

N° 425373, Cne de Cannes

*7<sup>ème</sup> et 2<sup>ème</sup> chambres réunies*

Audience du 27 mars 2019

Lecture du 8 avril 2019 - C

## CONCLUSIONS

### **M. Gilles PELLISSIER, rapporteur public**

Après une première procédure déclarée infructueuse, la commune de Cannes a lancé au mois de janvier 2018 une consultation en vue de l'attribution d'une concession pour l'exploitation du lot de plage n° C23, situé sur la plage Bijou. Huit des onze candidats qui se sont présentés ont été admis à la négociation. Au terme de la procédure, le conseil municipal, suivant le rapport d'analyse des offres, a retenu l'offre de la société « Bobo plage ». La société par actions simplifiée « Bijou Plage », dont M. C... est l'unique associé, classée quatrième, a saisi le juge du référé précontractuel du TA de Nice de conclusions aux fins d'annulation de la procédure, auxquelles il a été fait droit par une ordonnance du 30 octobre 2018 contre laquelle la commune de Cannes se pourvoit en cassation.

L'annulation de la procédure est fondée sur ce que la commune aurait fait une application irrégulière aux offres du sous-critère intitulé « proposition financière du candidat au titre de l'article « Calcul de la redevance variable » du projet de sous-traité », qui fait partie du critère n° 2, « Les conditions financières proposées ». L'auteur de l'ordonnance attaquée a jugé qu' « Il ressort en effet du rapport d'analyse des offres, qui a été communiqué au juge, que la commune de Cannes a estimé que la proposition de redevance de la société attributaire, fixée à 3 % de la tranche inférieure à deux millions d'euros du chiffre d'affaires et à 3,5 % pour la tranche supérieure à ce montant, était plus avantageuse que la société requérante, pour laquelle ce taux était fixé à 3,2 % du total du chiffre d'affaires. Toutefois, dans son appréciation de ces deux propositions, la commune de Cannes n'a pas pris en compte les montants prévisionnels des chiffres d'affaires soumis par les candidates, mais ne s'est attachée qu'aux taux de redevances proposés par les soumissionnaires sans faire le lien avec les chiffres d'affaires prévisionnels avancés par chacun d'entre d'eux, sachant que le projet de la société Bijou Plage comportait un chiffre d'affaires prévisionnel substantiellement plus élevé que la société Bobo Plage. La société Bijou Plage est donc fondée à soutenir qu'elle a été lésée du fait de ce manquement aux règles de mise en concurrence. »

La commune soutient en premier lieu que le juge du référé aurait dénaturé les pièces du dossier en estimant qu'elle n'avait pas pris en compte les montants prévisionnels des chiffres d'affaires soumis par les candidates car le rapport motivant le choix des candidats fait état des chiffres d'affaires prévisionnels proposés.

Cette dernière affirmation est exacte, mais elle ne conduit pas à contredire le constat du juge des référés. En effet, les chiffres d'affaires prévisionnels sont bien mentionnés dans le rapport d'analyse des offres mais dans le cadre de l'application du premier sous-critère du critère n° 2, intitulé « Budget prévisionnel, montant et financement des investissements » et non dans celui de l'application du quatrième sous-critère de ce même critère, dont le juge du

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

référé a jugé l'application irrégulière. Pour ce sous-critère, le rapport d'analyse des offres ne les compare qu'au taux de redevance variable proposé.

Il est d'ailleurs permis de se demander si la commune était tenue, comme l'a cru le juge des référés, de faire le lien entre les taux de redevances proposées par les soumissionnaires avec leurs chiffres d'affaires prévisionnels annoncés. Cela ne ressort pas avec évidence, nous semble-t-il, de la formulation du sous-critère : « proposition financière du candidat au titre de l'article « Calcul de la redevance variable » du projet de sous-traité ». Il est vrai que la « redevance variable » étant fonction du chiffre d'affaires, rapporter les % proposés aux chiffres d'affaires prévisionnels annoncés permettait à la commune de se faire une idée sinon du produit réel de la redevance, du moins de ce que les candidats pensaient pouvoir lui verser. Mais ce lien n'est pas indispensable pour appliquer ce sous-critère, qui peut l'être en comparant uniquement le pourcentage de leur chiffre d'affaires que les candidats s'engagent à verser au titre de la redevance. Il s'agit même-là du seul engagement contractuel, le chiffre d'affaires prévisionnel étant bien sûr insusceptible de lier contractuellement les candidats. De ce fait, ce n'était un élément pertinent ni pour comparer les offres sur ce point, ni pour les comparer sur le taux de la redevance et la commune nous semble avoir eu raison de ne pas en tenir compte.

