

TA31
Tribunal Administratif de Toulouse
2406544
2024-11-28
DS AVOCATS
Décision
Excès de pouvoir
C
Rejet

Vu la procédure suivante :

Par une requête enregistrée le 25 octobre 2024 et un mémoire en réplique enregistré le 18 novembre 2024, la société Soval représentée par Me Cabanes, demande au juge des référés le fondement de l'article L. 551-1 et suivants du code de justice administrative :

1°) d'annuler l'ensemble des décisions qui se rapportent à la procédure de passation du contrat de concession du service public des unités de valorisation énergétique de Bessieres et de Toulouse-Mirail ;

2°) d'enjoindre au syndicat Decoset, s'il entend conclure le contrat, de se conformer à ses obligations de publicité et de mise en concurrence ;

3°) de mettre à la charge du syndicat Decoset une somme de 5.000 euros sur le fondement des dispositions de l'article L.761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

le syndicat a mis en œuvre de manière irrégulière le critère n° 1 " niveau de risques supportés par le concessionnaire " de sélection des offres ;

- il a eu recours à d'autres paramètres que ceux annoncés au titre des éléments d'appréciation ;
- il a méconnu la règle qu'il s'était fixée selon laquelle les éléments d'appréciation ne sont pas hiérarchisés ;

- il a mis en œuvre de manière non homogène des éléments d'appréciation en méconnaissance du principe d'égalité de traitement ;

- il a renoncé à certains éléments d'appréciation ;

le syndicat a mis en œuvre de manière irrégulière le critère n° 2 " qualité technique de l'offre " de sélection des offres :

- il a eu recours à d'autres paramètres que ceux annoncés au titre des éléments d'appréciation ;
- le critère a été mis en œuvre de manière inégalitaire ;

le critère n° 1 " " niveau de risques supportés par le concessionnaire " est irrégulier :

- il n'est pas pertinent pour identifier la meilleure offre au sens de l'article L. 3124-5 du code de la commande publique ;

- la hiérarchisation des critères ne conduit pas à ce que la meilleure offre soit retenue ;

- il est insuffisamment précis, conférant à Decoset une liberté de choix discrétionnaire.

Par deux mémoires en défense enregistrés les 15 et 19 novembre 2024, le syndicat mixte de déchetteries, collectes sélectives et traitement Decoset, représenté par Me Neveu, conclut au rejet de la requête et demande qu'une somme de 8 000 euros soit mise à la charge de la société Soval en application des dispositions de l'article L.761-1 du code de justice administrative.

Il fait valoir que :

- le premier critère hiérarchisé de sélection des offres " niveau des risques supportés par le concessionnaire " est régulier dès lors qu'il est en lien avec l'objet et les conditions d'exécution du contrat de concession ;

- le moyen tiré de ce que ce critère est insuffisamment précis est inopérant et infondé ;

- il ne conduit pas à un choix d'offre discrétionnaire ;

- les conditions de mise en œuvre du critère n° 1 sont régulières, il a respecté le principe de transparence, de non hiérarchisation des éléments d'appréciation et d'égalité de traitement ;

- les conditions de mise en œuvre du critère n° 2 relatif à la " qualité technique de l'offre " sont régulières.

Par deux mémoires en intervention volontaire en défense, enregistrés les 15 et 19 novembre 2024, la société Suez RV Energie, représentée par Me Bejot, conclut au rejet de la requête de la société Soval et demande qu'une somme de 5 000 euros soit mise à la charge de la société en application des dispositions de l'article L.761-1 du code de justice administrative.

Elle fait valoir que :

- le moyen tiré du non-respect des principes de transparence et d'égalité de traitement lors de la mise en œuvre des critères n° 1 et 2 est entaché d'erreur de droit ;
- le moyen tiré du non-respect des principes de transparence et d'égalité de traitement lors de la mise en œuvre des critères n° 1 et 2 manque en fait ;
- le syndicat Decoset n'a pas méconnu " la règle selon laquelle les éléments d'appréciation ne sont pas des sous-critères () ils ne sont pas hiérarchisés " ;
- il n'a pas procédé à une application discriminatoire des éléments d'appréciation ;
- le critère n° 2 a été mis en œuvre de manière régulière et le moyen est inopérant ;
- le moyen tiré de l'irrégularité du critère n° 1 en ce qu'il ne serait pas pertinent pour identifier la meilleure offre est infondé et inopérant ;
- le critère n° 1 était suffisamment précis et le moyen n'est pas opérant.

