

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE MARSEILLE**

N°1108295

**GROUPEMENT MOMENTANÉ
D'ENTREPRISES COMPOSÉ DES SOCIÉTÉS
LE FLOCH DEPOLLUTION, ECONERPHILE
BIOGAZ INVEST**

M. Hermitte
Juge des référés

Ordonnance du 19 janvier 2012

54-03-05

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Le Tribunal administratif de Marseille,

Le vice-président désigné,
juge des référés

Vu la requête, enregistrée au greffe du Tribunal le 30 décembre 2011 sous le n°1108295, présentée pour le GROUPEMENT MOMENTANÉ D'ENTREPRISES COMPOSÉ DES SOCIÉTÉS LE FLOCH DEPOLLUTION, ECONERPHILE, BIOGAZ INVEST, représenté par son mandataire, la société LE FLOCH DEPOLLUTION, dont le siège est zone industrielle de Keriven, 5 rue Edouard Branly, à Saint-Martin-des-Champs (29600), par la SELARL d'avocats Avoxa ;

Le GROUPEMENT MOMENTANÉ D'ENTREPRISES COMPOSÉ DES SOCIÉTÉS LE FLOCH DEPOLLUTION, ECONERPHILE, BIOGAZ INVEST demande au juge des référés du Tribunal, sur le fondement des dispositions des articles L. 551-1 et suivants du code de justice administrative :

1° d'annuler l'ensemble de la procédure de passation lancée par la communauté urbaine Marseille Provence métropole pour l'attribution de la délégation de service public relative à la « valorisation énergétique du biogaz produit sur le centre de stockage des déchets de la Crau, y compris l'entretien et le réglage du réseau biogaz, et le traitement des lixiviats » ;

2° d'enjoindre à la communauté urbaine Marseille Provence métropole de reprendre la procédure dans des conditions conformes aux dispositions en vigueur ;

3° de mettre à la charge de la communauté urbaine Marseille Provence métropole la somme de 5 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Elle soutient que :

- en attribuant la convention de délégation de service public postérieurement à l'expiration du délai de validité des offres prévu par l'article 5 du règlement de la consultation, la communauté urbaine Marseille Provence métropole a manqué à ses obligations de publicité et de mise en concurrence ;

- dès lors qu'elle s'est fondée, pour rejeter de son offre, sur des motifs sans lien avec les critères de sélection des offres, la communauté urbaine Marseille Provence métropole a méconnu les principes de transparence et d'égalité de traitement des candidats ;
- la circonstance que le pouvoir adjudicateur a demandé aux candidats de fournir eux-mêmes les hypothèses théoriques de production de biogaz a entaché d'irrégularité la procédure de passation ;
- dès lors qu'il tient compte du droit à la prime d'efficacité énergétique, alors même que le dispositif proposé n'est pas éligible à cet avantage, le montant de l'offre du groupement attributaire est erroné ;

Vu le mémoire, enregistré le 12 janvier 2012, présenté pour la société Verdesis France, représentée par son président en exercice, par Me Mandelkern, qui demande au juge des référés :

1° de rejeter la requête du GROUPEMENT MOMENTANÉ D'ENTREPRISES COMPOSÉ DES SOCIÉTÉS LE FLOCH DEPOLLUTION, ECONERPHILE, BIOGAZ INVEST ;

2° de mettre à la charge de ce groupement la somme de 5 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Elle fait valoir que :

