

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE STRASBOURG**

N° 1402924

Société Dalkia France

M. Vogel-Braun
Juge des référés

Ordonnance du 24 juin 2014

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Le juge des référés,

Vu la requête, enregistrée le 30 mai 2014, présentée pour la société Dalkia France, dont le siège est au 37 avenue du Maréchal de Lattre de Tassigny à Saint-André (59350), par le Cabinet Watson-Farley-Williams ;

La société Dalkia France demande que le tribunal :

- annule la procédure de passation du marché d'exploitation des installations thermiques et climatiques des bâtiments communaux de la ville de Saint-Louis ;
- mette à la charge de la ville de Saint-Louis une somme de 5000 euros en application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

La Société Dalkia France soutient que :

- elle s'est portée candidate à l'appel d'offre ouvert lancé par la ville de Saint-Louis en vue de la conclusion d'un marché public portant sur l'exploitation d'installations thermiques et climatiques de ses bâtiments communaux pour une durée de 8 ans ; titulaire sortant du marché, elle a déposé une offre en vue de l'attribution des lots n°1 et 2 du marché ; elle a été informée du rejet de son offre par courrier en date du 19 mai 2014 et de l'attribution du marché à la société Ebm Thermique ; pour le lot n° 1, le montant total de l'offre variante de Ebm Technique est de 499 301 euros HT et la note obtenue est de 97 points sur 100 (47 points pour la valeur technique et 50 points pour le prix) ; la société Dalkia obtenait sur son offre variante une note de 89 points sur 100 (42 points pour la valeur technique et 47 points pour le prix) la classant en troisième position ; pour le lot n° 2, le montant total de l'offre d'Ebm Thermique est de 3334 euros HT et la note obtenue est de 89 points sur 100 (46 points sur la valeur technique et 43 points pour le prix, la société Dalkia France obtenant sur son offre variante une note de 87 points sur 100 (37 pour la valeur technique et 47 pour le prix) la classant en deuxième position .

- Ebm Thermique appartient au groupe constitué par Elektra Birsek – Ebm, société coopérative de droit suisse titulaire de la concession de distribution d'électricité sur le territoire de la commune de Saint-Louis ; la ville de Saint-Louis est membre de cette coopérative dont la filiale s'est vue attribuer le marché ;
- la forte proximité entre la ville de Saint-Louis et le groupe Ebm n'est pas étrangère à la nouvelle éviction subie par la société Dalkia France dans le cadre de la procédure de passation du marché litigieux ;
- les conflits d'intérêts dans le cadre de la passation de marché sont sanctionnés lorsqu'une personne physique a pu influencer le choix de l'attributaire du contrat ; la procédure menée par la ville de Saint-Louis méconnaît la directive 2014/24/UE du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics ;
- la société Ebm Thermique et son entité mère la coopérative Elektra Birsek entretiennent des liens étroits avec la ville ;
- les liens sont contractuels dans la mesure où Ebm est titulaire du contrat de concession du réseau de distribution d'électricité et de la convention de délégation de service public des activités de production, de transport et de distribution de chaleur et d'eau chaude sanitaire de la ville de Saint-Louis ;
- les liens sont ensuite surtout de nature organique ; la ville de Saint-Louis a la qualité de membre affilié de la coopérative Elektra Birsek, holding du groupe Ebm auquel appartient la société Ebm Thermique ;
- la ville de Saint-Louis désigne périodiquement un représentant siégeant dans l'assemblée des délégués ; Mme Jocelyne Straumann Hummel, adjointe au maire délégué à la proximité de Saint-Louis a été désignée en tant que déléguée par délibération du 10 avril 2014 ;
- le conseil d'administration auquel incombe la direction suprême, la responsabilité de l'organisation des finances de la coopérative ainsi que la supervision de la direction du groupe Ebm compte parmi ses membres jusqu'en 2016, M. Bernard Schmitter, adjoint au maire de la ville de Saint-Louis, délégué à l'urbanisme, lequel a succédé à M. Zoell, actuel maire de la commune qui a exercé un mandat d'administrateur de la société Ebm jusqu'en 2012 ;
- cette très forte proximité entre la ville de Saint-Louis et Ebm Thermique est de nature à constituer un cas manifeste de conflits d'intérêts dans le cadre de la présente procédure ;
- dans le cadre du marché précédent conclu début 2006, avec Dalkia France, M. Schmitter avait la qualité de PRM personne responsable du marché et était chargé de mettre en œuvre l'exécution administrative technique et financière du marché ;
- quelques jours avant l'attribution du marché, M. Schmitter adressait à la société Dalkia France une liste de travaux devant être exécutés au titre de la garantie totale du marché ;
- en qualité de personne responsable du marché, M. Schmitter a eu accès à des informations privilégiées sur les modalités d'exécution du marché précédent, en particulier sur les prix convenus ; Ebm Thermique a inévitablement eu les moyens d'accéder à des informations confidentielles la mettant en mesure d'accéder à des informations confidentielles la mettant en mesure d'ajuster son offre et de se voir attribuer le marché ;
- M Schmitter a joué un rôle actif dans le déroulement de la procédure contestée ;

