

E-RJCP - mise en ligne le 25 mai 2014

Thèmes :

- Passation du contrat de délégation de service public
- Négociation du contrat ne pouvant apporter à l'objet du contrat que des adaptations d'une portée limitée, justifiées par l'intérêt du service et ne présentant pas, entre les entreprises concurrentes, un caractère discriminatoire.
- Modification apportée au projet de convention affectant de manière excessive l'économie générale du projet de convention (clause permettant aux parties de modifier le montant des investissements et la durée de la convention en cas de contentieux).
- Non-conformité de l'offre retenue au règlement de la consultation, affectant tant l'offre de base retenue que l'offre variante, ayant pu léser la société concurrente.
- Office du juge du référé précontractuel :
 - ▶ ne permettant pas de supprimer des clauses figurant dans l'offre faite par le candidat retenu, mais seulement de supprimer les clauses ou prescriptions telles qu'elles ressortent des documents de la consultation communiqués aux candidats et destinées à figurer dans le contrat (art. L. 551-2 du CJA),
 - ▶ permettant de prononcer l'annulation de la procédure d'attribution de la délégation de service public pour tous les actes intervenus postérieurement à l'ouverture de la phase de négociation.

Résumé :

1. En application de l'article L. 1411-1 du code général des collectivités territoriales, la personne responsable de la passation du contrat de **délégation de service public** peut apporter des adaptations à l'objet du contrat qu'elle envisage de conclure au terme de la **négociation** lorsque ces **adaptations** sont **d'une portée limitée**, justifiées par l'intérêt du service et qu'elles ne présentent pas, entre les entreprises concurrentes, un caractère discriminatoire.

En l'espèce, le règlement de la consultation qui faisait partie des documents de la consultation autorisait les candidats à modifier le projet de

convention de délégation de service public à la condition que les modifications ainsi apportées par eux demeurent limitées.

2. Le projet de convention, dans sa version initiale communiquée aux candidats, se bornait à stipuler que la **durée de la convention** était fixée à **vingt-cinq ans**.

Or, la personne publique après négociation a **permis au délégataire** retenu qu'au cas où un **recours administratif ou un contentieux** à l'encontre de la convention ou de ses actes détachables n'aurait pas été définitivement réglé au cours des quatre premières années de l'exécution du contrat, d'une part, d'exiger de l'autorité délégante qu'elle **résilie de plein droit le contrat** dont la **durée** pouvait ainsi être **réduite des cinq sixièmes**, d'autre part, de **limiter substantiellement** le montant des **investissements nouveaux** auxquels il s'engageait.

3. Le juge du référé précontractuel n'a pas inexactement qualifié les faits en retenant que la **modification** apportée au projet de convention affectait de manière **excessive l'économie générale du projet de convention** et méconnaissait par suite le règlement de la consultation,

4. Le juge du référé précontractuel a porté sur les faits une appréciation souveraine, exempte de dénaturation et n'a pas inexactement qualifié les faits pour **retenir et apprécier l'incidence, sur les investissements** que le délégataire s'engageait à réaliser, d'une éventuelle application de ces nouvelles stipulations du projet de convention, en se fondant sur l'écart entre le montant de 172,8 millions d'euros d'investissements nouveaux que proposait de réaliser le groupement attributaire en cas d'exécution du contrat sur sa durée normale, soit vingt-cinq ans, et le montant de 37,2 millions d'euros d'investissements visés à l'annexe au projet de convention, qui constituaient le minimum d'investissements à réaliser en cas de mise en oeuvre des nouvelles stipulations et de réduction de la durée de la convention à un maximum de quatre ans.

L'ordonnance de référé est suffisamment motivée sur ce point et le juge pouvait, sans erreur de droit, ne pas tenir compte, dans sa comparaison, du montant de 38 millions d'euros correspondant à la reprise, dans tous les cas, des investissements réalisés par le précédent délégataire.

5. Le juge du référé précontractuel n'a pas inexactement qualifié les faits qui lui étaient soumis en jugeant que la **non-conformité de l'offre** du groupement retenu au règlement de la consultation, non-conformité dont il a relevé qu'elle affectait tant

son offre de base retenue que son offre variante, **avait pu léser la société concurrente**, dès lors que celle-ci était la seule autre candidate et que ses offres de base et variante avaient été classées respectivement troisième et quatrième.

