

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE LYON**

N^{os} 1106421 - 1106423

SOCIETE IDEX ENERGIES

M. Wyss
Juge des référés

Audience du 4 novembre 2011
Ordonnance du 10 novembre 2011

C-BJ

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Le Tribunal administratif de Lyon,

Le juge des référés

1°) Vu la requête, enregistrée le 18 octobre 2011, sous le numéro 1106421, présentée pour la SOCIETE IDEX ENERGIES, dont le siège est 72, avenue Jean Baptiste Clément à Boulogne-Billancourt Cedex (92513), par Me Cabanes, avocat au barreau de Paris ; la SOCIETE IDEX ENERGIES demande au tribunal :

- d'enjoindre à DYNACITE, Office public de l'habitat de l'Ain, de produire l'intégralité du rapport d'analyse des offres ;

- d'annuler la procédure d'appel d'offres, engagée le 28 février 2011, ayant pour objet l'attribution du lot n° 1 relatif à l'exploitation des installations de chauffage et de production d'eau chaude sanitaire de l'agence de Bourg-en-Bresse, et d'ordonner sa reprise dans des conditions conformes aux dispositions législatives et réglementaires en vigueur ;

- de condamner DYNACITE, Office public de l'habitat de l'Ain, à lui verser une somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Elle soutient que, dès lors que la saisine du tribunal administratif relative à la contestation de la procédure de passation du lot n° 1, ayant pour objet l'exploitation des installations de chauffage et de production d'eau chaude sanitaire de l'agence de Bourg-en-Bresse, est intervenue avant la conclusion du contrat, DYNACITE devra en conséquence s'abstenir de signer le contrat litigieux ; que les irrégularités entachant ladite procédure, en ce qu'elles tiennent à l'élaboration des offres et aux conditions de sélection des offres, sont bien susceptibles d'avoir lésées la société requérante, qui justifie ainsi de son intérêt à agir ; qu'en ne fixant aucune limite à toute offre de variante et en ne définissant pas les éléments sur lesquels les variantes autorisées pouvaient porter, ou devaient nécessairement respecter, DYNACITE s'est réservé une marge d'appréciation qui ne permettait pas de respecter le principe d'égalité entre les candidats et a méconnu l'obligation résultant de l'article 50 du code des marchés publics ; qu'enfin, en ne respectant pas les conditions posées par l'article 80 du code précité et en n'indiquant pas à la SOCIETE IDEX l'intégralité des motifs de rejet

de son offre, ladite société n'a pas été mise en mesure de contester le bien-fondé du rejet de son offre et se trouve ainsi privée d'informations indispensables en vue de préserver son droit à un recours efficace pour contester les irrégularités qui ont entaché la procédure litigieuse ;

Vu le mémoire en défense, enregistré le 31 octobre 2011, présenté pour DYNACITE, Office Public de l'habitat de l'Ain, dont le siège est 390, boulevard du 8 mai 1945 à Bourg-en-Bresse Cedex (01013), par la SCP d'avocats VEDESI, avocats au barreau de Lyon, par Me Schmidt, avocat ; DYNACITE conclut :

- au rejet de la requête présentée pour la SOCIETE IDEX ENERGIES ;
- à la condamnation de la SOCIETE IDEX ENERGIES à lui verser la somme de 2 000 euros par application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Il fait valoir que la SOCIETE IDEX ENERGIES ne saurait alléguer une violation des dispositions de l'article 50 du code des marchés publics dans la présente instance dès lors que ladite société a pu répondre à toutes les composantes de l'appel d'offres et ne justifie pas en quoi les données de la consultation n'étaient pas suffisamment claires et explicites sur la présentation des variantes pour entraîner des difficultés d'interprétation ou d'appréciation de la part des candidats ; que, par ailleurs, tant le règlement de la consultation, que le cahier des clauses administratives particulières ou le cahier des clauses techniques, précisaient très clairement que les variantes proposées ne pouvaient s'écarter de l'offre de base, mais seulement l'améliorer ; qu'enfin, concernant la violation de l'article 80 du code des marchés publics, un tel moyen ne saurait prospérer alors que, depuis un courrier recommandé en date du 31 octobre 2011, la SOCIETE IDEX est en possession de toutes les informations qui avaient pu être omises à l'occasion de la notification du rejet de son offre ;