- la circonstance que la communauté urbaine Marseille Provence métropole a approuvé le choix du délégataire postérieurement à l'expiration du délai de validité des offres n'entache pas la procédure d'irrégularité, dès lors qu'en continuant de négocier avec l'autorité délégante après cette date, les candidats ont consenti à la prolongation de ce délai ;
- la date limite de validité des offres n'était passée que depuis un mois lorsque l'autorité délégante a approuvé le choix du délégataire ;
- il n'appartient pas au juge du référé précontractuel d'examiner l'appréciation portée par l'autorité délégante sur les mérites respectifs de l'offre de chacun des candidats, et notamment sur les hypothèses théoriques de production de biogaz qu'elle leur a demandé de fournir ;
- en tout état de cause, la circonstance que l'autorité délégante a demandé aux candidats de fournir des hypothèses théoriques de production de biogaz n'induit aucune méconnaissance de sa part des obligations de publicité ou de mise en concurrence ;
- contrairement à ce que soutient la société requérante, les hypothèses théoriques de production de biogaz font partie des éléments d'appréciation de la valeur technique des offres ;
- les hypothèses de production de biogaz qu'elle a émises ne sont pas irréalistes et elle n'en a pas surestimé la quantité ;
- il n'appartient pas au juge du référé précontractuel d'examiner l'appréciation portée par l'autorité délégante sur le montant de l'offre qu'elle a proposée ;
- à supposer qu'elle ait, à tort, tenu compte, dans le montant de son offre, d'un avantage auquel elle n'était pas éligible, cette circonstance ne constitue pas un manquement aux règles de publicité et de mise en concurrence ;
- en tout état de cause, le procédé qu'elle a proposé d'utiliser dans son offre est éligible à la prime à l'efficacité énergétique ;

Vu le mémoire, enregistré le 13 janvier 2012, présenté pour la communauté urbaine Marseille Provence métropole, représentée par son président, par Me Mendes Constante, qui demande au juge des référés :

1° à titre principal, de rejeter la requête du GROUPEMENT MOMENTANÉ D'ENTREPRISES COMPOSÉ DES SOCIÉTÉS LE FLOCH DEPOLLUTION, ECONERPHILE, BIOGAZ INVEST ;

2° à titre subsidiaire, d'ordonner la reprise de la procédure au stade de l'analyse des offres ;

3° de mettre à la charge du groupement requérant la somme de 2 500 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Elle fait valoir que :

- dès lors que les négociations se sont poursuivies, au delà de l'expiration du délai de validité des offres, entre l'ensemble des candidats retenus et l'autorité délégante, le groupement requérant a consenti à la prolongation du délai de validité de son offre ;
- en laissant aux candidats la possibilité d'estimer eux-mêmes leur production de biogaz, elle n'a pas manqué à ses obligations de publicité et de mise en concurrence ;
- en tout état de cause, le groupement requérant n'établit pas en quoi cette circonstance aurait été de nature à léser ses intérêts, dès lors qu'il a pu régulièrement présenter une offre ;
- en demandant aux candidats d'estimer la production de biogaz susceptible d'être valorisée, elle s'est fondée sur le critère de sélection des offres tiré de la valeur technique et n'a donc pas méconnu le règlement de la consultation ;
- dès lors que le pronostic de production de biogaz de la société attributaire est équivalent à celui du groupement requérant, ce dernier n'est pas fondé à soutenir que la société attributaire aurait surestimé ses hypothèses de production ;
- la mention dans son offre, par la société attributaire, de la possibilité de bénéficier de la prime à l'efficacité énergétique n'a eu aucune incidence dans le choix des offres ;
- l'inéligibilité à la prime d'efficacité énergétique du procédé proposé par la société attributaire est sans incidence sur le montant de la redevance plancher et ne remet pas en cause les conditions financières de la convention ;

Vu le mémoire, enregistré le 16 janvier 2012, présenté pour le GROUPEMENT MOMENTANÉ D'ENTREPRISES COMPOSÉ DES SOCIÉTÉS LE FLOCH DEPOLLUTION, ECONERPHILE, BIOGAZ INVEST, qui persiste dans ses précédentes écritures et ajoute que :

