

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE NICE**

N° 2205763

PREFET DES ALPES-MARITIMES

M. Pascal
Juge des référés

Ordonnance du 12 janvier 2023

54-035-02
C

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Le tribunal administratif de Nice

Le juge des référés

Vu la procédure suivante :

Par une requête et un mémoire, enregistrés les 6 décembre 2022 et 11 janvier 2023, le préfet des Alpes-Maritimes, demande au tribunal, sur le fondement de l'article L. 2131-6, alinéa 3, du code général des collectivités territoriales, de suspendre le contrat pour l'exploitation de l'établissement balnéaire lot n° 2 dit « Papaya » conclu le 6 avril 2022 entre la société Andross 2 et la métropole Nice Côte d'Azur, transmis au contrôle de légalité le 7 avril 2022.

Le préfet soutient que :

- le déféré est recevable : la demande de pièces portant sur la société attributaire du contrat est pleinement justifiée pour contrôler la légalité dudit contrat ;
 - des moyens permettent de douter sérieusement de la légalité du contrat en litige et justifient la suspension sollicitée et sont de nature à justifier l'annulation du contrat ; la suspension ne porte pas atteinte de manière excessive à l'intérêt général :
- la candidature de la SAS Andross était irrecevable et aurait dû être écartée ; elle relevait d'un cas d'exclusion au regard du code de la commande publique puisque cette société n'était pas à jour de ses obligations fiscales, tant au début qu'à la fin de la procédure de passation ; une telle illégalité justifie l'annulation du contrat par le juge du fond ;
 - le règlement de la consultation a été modifié tardivement et de manière substantielle, en pondérant de manière importante les sous-critères, en cours de procédure de passation ;
 - la société Andross a méconnu les règles de la consultation en proposant de réaliser des investissements supérieurs à sa capacité d'amortissement ; le projet de contrat et le contrat précisent que les immobilisations doivent être amorties avant l'échéance du contrat ; la proposition d'une valeur nette comptable à

l'issue de la délégation de service public est contraire à l'article 14 du projet du contrat faisant partie des documents de la consultation ; la transparence de la procédure n'a pas été assurée et l'égalité entre les candidats n'a pas été respectée ;

- la crédibilité de l'offre de la société Andross est sujette à caution.

Par un mémoire, enregistré le 9 janvier 2022, la métropole Nice Côte d'Azur, prise en la personne de son président en exercice, représentée par Me Letellier, conclut au rejet de la requête et demande, en outre, au tribunal de mettre à la charge de l'Etat la somme de 3 000 euros sur le fondement des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- la requête est irrecevable : en effet, la requête au fond est forclose, le préfet des Alpes-Maritimes ayant sollicité des pièces complémentaires non strictement nécessaires à son contrôle de légalité ; le préfet a artificiellement prorogé le délai d'action en orientant, au surplus, sa demande vers une société qui n'a pas candidaté ;
- la suspension sollicitée ne repose sur aucun doute sérieux :
 - à titre principal, aucun des moyens de la requête n'est fondé ; seule la société Andross 2 a candidaté lors de la procédure d'appel d'offres ; or, l'irrecevabilité soulevée par le préfet concerne la situation d'un non candidat, la société Andross ; le moyen tiré d'une modification tardive et substantielle du règlement de la consultation est erroné en droit et en fait : les précisions apportées n'ont pas modifié les conditions de réalisation de la prestation, n'ont ajouté ni modifié profondément les critères de choix et sont intervenues alors qu'aucune offre n'avait été déposée ; l'allégation du préfet sur l'ampleur des investissements est irrecevable et non fondée ; de même, l'argument tiré de la non crédibilité de l'offre financière de la société Andross 2 n'est pas recevable et ne repose sur aucun élément ni sur aucun fondement juridique ;
 - à titre subsidiaire, les moyens soulevés par le préfet ne sont pas, en tout état de cause, de nature à emporter l'annulation du contrat ; l'intérêt général justifie la poursuite du contrat.

Par un mémoire, enregistré le 10 janvier 2023, la société par actions simplifiée Andross 2, prise en la personne de son représentant légal, représentée par Me Hourcabié, conclut au rejet de la requête et demande, en outre, au tribunal de mettre à la charge de l'Etat la somme de 5 000 euros au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- à titre principal, la requête est irrecevable : la requête au fond est tardive, le préfet ayant demandé, en vue de prolonger le délai de recours contentieux, des pièces sans lien avec la convention du 6 avril 2022 ; c'est, en effet, la société Andross 2 qui a soumissionné et la demande de l'administration concernait donc une société qui n'a pas soumissionné ;
- à titre subsidiaire, la demande de suspension est mal fondée :

