

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE PARIS**

N°1813709/4

SOCIÉTÉ EXCELSIS

Mme Guilloteau
Juge des référés

Audience du 16 août 2018
Ordonnance du 22 août 2018

39-08-015-01
54-03-05
C

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Le juge des référés

Vu la procédure suivante :

Par une requête et des mémoires, enregistrés les 26 juillet, 31 juillet, 3 août et 14 août 2018, la société Excelsis, représentée par la SCP Lyon-Caen et Thiriez, 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°) à titre principal, d'annuler la décision de rejet de l'offre de la société Excelsis ensemble la décision d'attribution de la concession et d'enjoindre à la société d'exploitation de la Tour Eiffel (SETE) de reprendre la procédure et d'éliminer la candidature du groupement Umanis ;

2°) à titre subsidiaire, d'annuler la procédure de publicité et de mise en concurrence relative à l'organisation et l'exploitation de l'ensemble des services de restauration et de boissons de la Tour Eiffel et au financement, à la conception et à la réalisation des travaux et aménagements nécessaires à la mise en œuvre de ces services menée par la société d'exploitation de la Tour Eiffel ;

3°) à titre encore plus subsidiaire, d'enjoindre à la société d'exploitation de la Tour Eiffel de communiquer les informations demandées sur les motifs détaillés du rejet de l'offre de la société Excelsis dans un délai de quinze jours à compter de la notification de l'ordonnance à intervenir et de suspendre la procédure de passation litigieuse jusqu'à l'expiration d'un délai de quinze jours à compte de la date à laquelle il aura été procédé à cette communication ;

4°) d'annuler la décision d'agrément du 25 juillet 2018 ;

5°) d'enjoindre à la ville de Paris de produire la décision d'agrément du 25 juillet 2018 ;

6°) de mettre à la charge de la société d'exploitation de la Tour Eiffel la somme de 10 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- le principe d'impartialité a été méconnu par la société d'exploitation de la Tour Eiffel en désignant le cabinet Nova Consulting en tant qu'assistant à maîtrise d'ouvrage alors qu'il avait été lié par un contrat de stratégie de développement avec la branche Sodexo Prestige du groupe Sodexo, créant ainsi une situation de conflit d'intérêts ; ce cabinet a joué un rôle déterminant tant dans la rédaction du règlement de consultation et du cahier des charges, dans la conduite des échanges avec les candidats que dans l'analyse des offres ; la SETE n'a pris aucune mesure pour prévenir ce conflit d'intérêts ;

- le groupement Umanis, qui crée par sa candidature une situation de conflit d'intérêts, doit être exclu de la procédure de passation, ainsi que le permet le 4° du I de l'article 42 de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 ;

- la SETE a irrégulièrement modifié les sous-critères du critère financier en cours de procédure, en violation de ses obligations de publicité et de mise en concurrence, puisque le sous-critère « taux de redevance et minimum garanti » n'a pas été pris en compte dans l'analyse des offres, en violation du règlement de la consultation ; au sein du sous-critère financier « montant du chiffre d'affaires dégagé au total et par activité », il n'a pas été tenu compte ou pas suffisamment tenu compte du chiffre d'affaires total ;

- en méconnaissance des principes d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, la SETE a neutralisé la portée du sous-critère financier « redevance et minimum garanti » en lui attribuant seulement 10 % de la note globale, ce qui n'était pas précisé par le règlement de la consultation et semble inadéquat au regard de son importance ; ce manquement a conduit à ce que la meilleure note ne soit pas nécessairement attribuée à la meilleure offre, lésant la société dont l'offre était meilleure sur ce point ;

- le principe de transparence a été méconnu ; deux des sous-critères du critère financier sont imprécis, les trois sous-critères du critère « proposition commerciale » sont également imprécis, rendant opaque l'importance respective des sous-critères et de leur notation ;

- le principe de transparence a été méconnu dès lors qu'aucune pondération ou hiérarchisation des sous-critères n'a été annoncée aux candidats ;

- le rapport d'analyse des offres ne présente pas de façon suffisamment détaillée l'analyse du critère financier et l'analyse comparative des offres des candidats ;

- la SETE n'a pas délivré à la société Excelsis une information suffisante quant aux motifs de rejet de son offre ; il n'apparaît pas justifié que le rapport d'analyse des offres ne fasse pas état de la supériorité de l'offre de la société s'agissant du « montant du chiffre d'affaire dégagé au total et par activité » ; l'appréciation de la valeur de son offre sur les deux sous-critères financiers, « pertinence et cohérence des investissements pour les travaux et l'aménagement tout au long de la concession » et « pertinence et fiabilité du modèle économique d'exploitation », apparaît contestable ;

- en réunissant au sein de la même concession des services différents de vente à emporter, de restauration d'entreprise et de restauration de prestige (exploitation du restaurant

« Jules Verne », du « bar à champagne » et du salon « Gustave Eiffel »), rendant le périmètre de la concession manifestement excessif, la procédure suivie a méconnu le principe d'allotissement ; aucune raison financière ou technique ne justifie l'absence d'allotissement alors que, de fait, le restaurant le Jules Verne est aujourd'hui géré par une société tandis qu'une autre entreprise est en charge de la brasserie et de la vente à emporter ; le recours à un marché global n'est pas justifié par un même service s'adressant à un même groupe d'usagers et nécessitant une coordination des prestations entre elles ; elle a été lésée par ce manquement.