- dès lors que les négociations qu'il a menées avec la communauté urbaine Marseille Provence métropole ne se sont pas poursuivies au delà du 26 octobre 2011, il ne saurait être regardé comme ayant consenti à la prolongation du délai de validité de son offre ;
- aucun échange n'ayant eu lieu avec l'autorité délégante postérieurement au 9 novembre 2011, cette dernière a méconnu le principe d'égalité de traitement des candidats en attribuant la convention de délégation de service public après l'expiration du délai de validité des offres ;
- ce manquement par l'autorité délégante au principe d'égalité de traitement des candidats et à ses obligations de publicité et de mise en concurrence a nécessairement lésé ses intérêts ;
- les pronostics de production de biogaz ne pouvaient servir d'élément d'appréciation et de comparaison des offres ;
- il a proposé à l'autorité délégante une redevance sur la part fixe supérieure de 25% à celle proposée par la société attributaire ;
- dès lors que les procédés qu'elle utilise n'étaient pas éligibles à la prime d'efficacité énergétique, l'offre de la société attributaire a été surévaluée ;
- la convention de délégation de service public en cause constituant une concession de travaux publics, la communauté urbaine Marseille Provence métropole était soumise aux dispositions de la directive 2004/18/CE du 31 mars 2004 et était tenue de pondérer les critères de sélection des offres ;

- en s'abstenant de pondérer les critères et sous-critères de sélection des offres, l'autorité déléguée a entaché la procédure de passation d'irrégularité ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu la décision du président du Tribunal désignant M. Hermitte, vice-président, comme juge des référés ;

Vu la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 ;

Vu le code général des collectivités territoriales ;

Vu l'arrêté ministériel du 19 mai 2011 fixant les conditions d'achat de l'électricité produite par les installations qui valorisent le biogaz ;

Vu le code de justice administrative ;

Après avoir régulièrement convoqué à l'audience du 16 janvier 2012 à 14 heures :

- le GROUPEMENT MOMENTANÉ D'ENTREPRISES COMPOSÉ DES SOCIÉTÉS LE FLOCH DEPOLLUTION, ECONERPHILE, BIOGAZ INVEST ;

- la communauté urbaine Marseille Provence métropole ;

- la société Verdesis France ;

Après avoir, au cours de l'audience publique du 16 janvier 2012 à 14 heures, présenté son rapport et entendu :

- Me BONNAT, pour le GROUPEMENT MOMENTANÉ D'ENTREPRISES COMPOSÉ DES SOCIÉTÉS LE FLOCH DEPOLLUTION, ECONERPHILE, BIOGAZ INVEST, qui a repris et développé ses écritures ;

- Me Mendes Constante, pour la communauté urbaine Marseille Provence métropole, qui a repris et développé ses écritures ;

- Me Mandelkern, pour la société Verdesis France, qui a repris et développé des écritures ;

Après avoir prononcé la clôture de l'instruction à l'issue de l'audience à 15 heures ;

Vu la note en délibéré, enregistrée le 17 janvier 2012, présentée pour la communauté urbaine Marseille Provence métropole, qui maintient ses précédentes écritures et fait valoir, également, que le moyen tiré de la méconnaissance du régime applicable aux concessions de travaux publics n'a aucun sens ;

Considérant que, par un avis de délégation de service public envoyé à la publication le 15 décembre 2009, la communauté urbaine Marseille Provence métropole a lancé une procédure en vue de la délégation de service public pour la valorisation énergétique du biogaz produit sur le centre de stockage des déchets de la Crau, comprenant l'entretien et le réglage du réseau biogaz, ainsi que le traitement des lixiviats ; que le GROUPEMENT MOMENTANÉ D'ENTREPRISES COMPOSÉ DES SOCIÉTÉS LE FLOCH DEPOLLUTION, ECONERPHILE, BIOGAZ INVEST, qui a présenté une offre, qui a été rejetée, conteste la régularité de la procédure de passation ainsi engagée sur le fondement des dispositions des articles L. 551-1 et suivants du code de justice administrative ;

Sur l'application des dispositions des articles L. 551-1 et suivants du code de justice administrative :

Considérant qu'aux termes de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, dans sa rédaction applicable en l'espèce : « 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 du même code : « 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. » ; que l'article L. 551-10 de ce code dispose que : « 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 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 ou un établissement public local. » ;

