

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE BORDEAUX**

N° 0704671

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

SOCIETE NORBAIL-IMMOBILIER

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

M. Chemin
Vice-président,
Juge des référés

Le Vice- président,
Juge des référés

Audience du 13 novembre 2007
Ordonnance du 26 novembre 2007

Vu la requête, enregistrée le 26 octobre 2007, présentée pour la SOCIETE NORBAIL-IMMOBILIER, société anonyme dont le siège est 50 rue d'Anjou à Paris (75008), par Me Richer, avocat au Barreau de Paris ; la SOCIETE NORBAIL-IMMOBILIER demande au juge des référés précontractuels :

- à titre principal, d'annuler une décision du 16 octobre 2007 rejetant l'offre qu'elle a présentée à la suite d'un appel public à la concurrence lancé par la communauté urbaine de Bordeaux en vue de la construction d'un immeuble de bureaux non IGH rue Jean Fleuret à Bordeaux dans le cadre d'un bail emphytéotique administratif assorti d'un contrat de location, et d'enjoindre à la communauté urbaine de Bordeaux de reprendre l'examen des offres ;

- à titre subsidiaire, d'annuler la procédure de passation du marché lancée par la communauté urbaine de Bordeaux ;

- de mettre à la charge de la communauté urbaine de Bordeaux une somme de 3 000 euros sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Elle soutient que le rejet de son offre est illégal ; qu'en effet, et contrairement au motif de ce rejet, le programme qu'elle a fourni était signé et paraphé ; qu'en outre, le second motif tiré de la non-conformité du projet aux prescriptions du programme est erroné dès lors qu'il était impossible de répondre techniquement à ces prescriptions ; que le bail emphytéotique administratif doit être qualifié de marché public soumis aux dispositions de la directive 2004/18/CE du 31 mars 2004, laquelle est directement applicable, dès lors que les règles nationales applicables à la procédure de passation d'un bail emphytéotique administratif contreviennent aux objectifs de cette directive en ce qu'elles ne prévoient pas d'appliquer les règles de passation des marchés publics ; que la procédure de passation est entachée d'irrégularité en raison des vices substantiels dont est affecté l'avis d'appel

N°0704671

2

public à la concurrence ; qu'en effet, la mention du type de marché sur cet avis est insuffisante, celui-ci ne portant pas uniquement sur des travaux mais aussi sur des services qui représentent quasiment les deux tiers du bail emphytéotique ; que la mention de la classification CPV est également insuffisante, dès lors qu'il est seulement indiqué le code CPV relatif aux travaux de construction et non ceux relatifs à la partie service ; que l'avis d'appel public à la concurrence indique encore de façon erronée que le contrat n'est pas soumis à l'Accord sur les marchés publics ; que la mention sur le même avis des modalités de financement et de paiement est insuffisante dans la mesure où il est seulement indiqué que le titulaire du contrat sera rémunéré sur la base d'un loyer ; que l'avis ne comporte pas non plus la date prévisionnelle de notification du marché ; qu'enfin, le choix de la procédure de passation ne répond pas aux conditions permettant de recourir au « dialogue compétitif » selon l'article 29-1 de la directive 2004/18, et celle adoptée en l'espèce n'est pas conforme aux exigences de cette directive dont elle ne respecte pas le « phasage » :

