

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE PARIS**

N°0900393

SOCIETE KEN CLUB

Mme Mille
Magistrat délégué

REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

Le Tribunal administratif de Paris

Le magistrat délégué,

Ordonnance du 3 février 2009

Vu la requête, enregistrée le 14 janvier 2009 sous le n°0900393, présentée pour la société KEN CLUB ayant son siège social 100 avenue du Président Kennedy 75016 Paris, agissant par Me Sénac de Monsebernard, avocat du cabinet KGA ; la société KEN CLUB demande au juge des référés, sur le fondement de l'article L.551-1 du code de justice administrative :

- d'ordonner la suspension de la signature du bail emphytéotique administratif (BEA) relatif à la réhabilitation de la piscine Molitor à Paris jusqu'au terme de cette instance et, en tout cas, pour une durée de vingt jours ;

- d'enjoindre à la Ville de Paris de communiquer les pièces de la procédure, notamment le procès-verbal de dépouillement des candidatures et des offres, les différents rapports d'analyse des candidatures et des offres, l'offre du candidat retenu, la justification du classement des offres, la délibération du conseil municipal et son exposé des motifs ;

- d'annuler l'ensemble de la procédure de passation du BEA litigieux ;

- d'enjoindre à la Ville de Paris de reprendre la procédure en respectant les règles de publicité et de mise en concurrence applicables ;

- de mettre à la charge de la Ville de Paris la somme de 10 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

La société KEN CLUB soutient :

- que la requête entre dans le champ d'application de l'article L.551-1 du code de justice administrative ; qu'en effet, en tant que le contrat litigieux constitue une concession de travaux publics soumise aux articles 56 et suivants de la directive 2004/18, il appartient à la catégorie des contrats définie à l'article 9 de la loi n°91-3 du 3 janvier 1991, laquelle relève, par application de

0900393

2

publics soumise aux articles 56 et suivants de la directive 2004/18, il appartient à la catégorie des contrats définie à l'article 9 de la loi n°91-3 du 3 janvier 1991, laquelle relève, par application de l'article 11-2 de la même loi, de la procédure du référé précontractuel ; qu'en outre, si le BEA litigieux est requalifié en délégation de service public (DSP), il peut également faire l'objet d'un tel référé ;

- que la qualification que la Ville de Paris a donnée au contrat est erronée, ce qui rend irrégulière la procédure mise en œuvre ; qu'en effet, ce contrat n'est pas un simple BEA mais une DSP dès lors que, d'une part, il a pour objet de confier à un délégataire la gestion d'un service public dont la Ville a la responsabilité et, d'autre part, la rémunération du délégataire est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service ;

- qu'en conséquence, la procédure est irrégulière en ce qu'elle n'a pas respecté les règles de publicité et de mise en concurrence prévues aux articles L. 1411-1 et suivants du code général des collectivités territoriales ; que notamment, ni la commission de l'article L.1411-5, ni celle de l'article L.1413-1 dudit code ne sont intervenues en l'espèce et ne leur est pas assimilable ni comparable la commission qui a été formée par le conseil municipal aux fins d'étudier les propositions des candidats, cette commission comprenant 20 membres et non 5 ; qu'en outre, le contrat ne précise pas les tarifs applicables ni, a fortiori, leurs modalités d'évolution contrairement aux exigences de l'article L. 1411-2 ; qu'enfin, la durée du contrat proposée par le groupement Colony, qui est de 54 ans, dépasse celle prévue à l'article L. 1411-2 du code général des collectivités territoriales qui doit correspondre à la durée normale d'amortissement des installations mises en œuvre ; que l'absence d'intervention de la commission prévue au code général des collectivités territoriales est susceptible d'avoir lésé la société KEN CLUB ; que la procédure mise en œuvre n'a pas été une réelle négociation mais une procédure s'approchant du dialogue compétitif, ne permettant que des amendements à la marge du contrat proposé par la Ville de Paris ;

- que la procédure est également irrégulière en ce qu'elle a violé les règles de publicité et de mise en concurrence applicables aux concessions de travaux :

. que premièrement, sous la rubrique VI.3.2) de l'avis d'appel public à la concurrence en date du 31 juillet 2007, figurent des mentions insuffisantes et inexactes s'agissant des possibilités de recours dès lors que seul le recours en excès de pouvoir contre l'acte détachable du contrat est mentionné, à l'exclusion du référé précontractuel et du référé suspension contre le contrat ; qu'il résulte de la jurisprudence que, dès lors que le pouvoir adjudicateur a fait le choix de remplir cette rubrique, en sus de la rubrique VI.3.3) relative au service auprès duquel des renseignements peuvent être obtenus sur l'introduction d'un recours, il lui appartient d'y procéder en mentionnant l'existence d'un référé précontractuel ; que cette irrégularité est substantielle et a induit en erreur la requérante en l'empêchant d'introduire plus tôt un référé et/ou de le préparer dans les délais opportuns ;

. que deuxièmement, la Ville de Paris a confondu les critères de sélection des candidatures et les critères de jugement des offres, figurant dans le formulaire standard de l'annexe X du règlement du 7 septembre 2005 sous les appellations de « conditions de participation » et de « critères d'attribution » ; qu'en effet, dans l'avis d'appel public à la concurrence, la Ville de Paris a fait figurer, au titre des critères d'attribution, un critère relatif aux « références et garanties professionnelles, techniques et financières du candidat », cette irrégularité ayant lésé le groupement évincé ;

0900393

3

. que troisièmement, la Ville de Paris n'a pas jugé utile d'indiquer, dans l'avis d'appel public à la concurrence, qu'elle entendait exiger des candidats certaines garanties et cautionnements alors même que la première version du bail remise aux candidats comporte ces garanties et cautionnements en ses articles 5.4.2 et 7.4.8 ; que ce manquement a lésé la requérante qui s'est ainsi trouvée placée en situation de faiblesse par rapport à des concurrents mieux armés qu'elle pour constituer des garanties et sa proposition a été fragilisée sur le critère du plan de financement et sur l'allocation des risques ;

. que quatrièmement, la Ville de Paris a manqué à son obligation de préserver la confidentialité des propositions remises par les candidats alors que l'article 42.3 de la directive 2004/18 fixe au pouvoir adjudicateur une véritable obligation de résultat quant au respect de la confidentialité des offres, cette disposition ayant été transposée dans l'article 32 deuxième alinéa du code des marchés publics ; que s'il n'existe pas de disposition comparable pour la passation des concessions de travaux ou des baux emphytéotiques, les dispositions susmentionnées ne font qu'énoncer des principes généraux concernant tous types de contrats ; qu'en l'espèce, dans un article du 8 juillet 2008, le quotidien « Le Parisien » a présenté « d'après un document interne, les propositions des trois groupes en concurrence », ce qui a permis au groupement finalement lauréat de constater que l'abonnement qu'il envisageait était très supérieur à celui proposé par le groupement dont fait partie la requérante et, en conséquence, de consentir un effort particulier sur les tarifs d'accès au bassin d'hiver pour compenser ce handicap ; que cette difficulté justifie qu'il soit enjoint à la Ville de Paris de communiquer tous rapports d'analyse des propositions ainsi que les propositions remises par le groupement lauréat afin qu'il puisse être confirmé que le manquement a profité à la concurrente de la société requérante ;

. que cinquièmement, les critères d'attribution du contrat n'ont pas été appliqués de manière objective ; qu'en effet, la Ville n'a que très peu pris en compte le critère tiré de l'intérêt du programme d'activités, pourtant classé deuxième, dès lors qu'elle a donné sa préférence à un important projet d'hôtellerie haut de gamme avec les accessoires modernes de ce genre de projet que sont les centres de balnéothérapie, et ce, en contradiction avec le principe affiché selon lequel la destination aquatique et sportive de la piscine doit être respectée ; qu'en revanche, le critère de l'allocation des risques proposée par les candidats, invisible dans l'avis d'appel public à la concurrence et ne figurant pas au nombre des cinq critères d'attribution, a eu un rôle déterminant ; que s'il était indiqué dans l'avis que la Ville ne participera pas au financement des travaux, cette affirmation renvoie seulement à l'idée que la Ville ne paiera pas les travaux mais ne donne pas d'indication sur l'allocation des risques au sein du contrat ; que tout au long de la procédure, les candidats ont subi la légèreté de la Ville de Paris, ne pouvant ni savoir si le contrat formerait un élément intangible après discussion, ni si les propositions en matière d'allocation des risques devaient faire l'objet d'appréciation pour retenir le candidat lauréat ; qu'enfin, s'agissant du critère relatif aux « références et garanties professionnelles, techniques et financières du candidat », il apparaît que le choix du groupement lauréat n'est pas justifié dès lors son principal exploitant, le groupe Accor, ne possède pas de référence particulière en matière d'exploitation d'équipement sportif ; que l'absence de transparence sur ces critères d'attribution a lésé les membres du groupement évincé ;

. que sixièmement, la conduite d'ensemble de la procédure, erratique et illisible, n'a pas permis aux soumissionnaires de présenter une offre sur la base d'un cahier des charges clair, stable et définitif et a ainsi porté atteinte à la transparence et à l'égalité des candidats ; qu'en effet, la Ville a conduit la procédure comme si le projet de bail était un élément accessoire du cahier des charges et n'avait aucune influence sur l'offre dans sa globalité ; que le projet de bail définitif n'a été arrêté que le 13 octobre 2008, soit près de quatre mois après la demande d'une offre finalisée

0900393

4

aux candidats, tandis que cinq jours seulement étaient laissés aux candidats pour effectuer, sur la base de ce cahier des charges définitif, des ajustements, au demeurant limités à la durée du bail et au montant de la redevance ; qu'en ne jugeant pas utile de permettre aux candidats de proposer des ajustements à l'ensemble de leur offre après le 13 octobre 2008, le pouvoir adjudicateur a avantagé le candidat pour lequel l'allocation des risques entraînait le moins de dommages dès lors que son modèle de financement reposait en grande partie sur des fonds propres et que, surtout, il pouvait amortir un contrat risqué par un projet essentiellement centré sur une activité hôtelière, donc moins aléatoire ; qu'il appartenait à la Ville de rouvrir la procédure pour permettre aux deux candidats restants d'apporter des ajustements à leur offre, dans le respect du principe d'égalité de traitement ; qu'ainsi, le comportement de la Ville en ce qui concerne la discussion sur le contrat a directement lésé le groupement évincé en ce qu'il a désavantagé le candidat dont le plan de financement conduisait à demander le plus d'adaptations au contrat ;

