

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE MARSEILLE**

N° 2303581

PRÉFET DES BOUCHES-DU-RHÔNE

M. Gonneau
Président-Rapporteur

Mme Dyèvre
Rapporteuse publique

Audience du 1^{er} février 2024
Jugement du 22 février 2024

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Le tribunal administratif de Marseille

(3^{ème} chambre)

Vu la procédure suivante :

Par un déféré, enregistrée le 13 avril 2023, le préfet des Bouches-du-Rhône demande au tribunal d'annuler le marché global de performance signé le 18 octobre 2021 par la société mandataire de la commune de Gardanne.

Il soutient que :

- la société d'économie mixte d'aménagement de Gardanne et sa région (SEMAG) n'était pas compétente pour signer le marché en cause, dès lors qu'il n'entrait pas le champ d'application du mandat de maîtrise d'ouvrage, lequel a été attribué à la SEMAG en violation des obligations de publicité et de mise en concurrence, et qui n'a jamais pris effet faute d'être daté ;
- la SEMAG ne pouvait approuver le choix de l'attributaire, en application des dispositions de l'article L. 2422-6 du code de la commande publique ;
- le nombre maximal de candidatures n'a pas été fixé, en méconnaissance des dispositions de l'article R. 2142-17 du code de la commande publique ;
- le rejet de la candidature d'un candidat est intervenu en méconnaissance des dispositions de l'article R. 2147-18 du code de la commande publique ;
- les candidatures ne satisfaisant pas le niveau minimum de capacité demandé n'ont pas été déclarées irrecevables ;
- des références non demandées par le règlement de la consultation ont toutefois été notées ;
- la note maximale obtenue par le groupement attributaire au sous-critère 2 relatif à la note de présentation et aux certifications des membres du groupement est injustifiée ;
- la vérification prévue par l'article R. 2144-7 du code de la commande publique n'a pas été effectuée ;

- le groupement retenu n'a pas présenté d'assurance décennale, en méconnaissance des dispositions de l'article R. 2142-12 du code de la commande publique ;
- le barème de notation des offres n'a pas été appliqué, dès lors que les candidats ont obtenu des notes supérieures à la catégorie du barème dans laquelle se situaient leurs offres en matière d'environnement, que le nombre de nouveaux usages présentés par la société attributaire au titre de l'efficacité du service public a été indûment majoré, que l'offre de cette société était inadéquate au regard de la pertinence et du fondement légal de certains usages, la note de la société concurrente n'est pas justifiée, les nouveaux usages n'ont pas été contractualisés, les espaces de convivialité faisant l'objet du critère tenant au confort urbanistique n'ont pas été définis, ce qui a permis de favoriser la société attributaire.

Par des mémoires en défense, enregistrés le 30 juin et le 19 octobre 2023, la société Citétech-Citéquip conclut à l'annulation du contrat en litige, à ce que la commune de Gardanne soit condamnée à lui verser la somme de 9 776 988,27 euros hors taxes au titre des dépenses utiles exposées pour l'exécution du marché, la somme de 4 998 626,84 euros au titre du manque à gagner, la somme de 5 716 671,80 euros au titre du préjudice commercial ou, subsidiairement, à ce qu'une expertise soit ordonnée, et à ce qu'il soit mis à la charge de la commune de Gardanne la somme de 2 500 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- la convention de mandat de maîtrise d'ouvrage est nulle dès lors que les mentions prévues par les 1° et 2° de l'article L. 2422-7 du code de la commande publique n'apparaissent pas ou sont lacunaires ;
- le marché n'était pas financé ;
- elle doit être indemnisée au titre des dépenses engagées utiles à la commune et des préjudices subis du fait des fautes de la commune.

Par un mémoire en défense, enregistré le 19 octobre 2023, la commune de Gardanne et la SEMAG sollicitent le rejet du déféré et des conclusions de la société Citétech-Citéquip et demandent que soit mise à la charge solidaire de l'État et de la société Citétech-Citéquip la somme de 6 000 euros au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ainsi que les entiers dépens.

Elle soutient que :

- le déféré est tardif ;
- il n'y a pas lieu de statuer sur le déféré dès lors que le contrat a été résilié ;
- l'intervention de la société Citétech-Citéquip est irrecevable dès lors que le déféré est irrecevable et qu'il ne comporte pas de demandes indemnitaires ;
- les moyens soulevés à l'encontre du contrat ne sont pas fondés ;
- le montant des dépenses utiles est surévalué et injustifié ;
- les préjudices subis par la société, qui ne sont pas justifiés, sont la conséquence de ses propres fautes dans l'exécution du contrat.

Les parties ont été informées, en application des dispositions de l'article R. 611-7 du code de justice administrative, de ce que le jugement était susceptible d'être fondé sur un moyen relevé d'office, tiré de l'irrecevabilité des conclusions indemnitaires reconventionnelles présentées par la société Citétech-Citéquip en tant qu'elles soulèvent un litige distinct de celui soumis au tribunal par le préfet des Bouches-du-Rhône.

Vu les autres pièces du dossier.

