

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE PAU**

N° 1602160

dd

SAS CASINO DE MIMIZAN

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

M. Badie
Juge des référés

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Ordonnance du 28 novembre 2016

Le Tribunal administratif de Pau,

39-08-015-01

Le juge des référés

Vu la procédure suivante :

Par une requête, et un mémoire complémentaire enregistrés respectivement le 8 et le 23 novembre 2016, la SAS Casino de Mimizan, représentée par Me Lapisardi, avocate au barreau de Paris, demande au juge des référés du Tribunal, sur le fondement des articles L. 551-1 et suivants du code de justice administrative :

1°) d'annuler l'ensemble de la procédure de passation de la délégation de service public pour l'aménagement et l'exploitation du nouveau casino de Mimizan ;

2°) de mettre à la charge de la commune de Mimizan la somme de 5 000 euros au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

La société requérante soutient que :

- en prévoyant dans le projet de convention, que le délégataire devra accepter le bâtiment dans l'état où il se trouvera à la date de l'entrée en vigueur de la convention, la commune méconnaît les articles 27, 28 de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession, en vertu desquels l'objet du contrat doit être déterminé avant le lancement de la procédure de passation et ne peut pas évoluer en cours de procédure ;

- ce manquement aux règles de publicité et de mise en concurrence lèse la société requérante qui est candidate car il laisse une marge de manœuvre à la commune pour modifier avec un autre soumissionnaire l'objet du projet de la convention en cours de passation ;

- la commune de Mimizan viole le principe d'égalité entre les candidats et les règles de publicité et de mise en concurrence en ne communiquant pas toutes les informations et les documents nécessaires pour le dépôt d'une offre satisfaisante ;

- en effet, la société requérante a posé à la commune de nombreuses questions concernant des informations techniques, qui figurent dans des courriers en date du 21 octobre et du 5 novembre 2016 ; or la commune n'a que très partiellement répondu à ces questions et l'a invité à demander certains documents techniques auprès de la CETIM, son emphytéote ;

- de même, la commune refuse de préciser ses exigences concernant le loyer ;
- la commune a refusé à la société requérante de lui faire visiter les lieux alors que cette visite est nécessaire pour permettre au requérant de déterminer le coût des investissements ;
- la commune ne définit pas précisément la durée de la concession en méconnaissance de l'article 34 de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 ; de plus, la commune n'a pas porté à la connaissance des candidats les conditions dans lesquelles la commune apprécierait les différentes offres au regard de la durée du contrat ;
 - ces manquements lèsent la société requérante dans la mesure où elle ne peut pas présenter une offre conforme au règlement de la consultation ;
 - le délai pour déposer l'offre est insuffisant : d'une part, les caractéristiques du projet nécessitent le recours à un architecte qui ne peut pas établir le projet et le chiffrer dans un délai aussi court, et il est impossible de chiffrer le montant des travaux de gros-œuvre, dont le délégataire sera chargé ; d'autre part, ce délai est insuffisant au regard des nombreuses questions qui restent en suspens ;
 - le délai de dépôt des offres rompt l'égalité entre les candidats : en effet, la société Socofinance s'est portée candidate à l'occasion de la procédure litigieuse ; or, compte tenu de ce qu'elle était attributaire de la DSP annulée par le tribunal administratif le 7 avril 2016, elle a déjà travaillé en étroite collaboration avec les différents acteurs et a ainsi pu préparer en amont son offre pour la nouvelle procédure de passation ;
 - l'annulation de la procédure ne porte pas atteinte à l'intérêt public ; au contraire, l'intérêt public commande de mettre fin à cette procédure ;
 - bien qu'elle ait finalement déposé une offre, cela ne rend pas sans objet la demande d'annulation de la procédure dès lors que les manquements commis par la commune ont vicié irrémédiablement l'ensemble de la procédure ;
 - sa requête est recevable.