. que septièmement, des modifications essentielles de l'objet du contrat ont été introduites après l'engagement de la procédure ; qu'en effet, s'agissant de deux éléments substantiels contenus dans l'avis d'appel public à la concurrence, soit la taille du bassin d'été (qui devait rester à 50 m alors qu'elle est réduite à 44 m dans le projet lauréat), et la destination de l'ouvrage, un écart important peut être constaté entre ce que la Ville de Paris a indiqué qu'elle souhaitait faire dans l'avis d'appel public à la concurrence et ce qu'elle s'apprête à laisser faire par le candidat retenu ; qu'en acceptant une diminution de la taille de la piscine, la Ville de Paris a entériné un projet qui manifestement ne respecte pas la destination de la piscine ; qu'elle a, ce faisant, également renoncé à l'organisation potentielle de compétitions pour mettre en place, aux côtés d'un bassin destiné à la nage, un bassin de balnéothérapie ; que cette réduction de la taille de la piscine est concomitante d'une augmentation de la surface utilisable pour l'accueil de personnes et l'accroissement de la rentabilité du site ; qu'au lieu d'être au cœur de l'exploitation envisagée, l'hôtel projeté en étant un simple accessoire, la piscine devient l'accessoire de l'hôtel de 100 places et revêt le caractère d'un centre de remise en forme et de santé ; qu'enfin, la construction d'un parking souterrain, telle que proposée par le groupement lauréat, n'est pas conforme à l'exigence figurant à l'article 2.3.2 du dossier de consultation selon lequel « le candidat est invité à présenter un projet s'intégrant dans le contexte urbain et la vie du quartier. » ; qu'à la faveur de cette liberté prise par rapport à l'objet initial du contrat, le groupement lauréat a été avantagé en ce qu'il a pu remettre une proposition très compétitive s'agissant du plan de financement et du montant de la redevance alors que le groupement évincé a été pénalisé par le fait qu'il a voulu se conformer strictement à l'objet indiqué dans l'avis d'appel public à la concurrence ;

. que huitièmement, et au surplus, l'avis d'appel public à la concurrence prévoyait des conditions de recevabilité qui n'ont pas été respectées au cas précis ; qu'en effet, la rubrique III.1.3) de cet avis précisait que, pour être recevable, le candidat devait produire « toute référence ou qualification en matière d'exploitation d'un centre aquatique ou d'un équipement similaire » ; qu'il est en effet douteux que le groupe Accor et son sous-traitant, qui possèdent des références en matière de balnéothérapie et d'exploitation hôtelière mais non, semble-t-il, en matière d'équipements sportifs et d'exploitation sportive de piscine, répondaient à ce critère de recevabilité de la candidature ;

Vu l'ordonnance en date du 15 janvier 2009 par laquelle le magistrat délégué a enjoint au pouvoir adjudicateur de suspendre la signature du contrat jusqu'à ce qu'il ait été statué sur la requête susvisée ou au plus tard jusqu'au 3 février 2009 ;

0900393

5

Vu le mémoire en défense, enregistré le 23 janvier 2009, présenté pour la Ville de Paris par Me Foussard, avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation ; la Ville de Paris conclut au rejet de la requête et demande qu'il soit mis à la charge de la société requérante la somme de 5 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

La Ville de Paris soutient :

- que ne souhaitant pas créer de service public, elle a recouru à la formule du bail emphytéotique administratif lui permettant de confier à un preneur le soin de rénover et d'exploiter de façon privative les dépendances du domaine public constituées par les terrains, bâtiment et installations de la piscine Molitor ; que dans ce cadre, elle n'a pas souhaité imposer de cahier des charges particulier au preneur potentiel, les seules prescriptions à respecter relevant de l'Etat (ministère de la culture) à raison de l'inscription à l'inventaire supplémentaire des monuments historiques ;

- que le BEA pouvant être utilisé pour réaliser une simple opération immobilière dans l'intérêt local sans que la collectivité territoriale assume le rôle de maître d'ouvrage, il n'est pas assimilable à une commande publique et n'est donc assujéti à aucune obligation de publicité et de mise en concurrence ; qu'il n'est pas non plus assimilable à une concession de travaux, le Conseil d'Etat ayant jugé que ne constitue pas une concession de travaux la convention d'occupation domaniale par laquelle l'administration a imposé un cahier des charges rigoureux et précis sur les nombreux travaux à entreprendre (CE 10 mars 2006 Société Unibail Management) ; qu'en conséquence, est-ce sans obligation de sa part et par souci d'éviter une annulation pour défaut de transparence qu'elle a choisi d'instituer une procédure ad hoc reprenant les articles 56 et suivants de la directive 2004/18/CE ;

- que la société requérante se livre à une interprétation erronée de l'arrêt SMIRGEOMES du Conseil d'Etat ;

- que le contrat litigieux ne saurait être requalifié en délégation de service public dès lors que, si le critère relatif à la rémunération sur les redevances perçues sur les usagers ne pose aucun problème, celui relatif à la gestion d'un service public par le délégataire n'est pas rempli ; qu'en effet, si l'activité déployée sur le site de la piscine Molitor n'est pas étrangère à l'intérêt général en raison de la destination aquatique et sportive des biens, cette circonstance ne suffit pas à entraîner la qualification de service public dès lors que le contrat ne comporte aucune clause relative à la gestion de l'équipement ni de contrôle de la collectivité sur la conception et la réalisation des travaux ; que notamment, le fait que le propriétaire prescrive à un occupant « des obligations que l'autorité chargée de la gestion du domaine public peut imposer, tant dans l'intérêt du domaine et de son affectation que dans l'intérêt général, au concessionnaire » ne suffit pas à considérer que le cocontractant est chargé de la gestion d'un service public ; qu'à cet égard, le bail ne détermine pas d'objectifs en matière aquatique et sportive et n'organise pas l'activité qui sera exercée sur le site ; il n'impose au preneur aucune contrainte en matière d'accueil des usagers de la piscine (notamment pas de plages horaires pour accueillir les élèves des centres aérés ou des écoles), ni en matière de continuité d'une activité de service public ni en matière de tarification ; il ne confère au preneur aucune prérogative de puissance publique ;

0900393

6

- que la rubrique VI.3.2 relative aux voies et délais de recours n'est entachée d'aucune inexactitude et ne peut donc pas induire les candidats en erreur ;

- que si la personne publique ne peut utiliser les éléments d'appréciation ayant servi à la sélection des candidatures comme critères de sélection des offres, ce que le juge censure c'est le fait que la personne publique a apprécié les offres au vu d'éléments qui n'étaient annoncés dans les documents de la consultation que comme des critères de sélection des candidatures ; que pour le reste, dès lors que les critères retenus sont liés à l'objet du marché, ne confèrent pas au pouvoir adjudicateur une liberté inconditionnelle de choix et respectent le principe de non discrimination, leur choix relève du pouvoir souverain de la personne publique ; qu'au reste, le critère litigieux ne venait qu'en dernière position et les deux groupements présentaient de ce point de vue des garanties équivalentes ;

- que s'agissant de la mention des garanties et cautionnements, le modèle d'avis des concessions de travaux figurant à l'annexe X du règlement du 7 septembre 2005 ne comporte aucune rubrique à cet égard, de même que la deuxième et dernière version du projet de bail ; qu'au demeurant, la requérante ne saurait soutenir que l'absence de cette mention dans l'avis d'appel public à la concurrence lui a nui dès lors qu'elle n'a jamais évoqué, parmi les clauses affectant la banquabilité de son projet ou l'optimisation de son offre, la garantie à première demande ;

- que, comme le précédent moyen, celui tiré du non respect de la confidentialité des propositions des candidats est infondé en droit, manque en fait et n'a, de toute façon, pas pu léser les intérêts de la requérante ; qu'en effet, les textes applicables aux concessions de travaux ne reprennent pas l'obligation de confidentialité ; que l'objectif, fixé en matière de marchés publics, que le pouvoir adjudicateur ne prenne pas connaissance du contenu des offres avant l'expiration du délai prévu pour la présentation de celles-ci n'existe pas dans le cadre d'un BEA où chaque candidat fait des propositions puis négocie le contenu de ses propositions avec la personne publique ; que seuls s'imposent le principe d'égalité des candidats et le secret des affaires ; qu'il n'est pas soutenu que le premier n'ait pas été respecté, le groupement GTM ayant eu connaissance d'informations équivalentes à celles que le groupement Colony Capital a pu avoir ; que le second n'a pas non plus été méconnu, le montant de la proposition financière et les moyens mis en œuvre n'ayant pas été révélés ; qu'en toute hypothèse, à supposer qu'il existe une obligation de confidentialité, il s'agit d'une obligation de moyen et non de résultat ; que la Ville de Paris ne saurait être tenue pour responsable d'agissements de tiers qui viendraient à révéler le contenu des offres qui lui sont soumises alors même qu'elle a mis en œuvre tous les moyens dont elle disposait pour garantir le secret des offres ; que ce constat s'impose notamment pour des opérations de l'envergure de celle qui est contestée : la procédure suivie, la multiplicité des intervenants et la création d'une commission spéciale ; qu'au demeurant, rien n'établit que la divulgation du contenu des propositions est imputable à la Ville de Paris ; que subsidiairement, rien au dossier ne permet d'affirmer que le groupement Colony Capital a modifié ses tarifs relatifs au bassin d'hiver pour compenser des tarifs plus élevés sur le bassin d'été ; que les pièces du dossier attestent de ce que cette modification est liée, non à l'article du 8 juillet 2008 paru dans le Parisien, mais à la première audition par la commission spéciale organisée en septembre 2008 ; qu'en tout état de cause, les tarifs n'ont pas constitué un critère de sélection des offres ;

