

N° 2100914

SARL PRIMMOSENS

Mme Thielen
Juge des référés

Ordonnance du 2 avril 2021

39-08-015-01

54-05-05-02

D

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Le juge des référés

Vu la procédure suivante :

Par une requête et un mémoire, enregistrés les 22 février et 10 mars 2021, la société Primmosens, représentée par Me Vimont-Gaboury, demande au juge des référés, sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative :

1°) d'enjoindre à la société d'économie mixte à opération unique (SEMOP) Eaux de Dinan – eau potable, de communiquer dans le cadre de l'instance, sauf communication dans les quinze jours de la demande, les notes obtenues par la société attributaire du marché relatif à la construction d'un centre d'exploitation à Dinan en bail commercial en l'état futur d'achèvement (BEFA), pour chaque critère et sous-critère, les avantages de l'offre de la société attributaire, notamment s'agissant du sous-critère intitulé « prix de sortie – valeur résiduelle » et les procès-verbaux d'ouverture des candidatures et des offres ainsi que les rapports d'analyse des candidatures et des offres, hors mentions susceptibles de préjudicier au secret industriel et commercial attaché à l'offre concurrente ;

2°) d'annuler la consultation tendant à la passation de ce marché ;

3°) d'enjoindre à la SEMOP Eaux de Dinan – eau potable, si elle entend conclure ce marché, de reprendre la procédure d'attribution en se conformant à ses obligations de publicité et de mise en concurrence ;

4°) de mettre à la charge de la SEMOP Eaux de Dinan – Eau potable la somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- le litige ressortit à la compétence du juge administratif : le contrat a pour objet la réalisation d'ouvrages qui reviendront à la collectivité publique, de sorte que le co-contractant

agit en qualité de mandataire de la personne publique ; par ailleurs, les prestations objet du contrat en litige sont l'accessoire du contrat de délégation de service public, dès lors que son attribution était subordonnée à la réalisation de ces bâtiments, outre que ses termes prévoient avec une grande précision les conditions de réalisation et d'occupation des bâtiments en cause, y compris en termes de localisation ou de certaines de ses caractéristiques, ainsi qu'un engagement de Dinan Agglomération à racheter le bien au bailleur au terme des trois ans et demi de location ;

- la décision portant rejet de son offre ne comportait aucun motif ni précision, en méconnaissance des dispositions de l'article R. 2181-2 du code de la commande publique ; ce défaut d'information méconnaît le principe de transparence des procédures ;

- la candidature de la société attributaire aurait dû être écartée comme irrecevable, dès lors qu'elle ne peut légalement intervenir en matière de promotion immobilière et ne satisfait donc pas aux conditions de participation fixées par l'acheteur public dans le règlement de la consultation ;

- le dossier de la société attributaire est, pour les mêmes raisons, incomplet ;

- il n'est pas établi que la SEMOP Eaux de Dinan – eau potable a demandé et obtenu de la société attributaire les documents établissant la régularité de sa situation au regard de ses obligations fiscales (impôt sur le revenu, impôt sur les sociétés et taxe sur la valeur ajoutée) ;

- la méthode de notation du sous-critère « prix relatif au prix de sortie – valeur résiduelle », n'a pu refléter les mérites respectifs des offres, ce qui a rompu l'égalité de traitement entre les candidats ;

- à supposer que la méthode de notation a effectivement consisté à retrancher un point par tranche de 10 000 euros par référence au prix de sortie le plus bas, il s'agit d'une méthode incohérente et inégalitaire, aboutissant à octroyer une note excessivement basse à une offre ne présentant que peu de différence, en valeur rapportée à l'ampleur du projet ; en l'espèce, les deux offres présentent une différence de 12,2 %, et les notes respectivement obtenues une différence de 471,5 % ;

- en tout état de cause, la SEMOP Eaux de Dinan – eau potable a retenu, pour la notation de ce sous-critère, une valeur de rachat erronée, ayant pris en considération son offre de base, s'agissant du sous-critère « loyer », et son offre variante, s'agissant du sous-critère « prix de sortie » ; elle a également omis de tenir compte de l'offre de remise de deux mois de loyer formulée dans sa remise d'offre finale ;

- si la méthode d'évaluation avait été régulière, et si avaient été prises en considération les données exactes des offres, eu égard aux notes maximales qu'elle a obtenues par ailleurs, elle aurait été déclarée attributaire du marché ; elle est ainsi lésée par les irrégularités commises.

