

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE SAINT-PIERRE-ET-MIQUELON**

N°2100190

GROUPE OCEAN INC

M. Marc Wallerich
Président

Audience du 19 avril 2021
Ordonnance du 27 avril 2021

39-08-015-01
39-02-02-01

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Le juge des référés

Vu la procédure suivante :

Par une requête et un mémoire complémentaire, enregistrés le 3 avril 2021 et le 19 avril 2021, le Groupe Ocean inc., représenté par Me Cros, demande au juge des référés statuant en application de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, dans le dernier état de ses écritures :

1°) d'annuler la procédure de passation du marché public engagée par le préfet de Saint- Pierre-et-Miquelon pour l'attribution du contrat de concession de service public pour la desserte maritime en fret de l'archipel de Saint-Pierre-et-Miquelon ;

2°) de mettre à la charge de l'Etat la somme de 3 500 euros en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Il soutient que :

- la préfecture n'a pas respecté les prescriptions des articles R. 3125-1 et R. 3125-3 du code de la commande publique en ne fournissant qu'une information édulcorée qui ne contient pas les notes obtenues par les candidats au regard des critères et sous-critères de choix prévus par le règlement de consultation ;

- les dispositions des articles L. 3124-5 et R. 3124-5 du code de la commande publique ont été méconnues dès lors que le critère technique et le sous-critère relatif à l'organisation du service étaient prépondérants pour l'autorité concédante ;

- en méconnaissance des dispositions précitées et des obligations de transparence, il ressort de l'analyse des courriers de la préfecture des 25 mars et 29 mars 2021 que les critères et sous-critères de sélection des offres prévus au règlement de consultation ne semblent pas avoir été respectés, ni qu'une hiérarchisation de ceux-ci ait été portée à la connaissance des candidats au contrat ce qui constitue une lésion de ses intérêts ;

- l'offre du candidat attributaire a été dénaturée dès lors que le Groupement TSI-TSM, attributaire, ne présentait pas deux navires équivalents et susceptibles de se remplacer en cas de problème sur l'un d'eux ;
- cette dénaturation est de nature à avoir lésé le Groupe Océan dans l'attribution du contrat ;
- il a été porté atteinte au principe d'égalité de traitement des candidats résultant de l'évocation à la télévision locale de détails de l'offre du Groupe Ocean.

Par un mémoire en défense, enregistré le 14 avril 2021, le préfet de Saint- Pierre- et- Miquelon, représenté par Me Briec conclut au rejet de la requête et demande :

1°) à titre subsidiaire, si par impossible il venait à considérer le grief comme fondé, de limiter l'annulation à la notification de rejet de l'offre de Groupe Ocean ;

2°) de mettre à la charge du Groupe Ocean la somme de 3.000 € au titre de l'article L.761- 1 du code de justice administrative.

Il soutient que :

- il a satisfait à son obligation en matière de motivation de sa décision de rejet au sens de l'article L. 3125-1 du code de la commande publique en fournissant un exposé détaillé des motifs de rejet et d'attribution ;
- le moyen sur l'appréciation des offres est inopérant puisqu'il n'appartient au juge des référés précontractuels de se prononcer sur l'appréciation qui a été faite par la préfecture des mérites des candidatures et des offres par l'exposante ;
- le moyen n'est pas fondé dès lors que la hiérarchisation des critères se déduit de la pondération ;
- l'offre de l'attributaire n'a pas été dénaturée ;
- à titre subsidiaire, une éventuelle annulation doit se limiter aux phases qui doivent être reprises pour purger le vice.

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu :

- le code de la commande publique ;
- le code des relations entre le public et l'administration ;
- le code de justice administrative.

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

Au cours de l'audience publique qui s'est tenue par un moyen de télécommunication audiovisuelle en application de l'article 2 de l'ordonnance n° 2020-1402 du 18 novembre 2020 en présence de Mme Demontreux, greffière d'audience, M. Wallerich a lu son rapport, et entendu les observations de :

- Me Cros, conseil du Groupe Océan, qui reprend les éléments de ses écritures ;
- Me Mameri, conseil du préfet de Saint-Pierre-et-Miquelon, qui reprend les éléments de défense et dément que la préfecture serait à l'origine de la divulgation du contenu des offres.

Par une ordonnance du 20 avril 2021 la clôture de l'instruction a été fixée au 23 avril 2021 à 12 h 00 (heure locale).

Une note en délibéré, enregistrée le 20 avril 2021, a été présentée pour le préfet de Saint-Pierre-et-Miquelon. Il tend aux mêmes fins par les mêmes moyens. Il demande en outre, à titre subsidiaire de renvoyer la procédure au stade de l'analyse des offres le cas échéant.

