

À l'inverse, la seconde société qui a déposé une offre a respecté les dispositions de l'article 3.1 du règlement de consultation qui interdit les variantes et n'a pas proposé d'alternative au programme de la commune. Elle a constaté un déficit prévisionnel important (- 10,74 M€) et a simplement annoncé que, si elle était retenue pour la négociation, elle proposerait « des solutions programmatiques susceptibles, sans dénaturer le projet et les objectifs de la ville, de trouver l'équilibre économique indispensable au financement de l'opération ».

Le document intitulé « analyse des candidatures pour la commission », établi en vue de la réunion de la commission *ad hoc* chargée de les analyser, en application de l'article R. 300-9 du code de l'urbanisme, conclut que cette seconde offre devrait être regardée comme irrecevable au motif qu'elle ne présente pas toutes les pièces demandées et qu'elle n'a pas fait de proposition permettant d'ouvrir la négociation.

Il estime en revanche qu'il y a lieu de retenir le groupement conduit par la CIM qui a modifié le projet de la commune et que « cette proposition alternative peut être le point de départ de la négociation ». Le rapport d'analyse de fin de procédure du 28 juin 2019 précise également que « le maire, en tant que personne habilitée par le conseil municipal, a pu lancer des négociations sur la base de l'offre déposée ». Ce raisonnement se retrouve dans l'exposé qui précède la délibération du 30 juillet 2019, qui a retenu le lauréat de la mise en concurrence. Ce texte mentionne même le fait que la société retenue, la CIM, « a proposé une offre variable, confirmée par la négociation menée, sur une répartition différente par rapport au cahier des charges, des typologies de logements ».

La commune a donc sélectionné l'offre de la CIM alors que l'article 3.1 du règlement de consultation interdit la présentation de variantes et que l'article 5.3 précise que la négociation doit être menée « sur la base du programme défini [par la commune] ». Le fait de méconnaître ainsi les dispositions du règlement de consultation est susceptible de constituer une atteinte aux principes d'égalité d'accès à la commande publique et d'égalité de traitement des candidats.

Les arguments présentés en réponse aux observations provisoires par l'ordonnateur et le directeur général de la SEMOP, ne sont pas de nature à écarter ce constat :

- la note émanant de la commune affirme que le règlement de consultation n'était pas clair et que si l'article 3.1 prévoyait que « les variantes ne sont pas autorisées », c'était pour que tous les candidats retiennent le même cadre de présentation de leur offre afin de faciliter les comparaisons. Toutefois, la signification de cet article ne soulève pas de doute et une telle interprétation n'est pas possible ;
- la commune souligne également que l'annexe 1 du règlement de consultation prévoyait la production par les candidats d'une pièce 4 comportant une « analyse critique du programme » et un « avis sur la programmation ». Toutefois, ces mentions ne signifient pas qu'il leur était demandé de produire un programme alternatif et elles ne peuvent conduire à écarter l'application de l'article 3.1 dont la rédaction est limpide. Il en va de même pour la pièce 5 mentionnée par cette même annexe et dont se prévaut également la commune, qui prévoit la communication, avec l'offre, d'un pré-bilan financier avec des propositions d'ajustement ;
- la commune et le directeur général de la SEMOP se prévalent d'un extrait de l'article 7 du règlement de la consultation pour affirmer que ce dernier aurait autorisé les candidats à proposer un programme différent de celui de la ville en mentionnant, parmi les critères de sélection annoncés, « le nombre, la typologie et les caractéristiques des logements créés en regard d'un résultat optimum pour la ville, notamment sur son équilibre sociologique et financier et ce, notamment au travers d'un plan de masse ». Toutefois cette partie de l'article porte sur les critères applicables à l'issue de la négociation pour déterminer, à ce stade, la meilleure offre au

regard de l'avantage économique global. Elle ne concerne donc pas la sélection des offres qui devait être opérée avant la négociation et dont il est question ici. Sur ce point, le règlement était clair : son article 3.1 prévoyait que « les variantes ne sont pas autorisées » ;

- enfin, le directeur général de la SEMOP cherche à démontrer que les modifications du programme proposées par la CIM auraient été de faible ampleur et nécessaires pour assurer l'équilibre financier de l'opération. Il confirme ainsi, en tout état de cause, que le projet présenté par la SEMOP diffère de celui prévu par la commune.

La commune n'a donc pas respecté les règles de procédure qu'elle avait elle-même fixées dans le règlement de consultation et s'est de plus privée de la possibilité d'examiner deux offres alternatives au stade de la négociation.

3.2.3. Une analyse des offres sommaire et sans avis de la commission compétente

Comme le prévoit l'article R. 300-9 du code de l'urbanisme, dans sa rédaction applicable à cette opération, le conseil municipal a désigné en son sein les membres de la commission *ad hoc* chargée d'émettre un avis sur les propositions reçues en réponse à l'avis de concession, préalablement à l'engagement de la négociation⁶⁰. Une délibération du 26 février 2019 a ainsi listé cinq membres titulaires et cinq suppléants dont quatre issus du groupe majoritaire et un désigné par le groupe minoritaire⁶¹.

La commune affirme que cette commission s'est réunie le 14 mai 2019, soit près d'un mois après la remise des offres. Toutefois, elle n'a pas été en mesure de transmettre la feuille d'émargement, attestant que les cinq membres étaient présents ou représentés.

De plus, cette réunion n'a pas fait l'objet d'un compte-rendu alors qu'un tel document est nécessaire pour assurer la transparence de la procédure et garantir ainsi le respect de l'égalité de traitement des candidats. Qui plus est, cette commission n'a pas produit d'avis alors que ce dernier est obligatoire en application de l'article R. 300-9 du code de l'urbanisme, une obligation reprise à l'article 5.2 du règlement de consultation. En effet, au cours de l'instruction, la commune a communiqué à la chambre un document préparatoire à cette réunion, intitulé « analyse des candidatures pour la commission », ainsi que l'« avis au titre de l'article R. 300-9 de code de l'urbanisme » qui a été transmis au service du contrôle de légalité de la préfecture. Ces deux pièces sont identiques. Le document présenté comme l'avis de la commission comporte toujours la mention finale « il est proposé à la commission d'émettre un avis en ce sens » (déclarer une candidature irrecevable). Il n'est ni daté ni signé. Cette pièce ne peut donc être regardée comme l'avis que doit rendre obligatoirement cette commission.

Dans la note annexée à la réponse de l'ordonnateur aux observations provisoires, la commune reconnaît que la ville ne dispose ni de feuille d'émargement, ni de compte-rendu, ni d'avis formalisé.

Enfin, le document « analyse des candidatures pour la commission » procède simplement par affirmations, sans jamais les conforter par des éléments plus approfondis qui pourraient véritablement justifier le choix de la société qui a été admise à la négociation. Il se borne à énoncer que la candidature « répond aux critères demandés dans le règlement de consultation » mais ne

⁶⁰ La négociation est prévue à l'article 46 de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession.

⁶¹ Le conseil municipal désigne en son sein les membres de cette commission à la représentation proportionnelle à la plus forte moyenne.