

COUR ADMINISTRATIVE D'APPEL DE LYON

N° 12LY02126

Inédit au recueil Lebon

4ème chambre - formation à 3

M. GAZAGNES, président

Mme Aline SAMSON DYE, rapporteur

Mme VINET, rapporteur public

SYMCHOWICZ & WEISSBERG SOCIETE D'AVOCATS, avocat(s)

lecture du jeudi 17 octobre 2013

REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

Vu la requête, enregistrée le 6 août 2012, présentée pour la communauté urbaine de Lyon (COURLY), représentée par son représentant légal ; la communauté urbaine de Lyon demande à la Cour :

1°) d'annuler le jugement n° 0903085 du 5 juillet 2012 par lequel le Tribunal administratif de Lyon l'a condamnée à verser aux sociétés Enepart et SEEM la somme de 6 325 000 euros, outre les intérêts ;

2°) de rejeter la demande des sociétés Enepart et SEEM ;

3°) de mettre à la charge des sociétés Enerpart et SEEM la somme de 4 000 euros en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Elle soutient que :

- c'est à tort que les premiers juges ont considéré que les sociétés Enerpart et SEEM avaient été irrégulièrement évincées de la procédure de délégation de service public, dès lors que la rupture d'égalité de traitement retenue par l'arrêt de la Cour administrative d'appel de Lyon du 8 février 2007 ne concernait que la seule élaboration des offres

initiales, et non des offres finales après négociation, portait sur un point dont l'impact technique et financier était faible, et est demeurée sans incidence sur le choix de l'attributaire final ;

- c'est à tort que les premiers juges ont estimé que ces sociétés avaient une chance sérieuse d'obtenir le contrat, compte tenu de la supériorité de l'offre de la société Dalkia France ; le choix de cette société était dépourvu de tout lien avec l'avantage dont elle est supposée avoir bénéficié ; l'offre des sociétés Enerpart et SEEM était faible en matière de développement du réseau froid ; l'analyse des offres n'était pas entachée d'erreur manifeste d'appréciation, au regard des trois objectifs qui étaient impartis, tenant au repositionnement de l'activité dans une stratégie de développement durable, à la sécurisation de l'approvisionnement en chaleur sur le long terme et à la baisse du prix pour l'usager ; la collectivité n'a pas ajouté de quatrième critère, mais a tenu compte des garanties financières pour apprécier l'adéquation des moyens proposés avec les objectifs définis et la cohérence des offres ; les sociétés Enerpart et SEEM n'avaient pas plus de chance sérieuse que d'autres candidats, et notamment la société Cofatech ;

- le Tribunal a omis de statuer sur les moyens soulevés en défense par la communauté urbaine, s'agissant de l'absence de chance sérieuse, notamment au regard de l'offre de la société Cofatech et de la contestation du montant du manque à gagner invoqué par les sociétés requérantes, puisque les sociétés demanderesses n'avaient vocation qu'à se voir reverser des dividendes, à partager avec la société Asm Brescia Spa, et non à percevoir l'intégralité du bénéfice, avant impôt, qu'aurait perçu la société qui devait être créée ; le jugement est insuffisamment motivé s'agissant de l'évaluation du préjudice ;

- les sociétés Enerpart et SEEM ne justifient pas du manque à gagner qui leur est propre ; la condamnation aboutit à condamner la communauté urbaine et les contribuables communautaires à indemniser à la fois les sociétés demanderesses et le délégataire privé du contrat finalement annulé, en raison d'une simple information délivrée tardivement qui pouvait être prise en compte ultérieurement par les candidats et qui portait sur un point minime ;

- l'éventuel droit à indemnisation devrait être limité au seul montant des frais d'élaboration des offres ; il n'y a pas lieu d'indemniser le montant des coûts internes relatifs à l'intervention de trois ingénieurs, non justifié, aux frais de communication, que rien ne permet de rattacher à la préparation de l'offre, aux honoraires d'avocat qui ne correspondent pas aux frais d'élaboration de l'offre ; que, s'agissant des autres frais, il n'est pas justifié que les factures produites ont été payées ;

- l'absence de préjudice commercial, retenue par les premiers juges, doit être confirmée ;