Par des mémoires en défense, enregistrés le 6 août, le 13 août et le 15 août 2018, la société d'exploitation de la Tour Eiffel, représentée par Me Babin et Me Paquier, conclut au rejet de la requête et à ce qu'une somme de 12 000 euros soit mise à la charge de la société Excelsis au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- aucun conflit d'intérêt ni manquement au principe d'impartialité n'est caractérisé du fait de la présence de la société Nova Consulting en qualité d'assistant à la maîtrise d'ouvrage dès lors que cette société n'a aucun lien en capital ni en personnel avec les opérateurs de la restauration, que compte tenu de son expertise et de l'étroitesse du marché de conseil en matière de gastronomie en France, elle a assuré des prestations pour nombre de grands opérateurs tels que Sodexo ou le groupe Elios-Areas ; cette société est la seule spécialisée dans le domaine de la restauration adossée à une activité culturelle ou sportive ; les prestations qu'elle a précédemment réalisées pour le compte de la société Sodexo (entre octobre 2013 et août 2015 : signalétique de buvettes dans des stades et réponse à des appels d'offres pour le stade de France et le stade de Bordeaux) comme du groupe Elios (entre mai et septembre 2016 : panorama du marché des concessions de restauration en Europe) sont sans rapport avec le contrat de concession des services de restauration de la Tour Eiffel ; le chiffre d'affaires généré par ces prestations a représenté au plus, en 2013, 3, 2% du chiffre d'affaires de la société ; le contrat conclu entre la SETE et son assistant à maîtrise d'ouvrage comportait en outre une clause de non-concurrence, de confidentialité et d'impartialité ; le contrat d'assistance à maîtrise d'ouvrage (conseil et assistance technique, économique, financier et juridique) a par ailleurs été attribué à un groupement constitué par la société Nova Consulting et le cabinet d'avocats Hogan Lovells, qui a participé également à la rédaction de la documentation d'appel d'offres et des documents contractuels comme aux réunions et auditions ; l'ensemble de la procédure a évidemment impliqué les équipes de la SETE ;

-le recours à un contrat global n'est entaché d'aucune illégalité dès lors, d'une part, qu'il n'existe pas d'obligation d'allotissement en matière de concession de services ; d'autre part, la coordination des activités de restauration sur le site de la Tour Eiffel est indispensable compte tenu des contraintes fonctionnelles, logistiques et opérationnelles du lieu ; ces activités participent toutes à la restauration sur place, qui doit donner lieu à une cohérence d'ensemble dans l'offre ; le recours à un marché global permet des mutualisations de personnels, d'achats, des acheminements verticaux comme des espaces d'approvisionnement, de stockage et de préparation ; en outre, le recours à un marché global pour l'ensemble des services de restauration doit permettre de faciliter les échanges avec le titulaire du futur contrat de concession unique portant sur les boutiques ; la mission d'assistance à la gestion du restaurant d'entreprise de la SETE, qui n'est pas un aspect essentiel du contrat, a bien donné lieu à une analyse des offres des candidats ; la société requérante ne justifie en outre pas d'un intérêt lésé à cet égard ;

- l'article 27 du décret du 1er février 2016 sur les contrats de concession lui imposait seulement d'annoncer la hiérarchie des critères d'attribution du contrat alors que le règlement de la consultation détaillait les 4 critères et les pondérations respectives, ainsi que 22 sous-critères,

de sorte qu'il ne peut lui être reproché une quelconque opacité ou imprécision ; le règlement comprenait également un manuel d'élaboration des offres finales, explicitant encore les attentes du pouvoir adjudicateur ;

- les sous-critères annoncés dans le règlement de la consultation n'ont pas été modifiés en cours de procédure dès lors qu'il ressort du document de synthèse produit par la société requérante elle-même que le sous-critère financier « taux de redevance et minimum garanti » a été pris en compte ; si le chiffre d'affaires global prévu par la société Excelsis était supérieur à celui présenté par le groupement Umanis, le critère financier était, comme annoncé, ventilé entre les différents espaces de restauration ;

- la définition du critère financier est pertinente pour le choix de la meilleure offre au regard de l'avantage économique global, qui ne se limite pas au seul minimum garanti mais qui prend également en compte le potentiel de développement des activités, la valorisation de l'actif de la Tour Eiffel au regard des investissements réalisés par les candidats ainsi que la solidité du montage économique envisagé à cette fin ; la définition d'un sous-critère « taux de redevance et minimum garanti » correspond à la structure de la redevance due à la SETE, composée d'un minimum garanti et d'une redevance variable, calculée par application d'un taux de redevance fonction du chiffre d'affaires ; en outre, la société requérante ne justifie pas d'un intérêt lésé dès lors qu'elle a obtenu la meilleure note sur le critère financier et que la différence s'est faite sur le critère commercial, affecté de la même pondération ;

- la prise en compte du financement d'une partie des investissements par le biais d'une dette fournisseur constitue un élément d'appréciation du sous-critère « pertinence et cohérence des investissements pour les travaux et l'aménagement tout au long de la concession » ; de même, la viabilité et le maintien des garanties techniques et financières de la société Excelsis ont pu légalement être appréciées en tenant compte du fait que la société est détenue à 100% par la société MUSIAM avec laquelle la SETE ne serait en aucune manière liée ;

- les conclusions tendant à ce qu'il soit enjoint de communiquer les motifs détaillés de rejet de l'offre de la société requérante sont devenues sans objet et le moyen tiré d'un manquement aux obligations posées par l'article 29 du décret du 1er février 2016 doit être écarté, dès lors que ces motifs de rejet ont été communiqués par courrier du 26 juillet 2018 ;

- les conclusions tendant à l'annulation de la décision d'agrément de la ville de Paris ne pourront qu'être rejetées dès lors que cette décision ne fait nullement grief au candidat évincé et qu'aucun moyen n'est développé à son encontre.