Une note en délibéré, enregistrée le 23 avril 2021 à 10 h 33 (heure locale) a été présentée pour le groupe Océan. Il tend aux mêmes fins par les mêmes moyens.

Considérant ce qui suit :

1. 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.* ».

2. Par un avis d'appel public à la concurrence publié le 16 juin 2020 au bulletin officiel des annonces des marchés publics, le préfet de Saint-Pierre-et-Miquelon a lancé une procédure en vue de concéder l'exploitation du service public de la desserte maritime en fret de l'archipel de Saint-Pierre-et-Miquelon pour une durée de trois ans et demi à compter du 1er avril 2021 et pour un montant total estimé de 35.000.000€ HT. La date limite de remise des offres était fixée au 25 novembre 2020 à 20H00. Par courrier du 22 janvier 2021, le préfet a informé le Groupe Océan qu'il était retenu pour la phase de négociation, ainsi que le groupement TSI-TSM. Par courrier recommandé du 25 mars 2021 valant décision de rejet, le préfet a informé le Groupe Océan du rejet de son offre et de l'attribution de la concession au groupement TSI-TSM. Par la présente requête, le Groupe Océan demande l'annulation de la procédure de passation.

Sur le défaut d'indication des critères de sélection :

3. Aux termes du premier alinéa de l'article L. 3124-5 du code de la commande publique : « *Le contrat de concession est attribué au soumissionnaire qui a présenté la meilleure offre au regard de l'avantage économique global pour l'autorité concédante sur la base de plusieurs critères objectifs, précis et liés à l'objet du contrat de concession ou à ses conditions d'exécution. Lorsque la gestion d'un service public est concédée, l'autorité concédante se fonde également sur la qualité du service rendu aux usagers* ».

4. Aux termes de l'article 7 du règlement de consultation de la délégation de service public en litige : « La Préfecture de Saint-Pierre-et-Miquelon retiendra l'offre économiquement la plus avantageuse, appréciée en fonction des critères et sous-critères de sélection suivants : / 1. Critère technique (pondéré à 40%) apprécié au regard des sous-critères suivants : / – Organisation générale de l'exploitation proposé : nombre et âge de(s) navire(s) utilisé(s), caractéristiques techniques, qualité et pertinence du/des navires en particulier en ce qui concerne leur consommation, leurs capacités à manœuvrer de façon autonome (notamment aux ports de Saint-Pierre et Miquelon) et à limiter les périodes d'indisponibilité aux conditions météorologiques et les périodes d'immobilisations liées à la maintenance, organisation des

dessertes (fréquences, régularités des départs et arrivées) , services sur les terminaux...- Références et expérience dans des prestations similaires – Moyens mis en œuvre pour assurer la performance et la sécurité du service – Qualité du plan d’entretien maintenance des biens proposé sur la durée de la concession – Politique environnementale et de développement durable mise en place : plan de traitement des déchets, des eaux de ballast, des veaux de cales, des émissions... – Qualité de la politique commerciale et de communication proposée et de la politique sociale. – Pertinence des indicateurs de qualité du service et de statistiques proposés. / 2. Critère financier (pondéré à 40%), apprécié au regard des sous-critères suivants : – Robustesse du modèle financier proposé (comptes d’exploitation prévisionnels) au regard notamment du mémoire financier fourni par les candidats – Niveau de subvention forfaitaire d’exploitation sollicité / 3. Critère juridique (pondéré à 20%), apprécié au regard : – du respect des stipulations du projet de Contrat joint et de ses annexes, ainsi que des justifications appropriées apportés aux éventuelles modifications et compléments proposés. – de la pertinence de la structuration juridique de l’offre : garanties juridiques de continuité du service, solidité de la structure juridique concessionnaire, structuration contractuelle (sous-contrats), plan d’assurances et garanties proposées, etc.

5. Les concessions et les délégations de service public sont soumises aux principes de liberté d’accès à la commande publique, d’égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, qui sont des principes généraux du droit de la commande publique. Pour assurer le respect de ces principes, la personne publique doit apporter aux candidats à l’attribution d’une concession ou délégation de service public, avant le dépôt de leurs offres, une information sur les critères de sélection des offres. Toutefois, les dispositions prévoyant que la personne publique négocie librement les offres avant de choisir, au terme de la négociation, le délégataire ou le concessionnaire, elle n’est pas tenue d’informer les candidats des modalités de mise en œuvre de ces critères. Elle choisit le délégataire ou le concessionnaire, après négociation, au regard d’une appréciation globale des critères, sans être contrainte par des modalités de mise en œuvre préalablement déterminées. Toutefois, si, alors même qu’elle n’y est pas tenue, elle rend publiques les modalités de mise en œuvre des critères de sélection des offres et si elle entend ensuite les modifier, elle ne peut légalement le faire qu’en informant les candidats de cette modification.

