

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE PARIS**

N^{os} 1715001 - 1715003 - 1715004

SOCIETE ENGIE

Mme Jeanne Ménéménis
Juge des référés

Ordonnance du 25 octobre 2017

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Le tribunal administratif de Paris,

Le juge des référés

Vu la procédure suivante :

I. Par une requête enregistrée sous le numéro 1715001 et un mémoire, enregistrés respectivement le 29 septembre 2017 et le 16 octobre 2017, la société Engie, représentée par Me Pintat, demande au juge des référés, sur le fondement de l'article L. 551-13 du code de justice administrative et dans le dernier état de ses écritures :

1°) à titre principal, d'annuler le marché « MS GROS-GAZ-2017 » ;

2°) à titre subsidiaire, de résilier le marché « MS GROS-GAZ-2017 » à compter de la notification de l'ordonnance à intervenir ;

3°) de mettre à la charge de l'Etat la somme de 5 000 euros au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

La société requérante soutient que :

- son référé contractuel est recevable bien qu'elle ait antérieurement présenté un référé précontractuel dans la mesure où elle n'avait pas été informée de la date de conclusion du marché ; ses demandes présentées dans le cadre du référé contractuel sont recevables dès lors que la direction des achats de l'Etat (DAE) a méconnu les modalités de remise en concurrence prévues par l'accord-cadre ;

- l'offre retenue par la DAE est irrégulière et anormalement basse.

Par un mémoire en défense, enregistré le 10 octobre 2017, le ministre de l'économie et des finances, représenté par Me Labayle-Pabet, conclut au rejet de la requête et à ce qu'une somme de 7 000 euros soit mise à la charge de la société Engie au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Il fait valoir que :

- la requête en référé précontractuel est irrecevable, le contrat ayant été signé antérieurement à la date d'enregistrement de la requête ;
- la société Engie n'est pas fondée à demander l'annulation du marché en cause dès lors qu'aucun des cas d'irrégularité de l'offre de l'attributaire prévus par l'article L. 551-18 du code de justice administrative ne peut être relevé ;
- l'offre retenue n'est pas irrégulière.

Par un mémoire en observation, enregistré le 12 octobre 2017, la société Gaz de Bordeaux, représentée par Me Delivré et Me Molkhou, conclut au rejet de la requête et à ce qu'une somme de 5 000 euros soit mise à la charge de la société Engie en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- la requête en référé précontractuel est irrecevable ;
- les demandes présentées au titre du référé contractuel sont irrecevables ;
- l'offre retenue n'a pas un caractère irrégulier et ne constitue pas une offre anormalement basse.

II. Par une requête enregistrée sous le numéro 1715003 et un mémoire, enregistrés respectivement le 29 septembre 2017 et le 16 octobre 2017, la société Engie, représentée par Me Pintat, demande au juge des référés, sur le fondement de l'article L. 551-13 du code de justice administrative et dans le dernier état de ses écritures :

1^o) à titre principal, d'annuler le marché « MS MOYEN-GAZ-1-2017 » ;

2^o) à titre subsidiaire, de résilier le marché « MS MOYEN-GAZ-1-2017 » à compter de la notification de l'ordonnance à intervenir ;

3^o) de mettre à la charge de l'Etat la somme de 5 000 euros au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

La société requérante soutient que :

- son référé contractuel est recevable bien qu'elle ait antérieurement présenté un référé précontractuel dans la mesure où elle n'avait pas été informée de la date de conclusion du marché ; ses demandes présentées dans le cadre du référé contractuel sont recevables dès lors que la direction des achats de l'Etat (DAE) a méconnu les modalités de remise en concurrence prévues par l'accord-cadre ;
- l'offre retenue par la DAE est irrégulière et anormalement basse.