Par un mémoire en intervention volontaire en défense enregistré le 18 novembre 2024, la caisse des dépôts et consignations, représentée par Me Anfruns, conclut au rejet de la requête de la société Soval et demande qu'une somme de 5 000 euros soit mise à la charge de la société en application des dispositions de l'article L.761-1 du code de justice administrative.

Elle fait valoir que :

- le syndicat Decoset n'a pas mis en œuvre d'autres paramètres que ceux annoncés au règlement de consultation pour apprécier le critère n° 1 et le moyen est inopérant ;
- la règle selon laquelle les éléments d'appréciation ne sont pas des sous-critères et qu'ils ne sont pas hiérarchisés n'a pas été méconnue ;
- le syndicat n'a pas fait une application discriminatoire des éléments d'appréciation du critère n° 1 ;
- il n'a pas mis en œuvre d'autres paramètres que ceux annoncés au règlement de consultation pour apprécier le critère n° 2 ; sa mise en œuvre est régulière et la société n'est pas susceptible d'être lésée par ce manquement ;
- le critère n° 1 " niveau des risques supportés par le concessionnaire " n'est pas irrégulier.

Vu les autres pièces du dossier.

Vu :

- le code de la commande publique ;
- le code de justice administrative.

La présidente du tribunal a désigné Mme Arquié, vice-présidente, pour statuer sur les demandes de référé.

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

Au cours de l'audience publique du 19 novembre 2024 à 10 heures en présence de Mme Guérin, greffière d'audience, Mme Arquié a lu son rapport et a entendu :

- les observations de Me Cabannes et de Me Michelin représentant la société Soval,
- les observations de Me Neveu représentant le syndicat mixte Decoset,
- les observations de Me Béjot représentant la société Suez RV Energie,
- et les observations de Me Anfruns, représentant la caisse des dépôts et consignations.

La clôture de l'instruction est intervenue à l'issue de l'audience.

Trois notes en délibéré, présentées pour la société Soval ont été enregistrées les 21, 26 et 27 novembre 2024 et n'ont pas été communiquées.

Une note en délibéré, présentée pour la société Suez RV Energie a été enregistrée le 25 novembre 2024 et n'a pas été communiquée.

Deux notes en délibéré, présentées pour le syndicat mixte Decoset ont été enregistrées les 25 et 27 novembre 2024 et n'ont pas été communiquées.

Considérant ce qui suit :

1. Le syndicat mixte de déchetteries, collectes sélectives et traitement Decoset a lancé, par avis d'appel public à la concurrence publié le 4 juin 2023 au bulletin officiel des annonces de marchés publics (BOAMP) et le 7 juin 2023 au journal officiel de l'Union européenne (JOUE), une procédure ouverte en vue de l'attribution d'un contrat de concession d'une durée de vingt ans ayant pour objet l'exploitation des unités de valorisation énergétique (UVE) de Bessières et de Toulouse Mirail ainsi que la réalisation de travaux de reconstruction de l'usine de Toulouse-Mirail d'une capacité d'accueil de 240 000 tonnes par an. Trois sociétés ont remis une candidature et une offre à

la date de remise initiale des plis fixée au 27 octobre 2023 à 14 h et ont été invitées à négocier au cours de deux séances fixées les 5 et 6 février et 25 et 26 mars 2024. Le 8 avril 2024, une demande d'offre améliorée n° 2 a été transmise aux trois soumissionnaires. Une partie de l'offre améliorée n° 2 d'un soumissionnaire ayant été adressée par erreur à un autre concurrent en affectant ainsi la confidentialité, les négociations ont été suspendues. Celles-ci ont repris selon des modalités acceptées par les trois soumissionnaires, qui ont été invités à remettre une offre finale le 8 juillet 2024, sans possibilité de faire évoluer certaines de leurs propositions formulées dans leur offre initiale mise à jour, le cas échéant, dans leur première offre améliorée. Par délibération du 16 octobre 2024, le comité syndical du syndicat mixte Decoset a approuvé le choix du groupement Suez RV Energie- Caisse des dépôts et consignations comme attributaire du contrat de concession de service public des unités de valorisation énergétique de Bessières et de Toulouse Mirail à compter du 1er janvier 2025. Le 17 octobre 2024, le syndicat mixte Decoset a informé la société Soval, filiale de la société Véolia, du rejet de son offre et des motifs de ce rejet. La société Soval demande au juge des référés précontractuels, sur le fondement de l'article L. 551-5 du code de justice administrative, d'annuler l'ensemble des décisions se rapportant à la procédure du contrat de concession de service public des unités de valorisation énergétique de Bessières et de Toulouse-Mirail et d'enjoindre au syndicat mixte Decoset de se conformer à ses obligations de publicité et de mise en concurrence s'il entend conclure le contrat.