- la candidature de la société Andross 2, en cours de constitution et titulaire du sous-contrat de concession, était recevable ;
- le règlement de la consultation n'a pas été modifié tardivement ni substantiellement ; l'autorité concédante a hiérarchisé les critères de choix et a pondéré les sous-critères de choix à un stade où elle ne disposait pas des offres et ce, dans un souci de transparence de la procédure et en laissant 13 jours aux soumissionnaires pour intégrer les nouvelles précisions ;
- sa proposition concernant les investissements est parfaitement légale : la critique du préfet des Alpes-Maritimes manque en fait et n'est pas fondée ;
- la critique du préfet sur la crédibilité de l'offre de la société Andross 2 repose sur des éléments factuels grossièrement erronés.

Vu :

- le déféré, enregistré le 6 décembre 2022 sous le n° 2205764 par lequel le préfet des Alpes-Maritimes demande l'annulation du contrat du 6 avril 2022 ;
- la convention en litige ;
- les autres pièces du dossier.

Vu :

- le code général des collectivités territoriales ;
- le code général de la propriété des personnes publiques ;
- le code de la commande publique ;
- le code de justice administrative.

La présidente du tribunal a désigné M. Pascal, vice-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 12 janvier 2023 à 10 h 00 :

- le rapport de M. Pascal, juge des référés, assisté de Mme Antoine, greffière ;
- les observations de Mme Vesin, pour le préfet des Alpes-Maritimes, qui reprend les moyens et arguments de la requête et qui fait valoir que le déféré n'est pas tardif et que la candidature de la société Andross, non à jour de ses obligations fiscales, devait être déclarée irrecevable dès lors qu'il est constant que cette société, seule, est l'attributaire du contrat du 6 avril 2022, la société Andross 2 étant la société dédiée à l'exécution de la délégation de service public. Si le pouvoir adjudicateur a souhaité apporter des précisions concernant les critères de l'analyse des offres, il ne pouvait pas, toutefois, modifier substantiellement quelques jours avant le dépôt des offres, des éléments importants tenant à l'élaboration des offres ; s'agissant des investissements, l'offre présentée par la société Andross revient à faire supporter à la personne publique l'amortissement dans les charges du compte d'exploitation prévisionnel des biens de reprise et des biens propres. Le préfet poursuit l'objectif d'assurer le respect du principe d'égalité de traitement des candidats.
- les observations de Me Letellier pour la métropole Nice Côte d'Azur, qui reprend ses écritures et fait valoir que le préfet a étalé le contrôle de légalité sur 8 mois pour demander, en réalité, des pièces qui concernent une société qui n'a pas candidaté. La délibération du conseil métropolitain du 11 mars 2022 indique, à tort, que la société Andross

est l'attributaire du contrat alors que la lettre de candidature indique expressément que la société Andross 2 est la seule à avoir présenté sa candidature ; les précisions apportées au règlement de consultation ont poursuivi l'objectif de transparence de la procédure, ne présentent aucun caractère substantiel et n'ont en aucun cas porté atteinte au principe d'égalité de traitement des candidats ; l'offre de la société Andross 2 répond, dans le strict respect de la jurisprudence administrative, à l'objectif de s'assurer qu'en fin de délégation, chacun des biens de retour nécessaire au fonctionnement du service public soit remis gratuitement à l'autorité concédante. La suspension du contrat apparaît impossible dès lors que le contrat ne sera pas annulé par le juge du fond sachant qu'elle est techniquement, juridiquement et économiquement incohérente.

- les observations de Me Hourcabie pour la société Andross 2, qui reprend ses écritures et fait valoir que cette société a justifié, par la lettre de candidature versée au dossier, qu'elle, seule, a présenté une candidature dans le cadre de la procédure d'attribution du contrat. La preuve en est également qu'aucun avenant n'est intervenu pour prévoir la substitution du sous-concessionnaire ainsi que l'envisageait l'article 10. 1 du contrat. Le préfet a demandé, à tort, des documents ne concernant pas le candidat attributaire du contrat et la société Andross 2 ne doit pas pâtir d'une erreur contenue dans la délibération du 11 mars 2022 ; la présentation et l'examen des offres se sont déroulés sur de nombreux mois, avec notamment une phase de négociation, les candidats ont pu ainsi présenter et aménager leurs offres au vu des dernières précisions, sur la base des mêmes critères et sous-critères, apportées par le pouvoir adjudicateur ; s'agissant des investissements, elle s'est conformée pour présenter son offre à la jurisprudence *Commune de Douai*, telle qu'éclairée par les conclusions du rapporteur public Da Costa ; s'agissant, enfin de la crédibilité de l'offre, il suffit aujourd'hui de constater que plus de 600 000 euros d'investissement ont été réalisés. En cas de suspension, il est probable que la société Andross 2 disparaîtrait.