Vu l'ordonnance du 5 mars 2013 fixant la clôture d'instruction du 5 avril 2013 ;

Vu le mémoire en défense enregistré le 4 avril 2013, présenté pour la société Enerpart et la société SEEM, représentées par leurs présidents respectifs ;

La société Enerpart et la société SEEM demandent à la Cour :

1°) de rejeter la requête ;

2°) d'assortir la condamnation prononcée par le Tribunal administratif de Lyon de la capitalisation des intérêts ;

3°) de condamner la COURLY à leur verser, outre la somme mise à sa charge par les premiers juges, la capitalisation des intérêts, ainsi qu'une somme de 1 000 000 euros assortie des intérêts au taux légal à compter du 20 mars 2012 et de la capitalisation des intérêts ;

4°) de mettre à la charge de la COURLY la somme de 20 000 euros en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Elles soutiennent que :

- c'est à juste titre que les premiers juges ont estimé que les vices entachant la procédure d'attribution du contrat étaient susceptibles d'ouvrir droit à leur indemnisation ; les premiers juges ont répondu aux moyens invoqués et suffisamment motivé le jugement ; il appartenait seulement au juge de déterminer si elles avaient perdu une chance, sérieuse ou non, d'emporter le contrat, et non de démontrer l'existence d'une irrégularité de l'éviction ; la gravité du vice avait été relevée antérieurement par le juge de l'excès de pouvoir et le juge du contrat ;

- c'est à juste titre que le Tribunal a retenu qu'elles avaient été privées d'une chance sérieuse ; il n'est pas nécessaire d'établir qu'elles auraient, en absence du vice considéré, nécessairement été attributaires du contrat ; elles justifient d'une expérience et d'une spécialisation dans le secteur économique concerné, leur éviction est intervenue en toute fin de procédure, ce qui atteste de la qualité de leur offre, qui était concurrentielle et de nature à être retenue, le choix de l'attributaire s'étant fait en réalité sur des considérations extérieures à la procédure de dévolution ; le vice a bien eu un impact sur la comparaison des offres et donc sur le choix du délégataire, ainsi que l'a estimé le juge du contrat ; l'impact de la modification touchant aux groupes froid n'est pas résiduel, ne se limite pas à la question des montants d'investissement mais détermine la capacité à développer rapidement le réseau froid ; cette modification du dossier de consultation a eu des effets qui se sont poursuivis jusqu'au choix final ; la rupture d'égalité affectait tous les stades de la procédure de dévolution, s'agissant notamment du contenu de l'avis de publicité et du dossier de consultation en ce qui concerne les travaux à réaliser et le coût de reprise des biens du concessionnaire sortant, de la transmission des mesures d'émissions de polluants effectuées en 2002 et 2003 sur les chaudières de la centrale, de l'insertion d'une nouvelle clause dans le projet de convention sur la localisation des nouveaux sites de production, de l'annonce par la COURLY du choix du délégataire avant la prise en compte de leur dernière offre et de la volonté, dans un climat douteux, de retenir Dalkia pour éviter de payer une très forte indemnité de résiliation de la précédente concession ou de la rétention d'information faite par le délégataire sortant sur le raccordement de l'hôpital Edouard Herriot au chauffage urbain et sur l'engagement de reprise du personnel ; l'offre de Dalkia n'était pas supérieure, au regard des trois critères qu'avait fixés la COURLY ; cette dernière a fait application d'un critère supplémentaire, tenant aux montages financiers proposés par les candidats, qui ne permettait en tout état de cause de conclure

à la supériorité de l'offre de la société Dalkia ; l'argumentation relative à l'existence d'autres offres concurrentes est inopérante, dès lors que plusieurs candidats peuvent avoir une chance sérieuse d'emporter un contrat ; la supériorité de l'offre des sociétés Enerpart et SEEM ressort notamment des rapports d'analyse des offres et du procès-verbal de l'assemblée délibérante ;

- à supposer même qu'elles soient regardées comme justifiant seulement d'une chance, non sérieuse, d'emporter le contrat, elles auraient droit à l'indemnisation des frais engagés pour participer à la procédure ; le montant demandé à ce titre est justifié ;