- une telle situation a immanquablement été susceptible de léser la société requérante dans l'appréciation de son offre ; le principe d'impartialité qui s'impose au pouvoir adjudicateur ainsi que le principe d'égalité de traitement entre candidats a été méconnu ;
- les modalités de mise en œuvre des critères d'attribution du marché ont été insuffisamment explicités ;
- en ce qui concerne le critère de la valeur technique, il y a absence totale de proportionnalité entre, d'une part, la diversité et la complexité des prestations faisant l'objet du marché litigieux et de l'autre, le caractère excessivement général et stéréotypé des sous critères figurant dans le règlement de la consultation ;
- le caractère insuffisant des informations communiquées par la ville de Saint-Louis à la société Dalkia ne lui a pas permis d'adapter son offre aux attentes du pouvoir adjudicateur en vue d'obtenir la meilleure note sur la valeur technique ;
- il est difficilement compréhensible que la société Dalkia qui a déposé un unique mémoire justificatif pour les deux lots ait obtenu des notes différentes sur la valeur technique pour chacun desdits lots ;
- s'agissant du critère du prix, dont seule la pondération est mentionnée dans le règlement de la consultation, aucune condition de mise en œuvre ou d'application n'est mentionnée aux candidats ; l'article 7 du cahier des charges particulières fait état de moins de 9 prix différents correspondant aux différentes catégories de prestations répondant aux besoins de la ville de Saint-Louis ; il s'agit soit de prix forfaitaires, soit de prix unitaires ;
- la ville n'a fourni aucune information quant aux volumes qui seraient utilisés pour le critère du prix alors que ces éléments étaient indispensables à la compréhension des modalités d'application du critère ; cela a eu directement pour effet d'empêcher la société Dalkia France d'optimiser sa proposition financière et de fausser les offres de prix ;
- les dispositions des articles 80 et 83 du code de marchés publics ont été méconnues ; la lettre de notification du 19 mai 2014 ne satisfait pas à l'obligation d'information prévue par l'article 80 du code des marchés publics ;
- la lettre se borne pour chaque lot, de manière abstraite à comparer les notes obtenues par chacun des soumissionnaires relativement aux critères d'attribution prévus dans le règlement de la consultation ;

Vu le mémoire en défense, enregistré le 20 juin 2014, présenté pour la commune de Saint-Louis, qui demande au juge des référés de rejeter les conclusions de la requête et de mettre à la charge de la société Dalkia une somme de 5000 euros en application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

La commune de Saint-Louis soutient que :

- les relations contractuelles de la ville de Saint-Louis avec le groupe Ebm et la société Ebm Thermique ne sont pas de nature à introduire un conflit d'intérêt ;
- si Ebm est titulaire d'un contrat de type concessif pour le chauffage urbain conclu avec la commune, cette dernière entretient aussi des relations contractuelles spécifiques avec la société Dalkia qui est l'actuel titulaire du contrat de maintenance des installations de chauffage et de production d'eau chaude sanitaire depuis plus de 20 ans ;