0900393

7

- que le moyen tiré de l'application non objective des critères d'attribution est inopérant, le juge des référés n'étant pas compétent pour apprécier les mérites respectifs des propositions ; qu'en toute hypothèse, il est infondé ; qu'il ressort en effet des pièces du dossier que l'offre du groupement Colony Capital méritait d'être retenue sur le critère architectural au motif que les extensions contemporaines proposées par le groupement GTM modifient la lecture architecturale de l'édifice dans son unicité et son homogénéité ; que sur le deuxième critère (intérêt du programme d'activités), les deux projets respectent la destination aquatique et sportive de l'équipement, prévoient tous deux des créneaux pour les scolaires et les associations sportives tout en comportant un hôtel 4 étoiles, des restaurants et des commerces liés à l'activité principale ; que l'activité aquatique reste au cœur du projet du groupement lauréat ; que s'agissant du troisième critère, la société ne saurait soutenir que la Ville a fait son choix sur un critère d'allocation des risques qui n'aurait pas été annoncé ; qu'en effet, sa volonté a toujours été très claire de n'avoir à financer le projet en aucune manière et c'est le projet d'investissement et le plan de financement de GTM qui crée pour elle un risque financier qu'elle n'a pas voulu prendre ; que sur le quatrième critère, la proposition de redevance et de durée du bail du groupement lauréat (34,6 M d'euros et 54 ans) est plus favorable que celle du groupement GTM (12,4 M d'euros et 65 ans) ; qu'enfin, sur le dernier critère, les deux candidats présentent des références et garanties professionnelles, techniques et financières équivalentes ;

- que s'agissant de la conduite de la procédure de négociation, l'absence de calendrier clair et définitif était annoncée dans le dossier de consultation (article 3.3) et inhérente à la procédure envisagée, l'attribution du bail devant être précédée d'échanges que la ville, dans l'intérêt de tous, a souhaités nombreux et réguliers ; que si les candidats n'ont disposé que d'un délai d'examen de 25 jours entre l'envoi du premier projet de bail (16 juin 2008) et la réunion du 10 juillet 2008, cet examen s'inscrit dans le cadre de la procédure beaucoup plus longue de passation du contrat qui a commencé le 6 février 2008 et s'est achevée le 27 octobre ; que le premier projet de bail prenait donc en compte les échanges qui avaient déjà eu lieu et en tout état de cause, la date du 10 juillet n'était pas une date-butoir ; que si la procédure n'a pas été rouverte après le 13 octobre, date de communication du projet de bail définitif, c'est tout simplement parce que ce projet était l'aboutissement de 9 mois de négociations et donc le résultat de propositions faites par les candidats ; que si la société KEN CLUB aurait souhaité une réouverture, c'est que son plan de financement la conduisait, en réalité à demander à la Ville de très nombreuses et substantielles modifications du projet de bail pour conduire la collectivité, en dépit de sa volonté affichée, à assumer un risque financier sur cette opération ;

- que pour établir que l'objet du contrat a fait l'objet d'une modification substantielle, la requérante se fonde, non sur une modification substantielle du projet de BEA au regard des prescriptions de départ mais sur les caractéristiques architecturales du projet retenu et sur son programme d'activités ; que le moyen est donc en réalité tiré de ce que les caractéristiques du projet retenu n'étaient pas compatibles avec le dossier de consultation ; que ce moyen est inopérant devant le juge du référé précontractuel ; qu'au demeurant, les trois arguments invoqués par la requérante sont infondés : que s'agissant de la dimension du grand bassin (réduite de 50 à 44 m), aucune stipulation du dossier de consultation n'indique que son respect constitue une condition ou une caractéristique essentielle de l'objet du contrat ; qu'en dépit de cette réduction le projet lauréat a reçu un meilleur accueil des services de l'Etat ; que deuxièmement, le projet lauréat respecte parfaitement la destination aquatique et sportive de la piscine Molitor, même si la longueur de 44m ne correspond pas aux normes de compétition de natation ; qu'en effet, il n'a

0900393

8

jamais été question d'organiser des compétitions de natation dans l'enceinte de cette piscine ; que, contrairement à ce que soutient la requérante, l'article 2. 3. 2. du dossier de consultation n'interdit pas la réalisation d'un parking souterrain ; qu'aucun de ces trois éléments ne se rattache à l'objet du contrat qui est un BEA, donc une location, et qui ne porte absolument pas sur les travaux qui seront réalisés et ne contient à cet égard aucun cahier des charges qui aurait imposé des prescriptions ;

- que s'agissant des références de la société ACCOR en matière d'équipements sportifs, la Ville n'a pas imposé des références en matière de gestion de complexes sportifs mais seulement des références attestant de la capacité à construire ou rénover puis exploiter « un centre aquatique ou un équipement similaire » ;

Vu le mémoire en intervention, enregistré le 23 janvier 2009, présenté pour la société Colony Capital par Me Courtel, avocat du cabinet Gide Loyrette Nouel A.A.R.P.I ; elle conclut au rejet de la requête ;

La société Colony Capital soutient :

- que la recevabilité de son intervention ne fait pas de doute étant donné sa qualité de membre et mandataire du groupement retenu à l'issue de la procédure de publicité et de mise en concurrence ; qu'elle a valablement intérêt à intervenir ;

- que si la ville a entendu se soumettre à la procédure de passation des concessions de travaux publics, c'était uniquement pour désigner le titulaire du futur bail emphytéotique administratif ; qu'elle n'était pas tenue, eu égard à la nature du contrat, de procéder ainsi ; que la qualification donnée par les parties à un contrat ne saurait en tout état de cause lier le juge ;

- que la loi du 3 janvier 1991 relative aux concessions de travaux constitue une mesure de transposition des dispositions relatives aux concessions de travaux publics figurant dans la directive 2004/18/CE ; que pour déterminer le sens de l'article 9 de cette loi, il faut tenir compte du texte même de ladite directive ; qu'il ressort de ces dispositions que l'ouvrage concerné par les travaux doit correspondre aux besoins précisés par le pouvoir adjudicateur ;

- qu'en l'absence de tout droit de regard sur la gestion de l'équipement, de toute prescription précise quant à l'objet, la planification ou le contrôle des travaux, ceux-ci ne sauraient être regardés comme répondant à un besoin précisé, et donc entrer dans le champ d'application des dispositions de la directive précitée ;

- qu'en l'espèce, les seules prescriptions imposées sont relatives à la protection du domaine public ;

Vu la lettre du 26 janvier 2009 par laquelle le magistrat délégué demande aux parties de communiquer les pièces nécessaires à l'appréciation des moyens tirés, d'une part, de ce que la ville de Paris n'aurait pas objectivement appliqué les critères d'attribution qu'elle s'est fixés et, d'autre part, de la modification substantielle de l'objet du contrat ;

0900393

9

Vu le mémoire, enregistré le 27 janvier 2009, présenté pour la société KEN CLUB qui persiste dans ses conclusions ;

La société KEN CLUB soutient en outre :

- que la procédure du référé précontractuel est bien applicable en l'espèce dès lors que la Ville de Paris a commandé des travaux pour la réalisation d'un ouvrage dont la destination est imposée dans le contrat et la rémunération de l'entrepreneur provient de l'exploitation de l'ouvrage ; qu'il s'agit donc d'une concession de travaux publics ; que le critère tiré de ce que le contrat doit répondre à des besoins précisés par la Ville est rempli en ce que, premièrement, le BEA n'a pas pour objet principal de permettre l'occupation privative du domaine mais de rénover un site historique et emblématique de la Ville en état de délabrement avancé, tout en en respectant la destination aquatique et sportive ; en ce que deuxièmement, ce besoin de rénovation a été clairement défini dans un cahier des charges et des prescriptions précises ; en ce que troisièmement, la satisfaction des besoins de la Ville a été placée au cœur de la procédure et a constitué le principal élément pris en compte lors de l'attribution du contrat ; en ce que quatrièmement, le BEA comporte d'importantes clauses qui permettent à la Ville de Paris d'assurer le respect de l'exécution du programme et de contrôler les travaux ;

- que s'agissant de la qualification de délégation de service public, il y a lieu de noter que la Ville, contrairement à ce qu'elle a fait dans l'affaire de la Croix-Catelan, a défini les conditions dans lesquelles les activités aquatiques et sportives doivent être proposées aux usagers puisqu'elle en a fait un critère de sélection à part entière, puisqu'elle en a discuté avec les soumissionnaire de manière approfondie et puisqu'elle les a contractualisées (article 3.1.2) ; que la Ville, contrairement à ce qu'elle a fait dans l'affaire de la Croix-Catelan, s'est réservé un droit de contrôle sur ces activités puisque le contrat prévoit un contrôle sur la destination des biens tout au long du contrat, puisque la Ville a un pouvoir d'autorisation sur tous les contrats signés par les tiers et puisque la Ville a prévu dans le contrat la possibilité pour elle de résilier si le preneur modifie, sans son accord, la destination de l'ouvrage ;

- que s'agissant du 5^e critère d'attribution, ce critère n'a pas véritablement été traité, au stade des offres, comme un véritable critère d'attribution mais comme un simple critère de recevabilité ; et ce critère pouvait laisser penser que les candidats auraient intérêt à intégrer dans leur offre des acteurs assez spécialisés dans chacun de leur domaine afin d'avoir la meilleure note possible ;

- que s'agissant du manque d'objectivité dans l'application des critères, il s'est traduit par le fait que la Ville a retenu, en pratique des critères qu'elle n'avait pas annoncés, cette circonstance résultant de ce que les critères fixés n'ont pas été assez précis dans l'avis d'appel public à la concurrence et le dossier de la consultation ; que « la qualité de l'approche architecturale et patrimoniale » renvoie en réalité aux exigences des services culturels de l'Etat qui ont été interprétées librement par le pouvoir adjudicateur, celui-ci ayant accepté que le groupement lauréat réduise de 6 m la longueur du bassin d'été alors que le respect des dimensions d'origine avait autant valeur prescriptive que « la préservation de la lecture architecturale de l'édifice dans son unicité et son homogénéité » ; que le critère tiré de « l'intérêt du programme