- le jugement n'est pas entaché d'omission à statuer, la critique du caractère pertinent du compte d'exploitation n'apparaissant que dans une note en délibéré, les premiers juges ayant implicitement rejetés cette argumentation ; le compte d'exploitation prévisionnel avant impôt devait être pris en compte pour la détermination du préjudice, la société envisagée, qui aurait été l'émanation des candidates, n'ayant pas été créée en absence d'attribution du marché ; la communauté urbaine ne peut utilement se prévaloir du cumul des conséquences pécuniaires cumulées, qui n'a pas à être supportée par le concurrent évincé ;

- elles ont droit à la capitalisation des intérêts ;

- elles ont droit à 1 000 000 euros au titre du préjudice commercial, dès lors que l'échec de leur offre pour le contrat lyonnais, a justifié leur éviction d'autres procédures ultérieures ;

Vu l'ordonnance du 5 avril 2013 reportant la clôture de l'instruction au 15 mai 2013 ;

Vu le mémoire, enregistré le 10 mai 2013, présenté par la COURLY ; la COURLY conclut aux mêmes fins que sa requête et au rejet des conclusions des sociétés Enerpart et SEEM ;

Elle reprend les moyens précédemment développés et soutient en outre que :

- il appartient au concurrent évincé de démontrer l'existence d'un lien de causalité entre la faute invoquée et le préjudice ;

- les autres vices allégués sont dépourvus de fondement ; les candidats ont été informés du coût de reprise des biens du délégataire sortant en temps utile, c'est-à-dire au stade du dossier de consultation et de l'élaboration des offres ; ce coût, estimé comme nul, ne pouvait constituer une caractéristique essentielle de la délégation au sens de l'article R. 1411-1 du code général des collectivités territoriales ; l'incidence véritable de l'irrégularité des indications relatives au fonctionnement de la chaudière n° 6 n'est pas établie, la COURLY s'étant bornée à lever une ambiguïté et ayant accordé un délai de 10 jours pour permettre de modifier ou compléter l'offre au regard des nouveaux éléments transmis ; il n'est pas démontré que l'ajout d'une nouvelle clause, dont tous les candidats en lice ont bénéficié, et qui n'avait ni pour objet ni pour effet de favoriser la société Dalkia, méconnaîtrait les exigences posées par la jurisprudence ; la dernière offre du groupement SEEM-Enerpart - Asm Brescia Spa a bien été prise en compte ; le dossier de consultation était complet, la société Dalkia n'a bénéficié d'aucun avantage concurrentiel, en terme d'information, de nature à créer une rupture d'égalité de traitement des candidats dont serait responsable la collectivité délégante ; le moyen relatif à l'engagement de reprise du

personnel est dépourvu de précisions suffisantes et purement hypothétique ; en toute hypothèse, la circonstance que l'annexe 14 de la convention ne mentionnerait pas les mêmes données que celles qui figuraient dans le dossier de consultation ne signifie ni que les données initialement transmises étaient erronées, ni que la société attributaire n'a pas respecté ses obligations ;

- il appartient au juge d'être particulièrement exigeant, en matière de délégation de service public, pour qualifier l'existence d'une chance perdue ;

- la note en délibéré comportant le moyen relatif au compte d'exploitation prévisionnel n'était pas hors du champ contentieux, dès lors qu'elle avait été visée par le jugement attaqué ; l'effet dévolutif de l'appel permet à la Cour de censurer le jugement en estimant que ce compte d'exploitation ne peut permettre de déterminer le quantum de préjudice subi ;

- les dividendes qui auraient été versés aux sociétés demanderesse auraient fait l'objet de prélèvements sociaux et fiscaux ;

- il n'est pas justifié que le préjudice commercial allégué résulterait de l'éviction dans le cadre de la consultation organisée par la COURLY, et non des conditions dans lesquelles les sociétés SEEM et Enerpart se sont vues attribuer la délégation de service public de chauffage urbain de la Défense ;

Vu l'ordonnance du 15 mai 2013 reportant la clôture de l'instruction au 30 mai 2013 ;