Par des mémoires, enregistrés le 8 août et le 14 août 2018, la société Sodexo, agissant pour elle-même et en sa qualité de mandataire du groupement constitué entre les sociétés Sodexo, Frédéric Anton Conseil, TM4 et Ubudu, représentée par la SCP Sur-Mauvenu et Associés, conclut au rejet de la requête et à ce qu'une somme de 12 000 euros soit mise à la charge de la société Excelsis au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle fait valoir que :

- aucun conflit d'intérêt ni manquement au principe d'impartialité n'est caractérisé du fait de la présence de la société Nova Consulting en qualité d'assistant à la maîtrise d'ouvrage dès lors que cette société n'a jamais assuré de prestations de stratégie de développement pour Sodexo Prestige, encore moins en vue du renouvellement du contrat de concession des services de restauration de la Tour Eiffel ; les prestations assurées par cette société pour le compte de Sodexo entre novembre 2013 et août 2015 portaient exclusivement sur des aspects opérationnels

relatifs à des espaces de restauration au sein de stades sportifs exploités par Sodexo ou pour l'exploitation desquels elle entendait se porter candidate ; les salariés de Sodexo ayant travaillé dans ce cadre avec la société Nova Consulting n'ont joué aucun rôle dans le cadre de la concession des services de restauration de la Tour Eiffel ; le montant des prestations correspondantes ne représente nullement une part significative du chiffre d'affaires de la société Nova Consulting ; il n'est par ailleurs fait état d'aucun lien d'intérêt personnel ; enfin, il n'est pas démontré que cette société aurait joué un rôle déterminant dans le choix de l'attributaire ;

- en tout état de cause, il n'entre pas dans l'office du juge défini par l'article L. 551-2 du code de justice administrative d'écarter la candidature d'une entreprise sur le fondement de l'article 42 de l'ordonnance du 29 janvier 2016 ;

- le recours à un contrat global n'est entaché d'aucune illégalité dès lors, d'une part, que le pouvoir adjudicateur bénéficie d'une large liberté d'appréciation dans la définition du périmètre d'un contrat de concession et que, d'autre part, en l'espèce, le contrat porte sur des prestations circonscrites en un même lieu et concourant toutes à l'offre de restauration ; le regroupement des différentes prestations de restauration et des travaux correspondant permet par ailleurs des économies d'échelle, facilite la gestion pour la SETE et renforce l'attractivité de l'offre de restauration tandis que les contraintes d'accès et de stockage sur le site sont particulièrement fortes et rendent nécessaire une coordination ; en outre, la société requérante ne justifie pas en quoi l'absence de lots séparés l'aurait lésée ;

- les sous-critères d'appréciation du critère financier n'ont nullement été modifiés en cours de procédure, la synthèse générale des offres faisant bien apparaître la prise en compte et la notation du sous-critère « taux de redevance et minime garanti » ; le pouvoir adjudicateur n'avait pas d'obligation d'assortir chacun des sous-critères d'une pondération et pouvait donc légalement attribuer le même poids à chacun ; en outre, dès lors que la société Excelsis a, précisément, obtenu la note maximale sur ce sous-critère, elle ne peut justifier d'aucun intérêt lésé ;

- le règlement de la consultation et son annexe « Manuel d'élaboration des offres finales » annonçait avec suffisamment de précisions les critères et sous-critères, leur ventilation par site ainsi que les attentes du pouvoir adjudicateur ;

- le critère financier a bien permis au pouvoir adjudicateur de choisir la meilleure offre au regard de l'avantage économique global, qui ne se limite pas au seul minimum garanti ; en outre, la société requérante ne justifie pas d'un intérêt lésé dès lors qu'elle a obtenu la meilleure note sur le critère financier ;

- la société requérante a été informée en temps utiles des motifs détaillés de rejet de son offre, de sorte que les conclusions présentées à titre très subsidiaires devront être rejetées et le moyen tiré d'un manquement à cet égard écarté.

Par un courrier du 2 août 2018, les parties ont été informées, en application des dispositions de l'article R. 611-7 du code de justice administrative, que l'ordonnance était susceptible d'être fondée sur le moyen relevé d'office tiré de ce que le juge administratif, saisi sur le fondement de l'article L. 555-1 du code de justice administrative, n'est pas compétent pour connaître de la passation du marché en cause, qui est un contrat de droit privé pour devoir être conclu entre deux personnes morales de droit privé.

Par un mémoire, enregistré le 6 août 2018, la société Excelsis soutient, en réponse à ce moyen d'ordre public, qu'il appartient au juge administratif de connaître du litige.

Elle soutient que :

- le contrat litigieux emportant occupation du domaine public est administratif par détermination de la loi en application de l'article L. 2331-1 du code général de la propriété des personnes publiques dès lors que la SETE est, en vertu d'une délégation de service public conclue le 19 novembre 2017, concessionnaire de la ville de Paris pour l'exploitation et l'entretien de la Tour Eiffel ;

- la SETE étant une société publique locale, elle agit exclusivement pour le compte de la ville et du département de Paris, en vertu de l'article L. 1531-1 du code général des collectivités territoriales, de sorte que les contrats qu'elle conclut sont des contrats administratifs.

Par un mémoire, enregistré le 13 août 2018, la société d'exploitation de la Tour Eiffel soutient, en réponse à ce moyen d'ordre public, qu'il appartient à la juridiction administrative de connaître du litige.

Elle fait valoir que le contrat de restauration à conclure emportera autorisation d'occuper le domaine public et que, dès lors qu'elle est un concessionnaire chargé d'une mission de service public, le litige portant sur le contrat à conclure relève de la compétence de la juridiction administrative en application de l'article L. 2331-1 du code général de la propriété des personnes publiques.

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu :

- le code général de la propriété des personnes publiques, notamment son article L. 2331-1 ;
- l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession ;
- le décret n°2016-86 du 1er février 2016 relatif aux contrats de concession ;
- le code de justice administrative.

Le président du tribunal a désigné Mme Guilloteau, premier conseiller, pour statuer sur les demandes de référés.