Vu le mémoire enregistré le 12 novembre 2007, présenté pour la communauté urbaine de Bordeaux, par Me Cabanes, avocat au Barreau de Paris, qui conclut au rejet de la requête et à ce qu'une somme de 3 000 euros soit mise à la charge de la SOCIETE NORBAIL-IMMOBILIER au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Elle fait valoir que le jugement de la requête excède le champ de compétence du juge des référés précontractuels ; qu'en effet, le contrat de bail emphytéotique administratif n'est pas un marché public au sens du droit national, la communauté urbaine de Bordeaux n'exerçant pas la maîtrise d'ouvrage des travaux ; qu'il ne peut davantage être qualifié de marché de travaux au sens du droit communautaire, le risque financier final étant supporté par le preneur ; que tout au plus, le contrat en cause pourrait-il recevoir la qualification de concession de travaux au sens du droit communautaire, le cocontractant supportant tous les risques liés aux aléas des opérations de travaux ; que la société requérante n'a pas intérêt à agir dès lors qu'aucun des manquements invoqués n'a affecté en quoique ce soit son accès à la procédure, le traitement de son offre ou de manière générale le bon déroulement de la consultation, et qu'en outre son dossier a été rejeté du fait même de la carence de la société à présenter une offre recevable ; que les motifs de ce rejet ne sont pas erronés ; que les griefs invoqués ne sont pas fondés ; qu'en effet, aucune procédure particulière ne s'impose en droit français pour la passation d'un bail emphytéotique administratif et les grands principes du droit communautaire ont en l'espèce été parfaitement respectés ; qu'à supposer que le bail emphytéotique administratif entre dans l'une des qualifications de la directive 2004/18, celle-ci ne peut trouver application dès lors qu'elle a été adoptée selon une procédure irrégulière ; que ces vices de procédure tiennent au fait que le Conseil des ministres a adopté une position commune antérieurement à l'avis du Parlement, que la Commission n'a pas formulé son avis sur cette position commune et que les instances communautaires n'ont pas respecté les délais d'adoption du texte ; qu'il n'est pas démontré que l'avis de publicité n'était pas compatible avec les objectifs de la directive, et à supposer qu'elle soit applicable directement, les obligations imposées par celle-ci pour les avis de publicité d'une concession de travaux ont été parfaitement respectées ; que les griefs soulevés ne peuvent davantage être retenus si la qualification de travaux au sens du droit communautaire devait être retenue ; qu'en effet, c'est à bon droit qu'il a été indiqué dans l'avis de publicité que l'objet du contrat était un marché de travaux, celui-ci ne pouvait être mixte et la part desdits travaux étant largement plus importante que la part des services ; que le code CPV indiqué était parfaitement suffisant, d'autant que les candidats disposaient d'une information aussi précise que possible sur la consistance des prestations contractuelles ; que l'erreur purement matérielle consistant à indiquer que le contrat n'était pas couvert par l'Accord sur les marchés publics n'est pas de nature à avoir porté atteinte aux conditions de mise en concurrence et au principe d'égal accès à la commande publique ; que les modalités de paiement et de financement ont suffisamment été indiquées ; que, s'agissant de

N°0704671

3

l'absence d'indication de la date prévisionnelle de notification du contrat, il ne peut lui être opposé un formulaire réservé aux marchés publics adopté par arrêté ministériel et, qu'en tout état de cause, celui aujourd'hui applicable en date du 28 août 2006 ne prévoit pas d'indication de la date prévisionnelle de début des prestations ou de commencement des travaux ; que le moyen tiré d'illegalité du recours à la procédure de dialogue compétitif est inopérant dans le cadre d'une procédure de référé précontractuel ; qu'au demeurant, le recours à cette procédure est justifié par la complexité du montage juridique et financier de l'opération, et son déroulement est conforme aux exigences de l'article 29.4 de la directive 2004/18 qui permet l'élimination successive des candidats au fur et à mesure de la procédure ;

Vu le mémoire en réplique enregistré le 12 novembre 2007, présenté pour la SOCIETE NORBAIL-IMMOBILIER, qui conclut aux mêmes fins que la requête ;