Sur les conclusions présentées sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative :

2. 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, la délégation d'un service public ou la sélection d'un actionnaire opérateur économique d'une société d'économie mixte à opération unique () ". L'article L. 551-2 du même code dispose : " 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. () ".

3. En vertu de ces dispositions, 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. 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. En ce qui concerne l'irrégularité du critère n° 1 " niveau de risques supportés par le concessionnaire " :

4. Aux termes de l'article L. 3124-5 du code de la commande publique : " Le contrat de concession est attribué au soumissionnaire qui a présenté la meilleure offre au regard de l'avantage économique global pour l'autorité concédante sur la base de plusieurs critères objectifs, précis et liés à l'objet du contrat de concession ou à ses conditions d'exécution. Parmi ces critères peuvent figurer notamment des critères environnementaux, sociaux ou relatifs à l'innovation. Lorsque la gestion d'un service public est concédée, l'autorité concédante se fonde également sur la qualité du service rendu aux usagers. Les critères d'attribution n'ont pas pour effet de conférer une liberté de choix illimitée à l'autorité concédante et garantissent une concurrence effective. Ils sont rendus publics dans des conditions prévues par décret en Conseil d'Etat. Les modalités d'application du présent article sont prévues par voie réglementaire. ". Et aux termes de l'article R. 3124-4 du même code : " Pour attribuer le contrat de concession, l'autorité concédante se fonde, conformément aux dispositions de l'article L. 3124-5, sur une pluralité de critères non discriminatoires. Au nombre de ces critères, peuvent figurer notamment des critères environnementaux, sociaux, relatifs à l'innovation. Les critères et leur description sont indiqués dans l'avis de concession, dans l'invitation à présenter une offre ou dans tout autre document de la consultation. ".

5. Il ressort des points 1.2, 1.3 et 1.4 du règlement de consultation que l'objet de la concession vise à déléguer l'exploitation et l'entretien des UVE de Bessières et de Toulouse-Mirail à Toulouse sur une durée de vingt ans, en contrepartie de quoi le concessionnaire sera responsable du bon fonctionnement du service public de traitement et de valorisation énergétique des déchets ménagers et assimilés de Decoset au moyen des UVE qu'il exploitera à ses risques et périls dans les

conditions prévues au contrat et ses annexes. Cet article précise que le concessionnaire sera seul responsable de la sécurité, du bon fonctionnement et de la qualité du service public, dans le respect des stipulations du futur contrat et des normes en vigueur. Il indique également que le concessionnaire sera chargé, sous sa maîtrise d'ouvrage, du financement, de la conception et de la réalisation des travaux de premier établissement décrits dans le programme figurant dans le dossier de consultation.

6. L'article 10 du règlement de consultation relatif au jugement des offres prévoit quatre critères hiérarchisés de jugement des offres énumérés par ordre d'importance : le critère n° 1 " niveau des risques supportés par le concessionnaire ", le critère n° 2 " qualité technique de l'offre (travaux et exploitation) ", le critère n° 3 " conditions financières d'exécution " et le critère n° 4 " qualité du service rendu aux usagers et impacts sur les riverains ". Cet article précise, en ce qui concerne le critère n° 1, qu'il sera apprécié au regard des conditions contractuelles proposées dans l'offre, en tenant compte en particulier des amendements au projet de contrat initial et notamment ceux apportés à la clause de révision des conditions techniques et/ou financières du projet de contrat joint au dossier de consultation des entreprises qui seront le cas échéant proposés par les soumissionnaires, notamment sur les aspects suivants : risques liés à la réalisation des travaux (retard et surcoûts) - risques liés à l'exploitation du service public concédé et à l'évolution des conditions économiques d'exécution - risques de recours contentieux - risques liés à la fin anticipée du contrat - responsabilité du concessionnaire envers l'autorité concédante et/ou les tiers. L'article précise que le critère sera également apprécié au regard des risques assumés par le concessionnaire et des garanties apportées par ses actionnaires initiaux en tenant compte en particulier des engagements actionnaires proposés tant au sein du projet de contrat que dans l'acte détachable remis par les soumissionnaires.