Par un mémoire en défense et un mémoire complémentaire, enregistrés le 18 novembre 2016 et le 23 novembre 2016, la commune de Mimizan, représentée par Me Berkovicz, de la Selarl GB2A du barreau de Paris, conclut à titre principal au non-lieu à statuer, à titre subsidiaire au rejet de la requête, et à ce que soit mis à la charge de la société SAS Casino de Mimizan la somme de 5 000 euros au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- la société requérante a déposé une offre le 21 novembre 2016, dans le délai imparti ; le dépôt de cette offre démontre que le délai est suffisant et que les pièces et informations fournies dans le dossier de consultation des entreprises étaient suffisantes ;
- la requête est irrecevable dès lors que la société requérante ne justifie pas en quoi au stade actuel de la procédure (dépôt des offres), et alors qu'elle n'a pas remis d'offre, les manquements invoqués sont susceptibles de l'avoir lésée, d'autant plus que le dossier de consultation et les délais sont les mêmes pour tous les candidats ;
- le décret n° 2016-86 autorise la modification du contrat de concession lorsque ces dernières ont été prévues dans les documents contractuels sous la forme de clauses de réexamen ; il est donc possible de prévoir de telles clauses : la marge de manœuvre découlant de ces clauses est légale, la mise en œuvre de cette clause relève de l'exécution du contrat et pas la phase de consultation, et cette mise en œuvre n'est qu'éventuelle ; dès lors le moyen tiré de l'insuffisance des informations produites par la commune manque en droit ;

- aux termes de l'article 5.1 du règlement de consultation, les candidats peuvent faire des propositions de modification du projet ; or la société requérante n'a pas déposé d'offre ; elle n'a donc pas formulé de propositions de modifications au projet de convention ; de plus, dès lors que le même projet de convention a été proposé à l'ensemble des candidats, aucune lésion de la société n'est établie ;

- si l'article L. 551-2 du code de justice administrative dispose que le juge peut ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations, la société requérante n'identifie pas les manquements à quelque obligation à l'appui de ses conclusions à fin d'injonction ;

- concernant la demande d'organisation d'une visite sur les lieux : d'une part, la commune, seule autorité concédante n'a pas jugé utile pour la remise des offres une telle visite dès lors notamment que la convention ne met pas à la charge du délégataire la réalisation du bâtiment et que le dossier de consultation contient les pièces techniques nécessaires à la bonne information des candidats ; d'autre part, la société requérante ne justifie pas en quoi une telle visite aurait un caractère utile à la préparation de son offre ; enfin, tous les candidats sont placés dans la même situation et peuvent tous formuler des hypothèses de travail ;
- concernant l'information relative à la durée de la convention : aucune règle n'impose aux autorités concédantes de définir préalablement à la signature sa durée définitive ; de plus, la commune a informé les candidats de la durée prévisionnelle du contrat et les conditions dans lesquelles la durée définitive sera fixée ; seuls les investissements proposés par les candidats dans leurs offres permettront de fixer la durée définitive de la concession ;
- sur les demandes de pièces techniques : d'une part, le dossier de consultation comporte tous les documents techniques nécessaires, et la société requérante ne justifie pas l'utilité des nombreux documents qu'elle réclame ; puisque la société requérante a participé à la première consultation, elle ne peut que connaître de longue date le projet litigieux ; d'autre part, la commune n'étant pas maître d'ouvrage du nouveau casino, elle a autorisé les candidats à formuler des demandes directement auprès de l'emphytéote ; enfin, en tout état de cause, les candidats disposaient tous des mêmes informations ;
- sur la demande de report de la date limite de dépôt des offres : d'une part, le délai initial de dépôt était supérieur au délai de 22 jours fixé par le décret n° 2016-86 ; d'autre part, suite à la demande de report, les candidats ont finalement bénéficié de 46 jours pour remettre leur offre ; enfin, la société requérante demande un report de la date en se prévalant de ses demandes de communication de pièces techniques ; or, le dossier de consultation est suffisant pour déposer une offre ; la société ne démontre pas en quoi le recours à un architecte était indispensable à l'élaboration de l'offre.

Vu :

- le code des marchés publics ;
- le code de justice administrative.