La clôture de l'instruction a été fixée, à l'issue de l'audience.

Considérant ce qui suit :

1. Par une délibération du 27 novembre 2020, le conseil métropolitain de la métropole Nice Côte d'Azur a approuvé le principe de la délégation de service public pour attribuer l'exploitation de deux lots de plage situés à Eze et a autorisé son président à engager la procédure devant conduire à l'attribution de cette délégation. L'avis public à la concurrence a été publié au bulletin officiel des annonces de marchés publics et dans la presse les 8 et 11 janvier 2021. Cinq sociétés ont déposé un dossier de candidature pour le lot n° 2. La commission d'ouverture des plis a ouvert, le 18 février 2021, les offres des candidats et la commission de délégation de service public a écarté, le 17 mars 2021, un candidat pour l'ouverture des offres et a émis, le 26 avril 2021, l'avis permettant au président d'inviter les quatre candidats à engager toute discussion utile. Au regard des offres finales ouvertes le 8 septembre 2021, leur analyse reprise dans un rapport au président sur le choix du sous-concessionnaire, propose au président de la métropole d'approuver le choix de la société par actions simplifiée (SAS) Andross. Par la délibération n° 30.3 du 11 mars 2022, le conseil métropolitain de la métropole Nice Côte d'Azur a attribué à la SAS Andross le contrat de délégation de service public portant sur l'exploitation du lot d'activités balnéaires n° 2 dit « Papaya » situé à Eze. Par un contrat de concession du 6 avril 2022, la métropole Nice Côte d'Azur a délégué à la société Andross 2 la gestion de la plage publique, lot n° 2, située sur le domaine public maritime et ferroviaire, à Eze, pour la période du 1^{er} janvier 2022 au 31 décembre 2026. Le préfet des Alpes-Maritimes demande au tribunal de suspendre l'exécution de ce contrat.

Sur la fin de non-recevoir soulevée en défense :

2. D'une part, il résulte de l'instruction et notamment de l'ensemble des courriers versés au dossier échangés entre la métropole de Nice Côte d'Azur et la SAS Andross lors du déroulement de la procédure d'attribution du contrat de sous-concession du lot n° 2, du procès-verbal de négociation avec cette société daté du 10 juin 2021, du rapport au président sur le choix du sous-concessionnaire du 24 novembre 2021 et de la délibération précitée du 11 mars 2022 que la société Andross a été retenue comme attributaire du contrat de délégation de service portant sur l'exploitation du lot n° 2 et que la société Andross 2 est la société dédiée en charge exclusive de la délégation de service public.

3. D'autre part, il est constant que la métropole Nice Côte d'Azur a transmis, le 7 avril 2022, au préfet des Alpes-Maritimes le contrat de sous-concession du 6 avril 2022, lequel a adressé, le 30 mai 2022, une demande portant sur la communication des documents prévus à l'article R. 3123-18 du code de la commande publique concernant la société Andross. La métropole a fait droit à cette demande par courrier du 20 juillet 2022 suivie d'une lettre du préfet du 15 septembre 2020 demandant à la métropole de résilier le contrat, ce qu'elle a décliné par courrier du 30 septembre 2022, reçu en préfecture le 6 octobre 2022. La métropole et la société Andross ne contestent pas utilement dans leurs écritures ni lors de l'audience que les renseignements tenant au respect par la société Andross, candidat attributaire du contrat, des obligations prévues à l'article R. 2123-18 du code de la commande publique sont nécessaires au contrôle du préfet des Alpes-Maritimes portant sur la légalité du contrat qui lui a été transmis. Il ne résulte pas non plus de l'instruction que le pouvoir adjudicateur a disposé des justificatifs lui permettant de contrôler l'existence d'interdictions de soumissionner de la société attributaire. Par suite, le préfet des Alpes-Maritimes n'était pas tardif lorsqu'il a demandé, par requête enregistrée le 6 décembre 2022, l'annulation du contrat du 6 avril 2022.

Sur les conclusions présentées sur le fondement de l'article L. 2131-6, alinéa 3, du code des collectivités territoriales :

4. D'une part, aux termes de l'article L. 2131-6 du code général des collectivités territoriales, auquel renvoie l'article L. 554-1 du code de justice administrative : « *Le représentant de l'Etat dans le département défère au tribunal administratif les actes mentionnés à l'article L. 2131-2 qu'il estime contraires à la légalité dans les deux mois suivant leur transmission. / (...) / Le représentant de l'Etat peut assortir son recours d'une demande de suspension. Il est fait droit à cette demande si l'un des moyens invoqués paraît, en l'état de l'instruction, propre à créer un doute sérieux quant à la légalité de l'acte attaqué. Il est statué dans un délai d'un mois. (...)* ».