Mais elle ne soutient pas que le juge du référé aurait dénaturé le règlement de la consultation en considérant que ce sous-critère impliquait de faire le lien avec les chiffres d'affaires prévisionnels annoncés.

Nous pensons en revanche qu'elle a raison de faire valoir que le juge des référés a commis une erreur de droit et méconnu son office en jugeant que le manquement qu'il a relevé avait lésé la candidate évincée au seul motif que son projet comportait un chiffre d'affaires prévisionnel substantiellement plus élevé que celui de la candidate retenue.

En effet, cette circonstance, à supposer qu'elle fut pertinente, conduisait à attribuer à la société évincée une meilleure évaluation que celle de sa concurrente sur le sous-critère en question mais cela ne suffisait pas à établir que ce manquement était susceptible de la léser, car il faut pour cela que la meilleure évaluation qu'elle aurait pu obtenir lui eut permis d'avoir une chance d'obtenir une évaluation globalement meilleure que celle de l'offre retenue. Vous avez ainsi jugé qu'une société qui avait obtenu une note égale ou inférieure à celle de l'attributaire sur le critère de la valeur technique et un prix plus élevé que l'attributaire n'avait « ainsi pu être lésée par le manquement relevé [qui consistait en une irrégularité du critère du prix] dès lors qu'elle n'était, quelle que soit la méthode de notation retenue, pas susceptible de se voir attribuer l'un des lots litigieux » (CE, 18 décembre 2012, *Dépt de la Guadeloupe*, n° 362532, aux T sur un autre point ; CE, 24 mai 2017, *Min de la défense c/ Sté Techno Logistique*, n° 405787, aux T sur un autre point). La condition de lésion à laquelle est subordonnée la possibilité pour un candidat évincé d'invoquer utilement un moyen n'oblige certes pas le juge à vérifier que le manquement est directement à l'origine de l'éviction de celui qui l'invoque. Il suffit qu'il soit susceptible de lui avoir fait perdre une chance de remporter la compétition. Mais lorsqu'il apparaît que l'application d'un critère irrégulier, compte tenu de sa valeur et des évaluations des offres sur les autres critères, est sans incidence sur le classement du candidat évincé, ce qui ressort du fait qu'aurait-il obtenu la meilleure évaluation, elle n'aurait pas permis de placer son offre en tête, il nous semble qu'il ne peut être regardé comme ayant été lésé par le manquement.

L'appréciation de la lésion résultant d'un critère irrégulier doit donc être distinguée de celle qui résulte d'un critère occulte, dans son existence ou dans sa valeur, car l'absence d'information sur ce point affecte la construction même des offres, qui auraient pu être différentes si la valorisation d'un élément des offres avait été connue. Un tel manquement est

toujours susceptible de léser les candidats admis à présenter une offre « sans que la circonstance que le candidat évincé ait obtenu, sur chacun des critères, une note inférieure à celle de la société attributaire du contrat n'ait d'incidence à cet égard » (6 décembre 2013, *Dépt de la Corse du Sud*, n° 370901 ; 24 mai 2017, *SIVU de la station d'épuration du Limouxin*, n° 407264, aux T sur un autre point). En revanche un critère irrégulier n'a pas toujours cet effet, sauf si son irrégularité est, en raison de sa nature, susceptible d'affecter l'application des autres critères.

En l'espèce, en se bornant à justifier une lésion par la meilleure évaluation qu'aurait pu obtenir l'offre sur le critère irrégulièrement appliqué sans rechercher l'influence globale qu'était susceptible d'avoir cette irrégularité sur le classement de l'offre de la société requérante, l'auteur de l'ordonnance attaquée a commis une erreur de droit.