Par deux mémoires en défense, enregistrés les 9 et 10 mars 2021, la SEMOP Eaux de Dinan – eau potable, représentée par Mes Frêche et Dourlens, conclut au rejet de la requête et à la mise à la charge de la société Primmosens de la somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle fait valoir que :

- à titre principal, la juridiction administrative n'est pas compétente pour connaître du recours introduit par la société Primmosens, dès lors que le contrat en litige n'est pas un contrat administratif ; il s'agit d'un contrat conclu entre deux personnes privées, l'une d'entre elle étant certes concessionnaire d'un service public, mais n'agissant pour autant pas pour le compte d'une personne publique ; le contrat a pour objet la construction de locaux de bureaux et de locaux d'exploitation, réalisés par le concessionnaire, pour sa propre activité de concessionnaire et pendant la durée de la concession ;

- à titre subsidiaire, les informations exigées par les dispositions du code de la commande publique ont été transmises à la société Primmosens ;

- le groupement attributaire est composé d'opérateurs réunissant toutes les compétences requises pour l'exécution du contrat, y compris en matière de promotion immobilière ;
- le dossier du groupement attributaire est complet, et il ne peut être utilement argué de ce que les certificats fiscaux et sociaux n'étaient pas joints au dossier de candidature ;
- la méthode de notation sur le sous-critère prix « prix de sortie – valeur résiduelle », qui n'a pas à être communiquée, est parfaitement régulière, dès lors qu'elle n'a pas eu pour effet de neutraliser la pondération des critères ni de les priver de leur portée, pas davantage que de permettre l'attribution de la meilleure note à l'offre qui n'était pas la meilleure ; en l'espèce, la méthode de notation retenue a permis de traduire en points l'écart en argent séparant les offres, sans aucune exagération.

Par un mémoire, enregistré le 9 mars 2021, la société Concept-Ty Promotion, représentée par la Selarl Cabinet Coudray, conclut au rejet de la requête et à la mise à la charge de la société Primmosens de la somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle fait valoir que :

- à titre principal, la juridiction administrative n'est pas compétente pour connaître du recours introduit par la société Primmosens, dès lors que le contrat en litige n'est pas un contrat administratif ; il s'agit d'un contrat conclu entre deux personnes privées ; le contrat de BEFA qu'envisage de conclure la SEMOP Eaux de Dinan – eau potable a seulement pour objet de mettre à disposition de cette dernière des locaux à usage de bureaux et de stockage, conclu dans le cadre du code de commerce ;
- à titre subsidiaire, aucun des manquements allégués par la société Primmosens n'est caractérisé ; en particulier :
 - sa candidature était parfaitement régulière et recevable ; la SEMOP Eaux de Dinan – eau potable n'a pas exigé des sociétés candidates qu'elles bénéficient nécessairement de la qualité de promoteur immobilier, une telle exigence apparaissant au demeurant illégale car disproportionnée au regard de l'objet du marché ; en tout état de cause, l'offre est présentée par un groupement de sociétés, dont la société Concept-Ty Promotion, qui exerce l'activité de promoteur immobilier ;
 - le dossier de candidature du groupement est complet ;
 - la société Primmosens ne peut utilement se prévaloir d'un défaut de transmission de documents qui ne peuvent légalement être exigés que du candidat auquel il est envisagé d'attribuer le marché ;
 - le pouvoir adjudicateur n'a pas l'obligation d'informer les candidats de la méthode de notation mise en œuvre ; le calcul évoqué par la société Primmosens est dénué de fondement.