Vu :

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

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

Ont été entendus au cours de l'audience publique :

- le rapport de M. Gonneau, président-rapporteur
- les conclusions de Mme Dyèvre, rapporteure publique,
- et les observations de M. Martel, représentant le préfet des Bouches-du-Rhône, de Me Chaussade, représentant la commune de Gardanne et la SEMAG et de Me, représentant la société Citétech-Citéquip.

Considérant ce qui suit :

1. La SEMAG, agissant sur le fondement d'une convention de maîtrise d'ouvrage passée avec la commune de Gardanne à une date indéterminée, a signé le 18 octobre 2021 avec un groupement représenté par la société Citétech-Citéquip un marché global de performance pour la création d'un réseau multi-services pour l'ensemble des équipements urbains et des bâtiments communaux en vue du développement durable, pour un prix de 35 000 000 euros hors taxes. Le conseil municipal de Gardanne a décidé de résilier ce contrat par une délibération du 28 septembre 2022, transmise au représentant de l'État le 7 octobre 2022. Par un courrier du 10 octobre 2022 le sous-préfet d'Aix-en-Provence a demandé au maire de Gardanne de lui transmettre le contrat du 18 octobre 2021. Par un courrier du 20 décembre 2022, le sous-préfet d'Aix-en-Provence a demandé au maire de Gardanne de procéder à la résolution de ce contrat. Le préfet des Bouches-du-Rhône, à la suite du refus opposé par le maire par un courrier du 17 février 2023, demande au tribunal l'annulation de ce contrat du 18 octobre 2021.

Sur le cadre juridique du litige soulevé par le préfet des Bouches-du-Rhône :

2. Indépendamment des actions dont disposent les parties à un contrat administratif et des actions ouvertes devant le juge de l'excès de pouvoir contre les clauses réglementaires d'un contrat ou devant le juge du référé contractuel sur le fondement des articles L. 551-13 et suivants du code de justice administrative, tout tiers à un contrat administratif susceptible d'être lésé dans ses intérêts de façon suffisamment directe et certaine par sa passation ou ses clauses est recevable à former devant le juge du contrat un recours de pleine juridiction contestant la validité du contrat ou de certaines de ses clauses non réglementaires qui en sont divisibles. Cette action devant le juge du contrat est également ouverte aux membres de l'organe délibérant de la collectivité territoriale ou du groupement de collectivités territoriales concerné ainsi qu'au représentant de l'État dans le département dans l'exercice du contrôle de légalité. Le représentant de l'État dans le département et les membres de l'organe délibérant de la collectivité territoriale

ou du groupement de collectivités territoriales concerné, compte tenu des intérêts dont ils ont la charge, peuvent invoquer tout moyen à l'appui du recours ainsi défini.

3. Saisi ainsi par le représentant de l'État dans les conditions définies ci-dessus, de conclusions contestant la validité du contrat ou de certaines de ses clauses, il appartient au juge du contrat, lorsqu'il constate l'existence de vices entachant la validité du contrat, d'en apprécier l'importance et les conséquences. Ainsi, il lui revient, après avoir pris en considération la nature de ces vices, soit de décider que la poursuite de l'exécution du contrat est possible, soit d'inviter les parties à prendre des mesures de régularisation dans un délai qu'il fixe, sauf à résilier ou résoudre le contrat. En présence d'irrégularités qui ne peuvent être couvertes par une mesure de régularisation et qui ne permettent pas la poursuite de l'exécution du contrat, il lui revient de prononcer, le cas échéant avec un effet différé, après avoir vérifié que sa décision ne portera pas une atteinte excessive à l'intérêt général, soit la résiliation du contrat, soit, si le contrat a un contenu illicite ou s'il se trouve affecté d'un vice de consentement ou de tout autre vice d'une particulière gravité que le juge doit ainsi relever d'office, l'annulation totale ou partielle de celui-ci. Il peut enfin, s'il en est saisi, faire droit, y compris lorsqu'il invite les parties à prendre des mesures de régularisation, à des conclusions tendant à l'indemnisation du préjudice découlant de l'atteinte à des droits lésés.

Sur la recevabilité des conclusions indemnitaires présentées par la société Citétech-Citéquip :

4. Les conclusions reconventionnelles présentées par la société Citétech-Citéquip à l'encontre de la commune de Gardanne, qui ont pour objet de voir celle-ci condamnée à hauteur des dépenses utiles pour la commune exposées pendant l'exécution du contrat et des préjudices qu'aurait subis la société Citétech-Citéquip du fait des fautes de la commune, soulèvent un litige entre les parties au contrat, tenant principalement à l'exécution du contrat, distinct de celui dont a été saisi le tribunal, tenant à la passation du contrat, par le préfet des Bouches-du-Rhône, tiers au contrat. Par suite, les conclusions reconventionnelles indemnitaires présentées par la société Citétech-Citéquip sont irrecevables et doivent être rejetées.