Vu le mémoire en réplique, enregistré le 4 novembre 2011, présenté pour la SOCIETE IDEX ENERGIES, par Me Cabanes, qui conclut aux mêmes fins que la requête ; elle soutient que, en ayant reçu le 2 novembre 2011, la réponse de DYNACITE, à sa demande du 12 octobre 2011 tendant à ce que lui soit transmis les motifs de rejet de son offre, ce dernier n'a pas respecté les dispositions de l'article 83 du code des marchés publics qui lui impose d'observer un délai de 15 jours suivant la réception d'une demande écrite pour transmettre lesdits motifs ; que, par ailleurs, la mise en œuvre du critère « valeur technique des offres » est discriminatoire, en ce que la méthode de notation ne révèle pas la valeur intrinsèque des offres et est, par conséquent, illégale, et que la méthodologie globale d'analyse des offres appliquée par DYNACITE a joué en faveur de la société Dalkia, attributaire du marché litigieux ;

Vu les pièces établissant que la requête a été communiquée à la société Dalkia, candidat pressenti, qui n'a pas produit de mémoire ;

2°) Vu la requête, enregistrée le 18 octobre 2011, sous le n° 1106423, présentée pour la SOCIETE IDEX ENERGIES, dont le siège est 72, avenue Jean Baptiste Clément à Boulogne-Billancourt Cedex (92513), par Me Cabanes, avocat au barreau de Paris ; la SOCIETE IDEX ENERGIES demande au tribunal ;

- d'enjoindre à DYNACITE de produire l'intégralité du rapport d'analyse des offres ;
- d'annuler la procédure d'appel d'offre, engagée le 28 février 2011, ayant pour objet

l'attribution des lots n^{os} 3 et 4 relatifs à l'exploitation des installations de chauffage et de production d'eau chaude sanitaire des agences de Ferney Voltaire et d'Oyonnax, et d'ordonner sa reprise dans des conditions conformes aux dispositions législatives et réglementaires en vigueur ;

- de condamner DYNACITE, Office public de l'habitat de l'Ain, à lui verser une somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Elle soutient que, dès lors que la saisine du tribunal administratif, relative à la contestation de la procédure de passation des lots n^{os} 3 et 4, ayant pour objet l'exploitation des installations de chauffage et de production d'eau chaude sanitaire des agences de Ferney Voltaire et d'Oyonnax, est intervenue avant la conclusion du contrat, DYNACITE devra en conséquence s'abstenir de signer le contrat litigieux ; que les irrégularités entachant ladite procédure, en ce qu'elles tiennent à l'élaboration des offres et aux conditions de sélection des offres, sont bien susceptibles d'avoir lésé la société requérante, qui justifie ainsi de son intérêt à agir ; qu'en ne fixant aucune limite à toute offre de variante et en ne définissant pas les éléments sur lesquels les variantes autorisées pouvaient porter ou devaient nécessairement respecter, DYNACITE s'est réservé une marge d'appréciation qui ne permettait pas de respecter le principe d'égalité entre les candidats et a méconnu l'obligation résultant de l'article 50 du code des marchés publics ; qu'enfin, en ne respectant pas les conditions posées par l'article 80 du code précité et en n'indiquant pas à la SOCIETE IDEX ENERGIES l'intégralité des motifs de rejet de ses offres pour les lots n^{os} 3 et 4, ladite société n'a pas été mise en mesure de contester le bien-fondé du rejet desdites offres et se trouve ainsi privée d'informations indispensables en vue de préserver son droit à un recours efficace pour contester les irrégularités qui ont entaché la procédure litigieuse ;

Vu le mémoire en défense, enregistré le 31 octobre 2011, présenté pour DYNACITE, Office public de l'habitat de l'Ain, dont le siège est 390, boulevard du 8 mai 1945 à Bourg-en-Bresse Cedex (01013), par la SCP d'avocats, dénommée VEDESI, avocats au barreau de Lyon ; DYNACITE conclut :

- au rejet de la requête présentée pour la SOCIETE IDEX ENERGIES ;