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

Au cours de l'audience publique tenue en présence de Mme Théo, greffier d'audience, Mme Guilloteau a lu son rapport et entendu :

- les observations de Me Thiriez, représentant la société Excelsis, qui déclare se désister de ses conclusions en injonction tendant à la communication de la décision d'agrément de la ville de Paris ainsi que de ses conclusions tendant à ce qu'il soit enjoint à la société d'exploitation de la Tour Eiffel de lui communiquer les motifs détaillés de rejet de son offre et tendant à ce que la procédure de passation litigieuse soit suspendue dans l'attente ; Me Thiriez reprend et développe ses écritures, soulignant en outre que les éléments produits en défense, qui ne comportent pas d'attestation du cabinet Nova Consulting, sont insuffisants à dissiper le doute légitime quant à l'existence d'un conflit d'intérêts et que la synthèse financière présentée n'est pas pertinente pour démontrer que l'allotissement du contrat aurait rendu son exécution plus coûteuse ;

- les observations de Me Babin, représentant la SETE, qui reprend et développe ses écritures, soulignant en outre qu'il a bien été précisé aux candidats au cours de la procédure que les sous-critères revêtaient tous un poids équivalent et que les espaces de stockage de la Tour Eiffel sont bien communs à l'ensemble des services inclus dans le périmètre du contrat ;
- et les observations de Me Mauvenu, représentant la société Sodexo, qui s'en remet à ses écritures, s'associe aux observations de la SETE et qui souligne que la société requérante ne démontre nullement quel aurait été l'intérêt du cabinet Nova Consulting à favoriser tel ou tel candidat.

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

Une note en délibéré, présentée par la SETE, a été enregistrée le 18 août 2018.

1. Par un avis d'appel public à la concurrence publié le 2 novembre 2017 au Journal officiel de l'Union européenne et au bulletin officiel des annonces des marchés publics, la société d'exploitation de la Tour Eiffel (SETE) a lancé une procédure d'appel d'offres en vue de la conclusion d'un contrat de concession, portant sur l'organisation et l'exploitation des services commerciaux de restauration et de boissons de la Tour Eiffel, ainsi que le financement, la conception et la réalisation des travaux et aménagements nécessaires à la mise en œuvre de ces services, procédure négociée dans les conditions prévues à l'article 46 de l'ordonnance du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession. La commission d'appel d'offres de la SETE s'est réunie le 20 juin 2018 et le conseil d'administration de la SETE a délibéré le 5 juillet 2018 sur l'attribution du contrat. La directrice générale de la SETE a alors informé la société Excelsis, filiale de la société MUSIAM, partenariat entre la Maison Ducasse Paris et le groupe Elios, de ce que son offre n'avait pas été retenue et que le choix s'était porté sur le groupement Umanis, composé des sociétés Sodexo, Frédéric Anton Conseil, TM4 et Ubudu. Après agrément de ce choix le 25 juillet 2018 par la ville de Paris, a été adressé à la société Excelsis un courrier du 26 juillet 2018 lui notifiant le rejet de son offre, qui a obtenu la note totale de 16,8/20, et l'attribution du contrat au groupement Umanis, dont l'offre a obtenu la note totale de 17,9/20. Par la présente requête, la société Excelsis demande au juge des référés précontractuels, sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, d'annuler la décision de rejet de son offre, la décision d'attribution de la concession, la procédure de passation du contrat en litige et d'enjoindre à la SETE de reprendre la procédure de mise en concurrence en éliminant l'offre présentée par le groupement Umanis.

Sur l'étendue du litige :

2. Postérieurement à l'introduction de la requête, la SETE a communiqué à la société Excelsis la décision d'agrément du choix de l'attributaire par la ville de Paris ainsi les motifs détaillés de rejet de son offre. La société Excelsis a par suite déclaré à l'audience se désister de ses conclusions tendant à la communication de ces documents ainsi que de celles tendant à la suspension de la procédure de passation du marché litigieux dans l'attente de cette communication. Ce désistement étant pur et simple, rien ne s'oppose à ce qu'il en soit donné acte.

Sur les conclusions présentées sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative :

3. 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. / (...) / Le juge est saisi avant la conclusion du contrat.* ». Aux termes du I de l'article L. 551-2 du même code : « *Le juge peut ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations et suspendre l'exécution de toute décision qui se rapporte à la passation du contrat, sauf s'il estime, en considération de l'ensemble des intérêts susceptibles d'être lésés et notamment de l'intérêt public, que les conséquences négatives de ces mesures pourraient l'emporter sur leurs avantages. Il peut, en outre, annuler les décisions qui se rapportent à la passation du contrat et supprimer les clauses ou prescriptions destinées à figurer dans le contrat et qui méconnaissent lesdites obligations* ».

4. Il appartient au juge administratif, saisi en application de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, de se prononcer sur le respect des obligations de publicité et de mise en concurrence incombant à l'administration. En vertu de cet article, les personnes habilitées à agir pour mettre fin aux manquements du pouvoir adjudicateur à ses obligations de publicité et de mise en concurrence sont celles qui sont susceptibles d'être lésées par de tels manquements. Il appartient, dès lors, au juge des référés précontractuels de rechercher si l'opérateur économique qui le saisit se prévaut de manquements qui, eu égard à leur portée et au stade de la procédure auquel ils se rapportent, sont susceptibles de l'avoir lésé ou risquent de le léser, fût-ce de façon indirecte en avantageant un opérateur économique concurrent.

En ce qui concerne le moyen tiré de l'existence d'un conflit d'intérêts et de la violation du principe d'impartialité :

5. Au nombre des principes généraux du droit qui s'imposent au pouvoir adjudicateur comme à toute autorité administrative figure le principe d'impartialité, dont la méconnaissance est constitutive d'un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence.

6. Il résulte de l'instruction que la SETE a lancé le 12 février 2017 une procédure d'appel public à la concurrence en vue de la conclusion d'un contrat de conseil et d'assistance technique, financière et juridique en matière de restauration, de création et de vente de souvenirs et de produits dérivés. Après présentation de quatre offres, le contrat a été attribué en avril 2017 à un groupement constitué entre le cabinet d'avocats Hogan Lovells et le cabinet Nova Consulting. La société Excelsis soutient que la présence du cabinet Nova Consulting, compte tenu de relations antérieures avec la société Sodexo, caractérise une situation de conflit d'intérêts et un manquement au principe d'impartialité, face auquel la SETE n'a pris aucune mesure.

7. Toutefois, il résulte d'abord de l'instruction que la SETE a inséré dans le contrat confié au groupement entre le cabinet Nova Consulting et le cabinet Logan Hovells un article 9-1 « Confidentialité et neutralité » par lequel le titulaire s'engage, pour lui-même et tous ses collaborateurs, à ne divulguer aucune information relative à la Tour Eiffel ou au pouvoir adjudicateur, reconnaît ne pas se trouver en position de conflit d'intérêts et s'engage à veiller

tout au long de sa mission à réaliser ses prestations en toute indépendance et à maintenir une parfaite neutralité.