Sur la validité du contrat :

En ce qui concerne la régularité du mandat de maîtrise d'ouvrage :

5. Aux termes de l'article L. 2410-1 du code de la commande publique : « *Les acheteurs définis au chapitre Ier qui, projetant la construction d'un ouvrage répondant aux caractéristiques mentionnées au chapitre II, envisagent la passation de marchés publics dans ce but, sont soumis en leur qualité de maîtres d'ouvrage aux dispositions du présent livre* ». Aux termes de l'article L. 2412-1 du même code : « *Les dispositions du présent livre sont applicables aux opérations de construction neuve ou de réhabilitation portant sur un ouvrage défini à l'article L. 1111-2 et faisant l'objet d'un marché public ainsi que sur les équipements industriels destinés à l'exploitation de ces ouvrages* ». Aux termes de l'article L. 1111-2 du même code : « *Un marché de travaux a pour objet : 1° Soit l'exécution, soit la conception et l'exécution de travaux dont la liste figure dans un avis annexé au présent code ; 2° Soit la réalisation, soit la conception et la réalisation, par quelque moyen que ce soit, d'un ouvrage répondant aux exigences fixées par l'acheteur qui exerce une influence déterminante sur sa nature ou sa conception. Un ouvrage est le résultat d'un ensemble de travaux de bâtiment ou de génie civil*

destiné à remplir par lui-même une fonction économique ou technique ». Aux termes de l'article L. 1111-5 du même code : « *Lorsqu'un marché porte sur des travaux et sur des fournitures ou des services, il est un marché de travaux si son objet principal est de réaliser des travaux (...)* ». Aux termes de l'article L. 2422-5 du même code : « *Dans la limite du programme et de l'enveloppe financière prévisionnelle de l'opération qu'il a arrêtés, le maître d'ouvrage peut confier par contrat de mandat de maîtrise d'ouvrage à un mandataire l'exercice, en son nom et pour son compte, de tout ou partie des attributions mentionnées à l'article L. 2422-6, dans les conditions de la présente section (...)* ». Aux termes de l'article L. 2422-6 du même code : « *Le contrat de mandat de maîtrise d'ouvrage a pour objet de confier au mandataire l'exercice, parmi les attributions mentionnées à l'article L. 2421-1, de tout ou partie des attributions suivantes : 1° La définition des conditions administratives et techniques selon lesquelles l'ouvrage sera étudié et exécuté ; 2° La préparation, la passation, la signature, après approbation du choix de l'attributaire, du marché public de maîtrise d'œuvre ainsi que le suivi de son exécution ; 3° L'approbation des études d'avant-projet et des études de projet du maître d'œuvre ; 4° La préparation, la passation, la signature, après approbation du choix des attributaires, des marchés publics de travaux, ainsi que le suivi de leur exécution ; 5° Le versement de la rémunération du maître d'œuvre et le paiement des marchés publics de travaux ; 6° La réception de l'ouvrage* ».

6. L'annexe n°1 au code de la commande publique, fixant la liste des travaux mentionnés au 1° de l'article L. 1111-2 mentionne notamment : la construction d'ouvrages de bâtiment ou de génie civil qui regroupe notamment la construction de bâtiment de tous types, et les lignes de communication pour réseaux urbains, les travaux annexes d'aménagement urbain, les travaux d'installation électrique, les autres travaux d'installation qui regroupe l'installation de systèmes d'éclairage et de signalisation pour chaussées.

7. Il résulte de l'instruction, et notamment des cahiers des clauses techniques particulières applicables au marché en litige, que celui-ci devait consister en la création d'un réseau de capteurs et d'un centre d'« hypervision », centralisant et traitant les données issues de ces capteurs, qui aurait dû se situer dans des locaux mis à disposition et aménagés par le maître d'ouvrage, la société attributaire étant en charge du mur d'images (12 écrans), des trois postes informatiques de travail, des serveurs, connections, connection à la fibre optique etc. le contrat avait aussi pour objet la maintenance, l'exploitation et le dépannage du réseau multi-services composé du centre d'« hypervision », des connections et liaisons, des capteurs à « intelligence artificielle », et du mobilier urbain connecté, ainsi que la reconstruction, gros entretien et réparation des réseaux multi-services, soit les tranchées dans les chaussées et la pose de l'éclairage et de la signalisation principalement. L'acte d'engagement indique que le marché comprend trois parties, conception, réalisation et maintenance, et la déclaration « DC2 » du candidat Citétech-Citéquip, à qui la majeure partie de l'exécution du contrat devait incomber, indiquait qu'il n'avait pas souscrit de contrat d'assurance le couvrant au titre de la responsabilité décennale pour les marchés publics de travaux. Ainsi, le marché en litige n'avait pas pour objet principal de réaliser des travaux et ne pouvait donc faire l'objet, en application des dispositions de l'article L. 2412-1 précité, d'un mandat de maîtrise d'ouvrage.