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

Ont été entendus au cours de l'audience publique du 24 novembre 2016 à 15 heures 30 :

- le rapport de M. Badie ;
- les observations de Me Lapisardi, pour la SAS Casino de Mimizan, et de Me Berkovicz, pour la commune de Mimizan.

La clôture de l'instruction a été prononcée le 24 novembre 2016, à l'issue de l'audience.

Sur l'étendue du litige :

1. Considérant que dans sa requête, la SAS Casino de Mimizan demandait au juge des référés, à titre subsidiaire, d'enjoindre à la commune d'organiser une visite de chantier, de communiquer la durée du contrat, de communiquer aux candidats l'ensemble des éléments nécessaires à la présentation d'une offre tel qu'exposés dans ses courriers à la commune des 21 octobre et 5 novembre et dans l'email adressé à la société CETIM le 5 novembre 2016, et de laisser un délai de deux mois aux candidats pour présenter leur offre à compter de la visite du chantier et de la communication de l'ensemble des éléments qu'elle sollicitait ; qu'elle doit être regardée comme ayant, dans le dernier état de ses écritures, renoncé à ces conclusions ;

2. Considérant que, contrairement à ce que soutient la commune de Mimizan en défense, la circonstance que la SAS Casino de Mimizan a déposé une offre, en cours d'instance, ne rend pas sa requête sans objet ;

Sur les conclusions à fin d'annulation de la procédure :

Concernant la fin de non recevoir opposée en défense :

3. Considérant qu'aux termes de l'article L. 551-10 du code de justice administrative : « *Les personnes habilitées à engager les recours prévus aux articles L. 551-1 et L. 551-5 sont celles qui ont un intérêt à conclure le contrat ou à entrer au capital de la société d'économie mixte à opération unique et qui sont susceptibles d'être lésées par le manquement invoqué, ainsi que le représentant de l'Etat dans le cas où le contrat doit être conclu par une collectivité territoriale, un groupement de collectivités territoriales ou un établissement public local.* » ; qu'il résulte de ces dispositions que toute personne est recevable à agir, sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, lorsqu'elle a vocation, compte tenu de son domaine d'activité, à exécuter le contrat, y compris lorsqu'elle n'a pas présenté de candidature ou d'offre si elle en a été dissuadée par les manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence qu'elle invoque ; que la SAS Casino de Mimizan ayant vocation à exécuter le contrat de délégation en cause, et susceptible d'être lésée par le manquement qu'elle invoque, est habilitée à engager le présent recours ;

Concernant le bien-fondé de la demande d'annulation de la procédure :

4. 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 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, ou la délégation d'un service public. Le juge est saisi avant la conclusion du contrat. » ; qu'aux termes de l'article L. 551-2 : « 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. (...)» ; qu'en application de ces dispositions, il appartient 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 ;

5. Considérant que la commune de Mimizan a décidé de construire un nouveau casino dans la zone d'aménagement concertée des Hournails ; que, pour l'aménagement et l'exploitation de ce nouveau casino, la commune a engagé une procédure de consultation en vue de l'attribution d'une délégation de service public ayant ce double objet ; que, par un jugement, n° 1401048 du 7 avril 2016, le tribunal administratif de Pau a annulé la convention de délégation de service public conclu le 19 mars 2014, à l'issue d'une première procédure, entre la commune de Mimizan et la société Casino de Mimizan (groupe Socofinance) ; que, par une délibération du 30 juin 2016, la commune s'est à nouveau prononcée sur le principe de délégation du service public et a autorisé le lancement d'une nouvelle procédure de consultation ; qu'un avis public d'appel à la concurrence a ainsi été publié au Bulletin officiel des annonces des marchés publics, le 3 juillet 2016, au Journal officiel de l'Union européenne, le 16 juillet 2016, et dans le journal des casinos du 5 juillet 2016 ; que la société requérante a présenté sa candidature ; que, par lettre du 4 octobre 2016, la commune de Mimizan lui a fait savoir qu'elle était admise à déposer une offre ; que le dossier de consultation a été transmis à la société requérante le 4 octobre 2016 ; que par courrier du 21 octobre 2016, cette dernière a demandé à la commune de lui transmettre des renseignements complémentaires, une visite de chantier, et un report de la date de dépôt de l'offre ; que, par lettre du 31 octobre 2016, la commune a reporté la date limite de dépôt des offres, d'abord fixée au 7 novembre, au 21 novembre 2016 ; que, par la présente requête, la SAS Casino de Mimizan demande au juge du référé précontractuel d'annuler l'ensemble de la procédure de consultation ;