7. Il résulte des éléments mentionnés aux points 5 et 6 que l'objet de la concession porte à la fois sur des prestations comportant d'importants investissements et de nombreuses prestations à réaliser sur une période de vingt ans ainsi que sur les conditions contractuelles dans lesquelles ces prestations sont exécutées, incluant les modalités de gestion des risques. Ce critère, qui est un des quatre critères d'appréciation des offres, vise ainsi à apprécier les engagements du concessionnaire et la prise de risques dans les cas où les événements listés interviennent. La prise en compte de ce " niveau des risques supportés par le concessionnaire ", qui vise à encourager les soumissionnaires à améliorer le contrat, dans le cadre de la négociation autorisée en matière de concession, dans le sens des intérêts du syndicat mixte, n'est pas étrangère à l'objet même de la concession. Au regard de cet objet, il était loisible au pouvoir concédant de prendre en compte les conditions contractuelles les plus favorables proposées par les soumissionnaires pour gérer ces risques, qu'ils soient courants ou exceptionnels. Par suite, le moyen tiré de l'irrégularité du critère " niveau des risques supportés par le concessionnaire " par son objet et en tant qu'il ne permet pas l'identification de l'offre économiquement la plus avantageuse au sens de l'article L.3124-5 du code de la commande publique doit être écarté.

8. Il résulte en outre de ce qui précède qu'en plaçant le critère n° 1 " niveau des risques supportés par le concessionnaire " au premier rang de la hiérarchie annoncée afin d'obtenir la meilleure offre au regard de l'avantage économique global attendu en considération de l'objet du contrat de concession dont s'agit, le syndicat mixte Decoset n'a pas commis d'erreur manifeste dans la hiérarchisation des critères.

En ce qui concerne l'imprécision du critère n° 1 :

9. L'article 10 du règlement de consultation, en plus des éléments relatifs au critère n° 1 qu'il mentionnait et tels qu'ils ont été visés ci-dessus, renvoyait explicitement les soumissionnaires à se reporter notamment au projet de contrat initial qui prévoit que le concessionnaire devra assumer la concession, incluant le financement des Travaux de Premier Etablissement " à ses risques et périls " et " prendre à sa charge le préfinancement et le financement des Travaux de Premier Etablissement ". L'énoncé du critère n° 1, qui porte sur le " niveau des risques supportés par le concessionnaire " du projet de contrat et ses annexes, visait à encourager les soumissionnaires à améliorer le contrat et ne présentait pas d'imprécision de nature à empêcher d'en comprendre l'objectif. En outre, le délégataire n'était pas tenu d'informer les candidats sur les modalités de mise en œuvre de ce critère. Par suite, le moyen tiré de ce que l'imprécision du critère caractérise une liberté de choix discrétionnaire contraire au principe de transparence et d'égalité de traitement des candidats doit être écarté.

En ce qui concerne la mise en œuvre du critère n° 1 :

10. S'il appartient à l'autorité concédante d'indiquer les critères d'attribution du contrat de concession ainsi que leur pondération, aucun principe ni aucun texte ne lui imposent d'informer en outre les candidats de la méthode de notation envisagée pour évaluer les offres au regard des

critères de sélection. Par ailleurs, cette méthode échappe en principe, sous réserve d'une erreur de droit ou d'une discrimination illégale, au contrôle du juge du référé précontractuel

11. Il résulte de l'article 10 du règlement de consultation et des mentions accompagnant le critère n° 1, ainsi qu'il a été dit, que l'autorité concédante a informé les soumissionnaires que le critère serait apprécié " au regard des conditions contractuelles proposées dans l'offre ", en fonction en particulier des amendements qu'ils auront apportés au projet de contrat initial. Ce critère devait être apprécié au regard de l'ensemble des conditions contractuelles que les candidats soumettent dans leur proposition, qui complètent le projet de contrat de base, et des amendements au projet de contrat initial proposés par le soumissionnaire, qui constituent un élément de négociation contractuel afin de révéler leurs capacités à assumer l'exécution du contrat. Elle a clairement informé les soumissionnaires que ce critère n'est pas circonscrit à la liste limitative des 6 éléments listés en suite du critère, correspondant à des types de risques susceptibles d'être pris en compte. Par ailleurs, alors que l'élément d'appréciation " risques liés à l'exploitation du service public et à l'évolution des conditions économiques " correspond au " niveau des risques liés aux surcoûts d'exploitation " s'agissant d'apprécier la manière dont les soumissionnaires envisagent de supporter les risques d'exploitation et selon quelles limites, et que le niveau des risques liés à la résiliation pour motif d'intérêt général correspond à la principale cause de fin anticipée d'un contrat de concession, le moyen tiré de ce que l'autorité concédante aurait modifié certains éléments d'appréciation du critère n° 1 en méconnaissance du principe de transparence doit être écarté.