8. Aux termes de l'article L. 1111-1 du code de la commande publique : « *Un marché est un contrat conclu par un ou plusieurs acheteurs soumis au présent code avec un ou plusieurs opérateurs économiques, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services, en contrepartie d'un prix ou de tout équivalent* ». Aux termes de l'article 1^{er} du mandat de maîtrise d'ouvrage : « *Au vu de l'intérêt pour le territoire de cette opération et de l'objet social de la SEMAG contribuant à satisfaire cet intérêt, toutes les prestations réalisées*

par le mandataire au titre du présent mandat seront réalisées à titre gratuit et ce de la date de prise d'effet du présent contrat jusqu'à l'expiration de la durée du présent mandat ».

9. En l'absence de prix ou de tout autre équivalent convenu entre la commune de Gardanne et la SEMAG, la convention de mandat de maîtrise d'ouvrage ne constitue pas un marché, et, par suite, le moyen tiré de ce que la passation de cette convention n'aurait pas respectée les règles de publicité et de mise en concurrence est inopérant et doit être écarté.

10. Aux termes de l'article 4 du mandat de maîtrise d'ouvrage : *« Le présent mandat prend effet à compter de sa signature (...) ».*

11. Si le préfet des Bouches-du-Rhône fait valoir que la convention de mandat de maîtrise d'ouvrage n'est pas datée, elle est toutefois signée et a ainsi pris effet, le préfet ne soutenant pas que cette prise d'effet aurait été postérieure à la signature du marché en litige.

12. Aux termes de l'article L. 2422-6 du code de la commande publique : *« Le contrat de mandat de maîtrise d'ouvrage a pour objet de confier au mandataire l'exercice, parmi les attributions mentionnées à l'article L. 2421-1, de tout ou partie des attributions suivantes : (...) 4° La préparation, la passation, la signature, après approbation du choix des attributaires, des marchés publics de travaux, ainsi que le suivi de leur exécution (...) ».*

13. Si l'article 3 de la loi n°85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique prévoyait, avant son abrogation par l'ordonnance du 26 novembre 2018 portant partie législative du code de la commande publique, que l'approbation du choix de l'entrepreneur restait une attribution du maître de l'ouvrage, il résulte des dispositions de l'article L. 2422-6 que cette réserve a été supprimée et que ce dernier article permet au maître de l'ouvrage de confier à son mandataire l'approbation du choix des attributaires. Dès lors, l'article 5 de la convention de mandat prévoyant de confier à la SEMAG la « signature, après approbation du choix des attributaires » du contrat en litige, le moyen tiré de ce que le choix de l'attributaire par la commission d'appel d'offres de la SEMAG serait irrégulier doit être écarté.

En ce qui concerne la régularité de la procédure de passation :

14. Aux termes de l'article R. 2142-17 du code de la commande publique : *« Pour les pouvoirs adjudicateurs, le nombre minimum de candidats indiqué dans l'avis d'appel à la concurrence ou dans l'invitation à confirmer l'intérêt, ne peut être inférieur à : 1° Cinq en appel d'offres restreint ; 2° Trois en procédure avec négociation ou en dialogue compétitif ».*

15. Il résulte de l'instruction que l'article II.2.9 de l'avis d'appel public à la concurrence, relatif aux informations sur les limites concernant le nombre de candidats invités à participer, indiquait que le nombre de candidats envisagé s'élevait à trois. Par suite, alors que la commune de Gardanne fait valoir au surplus, sans être contredite, que le terme « envisagé » est propre au formulaire d'avis d'appel public et ne peut être modifié, le moyen tiré de ce que le nombre maximum de candidatures retenues n'aurait pas été déterminé doit être écarté.

16. Aux termes de l'article R. 2142-18 du code de la commande publique : *« Lorsque le nombre de candidats satisfaisant aux critères de sélection est inférieur au nombre minimum indiqué, l'acheteur peut poursuivre la procédure avec ces candidats ».*

17. Il résulte de l'instruction que l'article II.2.9 de l'avis d'appel public à la concurrence, relatif aux informations sur les limites concernant le nombre de candidats invités à participer, mentionnait les critères objectifs de limitation du nombre de candidats, tenants aux capacités économiques et financières, à hauteur de 10%, aux capacités techniques, à hauteur de 30%, et aux capacités professionnelles à hauteur de 60%. Le rapport d'analyse des candidatures indique que l'appréciation passable correspond à un candidat noté de 1 à 2 points sur 5 et à une candidature qui fournit une réponse correspondant en partie au projet. La candidature de la société Inéo, qui a été rejetée à l'issue de son examen, a reçu la note de 9,35 sur 10 en ce qui concerne les capacités économiques et financières, la note de 6 sur 30 en ce qui concerne les capacités techniques, et la note de 12 sur 60 en ce qui concerne les capacités professionnelles, soit une moyenne de 1,37 points au total. Alors que le préfet des Bouches-du-Rhône ne soutient pas qu'il aurait été fait une mauvaise application des critères de limitation du nombre de candidats, la candidature rejetée ne répondait qu'en partie au projet, ce qui justifiait, contrairement à ce que soutient le préfet des Bouches-du-Rhône, qu'elle ne soit pas retenue.

18. Aux termes de l'article R. 2142-2 du code de la commande publique : « *Lorsque l'acheteur décide de fixer des niveaux minimaux de capacité, il ne peut exiger que des niveaux minimaux liés et proportionnés à l'objet du marché ou à ses conditions d'exécution* ».