Elle ajoute que le juge des référés précontractuels n'est pas seulement compétent sur les marchés publics au sens du droit français ; qu'en l'espèce, le marché en cause est incontestablement un marché de travaux au sens du droit communautaire car entrant dans les prévisions de l'article 1^{er} de la directive 2004/18 ; que le juge des référés précontractuels est en tout état de cause également compétent sur les concessions de travaux ; que toutefois cette dernière qualification doit être totalement exclue en l'espèce, comme l'a d'ailleurs fait la communauté urbaine de Bordeaux elle-même, dès lors que le destinataire du service est l'organisme adjudicateur et non un tiers et que le cocontractant n'assume pas les risques de l'exploitation ; qu'en effet, l'emphytéote est chargé de réaliser un ouvrage selon les spécifications de la communauté urbaine de Bordeaux et de le louer à celle-ci, laquelle s'engage à prendre à bail et à couvrir le préjudice du titulaire du contrat en cas de résiliation de celui-ci ; que le juge national ne peut apprécier la validité d'une directive et le juge des référés précontractuels n'est pas compétent pour statuer sur ce type de moyen ; qu'elle a bien intérêt à agir et à se prévaloir de tout manquement aux obligations de publicité et de mises en concurrence alors même que sa candidature ou son offre ne seraient pas recevables ; que les irrégularités concernant le choix et le déroulement du « dialogue compétitif » peuvent être invoquées dès lors qu'elles affectent la mise en concurrence ; que l'avis de publicité est encore irrégulier en tant que la mention obligatoire sur les modalités d'ouverture des offres n'est pas renseignée ; qu'il en est de même en tant que la rubrique IV.3.3 « Conditions d'obtention du cahier des charges et des documents complémentaire ou du document descriptif et documents payants » est insuffisamment renseignée, la communauté urbaine de Bordeaux s'étant contentée de mentionner « non », ce qui signifie simplement que les documents n'étaient pas payants mais n'indique pas de date limite pour la réception des demandes ;

Vu la décision en date du 19 mars 2007 par laquelle le président du Tribunal a désigné M. Chemin, vice-président, pour statuer en référé dans les contentieux prévus aux articles L. 551-1 et L. 551-2 du code de justice administrative ;

Vu l'ordonnance en date du 29 octobre 2007 enjoignant à la communauté urbaine de Bordeaux de différer la signature du contrat litigieux jusqu'à la notification de la décision à intervenir dans l'instance ;

Vu les autres pièces du dossier ;

N°0704671

Vu la directive 2004/18/CE du Parlement Européen et du Conseil de l'Union Européenne du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services ;

Vu le règlement (CE) n°1564/2005 de la Commission en date du 7 septembre 2005 établissant les formulaires standard pour la publication d'avis dans le cadre des procédures de passation des marchés publics conformément aux directives 2004/17/CE et 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil, et notamment son annexe II ;

Vu le code général des collectivités territoriales ;

Vu le code de justice administrative ;

Après avoir, à l'audience publique du 13 novembre 2007 à 10 heures, dont les parties ont été régulièrement avisées, présenté le rapport de l'affaire et entendu :

- les observations de Me Hourcabié, à la décharge de Me Richer, pour la SOCIETE NORBAIL-IMMOBILIER, qui déclare inverser l'ordre de ses conclusions et demande, à titre principal, que soit annulée la procédure de passation du bail emphytéotique administratif ; il ajoute que, dans le cadre de ces conclusions, le débat sur la signature de l'offre importe peu et il est indifférent que l'offre soit recevable ou pas ; que, pour autant, il maintient que l'offre remise à la communauté urbaine de Bordeaux était bien signée et paraphée ;

- les observations de Me Cabanes pour la communauté urbaine de Bordeaux, qui présente un document intitulé « programme de construction » non signé ni paraphé, contenu dans une enveloppe et dont il soutient qu'il constitue l'original de l'offre de la SOCIETE NORBAIL-IMMOBILIER remise à la communauté urbaine de Bordeaux ;

- les explications de M. Cottet, directeur des moyens généraux à la communauté urbaine de Bordeaux, qui déclare attester sur l'honneur que le document ainsi présenté à l'audience était bien celui qui était contenu dans l'enveloppe qu'il a lui-même ouverte lors de l'ouverture des plis, et de M. Peyrichou, ingénieur à la communauté urbaine de Bordeaux, qui confirme les propos de M. Cottet ;

Après avoir pris connaissance des notes en délibéré, enregistrées le 13 novembre 2007, présentés pour la SOCIETE NORBAIL-IMMOBILIER et pour la communauté urbaine de Bordeaux ;

Considérant qu'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 des marchés publics, des marchés mentionnés au 2° de l'article 24 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics, des contrats de partenariat, des contrats visés au premier