Vu les autres pièces du dossier.

Vu :

- l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique ;
- le code de la commande publique ;
- le code de justice administrative.

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

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

Ont été entendus, au cours de l'audience publique du 11 mars 2021 :

- le rapport de Mme Thielen, juge des référés,

- les observations de Me Vimont-Gaboury, représentant la société Primmosens, qui persiste dans ses conclusions écrites, par les mêmes moyens développés ; elle soutient également que :

- le litige ressortit à la compétence du juge administratif ; la communauté d'agglomération Dinan Agglomération est intervenante à l'acte, partie au contrat en qualité d'acquéreur ;

- la méthode de notation s'agissant du sous-critère « prix de sortie » génère des écarts de notes disproportionnés, qui ne reflètent pas les écarts de valeur ou de qualité entre les offres ; une telle méthode de notation ne peut être pertinente, outre que le choix de paliers de 10 000 euros n'est pas justifié ;

- le pouvoir adjudicateur a pris en considération son offre de base s'agissant du loyer, et son offre variante, s'agissant du prix de sortie ; l'écart de prix devrait être donc plus important, à son bénéfice, la note de l'attributaire s'en trouvant diminuée ;

- les observations de Me Dourlens, représentant la SEMOP Eaux de Dinan – eau potable, qui persiste dans ses conclusions écrites, par la même argumentation ; elle fait également valoir que :

- le litige ressortit à la compétence du juge judiciaire, dès lors que le contrat est un BEFA en la forme commerciale ; la seule circonstance que le concessionnaire doit réaliser des ouvrages et équipements, qui peuvent constituer des biens de retour ou de reprise, ne suffit pas à caractériser le fait que le concessionnaire agirait comme mandataire de la personne publique concédante ; le contrat prévoit une option et non une obligation de rachat ;

- la méthode de notation n'est pas discriminante, et l'offre analysée a été, s'agissant des deux sous-critères prix, la variante ;

- les observations de Me Berrezai, représentant la société Concept-Ty Promotion, qui persiste dans ses conclusions écrites, par la même argumentation ; elle fait également valoir que le litige ressortit à la compétence du juge judiciaire ; le principe d'un mandat implique une transparence du mandataire, et une substitution et/ou un contrôle de la personne publique, qui ne sont pas caractérisés en l'espèce ; la communauté d'agglomération Dinan Agglomération participe à l'acte uniquement dans le cadre de l'option d'achat ; le contrat en litige n'est pas l'accessoire d'un contrat administratif.

La clôture de l'instruction a été différée, en dernier lieu, au 17 mars 2021 à 16 h.

Par trois mémoires, enregistrés les 12, 15 et 16 mars 2021, la SEMOP Eaux de Dinan – eau potable, représentée par Mes Frêche et Dourlens, conclut aux mêmes fins que premières écritures, par la même argumentation.

Elle fait également valoir que :

- la logique même de la délégation de service public s'oppose à ce que le délégataire agisse comme mandataire de la personne publique délégante ;
- la seule circonstance qu'il existe une option d'achat au profit de la personne publique n'a pas d'incidence sur le fait que la SEMOP Eaux de Dinan – eau potable, personne privée, est le maître d'ouvrage des biens construits, les contrats conclus en cette qualité étant de droit privé ;
- à titre subsidiaire, la méthode de notation ne présente ni irrégularité, ni incohérence, et elle a été correctement mise en œuvre ;
- les moyens nouvellement soulevés, tendant à soutenir que la procédure contradictoire de l'offre anormalement basse aurait dû être mise en œuvre et à contester la méthode et les critères de notation du critère technique, ainsi que l'appréciation portée sur ce critère, ne sont pas fondés, outre qu'ils tendent pour certains à contester l'appréciation portée sur les mérites des offres.