Par un mémoire en défense, enregistré le 10 octobre 2017, le ministre de l'économie et des finances, représenté par Me Labayle-Pabet, conclut au rejet de la requête et à ce qu'une somme de 7 000 euros soit mise à la charge de la société Engie au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Il fait valoir que :

- la requête en référé précontractuel est irrecevable, le contrat ayant été signé antérieurement à la date d'enregistrement de la requête ;
- la société Engie n'est pas fondée à demander l'annulation du marché en cause dès lors qu'aucun des cas d'irrégularité de l'offre de l'attributaire prévus par l'article L. 551-18 du code de justice administrative ne peut être relevé ;
- l'offre retenue n'est pas irrégulière.

Par un mémoire en observation, enregistré le 12 octobre 2017, la société Gaz de Bordeaux, représentée par Me Delivré et Me Molkhou, conclut au rejet de la requête et à ce qu'une somme de 5 000 euros soit mise à la charge de la société Engie en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- la requête en référé précontractuel est irrecevable ;
- les demandes présentées au titre du référé contractuel sont irrecevables ;
- l'offre retenue n'a pas un caractère irrégulier et ne constitue pas une offre anormalement basse.

III. Par une requête enregistrée sous le numéro 1715004 et un mémoire, enregistrés respectivement le 29 septembre 2017 et le 16 octobre 2017, la société Engie, représentée par Me Pintat, demande au juge des référés, sur le fondement de l'article L. 551-13 du code de justice administrative et dans le dernier état de ses écritures :

1^o) à titre principal, d'annuler le marché « MS MOYEN-GAZ-2-2017 » ;

2^o) à titre subsidiaire, de résilier le marché « MS MOYEN-GAZ-2-2017 » à compter de la notification de l'ordonnance à intervenir ;

3^o) de mettre à la charge de l'Etat la somme de 5 000 euros au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

La société requérante soutient que :

- son référé contractuel est recevable bien qu'elle ait antérieurement présenté un référé précontractuel dans la mesure où elle n'avait pas été informée de la date de conclusion du marché ; ses demandes présentées dans le cadre du référé contractuel sont recevables dès lors que la direction des achats de l'Etat (DAE) a méconnu les modalités de remise en concurrence prévues par l'accord-cadre ;
- l'offre retenue par la DAE est irrégulière et anormalement basse.

Par un mémoire en défense, enregistré le 10 octobre 2017, le ministre de l'économie et des finances, représenté par Me Labayle-Pabet, conclut au rejet de la requête et à ce qu'une somme de 7 000 euros soit mise à la charge de la société Engie au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Il fait valoir que :

- la requête en référé précontractuel est irrecevable, le contrat ayant été signé antérieurement à la date d'enregistrement de la requête ;
- la société Engie n'est pas fondée à demander l'annulation du marché en cause dès lors qu'aucun des cas d'irrégularité de l'offre de l'attributaire prévus par l'article L. 551-18 du code de justice administrative ne peut être relevé ;
- l'offre retenue n'est pas irrégulière.

Par un mémoire en observation, enregistré le 12 octobre 2017, la société Gaz de Bordeaux, représentée par Me Delivré et Me Molkhou, conclut au rejet de la requête et à ce qu'une somme de 5 000 euros soit mise à la charge de la société Engie en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- la requête en référé précontractuel est irrecevable ;
- les demandes présentées au titre du référé contractuel sont irrecevables ;
- l'offre retenue n'a pas un caractère irrégulier et ne constitue pas une offre anormalement basse.

Vu les autres pièces du dossier.

Vu :

- l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics,
- le décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics,
- le code de justice administrative.

Le président du tribunal a désigné Mme Ménéménis, conseillère, comme juge des référés, en application de l'article L. 551-1 du code de justice administrative.

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

Ont été entendus au cours de l'audience publique le 17 octobre 2017 :

- le rapport de Mme Ménéménis,
- les observations de Me Pintat pour la société Engie, qui reprend à l'oral ses observations écrites en les développant,
- les observations de Me Labayle-Pabet pour le ministre de l'économie et des finances qui reprend à l'oral ses observations écrites en les développant,
- les observations de Me Molkhou pour la société Gaz de Bordeaux qui reprend à l'oral ses observations écrites en les développant.

L'audience a été tenue en présence de Mme Lagrède, greffière.