Vu le mémoire enregistré le 30 mai 2013, présenté pour la société Enerpart et la société SEEM, qui concluent aux mêmes fins que précédemment, par les mêmes moyens ;

Elles soutiennent en outre que le choix de l'attributaire est entaché d'erreur manifeste d'appréciation ; que les prélèvements fiscaux et sociaux ne peuvent être utilement invoqués, puisque cette situation existe dans tous les cas de figure et serait identique en absence de groupement ; que le fait qu'une troisième société aurait été membre du groupement ne peut être utilement invoqué, dès lors que la société dédiée qui devait être créée entre les membres de ce groupement n'a jamais existé, que l'une des demanderesses était mandataire du groupement et qu'elle peut agir dans l'intérêt de l'ensemble des membres du groupement ; qu'en tout état de cause, la participation à verser à la société Asm Brescia était résiduelle, les sociétés SEEM et Enerpart devant détenir 80 % des parts du groupement envisagé ;

Vu l'ordonnance du 31 mai 2013 reportant la clôture de l'instruction au 17 juin 2013 ;

Vu le mémoire, enregistré le 14 juin 2013, présenté par la COURLY, qui conclut aux mêmes fins que précédemment, par les mêmes moyens ;

Elle soutient en outre qu'il y a lieu de prendre en compte la composition envisagée de la société à créer, que les sociétés SEEM et Enerpart ont agi en leur nom propre, et non

comme mandataire ; que la société Enerpart ne justifie pas avoir été valablement habilitée pour agir en justice au nom des autres membres du groupement ; que les sociétés SEEM et Enerpart n'apportent aucune justification quant au pourcentage de parts qu'elles devaient détenir au sein de la future société dédiée ; qu'en toute hypothèse, si la condamnation devait être confirmée, elle devrait être limitée à 80% du montant total, pour tenir compte de la participation de la société Asm Brescia ;

Vu l'ordonnance du 17 juin 2013 reportant la clôture de l'instruction au 2 juillet 2013 ;

Vu le mémoire enregistré le 1er juillet 2013, non communiqué, présenté pour la société Enerpart et la société SEEM, qui concluent aux mêmes fins que précédemment, par les mêmes moyens ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu le code civil ;

Vu le code général des collectivités territoriales ;

Vu le code de justice administrative ;

Les parties ayant été régulièrement averties du jour de l'audience ;

Après avoir entendu au cours de l'audience publique du 26 septembre 2013 :

- le rapport de Mme Samson-Dye, premier conseiller,

- les conclusions de Mme Vinet, rapporteur public,

- les observations de MeA..., représentant la communauté urbaine de Lyon et de Me D..., représentant les sociétés SEEM et Enerpart ;

1. Considérant qu'il résulte de l'instruction que par délibération du 7 juillet 2003, la communauté urbaine de Lyon (ci-après COURLY) a lancé une procédure de publicité et de mise en concurrence pour le renouvellement de la délégation de service public relative à la production et la distribution de chaleur, de vapeur et de froid sur le territoire des communes de Lyon et Villeurbanne ; que sous la forme d'un groupement momentané, les sociétés SEEM, Enerpart et ASM Brescia ont présenté leur candidature à l'attribution de la délégation de service public et ont été admises à la négociation ; que, par décision en date

du 23 juillet 2004, le président de la communauté urbaine de Lyon a décidé de signer la convention avec la société Dalkia France ; que, par jugement du 15 décembre 2005, ledit Tribunal a annulé la décision de signer le contrat et enjoint à la COURLY, à défaut de résolution amiable, de saisir le juge du contrat pour obtenir la résolution de la convention, dans un délai de 4 mois ; que, par un arrêt du 8 février 2007 devenu définitif, la Cour a réformé ce jugement en impartissant à la COURLY un délai de 18 mois pour rechercher la résolution amiable et confirmé le surplus du jugement ; que, par jugement du 5 juillet 2012, le Tribunal administratif de Lyon a condamné la COURLY à verser aux sociétés Enerpart et SEEM la somme de 6 325 000 euros hors taxe, outre les intérêts, en réparation du préjudice causé du fait de la perte de chance sérieuse d'obtenir la délégation de service public ; que la COURLY relève appel de ce jugement, qui est également contesté par les sociétés Enerpart et SEEM, par le biais de l'appel incident ;

