

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
D'AMIENS**

N°1603294

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

SOCIETE DALKIA

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

**Mme Le Roux
Juge des référés**

Le tribunal administratif d'Amiens

Ordonnance du 25 novembre 2016

(le juge des référés)

**39-08-015-01
C**

Vu la procédure suivante :

Par une requête, enregistrée le 3 novembre 2016, la société Dalkia, représentée par Me Canonne, demande au tribunal :

1°) d'annuler la procédure de sélection d'un ou des actionnaires économiques pour la constitution d'une société d'économie mixte à opération unique aux fins d'attribuer à la société la délégation de service public pour la construction de moyens de production de chaleur et la création de réseaux et pour la gestion du service public de la chaleur et des réseaux de distribution de la chaleur d'Amiens ;

2°) de mettre à la charge de la commune d'Amiens la somme de 5 000 euros sur le fondement des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- la société Engie Energie Services – Engie Cofely a présenté une offre non-conforme dès lors que son projet prévoit un investissement de plus de 70 millions d'euros ;**
- la mise en œuvre des critères est entachée d'erreur manifeste d'appréciation ; le sous-critère 2 robustesse des comptes prévisionnels, y compris le montant des recettes n'a pas été mis correctement en œuvre ; la société Engie Energie Services – Engie Cofely revendique 17 fois plus de subventions que Dalkia ;**
- l'égalité de traitement a été rompue s'agissant de la tranche conditionnelle 2, dite réseau EIN ; elle n'a pas été informée que les prix d'achat de chaleur auprès de Cofely pour l'alimentation du réseau de la tranche conditionnelle 2 n'étaient pas les mêmes pour tous ;**
- l'offre de la société Dalkia n'a pas été traitée et présentée correctement ;**

- la commune a négocié sur la base de plusieurs offres déposées par la société Engie Energie Services – Engie Cofely méconnaissant le principe d'égalité de traitement des candidats ; les variantes n'étaient pas autorisées ;

- un regroupement de la tranche ferme et des tranches conditionnelles pour déterminer un prix moyen aurait dû être effectué ; la commune d'Amiens n'a pas respecté une règle qu'elle s'était elle-même fixée ;

- il y a une présentation erronée des recettes envisagées par la société Engie Energie Services – Engie Cofely ;

- il lui a été demandé de limiter le taux de rentabilité de l'investissement à 7% et pourtant le taux de 10,08% de la société Engie Energie Services – Engie Cofely a été présenté comme offrant la meilleure rentabilité ; l'égalité de traitement entre les candidats n'a pas été respectée ;

- le rapport de présentation sur le prix moyen du réseau au titre du critère n° 2 est tronqué et favorable à la société Engie Energie Services – Engie Cofely ;

- le prix proposé par la société Engie Energie Services - Engie Cofely ne pourra pas atteindre l'objectif de baisse de 5% pour les abonnés du réseau déjà en place au moment où la Semop commencera son activité ;

Par un mémoire en défense, enregistré le 18 novembre 2016, la commune d'Amiens, représentée par le cabinet Earth Avocats, conclut au rejet de la requête et à ce qu'il soit mis à la charge de la société Dalkia la somme de 5 000 euros sur le fondement des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- les conclusions tendant à l'annulation de la procédure de passation sont irrecevables ;
- les autres moyens soulevés par la société Dalkia ne sont pas fondés.

Par un mémoire en défense, enregistré le 18 novembre 2016, la société Engie Energie Services – Engie Cofely, représentée par adDen avocats – Nicola Nahmias - Laurent Givord, conclut au rejet de la requête et à ce qu'il soit mis à la charge de la société Dalkia la somme de 5 000 euros sur le fondement des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- les conclusions tendant à l'annulation de la procédure de passation sont irrecevables ;
- les autres moyens soulevés par la société Dalkia ne sont pas fondés.

Vu :

- les autres pièces du dossier ;

Vu :

- le code des marchés publics ;
- le code général des collectivités territoriales ;
- le code de justice administrative.

Par une décision du 1^{er} octobre 2016, le président du tribunal a désigné Mme Le Roux, vice-présidente, pour statuer sur les demandes de référé.

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

Ont été entendus au cours de l'audience publique :

- le rapport de Mme Le Roux,
- et les observations de Me Canonne, représentant la société Dalkia, de Me Cordier, représentant la commune d'Amiens et Me Givord, représentant la société Engie Energie Services Engie Cofely.