8. Ensuite, les prestations réalisées par le cabinet Nova Consulting pour le compte de Sodexo ont consisté en des prestations relatives à la conception et la mise à jour de signalétiques pour des espaces de restauration dans des stades sportifs et des prestations relatives à l'assistance à l'élaboration de candidatures de Sodexo à l'attribution de contrat d'exploitation d'espaces de restauration dans des stades sportifs. Ces prestations, réalisées entre novembre 2013 et septembre 2015 pour un montant total de 112 355, 09 euros TTC, ont représenté 3,2% du chiffre d'affaires du cabinet Nova Consulting en 2013, 1,6% de son chiffre d'affaires en 2014 et 0,2% de son chiffre d'affaires en 2015. Les onze factures correspondantes et leur exhaustivité ont été attestées par les commissaires aux comptes respectifs du cabinet Nova Consulting et de la société Sodexo, après la mesure d'instruction demandée par la société Excelsis et ordonnée par le juge des référés du tribunal de commerce de Paris en juillet 2018. Il ne résulte ainsi pas de l'instruction que d'autre relation commerciale entre ces deux sociétés aurait existé, en particulier pas de mission relative à la stratégie de développement de la branche Sodexo Prestige en vue du renouvellement du contrat de concession des services de restauration de la Tour Eiffel.

9. Enfin, la circonstance que le cabinet Nova Consulting, en sa qualité d'assistant à maîtrise d'ouvrage, ait activement participé à la procédure de passation du contrat en cause, aux côtés des équipes de la SETE et ait notamment préparé un document « synthèse des offres finales de l'appel d'offres », présentant sous un jour plus favorable l'offre du candidat qui avait reçu la meilleure note, n'apparaît pas de nature à faire naître un doute légitime sur l'impartialité de cette procédure.

10. Dans ces conditions, la seule circonstance que le cabinet Nova Consulting ait réalisé par le passé des prestations ponctuelles pour la société Sodexo, comme elle l'a au demeurant également fait en mai 2016 pour le compte de la société Elior, liée au capital de la société Excelsis, ne suffit pas à caractériser l'existence d'une situation de conflit d'intérêts ni un manque d'impartialité au cours de la procédure susceptible de léser la société Excelsis. Ce moyen, ainsi que celui tiré de ce que la candidature du groupement Umanis aurait dû être écartée en vertu du 4° du I de l'article 42 de l'ordonnance du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession, ne peuvent dès lors qu'être écartés.

En ce qui concerne le moyen tiré du défaut d'allotissement :

11. Aucune disposition de l'ordonnance du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession, du décret du 1er février 2016 pris pour son application ni aucun principe général n'impose au pouvoir adjudicateur qui entend confier à un opérateur économique la gestion de services de conclure autant de contrats de concession qu'il y a de services. Le pouvoir adjudicateur ne saurait toutefois, sans méconnaître les impératifs de bonne administration ou les obligations générales de mise en concurrence qui s'imposent à lui, donner à un contrat de concession un périmètre manifestement excessif ni réunir au sein du même contrat des services qui n'auraient manifestement aucun lien entre eux.

12. Il résulte de l'instruction que l'objet du contrat porte sur une offre de restauration gastronomique (restaurant Le Jules Verne), une offre de brasserie (brasserie 58 Tour Eiffel), une offre de vente à emporter déclinée sur plusieurs points de vente, une offre de traiteur relative aux réceptions et événements organisés (salon Gustave Eiffel), les aménagements et travaux nécessaires à l'exploitation de ces services ainsi que l'assistance technique à la gestion du restaurant d'entreprise de la SETE.

13. D'une part, le cahier des charges de la consultation comme le projet de contrat précisent, au titre des objectifs généraux du titulaire du contrat, la nécessité d'un « ensemble cohérent de solutions de restauration, de détente et de consommation aux visiteurs de la Tour Eiffel, adapté aux besoins des consommateurs français et étrangers ainsi qu'à l'évolution de ces besoins, à hauteur de la notoriété du monument ». Le manuel d'élaboration des offres annexé au règlement de la consultation insiste également à de nombreuses reprises sur la nécessité d'un projet d'offre de restauration global.

14. D'autre part, les documents de la consultation font également apparaître la nécessité d'améliorer les circulations de flux des visiteurs et les contraintes particulières du site, en termes de sécurité, d'exiguïté des locaux et des problématiques des acheminements verticaux, communs à l'ensemble des prestations objet du contrat.

15. Il résulte de l'ensemble de ces éléments que le périmètre du contrat ainsi défini recouvre des services et travaux liés à la restauration des visiteurs et personnels présents sur le site, présentant un lien fort entre eux et nécessitant une coordination particulière au regard des contraintes des lieux concédés. Dans ces conditions et compte tenu de la marge d'appréciation dont il dispose, il n'apparaît pas que le pouvoir adjudicateur ait procédé à une appréciation manifestement erronée en décidant de ne pas allouer les prestations concernées. Le moyen tiré d'un défaut d'allotissement doit dès lors être écarté.