- à la condamnation de la société IDEX à lui verser la somme de 2 000 euros par application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Il fait valoir que la SOCIETE IDEX ENERGIES ne saurait alléguer une violation des dispositions de l'article 50 du code des marchés publics dans la présente instance dès lors que ladite société a pu répondre à toutes les composantes de l'appel d'offres et ne justifie pas en quoi les données de la consultation n'étaient pas suffisamment claires et explicites sur la présentation des variantes pour entraîner des difficultés d'interprétation ou d'appréciation de la part des candidats ; que, par ailleurs, tant le règlement de la consultation, que le cahier des clauses administratives particulières ou le cahier des clauses techniques, précisaient très clairement que les variantes proposées ne pouvaient s'écarter de l'offre de base, mais seulement l'améliorer ; qu'enfin, concernant la violation de l'article 80 du code des marchés publics, un tel moyen ne saurait prospérer alors que, depuis un courrier recommandé en date du 31 octobre 2011, la SOCIETE IDEX ENERGIES est en possession de toutes les informations qui avaient pu être omises à l'occasion de la notification du rejet de ses offres ;

Vu le mémoire en réplique, enregistré le 4 novembre 2011, présenté pour la SOCIETE IDEX ENERGIES, par Me Cabanes, qui conclut aux mêmes fins que la requête ; elle soutient que,

en ayant reçu le 2 novembre 2011, la réponse de DYNACITE, à sa demande du 12 octobre 2011 tendant à ce que lui soit transmis les motifs de rejet de son offre, ce dernier n'a pas respecté les dispositions de l'article 83 du code des marchés publics qui lui impose d'observer un délai de 15 jours suivant la réception d'une demande écrite pour transmettre lesdits motifs ; que, par ailleurs, la mise en œuvre du critère « valeur technique des offres » est discriminatoire, en ce que la méthode de notation ne révèle pas la valeur intrinsèque des offres et est par conséquent illégale, et que la méthodologie globale d'analyse des offres appliquée par DYNACITE a joué en faveur de la société Dalkia, attributaire du marché litigieux ;

Vu les pièces établissant que la requête a été communiquée à la société Dalkia, candidat pressenti, qui n'a pas produit de mémoire ;

Vu la décision par laquelle le président du tribunal a désigné M. Wyss comme juge des référés ;

Vu les autres pièces des requêtes ;

Vu le code de justice administrative ;

Les parties ayant été régulièrement convoquées à l'audience ;

Après avoir donné rapport de l'affaire et entendu en audience publique le 4 novembre 2011 les observations de Me Cabanes, avocat de la SOCIETE IDEX ENERGIES et de Me Tissot, substituant Me Thierry, avocat de DYNACITE ; Me Cabanes a repris à son compte le moyen tiré de l'inexactitude des niveaux de consommation de nature, selon elle, à favoriser le précédent titulaire des marchés ;

Vu la note en délibéré, enregistrée le 7 novembre 2011, présentée pour la SOCIETE IDEX ENERGIES, par Me Cabanes, qui persiste dans ses conclusions ; elle soutient qu'en annonçant dans les documents de la consultation des niveaux de consommation qui ne correspondent pas aux niveaux réels de consommation et qui sont d'environ 10 % inférieurs, DYNACITE a méconnu son obligation de communiquer à tous les candidats un élément essentiel du marché, et a ainsi favorisé la société Dalkia, attributaire du présent marché et exploitant sortant, qui avait connaissance de ces niveaux et qui a ainsi pu intéresser l'acheteur public en prenant des engagements en termes de consommation ;

Vu la note en délibéré, enregistrée le 8 novembre 2011, présentée pour DYNACITE, par la société civile professionnelle d'avocats VEDESI, qui maintient ses précédentes écritures ; Il soutient que, s'étant entouré d'un bureau d'étude pour la préparation de sa consultation dont les travaux, sur la base des chiffres et données techniques et économiques existantes et au regard des besoins fixés par lui, ont permis de fixer les éléments de la consultation, tant sur les consommations que sur les données techniques, la société requérante ne peut lui reprocher de ne pas avoir assuré une parfaite information des candidats ; que la seule production de factures de gaz ne peut suffire à elle seule à démontrer la prétendue atteinte à l'égalité des candidats, du fait notamment que les consommations indiquées dans les cahiers des charges sont ajustées selon trois critères relatifs à la rigueur de l'hiver, aux dates de mise en route et d'arrêt des installations et aux températures intérieures demandées au cahier des charges ; qu'en outre, sur tous les lots, les consommations des cahiers des charges ont été fixées à environ 5 % en dessous des cibles de consommations de l'ancien marché et ce afin d'inciter les candidats dans le cadre de la consultation à améliorer la performance énergétique des sites par

une meilleure conduite des installations ; que, compte tenu de ce qui précède, il est indéniable que les consommations n'ont pas été majorées et sont bien le reflet des consommations réelles grâce au suivi effectué, et qu'elles ont été définies au plus juste en fonction des objectifs de consommation à atteindre ;