5. D'autre part, aux termes de l'article L. 3123-2 du code de la commande publique : « *Sont exclues de la procédure de passation des contrats de concession les personnes qui n'ont pas souscrit les déclarations leur incombant en matière fiscale ou sociale ou n'ont pas acquitté les impôts, taxes, contributions ou cotisations sociales exigibles. La liste de ces impôts, taxes, contributions ou cotisations sociales est fixée par un arrêté du ministre chargé de l'économie qui figure en annexe au présent code (...)* ». Aux termes de l'article L. 3123-20 du même code : « *Est irrecevable une candidature présentée par un candidat qui ne peut participer à la procédure de passation en application des articles L. 3123-1 à L. 3123-14, L. 3123-16 et L. 3123-17 ou qui ne possède pas les capacités ou les aptitudes*

exigées en application de la présente section ». Aux termes de l'article R. 3123-17 dudit code : « *Le candidat produit, au plus tard avant l'attribution du contrat, tout document attestant qu'il ne fait l'objet d'aucune exclusion de la participation à la procédure de passation des contrats de concession prévue aux articles L. 3123-1 à L. 3123-14* ». Et aux termes de l'article R. 3123-18 de ce code : « *Pour justifier qu'il a satisfait aux obligations prévues à l'article L. 3123-2, le candidat produit un certificat délivré par les administrations et organismes compétents (...)* ». Il résulte de ces dispositions que le candidat auquel il est envisagé d'attribuer le contrat de concession doit produire des documents attestant notamment qu'il est à jour de ses obligations fiscales et sociales avant la signature du contrat et, qu'à défaut, son offre doit être rejetée, le candidat dont l'offre a été classée immédiatement après la sienne pouvant se voir attribuer le marché.

6. Il résulte de l'instruction que la société attributaire du marché n'était pas à jour de ses obligations fiscales lorsqu'elle a candidaté et que sa situation n'était toujours pas régularisée à la date de la signature du contrat du 6 avril 2022. Il ne résulte pas non plus de l'instruction que la métropole Nice Côte d'Azur ait sollicité auprès de cette société les justificatifs lui permettant de vérifier la régularité de sa situation fiscale avant l'attribution du contrat. Le moyen tiré de l'irrégularité de la procédure d'attribution du contrat, la candidature de la société Andross encourant l'exclusion de plein droit de ladite procédure en application des dispositions précitées du code de la commande publique, est ainsi de nature, sans qu'il soit besoin de statuer sur les autres moyens soulevés par le préfet des Alpes-Maritimes, à faire naître un doute sérieux sur la validité du contrat en litige.

7. Il appartient au juge, lorsqu'il constate l'existence de vices entachant la validité du contrat, de prendre en considération la nature de l'illégalité commise pour se prononcer sur les conclusions à fins de suspension de l'exécution du contrat sur le fondement de l'article L.2131-6 du code général des collectivités territoriales.

8. Eu égard à la nature et à la portée du manquement aux exigences tenant à l'exclusion de plein droit de la procédure de passation des contrats de concession, les conséquences tant pour les parties que pour le service public balnéaire ne peuvent pas être regardées comme portant une atteinte excessive à l'intérêt général.

9. Il résulte de ce qui précède que le préfet des Alpes-Maritimes est fondé à demander la suspension de l'exécution du contrat du 6 avril 2022 portant sur l'exploitation de l'établissement balnéaire lot n° 2 dit « Papaya » situé à Eze.

Sur les frais du litige :

10. Les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce que l'État, qui n'a pas la qualité de partie perdante, verse à la métropole Nice Côte d'Azur et à la société Andross 2 la somme que celles-ci réclament au titre des frais exposés par elle et non compris dans les dépens.

ORDONNE

Article 1^{er} : L'exécution du contrat portant sur l'exploitation de l'établissement balnéaire lot n° 2 dit « Papaya » situé à Eze conclu, le 6 avril 2022, entre la métropole Nice Côte d'Azur et la société par actions simplifiée Andross 2 est suspendue.

Article 2 : Les conclusions de la métropole Nice Côte d'Azur et de la société Andross 2 tendant à l'application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 3 : La présente ordonnance sera notifiée préfet des Alpes-Maritimes, à la métropole Nice Côte d'Azur et à la société Andross 2.

Copie sera transmise au ministre de la transition écologique et de la cohésion des territoires.

Fait à Nice, le 12 janvier 2023.

Le juge des référés,

signé

F. Pascal

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

Pour expédition conforme,
Le greffier en chef,
Ou par délégation, le greffier,