0900393

10

d'activités » est totalement imprécis et subjectif dès lors que rien, dans les documents de la consultation, ne permettait de déterminer en fonction de quels éléments cet « intérêt » serait apprécié (conditions d'accès des usagers à la piscine, accueil des scolaires et associations, nature des activités connexes, le nombre de commerces proposés et leur répartition ???) ; que cette imprécision n'a pas permis aux candidats d'ajuster leurs propositions en fonction des attentes de la Ville et a conféré à cette dernière une liberté de choix discrétionnaire ; qu'ainsi, des éléments non présentés comme des critères sont devenus, à la faveur de cette imprécision, des critères déterminants (plus ou moins grande conformité à l'avis de l'ABF pour le premier critère et tarifs pour le second, en particulier ceux relatifs aux bassins d'hiver) ; que cette imprécision empêchait en pratique la Ville d'établir des différences entre les propositions des deux groupements alors qu'elles témoignaient pourtant de deux visions radicalement différentes ; que la définition du critère relatif au montant de la redevance et à la durée du bail ne permettait pas aux candidats de savoir à quoi s'en tenir sur les préférences de la Ville quant à la répartition entre redevance fixe et redevance variable ; que s'agissant du critère de recevabilité placé en 5è critère d'attribution, il induisait les candidats en erreur sur les conséquences qu'il fallait en tirer en termes de composition du groupement, GTM ayant estimé à tort que serait valorisé le fait de proposer des compétences variées à la Ville ; que de plus, la Ville a utilisé des critères non prévus dans les documents de la consultation, tels les tarifs et l'allocation des risques ; que les tarifs ont été largement pris en compte au titre du deuxième critère (intérêt du programme d'activité) tout au long de la procédure, soit le 6 février 2008, le 16 juin 2008, le 22 septembre 2008, dans le rapport de la commission spéciale du 27 octobre 2008, dans le communiqué publié le même jour, dans l'exposé des motifs de la délibération relative à l'attribution du BEA, dans l'exposé des motifs ; qu'ainsi, la Ville de Paris a retenu comme élément essentiel de l'offre du groupement Colony le fait qu'il proposait un tarif particulièrement attractif pour le bassin d'hiver permettant de compenser la différence tarifaire négative avec la proposition du groupement GTM ; qu'au titre du 3è critère, il est indiqué dans l'exposé des motifs que la Ville de Paris ne pouvait accepter la part de risque que le groupement GTM entendait lui conférer ; qu'ainsi, la Ville a pris en compte l'allocation des risques comme critère alors que cela ne ressortait pas de l'intitulé du critère (programme d'investissement) et de l'affirmation selon laquelle la Ville « ne participera pas au financement des travaux », laquelle impliquait seulement qu'elle n'accorderait pas de subvention ; que GTM ne pouvait en déduire que la Ville refuserait de prévoir une indemnité couvrant, en cas de résiliation, les frais engagés par le cocontractant pour réaliser l'ouvrage ;

- que s'agissant de l'obligation de confidentialité, l'absence de texte spécifique aux concession de travaux régissant cette obligation ne fait pas obstacle à l'application des principes de valeur constitutionnelle que sont la liberté d'accès, l'égalité de traitement et la transparence de la procédure ; qu'au demeurant, les principes de secret des affaires et d'égalité de traitement ont été en l'espèce violés, les candidats les mieux placés ayant été désavantagés ; que le respect des principes de la commande publique s'impose comme une obligation objective, une atteinte de cette ampleur n'étant pas acceptable ; qu'à supposer qu'il n'existe qu'une obligation de moyens, le juge refuse de se laisser paralyser par l'incapacité à établir la vérité : qu'une présomption de manquement résulte de ce que l'article du Journal Le Parisien fait état d'un « document interne » de la Ville de Paris et de ce que seule la Ville pouvait avoir une telle vision d'ensemble ; qu'il appartenait, en tout état de cause, au pouvoir adjudicateur de relancer une nouvelle procédure ou de soumettre la poursuite de la procédure à l'accord des candidats ; que la divulgation de telles informations est par nature susceptible de fausser le jeu de la concurrence et donc de léser les intérêts de la société requérante ; que c'est à la Ville de prouver que le manquement était

0900393

11

insusceptible de léser la requérante et non à cette dernière de prouver qu'elle a été lésée ;

- que le fait que la Ville, lors de la commission spéciale du 12 septembre 2008, a attiré l'attention du candidat lauréat sur une faiblesse de son offre en lui demandant si sa politique tarifaire permettrait d'attirer tous les publics et en l'invitant donc à modifier son offre constitue une atteinte à l'égalité de traitement dès lors qu'elle n'a pas été également posée à GTM ;

- que s'agissant du caractère illisible de la procédure et de l'inégalité de traitement dans la conduite de la procédure de discussion, si le groupement GTM avait su dès juin 2008 que le contrat était figé, il aurait modifié son offre quant à l'allocation des risques et au plan de financement ; que si une réunion de négociation a ensuite été tenue, elle n'a pas permis de revenir sur la question du plan de financement, ce qui a favorisé le candidat dont le plan était le plus compatible avec le contrat arrêté définitivement ; qu'il y a ainsi eu atteinte à l'égalité entre les candidats ;

- que s'agissant des modifications substantielles apportées à l'objet du contrat, il n'est nullement question de remettre en cause le jugement des offres et l'appréciation des mérites respectifs des candidats ; qu'en premier lieu la taille de cinquante mètres de la piscine était une prescription impérative du cahier des charges, tel que cela ressort de la rubrique III.2.1 de l'avis de publicité, de l'objet du contrat qui portait sur des travaux de « rénovation », du dossier de consultation qui faisait référence aux prescriptions du Ministre de la culture et de l'obligation de respecter la destination aquatique et sportive du lieu, étant entendu que seule cette taille permet d'organiser des compétitions ; qu'en second lieu l'avis de publicité requiert que le site conserve sa destination aquatique et sportive, ce que concernant l'aspect sportif, l'offre de Colony, en empêchant la tenue de compétitions, ne garantit pas, alors même que la ville a insisté sur cet aspect lors des questions posées aux candidats ; que GTM était donc légitime à penser ces données comme des exigences ; qu'en retenant une offre ne permettant pas l'organisation de compétitions, la ville a modifié ses exigences et porté atteinte à l'égalité entre les candidats ;

- que s'agissant de la méconnaissance des conditions de recevabilité figurant dans l'avis de publicité et dans le dossier de la consultation, si la ville soutient que l'avis de publicité n'exigeait que des références sur des prestations aquatiques ou similaires, les documents de la consultation exigeaient eux des candidats qu'ils respectent tant la destination aquatique que la destination sportive ; qu'il serait utile et éclairant que la ville communique les rapports d'analyse des candidatures et des offres ;

Vu le mémoire en défense complémentaire, enregistré le 27 janvier 2009, présenté pour la Ville de Paris qui persiste dans ses conclusions et répond à la mesure d'instruction du 26 janvier 2009 ;

La ville de Paris soutient en outre :

- qu'il est délicat de produire l'intégralité des propositions des deux candidats, le contrat n'étant pas encore signé et de nombreux éléments étant couverts par le secret des affaires ;

- que les deux moyens justifiant la mesure d'instruction sont irrecevables en ce qu'ils

0900393

12

conduiraient le juge du référé précontractuel à se prononcer sur l'appréciation des mérites respectifs des candidats ;

- que la lecture du rapport d'analyse des offres et du procès verbal de la commission du 27 octobre 2008 atteste que chaque critère a été pris en compte, dans l'ordre d'importance annoncé dans les documents de la consultation, chacun, à l'exception des deuxième et cinquième, marquant des différences importantes sur les deux projets ;

- qu'il ressort clairement des plans et photos produits que le projet de Colony prévoit deux bassins, d'hiver et d'été, qui restent des bassins de piscine, et respecte la destination aquatique et sportive, l'hôtel n'étant qu'accessoire, alors que dans le projet GTM, la surface accordée aux activités aquatique était moindre ;

- que s'agissant de la piscine d'été, elle garde sa forme en T, les services de l'Etat, s'agissant d'un site inscrit, devront en tout état de cause donner leur aval, étant entendu qu'ils ont considéré le projet recevable, bien que la question de la dimension pourra faire l'objet de discussions ;

- que la forme en T du bassin atteste que celui-ci n'est pas spécialement destiné à être affecté à des compétitions, celles-ci ayant habituellement lieu dans des bassins rectangulaires ; que le bassin est composé d'une partie exclusivement dédiée à la nage, tandis que le T recevra des accessoires de balnéothérapie ;

Vu le mémoire complémentaire, enregistré le 28 janvier 2009, présenté pour la société Ken Club, qui persiste dans ses conclusions et répond à la mesure d'instruction du 26 janvier 2009 ;

La société Ken Club soutient en outre :

- que la communication des plans précis de l'architecte pourrait fausser le jeu de la concurrence si la compétition était réouverte ;

- que du point de vue du plan de financement, le projet, ambitieux, n'était finançable que sous réserve d'un cahier des charges adapté, le groupement ayant estimé que des évolutions pouvaient, jusqu'en octobre 2008, être apportées ;

Vu le mémoire complémentaire, enregistré le 29 janvier 2009, présenté pour la société Ken Club, qui persiste dans ses conclusions ;

La société Ken Club soutient en outre :

- que les moyens justifiant la mesure d'instruction entrent dans l'office du juge et n'impliquent aucune appréciation qualitative des candidatures ;

- que s'agissant des critères de choix, tant le rapport d'analyse des offres que le rapport

0900393

13

de la commission spéciale établissent que les critères n'ont pas été appliqués objectivement en ce qu'ils étaient imprécis et ont évolué ; que le premier critère a été réduit pour l'essentiel au seul sous-critère du respect des prescriptions du ministère de la culture et donc à la préférence de l'architecte des bâtiments de France ; que le deuxième critère a été neutralisé, la ville s'étant abstenue de toute appréciation ; que le troisième critère a été modifié, détourné et donc neutralisé, le montant des investissements ayant été laissé de côté pour lui préférer deux paramètres supplémentaires que sont le plan de financement et l'allocation des risques ; que le quatrième critère n'a pas été évalué conformément aux sous-critères annoncés dans le dossier de consultation mais uniquement au regard du montant de la redevance, au surplus sans distinguer redevance fixe et redevance aléatoire ; que le cinquième critère a été appliqué sans que son contenu ni sa portée ne soient précisés ; qu'un sixième critère, au regard du rapport de la commission spéciale, relatif aux tarifs, a été érigé en critère d'attribution, de façon autonome par rapport au critère tiré du programme d'activité ; que de surcroît, l'ordre d'importance des critères a été modifié en cours de procédure ; que l'absence d'objectivité a été aggravée par une présentation non objective dans le rapport d'analyse, des propositions en concurrence ; que l'appréciation portée sur le premier critère laisse penser à tort aux élus que le projet de Colony Capital répond parfaitement aux attentes des services de l'Etat, à la différence de celui de GTM ; que la présentation du deuxième critère minimise les points faibles de l'offre de Capital Colony tout en soulignant ceux de GTM ; que la présentation de l'application du troisième critère laisse sous silence les investissements importants proposés par GTM, alors que ceux de Colony Capital sont soulignés dans la conclusion relative au quatrième critère ; que le rapport a donc été rédigé de façon non objective ;