Par deux mémoires, enregistrés les 12 et 16 mars 2021, la société Concept-Ty Promotion, représentée par la Selarl Cabinet Coudray, conclut aux mêmes fins que ses premières écritures, par la même argumentation.

Elle fait également valoir que son offre était parfaitement régulière, outre qu'elle n'était pas anormalement basse, la faible valorisation d'une prestation ne pouvant suffire à apporter la preuve requise.

Par deux mémoires, enregistrés les 15 et 17 mars 2021, la société Primmosens, représentée par Me Vimont-Gaboury, conclut aux mêmes fins que ses premières écritures, par les mêmes moyens.

Elle soutient également que :

- l'offre de la société attributaire est irrégulière, en tant qu'elle a comporté une variante, interdite par le règlement de la consultation ;
- elle aurait dû être écartée comme anormalement basse ou, à tout le moins, le pouvoir adjudicateur aurait dû solliciter de ce candidat des informations justifiant le prix proposé sur certaines prestations ;
- la méthode de notation est également incohérente s'agissant de la durée de bail prise en considération pour valoriser le coût du loyer ;
- les notes obtenues par les deux candidats sur le critère technique ne reflètent pas la différence de valeur de leurs offres respectives.

Par un mémoire enregistré le 26 mars 2021, la SEMOP Eaux de Dinan – eau potable, représentée par Mes Frêche et Dourlens, conclut au non-lieu à statuer, faisant valoir que la procédure d'attribution du marché relatif à la construction d'un centre d'exploitation à Dinan en bail commercial en l'état futur d'achèvement (BEFA) a été déclarée sans suite par son Conseil d'administration, lors de sa séance du 22 mars 2021.

Par un mémoire enregistré le 30 mars 2021, la société Primmosens, représentée par Me Vimont-Gaboury, conclut à ce que le non-lieu ne soit pas constaté, dès lors que l'abandon de la procédure de passation est postérieur à la clôture de l'instruction, et n'est en tout état de cause pas établi.

L'affaire a fait l'objet d'un renvoi par un avis du 30 mars 2021 à l'audience du 1^{er} avril 2021.

Les parties ont été régulièrement convoquées à l'audience publique.

Ont été entendus, au cours de l'audience publique du 1^{er} avril 2021 :

- le rapport de Mme Thielen, juge des référés,
- les observations de Me Vimont-Gaboury, représentant la société Primmosens, qui persiste dans ses conclusions écrites et soutient que :
 - il n'est pas rapporté la preuve de l'existence d'une décision de déclaration sans suite de la procédure, outre qu'un tel abandon de procédure n'est pas motivé ;
 - la procédure pourrait être reprise au stade de l'analyse des offres ;
- les observations de Me Dourlens, représentant la SEMOP Eaux de Dinan – eau potable, qui fait valoir que la compétence décisionnaire au sein de la SEMOP appartient au conseil d'administration, de sorte qu'est rapportée la preuve de la décision de déclaration sans suite ;
- les observations de Me Berrezai, représentant la société Ty-Concept Promotion, qui fait valoir que la déclaration sans suite fait nécessairement disparaître l'objet du litige.

Considérant ce qui suit :

1. La société d'économie mixte à opération unique (SEMOP) Eaux de Dinan – eau potable, concessionnaire exploitant du service public de l'eau potable de la communauté d'agglomération Dinan Agglomération, a lancé une procédure de consultation pour la passation d'un marché relatif à la construction d'un centre d'exploitation à Dinan, sous la forme d'un bail commercial en l'état futur d'achèvement. La société Primmosens a été informée, le 17 février 2021, d'une part, du rejet de son offre et, d'autre part, de ce que le marché était attribué au groupement Concept-Ty composé, notamment, de la société Concept-Ty Promotion. Par la présente requête, la société Primmosens demande au juge des référés précontractuels l'annulation de la procédure de passation de ce marché.