12. Alors que l'autorité concédante n'a pas limité à six éléments l'appréciation du critère n° 1 ainsi qu'il a été dit ci-dessus, la société Soval n'est pas fondée à soutenir qu'en évaluant les offres sur la base de douze éléments d'appréciation, elle a conféré plus de poids à certains éléments qu'à d'autres, en méconnaissance de la règle qu'elle avait fixée selon laquelle " les éléments d'appréciation ne sont pas des sous critères et ne sont pas hiérarchisés ". Par suite, le moyen tiré du non-respect de la hiérarchisation doit être écarté.

13. Le syndicat mixte Decoset a évalué les offres en identifiant dans un premier temps pour chaque offre et pour chaque critère les points forts et les points faibles, qualifiés de significatifs lorsqu'ils valorisent ou dévalorisent nettement l'offre au regard du critère considéré. Les points forts et les points faibles ont été déterminés au regard du contenu des mémoires d'offres remis par les soumissionnaires en tenant compte des amendements au projet de contrat, par référence aux éléments d'appréciation expressément listés de manière non exhaustive pour chaque critère dans le règlement de consultation. Faisant application de cette méthode d'évaluation, l'autorité concédante a pu estimer, au regard de l'élément d'appréciation " niveau des risques liés aux recours " que l'offre de la société Soval ne présentait ni point fort ou faible, de même que celle d'un autre soumissionnaire concernant les conditions de mise en régie et de déchéance, sans renoncer à certains éléments d'appréciation en appliquant le critère n° 1 de manière identique pour toutes les offres. Au surplus, la circonstance que ces éléments ne soient pas apparus dans le tableau du rapport du président de Decoset mis en ligne sur le site internet du syndicat n'est pas de nature à établir une application discriminatoire des éléments d'appréciation du critère d'appréciation n° 1. Par suite, le moyen tiré de la méconnaissance du principe d'égalité dans la mise en œuvre du critère n° 1 doit être écarté.

En ce qui concerne la mise en œuvre du critère n° 2 :

14. La même méthode d'évaluation ayant été appliquée pour le critère n° 2 " qualité technique de l'offre (travaux et exploitation), la circonstance que 21 éléments d'appréciation aient été relevés pour l'un des soumissionnaires, 25 pour un autre et 24 pour la société Soval, alors que 26 éléments d'appréciation ont été portés à la connaissance des candidats, n'est pas de nature à caractériser une mise en œuvre inégalitaire du critère n° 2.

15. Il ressort de l'élément d'appréciation " niveau des risques liés à l'application de pénalités " qu'il a été appliqué hors propositions relatives aux pénalités liées au non-respect des engagements en matière énergétique et environnementale qui sont appréciés au titre du critère n° 2, de sorte que le plafonnement des pénalités sanctionnant l'absence d'atteinte des performances annoncées n'a pas été prise en compte deux fois.

16. Il résulte de tout ce qui précède que les moyens tendant à établir que le syndicat Decoset aurait commis des manquements à ses obligations de publicité et de mise en concurrence susceptibles d'avoir lésé la société Soval doivent être écartés. Par suite, les conclusions présentées sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative doivent être rejetées.

Sur les frais liés au litige :

17. Aux termes de l'article L. 761-1 du code de justice administrative : " Dans toutes les instances, le juge condamne la partie tenue aux dépens ou, à défaut, la partie perdante, à payer à l'autre partie la somme qu'il détermine, au titre des frais exposés et non compris dans les dépens. Le juge tient

compte de l'équité ou de la situation économique de la partie condamnée. Il peut, même d'office, pour des raisons tirées des mêmes considérations, dire qu'il n'y a pas lieu à cette condamnation ".
18. Partie perdante, la société Soval ne peut prétendre à l'allocation d'une quelconque somme au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

19. Il y a lieu dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de la société Soval le versement au syndicat Decoset, à la société Suez et à la caisse des dépôts et consignations la somme de 2 500 euros chacun.

O R D O N N E :

Article 1er : La requête de la société Soval est rejetée.

Article 2 : La société Soval versera au syndicat mixte Decoset, la somme de 2 500 euros en application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : La société Soval versera à la société Suez RV Energie, la somme de 2 500 euros en application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 4 : La société Soval versera à la caisse des dépôts et consignations, la somme de 2 500 euros en application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 5 : La présente ordonnance sera notifiée à la société Soval, au syndicat mixte de déchetteries, collectes sélectives et traitement Decoset, à la société Suez RV Energie et à la caisse des dépôts et consignations.

Fait à Toulouse, le 28 novembre 2024.

La juge des référés,

Céline ARQUIÉ

La greffière,

Sylvie GUÉRIN La République mande et ordonne au préfet de la Haute-Garonne, en ce qui le concerne et à tous commissaires 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,

la greffière en chef,

ou par délégation, la greffière,