Sur la régularité du jugement :

2. Considérant, d'une part, que la COURLY soutient que le Tribunal a omis de statuer sur un de ses moyens de défense, selon lequel le préjudice des demandeurs ne pouvait être déterminé à partir du compte prévisionnel d'exploitation de la société qui aurait dû être créée ; que, cependant, ce moyen n'a été développé que postérieurement à la clôture de l'instruction, intervenue le 2 mai 2012, et à l'audience du 16 mai 2012, dans une note en délibéré du 21 mai 2012, dont il n'est pas allégué qu'elle comportait un élément nécessitant la réouverture de l'instruction ; qu'ainsi, nonobstant la circonstance que cette note en délibéré était visée dans le jugement attaqué, les premiers juges n'avaient pas à répondre à ce moyen ; qu'ils n'ont, par ailleurs, pas entaché leur jugement d'insuffisance de motivation en s'abstenant d'invoquer cet aspect ;

3. Considérant, d'autre part, que la COURLY invoque également une omission à statuer sur un autre moyen de défense, soulevé avant la clôture de l'instruction, tiré de ce que l'offre proposée par la société Cofatech, autre concurrent évincé, était meilleure que celle du groupement ayant pour mandataire la société Enerpart ; que, cependant, il ne s'agissait que d'un argument au soutien du moyen tiré de ce que les sociétés SEEM et Enerpart étaient dépourvues de chance sérieuse d'emporter le marché ; que les premiers juges ont suffisamment répondu à ce moyen, en retenant le caractère compétitif de l'offre du groupement Enerpart et en soulignant qu'elle répondait aux critères d'attribution ;

4. Considérant que, par suite, la COURLY n'est pas fondée à soutenir que le jugement est irrégulier ;

Sur la responsabilité de la COURLY :

5. Considérant que, par jugement du 15 décembre 2005, le Tribunal administratif de Lyon a annulé la décision de signer la contrat dont les sociétés SEEM et Enerpart allèguent avoir été irrégulièrement évincées, au motif que la COURLY avait méconnu le règlement de la consultation, en modifiant, 10 jours avant la remise des offres, le dossier de consultation concernant le non-remplacement de l'un des groupes frigorifiques, alors que l'article 6.2 de ce règlement autorisait seulement des modifications de détail et au plus tard

15 jours avant la date limite de remise des offres ; que le Tribunal a relevé en outre que la COURLY avait violé le principe d'égalité de traitement au profit de la société Dalkia France ; que ce jugement a été confirmé, sur ces deux points, par un arrêt en date du 8 février 2007 devenu définitif de la Cour ;

6. Considérant que cette irrégularité entachant la procédure de passation constitue une faute susceptible d'engager la responsabilité de la COURLY, qui est responsable de ladite procédure, alors même que l'irrégularité en cause résulterait du souhait de la société Prodith, délégataire sortant, et filiale de la société Dalkia France, de modifier la liste des éléments dont elle entendait assurer le remplacement avant la fin de son contrat ;

Sur le lien de causalité :

7. Considérant que l'irrégularité en cause porte sur la prise de connaissance tardive par les candidats, à l'exception de la société mère de la société Prodith, de ce qu'un groupe frigorifique, qui devait initialement être remplacé par le délégataire sortant avant la fin de son contrat, ne serait finalement pas remplacé avant le début de la prochaine délégation de service public ; que si la COURLY fait valoir que ce groupe frigorifique représentait une très faible part de la puissance totale installée et des investissements à mettre en oeuvre, il résulte de l'instruction qu'il génère cependant 10 % de la puissance totale du réseau froid ; que cette puissance totale intervient dans l'appréciation de l'un des trois critères d'appréciation des offres annoncés par la COURLY, relatif au développement durable, qui inclue un objectif relatif à l'optimisation du réseau ; que la société Dalkia France a reçu la meilleure note s'agissant de cet objectif ; que cette irrégularité a été, dans ces conditions, de nature à vicier les conditions de mise en concurrence des candidats, au détriment notamment des sociétés Enerpart et SEEM et au profit du candidat retenu, alors même que les candidats avaient la possibilité d'amender leurs offres au cours de la phase de négociation ; que, dès lors, il existe un lien direct de causalité entre ce vice, le choix de la société Dalkia France et le préjudice subi par les sociétés SEEM et Enerpart du fait de leur éviction irrégulière de ce marché ;