- le fait que la ville de Saint-Louis ait entretenu et continue d'entretenir avec Ebm Thermique et Dalkia des relations contractuelles n'est pas susceptible de traduire un manquement au principe d'impartialité et d'égalité de traitement des candidats ;
- la présence d'un représentant de la commune de Saint-Louis au sein de la coopérative Elektra Birsek, holding du groupe Ebm auquel appartient la société Ebm Thermique n'est pas de nature à traduire une situation de conflit d'intérêt ;
- par délibération du 10 avril 2014, Mme Straumann Hummel a été élue déléguée à la société Elektra Birseck ; ainsi la commune compte une seule personne désignée au sein de l'assemblée générale des délégués en la personne de Mme Straumann Hummel ;
- l'assemblée générale des délégués et à fortiori les délégués pris de manière individuelle disposent d'attributions limitées qui ne leur permettent pas d'avoir un pouvoir exécutif particulier ;
- M. Schmitter, adjoint au maire de la commune de Saint-Louis, siège au conseil d'administration de la société Ebm (Genossenschaft Elektra Birseck) ;
- la requérante ne démontre pas que M. Schmitter aurait exercé de quelque manière que ce soit une influence sur le choix de la société Ebm Thermique ;
- il n'a pas participé au choix de l'entreprise attributaire ni à l'analyse des offres, ni à la commission d'appel d'offres du 13 mai 2014, ni à la délibération du conseil municipal du 22 mai 2014 entérinant le choix de la société Ebm Thermique ;
- tout au plus M. Schmitter a procédé à la signature du courrier auquel étaient annexées les réponses aux questions posées par les candidats mais la signature de ce courrier ne serait en elle-même pas de nature à vicier la procédure ;
- il n'y a pas eu d'informations insuffisantes concernant les modalités de mise en œuvre des critères d'attribution du marché ;
- il n'y a pas eu de manquement aux obligations d'informations relatives aux motifs du rejet de l'offre ;

Vu le mémoire en défense enregistré le 20 juin 2014, présenté pour la société Ebm Thermique par Me Labayle-Pabet, qui demande au juge des référés de rejeter les conclusions de la requête et de mettre à la charge de la société Dalkia une somme de 5000 euros en application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

La société Ebm Thermique soutient que :

- en droit de la commande publique, le juge n'a pas recours à la notion de conflit d'intérêt mais davantage à celle d'élu intéressé ;
- les éléments présentés ne permettent pas d'identifier un quelconque manque d'impartialité ou une éventuelle rupture de traitement ;
- la participation en qualité de représentant de la commune à un organisme qui lui est rattaché ou à un organisme de gestion d'une entité dont elle est membre n'est pas en elle-même constitutive d'un intérêt à l'affaire ;
- ni Mme Straumann Hummel, ni Bernard Schmitter ne peuvent être regardés comme des élus intéressés ;
- il n'est pas établi comment la signature d'un courrier de notification de la liste des réponses posées

- au cours de la consultation pourrait constituer une rupture d'égalité de traitement ou un manque d'impartialité dans la mesure ou le courrier a été notifié à l'ensemble des candidats ;
- la ville n'a pas manqué à son obligation d'information concernant les modalités de mise en œuvre des critères d'attribution du marché ;
 - la ville a respecté ses obligations d'information relatives aux motifs du rejet de l'offre ;

Vu le mémoire complémentaire, enregistré le 23 juin 2014, présenté pour la société Dalkia France, qui tend aux mêmes fins que la requête par les mêmes moyens ;

Elle soutient que :