- que s'agissant de l'objet du contrat, la présentation des surfaces effectuée par la ville n'est pas pertinente, seule l'analyse des plans pouvant permettre de comparer objectivement les deux projets ; que l'hôtel, en terme de surfaces, n'est pas accessoire puisqu'il représente la moitié de l'espace du site ; qu'en tout état de cause, il ne faut pas raisonner en terme de surfaces mais en terme de contenu réel des activités associées ; que la modification de la taille de la piscine demeure amendable par les services de l'Etat et n'est donc pas conforme aux prescriptions du cahier des charges, qui plus est quant au bassin d'été, aspect le plus emblématique de la piscine Molitor ; que la division du bassin d'été en deux espaces modifie intégralement l'identité de la piscine ; que la destination aquatique a évolué laissant une grande importance aux activités d'hôtellerie, de balnéothérapie et de remise en forme et faisant du site un lieu centré sur des activités annexes ;

Vu le mémoire en défense complémentaire, enregistré le 29 janvier 2009, présenté pour la ville de Paris, qui persiste dans ses conclusions ;

La ville de Paris soutient en outre :

- que la société Ken Club ne peut se prévaloir, au regard de la jurisprudence SMIRGEOMES de manquement dont elle a tiré une lésion hypothétique ou seulement possible, seule une lésion effective devant ici être sanctionnée, ce qui ne saurait par principe, être contraire aux prescriptions posées par le droit communautaire ; que l'existence de la lésion doit être rapportée par la requérante ;

0900393

14

- que s'agissant de la qualification du contrat et de la recevabilité de la requête, il ne saurait y avoir ici concession de travaux dès lors qu'il n'y a ni plans préétablis, ni cahier des charges très précis ; que les seules prescriptions sont relatives soit à la protection du domaine public soit à la qualité de monument historique ; que la réalisation de travaux de rénovation constitue l'objet même d'un bail emphytéotique administratif et ne saurait par conséquent entraîner automatiquement la requalification en concession de travaux ; que l'objet même d'un tel bail implique un certain contrôle de l'administration sur la réalisation des travaux ; qu'au contraire toute latitude était laissée aux candidats, comme le témoigne d'ailleurs les différences entre les deux projets ; que la qualification du contrat s'apprécie au regard des documents de la consultation, et non au regard des propositions faites par les candidats ;

- que l'identification du contrat de délégation de service public doit postuler une véritable volonté de la personne publique d'ériger une activité d'intérêt général comme activité de service public, ce qui n'est manifestement pas ici le cas ; que l'exercice de cette activité n'est nullement encadré, les seules prescriptions prévues étant relatives à la protection du domaine, la qualification du contrat devant s'apprécier en tout état de cause uniquement au regard des documents de la consultation ; que les tarifs proposés par les candidats n'ont jamais été érigés en critère d'attribution ; que l'absence de prérogatives de puissance publique demeure un indice de l'identification d'un service public ;

- que la mention des voies et délais de recours était exacte compte tenu de la nature du contrat, et en tout état de cause, pas erronée ; que par principe, la société requérante, qui était composée d'un groupement dont les membres sont d'importants acteurs de la commande publique, n'a pas été induit en erreur, son recours ayant pu d'ailleurs être exercé efficacement avant la signature du marché, la suspension ordonnée de la signature du marché lui ayant en tout état de cause laissé un délai suffisant ; que telle doit être l'interprétation à retenir tant de l'arrêt SMIRGEOMES que des conclusions de son commissaire du gouvernement ; que l'esprit de cette jurisprudence s'oppose à ce qu'une procédure importante soit annulée pour un tel vice, qui au surplus n'a pas touché la requérante ; qu'une annulation aurait des conséquences disproportionnées au regard du contexte financier et bancaire actuel, contexte ne garantissant pas de pouvoir conclure de nouveau un contrat selon les mêmes conditions ; que l'annulation de la procédure conduirait à l'abandon de ce patrimoine à moyen terme

- que s'agissant de la confusion des critères de sélection des candidatures et des critères de sélection des offres, aucun principe général ni aucune règle écrite n'interdit, dans les circonstances de l'espèce, de prendre en compte des critères relatifs aux capacités techniques, économiques et financières pour la sélection des offres dès lors que ceux-ci ont été annoncés ; que ce critère n'intervenait de toute façon qu'en dernière position, la moins importante ; que ce critère était lié à l'objet spécifique du contrat ; que la procédure ad hoc de publicité et de mise en concurrence adoptée par la ville n'est soumise à aucun formalisme préétabli ; qu'en tout état de cause, ce critère n'a pas lésé la requérante, les mérites des deux candidats étant sur ce point jugés semblables, comme il ressort tant du rapport d'analyse des offres que du procès verbal de la réunion du 27 octobre 2008 ; que ce critère n'évoquait que la capacité des candidats et nullement leur spécialisation ;

- que s'agissant de la précision d'un critère d'attribution, ce moyen ne saurait servir à porter un jugement sur l'appréciation accordée par la ville aux mérites respectifs des candidats ;

0900393

15

que cette précision s'apprécie au regard des documents de la consultation, mais également, plus largement, au regard du déroulement de la procédure, ces critères pouvant alors être précisés, notamment dans les réponses apportées aux questions des candidats ; que la requérante n'a jamais demandé de précision sur les critères d'attribution ; qu'en tout état de cause le premier critère était détaillé longuement dans le dossier de consultation ; que la taille de la piscine n'était pas une condition en tant que telle ; que les exigences architecturales imposent un droit de regard poussé des services de l'Etat, qui se sont montré réservés quant au projet de GTM ; que le deuxième critère n'a jamais entendu imposer de pouvoir organiser des compétitions et était suffisamment détaillé dans le document de la consultation ; que ce critère permettait de laisser suffisamment de liberté aux propositions des candidats ; que sur le quatrième critère, la requérante n'avance aucun élément permettant de mettre en doute l'appréciation portée par la ville ; que ce critère est par lui-même suffisamment précis et de toute façon détaillé dans le dossier de consultation ; que rien n'imposait la prise en compte des parts fixe et variable de la redevance, aucune obligation de pondération n'étant ici opposable ; que le critère de la redevance peut valablement servir de critère de sélection des offres ; que le dernier critère n'est entaché d'aucune imprécision ; que s'agissant du critère du prix pour les usagers que la ville aurait ajouté, il était tout à fait légitime d'en discuter dans le cadre du critère tiré de l'intérêt du programme d'activités ou encore du critère tiré du plan d'investissement ; qu'en tout état de cause le projet de contrat ne contient aucune clause tarifaire, tout comme l'exposé des motifs de la délibération ; que concernant le critère tiré du partage de risque celui-ci n'est en rien nouveau et est lié au plan d'investissement ; que d'ailleurs la ville a toujours marqué sa volonté de n'être en rien associée au financement, ce qui couvrait les hypothèses de garantie d'emprunt ; que si sur deux critères la commission n'a pas indiqué de préférence, c'est que les deux contrats ont paru également satisfaisants ; que la piscine demeure un centre aquatique et sportif et ne devient nullement un complexe hôtelier ; que la surface de l'hôtel ne représente que 39% du site et non 49% ;

- que sur l'atteinte à la confidentialité des offres, la société Ken produit elle-même un document confidentiel auquel elle n'a pu avoir accès ; que seule une obligation de moyen peut peser en la matière sur la ville ; que les documents ont été conservés dans des bureaux fermés à clés et distribués uniquement aux agents concernés et aux membres de la commission spéciale ; qu'il n'est pas possible pour la ville de prouver qu'elle n'a pas manqué à son obligation ; que rien ne prouve qu'il s'agisse bien d'un document interne à la ville et qu'il est de toute façon impossible de savoir comment ce journaliste se l'est procuré ; qu'annuler automatiquement en présence de telles fuites conduirait à annuler de très nombreuses procédures de passation de contrats publics, voire à encourager l'augmentation du nombre de ces fuites ; que les indications mentionnées dans l'article n'ont pu influencer sur le déroulement de la procédure ; que la modification de l'offre de Colony Capital fait suite uniquement à la réunion de la première commission spéciale en septembre 2008 ;

- que s'agissant de l'égalité de traitement dans les questions posées aux candidats, la requérante procède par voie d'allégations ; qu'il est logique que les questions posées tiennent compte des spécificités des offres de chacun des candidats ;

- que le moyen tiré de la modification de l'objet du contrat est inopérant ; qu'il ne peut résulter des caractéristiques du projet retenu ; qu'il est de toute façon infondé, la destination de la piscine n'étant pas affectée ; que la taille de 50m n'a jamais été posé comme une condition mais constitue une simple description de l'existant ; que si le projet de Colony capital a été déclaré

0900393

16

recevable mais amendable par les services de l'Etat, celui de GTM a reçu un accueil plus mitigé ; que les candidats devaient prendre en considération les remarques de l'Etat ; que la destination aquatique et sportive n'est pas affectée ;

Vu le mémoire complémentaire, enregistré le 29 janvier 2009, présenté pour la société Colony Capital, qui persiste dans ses conclusions et répond à la mesure d'instruction du 26 janvier 2009 ;

La société Colony Capital soutient en outre :

- que le document communiqué n'a été expurgé que des informations relatives aux tarifs et chiffre d'affaires prévisionnels ;

- que sera produit à l'audience le cahier architectural et technique remis à la ville à l'occasion des réponses aux questions de l'offre finale ;

Vu le mémoire complémentaire, enregistré le 29 janvier 2009, présenté par la société Colony Capital, qui persiste dans ses conclusions ;

Elle soutient en outre que la jurisprudence citée par la société Ken Club est limitée aux marchés passés en dehors du territoire de l'union européenne ; qu'ainsi, le fait que la ville est entendu publier un avis de concession de travaux ne fait pas pour autant du contrat de bail emphytéotique une concession de travaux ; que le référé précontractuel n'est ouvert que le contrat en cause répond à la définition des concessions de travaux publics ; qu'il n'y a pas de doute sur la qualification du contrat ; que la ville n'a en effet pas commandé de travaux ; que ceux-ci ne répondent pas à un besoin précisé ; que l'objet du BEA doit être distingué du motif d'intérêt général ayant conduit à sa conclusion ; que l'étude de définition et le dossier de synthèse joint au document de la consultation étaient transmis à titre purement informatif et n'avaient donc pas de valeur prescriptive ; qu'en tout état de cause, ces informations ne sauraient constituer un cahier des charges ; qu'aucune précision sur l'exécution technique des travaux n'est fournie ; que le seul le résultat à obtenir est indiqué ; que la nature du site imposait à la ville de ne pas se désintéresser totalement des moyens contractuels lui permettant d'assurer que l'opération d'intérêt général serait menée à bien ; que la possibilité d'exercer un contrôle ne peut être regardée comme donnant à la ville un droit de regard sur l'activité de son cocontractant ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu le traité instituant la Communauté économique européenne signé à Rome le 25 mars 1957 ;