Est également fondé le moyen tiré de ce que le juge des référés a annulé la procédure dans une mesure excessive à ce qu'impliquait le manquement retenu, qui permettait à la commune de reprendre l'analyse des offres en faisant une correcte application, du moins selon le motif d'annulation retenu, du sous-critère en cause. Mais l'annulation à laquelle conduirait ce moyen étant d'une moindre portée que le précédent, nous vous proposons de retenir ce dernier. Vous n'aurez en revanche pas besoin, à ce stade, de répondre au premier moyen relatif à la régularité de l'offre de la société évincée, qui, comme nous le verrons, n'est pas fondé.

Si vous nous suivez, vous annulerez l'ordonnance attaquée et statuerez sur la demande présentée par la société Bijou Plage au juge du référé précontractuel, ce qui vous obligera à examiner les très nombreux manquements dont elle estime entachée la procédure d'attribution de cette concession de plage.

Nous ne les examinerons pas dans l'ordre de leur présentation mais dans l'ordre correspondant à leur place dans la procédure de sélection.

Trois critiques portent sur le déroulement des négociations. Aux termes de l'article 46 de l'ordonnance du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession : « *Les autorités concédantes peuvent organiser librement une négociation avec un ou plusieurs soumissionnaires dans des conditions prévues par voie réglementaire. La négociation ne peut porter sur l'objet de la concession, les critères d'attribution ou les conditions et caractéristiques minimales indiquées dans les documents de la consultation* ».

Il est tout d'abord reproché à la commune de n'avoir pas indiqué dans les documents de la consultation les caractéristiques minimales sur lesquelles elle ne pouvait négocier. Mais les dispositions précitées n'imposent pas à l'autorité concédante d'indiquer aux candidats les caractéristiques minimales sur lesquelles il ne peut y avoir de négociation. Ces caractéristiques sont d'ailleurs objectives; elles ne dépendent pas d'un choix de l'autorité concédante, qu'il pourrait être utile aux candidats de connaître pour négocier leurs offres, mais s'imposent à elle comme une limite du champ matériel de la négociation, à l'instar de l'objet de la concession ou des critères d'attribution.

La société Bijou Plage soutient ensuite que la négociation se serait déroulée en méconnaissance du principe d'égalité de traitement des candidats faute pour tous les membres de la commission de négociation d'avoir été présents lors de son entretien de négociation. Vous n'avez à notre connaissance jamais eu l'occasion de trancher cette question.

Comme le soulignent les dispositions précitées de l'article 46 de l'ordonnance de 2016 et celles de l'article L. 1411-5 du code général des collectivités territoriales qui y renvoient, la négociation est organisée librement par l'autorité habilitée à signer la convention. Cette liberté lui permet par exemple d'instituer une commission de négociation, composée comme en l'espèce d'élus et d'agents de la collectivité. Que l'organisation de la négociation soit libre ne signifie évidemment pas qu'elle puisse se dérouler de manière arbitraire et vous veillez à ce que les principes fondamentaux de la commande publique, transparence et égalité de traitement, soient respectés. Mais ils doivent l'être dans un cadre dont le législateur a entendu préserver la souplesse. Au vu de ces principes directeurs, l'absence de certains membres de la commission de négociation lors de certaines auditions ne nous paraît pas entacher d'irrégularité la procédure. Cette commission n'a pour objet que de discuter avec eux afin de les amener à proposer une meilleure offre, dont l'appréciation comparée sera faite par une autre instance collégiale, la commission de délégation de service public. Le principe d'égalité de traitement des candidats par la commission de négociation implique seulement que cette commission leur offre les mêmes possibilités de discuter de leur offre et d'en affiner et améliorer les caractéristiques afin de répondre au mieux aux attentes de la collectivité concédante. Il n'implique donc pas, contrairement à un jury de concours chargé de comparer les mérites respectifs des candidats (auquel s'applique le principe d'unicité du jury dégagé par votre décision du 30 mars 1968, *Ministre de l'éducation nationale c/ S... et Dame B...*, au rec. p. 223; CE, 17 oct 2016, *Université de Nice Sophia Antipolis*, n° 386400, aux T), que tous les membres de la commission rencontrent tous les candidats. Dès lors qu'il n'est pas soutenu que l'absence de quatre des dix membres de la commission de négociation aurait privé la société requérante de possibilités de négociation dont auraient bénéficié ses concurrentes, le moyen nous paraît inopérant.