En ce qui concerne le moyen tiré de l'absence de publicité des critères d'appréciation des offres :

16. Aux termes de l'article 47 de l'ordonnance du 29 janvier 2016 relatives aux contrats de concession : « *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./ Les critères d'attribution n'ont pas pour effet de conférer une liberté de choix illimitée à l'autorité concédante et garantissent une concurrence effective.* ». Aux termes de l'article 27 du décret du 1^{er} février 2016 : « *I. – Pour attribuer le contrat de concession, l'autorité concédante se fonde, conformément aux dispositions de l'article 47 de l'ordonnance du 29 janvier susvisée, sur une pluralité de critères non discriminatoires. Au nombre de ces critères, peuvent figurer notamment des critères environnementaux, sociaux, relatifs à l'innovation. Lorsque la gestion d'un service public est déléguée, l'autorité concédante se fonde également sur la qualité du service rendu aux usagers. Les critères et leur description sont indiqués dans l'avis de concession, dans l'invitation à présenter une offre ou dans tout autre document de la consultation. / II.- Pour les contrats de concession qui relèvent du 1^o de l'article 9, l'autorité concédante fixe les critères d'attribution par ordre décroissant d'importance. Leur hiérarchisation est indiquée dans l'avis de concession, dans l'invitation à présenter une offre ou dans tout autre document de la consultation. / L'autorité concédante peut modifier, à titre exceptionnel, l'ordre des critères pour tenir compte du caractère innovant d'une solution présentée dans une offre. Une telle modification ne doit pas être discriminatoire.* ».

17. L'article 7 du règlement de la consultation du contrat en litige prévoyait que les offres seraient appréciées au regard d'un critère technique et architectural, représentant 12% de la note totale, d'un critère financier, représentant 40% de la note totale, d'un critère « proposition commerciale », représentant 40 % de la note totale et d'un critère socio-environnemental,

représentant 8% de la note totale. Pour chacun de ces critères, la note à attribuer représentait la somme des notes attribuées pour l'offre en tant qu'elle concerne respectivement le restaurant le Jules Verne, la brasserie 58 Tour Eiffel, la vente à emporter et le salon Gustave Eiffel, selon des coefficients définissant la part représentée par chacun des secteurs de restauration dans la note sur le critère. L'article 7 du règlement de la consultation précisait enfin, pour les quatre critères, plusieurs items d'appréciation de la valeur de l'offre. Pour déterminer la note des candidats sur chacun des critères, il résulte de l'instruction, notamment du tableau « Vision globale de la notation des offres » du document « synthèse des offres finales de l'appel d'offres », que le pouvoir adjudicateur a attribué des notes à chacun des items d'appréciation pour chacun des quatre espaces de restauration, additionnées pour obtenir la note par espaces de restauration, elle-même pondérée pour obtenir la note par critère.

18. La société Excelsis fait valoir que les items d'appréciation de la valeur des offres constituaient, dans ces conditions, des sous-critères dont il appartenait au pouvoir adjudicateur de préciser la pondération ou la hiérarchisation. Toutefois, d'une part, le contenu de ces items, notamment pour le critère financier (montant du chiffre d'affaires dégagé au total et par activité ; pertinence et cohérence des investissements pour les travaux et l'aménagement tout au long de la concession ; pertinence et fiabilité du modèle économique d'exploitation ; taux de redevance et minimum garanti) et le critère « proposition commerciale » (projet culinaire global ; qualité de l'offre proposée ; diversité des offres proposés ; adéquation de l'offre avec l'image de la Tour Eiffel et son ambition de rayonnement ; dispositions proposées pour assurer la qualité du service ; efficacité des dispositifs commerciaux mis en œuvre ; initiatives proposées autour d'opération de marketing croisé entre la SETE et le candidat), n'apparaît qu'une explicitation des attentes du pouvoir adjudicateur, sans modification du critère lui-même. D'autre part, il est constant qu'une même importance a été conférée à chacun de ces items. Il ne résulte ainsi pas de l'instruction que ces sous-critères seraient susceptibles d'exercer une influence sur la présentation des offres par les candidats ainsi que sur leur sélection et qu'ils pourraient par suite être regardés comme ayant été érigés en critères de sélection. Il suit de là que le pouvoir adjudicateur n'était pas tenu de porter à la connaissance des candidats la pondération mise en œuvre dans la méthode de notation. Le moyen tiré d'un manquement aux obligations de publicité et de transparence à cet égard doit ainsi être écarté.

En ce qui concerne le moyen tiré de l'insuffisante précision des critères d'appréciation des offres :

19. Si la société requérante soutient que les items composant le critère financier sont insuffisamment précis, il résulte de l'instruction qu'outre l'article 7 du règlement de la consultation précité, a été remis aux candidats un manuel d'élaboration des offres, qui détaillait les éléments attendus des candidats pour chacun de ces items, sur trois pages. Ainsi, notamment, au titre de la pertinence et cohérence des travaux, le manuel précisait que les candidats devaient fournir une « description précise du programme d'investissement envisagé (nature, montant, activité concernée, durée d'amortissement prévisionnelle, etc.) », en distinguant les investissements initiaux, en milieu de concession, de nature immobilière, pour le matériel d'exploitation, etc ainsi qu' « un argumentaire détaillé sur l'adéquation et la cohérence du plan d'investissement ainsi proposées avec le projet technique et les offres exposées au sein du Mémoire Commercial » et un « argumentaire relatif à la pertinence et à la pérennité des montants et des choix d'investissements envisagés, au regard de leur projet ». Au titre de la pertinence et fiabilité du modèle économique d'exploitation, le manuel précisait qu'étaient, notamment, attendus des « comptes d'exploitation prévisionnels détaillés sur l'ensemble de la durée de la concession, avec trois hypothèses (haute/ moyenne/ basse) en précisant les hypothèses de

recettes et de dépenses, et ce par activité, une répartition détaillée des coûts d'achats de matières premières par activité de restauration et justification des ratios coûts sur chiffre d'affaires au regard de l'offre culinaire présentée, une répartition détaillée de la masse salariale, un plan de trésorerie sur l'ensemble de la durée de la concession, un bilan prévisionnel sur l'ensemble de la durée de la concession(...), un plan de financement du projet sur l'ensemble de la durée de la concession, et en particulier des investissements initiaux, en précisant, le cas échéant : les sources de financement (acquises ou envisagées) ainsi que leurs coûts et modalité de remboursement (...) la proposition de garantie financière de bonne exécution du contrat : description de toute garantie utile permettant d'assurer la SETE de cette bonne exécution, notamment garanties de la (des) société(s) les composant au profit de la société dédiée qu'ils constitueront, le cas échéant. » Ces éléments devaient être accompagnés d'un « argumentaire détaillé sur la démonstration de la pertinence et la solidité du modèle et de l'équilibre économique global du projet pour chaque offre de restauration, à l'aide de trois scénarios (haut/moyen/minimal), et en tenant compte du montant des investissements, du niveau de redevance et de la durée de la concession » et sur « la robustesse du modèle et du montage financier, notamment en cas de situation dégradée ».

