été omise une publication au Journal officiel de l'Union européenne dans le cas où une telle publication est prescrite. / La même annulation est prononcée lorsque ont été méconnues les modalités de remise en concurrence prévues pour la passation des contrats fondés sur un accord-cadre ou un système d'acquisition dynamique. / Le juge prononce également la nullité du contrat lorsque celui-ci a été signé avant l'expiration du délai exigé après l'envoi de la décision d'attribution aux opérateurs économiques ayant présenté une candidature ou une offre ou pendant la suspension prévue à l'article L. 551-4 ou à l'article L. 551-9 si, en outre, deux conditions sont remplies : la méconnaissance de ces obligations a privé le demandeur de son droit d'exercer le recours prévu par les articles L. 551-1 et L. 551-5, et les obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles sa passation est soumise ont été méconnues d'une manière affectant les chances de l'auteur du recours d'obtenir le contrat » ; qu'aux termes de l'article L. 551-19 : « Toutefois, dans les cas prévus à l'article L. 551-18, le juge peut sanctionner le manquement soit par la résiliation du contrat, soit par la réduction de sa durée, soit par une pénalité financière imposée au pouvoir adjudicateur ou à l'entité adjudicatrice, si le prononcé de la nullité du contrat se heurte à une raison impérieuse d'intérêt général. / Cette raison ne peut être constituée par la prise en compte d'un intérêt économique que si la nullité du contrat entraîne des conséquences disproportionnées et que l'intérêt économique atteint n'est pas directement lié au contrat, ou si le contrat porte sur une délégation de service public » ; qu'enfin, selon l'article L. 551-20 : « Dans le cas où le contrat a été signé avant l'expiration du délai exigé après l'envoi de la décision d'attribution aux opérateurs économiques ayant présenté une candidature ou une offre ou pendant la suspension prévue à l'article L. 551-4 ou à l'article L. 551-9, le juge peut prononcer la nullité du contrat, le résilier, en réduire la durée ou imposer une pénalité financière » ;*

Considérant qu'il résulte de l'instruction que par un avis d'appel public à la concurrence, la commune de La Seyne sur Mer a lancé une procédure d'appel d'offres en vue de l'attribution de la délégation de service public du lot n°1 de la plage des Sablettes ; que la SARL MIRAMAR, qui exploite un chalet de restauration n°1 aux termes d'une autorisation d'occupation du domaine public du 28 mai 2009 pour une durée de 12 ans et exploitait depuis la même date le lot n°1 de la plage des Sablettes située devant le chalet dans le cadre d'un sous-traité conclu pour une durée de 4 ans, s'est portée candidate pour l'attribution du lot n°1 ; que par un courrier du 17 mai 2013, la commune de La Seyne sur Mer lui a notifié le rejet de sa candidature ; que sur le fondement de l'article L.551-1 du code de justice administrative, la SARL MIRAMAR a saisi le juge des référés du tribunal, le 29 mai 2013, d'une demande d'annulation de la procédure de passation du contrat ; que par ordonnance du 30 mai 2013, le juge des référés a rejeté cette demande comme irrecevable, le contrat ayant été signé le 27 mai 2013 ; que par la requête susvisée, la SARL MIRAMAR demande au juge

des référés l'annulation du contrat sur le fondement des dispositions des articles L.551-13 et L.551-18 du code de justice administrative relatives au référé contractuel ;

Considérant que les dispositions de l'article L. 551-14 du code de justice administrative, qui prévoient que le recours contractuel n'est pas ouvert au demandeur ayant fait usage du référé précontractuel dès lors que le pouvoir adjudicateur a respecté la suspension prévue à l'article L. 551-4 et s'est conformé à la décision juridictionnelle rendue sur ce recours, n'ont pas pour effet de rendre irrecevable un recours contractuel introduit par un concurrent évincé qui avait antérieurement présenté un recours précontractuel alors qu'il était dans l'ignorance du rejet de son offre et de la signature du marché, par suite d'un manquement du pouvoir adjudicateur au respect notamment du délai qu'il s'était lui-même fixé entre la date d'envoi de la notification du rejet de cette offre et la conclusion du marché et qu'il était donc tenu de respecter;

Considérant, en premier lieu, qu'il résulte de l'instruction que le courrier du 17 mai 2013 par lequel la commune de La Seyne sur Mer a notifié à la SARL MIRAMAR le rejet de son offre mentionnait qu'un délai de 16 jours au moins serait respecté entre l'envoi de ce courrier et la signature du contrat; qu'elle a introduit, le 29 mai 2013, un référé précontractuel présenté sur le fondement de l'article L.551-1 du code de justice administrative ; qu'à la demande du juge des référés du tribunal, la commune de La Seyne sur Mer a indiqué que le sous-traité d'exploitation avait été signé le 27 mai 2013 ; qu'ayant ainsi été privée du caractère utile de sa requête fondée sur l'article L.551-1 du fait du non-respect par la commune de La Seyne sur Mer du délai minimum de suspension de 16 jours, entre la date d'envoi de la notification du rejet de l'offre et la date de conclusion du contrat, qu'elle s'était elle-même imposé, la société MIRAMAR est recevable à demander l'annulation du sous-traité d'exploitation sur le fondement des articles L.511-13 et suivants du code de justice administrative ;

Considérant, en second lieu, que si le pouvoir adjudicateur peut adapter le dossier de consultation préalablement à la passation du contrat pour notamment corriger certains éléments du dossier de consultation afin de prendre en compte les propositions faites par les différents candidats au cours de la négociation engagée avec eux, ces corrections ne peuvent modifier substantiellement l'objet ou les conditions de réalisation du contrat ;