La clôture de l'instruction a été différée au 20 octobre 2017 à 12 heures, en application des dispositions de l'article R. 222-8 du code de justice administrative, afin de permettre aux parties de produire tous éléments relatifs au marché litigieux.

Par un mémoire, enregistré le 20 octobre 2017, la société Engie conclut aux mêmes fins et aux mêmes moyens et développe ses arguments s'agissant, d'une part, des obligations en matière de stockage de gaz et de la réforme en cours et, d'autre part, de la composition du prix des soumissionnaires.

Par un mémoire, enregistré le 20 octobre 2017, la société Gaz de Bordeaux conclut aux mêmes fins.

Un mémoire, produit pour le ministre de l'économie et des finances, a été enregistré le 20 octobre 2017.

1. Considérant que les requêtes enregistrées sous les numéros 1715001, 1715003 et 1715004 présentent à juger les mêmes questions et ont fait l'objet d'une instruction commune ; qu'il y a lieu de les joindre pour statuer en un seul jugement ;

2. Considérant que, par un avis de marché publié le 30 juin 2017 au journal officiel de l'union européenne (JOUE), la direction des achats de l'Etat (DAE) a lancé une procédure d'appel d'offres ouvert en vue de l'attribution d'un accord-cadre multi-attributaire portant sur la fourniture et l'acheminement de gaz naturel pour le compte des services de l'Etat et de certains établissements publics ; qu'ont notamment été retenues, à l'issue de la procédure d'attribution de l'accord-cadre, les sociétés Engie et Gaz de Bordeaux ; que, par une lettre de consultation du 28 août 2017, la DAE a engagé une procédure de mise en concurrence pour la passation de quatre marchés subséquents, dont le marché « MS GROS-GAZ-2017 » sites T3 et T4 dont la consommation annuelle de référence est supérieure ou égale à 500MWh/an, le marché « MS MOYEN-GAZ-1-2017 » sites T3 dont la consommation annuelle de référence est inférieure à 5 000 MWh/an et le marché « MS MOYEN-GAZ-2-2017 » sites T3 dont la consommation annuelle de référence est inférieure à 5 000 MWh/an ; que, par un courrier du 21 septembre 2017, la DAE a informé la société Engie, d'une part, de l'élimination de ses offres au motif qu'elles n'étaient pas économiquement les plus avantageuses et, d'autre part, de l'attribution à la société Gaz de Bordeaux de ces trois marchés ; que, par un courrier du 28 septembre 2017, la société Engie a demandé à la DAE de rapporter sa décision du 21 septembre 2017 et de procéder à un nouvel examen des offres remises ; que la société Engie demande au juge du référé contractuel, à titre principal, d'annuler les marchés litigieux et, à titre subsidiaire, de les résilier ;

Sur les conclusions présentées au titre des articles L. 551-13 et suivants du code de justice administrative :

3. Considérant qu'aux termes de l'article L. 551-13 du code de justice administrative : « *Le président du tribunal administratif, ou le magistrat qu'il délègue, peut être saisi, une fois conclu l'un des contrats mentionnés aux articles L. 551-1 et L. 551-5, d'un recours régi par la présente section* » ; qu'aux termes du 2^e alinéa de l'article L. 551-18 de ce code : « *La même annulation est prononcée lorsqu'ont été méconnues les modalités de remise en concurrence* » ;

prévues pour la passation des contrats fondés sur un accord-cadre ou un système d'acquisition dynamique. » ; qu'aux termes de l'article L. 551-19 : « Toutefois, dans les cas prévus à l'article L. 551-18, le juge peut sanctionner le manquement soit par la résiliation du contrat, soit par la réduction de sa durée, soit par une pénalité financière imposée au pouvoir adjudicateur ou à l'entité adjudicatrice, si le prononcé de la nullité du contrat se heurte à une raison impérieuse d'intérêt général. / Cette raison ne peut être constituée par la prise en compte d'un intérêt économique que si la nullité du contrat entraîne des conséquences disproportionnées et que l'intérêt économique atteint n'est pas directement lié au contrat, ou si le contrat porte sur une délégation de service public. » ; qu'enfin, selon l'article L. 551-20 : « Dans le cas où le contrat a été signé avant l'expiration du délai exigé après l'envoi de la décision d'attribution aux opérateurs économiques ayant présenté une candidature ou une offre ou pendant la suspension prévue à l'article L. 551-4 ou à l'article L. 551-9, le juge peut prononcer la nullité du contrat, le résilier, en réduire la durée ou imposer une pénalité financière. » ;