Vu la directive 2004/18/CEE du Conseil du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, services et fournitures et son annexe VII B ;

0900393

17

Vu le règlement n°1564/2005 de la Commission du 7 septembre 2005, notamment son annexe X ;

Vu l'ordonnance n°2005-649 du 6 juin 2005 et notamment son article 40 ;

Vu la loi n°91-3 du 3 janvier 1991 relative à la transparence et à la régularité des procédures de marchés, modifiée par l'ordonnance susvisée ;

Vu le code général des collectivités territoriales, notamment ses articles L. 1311-2 et suivants relatifs aux baux emphytéotiques administratifs et L. 1411-1 et suivants relatifs aux délégations de service public ;

Vu le code de justice administrative ;

Vu la décision en date du 1^{er} octobre 2008 par laquelle le président du tribunal administratif de Paris a désigné Mme Mille, président, pour statuer sur les demandes en référé ;

Les parties ayant été régulièrement averties du jour de l'audience ;

Après avoir entendu au cours de l'audience publique du 30 janvier 2009 :

- le rapport de Mme Mille, président ;
- les observations de Me Sénac de Monsebernard pour la société KEN CLUB
- les observations de Me Froger pour la Ville de Paris et de M. Spitz, directeur des affaires juridiques de la Ville de Paris ;
- les observations de Me Courtel pour la société Colony Capital ;

0900393

18

Considérant que le 27 juillet 2007, la Ville de Paris a envoyé au Journal officiel de l'Union Européenne, au Moniteur, aux Echos et à l'Equipe un avis de concession de travaux publics, en vue de la conclusion d'un bail emphytéotique administratif pour la rénovation et l'exploitation du site de la piscine Molitor (16^e arrondissement) qui comprend un bâtiment inscrit à l'inventaire supplémentaire des monuments historiques ; qu'à la date limite de réception des candidatures et propositions, fixée au 19 novembre 2007, trois groupements d'entreprises ont été déclarés recevables, dont celui composé des sociétés GTM, mandataire, Showcase, Ken Club et l'architecte Jacques Ferrier ; qu'entre le 6 février 2008 et le 27 octobre 2008, s'est déroulée une phase d'auditions et de négociations qui ont porté sur les propositions des candidats puis, à compter du 16 juin 2008 et jusqu'au 13 octobre 2008, également sur un projet de bail, cette phase comprenant en outre une réunion avec les services culturels de l'Etat le 27 mai 2008 et une réunion de la commission locale de concertation le 9 octobre 2008 ; que le 27 octobre 2008, la Commission spéciale composée de Conseillers de Paris, créée lors de la séance du 7 juillet 2008, qui avait tenu une première audition le 12 septembre 2008 avec chacun des deux groupements restés en lice, a examiné leur offre finale et retenu celle du groupement composé des sociétés Colony Capital, Bouygues et Accor et des architectes Jacques Rougerie, Alain Derbesse et Alain-Charles Perrot ; que par une délibération des 24 et 25 novembre 2008, le Conseil de Paris a approuvé le bail emphytéotique administratif ainsi proposé et autorisé le maire à le signer avec la société COLSPA créée par le groupement lauréat, pour une durée de 54 ans ; qu'enfin, par une lettre en date du 4 décembre 2008, le groupement mené par GTM et comprenant la société KEN CLUB a été informé de ce que son offre n'était pas retenue ;

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 alinéa de l'article L. 6148-5 du code de la santé publique et des conventions de délégation de service public. Les personnes habilitées à agir sont celles qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par ce manquement (...). Le président du tribunal administratif peut être saisi avant la conclusion du contrat. Il peut ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations et suspendre la passation du contrat ou l'exécution de toute décision qui s'y rapporte. Il peut également annuler ces décisions et supprimer les clauses ou prescriptions destinées à figurer dans le contrat et qui méconnaissent lesdites obligations (...). » ;

Sur la qualification du projet de contrat

En ce qui concerne le moyen tiré de ce que le bail emphytéotique administratif litigieux est une concession de travaux publics au sens du droit communautaire :

Considérant que si la Ville de Paris a engagé une procédure de publicité et de mise en concurrence régie par les articles 56 et suivants de la directive 2004/18 susvisée et son annexe VII

0900393

19

B et publié un avis conforme au formulaire standard d'avis communautaire de concession de travaux publics figurant à l'annexe X du règlement susvisé du 7 septembre 2005, elle soutient, ainsi que la société Colony Capital, que le projet, qui constitue une simple opération immobilière dans l'intérêt local sans que la collectivité territoriale assume le rôle de maître d'ouvrage, n'est pas assimilable à une commande publique et ne revêt pas le caractère d'une concession de travaux publics au sens de la directive 2004/18 susvisée ;

Considérant, d'une part, qu'aux termes de l'article L. 1311-2 du code général des collectivités territoriales : « Un bien immobilier appartenant à une collectivité territoriale peut faire l'objet d'un bail emphytéotique prévu à l'article L. 451-1 du code rural, en vue de l'accomplissement, pour le compte de la collectivité territoriale, d'une mission de service public, ou en vue de la réalisation d'une opération d'intérêt général relevant de sa compétence (...). Ce bail emphytéotique est dénommé bail emphytéotique administratif. » ;

Considérant, d'autre part, qu'aux termes de l'article premier 3. de la directive 2004/18 susvisée : « La concession de travaux publics est un contrat présentant les mêmes caractéristiques qu'un marché public de travaux, à l'exception du fait que la contrepartie des travaux consiste soit uniquement dans le droit d'exploiter l'ouvrage, soit dans ce droit assorti d'un prix. » ; qu'un marché public de travaux est, au sens du 2. b) du même article premier, un marché public « ayant pour objet soit l'exécution, soit conjointement la conception et l'exécution de travaux relatifs à une des activités mentionnées à l'annexe I ou d'un ouvrage, soit la réalisation, par quelque moyen que ce soit, d'un ouvrage répondant aux besoins précisés par le pouvoir adjudicateur (...) » ;

Considérant qu'il résulte des documents de la consultation qu'en vue de la réouverture au public de la piscine Molitor, construite en 1929 dans le style « Art déco », fermée en 1989 en raison de la dégradation constatée du bâti, inscrite en 1990 à l'inventaire supplémentaire des monuments historiques et comprise dans son domaine public, la Ville de Paris a établi un projet de bail confiant au preneur la conception et l'exécution de travaux de rénovation et de construction destinés, d'une part, à restituer au site sa destination aquatique et sportive dans le respect des contraintes architecturales définies par l'Etat, d'autre part, à permettre l'exercice de diverses activités connexes à cette destination, notamment d'hôtellerie, de restauration et de remise en forme ; qu'en contrepartie, et pendant toute la durée du bail fixée à 54 ans, le preneur, qui occupera privativement le site moyennant une redevance, se rémunérera sur le droit d'exploiter celui-ci, tout en jouissant d'un droit réel lui conférant les prérogatives et obligations du propriétaire, qu'il pourra, ainsi que les biens immobiliers situés sur la dépendance domaniale occupée, hypothéquer pour garantir les emprunts contractés en vue de financer les travaux ;

Considérant qu'il est constant que la réouverture au public du site de la piscine Molitor revêt le caractère d'une opération d'intérêt général ; que le preneur s'engage à respecter un programme de travaux annexé au contrat, issu de la longue négociation entre les services de la Ville, ceux de l'Etat et lui-même, comprenant un cahier des charges dont la partie architecturale est fondée sur les résultats d'une étude de définition commandée par la Ville en 2004, dont la partie relative à la destination aquatique et sportive fait apparaître notamment l'intérêt pour la Ville de permettre l'accès des bassins au grand public, aux scolaires et aux associations sportives et dont la partie relative aux contraintes environnementales révèle le souci de la Ville de conférer au site le caractère d'une « vitrine remarquable » et « exemplaire » ; qu'en outre, l'ouvrage en cause ne recevra pas d'autre affectation que celle imposée par le bail au

0900393

20

terme duquel il est destiné à entrer dans le patrimoine de la collectivité ; qu'il s'ensuit que les travaux dont s'agit portent sur un ouvrage « répondant aux besoins précisés par le pouvoir adjudicateur » ; que par suite, sans qu'y fasse obstacle le fait que la Ville de Paris n'exercera pas la maîtrise d'ouvrage des travaux pendant la durée du contrat, celui-ci revêt le caractère d'une concession de travaux publics au sens de la directive précitée ;

En ce qui concerne le moyen tiré de ce que le bail emphytéotique administratif litigieux est une délégation de service public :

Considérant qu'aux termes de l'article L. 1411-1 du code général des collectivités territoriales : « Une délégation de service public est un contrat par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé, dont la rémunération est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service. Le délégataire peut être chargé de construire des ouvrages ou d'acquérir des biens nécessaires au service. Les délégations de service public des personnes morales de droit public relevant du présent code sont soumises par l'autorité délégante à une procédure de publicité permettant la présentation de plusieurs offres concurrentes, dans des conditions prévues par un décret en Conseil d'Etat (...) » ;

Considérant que si, en raison de l'intérêt général qui s'y attache et de l'importance qu'elle revêt à ses yeux, la réouverture de la piscine Molitor a conduit la Ville de Paris à prévoir dans le contrat des clauses lui permettant d'être informée des conditions d'exécution des travaux et de vérifier le respect de la destination aquatique et sportive des biens, l'activité d'exploitation qui sera assurée par le groupement choisi ne saurait être regardée comme revêtant le caractère d'une mission de service public confiée par la collectivité qui, en l'espèce, ne lui a conféré aucune prérogative de puissance publique, n'a pas défini les conditions d'organisation de ladite activité et ne s'est octroyé aucun droit de regard sur la gestion ; qu'en conséquence, alors même que le preneur assume les risques de l'exploitation, le contrat n'est pas une délégation de service public ;