20. De même, pour le critère « proposition commerciale », le manuel d'élaboration des offres final précisait, sur trois pages, qu'au titre du projet culinaire global : « Le candidat s'attachera à préciser sa vision complète des offres par type de restauration, et notamment : • Concept / vision • Carte / menus • Offre de services associés. Le candidat (...) détaillera la cohérence entre les offres des différentes activités de restauration. Il fournira également des précisions sur l'adéquation entre le projet culinaire et la dimension iconique de la Tour, ainsi que son rôle d'ambassadeur de l'art de vivre à la française. ». Au titre de l'adéquation de l'offre avec l'image de la Tour Eiffel, le manuel indiquait que : « Le candidat devra décrire les éléments spécifiques à l'offre concourant au rayonnement de la tour Eiffel en France et dans le monde, et expliciter leur adéquation avec la dimension iconique de la Tour. » et au titre des dispositions proposées pour assurer la qualité du service : « Le candidat devra fournir : • Une description de l'organisation des équipes nécessaires et des profils envisagés pour le personnel d'encadrement (directeur 1 chef 1 cuisine 1 services). • Des précisions sur les modalités de suivi et de contrôle de la qualité du service, afin de garantir la mise à disposition d'un personnel qualifié et courtois, doté des formations adéquates (notamment relatives à l'accueil et aux langues étrangères). • Le détail sur les horaires de service ».

21. L'ensemble des documents de la consultation ont ainsi mis en mesure les candidats de connaître avec précision les attentes du pouvoir adjudicateur. Le moyen tiré d'un manquement aux obligations de publicité et de transparence à cet égard doit par suite être écarté comme manquant en fait.

En ce qui concerne le moyen tiré de la modification des critères d'appréciation des offres en cours de procédure :

22. Contrairement à ce que soutient la société requérante, il ressort du document « synthèse des offres finales de l'appel d'offres », accompagnant le rapport d'analyse des offres, que les propositions des deux candidats ont été notées et évaluées sur l'ensemble des critères et sous-critères relatifs aux quatre secteurs de restauration et par items, conformément à la méthode de sélection annoncée dans les documents de la consultation.

23. En particulier, la décision de rejet de l'offre de la société Excelsis, en date du 26 juillet 2018, fait bien apparaître une analyse de la moyenne du taux de redevance (redevance

de base et redevance complémentaire) ainsi que du minimum garanti proposés et précise que l'offre de la société requérante était sur ce point supérieure à celle de l'autre candidat. Le document « synthèse des offres finales de l'appel d'offres » fait ainsi apparaître que l'offre de la société Excelsis a été évaluée à la note maximale de 20/20 pour chacun des quatre secteurs de restauration, tandis que celle de l'autre candidat a été évaluée à la note de 18, 8 pour chacun d'eux.

24. De même, la décision de rejet de l'offre de la société Excelsis mentionne que le chiffre d'affaires annuel moyen prévu par la société requérante est plus élevé que celle de l'autre candidat s'agissant de la brasserie et du salon Gustave Eiffel mais plus faible concernant le restaurant le Jules Verne et la vente à emporter. Le document « synthèse des offres finales de l'appel d'offres » fait ainsi apparaître, d'une part, que l'offre de la société Excelsis a été évaluée à la note maximale de 20/20 pour la brasserie le 58 Tour Eiffel et le salon Gustave Eiffel (respectivement 18,3 et 6,5 pour l'offre de l'autre candidat pour ces secteurs) et, d'autre part, que l'offre de la société Excelsis a obtenu la note de 19,1 pour le Jules Verne (20 pour l'autre candidat) et celle de 17, 6 pour la vente à emporter (20 pour l'autre candidat).

25. Le moyen tiré de ce que les critères d'appréciation des offres auraient été modifiés en cours de procédure, faute de comparaison des offres sur les items « taux de redevance et minimum garanti » et « montant du chiffre d'affaires dégagé au total et par activité » ne peut dès lors qu'être écarté comme manquant en fait.

En ce qui concerne le moyen tiré de l'inadéquation des critères d'appréciation des offres :

26. S'il appartient au juge des référés précontractuels de relever un manquement aux obligations de mise en concurrence résultant de la définition par le pouvoir adjudicateur d'un système d'évaluation des offres susceptible de conduire au choix de celle qui n'est pas la meilleure offre au regard de l'avantage économique global, un tel manquement ne peut résulter que d'une erreur manifeste du pouvoir adjudicateur dans le choix des critères et de leurs modalités de mise en œuvre, eu égard aux diverses possibilités dont il dispose en la matière. Il n'appartient en revanche pas au juge des référés précontractuels de se prononcer sur l'appréciation portée par le pouvoir adjudicateur sur les mérites respectifs des offres.

27. D'une part, le cahier des charges de la passation du contrat en litige précisait que la redevance annuelle due par le concessionnaire est fonction du chiffre d'affaires et d'un taux de redevance variable selon le montant de ce chiffre et que le concessionnaire devait en outre proposer un minimum garanti par année. Ainsi qu'il a été dit, la notation des offres des candidats a bien tenu compte des montants de chiffres d'affaires proposés, ventilés par secteur de restauration, des minimums garantis et des taux de redevance.