4. Considérant qu'aux termes de l'article 101 du décret n°2016-360 du 25 mars 2016 : « I. - Pour les marchés publics passés selon une procédure formalisée, un délai minimal de onze jours est respecté entre la date d'envoi de la notification prévue au deuxième alinéa du II de l'article 99 et la date de signature du marché public par l'acheteur. Ce délai minimal est porté à seize jours lorsque cette notification n'a pas été transmise par voie électronique. / II. - Le respect du délai mentionné au I n'est pas exigé : (...) / 2° Pour l'attribution des marchés subséquents, fondés sur un accord cadre, ou des marchés spécifiques fondés sur un système d'acquisition dynamique. » ;

5. Considérant qu'il résulte de ces dispositions que les manquements susceptibles d'être utilement invoqués dans le cadre du référé contractuel sont limitativement définis ; que, lorsque le marché n'est pas soumis à l'obligation, pour le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice, de respecter un délai minimal entre la notification de la décision d'attribution aux opérateurs économiques ayant présenté une offre et la signature du contrat, l'annulation d'un tel contrat de ne peut résulter que, soit du constat des manquements mentionnés aux deux premiers alinéas de l'article L. 551-18 du code de justice administrative, soit de ce que le contrat a été signé, en méconnaissance des dispositions des articles L. 551-4 ou L. 551-9 du même code, alors que le tribunal administratif était saisi d'une demande en référé précontractuel ;

6. Considérant que pour demander l'annulation des trois contrats litigieux conclus entre la DAE et la société Gaz de Bordeaux, la société Engie soutient que la DAE a méconnu les modalités de remise en concurrence prévues pour la passation des trois marchés subséquents litigieux en retenant les offres de la société Gaz de Bordeaux qui présentent un caractère irrégulier et constituent une offre anormalement basse ;

7. Considérant qu'il résulte de l'instruction que les modalités de remise en concurrence prévues pour la passation des marchés subséquents ne sont pas précisément définies dans les documents de la consultation ; que l'article 10 du cahier des clauses particulières de l'accord-cadre se borne à stipuler que « Lors de la passation de chaque marché subséquent, le PA invite les titulaires de l'accord-cadre à remettre une offre, selon les modalités figurant dans la lettre de consultation. » ; qu'il précise que l'offre retenue sera l'offre économiquement la plus avantageuse, avec une note prix sur 10 points pondérée à 90 % et une note technique sur 10 points pondérée à 10 % ; que chacune des trois lettres de consultation énonce que les soumissionnaires doivent remplir trois annexes correspondant à

des tableaux de prix ; que, dans ces conditions, le critère du prix doit être regardé comme prépondérant dans les modalités de remise en concurrence

et des marchés subséquents ; que, dès lors, les moyens tirés de la régularité de l'offre et de l'offre anormalement basse peuvent être utilement invoqués par la société requérante dans le cadre de son référé contractuel ;

8. Considérant qu'aux termes de l'article 59 du décret n°2016-360 du 25 mars 2016 : « I. - *L'acheteur vérifie que les offres qui n'ont pas été éliminées en application du IV de l'article 43 sont régulières, acceptables et appropriées. / Une offre irrégulière est une offre qui ne respecte pas les exigences formulées dans les documents de la consultation notamment parce qu'elle est incomplète ou qui méconnaît la législation applicable notamment en matière sociale et environnementale.* » ; que l'article 60 de ce même décret dispose : « *L'acheteur exige que le soumissionnaire justifie le prix ou les coûts proposés dans son offre lorsque celle-ci semble anormalement basse eu égard aux travaux, fournitures ou services, y compris pour la part du marché public qu'il envisage de sous-traiter.* » ;