Sur la compétence du juge des référés précontractuels

Considérant, qu'aux termes de l'article 9 de la loi du 3 janvier 1991 modifiée : "Fait l'objet de mesures de publicité définies par décret en Conseil d'Etat la passation des contrats dont le montant est égal ou supérieur à un seuil fixé par arrêté du ministre chargé de l'économie dont l'objet est de réaliser tous travaux de bâtiment ou de génie civil et que se proposent de conclure, lorsque la rémunération de l'entrepreneur consiste en tout ou partie dans le droit d'exploiter l'ouvrage, les collectivités territoriales..." ; qu'aux termes de l'article 11-2 de la même loi : "En cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation des contrats définis aux articles 9 et 11 et relevant du droit public, la procédure applicable est celle de l'article L. 551-1 du code de justice administrative" ;

0900393

21

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que, eu égard à son montant, et alors même que les concessions de travaux ne sont pas au nombre des contrats mentionnés par l'article L. 551-1 précité du code de justice administrative, le contrat litigieux entre dans le champ de compétence du juge des référés précontractuels;

Sur la régularité de la procédure de passation de la concession de travaux publics :

En ce qui concerne le moyen tiré de l'irrecevabilité de la candidature du groupement Colony Capital :

Considérant que si la société KEN CLUB fait valoir que le groupement comprenant la société Accor et son sous-traitant ne pouvait être déclaré recevable au regard de la rubrique III.1.3) de l'avis de publicité qui exige du candidat « toute référence ou qualification en matière d'exploitation d'un centre aquatique ou d'un équipement similaire », la société Accor ne possédant pas de références en matière d'équipements sportifs et d'exploitation sportive de piscine, ce moyen manque en fait dès lors que la Ville de Paris n'a pas imposé de références en matière de gestion de complexes sportifs mais seulement des références attestant de la capacité à construire ou rénover puis exploiter « un centre aquatique ou un équipement similaire » ;

En ce qui concerne les moyens tirés du caractère incomplet, dans l'avis de publicité, des mentions relatives à l'introduction des recours, de la confusion des critères de recevabilité des candidatures et de sélection des offres et de l'application incorrecte du cinquième critère d'attribution :

Considérant qu'en vertu des dispositions précitées de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, 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 susceptibles d'être lésées par de tels manquements ; qu'il appartient dès lors au juge des référés précontractuels de rechercher si l'entreprise 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 lésée ou risquent de la léser, fût-ce de façon indirecte en avantageant une entreprise concurrente ;

Considérant, d'une part, que si, dès lors que le pouvoir adjudicateur a fait le choix de remplir la rubrique VI.3.2) relative à l'introduction des recours, en sus de la rubrique VI.3.3) relative au service auprès duquel des renseignements peuvent être obtenus sur l'introduction des recours, il lui appartient d'y procéder en mentionnant l'existence d'un référé précontractuel, il ne résulte pas de l'instruction que la société KEN CLUB soit susceptible d'avoir été lésée ou risque d'être lésée par la seule mention d'un délai de deux mois courant à l'encontre d'une décision ; qu'elle ne peut dès lors se prévaloir d'un tel manquement ;

Considérant, d'autre part, alors qu'il avait, sous la rubrique « conditions de participation », demandé aux candidats de justifier de leurs capacités économiques, financières et

0900393

22

techniques, le pouvoir adjudicateur a ajouté, au nombre des critères d'attribution des offres, un critère intitulé « références et garanties professionnelles, techniques et financières » ; que si, en matière de concession de travaux comme en matière de marché de travaux publics, doivent être exclus des critères d'attribution les critères qui ne visent pas à identifier l'offre économiquement la plus avantageuse mais qui sont essentiellement liés à l'appréciation de l'aptitude des soumissionnaires à exécuter le contrat, il est constant que l'application de ce critère, classé cinquième et dernier dans l'ordre d'importance, n'a pas servi à départager les concurrents qui étaient à égalité sur ce point alors que les critères 1, 3 et 4 plaçaient clairement le groupement Colony Capital en première position ; que dès lors, il n'est pas établi que la société KEN CLUB soit susceptible d'avoir été lésée ou risque d'être lésée par cette irrégularité ;

Considérant enfin, que si ladite société fait en outre valoir que le choix de la société ACCOR, qui ne peut se prévaloir d'aucune référence particulière en matière d'exploitation d'équipement sportif, n'est pas justifié, ce moyen, qui doit être regardé comme tiré de l'application incorrecte du cinquième critère susmentionné n'est pas non plus, pour le même motif, recevable ; qu'en tout état de cause, ainsi qu'il a été dit ci-dessus, la Ville de Paris n'a pas imposé de références en matière de gestion de complexes sportifs mais seulement des références attestant de la capacité à construire ou rénover puis exploiter « un centre aquatique ou un équipement similaire » ;

En ce qui concerne le moyen tiré de l'absence de mention des garanties et cautionnements dans l'avis de publicité :

Considérant que le modèle d'avis des concessions de travaux figurant à l'annexe X du règlement susvisé du 7 septembre 2005 ne comporte aucune rubrique relative aux garanties et cautionnements ; qu'en s'abstenant de faire figurer cette mention, la Ville de Paris n'a commis aucune irrégularité ;

En ce qui concerne le moyen tiré du caractère erratique, illisible et discriminatoire de la procédure de négociation :

Considérant qu'il résulte de l'instruction que, ainsi qu'il a été dit liminairement, les négociations avec les candidats déclarés recevables se sont déroulées entre février et octobre 2008 ; que le 6 février, les trois groupements ont été auditionnés sur leur proposition initiale, et le 9 avril sur ces propositions amendées ; que des réunions techniques ont ensuite été organisées sur des aspects particuliers des projets des candidats, notamment leur conformité aux prescriptions du PLU et les demandes de garantie d'emprunts ou de couverture publique des groupements Icade et GTM ; qu'une rencontre entre les candidats et les services culturels de l'Etat a également été organisée le 27 mai 2008 ; que le 16 juin 2008, leur a été transmis un projet de bail emphytéotique administratif (BEA) sur lequel ils ont été invités à émettre des propositions d'amendement pour le 10 juillet ; que le groupement Icade ayant retiré sa candidature, une troisième et dernière audition s'est tenue le 15 juillet 2008 avec les deux autres candidats qui ont ensuite été invités à répondre à diverses questions avant le 26 juillet ; que le 12 septembre 2008, la commission spéciale d'élus constituée en juillet s'est réunie une première fois pour auditionner les candidats qui ont, à nouveau, été invités à répondre à diverses questions ; que deux réunions techniques sur

0900393

23

le projet de bail se sont tenues les 29 septembre et 2 octobre 2008 pour examiner les remarques formulées sur le projet de BEA transmis en juin ; qu'un second projet de contrat a été adressé aux deux groupements en leur demandant de formuler, avant le 13 octobre, leurs dernières observations, notamment sur la possibilité de revoir la durée du bail et le montant de la redevance ; qu'enfin, le 27 octobre 2008, au terme de sa deuxième séance, la commission spéciale d'élus a retenu l'offre du groupement Colony Capital/Bouygues/Accor ;

Considérant qu'il ne résulte pas de cette description des différentes étapes de la procédure suivie durant neuf mois que la Ville de Paris ait considéré le bail comme un élément accessoire du cahier des charges n'ayant aucune influence sur l'offre dans sa globalité ; que s'il n'a été diffusé que le 16 juin 2008, son contenu avait été préparé lors des précédentes auditions et s'il devait, avant le 10 juillet, faire l'objet de remarques et critiques, ce délai de 25 jours n'était pas trop court eu égard au fait que les candidats ne pouvaient ignorer totalement son contenu ; qu'en tout état de cause, après le 10 juillet, la négociation sur le contenu du bail a pu se poursuivre afin de permettre au groupement GTM de défendre sa proposition d'adaptation relative à la répartition des risques ; que si la requérante soutient également que cinq jours seulement ont été laissés aux candidats pour effectuer, sur la base du projet définitif proposé début octobre, des ajustements, au demeurant limités à la durée du bail et au montant de la redevance, cette circonstance n'a pas eu pour effet de défavoriser le groupement GTM qui avait précédemment disposé d'autant de temps que son concurrent pour faire en sorte que sa proposition satisfasse au souci de la Ville de Paris de limiter au maximum les risques financiers dans cette opération ; que la requérante n'est donc pas fondée à soutenir que la conduite de la procédure a été erratique, illisible et discriminatoire ;

Considérant qu'eu égard aux caractéristiques mêmes de la procédure engagée, qui, tout en soulignant fortement les exigences et attentes du pouvoir adjudicateur, ménageait une grande liberté de proposition aux candidats, le fait que la Ville de Paris, lors de la commission spéciale du 12 septembre 2008, a attiré l'attention du groupement mené par Colony Capital sur une faiblesse de son offre en lui demandant si sa politique tarifaire permettrait d'attirer tous les publics, sans poser la même question au groupement mené par GTM, n'est pas de nature à avoir rompu l'égalité de traitement des soumissionnaires dont les projets, très différents, ne présentaient pas les mêmes forces et faiblesses ;

En ce qui concerne le moyen tiré de la violation de l'obligation de confidentialité :

Considérant qu'il ressort des pièces du dossier que, sous l'intitulé « Il faudra être riche pour profiter de Molitor », le quotidien Le Parisien a publié le 8 juillet 2008 un article divulguant un résumé du contenu des propositions des trois groupes alors en concurrence, sans mentionner les montages financiers et coûts envisagés, mais en fournissant les montants des abonnements annuels et les prix à la journée ; que si les articles 56 et suivants de la directive 2004/18 susvisée n'imposent pas, comme l'article 42 de la même directive qui régit les marchés publics, une obligation de confidentialité à la charge du pouvoir adjudicateur, les trois grands principes à valeur constitutionnelle régissant la commande publique ont pour corollaire l'obligation, qui s'impose au pouvoir adjudicateur, de ne pas divulguer à un candidat des éléments susceptibles de l'avantager en lui permettant d'améliorer son offre ; qu'en l'espèce, il n'est cependant pas établi