6. En premier lieu, il résulte de l’instruction que les critères de sélection précisés dans le règlement de consultation précité ont été communiqués à tous les candidats qui ont eu connaissance de la pondération des trois critères (technique, financier et juridique) ainsi que des éléments détaillés d’appréciation de chacun de ces critères. Le groupe Océan n’est dès lors pas fondé à soutenir que l’administration a méconnu ses obligations de transparence en ne portant pas à la connaissance des candidats les critères et sous-critères ni leur hiérarchisation.

7. En second lieu, l’autorité concédante, à qui il était loisible d’apprécier la qualité technique de l’organisation générale de l’exploitation proposée par chacun des candidats, pouvait retenir que celle-ci serait appréciée au regard d’éléments se rapportant au nombre et à l’âge du ou des navire(s) utilisé(s), aux caractéristiques techniques, à la qualité et la pertinence du/des navires en particulier en ce qui concerne leur consommation, leurs capacités à manœuvrer de façon autonome et à la limitation des périodes d’indisponibilité aux conditions météorologiques et les périodes d’immobilisations liées à la maintenance, à l’organisation des dessertes (fréquences, régularités des départs et arrivées) et aux services sur les terminaux. Ces éléments devant être renseignés dans le mémoire technique et financier, tels que mentionnés à l’article 3 du règlement de la consultation, et les informations figurant à l’article 7 de ce règlement constituaient des précisions suffisantes apportées aux candidats pour l’appréciation des offres. Par suite, le moyen tiré de l’imprécision des critères de sélection doit être écarté.

Sur le manquement tiré du défaut de confidentialité des offres :

8. La circonstance que des élus locaux, répondant aux questions précises de journalistes sur la procédure en cours dans l'émission Place Publique diffusée sur la chaîne de service publique Saint-Pierre-et-Miquelon la 1^{ère} vendredi 26 février 2021 (et disponible en intégralité sur le site internet de la chaîne), ont exprimé leurs inquiétudes sur la qualité de la desserte de l'archipel en fret maritime, n'est pas de nature à démontrer que le préfet serait à l'origine des informations commentées à cette occasion et aurait ainsi méconnu la confidentialité des offres en cours de négociation. Il ne résulte pas davantage de l'instruction qu'eu égard aux échanges intervenus dans la phase de négociation, cette diffusion aurait exercé une influence sur le choix de l'attributaire.

Sur la dénaturation de l'offre de la société attributaire et de celle du la société requérante :

9. Il n'appartient pas au juge du référé précontractuel, qui doit seulement se prononcer sur le respect, par le pouvoir adjudicateur, des obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation d'un contrat, de se prononcer sur l'appréciation portée sur la valeur d'une offre ou les mérites respectifs des différentes offres. Il lui appartient, en revanche, lorsqu'il est saisi d'un moyen en ce sens, de vérifier que le pouvoir adjudicateur n'a pas dénaturé le contenu d'une offre en méconnaissant ou en altérant manifestement les termes et procédé ainsi à la sélection de l'attributaire du contrat en méconnaissance du principe fondamental d'égalité de traitement des candidats.

10. En relevant que l'offre de la société requérante s'appuyait sur un unique navire pour exécuter les liaisons internationales et inter-îles, ce qui représentait une moindre flexibilité en matière d'organisation de la desserte et une moindre fiabilité en particulier en cas d'indisponibilité de navire, par rapport à l'offre de l'attributaire comportant deux navires et en retenant la différence d'âge des navires proposés, le préfet n'a dénaturé ni l'offre de la société attributaire ni celle du Groupe Océan.

Sur le défaut de motivation et la régularité du rejet de l'offre :

11. Aux termes de l'article R. 2181-1 du code de la commande publique : « *L'acheteur notifie sans délai à chaque candidat ou soumissionnaire concerné sa décision de rejeter sa candidature ou son offre.* ». Aux termes de l'article R. 2181-3 du même code : « *La notification prévue à l'article R. 2181-1 mentionne les motifs du rejet de la candidature ou de l'offre. / Lorsque la notification de rejet intervient après l'attribution du marché, l'acheteur communique en outre : 1° Le nom de l'attributaire ainsi que les motifs qui ont conduit au choix de son offre (...)* ». Aux termes de l'article R. 2181-4 suivant : « *A la demande de tout soumissionnaire ayant fait une offre qui n'a pas été rejetée au motif qu'elle était irrégulière, inacceptable ou inappropriée, l'acheteur communique dans les meilleurs délais et au plus tard quinze jours à compter de la réception de cette demande : (...) 2° Lorsque le marché a été attribué, les caractéristiques et les avantages de l'offre retenue.* ».