Rien ne vient enfin étayer les allégations de la société évincée selon lesquelles la commune lui aurait imposé au cours de la négociation de proposer un taux de redevance fixe alors qu'elle aurait permis à sa concurrente retenue de proposer un taux de redevance variable.

Les critères d'analyse des offres font l'objet de plusieurs critiques. Il est tout d'abord soutenu que deux critères porteraient en réalité sur les capacités des candidats et n'auraient pas leur place pour l'évaluation des offres.

La distinction entre les capacités des candidats à exécuter le contrat et les offres repose sur l'idée que l'achat public porte sur des prestations et non sur la personne qui les réalise et que la procédure de mise en concurrence a pour finalité de sélectionner le plus objectivement possible l'offre la plus avantageuse. Les considérations liées à la personne du prestataire ne doivent donc être prises en compte qu'à un stade antérieur à la sélection des offres, pour que l'acheteur puisse s'assurer de manière générale que les candidats disposent des capacités techniques, professionnelles, économiques et financières d'exécuter le contrat, y compris des capacités particulières qu'il a pu exiger à condition qu'elles soient non discriminatoires et justifiées par l'objet du contrat. Cette vérification peut donner lieu à une première sélection des candidatures qui seront admises à concourir ou s'effectuer à la fin du processus, avant l'analyse des offres. Mais une fois les capacités des candidats vérifiées, le processus de sélection ne porte plus que sur les offres, par application des critères d'évaluation de leurs mérites.

Parce qu'elle découle des principes d'égalité et de transparence dont la procédure de mise en concurrence pour la passation des commandes publiques a pour but d'assurer le respect, cette distinction est de portée générale et concerne aussi bien les marchés publics (art 51 de l'ordonnance 2015) que les concessions (art 45 de l'ordonnance de 2016 et 21 de son

décret d'application). Pour la même raison, sa mise en œuvre ne devrait pas dépendre du choix de la procédure de sélection, avec ou sans négociation.

Il convient cependant de veiller à ce que sa mise en œuvre ne se traduise pas par une conception excessivement rigide de la notion de capacités des candidats, qui aboutirait à évacuer de l'appréciation des mérites des offres toute considération relative aux moyens matériels et humains que les candidats se proposent d'affecter à l'exécution du contrat. Une telle conception serait particulièrement néfaste pour la passation des contrats qui ont pour objet de confier l'exécution d'un service, et spécialement d'un service public, où la qualité du service rendu aux usagers tient, bien qu'à des degrés divers selon l'objet du service, aux compétences des personnes physiques qui l'exécutent.

Tel nous semble être ce qui ressort de votre jurisprudence comme de celle de la CJUE.

Vous avez ainsi jugé que « Les dispositions du I de l'article 53 du code des marchés publics permettent au pouvoir adjudicateur de retenir, en procédure adaptée, pour choisir l'offre économiquement la plus avantageuse, un critère reposant sur l'expérience des candidats, et donc sur leurs références portant sur l'exécution d'autres marchés, lorsque sa prise en compte est rendue objectivement nécessaire par l'objet du marché et la nature des prestations à réaliser et n'a pas d'effet discriminatoire » (2 août 2011, *Parc naturel régional des Grands Causses*, n°348254, aux tables sur ce point ; également CE, 18 septembre 2015, *sté Axxcess*, n° 380821, aux T sur ce point). Comme nous l'avons dit, cette solution ne devrait pas être limitée aux procédures adaptées ni dépendre de la phase de la procédure à laquelle les candidatures sont appréciées. La CJUE a d'ailleurs admis de manière générale que « Lorsqu'un tel marché doit être exécuté par une équipe, ce sont les compétences et l'expérience de ses membres qui sont déterminantes pour apprécier la qualité professionnelle de cette équipe. Cette qualité peut être une caractéristique intrinsèque de l'offre et liée à l'objet du marché, au sens de l'article 53, paragraphe 1, sous a), de la directive 2004/18 » (CJUE, 26 mars 2015, *Ambisig – Ambiente e Sistemas de Informação Geográfica SA*, aff. C-601-13). Si le critère de l'expérience qui était en cause dans ces décisions ne permet pas une approche très pure de la question qui nous occupe, car il pose aussi un problème relatif à l'accès à la commande publique des nouveaux opérateurs, une formulation claire de l'équilibre à trouver entre vérification des capacités et appréciation des offres se trouve dans votre décision *sté Latitudes* du 13 juin 2016 (n° 396403) par laquelle vous avez indiqué "que s'il est loisible au pouvoir adjudicateur de retenir au stade de l'examen de la valeur intrinsèque des offres, à la condition qu'ils soient non discriminatoires et liés à l'objet du marché, des critères relatifs aux moyens en personnel et en matériel affectés par le candidat à l'exécution des prestations mêmes qui font l'objet du marché, afin d'en garantir la qualité technique, il résulte des dispositions précitées du code des marchés publics qu'il ne peut, en revanche, se fonder sur des critères portant sur les capacités générales de l'entreprise qu'au stade de l'examen des candidatures".