0900393

24

que les services municipaux aient manqué à cette obligation de confidentialité, la Ville de Paris soutenant, sans être contredite sur ce point, que les documents échangés dans le cadre de la procédure ont été conservés dans des bureaux fermés à clés et distribués aux seuls agents et membres de la commission spéciale ; que d'ailleurs, il est apparu à l'audience que ce n'est pas par le truchement des services de la Ville que la société KEN CLUB a pu se procurer et produire à l'instance un document interne, à l'usage exclusif des membres de la commission spéciale du 27 octobre 2008, contenant un tableau comparatif des offres des deux derniers groupes restés en compétition ; qu'en outre, et en tout état de cause, il n'est pas non plus établi que le contenu de l'article litigieux ait conduit le groupement Colony Capital à améliorer son offre par rapport à celle de son concurrent dès lors qu'il ressort des pièces du dossier que, s'il a modifié ses tarifs relatifs au bassin d'hiver pour compenser des tarifs plus élevés sur le bassin d'été, cette rectification visait à répondre à une demande formulée par les élus membres de la commission spéciale le 12 septembre 2008 ;

En ce qui concerne le moyen tiré du manque d'objectivité dans l'application des critères de sélection des offres, du caractère imprécis de certains de ces critères et de l'utilisation de deux critères supplémentaires non affichés :

Considérant que l'avis de concession de travaux précise que « les propositions seront examinées sur le fondement des cinq critères suivants, classés par ordre décroissant d'importance : - la qualité de l'approche architecturale et patrimoniale ; - l'intérêt du programme d'activités ; - le projet d'investissement, d'entretien et de renouvellement : nature, programmation, montants ... ; - le montant de la redevance et de la durée du bail ; - les références et garanties professionnelles, techniques et financières du candidat. » ;

Considérant que la société KEN CLUB fait valoir que le manque d'objectivité dans l'application de ces critères s'est traduit notamment par le fait que la Ville a retenu, en pratique, des critères qu'elle n'avait pas annoncés, cette circonstance résultant de ce que les critères fixés n'ont pas été assez précis dans l'avis d'appel public à la concurrence et le dossier de la consultation ;

Considérant que s'agissant du premier critère, le manque d'objectivité du pouvoir adjudicateur résulterait de ce que ce dernier aurait interprété librement les exigences des services culturels de l'Etat en acceptant que le groupement lauréat réduise de 6 m la longueur du bassin d'été de 50m, dont les dimensions devaient pourtant être respectées, alors que le même pouvoir adjudicateur a reproché au groupement GTM, qui avait conservé ces dimensions, une absence de « lecture architecturale de l'édifice dans son unicité et son homogénéité » ; que ce moyen, en tant qu'il invite le juge à comparer les mérites respectifs des offres, est inopérant devant le juge des référés précontractuels ; que si, par cette argumentation, la requérante a entendu invoquer une rupture dans l'égalité de traitement des soumissionnaires, au profit du groupement lauréat qui n'a pas scrupuleusement respecté la dimension d'un des bassins, il ressort des pièces du dossier que globalement, le projet de ce dernier répond aux exigences du cahier des charges patrimonial et architectural, même s'il est encore amendable sur certains points, telle la longueur du grand bassin, alors que le projet de GTM, dans sa globalité, ne satisfait que partiellement aux souhaits

0900393

25

des services culturels de l'Etat ; que l'éventuelle tolérance relative à une réduction légère de la longueur du bassin d'été ne traduit donc pas un favoritisme qui aurait nui à la société KEN CLUB au regard du critère numéro 1 ; qu'enfin, cette dernière ne saurait soutenir que l'avis de l'architecte des bâtiments de France aurait constitué un critère occulte utilisé par le pouvoir adjudicateur alors que ce dernier a joint au dossier de consultation une synthèse de l'avis de l'inspection générale de l'architecture et du patrimoine sur l'étude de définition susmentionnée commandée par la Ville de Paris ;

Considérant que s'agissant du deuxième critère, lié à « l'intérêt du programme d'activités », il ressort du dossier de consultation qu'il devait s'apprécier au regard du respect de la destination aquatique et sportive du site existant, au regard de la connexité des activités susceptibles d'être développées autour de ce site et au regard de la possibilité laissée aux collectivités locales d'utiliser des créneaux horaires sur la base d'un prix défini ; qu'en retenant « un important projet d'hôtellerie haut de gamme avec les accessoires modernes de ce genre de projet que sont les centres de balnéothérapie », la Ville ne peut donc être regardée comme n'ayant pas pris en compte le critère sus-énoncé qui renvoie à des activités « connexes » par rapport à la destination aquatique et sportive ; que si la notion « d'intérêt » d'un programme d'activités est, de fait, imprécise et subjective, elle n'a pas, en l'espèce conféré au pouvoir adjudicateur une liberté de choix discrétionnaire dès lors qu'ont été fournies, dans le document de consultation, les indications précitées permettant de connaître les attentes de la Ville en la matière ; qu'ainsi, c'est dans le cadre du débat sur les possibilités d'accès des scolaires et des associations sportives aux bassins, auquel renvoie le critère n°2, qu'a été examinée la question importante des tarifs qui n'a jamais été considérée par le pouvoir adjudicateur comme un critère à part entière mais comme un des aspects intéressants du programme d'activités proposé ; qu'il ressort du reste du tableau comparatif des offres produit à l'instance par la société KEN CLUB elle-même, que sous le « 2° critère : le programme d'activités », ont été appréciés le respect de la destination aquatique et sportive, les activités connexes et l'ouverture des bassins aux scolaires et associations ; que la requérante n'est donc pas fondée à soutenir que « l'imprécision du critère a empêché en pratique la Ville d'établir des différences entre les propositions des deux groupements alors qu'elles témoignaient pourtant de deux visions radicalement différentes » ;

Considérant que s'agissant du troisième critère, le dossier de consultation prévoit qu'il renvoie aux « caractéristiques du projet d'investissement, d'entretien et de renouvellement proposé : nature des réalisations envisagées, calendrier de réalisation, montant des investissements, plan d'amortissement des investissements, plan de financement prévisionnel etc » ; que si la question de la répartition des risques entre le preneur et le bailleur n'était pas explicitement citée, elle était nécessairement incluse dans ce critère, la Ville ayant clairement indiqué, tant dans l'avis de concession que dans le dossier de consultation qu'elle n'entendait pas s'engager financièrement dans l'opération, seul le preneur exerçant les fonctions de maître d'ouvrage, finançant les travaux et assumant les risques d'exploitation ; que la société requérante ne saurait donc sérieusement soutenir que c'est en se fondant sur un critère non affiché que la Ville a refusé de prévoir une indemnité couvrant, en cas de résiliation, les frais engagés par le cocontractant pour réaliser l'ouvrage ;

Considérant que s'agissant des quatrième et cinquième critères, qui sont longuement explicités dans le dossier de consultation, la société requérante, à qui il était, en outre, loisible de s'informer durant la période de neuf mois de négociations, n'est pas fondée à soutenir qu'ils

0900393

26

étaient insuffisamment précis et prêtaient à confusion ;

En ce qui concerne le moyen tiré de l'introduction de modifications substantielles dans l'objet du contrat :

Considérant que la société requérante fait valoir que, sur deux éléments substantiels contenus dans l'avis d'appel public à la concurrence, soit la dimension olympique du bassin d'été et la destination de l'ouvrage, un écart important peut être constaté entre ce que la Ville de Paris a indiqué qu'elle souhaitait faire dans l'avis d'appel public à la concurrence et ce qu'elle s'apprête à laisser faire par le candidat retenu ; que ce disant, la société KEN CLUB se fonde, non sur une modification substantielle du projet de BEA au regard des prescriptions initiales mais sur les caractéristiques architecturales du projet retenu et sur son programme d'activités ; que le moyen est donc en réalité tiré de ce que les caractéristiques du projet retenu n'étaient pas compatibles avec le dossier de consultation ; qu'il n'est pas inopérant en tant qu'il sous-entend que la Ville a souhaité favoriser le groupement Colony Capital en s'affranchissant des prescriptions qu'elle avait posées ;

Considérant cependant que premièrement, à supposer même que le respect scrupuleux de la longueur du bassin de plein air constitue une prescription impérative, il ne résulte pas de l'instruction que la réduction de 6m proposée par le groupement Colony Capital ait été définitivement arrêtée, cette disposition restant, selon le rapport d'analyse des propositions, à négocier avec les services culturels de l'Etat ; que deuxièmement, il ne résulte pas de l'instruction et notamment pas des pièces produites par la Ville de Paris que, au lieu d'être au cœur de l'exploitation envisagée, la piscine soit devenue l'accessoire de l'hôtel de 100 places et ait été transformée en un simple centre de remise en forme et de santé ; que même si la longueur de 44m ne correspond pas aux normes de compétition de natation, le projet relatif aux deux bassins respecte parfaitement la destination aquatique et sportive de la piscine Molitor, aucune prescription n'obligeant le preneur à y organiser des compétitions de natation ; qu'enfin, la construction d'un parking souterrain, telle que proposée par le groupement lauréat, n'est pas contraire à l'exigence figurant à l'article 2.3.2 du dossier de consultation selon lequel « le candidat est invité à présenter un projet s'intégrant dans le contexte urbain et la vie du quartier. » ; que la société requérante n'est donc pas fondée à soutenir qu'à la faveur de l'affranchissement des prescriptions du cahier des charges, le groupement lauréat a été avantageé en ce qu'il a pu remettre une proposition très compétitive s'agissant du plan de financement et du montant de la redevance alors que le groupement évincé aurait été pénalisé par le fait qu'il a voulu se conformer strictement à l'objet indiqué dans l'avis d'appel public à la concurrence ;

0900393

27

Considérant qu'il résulte de l'ensemble de ce qui précède que la requête de la société KEN CLUB doit être rejetée ;

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

Considérant que ces dispositions font obstacle à ce que la Ville de Paris, qui n'est pas la partie perdante, soit condamnée à verser à la société KEN CLUB une somme au titre des frais engagés par elle dans cette instance ;

Considérant qu'il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de la société KEN CLUB la somme de 3 000 euros au titre des dispositions susmentionnées du code de justice administrative ;

ORDONNE :

Article 1er : La requête de la société KEN CLUB est rejetée.

Article 2 : La société Ken Club versera à la ville de Paris la somme de 3 000 euros au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : La présente ordonnance sera notifiée à la société KEN CLUB, à la Ville de Paris et à la société Colony Capital.

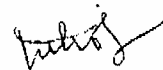
Fait à Paris, le 3 février 2009.

Le juge des référés,



S. Mille

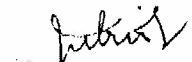
Le greffier,



L. Lubino

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

Pour expédition conforme
Le Greffier,


LUCETTE LUBINO