19. Il résulte de l'instruction que la production de cinq références par compétence, exigée des candidats, avait pour objet l'appréciation de la note de présentation des références significatives qui comptait pour 25% de l'appréciation des capacités techniques et professionnelles, et ne représentait pas, contrairement à ce que soutient le préfet des Bouches-du-Rhône, un niveau minimum de capacité. En tout état de cause, il résulte du rapport d'analyse des candidatures que cet élément d'appréciation a été utilisé de manière conforme au règlement de la consultation. Par suite, le moyen tiré de ce que les niveaux minimums de capacité n'auraient pas été respectés doit être écarté.

20. L'appel public à la concurrence prévoyait que les capacités techniques et professionnelles des candidats serait appréciées notamment, et à hauteur de 35% de l'appréciation, au regard de la note de présentation des qualifications et certifications des membres du groupement comprenant notamment : les certificats de qualifications professionnelles permettant de justifier de la maîtrise par les membres du groupement des compétences pour les études techniques, couvrant toutes les techniques de base des réseaux multi services, l'ingénierie des structures, l'ordonnancement et le pilotage de chantier, des compétences en commissionnement, et des compétences de production d'équipements, d'intégrateur, de paramétreur des systèmes, de réalisation, d'exploitation, de maintien, de gros entretien et de réparation du patrimoine.

21. Le rapport d'analyse de la candidature du groupement Citétech-Citéquip indique : « Note de présentation et certificats de qualifications professionnelles complets couvrant de façon explicite les 4 qualifications requises pour le projet en respect des facteurs 1 à 4 - un certificat de qualification complémentaire prépondérant pour la bonne exécution de la mission et méthodologie et démarche professionnelle significative complémentaire prépondérante pour la bonne exécution de la mission présentation d'une note justifiant de la détention des certifications dans les domaines du management, de l'assurance Qualité (type ISO 9001 ou équivalente), du management environnemental (type ISO 14000 ou équivalente) et du management de la santé et de la sécurité au travail (type ISO 45001 ou équivalent) ».

22. Toutefois, il résulte du dossier de candidature du groupement Citétech-Citéquip que seuls ont été produits les certifications de trois fournisseurs de luminaires et qu'aucun des certificats exigés par le règlement de la consultation n'a été produit par le groupement, contrairement à ce qu'indique le rapport d'analyse des candidatures. Par suite, le préfet est fondé à soutenir que la note de 35/35 obtenue par le groupement attributaire est entachée d'une erreur manifeste d'appréciation.

23. Aux termes de l'article R. 2143-3 du code de la commande publique : « *Le candidat produit à l'appui de sa candidature : 1° Une déclaration sur l'honneur pour justifier qu'il n'entre dans aucun des cas mentionnés aux articles L. 2141-1 à L. 2141-5 et L. 2141-7 à L. 2141-11 notamment qu'il satisfait aux obligations concernant l'emploi des travailleurs handicapés définies aux articles L. 5212-1 à L. 5212-11 du code du travail ; 2° Les renseignements demandés par l'acheteur aux fins de vérification de l'aptitude à exercer l'activité professionnelle, de la capacité économique et financière et des capacités techniques et professionnelles du candidat* ». Le III.1.1 de l'avis d'appel public à la concurrence, relatif à l'habilitation à exercer l'activité professionnelle, se bornait à exiger la production du formulaire Dc1, lettre de candidature et habilitation du mandataire par ses co-traitants, et le formulaire Dc2, déclaration du candidat individuel ou du membre du groupement.

24. Dès lors que ni le code de la commande publique, ni l'avis d'appel public à la concurrence n'exigeaient la production des attestations de régularité fiscale et de paiement des cotisations sociales, les formulaires kbis des sociétés et les attestations d'assurance en responsabilité professionnelle ou décennale, le moyen tiré de ce que ces documents n'ont pas été produits dans le dossier de candidature est inopérant et doit être écarté. Par ailleurs, les sous-traitants, qui ne font pas partie du groupement, ne pouvaient produire les formulaires Dc1 et Dc2, et par suite, le moyen tiré de ce que ces documents n'ont pas été produits est également inopérant.

25. Aux termes de l'article R. 2144-1 du code de la commande publique : « *L'acheteur vérifie les informations qui figurent dans la candidature, y compris en ce qui concerne les opérateurs économiques sur les capacités desquels le candidat s'appuie. Cette vérification est effectuée dans les conditions prévues aux articles R. 2144-3 à R. 2144-5* ». Aux termes de l'article R. 2144-5 du même code : « *Lorsque l'acheteur limite le nombre de candidats admis à poursuivre la procédure, les vérifications mentionnées aux articles R. 2144-1, R. 2144-3 et R. 2144-4 interviennent au plus tard avant l'envoi de l'invitation à soumissionner ou à participer au dialogue* ».