C'est donc la généralité de l'élément qui fait l'objet de l'appréciation qui permet de déterminer s'il relève de la vérification des capacités des candidats ou des mérites des offres.

A l'aune de ces principes, les critères litigieux nous semblent relever davantage de l'appréciation de la qualité des offres que des capacités générales des entreprises candidates. Le premier est un sous-critère du critère n° 1, relatif à "la qualité du projet", qui porte sur "l'effectif et les moyens mis en oeuvre pour assurer la continuité du service public et l'égalité de traitement des usagers". Sa formulation assez générale pourrait laisser penser qu'il concerne la capacité générale de l'entreprise à assurer le service pendant toute la durée du contrat et qu'il relève des capacités plutôt que de la qualité de l'offre. Mais son rang de sous-critère du critère qui porte explicitement sur "la qualité du projet", les spécificités d'un contrat de concession de plage qui porte sur des prestations balnéaires, de restauration et de

surveillance de la baignade sur une parcelle de plage ainsi que celles des candidats, qui sont presque tous des sociétés unipersonnelles, pour beaucoup constituées pour l'exécution de ce contrat, le fait, enfin, que les capacités générales ont donné lieu à une première sélection qui a conduit à écarter trois candidatures, nous porte à considérer que ce que la commune a voulu pouvoir apprécier par ce critère, comme avec le troisième intitulé "les qualités professionnelles du candidat : qualifications, expérience", c'est la qualité des prestations de restauration et de surveillance de la baignade qui seront mises en œuvre et non sélectionner les offres en fonction des capacités générales des entreprises.

Les deux sous-critères auxquels la société Bijou Plage reproche d'être trop imprécis ne nous paraissent pas, contrairement à ce qu'elle soutient, et pour reprendre les termes de la jurisprudence européenne, conférer à la collectivité concédante une liberté de choix inconditionnée (CJCE, 17 déc 2002, *Concordia Bus Finland*, C-513/99, § 61 ; CJUE, 10 mai 2012, *Comm c/ Pays-Bas*, C-368/10, § 87-88) ni présenter le risque que les candidats les interprètent de manière différente (4 décembre 2003, *EVN AG, Wienstrom GmbH c/ République d'Autriche*, aff. C-448/01, § 57-58. Voir aussi : CJCE, 18 octobre 2001, *SIAC Construction Ltd*, aff. C-19/00, § 41 ; CJUE, 17 février 2011, *Comm c/ Rep de Chypre*, n° C-251/09, § 39-40).

Le premier est un sous-critère du critère n° 1, « la qualité du projet », ainsi formulé « la qualité et à la diversité des services rendus aux usagers (service balnéaire, service de surveillance du plan d'eau et de la plage, service de restauration) et les services supplémentaires offerts aux usagers ». Cette formulation est claire et elle était éclairée par le règlement de la consultation et le projet de sous-traité de concession qui précisait que les services mentionnés étaient obligatoires, les candidats ayant la possibilité de proposer des services supplémentaires, dans le respect de la réglementation applicable, susceptibles d'être valorisés au titre de ce sous-critère.