La société Dalkia a produit une note en délibéré le 22 novembre 2016.

1. Considérant que la commune d'Amiens a lancé un avis d'appel public à la concurrence le 5 août 2015 en vue d'attribuer une délégation de service public, portée par une société d'économie mixte à opération unique, pour la construction de moyens de production de chaleur et la création de réseaux, pour la gestion du service public et des réseaux de distribution de la chaleur à Amiens ; que la société Dalkia a fait acte de candidature et a été admise à participer à la procédure de négociation prévue par les dispositions de l'article L. 1411-1 du code général des collectivités territoriales aux réunions de négociation ; que, dans le cadre de cette négociation, la société requérante a présenté une offre « finalisée » ; que, par délibération du 3 novembre 2016, le conseil municipal d'Amiens a approuvé le choix de la société Engie Energie Services – Engie Cofely en tant qu'opérateur économique de la société d'économie mixte ; que la société Dalkia demande au tribunal, sur le fondement des dispositions de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, d'annuler la procédure de passation de la convention de délégation de service public pour la construction de moyens de production de chaleur et la création de réseaux et pour la gestion du service public de la chaleur et des réseaux de distribution de la chaleur d'Amiens ;

Sur la compétence du juge des référés précontractuels :

2. Considérant qu'aux termes de L. 551-1 du code de justice administrative : « *Le président du tribunal administratif, ou le magistrat qu'il délègue, peut être saisi en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation par les pouvoirs adjudicateurs de contrats administratifs ayant pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures ou la prestation de services, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation, la délégation d'un service public ou la sélection d'un actionnaire opérateur économique d'une société d'économie mixte à opération unique./Il peut également être saisi en cas de manquement aux mêmes obligations auxquelles sont soumises, en application de l'article L. 521-20 du code de l'énergie, la sélection de l'actionnaire opérateur d'une société d'économie mixte hydroélectrique et la désignation de l'attributaire de la concession. /Le juge est saisi avant la conclusion du contrat.* » ; qu'aux termes de l'article L. 551-2 du même code : « *I.-Le juge peut ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations et suspendre l'exécution de toute décision qui se rapporte à la passation du contrat, sauf s'il estime, en considération de l'ensemble des intérêts susceptibles d'être lésés et notamment de l'intérêt public, que les conséquences négatives de ces mesures pourraient l'emporter sur leurs avantages. / Il peut, en outre, annuler les décisions qui se rapportent à la passation du contrat et supprimer les clauses ou prescriptions destinées à figurer dans le contrat et qui méconnaissent lesdites obligations. /.../* » ; qu'aux termes de l'article L. 551-5 du même code : « *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 entités adjudicatrices 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, la délégation d'un service public ou la sélection d'un actionnaire opérateur économique d'une société d'économie mixte à opération unique./ Le juge est saisi avant la conclusion du contrat. » ; et enfin qu'aux termes de l'article L. 551-6 du même code : « Le juge peut ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations en lui fixant un délai à cette fin. Il peut lui enjoindre de suspendre l'exécution de toute décision se rapportant à la passation du contrat ou à la constitution de la société d'économie mixte à opération unique. Il peut, en outre, prononcer une astreinte provisoire courant à l'expiration des délais impartis. /.../ » ;

3. Considérant qu'aux termes de l'article 135 du code des marchés publics relatif au champ d'application de la deuxième partie de ce code dédiée aux dispositions applicables aux entités adjudicatrices : « Sont soumises aux dispositions de la présente partie les activités d'opérateurs de réseaux suivantes : / 1° L'exploitation de réseaux fixes destinés à fournir un service au public dans le domaine de la production, du transport ou de la distribution d'électricité, de gaz ou de chaleur, la mise à la disposition d'un exploitant de ces réseaux, ou l'alimentation de ces réseaux en électricité, en gaz, ou en chaleur ; (...) » ; qu'il résulte de ces dispositions que ne sont pas constitutifs d'une activité de mise à disposition d'un réseau, au sens de l'article 135 du code des marchés publics, les actes par lesquels une collectivité publique confie à un tiers l'exploitation d'un tel réseau ; que, dès lors, ces actes ne rentrent pas dans le champ d'application de la deuxième partie du code des marchés publics relative aux marchés passés par les "entités adjudicatrices", mais dans la première partie de ce code relative aux dispositions applicables aux pouvoirs adjudicateurs ; qu'il suit de là que la commune d'Amiens, prise en tant que partie au contrat, a la qualité de pouvoir adjudicateur et non celle d'entité adjudicatrice, comme elle le fait valoir à tort, et que le présent litige ressortit bien du champ d'application de l'article L. 551-1 du code de justice administrative et non de celui de l'article L. 551-5 du même code, contrairement à ce qu'elle soutient ;