6. Considérant qu'aux termes de l'article L. 1411-1 du code général des collectivités territoriales : « Une délégation de service public est un contrat de concession au sens de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession, conclu par écrit, par lequel une autorité délégante confie la gestion d'un service public à un ou plusieurs opérateurs économiques, à qui est transféré un risque lié à l'exploitation du service, en contrepartie soit du droit d'exploiter le service qui fait l'objet du contrat, soit de ce droit assorti d'un prix. » ; qu'aux termes de l'article 27 de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession : « La nature et l'étendue des besoins à satisfaire sont déterminées avant le lancement de la consultation en prenant en compte des objectifs de développement durable dans leurs dimensions économique, sociale et environnementale. » ;

7. Considérant que les délégations de service public sont soumises aux principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, qui sont des principes généraux du droit de la commande publique ; que, pour assurer le respect de ces principes, la personne publique doit apporter aux candidats à l'attribution d'une délégation de service public, avant le dépôt de leurs offres, une information suffisante, compte tenu des besoins préalablement et clairement définis, de nature à leur permettre d'établir leur offre dans le respect du principe de transparence des procédures ; que, plus précisément, il résulte des dispositions précitées de l'article 27 de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 qu'il est nécessaire que les candidats admis à déposer une offre disposent d'une information complète, notamment au regard des investissements qu'ils seraient amenés à réaliser, que la collectivité concédante ne pourrait apporter, au moment de la phase de négociation avec les candidats admis à déposer une offre, sans porter atteinte au principe d'égalité et méconnaître ainsi les règles de publicité et de mise en concurrence ;

8. Considérant que la société requérante soutient que la commune de Mimizan a méconnu le principe d'égalité entre les candidats et les règles de publicité et de mise en concurrence en refusant de communiquer les informations et les documents techniques nécessaires pour élaborer une offre satisfaisante ;

9. Considérant que l'objet du contrat, tel qu'énoncé dans le règlement de la consultation au point 2.1 est constitué de l'aménagement et de l'exploitation du nouveau casino, le contrat devant prendre effet au 1^{er} janvier 2017 ; que la mission d'aménagement comprend une liste non exhaustive d'aménagements de locaux en cours de construction par le titulaire d'un bail emphytéotique administratif en cours d'exécution ; que le projet de convention prévoit en outre à l'article 4 que le délégataire devra accepter l'ouvrage dans l'état où il se trouvera à la date d'entrée en vigueur de la convention ; qu'en outre, le projet de convention prévoit à l'article 9.8, que le délégataire conclut avec l'emphytéote et la collectivité un contrat d'interface dans le délai d'un mois à compter de la date d'entrée en vigueur de la convention, afin de déterminer les conditions de mise en œuvre de leurs obligations réciproques en matière de maintenance entretien, gros entretien et renouvellement des biens ; qu'enfin, en application de l'article 36 du décret n° 2016-86 du 1^{er} février 2016 relatif aux contrats de concession, le projet de convention prévoit une clause de réexamen du contrat, qui a vocation à permettre la poursuite de l'exécution, en cas de fin anticipée ou d'annulation du bail emphytéotique administratif conclu le 23 juin 2015 de la conception, le financement, la construction et l'entretien, la maintenance, le gros entretien et le renouvellement de l'ouvrage destiné à accueillir le casino ; que cette clause stipule que « *si la fin anticipée ou l'annulation intervient avant la mise à disposition de l'ouvrage, le délégataire reprend à sa charge l'ensemble des prestations incombant à l'emphytéote afin de permettre ladite mise à disposition, à savoir les prestations de conception, financement et de construction, et assure les prestations incombant à l'emphytéote postérieurement à la mise à disposition, à savoir l'entretien, la maintenance, le gros entretien et le renouvellement de l'ouvrage, dans les conditions définies à l'annexe. Si la fin anticipée intervient après la mise à disposition de l'ouvrage, le délégataire reprend à sa charge l'ensemble des prestations incombant à l'emphytéote, à savoir l'entretien, la maintenance, le gros entretien et le renouvellement de l'ouvrage, dans les conditions définies à l'annexe 8.* » ; qu'il résulte de l'instruction que, par un jugement n° 1501897 du 3 novembre 2016, soit avant la date limite de dépôt des offres, le bail emphytéotique administratif pour la construction de bâtiments destinés à l'accueil d'un casino et d'activités de loisirs, et la convention de mise à disposition non détachable du bail, conclus le 23 juin 2015 entre la commune de Mimizan et le groupement Cetim ont été annulés ; que ces annulations créent de très sérieuses incertitudes