Vu la nouvelle note en délibéré, présentée pour la SOCIETE IDEX ENERGIES, enregistrée le 9 novembre 2011, non communiquée ;

Sur la jonction :

Considérant que les requêtes susvisées n^{os} 1106421 et 1106423, présentées par la SOCIETE IDEX ENERGIES sont relatives au même marché et ont fait l'objet d'une instruction commune ; qu'il y a lieu de les joindre pour statuer par une seule ordonnance ;

Sur les conclusions présentées au titre de l'article L. 551-1 du code des marchés publics :

Sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens de la requête :

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 et des conventions de délégation de service public. Le juge est saisi avant la conclusion du contrat.* » ;

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 qu'il résulte de l'instruction que les niveaux de consommation des installations annoncés dans les documents de la consultation, qui constituent un élément essentiel du marché compte tenu des attentes particulières de DYNACITE en termes de performance énergétique, de recherche d'économie d'énergie et d'optimisation de la performance énergétique, prises en compte pour le critère « valeur technique » dans trois sous-critères sur quatre, ne correspondent pas aux niveaux réels de consommation ; qu'en effet, il n'est pas contesté que la comparaison des données communiquées par DYNACITE dans les documents de la consultation avec celles des factures existantes sur les sites considérés laisse apparaître une différence de l'ordre de 10 % ; que si DYNACITE justifie cette différence par le fait que les consommations ont été ajustées pour prendre en compte les aléas saisonniers tels que la rigueur de l'hiver ou encore les dates de mise en route et d'arrêt des installations, dès lors, de telles données, qui peuvent représenter des consommations idéales, ne constituent en aucun cas des consommations réelles ; que les entreprises candidates, à l'exception du titulaire des précédents marchés, n'étaient dès lors pas en mesure de comprendre que les consommations présentées comme réelles étaient en fait des consommations recalculées ; qu'en conséquence, le manquement commis par DYNACITE, qui a favorisé le prestataire sortant qui bénéficiait d'un avantage lui permettant de formuler une offre plus compétitive compte tenu de sa

parfaite connaissance des données des marchés antérieurs, a pénalisé les autres candidats, et notamment la société requérante, au stade de l'élaboration de son offre, non seulement d'un point de vue technique mais encore d'un point de vue financier ; que par suite, la SOCIETE IDEX ENERGIES est fondée à soutenir que ce défaut d'information constitue un manquement aux obligations de mise en concurrence susceptible de l'avoir lésé, entachant ainsi d'irrégularité l'ensemble de la procédure d'attribution des lots n^{os} 1, 3 et 4 ; qu'il y a lieu dès lors de prononcer l'annulation de l'intégralité de la procédure litigieuse ;

Considérant qu'il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, d'inviter DYNACITE, s'il souhaite poursuivre la procédure de passation, à recommencer l'intégralité de la procédure de passation litigieuse et de modifier en conséquence de ce qui précède les documents de consultation des entreprises ;

Sur les conclusions présentées au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative :

Considérant qu'aux termes 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, pour des raisons tirées des mêmes considérations, dire qu'il n'y a pas lieu à cette condamnation* » ;

Considérant qu'il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de condamner DYNACITE, Office public de l'habitat de l'Ain, à verser à la SOCIETE IDEX ENERGIES une somme de 1 200 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

ORDONNE

Article 1er : La procédure de passation du marché public relatif à l'exploitation des installations de chauffage et de production d'eau chaude sanitaire est annulée.

Article 2 : L'Office public de l'habitat de l'Ain, DYNACITE, est invité à reprendre l'intégralité de la procédure au stade de la mise en concurrence des candidats dans les conditions et selon les modalités définies par la présente ordonnance.

Article 3 : DYNACITE est condamné à verser une somme de **mille deux cents euros (1 200 euros)** à la SOCIETE IDEX ENERGIES.

Article 4 : La présente ordonnance sera notifiée à la SOCIETE IDEX ENERGIES, à DYNACITE, Office public de l'habitat de l'Ain, et à la société Dalkia France.

Fait à Lyon, le dix novembre deux mille onze.

Le juge des référés,

La greffière,

J-P. Wyss

S. Méthé

La République mande et ordonne au préfet de l'Ain, en ce qui le concerne, et à tous huissiers 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,
Un greffier,