Sur l'existence d'une chance d'emporter le contrat :

8. Considérant que, lorsqu'une entreprise candidate à l'attribution d'une délégation de service public demande la réparation du préjudice né de l'éviction irrégulière de sa candidature, il appartient au juge de vérifier d'abord si l'entreprise était dépourvue de toute chance de voir sa candidature retenue ; que dans l'affirmative, l'entreprise n'a droit à aucune indemnité ; que dans la négative, elle a droit en principe au remboursement des frais qu'elle a engagés pour présenter son offre ; que dans le cas où l'entreprise avait des chances sérieuses de voir sa candidature retenue, elle a droit à l'indemnisation de l'intégralité du manque à gagner qu'elle a subi ;

9. Considérant qu'aux termes de l'article L. 1411-1 du code général des collectivités territoriales : "Une délégation de service public est un contrat par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à

un délégataire public ou privé, dont la rémunération est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service. Le délégataire peut être chargé de construire des ouvrages ou d'acquérir des biens nécessaires au service./ Les délégations de service public des personnes morales de droit public relevant du présent code sont soumises par l'autorité délégante à une procédure de publicité permettant la présentation de plusieurs offres concurrentes, dans des conditions prévues par un décret en Conseil d'Etat. Les garanties professionnelles sont appréciées notamment dans la personne des associés et au vu des garanties professionnelles réunies en son sein. Les sociétés en cours de constitution ou nouvellement créées peuvent être admises à présenter une offre dans les mêmes conditions que les sociétés existantes./ La commission mentionnée à l'article L. 1411-5 dresse la liste des candidats admis à présenter une offre après examen de leurs garanties professionnelles et financières et de leur aptitude à assurer la continuité du service public et l'égalité des usagers devant le service public./ La collectivité adresse à chacun des candidats un document définissant les caractéristiques quantitatives et qualitatives des prestations ainsi que, s'il y a lieu, les conditions de tarification du service rendu à l'utilisateur./ Les offres ainsi présentées sont librement négociées par l'autorité responsable de la personne publique délégante qui, au terme de ces négociations, choisit le délégataire.” ;

10. Considérant qu'il ne résulte pas de l'instruction qu'à l'issue des négociations, l'offre des sociétés Enerpart et SEEM, alors même qu'elle présentait des points forts, s'agissant en particulier du critère tenant à la sécurisation des approvisionnements, était manifestement supérieure à celle de ses concurrents, et en particulier à l'offre de la société Dalkia France ; que l'offre de la société Dalkia France était plus satisfaisante sur l'un des deux autres critères relatifs au développement durable ; que l'offre de la société Dalkia France, même en neutralisant les éléments relatifs à la performance du réseau froid, sur lesquels le vice constaté était susceptible d'avoir eu une incidence, était plus satisfaisante ; que, si les sociétés SEEM et Enerpart contestent le bien-fondé de l'appréciation portée dans le document d'analyse des offres, il ne résulte pas de l'instruction que l'appréciation de la collectivité sur ce point serait entachée d'erreur manifeste ; qu'en particulier, si M.C..., vice-président de la COURLY et président de la commission consultative de délégation de service public, avait exprimé des doutes sur la crédibilité de l'offre de la société Dalkia France en terme d'optimisation du réseau, les éléments produits par la COURLY démontrent que la société attributaire a d'ores et déjà augmenté la puissance du réseau chaud de 32 %, à l'issue des premières années de mise en oeuvre du contrat, alors qu'elle s'était impartie un objectif de développement de 49,20 % et que la délégation de service public est d'une durée totale de 25 ans ; que l'opposition des riverains au projet de la société Dalkia France de créer une chaufferie à bois dans le 8ème arrondissement de Lyon, dont il n'est pas démontré qu'il était impossible à mettre en oeuvre au regard de la réglementation, ne pouvait suffire à conférer une supériorité au projet du groupement Enerpart, en terme de développement durable apprécié dans sa globalité, au regard des multiples sous-critères mentionnés par la collectivité ; qu'il résulte de l'instruction que, s'agissant du dernier critère, relatif à la baisse du prix pour l'utilisateur, les offres de la société Dalkia France et du groupement Enerpart présentaient des performances analogues ; que, si les sociétés Enerpart et SEEM invoquent d'autres vices qui entacheraient, selon elles, la régularité de la procédure, ainsi que plus généralement un contexte “ douteux “ de passation de ce contrat, il ne résulte pas de l'instruction qu'un des éléments évoqués aurait eu une influence sur la qualité de son offre, au regard de celle de la société Dalkia France, déterminée en application des trois critères définis par la COURLY ;

11. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que si le groupement Enerpart n'était pas dépourvu de toute chance d'emporter le contrat, il n'avait pas, au regard de la marge de manoeuvre dont dispose la collectivité territoriale à l'occasion de l'attribution d'une délégation de service public, et même en neutralisant les éléments sur lesquels le vice allégué est susceptible d'avoir eu un effet, de chance sérieuse de se voir attribuer la délégation de service public ; que la COURLY est, dès lors, fondée à soutenir que c'est à tort que les premiers juges l'ont condamnée à indemniser les sociétés SEEM et Enerpart de leur manque à gagner ;

Sur l'indemnisation des frais de présentation de l'offre :

12. Considérant que, dès lors qu'elles n'étaient pas dépourvues de toute chance d'emporter le contrat, les sociétés Enerpart et SEEM ont droit à être indemnisées des frais de présentation de leur offre ;

13. Considérant qu'elles demandent tout d'abord, au titre des frais exposés avec des prestataires extérieurs, une somme de 217 690 euros toutes taxes comprises ; qu'il n'est pas sérieusement contesté que les factures qu'elles produisent, dont la plupart portent mention d'un numéro de chèque et d'une date de paiement, ont été acquittées ; que, cependant, la facture d'avocat, qui évoque une provision, avec la mention " contentieux ", ne saurait être regardée comme se rattachant à une mission de conseil, nécessaire à la préparation de l'offre ; qu'il en va de même, s'agissant des factures d'un conseil en communication, en l'absence de toute précision sur les missions effectivement mises en oeuvre, qui ne saurait être palliée par les seules dates des prestations, au cours de la procédure d'attribution, et par le fait que cet intervenant est localisé à Lyon ; que, de même, les factures du bureau d'études Thel-Etb adressées à la société Enerpart, qui se bornent à mentionner une " aide à l'élaboration du contrat de réponse ", ne peuvent, en absence de garantie suffisante sur le lien existant entre cette prestation et la présentation de l'offre, être prises en compte ; qu'il y a lieu, en revanche, de tenir compte des autres factures non efficacement contestées, à savoir, pour la société Enerpart, les factures d'Optipole pour l'édition du dossier technique et de documents y afférent, de Webstoria pour l'impression du dossier de présentation, d'Archigroupe pour une consultation, d'Alteris pour une prestation visant à optimiser les aspects de développement durable de l'offre, et, pour la société SEEM, de factures de la société Thel-Etb pour des prestations en vue de la préparation de son offre ; qu'il suit de là qu'il y a lieu de retenir une somme de 76 562 euros au titre des prestations externes ;

14. Considérant ensuite que les sociétés évincées demandent, au titre des coûts internes, une somme de 240 000 euros, correspondant au coût représenté par la mobilisation de trois ingénieurs pendant 4 mois et de leurs frais de déplacement ; que, cependant, malgré la contestation de la COURLY, les sociétés SEEM et Enerpart ne développent pas une argumentation plus précise pour étayer cette prétention ; que, toutefois, l'existence d'un tel chef de préjudice est, dans son principe, suffisamment établie ; qu'il en sera fait une juste appréciation en retenant un montant de 100 000 euros ;