12. L'information sur les motifs du rejet de son offre dont est destinataire l'entreprise en application des dispositions précitées a, notamment, pour objet de permettre à la société non retenue de contester utilement le rejet qui lui est opposé devant le juge du référé précontractuel

saisi en application de l'article L. 551-1 du code de justice administrative. Par suite, l'absence de respect de ces dispositions constitue un manquement aux obligations de transparence et de mise en concurrence. Cependant, un tel manquement n'est plus constitué si l'ensemble des informations mentionnées aux articles R. 2181-3 et R. 2181-4 précités a été communiqué au candidat évincé à la date à laquelle le juge des référés statue sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, et si le délai qui s'est écoulé entre cette communication et la date à laquelle le juge des référés statue a été suffisant pour permettre à ce candidat de contester utilement son éviction.

13. Par un courrier du 25 mars 2021, le préfet de Saint-Pierre-et-Miquelon a informé le Groupe Océan des motifs de rejet de son offre, de la note globale obtenue par l'attributaire et le candidat ainsi que des motifs de rejet et d'attribution précisant pour chacun des critères, technique, financier et juridique les éléments différenciant son offre et celle de l'attributaire. Dans un second courrier du 29 mars 2021, le préfet a communiqué des éléments complémentaires en détaillant les éléments différenciant les offres en particulier en ce qui concerne les appréciations techniques et liées aux navires proposés par les soumissionnaires. Ces informations, qui répondent aux prescriptions précitées, ont permis à la société requérante de contester utilement son éviction devant le juge du référé précontractuel. Par suite, aucun manquement à ses obligations de publicité et de mise en concurrence ne peut être reproché à l'Etat du point de vue de la motivation du rejet de l'offre du Groupe Océan.

14. Par ailleurs, en ce qu'il constitue un document composant la procédure de passation, le rapport d'analyse des offres revêt la nature de document préparatoire au sens des dispositions précitées de l'article L. 311-2 du code des relations entre le public et l'administration. A ce titre, il est exclu du champ d'application du droit à communication des documents administratifs aussi longtemps que la signature du contrat qu'il prépare n'est pas intervenue ou que le pouvoir adjudicateur n'y a pas manifestement renoncé. Dans ces conditions, alors que cette signature n'est pas intervenue avant la saisine du juge du référé précontractuel et qu'elle est suspendue jusqu'à la notification au pouvoir adjudicateur de la présente ordonnance, le Groupe Océan n'était pas fondé à solliciter la communication du tableau complet comportant les notations des critères et sous-critères, élément du rapport d'analyses des offres, correspondant à la procédure de passation en litige.

15. Il résulte de ce qui précède que le groupe Océan n'est pas fondé à demander l'annulation de la procédure de passation du marché public engagée par le préfet de Saint-Pierre-et-Miquelon pour l'attribution du contrat de concession de service public pour la desserte maritime en fret de l'archipel de Saint-Pierre-et-Miquelon.

Sur les frais liés à l'instance :

16. Les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce que soit mise à la charge de l'Etat, qui n'est pas, dans la présente instance, la partie perdante, la somme que le Groupe Océan demande au titre des frais exposés par lui et non compris dans les dépens. Il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de Groupe Océan la somme de 1 500 euros au titre des frais exposés par l'Etat et non compris dans les dépens.

ORDONNE :

Article 1^{er}: La requête du Groupe Océan est rejetée.

Article 2 : Le Groupe Océan versera à l'Etat une somme de 1 500 euros au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : La présente ordonnance sera notifiée au Groupe Océan Inc, au préfet de Saint- Pierre- et-Miquelon et au Groupement TSI-TSM.

Fait à Saint-Pierre, le 27 avril 2021.

Le juge des référés,

La Greffière d'audience,

M. Wallerich

S. Demontreux

La République mande et ordonne au ministre chargé des transports et à la ministre de la mer, en ce qui les concerne et à tous huissiers de justice à ce requis en ce qui concerne les voies de droit commun, contre les parties privées, de pourvoir à l'exécution de la présente décision.