26. Si la commune de Gardanne a produit dans la présente instance, en ce qui concerne la société Valmont, un Kbis du 9 avril 2021, une attestation de régularité fiscale du 13 avril 2021, une attestation URSSAF du 13 avril 2021, une attestation d'assurance pour l'année 2021 du 14 décembre 2020 et, en ce qui concerne la société Travaux électriques du Midi, un Kbis du 30 mai 2021, une attestation de régularité fiscale du 5 juillet 2021, une attestation URSSAF du 5 juillet 2021 et une attestation d'assurance pour l'année 2021 du 14 décembre 2020 couvrant la responsabilité décennale, il résulte de l'instruction que, d'une part, ces pièces ne figuraient pas dans le dossier de candidature du groupement que ces sociétés formaient avec la société Citétech-Citéquip, et, d'autre part la commune n'allègue, ni ne justifie, avoir demandé la communication de ces pièces avant l'envoi de l'invitation à soumissionner. Il ne résulte pas de l'instruction, notamment des rapports d'analyse des candidatures et des offres, que la SEMAG aurait eu connaissance de ces pièces avant l'invitation à soumissionner, ni d'ailleurs avant la signature du contrat, et qu'elle aurait procéder aux vérifications nécessaires. Par suite le préfet

des Bouches-du-Rhône est fondé à soutenir que la vérification des informations n'a pas été effectuée, en méconnaissance des dispositions des articles R. 2144-1 et R. 2144-5 précités.

27. Aux termes de l'article R. 2142-12 : « *L'acheteur peut exiger un niveau approprié d'assurance des risques professionnels* ».

28. Les dispositions précitées laissent aux acheteurs la possibilité d'exiger un niveau approprié d'assurance, sans que cette exigence ne soit une obligation. Par suite, le moyen tiré de ce que la commune de Gardanne n'a pas exigé la justification de ce que le groupement était assuré au titre de la responsabilité décennale des constructeurs ne constitue pas une irrégularité.

29. Le rapport d'analyse des offres fait état de ce que la société Citétech-Citéquip s'est engagée à réduire de 55% l'empreinte carbone par habitant, soit une diminution de 3,6 tonnes de dioxyde de carbone et de 1,4 tonnes de méthane et de protoxyde d'azote. Comme le fait valoir le préfet, ces valeurs correspondent à la catégorie du barème « bien » à hauteur de 40 à 60 points, le rapport d'analyse des offres précisant que la note de présentation ne pouvait permettre que de baisser la note dans chaque catégorie et non d'augmenter la note ou de changer de catégorie. Par suite, le préfet des Bouches-du-Rhône est fondé à soutenir qu'il n'a pu être régulièrement attribué 76 points à la société Citétech-Citéquip au titre du critère de notation tenant à l'environnement. Le rapport d'analyse des offres (p. 5 et 6) fait état de ce que l'autre candidat s'est engagé à réduire de 30% l'empreinte carbone par habitant, soit une diminution de 5,6 tonnes de dioxyde de carbone et de 2,24 tonnes de méthane et de protoxyde d'azote. Ces valeurs correspondaient à la catégorie du barème « médiocre » pour le dioxyde de carbone, « passable » pour le méthane et le protoxyde d'azote et passable pour l'empreinte carbone. Dans ces conditions, le préfet ne justifie pas que la note de 33 points serait irrégulière ou entachée d'une erreur manifeste d'appréciation.

30. Aux termes de l'article L. 2152-4 du code de la commande publique : « *Une offre inappropriée est une offre sans rapport avec le marché parce qu'elle n'est manifestement pas en mesure, sans modification substantielle, de répondre au besoin et aux exigences de l'acheteur qui sont formulés dans les documents de la consultation* ».

31. Il résulte du rapport d'analyse des offres que le critère « efficacité du service public », a été apprécié au regard des engagements du soumissionnaire pour créer de nouveaux usages et au regard de la procédure envisagée pour justifier l'objectif de création de ces nouveaux usages. Le rapport d'analyse des offres justifie que les offres ont été évaluées selon le barème prévu, la circonstance que la société Citétech-Citéquip a été créditée de vingt nouveaux usages au lieu de dix-sept n'apparaissant pas déterminante. Dès lors que la pertinence de ces usages n'était pas un élément de l'appréciation de l'offre, et que la société Citétech-Citéquip n'a manifestement pas proposé d'exercer elle-même des fonctions en matière de police administrative ou de santé publique, le moyen tiré du caractère inapproprié de l'offre du groupement Citétech-Citéquip doit être écarté.

32. L'article 6 de l'acte d'engagement porte notamment sur les nouveaux usages proposés par le groupement attributaire. Par suite, le moyen tiré de ce que ces nouveaux usages n'auraient pas été contractualisés manque en fait.

33. Aux termes de l'article L. 2111-1 du code de la commande publique : « *La nature et l'étendue des besoins à satisfaire sont déterminées avec précision avant le lancement de la*

consultation en prenant en compte des objectifs de développement durable dans leurs dimensions économique, sociale et environnementale ».