6. Si, en application de l'article L. 551-2 du code de justice administrative, le **juge** du référé précontractuel peut **supprimer les clauses ou prescriptions** destinées à figurer **dans le contrat**, telles qu'elles ressortent des **documents de la consultation** communiqués aux candidats, lorsque ces clauses ou prescriptions méconnaissent les obligations de publicité ou de mise en concurrence auxquelles est soumise la personne publique, le recours du juge à cette faculté **ne saurait s'exercer à l'encontre des clauses figurant dans l'offre faite par le candidat retenu**.

Le juge du référé précontractuel à qui il appartenait de prendre les mesures nécessaires à assurer le respect des obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles était soumis le contrat litigieux, a pu, sans méconnaître son office ni entacher son ordonnance d'une erreur de droit, **prononcer l'annulation de la procédure d'attribution de la délégation de service public pour tous les actes intervenus postérieurement à l'ouverture de la phase de négociation**, sans se borner à supprimer la clause litigieuse du projet de convention présenté par le groupement à l'appui de son offre finale, cette clause ne figurant pas dans le projet de convention inclus dans les documents de la consultation, mais ayant été ajoutée par le groupement au cours des négociations menées avec la personne publique.

► **Commentaire de Dominique Fausser :**

Le Conseil d'Etat avait déjà précisé dans les mêmes termes le cadre limité d'une négociation menée lors de la passation d'une délégation de service public : *« la personne responsable de la passation du contrat de délégation de service public peut apporter, au cours de la consultation engagée sur le fondement des dispositions de l'article L.1411-1 du code général des collectivités territoriales, des adaptations à l'objet du contrat qu'elle envisage de conclure au terme de la négociation lorsque ces adaptations sont d'une portée limitée, justifiées par l'intérêt du service et qu'elles ne présentent pas, entre les entreprises concurrentes, un caractère discriminatoire »*

Dans cette précédente affaire, le Conseil d'Etat avait estimé que la modification mineure apportée au contrat ne justifiait pas l'annulation de la procédure *« le prolongement de six mois la durée d'exécution de dix ans prévue du contrat d'affermage, qui était justifiée par l'intérêt du service, n'avait pas pour but*

d'avantager une des entreprises candidates et n'a pas eu pour effet de bouleverser l'économie générale du contrat, n'a pas constitué, en l'espèce, un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation du contrat d'affermage envisagé ».

Tel n'est pas le cas dans la présente affaire. L'introduction en cours de la négociation d'une clause qui a organisé un pouvoir de résiliation au profit du délégataire en cas d'ouverture d'un contentieux avec une indemnisation spécifique des investissements, bouleverse de manière excessive l'économie générale du projet de convention et est susceptible de léser le concurrent.

Mais l'apport essentiel de cet arrêt réside dans l'interprétation du second alinéa de l'article L. 551-2 du code de justice administrative, qui, régissant le référé précontractuel des pouvoirs adjudicateurs, dispose que : *« Il [le juge] 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. »*

Ce pouvoir de censure par le juge de clauses est propre au référé contractuel des pouvoirs adjudicateurs. Il n'existe pas dans le référé précontractuel des entités adjudicatrices, ni dans le référé contractuel des pouvoirs adjudicateurs et des entités adjudicatrices.

Le Conseil d'Etat pose le principe que si l'article L. 551-2 du code de justice administrative ouvre au juge du référé précontractuel, pour les contrats passés par les pouvoirs adjudicateurs, la faculté de supprimer des clauses ou prescriptions qui méconnaissent les obligations de publicité ou de mise en concurrence, ce pouvoir ne s'applique pas aux clauses qui ont été ajoutées par le candidat. Ce pouvoir ne s'applique qu'aux dispositions contractuelles qui tirent leur origine des documents de la consultation du ressort du pouvoir adjudicateur.

Dans la pratique, une telle censure ne viendrait-elle pas en surabondance au pouvoir d'annulation du juge des décisions qui ont prévalu à l'attribution du contrat.

En effet, une telle demande d'annulation de clauses si elle est mise en œuvre par un concurrent, justifie logiquement une annulation totale ou partielle de la procédure d'attribution, selon le type de procédure et du moment auquel a été introduit la clause litigieuse par le pouvoir adjudicateur (dès le lancement de la consultation ou postérieurement dans une procédure fermée, à négociation ou à dialogue).

Cependant, l'article L. 551-10 du CJA ne limite pas le recours précontractuel aux seuls concurrents évincés lorsqu'il dispose que *« 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. ».