Considérant qu'en vertu des dispositions précitées de l'article L. 551-10 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 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, en premier lieu, que le GROUPEMENT MOMENTANÉ D'ENTREPRISES COMPOSÉ DES SOCIÉTÉS LE FLOCH DEPOLLUTION, ECONERPHILE, BIOGAZ INVEST soutient que la procédure suivie par la communauté urbaine Marseille Provence métropole est irrégulière, en ce qu'elle s'est poursuivie au-delà de la durée de validité des offres fixée par le règlement de la consultation, dont l'article 5 indique que « Le délai de validité des offres est fixé à 240 jours à compter de la date limite fixée pour la remise des offres », cette dernière date ayant été fixée au 14 mars 2011 par l'article 6 de ce même document ; que, d'une part, l'autorité délégante n'a manqué à aucune de ses obligations de publicité ou de mise en concurrence en fixant, à l'article 5

précité du règlement de la consultation, une date limite de remise des offres, quand bien même aucune des dispositions législatives ou réglementaires régissant la procédure de passation d'une délégation de service public local ne le prévoit ; que, d'autre part, s'il est constant que la procédure de passation, au stade de la négociation des offres, s'est poursuivie au-delà du 9 novembre 2011, date d'expiration du délai de validité des offres, aucun des candidats avec lesquels la négociation était engagée n'a fait part à la communauté urbaine Marseille Provence métropole de son intention de se retirer de la procédure de passation, en particulier en réponse au courrier daté du 16 novembre 2011 qui leur a été adressé par cet établissement public, leur indiquant que la négociation prendrait fin le 18 novembre suivant, la circonstance que ce courrier n'a été lui-même adressé aux candidats qu'après l'expiration du délai de validité des offres n'étant pas de nature à entacher la procédure d'irrégularité ; que la communauté urbaine Marseille Provence métropole, qui a fait son choix le 9 décembre 2011, n'a pas entaché celui-ci d'irrégularité ; qu'enfin, le groupement requérant ne précise pas en quoi un tel manquement, à supposer même qu'il soit établi, serait de nature à avoir été susceptible de léser ses intérêts ou à risquer de les léser, a fortiori si, comme il le soutient dans ses dernières écritures, il n'entendait pas prolonger la validité de sa proposition ;

Considérant, en deuxième lieu, qu'en demandant aux candidats, dans l'article II.2.1 de l'avis de publicité, de faire des hypothèses de production de biogaz, le pouvoir adjudicateur, qui a cependant communiqué aux candidats dans le même avis, le débit de biogaz capté sur le site, tel qu'observé en l'état de l'installation existante constituée de 120 puits, ainsi qu'une estimation de production mobilisable, informations dont la fiabilité n'est pas contestée et dont il ne résulte pas de l'instruction qu'elles seraient douteuses, n'a pas méconnu ses obligations, s'agissant de l'égalité de traitement des candidats, les hypothèses formulées par ces derniers, qui dépendent des caractéristiques retenues dans leurs offres respectives pour valoriser l'exploitation du site, étant soumises au contrôle et à l'appréciation de l'administration, laquelle pouvait et devait ainsi évaluer ces hypothèses et vérifier qu'elles soient crédibles au regard de l'existant et des améliorations qui y sont apportées par les candidats ; qu'il ne résulte pas de l'instruction que l'hypothèse faite par le groupement dont l'offre a été retenue serait surévaluée comme le soutient le groupement requérant, lequel n'apporte d'ailleurs aucun commencement de preuve sur ce point ;