Le second est le sous-critère du critère n° 2, relatif aux « conditions financières proposées », dont la mise en œuvre avait donné lieu au manquement retenu par le juge des référés du TA et qui est ainsi formulé : « proposition financière du candidat au titre de l'article « calcul de la redevance variable » du projet de sous-traité ». Là-encore, la commune a pu sans rompre l'égalité entre les candidats leur laisser le choix de proposer une redevance calculée en fonction d'un pourcentage variable ou fixe en fonction de leur chiffre d'affaires. A supposer même qu'un candidat ait pu s'interroger sur ce point, la phase de négociation lui permettait d'obtenir les éclaircissements nécessaires.

La mention d'un droit d'entrée non prévu par le contrat dans le deuxième sous-critère du critère n° 2 est une erreur qui n'a pas pu avoir d'incidence sur la construction des offres, dès lors que tous les candidats pouvaient constater à la lecture des documents de la consultation qu'aucun droit d'entrée n'était prévu.

La critique du premier sous-critère du deuxième critère, relatif aux conditions financières proposées, qui porte sur le « budget prévisionnel, montant et financement des investissements » est plus sérieuse. La société évincée soutient que la commune concédante ne pouvait légalement sélectionner les offres en fonction du budget prévisionnel des candidats, élément prospectif dépourvu de toute objectivité et de portée contraignante et dont l'exactitude est invérifiable.

Il est difficile de ne pas partager cette analyse. Nous ne voyons pas comment le budget prévisionnel pourrait être un critère pertinent de sélection des offres, dans la mesure où, effectivement, il ne s'agit pas d'un élément de l'offre susceptible de fonder une obligation

contractuelle, surtout s'agissant d'une concession, dans laquelle le concessionnaire supporte les risques de l'exploitation. Sélectionner des offres en fonction de propositions non contraignantes et invérifiables par la personne publique, qui ne pourra tout au mieux qu'écartier les budgets manifestement surévalués, crée une rupture d'égalité entre les candidats, comme vous l'avez jugé pour un critère tenant au montant des pénalités de retard auxquels les candidats proposaient de s'exposer, en raison de l'aléa qui affectait l'application effective de ces pénalités (CE, 9 novembre 2018, *Sté Savoie*, n° 413533, aux T sur ce point).

Si un critère tenant au budget prévisionnel nous paraît donc en principe irrégulier, il ne nous semble pas en l'espèce avoir entaché d'irrégularité la procédure, pour deux raisons. La première est sa place parmi les critères de sélection et dans l'évaluation des offres. Il ne constitue pas un sous-critère à lui seul mais un élément d'un sous-critère, à côté au plus exactement conjointement avec le montant et le financement des investissements, qui constituent un critère pertinent car contractuellement contraignant. Le rapport d'analyse des offres montre que si les prévisionnels d'exploitation sont mentionnés pour chaque offre, leur évaluation sur ce critère a surtout été fonction des investissements envisagés. Le budget prévisionnel nous paraît davantage avoir été pris en compte pour apprécier la cohérence du projet.

La seconde est que cette prise en compte du budget prévisionnel, fut-elle irrégulière, ne nous paraît pas avoir été susceptible de léser la société Bijou Plage. Son offre sur ce sous-critère a été jugée « moyennement satisfaisante », alors que celle de la société Bobo plage a été jugée "très satisfaisante". Que l'on fasse abstraction de ce sous-critère, qui est le 4<sup>ème</sup> dans un ordre de valeur décroissante, ou qu'on lui attribue la meilleure évaluation, elle n'obtiendrait pas une meilleure évaluation globale que la société retenue, qui a obtenu sur tous les sous-critères une appréciation « très satisfaisante », à l'exception du 4<sup>ème</sup> du 2<sup>ème</sup> critère sur lequel elle a été jugée "satisfaisante", alors que l'offre de la société Bijou plage n'a été jugé que « satisfaisante » sur tous les critères et "moyennement satisfaisante" sur le 4<sup>ème</sup> du 2<sup>ème</sup> critère.