34. Aux termes de l'article 3.3.5.5 du cahier des clauses techniques particulières relatif aux espaces de convivialité : « *Dans le cadre de l'aménagement des espaces de convivialité au sein du territoire de la commune, le Titulaire proposera un projet d'aménagement type de ces espaces. Ces espaces publics de convivialité seront équipées des fonctions suivantes : Armoires de liaison vers les espaces publics extérieurs / Terminaux à Intelligence Artificielle des domaines publics extérieurs / Mobilier urbain multi services connecté / Bornes foraines / Caméras de vidéo protection ».*

35. Il en résulte que ni la consistance, ni la superficie, ni l'équipement, ni aucune autre caractéristique de ces espaces publics de convivialité n'ont été précisés par la commune de Gardanne. Les éléments d'appréciation mentionnés par le rapport d'analyse des offres fait apparaître que le projet d'aménagement type a été apprécié au regard de la création de nouveaux usages, non mentionnés dans les documents de la consultation, au regard des fonctionnalités d'usage, reprenant les « fonctions » citées ci-dessus, et confondant ainsi l'objet du contrat et le critère d'appréciation, et au regard du nombre d'espaces de convivialité créés au terme du contrat alors que le cahier des clauses techniques particulières demandait uniquement un projet d'aménagement type. Ainsi l'offre du groupement Citetech-Citéquip, qui ne comprenait pas d'aménagement type, mais des développements très généraux et flous sur la création future de vingt espaces portant sur la superficie totale de la commune, a reçu la note maximale sans aucune justification. Dans ces conditions, faute d'avoir précisément défini les prestations envisagées, lesquelles devaient nécessairement être en rapport direct avec l'objet du marché, la commune de Gardanne n'a pas, eu égard à l'insuffisante définition de la nature et de l'étendue de ses besoins et à la marge de choix discrétionnaire qu'elle s'était ainsi réservée, prévu des modalités d'examen des offres garantissant l'égalité de traitement des candidats et la transparence de la procédure. Par suite le préfet des Bouches-du-Rhône est fondé à soutenir que la commune de Gardanne a manqué à ses obligations en matière de publicité et de mise en concurrence à ce titre.

Sur les conséquences des irrégularités constatées :

36. En premier lieu, le conseil municipal de Gardanne a décidé de résilier le contrat en cause par une délibération du 28 septembre 2022, notifiée à la société Citetech-Citéquip par un courrier du 13 octobre 2022. Il n'y a dès lors pas lieu de prononcer la résiliation du contrat.

37. En second lieu, le contenu d'un contrat ne présente un caractère illicite que si l'objet même du contrat, tel qu'il a été formulé par la personne publique contractante pour lancer la procédure de passation du contrat ou tel qu'il résulte des stipulations convenues entre les parties qui doivent être regardées comme le définissant, est, en lui-même, contraire à la loi, de sorte qu'en s'engageant pour un tel objet, le cocontractant de la personne publique la méconnaît nécessairement. Il ne résulte pas de l'instruction, et il n'est pas allégué par le préfet des Bouches-du-Rhône, que le contenu du contrat en cause serait illicite.

38. En troisième lieu, il ressort de la délibération du 1^{er} septembre 2021 que le conseil municipal de Gardanne a eu connaissance de la convention de mandat de maîtrise d'ouvrage qu'il a approuvé et a autorisé le maire à la signer. La circonstance que cette convention de mandat de maîtrise d'ouvrage n'entraîne pas dans le champ de l'article L. 2412-1 du code de la commande publique ne caractérise pas un vice du consentement de la commune de Gardanne.

39. Enfin, les irrégularités constatées aux points précédents, tenant à l'appréciation de la candidature et de l'offre du groupement attributaire, ne caractérisent pas, en l'état de l'instruction, ce qui n'est d'ailleurs pas soutenu par le préfet des Bouches-du-Rhône, des manquements aux règles de la commande publique commis dans le but intentionnel de favoriser l'attributaire ou un manquement au principe d'impartialité du pouvoir adjudicateur ou tout autre vice d'une particulière gravité que le juge devrait relever d'office.

40. Il résulte des trois points précédant que les conclusions aux fins d'annulation présentées par le préfet des Bouches-du-Rhône doivent être rejetées.

Sur les conclusions aux fins d'annulation présentées par la société Citétech-Citéquip :

41. Les parties à un contrat administratif peuvent saisir le juge d'un recours de plein contentieux contestant la validité du contrat qui les lie. Il appartient alors au juge, lorsqu'il constate l'existence d'irrégularités, d'en apprécier l'importance et les conséquences, après avoir vérifié que les irrégularités dont se prévalent les parties sont de celles qu'elles peuvent, eu égard à l'exigence de loyauté des relations contractuelles, invoquer devant lui. Il lui revient, après avoir pris en considération la nature de l'illégalité commise et en tenant compte de l'objectif de stabilité des relations contractuelles, soit de décider que la poursuite de l'exécution du contrat est possible, éventuellement sous réserve de mesures de régularisation prises par la personne publique ou convenues entre les parties, soit de prononcer, le cas échéant avec un effet différé, après avoir vérifié que sa décision ne portera pas une atteinte excessive à l'intérêt général, la résiliation du contrat ou, en raison seulement d'une irrégularité invoquée par une partie ou relevée d'office par lui, tenant au caractère illicite du contenu du contrat ou à un vice d'une particulière gravité relatif notamment aux conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement, son annulation.