Considérant, en troisième lieu, que le GROUPEMENT MOMENTANÉ D'ENTREPRISES COMPOSÉ DES SOCIÉTÉS LE FLOCH DEPOLLUTION, ECONERPHILE, BIOGAZ INVEST soutient que l'offre retenue, présentée par le groupement d'entreprises constitué des sociétés Verdesis France et GRS Valtech, comporte une information inexacte qui a été de nature à induire en erreur l'autorité délégante, relativement à l'éligibilité du projet à la prime d'efficacité énergétique, dès lors que le système proposé comprend des turbines ORC qui ont pour fonction de transformer une partie de l'énergie thermique en électricité alors que ce procédé n'est pas réglementairement prévu comme permettant l'octroi de cet avantage financier dans l'arrêté ministériel du 19 mai 2011 fixant les conditions d'achat de l'électricité produite par les installations qui valorisent le biogaz ; que, d'une part, si l'arrêté du 19 mai 2011 susvisé, qui est intervenu après que les candidats ont déposé leurs offres, ne prévoit plus l'attribution de la prime d'efficacité énergétique dans le cas d'une valorisation de l'énergie thermique en électricité, l'indication erronée qui est contenue dans l'offre du groupement Verdesis France – GRS Valtech, dont ce groupement est l'auteur, ne caractérise pas, à elle seule, l'existence d'un manquement de l'autorité délégante à ses obligations de publicité ou de mise en concurrence ; que, d'autre part, il n'entre pas dans l'office du juge du référé précontractuel de se prononcer sur l'appréciation que l'administration a portée sur les mérites des offres qui lui sont soumises, à moins qu'à cette occasion un manquement à ses obligations en matière de publicité ou de mise en concurrence puisse être relevé, ce qui n'est pas le cas en l'espèce ; qu'enfin et au surplus, il ne résulte pas de l'instruction, et notamment pas des arguments développés par le groupement requérant, que même en faisant abstraction de cette prime, l'offre retenue deviendrait moins

avantageuse, au plan financier, que celle qu'il a lui-même présentée, le groupement requérant ne justifiant pas, par suite, que ses intérêts sont susceptibles d'avoir été lésés ou qu'ils risquent de l'être ;

Considérant, en quatrième et dernier lieu, 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 sur les critères de sélection des offres ; que, toutefois, les dispositions de l'article L. 1411-1 du code général des collectivités territoriales prévoyant que la personne publique négocie librement les offres avant de choisir, au terme de cette négociation, le délégataire, elle n'est pas tenue d'informer les candidats des modalités de mise en œuvre de ces critères ; qu'elle choisit le délégataire, après négociation, au regard d'une appréciation globale des critères, sans être contrainte par des modalités de mise en œuvre préalablement déterminées ; que le groupement requérant ne peut utilement se prévaloir des dispositions du point 46 de la directive n° 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux de fournitures et de services, laquelle n'est applicable qu'aux marchés publics de travaux ; que par suite, le moyen tiré du non-respect des règles applicables aux concessions de travaux publics doit être écarté comme inopérant ;

Considérant qu'il résulte de ce qui vient d'être dit que la requête présentée par le GROUPEMENT MOMENTANÉ D'ENTREPRISES COMPOSÉ DES SOCIÉTÉS LE FLOCH DEPOLLUTION, ECONERPHILE, BIOGAZ INVEST doit être rejetée ;

Sur l'application des dispositions 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 que la communauté urbaine Marseille Provence métropole n'étant pas la partie perdante dans la présente instance, aucune somme ne peut être mise à charge sur le fondement des dispositions précitées de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ; que, dans les circonstances de l'espèce, il n'y a pas lieu de faire droit aux conclusions présentées sur le même fondement par la communauté urbaine Marseille Provence métropole et par la société Verdesis France contre le groupement requérant ou les sociétés qui le constituent ;

ORDONNE

Article 1^{er} : La requête présentée par le GROUPEMENT MOMENTANÉ D'ENTREPRISES COMPOSÉ DES SOCIÉTÉS LE FLOCH DEPOLLUTION, ECONERPHILE, BIOGAZ INVEST est rejetée.

Article 2 : Les conclusions présentées par la communauté urbaine Marseille Provence métropole et par la société Verdesis France sur le fondement des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 3 : La présente ordonnance sera notifiée au GROUPEMENT MOMENTANÉ D'ENTREPRISES COMPOSÉ DES SOCIÉTÉS LE FLOCH DEPOLLUTION, ECONERPHILE, BIOGAZ INVEST, à la communauté urbaine Marseille Provence métropole et à la société Verdesis France.

Fait à Marseille, le 19 janvier 2012.

Le vice-président désigné,
Juge des référés,

signé

G. HERMITTE

La République mande et ordonne au préfet des Bouches-du-Rhône 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 du présent jugement.

Pour expédition conforme,
Pour le greffier en chef,