N°0704671

6

bail et prévoit de confier au preneur la conception, le financement, la construction et la maintenance, sur un terrain de 1 291 m² appartenant à la communauté urbaine de Bordeaux et mis à sa disposition moyennant une redevance, d'un immeuble de bureaux à haute qualité environnementale (HQE), d'une surface utile d'environ 8 000 m² et comprenant au moins 100 places de stationnement, destiné à accueillir différents services de la communauté urbaine ; que le preneur, qui aura la qualité de maître d'ouvrage et assurera seul la direction des travaux, s'engage à louer au bailleur l'immeuble une fois construit moyennant le paiement d'un loyer jusqu'au terme du bail d'une durée de 20 ans, les biens étant alors remis gratuitement au bailleur en fin de bail ; que le loyer devant être versé est calculé en fonction, d'une part, de l'assiette du financement et, d'autre part, des prestations et charges du « propriétaire » incombant à l'emphytéote et comprenant la rémunération de celui-ci, la part de ce loyer représentant les charges de maintenance et de renouvellement des installations étant actualisée à la date de mise à disposition des biens et révisée ensuite annuellement ;

Considérant que le contrat ainsi envisagé dans son ensemble indissociable a, eu égard notamment à son objet portant principalement sur la construction d'un ouvrage répondant aux besoins précisés par la communauté urbaine de Bordeaux, et au mode de rémunération sous la forme d'un loyer selon des modalités qui ne peuvent être regardées comme transférant à l'opérateur le risque économique de l'opération, le caractère d'un marché public au sens des dispositions précitées de l'article 1^{er} de la directive 2004/18/CE du 31 mars 2004 et de l'article L. 551-1 du code de justice administrative ; que, par suite, et alors même que le contrat en cause ne constitue pas un marché soumis au code des marchés publics, le moyen tiré de ce que le juge des référés précontractuels ne seraient pas compétent pour en connaître doit être écarté ;

Considérant que la SOCIETE NORBAIL-IMMOBILIER, qui était, en tout état de cause, candidate à l'attribution du marché litigieux et dont, au surplus, il n'est pas contesté qu'elle réalise habituellement le type d'activités prévues par ce marché, est susceptible d'être lésée par tout manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise sa passation ; que, par suite, alors même que sa candidature a été écartée par la commission chargée d'examiner la recevabilité des offres au motif notamment qu'elle n'avait pas signé et paraphé son offre concernant le programme de travaux, elle est au nombre des personnes habilitées à agir devant le juge des référés précontractuels en vertu des dispositions précitées de l'article L. 551-1 du code de justice administrative ; que, dès lors, la fin de non-recevoir tirée par la communauté urbaine de Bordeaux du défaut d'intérêt donnant qualité pour agir à la SOCIETE NORBAIL-IMMOBILIER doit être écartée ;

Sur la régularité de la procédure de passation du marché litigieux :

Considérant qu'en l'absence de règles nationales légales et réglementaires applicables à la procédure de passation du marché litigieux, il appartenait à la communauté urbaine de Bordeaux d'organiser une procédure permettant d'assurer une publicité et une mise en concurrence compatibles avec les objectifs de la directive 2004/18/CE du 31 mars 2004 ; que la communauté urbaine de Bordeaux, qui s'est d'ailleurs placée dans ce cadre en choisissant d'assurer une publicité selon les règles prévues en matière de marchés de travaux et de mettre en œuvre une procédure de dialogue compétitif directement inspirée de ladite directive, invoque cependant, pour en écarter l'application au cas d'espèce, les vices de procédure dont elle serait affectée ; qu'elle soutient à cet effet que la directive a été adoptée en méconnaissance de l'article 251 du Traité instituant la Communauté