42. En premier lieu, le conseil municipal de Gardanne a décidé de résilier le contrat en cause par une délibération du 28 septembre 2022, notifiée à la société Citétech-Citéquip par un courrier du 13 octobre 2022. Il n'y a dès lors pas lieu de prononcer la résiliation du contrat.

43. En second lieu, le contenu d'un contrat ne présente un caractère illicite que si l'objet même du contrat, tel qu'il a été formulé par la personne publique contractante pour lancer la procédure de passation du contrat ou tel qu'il résulte des stipulations convenues entre les parties qui doivent être regardées comme le définissant, est, en lui-même, contraire à la loi, de sorte qu'en s'engageant pour un tel objet, le cocontractant de la personne publique la méconnaît nécessairement. Il ne résulte pas de l'instruction, et il n'est pas allégué par la société Citétech-Citéquip, que le contenu du contrat en cause serait illicite.

44. En troisième lieu, aux termes de l'article L. 2422-7 du code de la commande publique : « *Le contrat de mandat de maîtrise d'ouvrage est conclu par écrit, quel qu'en soit le montant, et prévoit, à peine de nullité : (...) 2° Le mode de financement de l'ouvrage ainsi que les conditions dans lesquelles le maître d'ouvrage fera l'avance de fonds nécessaires à l'exécution du contrat ou remboursera les dépenses exposées pour son compte et préalablement définies ; 3° Les modalités du contrôle technique, financier et comptable exercé par le maître d'ouvrage aux différentes phases de l'opération (...)* ».

45. Il ressort de la délibération du 1^{er} septembre 2021 que le conseil municipal de Gardanne a eu connaissance de la convention de mandat de maîtrise d'ouvrage qu'il a approuvé et a autorisé le maire à la signer. La circonstance que cette convention de mandat de maîtrise d'ouvrage serait nulle du fait de l'absence des stipulations prévues par les 2° et 3° de l'article L. 2422-7 précité ne caractérise pas un vice d'une particulière gravité relatif aux conditions dans lesquelles la commune de Gardanne a donné son consentement. Il en est de même en ce qui concerne la société Citétech-Citéquip qui avait connaissance de cette convention de mandat de maîtrise d'ouvrage à la date de la signature du marché en cause.

46. Enfin, si la société Citétech-Citéquip fait valoir que la commune de Gardanne n'avait pas pris les mesures nécessaires pour faire face aux obligations financières du contrat, cette circonstance ne constitue pas un vice d'une particulière gravité de nature à permettre l'annulation du contrat.

47. Il résulte de ce qui précède que les conclusions présentées par la société Citétech-Citéquip aux fins d'annulation du marché en cause doivent être rejetées.

Sur les frais liés au litige :

48. 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. Les parties peuvent produire les justificatifs des sommes qu'elles demandent et 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* ».

49. Ces dispositions font obstacle à ce que soit mise à la charge de la commune de Gardanne, qui n'est pas la partie perdante dans la présente instance, la somme que demande la société Citétech-Citéquip au titre des frais exposés par elle et non compris dans les dépens. Il n'y a pas lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de l'État et de la société Citétech-Citéquip le versement d'une somme au titre des frais exposés par la commune de Gardanne et la SEMAG et non compris dans les dépens.

50. Aux termes de l'article R. 761-1 du code de justice administrative : « *Les dépens comprennent les frais d'expertise, d'enquête et de toute autre mesure d'instruction dont les frais ne sont pas à la charge de l'État (...)* ». Les conclusions tendant à ce que les dépens soient mis à la charge de l'État et de la société Citétech-Citéquip sont sans objet dans la présente instance, qui n'en comporte pas

D É C I D E :

Article 1^{er} : Le déféré présenté par le préfet des Bouches-du-Rhône est rejeté.

Article 2 : Les conclusions présentées par la société Citétech-Citéquip sont rejetées.

Article 3 : Les conclusions présentées par la commune de Gardanne et la SEMAG au titre des articles L. 761-1 et R. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 4 : Le présent jugement sera notifié au préfet des Bouches-du-Rhône, à la commune de Gardanne, à la société d'économie mixte d'aménagement de Gardanne et sa région et à la société Citétech-Citéquip.

Copie en sera adressée au ministre de l'intérieur et des outre-mer.

Délibéré après l'audience du 1^{er} février 2024, à laquelle siégeaient :

M. Gonneau, président,
Mme Niquet, première conseillère,
Mme Delzangles, première conseillère.

Rendu public par mis à disposition au greffe le 22 février 2024.

Le président - rapporteur,

L'assesseure la plus ancienne,

P-Y. Gonneau

A. Niquet

La greffière,

A. Martinez

La République mande et ordonne au préfet des Bouches-du-Rhône en ce qui le concerne ou à tous commissaires 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,
La greffière,