Considérant que le paragraphe II- A, intitulé « Objet de la délégation du service public » du règlement de la consultation stipule que le sous-traitant « *devra respecter les obligations édictées dans la concession signée avec l'Etat qui fera partie intégrante du dossier de consultation et du contrat* » ; que ce même règlement énumère limitativement, au titre des activités accessoires à l'exploitation des lots de plages, l'activité de location de pédalos et la gestion des chalets, sans référence aucune à l'activité de vente de boissons et de restauration rapide ; que le cahier des charges de la concession de la plage des Sablettes conclue entre l'Etat et la commune interdit toute activité non définie aux articles 14 et 15, lesquels ne visent pas l'activité de vente de boissons et de restauration rapide sur la plage ; que l'annexe contractuelle au sous-traité d'exploitation initial proscribit expressément la vente ambulante sur la plage, à laquelle s'apparentent nécessairement la vente de boissons et l'activité de restauration rapide hors chalets attenants; qu'il résulte de l'instruction, que le 8 mars 2013, alors que deux offres avaient été retenues, celles de la SARL MIRAMAR et de M. Le Maguer, la commune de La Seyne sur Mer a informé la société requérante qu'à « *la demande d'un candidat et pour les lots qui ne disposent pas d'une activité accessoire de restauration et pour lesquels il n'y a pas de chalet attendant, la ville n'était pas opposée sauf disposition réglementaire contraire à ce que l'exploitant du lot exerce une activité accessoire*

*de vente de boissons non alcoolisées, de confiserie, de restauration rapide* » ; qu'ainsi, la commune de La Seyne sur Mer ne pouvait, cours de la négociation, élargir l'objet du sous-traité d'exploitation à l'activité de vente de boissons et de restauration rapide sur la plage alors que le règlement de la consultation renvoyant au cahier des charges de la concession et l'annexe contractuelle au sous-traité d'exploitation initial ne le permettaient pas, même pas à titre accessoire; que, par suite, en modifiant substantiellement l'objet de la délégation de service public, la commune de La Seyne sur Mer a manqué à ses obligations de publicité et de mise en concurrence ; que ce manquement, qui a permis à M. Le Maguer de se voir attribuer le sous-traité d'exploitation en proposant un prix plus élevé intégrant l'activité de restauration rapide, a affecté les chances de la SARL MIRAMAR d'obtenir le contrat, l'offre de cette dernière n'ayant pas intégré l'activité de restauration assurée par le chalet attenant pour lequel elle versait déjà une redevance ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que la SARL MIRAMAR est fondée à demander l'annulation de la délégation de service public sur le fondement du troisième alinéa de l'article L. 551-18 du code de justice administrative, aucune raison impérieuse d'intérêt général ne justifiant le prononcé de l'une des mesures alternatives à l'annulation prévues par l'article L. 551-20 du même code ; que, cependant, compte tenu de la nécessité d'assurer la continuité des prestations d'exploitation et d'entretien du lot de plage, ainsi que les prestations de surveillance et de contrôle de la sécurité des usagers durant le délai nécessaire au lancement d'une nouvelle procédure de publicité et de mise en concurrence et à l'attribution du nouveau sous-traité correspondant au lot en cause et de l'intérêt général qui s'attache à ce que cette continuité soit préservée, il y a lieu de ne prononcer l'annulation de ce sous-traité d'exploitation qu'à l'expiration d'un délai de quatre mois à compter de la date de la présente ordonnance ;

Considérant qu'il y a lieu, par ailleurs, de rejeter les conclusions à fin de suspension du contrat qui sont sans objet du fait de la présente annulation;

Sur les conclusions tendant à l'application des dispositions des articles L. 761-1 et R.761-1 du code de justice administrative :

Considérant qu'il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de la commune de La Seyne-sur-Mer une somme de 3 000 euros au titre des frais exposés par la SARL MIRAMAR et non compris dans les dépens, ainsi que la somme de 35 euros représentant la contribution pour l'aide juridique ; qu'il n'y a pas lieu, en revanche, d'accueillir les conclusions présentées à ce même titre par la commune de La Seyne sur Mer, partie perdante dans la présente instance ;

ORDONNE

Article 1<sup>er</sup> : Le sous-traité d'exploitation du lot n°1 de la plage des Sablettes à La Seyne sur Mer conclu le 27 mai 2013 avec M.Le Maguer est annulé. Cette annulation prendra effet à l'expiration d'un délai de quatre mois à compter de la date de la présente ordonnance.

Article 2 : La commune de La Seyne sur Mer versera à la SARL MIRAMAR la somme de 3 000 euros au titre des frais exposés par elle et non compris dans les dépens ainsi que la somme de 35 euros au titre de la contribution pour l'aide juridique.

Article 3 : Les conclusions présentées par la commune de La Seyne sur Mer au titre de l'article L.761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 4 : Le surplus des conclusions de la requête est rejeté.

Article 5 : La présente ordonnance sera notifiée à la SARL MIRAMAR, à la commune de La Seyne sur Mer et à M. Le Maguer.

Fait à Toulon, le 4 juillet 2013.

Le juge des référés,

Signé

F.Steck-Andrez

La République mande et ordonne au préfet du Var en ce qui le concerne, ou à tous huissiers de justice à ce requis en ce qui concerne les voies d'exécution contre les parties privées, de pourvoir à l'exécution de la présente décision.

Pour expédition conforme,  
Le greffier,