On peut ainsi imaginer des actions entreprises par des partenaires du concurrent retenu, voire par candidat retenu lui-même, comme pour le cas d'un sous-traitant du concurrent retenu revendiquant l'annulation d'une clause interdisant le paiement direct, clause qui pourrait n'avoir pas préjudicié les autres concurrents qui n'auraient pas envisagé eux-mêmes de sous-traiter et procédure ne justifiant alors pas une annulation de décisions procédurales.

*

**

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETATEXT000028653450>

Conseil d'État

N° 373159

Mentionné dans les tables du recueil Lebon

7ème et 2ème sous-sections réunies

M. Frédéric Dieu, rapporteur, M. Gilles Pellissier, rapporteur public

SCP LYON-CAEN, THIRIEZ ; SCP PIWNICA, MOLINIE ; SCP NICOLAY, DE LANOUELLE, HANNOTIN, avocats

Lecture du vendredi 21 février 2014

REPUBLIQUE FRANCAISE - AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

Vu le pourvoi sommaire et les mémoires complémentaires, enregistrés les 6 et 21 novembre et le 5 décembre 2013 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, présentés pour la société **Dalkia France**, dont le siège est 37 avenue du Maréchal de Lattre de Tassigny à Saint-André (59350), la société IDEX Energies, dont le siège est 72 avenue Jean-Baptiste Clément à Boulogne-Billancourt (92513), et la société CDC Infrastructure, dont le siège est 56 rue de Lille à Paris (75007) ; la société Dalkia France et autres demandant au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler l'ordonnance n° 1306637 du 21 octobre 2013 par laquelle le juge des référés du tribunal administratif de Lyon, statuant en application de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, a, sur la demande de la société GDF Suez Energie Services-Cofely, annulé la procédure d'attribution par la communauté urbaine de Lyon de la délégation de service public de production et de distribution de chaud et froid sur le territoire des communes de Lyon, de Villeurbanne et Bron s'agissant des actes intervenus postérieurement à l'ouverture, le 13 mars 2013, de la phase de négociation engagée avec les candidats par l'autorité délégante ;

2°) statuant en référé, de rejeter la demande de la société GDF Suez Energie Services-Cofely ;

3°) de mettre à la charge de la société GDF Suez Energie Services-Cofely le versement de la somme de 6 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu la note en délibéré, enregistrée le 5 février 2014, présentée pour la société Dalkia France et autres ;

Vu la note en délibéré, enregistrée le 6 février 2014, présentée pour la société GDF-Suez Energie Services-Cofely ;

Vu la nouvelle note en délibéré, enregistrée le 7 février 2014, présentée pour la société Dalkia France et autres ;

Vu le code général des collectivités territoriales ;

Vu le code de justice administrative ;

Après avoir entendu en séance publique :

- le rapport de M. Frédéric Dieu, Maître des Requêtes,
- les conclusions de M. Gilles Pellissier, rapporteur public ;

La parole ayant été donnée, avant et après les conclusions, à la SCP Piwnica, Molinié, avocat de la société Dalkia France et autres, à la SCP Nicolaÿ, de Lanouvelle, Hannotin, avocat de la société GDF-Suez Energie Services-Cofely et à la SCP Lyon-Caen, Thiriez, avocat de la communauté urbaine de Lyon ;

1. 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 (...) " ; qu'aux termes de l'article L. 551-2 de ce 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. (...) " ;

2. Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis au juge des référés du tribunal administratif de Lyon que la communauté urbaine de Lyon a lancé une procédure d'appel d'offres en vue de l'attribution d'un contrat de délégation de service public portant sur l'exploitation, pour une durée de vingt-cinq ans, du service public de production et de distribution de chaud et de froid sur le territoire des communes de Lyon, Villeurbanne et Bron ; que la société GDF Suez Energie Services-Cofely et le groupement constitué par les sociétés Dalkia France, IDEX Energies et CDC Infrastructure ont, chacun, déposé une offre ; qu'à l'issue de la phase de négociation engagée le 13 mars 2013 avec ces sociétés, le conseil de la communauté urbaine a, par une délibération du 26 septembre 2013, approuvé le choix du groupement Dalkia France-IDEX Energies-CDC Infrastructure comme délégataire et autorisé le président de la communauté urbaine à signer le projet de convention correspondant à l'offre de base de ce groupement ; que, par l'ordonnance attaquée, le juge des référés précontractuels du tribunal administratif de Lyon, saisi par la société GDF Suez Energie Services-Cofely, a annulé la procédure de passation litigieuse à compter de la phase de négociation des offres, au motif que les modifications apportées, en cours de négociation, à l'offre du groupement Dalkia France-IDEX Energies-CDC Infrastructure, affectaient de manière excessive l'économie générale du projet et méconnaissaient, par suite, le règlement de la consultation ;