N°0704671

7

européenne en ce que, en premier lieu, la position commune du Conseil aurait été adoptée avant que le Parlement ne délibère sur la proposition modifiée de la Commission et sans que la Commission ait informé le Parlement de sa position sur la position commune du Conseil, en deuxième lieu, le Parlement n'aurait pas respecté le délai de trois mois prévu à compter de l'adoption par le Conseil d'une position commune pour proposer ses amendements, et en troisième lieu, le texte aurait été adopté après le délai de six semaines prescrit à compter de l'approbation du projet commun par le comité de conciliation ; que, toutefois, de telles affirmations présentées sommairement dans le cadre de la présente procédure dans un mémoire parvenu par télécopie au Tribunal la veille de l'audience, ne sauraient constituer, alors que la directive, dont la communauté urbaine de Bordeaux a fait elle-même application et conteste maintenant la validité, a été publiée au Journal officiel le 30 avril 2004 et mentionne dans ses visas que le Parlement européen et le Conseil de l'Union européenne ont statué conformément à la procédure visée à l'article 251 du Traité au vu du projet commun approuvé le 9 décembre 2003 par le comité de conciliation, et alors en outre que l'article 251.7 dudit Traité prévoit que les délais de trois mois et de six semaines qu'il vise sont prolongés à l'initiative du Parlement ou du Conseil, en l'absence de précisions permettant ainsi d'en apprécier le bien-fondé ou la portée, ne sauraient constituer une contestation sérieuse seule de nature à justifier qu'il soit sursis à statuer sur la requête aux fins de renvoi préjudiciel à la Cour de Justice des Communautés européennes pour que celle-ci se prononce sur la validité de la directive du 31 mars 2004 ;

Considérant qu'en vertu de l'annexe II précitée du règlement CE n° 1564/2005 du 7 septembre 2005 établissant les formulaires standard pour la publication d'avis dans le cadre des procédures de passation de marchés publics conformément aux directives 2004/17/CE et 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil, l'avis d'appel public à la concurrence doit comporter une mention précisant si le marché est couvert ou non par l'Accord sur les marchés publics (A.M.P) qui constitue une annexe à l'accord instituant l'Organisation mondiale du commerce ; qu'en vertu de l'annexe 5 de l'appendice I de l'Accord sur les marchés publics, les « services de construction » ayant pour objet « la réalisation, par quelque moyen que ce soit, de travaux de bâtiment » entrent dans son champ d'application ; qu'il est constant que la réalisation de l'immeuble de bureaux envisagé par la communauté urbaine de Bordeaux est au nombre des travaux de construction concernés par l'Accord sur les marchés publics ; que par suite, la mention « Non », inscrite à tort dans la rubrique II.1.7 « Marché couvert par l'accord sur les marchés publics (AMP) » des avis d'appel public à la concurrence ainsi publiés au Journal officiel de l'Union européenne et au Bulletin officiel des annonces des marchés publics par la communauté urbaine de Bordeaux, était erronée ; qu'une telle erreur, qui ne peut être regardée comme purement matérielle, constitue un manquement de la communauté urbaine de Bordeaux à ses obligations de publicité de nature à entacher d'irrégularité la procédure de passation du marché litigieux ; que, dès lors, et sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens de la requête, la SOCIETE NORBAIL-IMMOBILIER est fondée à en demander l'annulation ;

Sur l'application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative :

Considérant que les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce qu'il soit mis à la charge de la SOCIETE NORBAIL-IMMOBILIER, qui n'est pas la partie perdante dans la présente instance, la somme que la communauté urbaine de Bordeaux demande au titre des frais exposés par elle et non compris dans les dépens ; qu'il y a lieu, en revanche, dans les circonstances de l'espèce, de faire application des mêmes dispositions et de mettre à la charge de la communauté urbaine de Bordeaux une somme de 1 000 euros au titre des frais de même nature exposés par la société requérante ;

N°0704671

8

ORDONNE

Article 1er : La procédure de passation du marché organisée par la communauté urbaine de Bordeaux pour la réalisation d'un immeuble de bureaux non IGH dans le cadre d'un bail emphytéotique administratif assorti d'un contrat de location, rue Jean Fleuret à Bordeaux, est annulée.

Article 2 : La communauté urbaine de Bordeaux versera à la SOCIETE NORBAIL-IMMOBILIER la somme de 1 000 euros en application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetés.

Article 3 : La présente ordonnance sera notifiée à la SOCIETE NORBAIL-IMMOBILIER et à la communauté urbaine de Bordeaux. En outre, copie en sera délivrée au préfet de la Gironde.

Fait à Bordeaux, le 26 novembre 2007.

Le vice-président,
juge des référés,

Le greffier

Bernard CHEMIN

Sandrine FRÉCHIC

La République mande et ordonne au préfet de la Gironde en ce qui le concerne ou à tous huissiers de justice à ce requis en ce qui concerne les voies de droit commun contre les parties privées, de pourvoir à l'exécution de la présente décision.

Pour expédition conforme,
Le Greffier