- elle n'a pas entendu se fonder sur les dispositions de l'article L. 2131-11 du code général des collectivités territoriales ; un tel moyen est inopérant dès lors que le respect du contrôle de ces dispositions qui ne ressortissent pas aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles sont soumis les pouvoirs adjudicateurs ne relèvent pas de l'office du juge des référés précontractuels ;
- la décision du 9 mai 2012 Commune de Saint-Maur des Faussés permet de déduire que le contrôle opéré par le juge des référés précontractuels porte globalement sur la procédure de passation depuis la phase d'évaluation des besoins jusqu'à la notification du contrat ; le juge du référé précontractuel sanctionne toute situation dans laquelle un membre du pouvoir adjudicateur participe au déroulement de la procédure s'il s'avère que la personne en cause a un intérêt particulier susceptible de faire naître un doute quant à son impartialité ;
- le juge administratif accorde une place croissante à l'impartialité dite objective du pouvoir adjudicateur et s'inscrit en phase avec les exigences de la directive 2014/24/ UE du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics ;
- que la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 dispose en son article 2 que « constitue un conflit d'intérêts toute situation d'interférence entre un intérêt public et des intérêts privés qui est de nature à influencer ou à paraître influencer l'exercice indépendant impartial et objectif d'une fonction ;
- au-delà des relations contractuelles nouées entre la commune de Saint-Louis et la société Ebm Thermique, ce sont les liens organiques existant entre elles conjugués au rôle actif joué dans la procédure de passation par un élu municipal par ailleurs administrateur du groupe Ebm qui font naître un doute quant à l'impartialité du pouvoir adjudicateur ;
- l'affirmation selon laquelle M. Schmitter exercerait des fonctions d'administrateur du groupe Ebm « en sa qualité d'abonné privé au réseau électrique et non comme représentant de la ville, cette circonstance à la supposer établie n'est pas de nature à faire disparaître tout doute sur l'impartialité de la ville de Saint-Louis en raison de la confusion des intérêts publics et privés ;

Vu la décision par laquelle le président du tribunal a désigné M. Vogel-Braun comme juge des référés ;

Vu les pièces jointes à la requête ;

Vu le code des marchés publics ;

Vu le code de justice administrative ;

Après avoir convoqué à une audience publique :

- le cabinet Watson-Farley-Williams ;
- la commune de Saint-Louis, la société Ebm Technique ;

Vu l'audience publique du 24 juin 2014 à 10 heures au cours de laquelle ont été entendus :

- le rapport de M. Vogel-Braun, juge des référés ;
- Me Derey, représentant la société Dalkia France ;
- Me Llorens, représentant la commune de Saint-Louis ;
- Me Labayle-Pabet, représentant la société EBM Technique

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

1. Considérant que par un avis d'appel public à la concurrence envoyé à la publication le 10 février 2014, la commune de Saint-Louis a lancé une consultation ayant pour objet l'exploitation et la maintenance des installations de chauffage, de production d'eau chaude sanitaire et de ventilation des bâtiments communaux en application des dispositions des articles 33, 52 à 53, 57 à 59 et 72 du code des marchés publics ; que le marché était divisé en deux lots ; que le premier lot n° 1 « moyennes et grosses installations des bâtiments tertiaires communaux » concernait 64 sites et 73 installations sur le domaine de la commune ; que le lot n° 2 « installations individuelles » concernait quant à lui 14 sites et 15 installations ; que la société Dalkia a remis son offre dans les délais impartis expirant au plus tard le 25 mars 2014 à 14 heures 30 ; que les offres remises par les candidats ont été comparées en application des critères d'attribution définis par l'article 7 du règlement de la consultation ; que le critère de la valeur technique pondéré à 50 % était décomposé en trois sous critères relatifs à la méthodologie (20 %), aux moyens humains et références de l'équipe affectée au contrat, moyens logistiques et techniques affectés au contrat (15%), aux moyens mis en œuvre pour l'optimisation énergétique des installations (15 %) ; que le critère du prix du marché était pondéré à hauteur de 50 % ; que par courrier en date du 19 mai 2014, la commune de Saint-Louis a été informée du rejet de ses offres, de son classement et du nom de l'attributaire du marché, la société Ebm Thermique en application de l'article 80 du code des marchés publics ; que la société Dalkia demande au juge des référés d'annuler la procédure de passation du marché d'exploitation des installations thermiques et climatiques des bâtiments communaux de la ville de Saint-Louis ;

2. Considérant qu'aux termes de l'article L. 551-1 du Code de justice administrative : « *Le président du tribunal administratif, ou le magistrat qu'il délègue, peut être saisi en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation 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. 551-5 dispose que « *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, ou la délégation d'un service public. Le juge est saisi avant la conclusion du contrat.* » ; que, selon l'article L. 551-10 « *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.* » ; que l'article L. 551-4 indique que « *Le contrat ne peut être signé à compter de la saisine du tribunal administratif et jusqu'à la notification au pouvoir adjudicateur de la décision juridictionnelle.* » ; que, pour finir, l'article L. 551-3 dispose que : « *Le président du tribunal administratif ou son délégué statue en premier et dernier ressort en la forme des référés* » ;