quant à la définition de l'objet du contrat de délégation, au regard de l'inachèvement des missions de conception et de construction de l'ouvrage, prévues dans le contrat de bail emphytéotique, l'élaboration initiale de l'offre du délégataire, dans le cadre de la procédure en cause, comprenant le calcul des investissements correspondant à l'achèvement de ces missions ; que ces incertitudes ne permettent pas aux candidats d'être complètement informés de l'objet et de l'étendue réelle de la mission dont ils seraient chargés en application du contrat de délégation projeté par l'administration et dont la passation est contestée ; qu'ainsi, la commune de Mimizan, qui aurait dû à tout le moins, interrompre la procédure de passation, a méconnu les obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles sont soumises la passation des contrats de délégation de service public ; que, par suite, la requérante est fondée à demander l'annulation de la procédure de passation de la convention de délégation en cause relative à l'aménagement et l'exploitation du nouveau casino de Mimizan ;

10. Considérant, sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens de la requête, qu'il résulte de ce qui précède qu'il y a lieu d'annuler la procédure de passation en cause ;

Sur les conclusions présentées au titre des dispositions L. 761-1 du code de justice administrative :

11. Considérant qu'il résulte des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative : « *Dans toutes les instances, le juge condamne la partie tenue aux dépens ou, à défaut, la partie perdante, à payer à l'autre partie la somme qu'il détermine au titre des frais exposés et non compris dans les dépens. Le juge tient compte de l'équité ou de la situation économique de la partie condamnée. Il peut, même d'office, ou pour des raisons tirées des mêmes considérations, dire qu'il n'y a pas lieu à cette condamnation.* » ;

12. Considérant, d'une part, que ces dispositions font obstacle à la demande de la commune de Mimizan dirigée contre la société requérante qui n'est pas la partie perdante dans la présente instance de référé ;

13. Considérant, d'autre part, qu'il y a lieu de faire application de ces mêmes dispositions et de mettre à la charge de la commune de Mimizan la somme de 2 000 euros au titre des frais que la société SAS Casino de Mimizan a exposés et non compris dans les dépens ;

ORDONNE :

Article 1^{er} : La procédure de passation de la délégation de service public pour l'aménagement et l'exploitation du nouveau casino de Mimizan est annulée.

Article 2 : La commune de Mimizan versera à la SAS Casino de Mimizan une somme de 2 000 € (deux mille euros) sur le fondement des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : Les conclusions de la commune de Mimizan présentées au titre de l'article L.761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 4 : La présente ordonnance sera notifiée à la SAS Casino de Mimizan et à la commune de Mimizan.

Fait à Pau, le 28 novembre 2016.

Le juge des référés,

Le greffier,

Signé : A. BADIE

Signé : D. DELGADO

La République mande et ordonne au préfet des Landes 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.

Pour expédition conforme
Le greffier,

D. Delgado.