Sur les conclusions en annulation :

4. Considérant que la société Dalkia soutient d'une part, que l'offre de la société Engie Energie Services – Engie Cofely reposant sur un montant d'investissements de 70 millions d'euros, excéderait le niveau prévisionnel de ceux-ci indiqué par la commune d'Amiens compris entre 43 et 48 millions aux termes de la rubrique II.2.1 de l'avis d'appel public à la concurrence et aurait dû pour ce motif être écartée ; que, d'autre part, elle n'a pas été informée que le montant des investissements pouvait être supérieur au niveau fixé par l'avis d'appel public à la concurrence ;

5. Considérant qu'aux termes de la rubrique II.2.1 de l'avis d'appel public à la concurrence : /.../ *Le montant prévisionnel des investissements devrait être compris entre 43 et 48 millions d'euros hors taxes, dont environ 34 millions hors taxes pour la tranche ferme. /.../ » ;* que les offres sont jugées selon trois critères, la valeur technique et commerciale des offres, les garanties financières et contractuelles de l'offre et la qualité environnementale de l'offre ; que le critère 1 « valeur technique et commerciale des offres » prévoit comme sous-critère la qualité technique, pertinence et cohérence des projets de renouvellement des réseaux et de création des futurs réseaux et moyens de production présentés (...), y compris le niveau et la qualité des investissements /.../ ;

6. Considérant qu'il résulte des mentions de l'avis d'appel public à la concurrence que la commune n'a pas imposé aux candidats un niveau d'investissements à respecter sous peine d'irrégularité de leur offre, la fourchette de 43 à 48 millions d'euros d'investissements correspondant à une prévision ; que le niveau des investissements était d'ailleurs au nombre des éléments d'appréciation du sous-critère du critère « valeur technique et commerciale des offres » ; que, par suite, la société Dalkia n'est pas fondée à soutenir que l'offre de la société Engie Energie Services – Engie Cofely aurait dû être écartée dès lors qu'elle prévoyait un montant d'investissements de 70 millions d'euros et qu'elle aurait dû être informée de la possibilité de prévoir un montant d'investissements supérieur à la fourchette indiquée dans l'avis d'appel public à la concurrence dès lors qu'elle n'était pas liée par le montant prévisionnel des investissements annoncé, les investissements constituant un des éléments d'appréciation des offres des candidats ;

7. Considérant qu'à supposer que la société Engie Energie Services – Engie Cofely aurait proposé de manière irrégulière une variante, ce manquement n'est pas susceptible d'avoir lésé la société Dalkia dès lors qu'il résulte de l'instruction que cette variante n'a fait l'objet d'aucune analyse par la commune d'Amiens ;

8. Considérant que si, pour assurer le respect des principes d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, le pouvoir adjudicateur a l'obligation d'indiquer dans les documents de la consultation les critères d'attribution du marché et leurs conditions de mise en œuvre, il n'est en revanche pas tenu d'informer les candidats de la méthode de notation des offres ; que si la société Dalkia soutient que la commune d'Amiens a additionné les éléments financiers de la tranche ferme et des deux tranches conditionnelles alors que les candidats avaient dû remettre des simulations financières distinctes, cette demande n'avait pas pour objet ou effet d'imposer à la commune une méthode de comparaison pour l'analyse des offres ni de lui imposer de retranscrire cette méthode dans le rapport d'analyse ; que la commune a pu sans méconnaître les principes d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures présenter dans deux tableaux distincts une comparaison des tarifs proposés des MWh de chaleur au titre de la tranche ferme et de la tranche conditionnelle n° 1 et des tarifs des MWh de vapeur à commercialiser dans le cadre de la tranche conditionnelle n° 2 ;

9. Considérant que la société Dalkia soutient que la commune d'Amiens aurait favorisé la société Engie Energie Services – Engie Cofely en laissant la société Cogelyo libre de proposer un prix de chaleur, provenant de ses exploitations, supérieur pour ses concurrents la pénalisant directement pour la tranche conditionnelle n° 2 ; que, toutefois, la commune d'Amiens fait valoir sans être sérieusement contestée qu'elle n'a jamais imposé aux candidats de solliciter la société Cogelyo pour obtenir un prix de chaleur à distribuer sur le réseau industriel nord, dans le cadre de la tranche conditionnelle n° 2 ; que, par suite, le moyen tiré de la méconnaissance par la commune d'Amiens du principe d'égalité de traitement des candidats doit être, en tout état de cause, écarté ;

