

Tribunal Administratif de la Martinique, 13 septembre 2022, n°2200512

REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

Vu la procédure suivante :

Par une requête enregistrée le 23 août 2021, présentée sur le fondement de l'article

L. 551-1 du code de justice administrative, la société Groupe d'Entreprises de la Martinique (GEM) demande au juge des référés :

1°) d'ordonner la suspension de la signature du marché public passé par la société Ozanam pour la construction de 28 logements et d'un local commun résidentiel au quartier Josseaud sur le territoire de la commune de Rivière-Pilote ;

2°) d'ordonner la réintégration de la société GEM au processus de dévolution des lots de ce marché.

Elle soutient que :

– le pouvoir adjudicateur ne pouvait lui reprocher son délai de 11 mois annoncé pour l'exécution des travaux afférents au lot n° 11, ce délai étant conforme aux documents de la consultation ;

– les moyens humains consacrés par son offre à l'exécution de ce lot ne pouvaient être qualifiés par le pouvoir adjudicateur comme « inadaptés et incompatibles » ;

– la notation du critère relatif au développement durable et à l'insertion sociale est entachée d'erreur manifeste d'appréciation.

Par deux mémoires en défense enregistrés le 1er septembre 2022, la société Ozanam, représentée par Me Bernardini, conclut au rejet de la requête et à ce que soit mise à la charge de la société GEM la somme de 4 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

– la juridiction administrative est matériellement incompétente pour connaître de ce litige, le contrat en cause étant un contrat de droit privé ;

– la requête en référé précontractuel est irrecevable dès lors qu'elle a été introduite postérieurement à la signature du marché ;

– les moyens soulevés, discutant l'appréciation portée par le pouvoir adjudicateur sur les trois critères de jugement des offres, sont irrecevables devant le juge du référé précontractuel ;

Par un mémoire en réplique, enregistré le 8 septembre 2022, la société GEM, représentée par Me Saint-Clément, demande au juge des référés, dans le nouvel état de ses écritures et sur le fondement de l'article L. 551-13 du code de justice administrative :

1°) d'annuler la décision du 26 juillet 2012 rejetant son offre, ainsi que la procédure de passation du marché en cause, notamment toutes les décisions prises s'y rapportant ;

2°) d'enjoindre à la société Ozanam de reprendre la procédure de passation en organisant une mise en concurrence conforme aux dispositions légales et réglementaires en vigueur ;

3°) de mettre à la charge de la société Ozanam la somme de 4 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- la juridiction administrative est compétente pour connaître du litige dès lors que la société Ozanam a la qualité d'acheteur public et a appliqué les dispositions du code de la commande publique ;
- elle n'a pas été informée de la signature du marché par la société Ozanam, de sorte que le présent recours peut être examiné sur le fondement de l'article L. 551-13 du code de justice administrative (référé contractuel) ;
- la société Ozanam ne lui a pas communiqué les motifs détaillés du rejet de son offre ni les avantages et caractéristiques de l'offre retenue ;
- elle a méconnu les principes de transparence et d'égalité de traitement entre les candidats ;
- elle a méconnu l'article R. 2144-7 du code de la commande publique ;
- la notation de son offre est entachée d'erreur manifeste d'appréciation.

La requête a été régulièrement communiquée à la société AS BTP qui n'a pas produit de mémoire en défense.

Vu les autres pièces du dossier.

Vu :

- le code de la commande publique ;
- l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 ;
- le code de justice administrative.

La présidente du tribunal a désigné M. de Palmaert, premier conseiller, en application des articles L. 551-1 et suivants du code de justice administrative.

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

Au cours de l'audience publique, tenue le 8 septembre 2022, en présence de M. Minin, greffier d'audience, M. de Palmaert a lu son rapport et entendu les observations :

- de Me Saint-Clément, avocate de la société GEM, qui reprend les moyens développés dans ses écritures ;
- de Me Bernardini, avocat de la société Ozanam, qui reprend les moyens développés dans ses écritures et soutient que la société requérante n'est pas recevable à transformer, en cours d'instance, son référé précontractuel en un référé contractuel ;
- de M. A B, chargé du développement et de la stratégie auprès du président de la société GEM.

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

Un bordereau de production de pièces, produit par la société GEM, a été enregistré le 9 septembre 2022.

Une note en délibéré, présentée par la société Ozanam, a été enregistrée le 9 septembre 2022.

Considérant ce qui suit :

1. La société Ozanam a lancé, le 15 novembre 2021 une procédure adaptée portant sur la construction de 28 logements collectifs en locatif social sur le territoire de la commune de Rivière-Pilote. La société GEM a adressé une offre au titre du lot n° 11 « Gros œuvre ». Par lettre du 26 juillet 2022, la société Ozanam a rejeté l'offre de la société GEM, classée en seconde position avec une note de 3,49, le marché ayant été attribué à la société AS BTP dont l'offre a été classée en première position avec une note de 3,56. La société GEM a saisi le juge des référés précontractuels le 23 août 2022, ignorant alors que l'acte d'engagement afférent au lot n° 11 avait été signé le 25 juillet 2022. Dans le dernier état de ses écritures, elle demande au juge des référés contractuels d'annuler la procédure en cause.