9. Considérant que, d'une part, pour soutenir que les offres présentées par la société Gaz de Bordeaux sont irrégulières, la société Engie fait valoir que lesdites offres n'ont pas intégré le prix du stockage du gaz, qui relève d'une obligation légale et ont anticipé la réduction de ce coût, eu égard au projet de loi sur les hydrocarbures, en cours d'examen à l'Assemblée nationale ; qu'il résulte de l'instruction que la société Gaz de Bordeaux est titulaire d'une autorisation de fourniture de gaz et qu'à ce titre, elle est soumise à l'obligation de stockage ; qu'il résulte de l'annexe 2 des actes d'engagement produits en défense par la DAE et communiqués dans le cadre de la présente instance que la société Gaz de Bordeaux a proposé un prix pour le stockage du gaz ; que si le chiffre proposé a été biffé pour ne pas être lisible, cette opération, classique dans le contentieux du référé précontractuel et contractuel, n'a comme seul objectif que de ne pas porter atteinte au secret commercial et de préserver les conditions d'une concurrence complète dans le secteur spécifique de la fourniture de gaz ; que, dès lors, la société Engie n'est pas fondée à soutenir que les offres présentées par la société Gaz de Bordeaux pour les trois marchés litigieux sont irrégulières ;

10. Considérant que, d'autre part, la société Engie fait valoir que l'écart entre les offres est très important en valeur relative et que la société Gaz de Bordeaux a obtenu une note générale strictement identique sur les marchés subséquents pour lesquels elle a été désignée attributaire ; que si la société requérante affirme que les écarts existant entre l'offre de la société attributaire et la sienne propre sont de l'ordre de 4 à 5 %, elle se borne à produire un tableau de simulation présentant l'écart en euros avec l'offre la plus disante et l'écart sur le prix en euros par mWh sans autre explication ; que cette production ne suffit pas, à elle seule, à établir que les prix proposés par la société Gaz de Bordeaux sont nettement inférieurs à ceux proposés par la société Engie et que les prix proposés par la société attributaire sont manifestement sous-évalués et susceptibles de compromettre la bonne exécution des marchés ; que, en outre, la seule circonstance que la société Gaz de Bordeaux se soit vu attribuer la même note pour chacun des marchés en cause n'est pas de nature à caractériser l'existence d'une offre anormalement basse ; que, dans ces conditions, la DAE n'a pas commis d'erreur manifeste d'appréciation en retenant les offres de la société Gaz de Bordeaux ;

11. Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que la société Engie n'est pas fondée à soutenir que la DAE aurait méconnu les modalités de remise en concurrence prévues pour la passation des marchés « MS GROS-GAZ-2017 », « MS MOYEN-GAZ-1-2017 » et

« MS MOYEN-GAZ-2-2017 » ; que, par suite et sans qu'il soit besoin de statuer sur les fins de non-recevoir opposées en défense, les conclusions de la société requérante tendant à l'annulation ou, à titre subsidiaire, à la résiliation de ces trois marchés ne peuvent qu'être rejetées ;

Sur les conclusions tendant à l'application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative :

12. Considérant que les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce que soit mise à la charge de l'Etat, qui n'est pas la partie perdante dans la présente instance, la somme que demande la société requérante au titre des frais non compris dans les dépens ; qu'en revanche, il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de la société Engie le versement de la somme globale de 4 500 euros à l'Etat et à la société Gaz de Bordeaux au titre de ces mêmes dispositions ;

ORDONNE :

Article 1^{er} : Les requêtes de la société Engie sont rejetées.

Article 2 : La société Engie versera à l'Etat et à la société Gaz de Bordeaux la somme globale de 4 500 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : La présente ordonnance sera notifiée à la société Engie, au ministre de l'économie et des finances et à la société Gaz de Bordeaux.

Fait à Paris, le 25 octobre 2017.

Le juge des référés,

La greffière,

J. Ménéménis

V. Lagrède

La République mande et ordonne au ministre de l'économie et des finances en ce qui le concerne ou 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 décision.