

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE LYON**

N° 1106593

**SOCIETE GDF SUEZ ENERGIE SERVICES
COFELY**

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

Vu la requête, enregistrée le 26 octobre 2011, sous le n° 1106593, présentée pour la SOCIETE GDF SUEZ ENERGIE SERVICES - COFELY, dont le siège est B.P. 5066 à Lyon Cedex 06 (69246), par Me Arguillat, avocat au barreau de Montpellier ; la SOCIETE GDF SUEZ ENERGIE SERVICES - COFELY demande au tribunal :

- d'annuler les procédures de passation du marché public en vu de conclure un contrat d'exploitation des installations de chauffage et de production d'eau chaude sanitaire (lots n^{os}1, 2, 3 et 4) lancées par DYNACITE en ce qu'elles méconnaissent les principes de la commande publique ;

- de condamner DYNACITE à lui verser la somme de 2 000 euros, en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

- de condamner DYNACITE aux entiers dépens ;

Elle soutient que, dès lors qu'elle a régulièrement formulé des offres recevables, puisque analysées par la commission d'appel d'offres, et que le contrat portant sur la conclusion d'un contrat d'exploitation des installations de chauffage et de production d'eau chaude sanitaire n'a, à ce jour, pas été signé, elle est recevable à contester la procédure de passation précitée lancée par DYNACITE ; qu'en ne fixant aucune exigences minimales pour l'appréciation des variantes dans ce marché, DYNACITE a rompu l'égalité de traitement entre les candidats et a porté atteinte à l'exigence de transparence des procédures ; que, par ailleurs, en apportant des précisions complémentaires aux documents de la consultation en mettant en ligne des réponses à des questions techniques le 18 mai 2011 alors que la date limite de remise des offres était fixée au 23 mai 2011, ne permettant pas ainsi le respect du délai de 6 jours fixé par le code des marchés publics, ni celui de 10 jours qu'il avait défini dans le règlement de la consultation, DYNACITE a commis un manquement à ses obligations de publicité et de mise en concurrence ; qu'enfin, en faisant référence,

dans son avis d'appel public à la concurrence du 1^{er} juin 2011 relatif au lot n° 1, à l'avis de pré-information publié le 15 janvier 2011, qui ne concerne pas la nouvelle procédure du lot n° 1 mais l'intégralité des quatre lots, DYNACITE doit être considéré comme n'ayant publié aucun avis de pré-information en vue de la nouvelle procédure d'attribution du lot n° 1, l'empêchant ainsi de pouvoir utiliser un délai abrégé de réception des offres ;

Vu le mémoire en défense, enregistré le 3 novembre 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 :

1°) au rejet de la requête présentée par la SOCIETE COFELY ;

2°) à la condamnation de la SOCIETE COFELY à lui verser la somme de 2 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

DYNACITE fait valoir que la SOCIETE COFELY ne saurait alléguer une violation des dispositions de l'article 50 du code des marchés publics, ni la méconnaissance des principes d'égalité de traitement entre les candidats et de transparence des procédures, 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 ; qu'en outre, il ne peut lui être reproché, en ayant prévu un délai de 10 jours au lieu de 6 jours, d'avoir violé les dispositions de l'article 57 du code des marchés publics alors que cet article, qui interdit aux pouvoirs adjudicateurs de prévoir un délai inférieur à 6 jours, les laisse libres d'instaurer un délai plus long et que, en tout état de cause, du 18 au 23 mai 2011, il y a bien 6 jours ; qu'enfin, dès lors que la seconde consultation relative au lot n° 1 du marché entrainait, tout autant que la première consultation, dans le champ d'application de l'avis de pré-information publié le 15 janvier 2011, et que l'avis de pré-information a bien été envoyé à la publication cinquante-deux jours au moins et douze mois au plus avant la date d'envoi de l'avis d'appel public à la concurrence, les conditions posées par le II de l'article 57 du code des marchés publics étaient bien réunies, habilitant ainsi DYNACITE à recourir au délai abrégé de 22 jours mentionné par cette disposition ;

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 pièces jointes à la requête ;

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 Arguillat, avocat de la SOCIETE GDF SUEZ ENERGIES SERVICES – COFELY, et de Me Tissot, substituant Me Thierry, avocat de DYNACITE ;

Me Arguillat a soulevé 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 GDF SUEZ ENERGIES SERVICES - COFELY, par Me Arguillat, qui conclut aux mêmes fins que la requête ;

Elle fait valoir que DYNACITE, en s'abstenant de préciser les exigences minimales que les variantes doivent respecter, n'a pu procéder à une comparaison valable des offres formulées par les candidats ; 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 ; que DYNACITE, en ne respectant pas le délai prévu à l'article 57 du code des marchés publics et à l'article 8.1 de son règlement de la consultation pour apporter des précisions complémentaires aux documents de la consultation, a également commis un manquement à ses obligations de publicité et de mise en concurrence ;

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, n'ayant à aucun moment de la procédure de passation, ni posé de question, ni porté l'attention du pouvoir adjudicateur sur le problème des consommations réelles, la SOCIETE COFELY ne peut lui reprocher de ne pas avoir eu connaissance desdites informations à temps ; 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 également 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 ; que s'agissant du moyen tiré du non respect de l'article 8.1 du règlement de consultation et de l'article 57 du code des marchés publics, la SOCIETE COFELY a confondu les dispositions de l'article 8.1 précitées, applicables aux modifications du dossier de consultation et celles de l'article 15 relatives aux demandes de renseignements complémentaires qui reprend le délai de six jours mentionné à l'article 57 précité ; qu'en répondant le 23 mai 2011 à la demande de renseignements complémentaires formulée le 18 mai, DYNACITE a respecté les dispositions susmentionnées ; qu'en tout état de cause, ladite société ne peut affirmer que ce manquement l'aurait lésée alors que l'information demandée par elle n'avait aucune incidence tant sur la remise des offres, que sur leur chiffrage ;

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 COFELY est fondée à soutenir que ce défaut d'information constitue un manquement aux obligations de mise en concurrence susceptible de l'avoir lésée, 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 COFELY 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 COFELY.

Article 4 : La présente ordonnance sera notifiée à la SOCIETE GDF SUEZ ENERGIE SERVICES-COFELY, 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,