Nous évoquerons plus rapidement les critiques de la société évincée relatives à l'application de ces critères aux offres, car, comme le rappelle votre décision du 20 janvier 2016, *Communauté intercommunale des villes solidaires* (n° 394133, aux T sur ce point), "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 en méconnaissant ou en 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".

La société Bijou Plage soutient que la commune concédante aurait dénaturé le contenu de son offre d'une part en retenant le budget prévisionnel chiffré dans son offre initiale alors qu'elle avait présenté un budget plus optimiste après négociation. Mais elle l'avait fait en précisant que ces derniers chiffres n'étaient donnés "qu'à titre indicatif" et ne représentaient qu'un "objectif interne". Même si un budget prévisionnel est par nature établi à titre indicatif comme un objectif interne, le fait que la candidate ait tenu à le souligner a pu conduire l'autorité concédante à ne pas en tenir compte sans dénaturer les termes de l'offre. D'autre part, l'erreur qu'aurait commise la commune sur les tarifs proposés des plats de poisson que se proposait de servir la société Bijou Plage était, en tout état de cause, sans incidence sur l'appréciation de son offre.

La candidate évincée soutient également qu'en jugeant sa proposition de redevance variable moins satisfaisante que celle de la société Bobo Plage, la commune aurait dénaturé son offre. Mais vous ne pourrez la suivre dans cette voie qui suppose de comparer un pourcentage progressif avec un pourcentage fixe, car elle vous conduirait à vous prononcer sur l'appréciation portée par la commune sur les mérites respectifs des offres.

Enfin, comme nous vous l'avons dit en examinant les moyens de cassation, nous n'interprétons pas le quatrième sous-critère du deuxième critère comme obligeant la collectivité délégante à rapporter les pourcentages de redevance proposés par les candidates à leurs prévisions budgétaires pour évaluer leurs offres sur ce point.

Contrairement à ce que soutient encore la société Bijou Plage, l'installation de dispositifs d'ombrage et de protection contre le vent par des toiles tendues sur micro-pieux que prévoit l'offre retenue ne signifie pas que ces toiles seront profondément et durablement fixées dans le sol, en méconnaissance du règlement de la consultation qui impose qu'elles soient démontables quotidiennement. Les micro-pieux désignent en réalité les fins potelets auxquels seront attachées les toiles.

Le dernier manquement invoqué par la candidate évincée est tiré de ce que la durée de la concession, fixée à 12 ans, est excessive. Elle a probablement raison. La durée des concessions est toujours limitée et doit être fixée, aux termes de l'article 34 de l'ordonnance de 2016, "*en fonction de la nature et du montant des prestations ou des investissements demandés au concessionnaire*". L'article 6 du décret du 1er février 2016 dispose qu'au-delà de cinq ans, la durée ne doit pas excéder le temps raisonnablement escompté pour l'amortissement des investissements réalisés. La commune n'apporte aucun élément de nature à justifier cette durée de douze ans et les durées des retours sur investissements prévues par les candidats sont toutes inférieures à douze ans.

La durée excessive d'une concession n'est cependant susceptible de constituer un manquement aux obligations de l'autorité concédante à ses obligations de publicité et de mise en concurrence que si elle prive un candidat de l'accès à la commande publique, ce qu'il lui appartient de démontrer en établissant qu'il n'a pu déposer une offre pour une durée aussi longue ou qu'une durée plus courte lui aurait permis de déposer une offre plus compétitive (CE, 15 décembre 2008, *Communauté intercommunale des villes solidaires*, n° 312350, aux T sur ce point). Or, la société évincée non seulement ne le démontre pas mais ne le soutient même pas.

Nous vous proposons donc de rejeter les conclusions de la société Bijou Plage présentées au juge du référé précontractuel, ce qui vous dispensera d'examiner les fins de non recevoir que lui opposait la commune de Cannes, et qui ne sont pas fondées.

**EPCMNC** : - Annulation de l'ordonnance attaquée;

- Rejet de la demande présentée par la SAS Bijou Plage au JRTA;
- Mettiez à la charge de la SAS Bijou Plage le versement à la commune de Cannes d'une somme de 4000 euros au titre des frais que celle-ci a exposés dans ces instances.