3. Considérant qu'en vertu des dispositions précitées de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, les personnes habilitées à agir pour mettre fin aux manquements du pouvoir adjudicateur à ses obligations de publicité et de mise en concurrence sont celles susceptibles d'être lésées par de tels manquements ; qu'il appartient dès lors au juge des référés précontractuels de rechercher si l'entreprise qui le saisit se prévaut de manquements qui, eu égard à leur portée et au stade de la procédure auquel ils se rapportent, sont susceptibles de l'avoir lésée ou risquent de la léser, fût-ce de façon indirecte en avantageant une entreprise concurrente ; que, par suite, la société requérante, dont l'offre a été rejetée à l'issue de la procédure litigieuse, est fondée à agir contre ladite procédure en tant que concurrent évincé ;

Sans qu'il soit besoin de statuer sur les autres moyens de la requête :

4. Considérant que la société requérante soutient que la commune de Saint-Louis, pouvoir adjudicateur a méconnu le principe d'impartialité et d'égalité de traitement des candidats du fait de l'implication de M. Bernard Schmitter dans la procédure contestée ;

5. Considérant qu'il résulte de l'instruction que M. Schmitter, adjoint au maire de la commune de Saint-Louis est membre du conseil d'administration de la société Ebm (Genossenschaft Elektra Birsek), société de droit suisse dont la filiale Ebm Thermique Sas s'est vu attribuer le marché ayant pour objet l'exploitation et la maintenance des installations de chauffage, de production d'eau

chaude sanitaire et de ventilation des bâtiments communaux de Saint-Louis ; que M. Schmitter était la personne responsable du marché précédent pour le compte de la collectivité ; qu'en cours de procédure, le 4 mars 2014, M. Schmitter faisait parvenir aux candidats à l'appel d'offres les réponses aux questions posées par les candidats ; qu'alors que ce dernier est chargé au sein de la ville de Saint-Louis de mettre en œuvre la procédure de passation du marché, M. Schmitter était par ailleurs membre du conseil d'administration de la holding du groupe auquel appartient le candidat déclaré attributaire ; que cette implication apparente d'un élu peut être regardée comme un manquement aux règles d'impartialité et d'égalité de traitement susceptible d'avoir lésé la société requérante alors même que M. Schmitter n'a pas participé à la commission d'appel d'offres ni au vote de la délibération ayant attribué le marché à la société adjudicatrice ; qu'il s'en suit, qu'en raison de cette irrégularité, la procédure de passation du marché doit être annulée ;

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

6. Considérant que les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative s'oppose à ce que la société Dalkia qui n'est pas, dans la présente instance, la partie perdante soit condamnée à verser des frais autres que les dépens ; qu'en revanche, il est inéquitable de laisser totalement à la charge de la société Dalkia les frais exposés et non compris dans les dépens ; qu'il y a lieu de condamner la ville de Saint-Louis et la société Ebm Thermique à lui verser chacune en ce qui les concerne une somme de 1500 euros en application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

ORDONNE

- Article 1^{er}** : La procédure de passation du marché d'exploitation des installations thermiques et climatiques des bâtiments communaux de la ville de Saint-Louis est annulée ;
- Article 2** : La ville de Saint-Louis est condamnée à verser une somme de 1500 euros (mille cinq cents euros) à la société Dalkia France.
- Article 3** : La société Ebm Thermique est condamnée à verser à la société Dalkia une somme 1500 euros (mille cinq cents euros) en application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;
- Article 4** : Les conclusions de la ville de Saint-Louis et de la société Ebm Thermique sont rejetées.
- Article 5** : La présente ordonnance sera notifiée à la société Dalkia France, à la commune de Saint-Louis et à la société Ebm Thermique.

Fait à Strasbourg, le 24 juin 2014

Le juge des référés,

Le greffier,

J.-P. VOGEL-BRAUN

C. BOHN

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