Sur les conclusions présentées au titre des articles L. 551-1 et suivants et L. 551-13 et suivants du code de justice administrative :

2. Aux termes de l'article L. 551-1 du code de justice administrative :

« Le président du tribunal administratif, ou le magistrat qu'il délègue, peut être saisi en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation par les pouvoirs adjudicateurs de contrats administratifs ayant pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures ou la prestation de services, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation, la délégation d'un service public ou la sélection d'un actionnaire opérateur économique d'une société d'économie mixte à opération unique. / () / Le juge est saisi avant la conclusion du contrat ».

3. La passation et l'attribution des contrats passés en application du code de la commande publique sont susceptibles de donner lieu à une procédure de référé précontractuel qui, selon que le contrat revêtira un caractère administratif ou privé, doit être intentée devant le juge administratif ou devant le juge judiciaire. Il appartient au juge du référé précontractuel saisi de déterminer si, eu égard à la nature du contrat en cause, il l'a été à bon droit.

4. D'une part, aux termes de l'article L. 433-1 du code de la construction et de l'habitation : « Les marchés publics conclus par les organismes privés d'habitation à loyer modéré sont soumis aux dispositions du code de la commande publique ». Aux termes de l'article R. 433-5 de ce code : « Les marchés publics définis aux articles L. 433-1 et L. 481-4 passés par les organismes privés d'habitations à loyer modéré et par les sociétés d'économie mixte exerçant une activité de construction ou de gestion de logements sociaux sont soumis aux dispositions du code de la commande publique, sous réserve des dispositions prévues aux articles R. 433-6, R. 433-10, R. 433-18 et R. 433-20 à R. 433-23 ».

5. D'autre part, aux termes de l'article L. 6 du code de la commande publique : « S'ils sont conclus par des personnes morales de droit public, les contrats relevant du présent code sont des contrats administratifs () ».

6. Enfin, aux termes de l'article 2 de l'ordonnance du 7 mai 2009 relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique : « En cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation par des pouvoirs adjudicateurs des contrats de droit privé ayant pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures ou la prestation de services, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation, les personnes ayant intérêt à conclure l'un de ces contrats et susceptibles d'être lésées par ce manquement peuvent saisir le juge avant la conclusion du contrat. La demande est portée devant la juridiction judiciaire ».

7. Il résulte de l'instruction que la procédure contestée, dont la société requérante demande l'annulation, a été lancée par la société anonyme d'habitation à loyer modéré Ozanam. Le pouvoir adjudicateur à l'origine de la procédure ici contestée est ainsi une personne morale de droit privé et se trouve soumis, pour les marchés

qu'il passe, aux dispositions du code de la commande publique. Les travaux en cause, dont ceux afférents au lot n° 11, pour l'attribution desquels la consultation a été lancée seront réalisés pour le seul compte de la société Ozanam qui n'a pas agi comme un mandataire pour le compte d'une personne publique.

8. Par suite, la contestation relative à la procédure en cause, qui oppose deux personnes morales de droit privé au sujet de la conclusion d'un contrat de droit privé, n'entre pas dans le champ d'application matériel de l'article L. 551-1 du code de justice administrative. En application des dispositions mentionnées au point 6 de l'article 2 de l'ordonnance du 7 mai 2009, le contentieux de la passation de ces contrats en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence ne relève pas de la compétence du juge administratif, mais de celle du juge judiciaire, devant qui est instituée une procédure en application des dispositions des articles 1441-1 et suivants du code de procédure civile, équivalente à celle prévue par les articles L. 551-1 et suivants du code de justice administrative. Les conclusions présentées par la société GEM sur le fondement des articles L. 551-1 et suivants du code de justice administrative doivent, dès lors, être rejetées comme présentées devant une juridiction incompétente pour en connaître. Il en va de même s'agissant des conclusions présentées sur le fondement des articles L. 551-13 et suivants du code de justice administrative.

Sur les frais liés au litige :

9. Les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce que soit mise à la charge de la société Ozanam, qui n'est pas la partie perdante dans la présente instance, la somme demandée par la société GEM au titre des frais exposés par elle et non compris dans les dépens.

10. Il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de faire application des mêmes dispositions et de mettre à la charge de la société GEM la somme de 1 500 euros, au titre des frais exposés par la société Ozanam et non compris dans les dépens.

ORDONNE :

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

Article 2 : La société GEM versera à la société Ozanam la somme de 1 500 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : Le présent jugement sera notifié à la société Groupe d'Entreprises de Martinique, à la société Ozanam et à la société AS BTP.

Fait à Schoelcher, le 13 septembre 2022.

Le juge des référés,

S. de Palmaert

Le greffier,

J-H. Minin

La République mande et ordonne au préfet de la Martinique en ce qui le concerne ou à tous commissaires 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.