3. Considérant qu'aux termes de l'article L. 1411-1 du code général des collectivités territoriales : " 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 (...). 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'usager. Les offres ainsi présentées sont librement négociées par l'autorité publique délégante qui, au terme de ces négociations, choisit le délégataire " ; qu'au cours de la consultation engagée sur le fondement de ces dispositions, la personne responsable de la passation du contrat de délégation de service public peut apporter des adaptations à l'objet du contrat qu'elle envisage de conclure au terme de la négociation lorsque ces adaptations sont d'une portée limitée, justifiées par l'intérêt du service et qu'elles ne

présentent pas, entre les entreprises concurrentes, un caractère discriminatoire ; qu'il ressort d'ailleurs des pièces du dossier soumis au juge des référés précontractuels que l'article 3.2 du règlement de la consultation autorisait les candidats à modifier le projet de convention de délégation de service public qui faisait partie des documents de la consultation à la condition que les modifications ainsi apportées par eux demeurent... ;

4. Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis au juge des référés précontractuels que l'article 2 du projet de convention, dans sa version initiale communiquée aux candidats, se bornait à stipuler que la durée de la convention était fixée à vingt-cinq ans à compter du 1er janvier 2014 ; qu'à la suite de compléments apportés en cours de négociation, la convention dont le conseil de la communauté urbaine a autorisé la signature avec le groupement Dalkia France-IDEX Energies-CDC Infrastructure stipulait, en son **nouvel article 2** : " La durée de la délégation de service public est fixée à vingt-cinq ans à compter du 1er janvier 2014. (...) En cas de **recours administratif ou contentieux** à l'encontre de la convention, de la convention tripartite (telle que visée à l'article 64), de l'acte de délégation y afférent ou de l'un ou plusieurs de leurs actes détachables, ou en cas de retrait de l'un ou de plusieurs desdits actes, le délégant informe le délégataire, par lettre recommandée avec accusé de réception, de l'existence d'un tel recours ou retrait dès qu'il en a connaissance. / En pareil cas, les parties se rencontrent dans un délai maximum de quinze jours à compter de la notification par le délégataire de la lettre susvisée, pour se concerter, examiner la situation et tenter de trouver une solution préservant la continuité du service public et respectant l'équilibre contractuel convenu entre les parties. / La survenance d'un cas de recours ne suspend pas l'exécution de la convention durant toute la phase de concertation, sauf décision contraire du délégant en cours ou au terme de la phase de concertation prévue à l'alinéa précédent. / A l'issue de cette phase, dite phase de concertation, qui, sauf prorogation par les parties, ne saurait excéder une durée d'un (1) mois suivant la rencontre susvisée, les conditions de réalisation des investissements prévus à l'article 11 et à l'article 21 seront redéfinies entre les parties et couvriront au minimum les investissements visés à l'annexe 82-30, dans une limite maximale de quatre (4) années à compter de la prise d'effet de la convention. Au terme de ces quatre années, la résiliation de la convention sera prononcée de plein droit par le délégant selon les modalités d'indemnisation prévues à l'article 68, **sauf si les parties décident, d'un commun accord de poursuivre** l'exécution de la convention dans les mêmes conditions que celles initialement prévues, sous les conditions suivantes : le délégant adressera au délégataire un courrier concluant, après l'analyse des moyens soulevés dans le cadre du recours, à l'absence selon lui et au meilleur de ses connaissances, d'un motif d'illégalité manifeste de l'acte attaqué ; un mécanisme juridique satisfaisant pour le financement externe du délégataire aura été mis en place. / Si la purge définitive des actes ou contrats contestés intervient avant l'expiration des quatre années ci-dessus visées, le délégataire et le délégant se rencontreront dans les conditions de l'article 59, notamment pour convenir des modalités de réalisation des investissements résiduels que le délégataire s'engage à mettre en oeuvre (...) " ;