28. D'autre part, le contrat litigieux prévoit de confier à un opérateur unique l'ensemble des services de restauration pour les visiteurs de la Tour Eiffel et des travaux et aménagements à cette fin, nécessitant des investissements au démarrage des prestations de restauration évalués par l'un des candidats à 18, 2 millions d'euros et à 19, 8 millions d'euros par l'autre. Le contrat comporte en outre des clauses imposant un plan de renouvellement des concepts de restauration

pour chacun des espaces de restauration à mi-parcours. Dans ces conditions, le pouvoir adjudicateur pouvait légalement décider d'apprécier la valeur financière des offres en ne se limitant pas aux seuls montants du minimum garanti et du chiffre d'affaire global proposés par les candidats. L'appréciation des modalités de financement de l'exploitation et de la solidité du montage juridique proposés par les candidats dans le cadre du critère financier, au titre de l'item « pertinence et cohérence des travaux » et au titre de l'item « pertinence et fiabilité du modèle économique d'exploitation », apparaît ainsi en rapport avec l'objet du contrat et est conforme aux critères d'appréciation annoncés dans les documents de la consultation.

29. Il n'appartient en revanche pas au juge des référés précontractuels de se prononcer sur l'appréciation portée par le pouvoir adjudicateur quant à la moindre robustesse du financement d'une partie des investissements prévus par la société Excelsis par le biais d'un besoin en fonds de roulement de 6, 4 millions d'euros et de la moindre fiabilité du modèle économique d'exploitation proposé par cette société du fait d'une dette court terme de 9 millions et du fait de la structure juridique envisagée, faute de présence directe des actionnaires de la société à son capital et de l'imprécision des clauses destinées à garantir la stabilité de l'actionnariat.

30. Compte tenu de ce qui précède, le fait que la société Excelsis ait obtenu la note globale de 17,9/20 et celle du candidat retenu la note globale de 17,8/20 sur le critère financier, alors que l'offre de la société requérante était mieux-disante pour ce qui concerne le minimum garanti, le taux de redevance ou le chiffre d'affaires global, ne suffit pas à établir que la notation des offres aurait été mise en œuvre de manière à désavantager ou avantager l'un des candidats ni qu'elle aurait conduit à ne pas sélectionner la meilleure offre au regard de l'avantage économique global. Le moyen tiré de ce que la définition des critères d'appréciation des offres serait entachée d'erreur de droit ou d'erreur manifeste d'appréciation doit dès lors être écarté.

En ce qui concerne le moyen tiré de l'absence de notation des offres sur l'assistance à la gestion du restaurant d'entreprise de la SETE :

31. Compte tenu de l'objet du contrat, le manuel d'élaboration des offres prévoyait que les candidats devaient notamment décrire les modalités mises en œuvre dans le cadre de la mission d'assistance à la gestion du restaurant d'entreprise de la SETE, préciser leur compréhension des différents enjeux ainsi que les moyens mis en œuvre. Le manuel imposait également aux candidats de proposer et justifier une rémunération forfaitaire annuelle en contrepartie de cette activité.

32. Il ne résulte pourtant ni de la lettre exposant les motifs détaillés du rejet de l'offre de la société requérante ni davantage du document « synthèse finale des offres » que le pouvoir adjudicateur ait procédé à une évaluation des offres des candidats sur ces prestations, tandis qu'aucune disposition du règlement de la consultation ne précisait selon quelles modalités ces prestations seraient le cas échéant notées ou prises en compte dans la note globale.

33. Toutefois, la mission d'assistance à la gestion du restaurant d'entreprise de la SETE revêt un caractère annexe dans le périmètre du contrat en litige. Cette mission d'assistance est ainsi définie par le cahier des charges comme portant sur le contrôle et la rationalisation de l'exploitation du restaurant d'entreprise et le contrôle des approvisionnements. Son montant

avait par ailleurs été évalué par le pouvoir adjudicateur à 40 000 euros annuels HT, tandis que le chiffre d'affaires annuel moyen attendu du contrat de concession dans son ensemble représente entre 58, 8 et 59, 9 millions d'euros, selon les offres des candidats. Dans ces conditions, eu égard à la nature et à l'importance de ces prestations au sein du contrat, il n'apparaît pas que l'absence d'évaluation des offres des deux candidats sur la mission d'assistance à la gestion du restaurant d'entreprise ait lésé ou ait été susceptible de léser la société Excelsis, dont l'offre sur ce point (65 101 euros HT) était par ailleurs plus chère que celle du candidat retenu (40 000 euros HT).

34. Il résulte de tout ce qui précède que les conclusions de la société Excelsis tendant à l'annulation de la décision rejetant son offre, de la décision d'attribution du contrat, de la procédure de publicité et de mise en concurrence ainsi, en tout état de cause, que celles tendant à l'annulation de la décision par laquelle la ville de Paris a agréé le choix de l'attributaire doivent être rejetées.

Sur les conclusions présentées au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative :

35. Les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce que soit mise à la charge de la société d'exploitation de la Tour Eiffel, qui n'est pas la partie perdante dans la présente instance, la somme demandée par la société Excelsis au titre des frais exposés par elle et non compris dans les dépens. Dans les circonstances de l'espèce, il y a en revanche lieu de mettre à la charge de la société requérante la somme de 2 000 euros au titre des frais exposés par la société d'exploitation de la Tour Eiffel et non compris dans les dépens, ainsi que la somme de 1 500 euros au titre des mêmes frais exposés par la société Sodexo.

ORDONNE :

Article 1er : Il est donné acte du désistement de la société Excelsis de ses conclusions tendant à ce qu'il soit enjoint à la ville de Paris de produire la décision d'agrément du 25 juillet 2018 ainsi que de ses conclusions tendant à ce qu'il soit enjoint à la société d'exploitation de la Tour Eiffel de lui communiquer les motifs détaillés de rejet de son offre et tendant à ce que la procédure de passation litigieuse soit suspendue dans l'attente.

Article 2 : Le surplus des conclusions de la requête de la société Excelsis est rejeté.

Article 3 : La société Excelsis versera la somme de 2 000 euros à la société d'exploitation de la Tour Eiffel et la somme de 1 500 euros à la société Sodexo en application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 4 : Le surplus des conclusions des parties est rejeté.

Article 5 : La présente ordonnance sera notifiée à la société Excelsis, à la société d'exploitation de la Tour Eiffel, à la ville de Paris, au groupement Umanis, à la société Sodexo France, à la société Frédéric Anton conseil, à la société TM4 et à la société Uбудu.