15. Considérant enfin que la COURLY fait valoir que les sociétés Enerpart et SEEM

n'étaient pas les seuls membres du groupement, qui incluait aussi la société ASM Brescia ; que, cependant, il résulte de l'instruction que cette dernière n'avait vocation à assumer que 20 % des charges du groupement et qu'elle avait, de son côté, également assumé des dépenses qu'elle évaluait en mai 2004 à 101 741 euros ; que les sociétés SEEM et Enerpart ne demandent pas à être indemnisées de sommes qui auraient été en réalité payées par leur partenaire ; que, dans ses conditions, il n'y a pas lieu d'opérer une réfaction pour tenir compte de ce troisième membre du groupement ;

16. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que les sociétés SEEM et Enerpart ont droit à la somme de 176 562 euros toutes taxes comprises, au titre des frais de présentation de leur offre ;

Sur l'indemnisation du préjudice commercial :

17. Considérant que les sociétés Enerpart et SEEM n'établissent pas, en tout état de cause, que le rejet de leur offre par la COURLY aurait porté atteinte à leur réputation commerciale ou aurait justifié leur éviction systématique de la conclusion d'autres contrats ; que, dès lors, elles ne sont pas fondées à soutenir que c'est à tort que les premiers juges ont refusé de les indemniser au titre du préjudice commercial ;

18. Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède qu'il y a lieu de ramener à 176 562 euros le montant de l'indemnité due par la COURLY aux sociétés Enerpart et SEEM et de réformer en ce sens le jugement attaqué du Tribunal administratif de Lyon ;

Sur les intérêts et la capitalisation des intérêts :

19. Considérant que les sociétés Enerpart et SEEM ont droit aux intérêts sur la somme de 176 562 euros à compter du 20 mars 2009, date à laquelle leur demande indemnitaire préalable doit être regardée comme ayant été reçue par la communauté urbaine de Lyon ; que la capitalisation des intérêts a été demandée le 4 avril 2013 ; qu'à cette date, il était dû au moins une année d'intérêts ; que, dès lors, conformément aux dispositions de l'article 1154 du code civil, il y a lieu de faire droit à cette demande à cette date puis à chaque échéance annuelle ;

Sur les conclusions tendant au paiement des frais exposés non compris dans les dépens :

20. Considérant, en premier lieu, que les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce que la Cour fasse bénéficier la partie perdante du paiement par l'autre partie des frais exposés à l'occasion du litige soumis au juge et non compris dans les dépens ; que, dès lors, les conclusions des sociétés Enerpart et SEEM doivent être rejetées ;

21. Considérant, en second lieu, qu'il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge solidaire des sociétés SEEM et Enerpart, partie perdante, une somme de 2 000 euros au titre des frais exposés par la COURLY et non compris dans les dépens ;

DÉCIDE :

Article 1er : La somme de 6 325 000 euros, assortie des intérêts au taux légal à compter du 20 mars 2009, que la communauté urbaine de Lyon a été condamnée à verser à la société Enerpart et à la société SEEM par le jugement du Tribunal administratif de Lyon du 5 juillet 2012, est ramenée à 176 562 euros.

Article 2 : Les intérêts échus à compter du 4 avril 2013 et à chaque échéance annuelle suivante seront capitalisés pour produire eux-mêmes intérêts.

Article 3 : Le jugement du tribunal administratif de Lyon du 5 juillet 2012 est réformé en ce qu'il a de contraire au présent arrêt.

Article 4 : La société SEEM et la société Enerpart verseront, solidairement, à la communauté urbaine de Lyon la somme de 2 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 5 : Le surplus des conclusions des parties est rejeté.

Article 6 : Le présent arrêt sera notifié à la communauté urbaine de Lyon, à la société SEEM, à la société Enerpart et au ministre de l'intérieur.

Délibéré après l'audience du 26 septembre 2013, où siégeaient :

- M. Gazagnes, président-assesseur,
- M. B...et Mme Samson-Dye, premiers conseillers.

Lu en audience publique, le 17 octobre 2013.

”

”

”

”

N° 12LY02126

N° 12LY02126

el

Abstrats : 39-08 Marchés et contrats administratifs. Règles de procédure contentieuse spéciales.

60-01-04-01 Responsabilité de la puissance publique. Faits susceptibles ou non d'ouvrir une action en responsabilité. Responsabilité et illégalité. Illégalité engageant la responsabilité de la puissance publique.