5. Considérant, en premier lieu, que, pour apprécier l'incidence, sur les investissements que le délégataire s'engageait à réaliser, d'une éventuelle application des nouvelles stipulations de l'article 2 du projet de convention, le juge des référés s'est fondé sur l'écart entre le montant de 172,8 millions d'euros d'investissements nouveaux que proposait de réaliser le groupement attributaire en cas d'exécution du contrat sur sa durée normale, soit vingt-cinq ans, et le montant de 37,2 millions d'euros d'investissements visés à l'annexe 82-30 au projet de convention, qui constituaient le minimum d'investissements à réaliser en cas de mise en oeuvre des nouvelles stipulations de l'article 2 et de réduction de la durée de la convention à un

maximum de quatre ans ; que le juge des référés, dont l'ordonnance est suffisamment motivée sur ce point, pouvait, sans erreur de droit, ne pas tenir compte, dans sa comparaison, du montant de 38 millions d'euros correspondant à la reprise, dans tous les cas, des investissements réalisés par le précédent délégataire ; qu'il a porté sur les faits de l'espèce une appréciation souveraine, exempte de dénaturation ;

6. Considérant, en deuxième lieu, qu'en retenant que la modification apportée à l'article 2 du projet de convention affectait de manière excessive l'économie générale du projet de convention et méconnaissait par suite l'article 3.2 du règlement de la consultation, dès lors qu'elle permettait au délégataire, dans le cas où un recours administratif ou contentieux à l'encontre de la convention ou de ses actes détachables n'aurait pas été définitivement réglé au cours des quatre premières années de l'exécution du contrat, d'une part, d'exiger de l'autorité délégante qu'elle résilie de plein droit le contrat dont la durée pouvait ainsi être réduite des cinq sixièmes, d'autre part, de limiter substantiellement le montant des investissements nouveaux auxquels il s'engageait, le juge des référés n'a pas inexactement qualifié les faits de l'espèce ;

7. Considérant, en troisième lieu, qu'en jugeant que la non-conformité de l'offre du groupement Dalkia France-IDEX Energies-CDC Infrastructure au règlement de la consultation, non-conformité dont il a relevé qu'elle affectait tant son offre de base retenue par la communauté urbaine de Lyon que son offre variante, avait pu léser la société GDF Suez Energie Services-Cofely, dès lors que celle-ci était la seule autre candidate et que ses offres de base et variante avaient été classées respectivement troisième et quatrième, le juge des référés n'a pas inexactement qualifié les faits qui lui étaient soumis ;

8. Considérant, en dernier lieu, que si, en application de l'article L. 551-2 du code de justice administrative, le juge du référé précontractuel peut supprimer les clauses ou prescriptions destinées à figurer dans le contrat, telles qu'elles ressortent des documents de la consultation communiqués aux candidats, lorsque ces clauses ou prescriptions méconnaissent les obligations de publicité ou de mise en concurrence auxquelles est soumise la personne publique, le recours du juge à cette faculté ne saurait s'exercer à l'encontre des clauses figurant dans l'offre faite par le candidat retenu à... ; que, par suite, le juge des référés du tribunal administratif de Lyon, à qui il appartenait de prendre les mesures nécessaires à assurer le respect des obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles était soumis le contrat litigieux, a pu, sans méconnaître son office ni entacher son ordonnance d'une erreur de droit, prononcer l'annulation de la procédure d'attribution de la délégation de service public pour tous les actes intervenus postérieurement à l'ouverture de la phase de négociation, sans se borner à supprimer la clause litigieuse de l'article 2 du projet de convention présenté par le groupement Dalkia France-IDEX Energies-CDC Infrastructure à l'appui de son offre finale, cette clause ne figurant pas dans le projet de convention inclus dans les documents de la consultation, mais ayant été ajoutée par le groupement au cours des négociations menées avec la communauté urbaine de Lyon ;

9. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que le pourvoi des sociétés Dalkia France, IDEX Energies et CDC Infrastructure doit être rejeté, y compris leurs conclusions tendant à l'application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ; qu'il y a lieu en revanche, en application de ces dispositions, de mettre à la charge de ces dernières une somme de 3 500 euros à verser à la société GDF Suez Energie Services-Cofely ;

DECIDE :

Article 1er : Le pourvoi de la société Dalkia France, de la société IDEX Energies et de la société CDC Infrastructure est rejeté.

Article 2 : Les sociétés Dalkia France, IDEX Energies et CDC Infrastructure verseront une somme de 3 500 euros à la société GDF Suez Energie Services-Cofely en application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : La présente décision sera notifiée à la société Dalkia France, à la société IDEX Energies, à la société CDC Infrastructure, à la société GDF Suez Energie Services-Cofely et à la communauté urbaine de Lyon.

<http://www.localjuris.com>