10. Considérant que si la société Dalkia soutient que la commune a valorisé l'offre de la société Engie Energie Services – Engie Cofely au titre du taux de rentabilité interne plus élevé que celui des autres candidats alors qu'elle aurait indiqué au cours des négociations ne pas souhaiter un taux supérieur à 7%, il résulte de l'instruction que ce manquement, à le supposer établi, n'a pas pu léser la société requérante qui n'aurait pas pu être classée première du classement final compte tenu de la valeur technique de son offre et ce, même dans l'hypothèse d'un classement en première place sur le critère financier ;

11. Considérant qu'il n'appartient pas au juge des référés précontractuels d'apprécier le mérite des offres des candidats ; qu'il lui incombe en revanche d'examiner si l'appréciation des offres n'a pas été entachée d'erreurs de fait ou de dénaturation ; qu'il ne résulte pas de l'instruction, en premier lieu, que l'appréciation de l'offre de la société Engie Energie Services Engie Cofely s'agissant du sous-critère financier « robustesse des comptes prévisionnels, y compris le montant des recettes » critère n° 2 serait entachée de dénaturation sur le montant des subventions proposées dès lors que compte-tenu des niveaux d'investissements qu'elle a proposés et du taux de subvention équivalent à 70%, taux retenu pour anticiper un aléa, ce montant paraît réaliste ; qu'en deuxième lieu, si la société Dalkia soutient que le montant des recettes du réseau n°1 hors EIN serait différent pour la société Engie Energie Services – Engie Cofely dans deux tableaux présentés par la commune, il résulte de l'instruction que la différence de 13 millions d'euros correspond aux recettes complémentaires générées par le réseau froid seul mis en place par la société Engie-Cofely ; qu'en troisième lieu, il résulte de l'instruction que la commune d'Amiens a repris les tarifs moyens, notamment pour la vente de chaleur et les recettes prévisionnelles proposés par les candidats dans leurs offres avant de procéder à leur analyse ; qu'en quatrième lieu, le prix moyen de vente de chaleur proposé par la société Engie Energie Services – Engie Cofely s'établit bien à 57,98 euros compte tenu des termes de son offre ; qu'enfin, la tarification proposée par la société Engie Energie Services – Engie Cofely s'établit à 68,62 euros toutes taxes comprises par MWh applicable de 2017 à 2019, respectant la baisse de 5% du tarif moyen payé par les usagers en 2016 qui s'établit à 72,23 euros toutes taxes comprises par MWh ; que, par suite, le moyen tiré des erreurs de fait et de dénaturation de l'appréciation de l'offre des candidats et, plus particulièrement de celle de la société Engie Cofely doit être écarté ;

12. Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que les conclusions à fin d'annulation et d'injonction de la requête de la société Dalkia doivent être rejetées ;

13. Considérant que les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce qu'une somme soit mise à la charge de la commune d'Amiens qui n'est pas, dans la présente instance, la partie perdante ; que, dans les circonstances de l'espèce, il y a lieu de mettre à la charge de la société Dalkia la somme de 1 000 euros chacune à la commune d'Amiens et à la société Engie Energie Services – Engie Cofely au titre des frais exposés par elles et non compris dans les dépens ;

ORDONNE :

Article 1^{er} : La requête de la société Dalkia est rejetée.

Article 2 : La Société Dalkia versera à la commune d'Amiens la somme de 1 000 euros sur le fondement des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : La Société Dalkia versera à la société Engie Energie Services – Engie Cofely la somme de 1 000 euros sur le fondement des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 4 : La présente ordonnance sera notifiée à la société Dalkia, à la commune d'Amiens et à la société Engie Energie Services – Engie Cofely.

Fait à Amiens, le 25 novembre 2015.

Le juge des référés,



Mme Le Roux

Le greffier,



Mme Grare

La République mande et ordonne au préfet de la Somme en ce qui le concerne et à tous huissiers de justice à ce requis en ce qui concerne les voies de droit commun contre les parties privées de pourvoir à l'exécution de la présente ordonnance.



Pour Expédition conforme
Le Greffier