Sur les conclusions présentées au titre de l'article L. 551-1 du code de justice administrative :

2. D'une part, 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. »*. Selon l'article L. 551-2 du même code : *« I.- Le juge peut ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations et suspendre l'exécution de toute décision qui se rapporte à la passation du contrat, sauf s'il estime, en considération de l'ensemble des intérêts susceptibles d'être lésés et notamment de l'intérêt public, que les conséquences négatives de ces mesures pourraient l'emporter sur leurs avantages. / Il peut, en outre, annuler les décisions qui se rapportent à la passation du contrat et supprimer les clauses ou prescriptions destinées à figurer dans le contrat et qui méconnaissent lesdites obligations (...) »*. Les pouvoirs conférés au juge administratif, en vertu de la procédure spéciale que ces dispositions instituent, ne peuvent être

exercés ni après la conclusion du contrat ni lorsque le pouvoir adjudicateur décide de ne pas donner suite à la procédure de consultation.

3. D'autre part, aux termes de l'article 2 de l'ordonnance n° 2009-515 susvisée : « *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* ». Aux termes de son article 11 : « *Les personnes qui ont un intérêt à conclure l'un des contrats de droit privé mentionnés aux articles 2 et 5 de la présente ordonnance et qui sont susceptibles d'être lésées par des manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles ils sont soumis peuvent saisir le juge d'un recours en contestation de la validité du contrat. / La demande est portée devant la juridiction judiciaire* ».

4. Il résulte de l'instruction que la SEMOP Eaux de Dinan – eau potable agit, en qualité de concessionnaire de la communauté d'agglomération Dinan Agglomération, pour son propre compte et non celui de la personne publique concédante. Ainsi, le contrat en litige qu'elle entend conclure pour la mise en œuvre de ses missions d'exploitant du service public de l'eau potable, en tant que personne morale de droit privé agissant pour son compte, en qualité de maître d'ouvrage, et avec un opérateur de droit privé, relatif à la construction d'un centre d'exploitation à Dinan en bail commercial en l'état futur d'achèvement, est un contrat de droit privé, nonobstant la circonstance que le règlement de la consultation qualifie le marché en cause de marché public et attribue la compétence pour connaître d'un litige relatif à sa passation au seul tribunal administratif. Par suite, et en application des dispositions précitées, le litige relatif à sa passation, sur lequel il n'y avait en tout état de cause plus lieu de statuer eu égard à la décision prise par le conseil d'administration de la SEMOP Eaux de Dinan – eau potable, aux termes de sa séance du 22 mars 2021, de déclarer sans suite la procédure en cause, ressortit à la compétence exclusive des juridictions de l'ordre judiciaire.

Sur les conclusions aux fins d'injonction de communication du rapport d'analyse des offres :

5. Il n'entre en tout état de cause pas dans l'office du juge des référés précontractuels d'ordonner la communication du rapport d'analyse des offres, de sorte que de telles conclusions ne pouvaient qu'être rejetées.

Sur les frais liés au litige :

6. Il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de laisser à chaque partie les frais d'instance exposés et non compris dans les dépens.

ORDONNE :

Article 1^{er} : La requête de la société Primmosens est rejetée comme portée devant un ordre de juridiction incompétent pour en connaître.

Article 2 : Les conclusions présentées par la SEMOP Eaux de Dinan – eau potable et la société Concept-Ty Promotion au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 3 : La présente ordonnance sera notifiée à la société Primmosens, à la société d'économie mixte à opération unique Eaux de Dinan – eau potable et à la société Concept-Ty Promotion.

Fait à Rennes, le 2 avril 2021.

Le juge des référés,

Le greffier,

signé

signé

O. Thielen

M.-A. Vernier

La République mande et ordonne au préfet des Côtes-d'Armor 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 ordonnance.