

**Thèmes :**

- Délégation de service public.
- Principes d'égalité entre les candidats.
- Référé précontractuel.
- Dossier de la consultation imposant une date butoir de remise des offres.
- Suite à une demande de précision du délégataire après la date butoir, candidat modifiant les possibilités de subdélégation et son schéma de financement.
- Modification constitutive d'une nouvelle offre déposée au-delà du délai.
- Annulation de la délibération attribuant la délégation de service public à ce candidat.

**Résumé :**

1. L'ordonnance de référé précontractuel attaquée vise le **code des marchés publics** dont les dispositions n'étaient **pas applicables** au litige qui concerne l'attribution d'une **délégation de service public**, mais la seule présence de ce **visa** n'entache **pas** l'ordonnance d'**irrégularité**.

2. Le candidat non retenu, a présenté un **moyen opérant** dans le juge des référés précontractuels tiré de ce qu'il n'aurait pas disposé, au terme de la procédure de négociation des offres, du **même délai** que son concurrent pour **déposer son offre définitive**, se prévalant ainsi d'un manquement qui, eu égard à sa portée et au stade de la procédure auquel il se rapportait, était susceptible de l'avoir lésée.

3. Le respect du **principe d'égalité** entre les candidats et les règles de **mise en concurrence** qui découlent des dispositions de l'article L. 1411-1 du code général des collectivités territoriales exigent que, lorsque des **négociations** sont menées avec plusieurs entreprises à la suite de la remise des offres et que l'autorité délégante fixe à ces entreprises un délai de remise de **nouvelles offres**, ce nouveau **délai** ne soit **pas prorogé pour une partie seulement des entreprises** intéressées.

4. Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis au juge des référés qu'au terme de la négociation qu'elle avait conduite avec les deux candidats, la Commune délégante a demandé à chacun de ces deux concurrents restant en lice de remettre avant une **date butoir** une **offre définitive** qui ne serait plus susceptible d'**aucune modification**.

4. L'offre remise par le groupement qui a été retenu prévoyait que la société titulaire de la concession pourrait déléguer le financement et la maîtrise d'ouvrage des travaux de premier établissement à une société cotraitante, société qui devait être cédée à un tiers investisseur.

Toutefois, le groupement invité par la Commune, **après l'expiration** de ce délai, à apporter toutes **précisions** sur ce tiers **investisseur**, l'a informée de la **défaillance** de celui-ci et a modifié son offre.

Ainsi, l'offre du groupement des sociétés sur laquelle le conseil municipal a délibéré pour lui attribuer la délégation de service public ne comportait **plus de possibilité de subdélégation** et reposait sur un **autre schéma de financement**.

L'offre du groupement des sociétés retenue par la Commune ne constituait, **ni la même offre** que celle déposée par ce groupement avant la date butoir, **ni** une de ses **variantes**, mais une **nouvelle offre déposée au-delà du délai** fixé par la Commune pour la remise des offres définitives.

Le groupement des sociétés devait, par suite, être regardé comme ayant bénéficié d'une prolongation du délai de dépôt de son offre définitive. Le juge des référés précontractuels a pu, alors, sans commettre d'erreur de droit ni qualifier inexactement les faits, juger que ce délai supplémentaire exclusivement octroyé au groupement des sociétés retenues portait **atteinte à l'égalité de traitement entre les deux candidats**, alors même que l'offre concurrente déposée avant la date butoir ne comportait pas de faculté de subdélégation.

Ce manquement entachait d'irrégularité la procédure de passation de la convention de délégation, à compter du stade de l'analyse des offres remises avant la date butoir et le juge a pu **annuler la délibération** du conseil municipal de la Commune attribuant au groupement des la délégation de service public.

► **Commentaire de Dominique Fausser :**

1. Cet arrêt rappelle que l'attribution d'une délégation de service public doit respecter le principe d'égalité de traitement entre les candidats (CJCE, 13 octobre 2005, affaire C-458/03, *Parking Brixen* : concession de service public soumise au principe d'égalité de traitement ; CE, 20 novembre 2006, n° 287198, *Communauté d'agglomération Salon-Etang de Berre-Durance* : application du principe de la transparence des procédures et d'égal accès des candidats à la passation des délégations de service public).

Les délégations de services publics respectent donc les mêmes principes qu'en matière de marchés publics à l'article 1<sup>er</sup> du Code des marchés publics : « II. - Les marchés publics et les accords-cadres soumis au présent code respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures... »

Ces principes de valeur constitutionnel forment le socle commun à la « commande publique ».

Décision du Conseil constitutionnel, 26 juin 2003, n° 2003-473 DC, Loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit, J.O du 3 juillet 2003, p.11205 :

« Considérant (...) qu'en particulier, les dispositions relatives à la commande publique devront respecter les principes qui découlent des articles 6 et 14 de la Déclaration de 1789 et qui sont rappelés par l'article 1er du nouveau code des marchés publics, aux termes duquel : " Les marchés publics respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures. L'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics sont assurées par la définition préalable des besoins, le respect des obligations de publicité et de mise en concurrence ainsi que par le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse. »

Peu importe alors le surplus du visa du code des marchés publics dans le présent arrêt, puisque l'affaire porte sur l'application des principes de la commande publique, régime commun à toute la commande publique.

Par ailleurs, la Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession, affirme les principes à son « article 3 - Principes d'égalité de traitement, de non-discrimination et de transparence :

1. Les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices traitent les opérateurs économiques sur un pied d'égalité et sans discrimination et agissent de manière transparente et proportionnée.

La procédure d'attribution d'une concession, y compris l'estimation de sa valeur, ne peut être conçue avec l'intention de la soustraire au champ d'application de la présente directive ou de favoriser ou défavoriser indûment certains opérateurs économiques ou certains travaux, fournitures ou services.

2. Les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices visent à garantir la transparence de la procédure d'attribution et de l'exécution du contrat, tout en respectant l'article 28. »

2. Ce principe d'égalité suppose que l'autorité qui délègue un service public, comme celle qui attribue un marché public (CAA de Lyon, 4 avril 2013, n° 12LY01253, *Sté Intracom*), respecte les propres règles

qu'elle s'est fixées au règlement de la consultation et notamment le respect de date butoir des offres définitives.

La jurisprudence dégagée en matière de marchés publics avait déjà énoncé qu'un report de la date butoir de remise des offres n'est possible qu'à la condition qu'elle s'opère pour l'ensemble des candidats et que ce report n'ait pas pour effet de restreindre l'accès à la commande publique ou de rompre l'égalité entre les candidats :

CAA de Bordeaux, 20 mars 2007, n° 04BX01097, *Société TCGM et autres c/ département de la Martinique*, mon commentaire sous E-RJCP n° 27 du 7 septembre 2007

« Considérant que, selon l'article 4 du règlement de la consultation du marché de prestation de service pour les transports scolaires du département de la Martinique, le délai de remise des offres est fixé à 21 jours après la date de réception du dossier de consultation et que les offres doivent être remises avant la date et l'heure indiquées sur la page de garde de ce règlement ; que, d'une part, aucun texte législatif ou réglementaire ni aucun principe général du droit ne fait obstacle à ce que le département modifie ce règlement pour reporter la date limite de remise des offres, dès lors que ce report n'a pas pour effet de restreindre l'accès à la commande publique ou de rompre l'égalité entre les candidats ; que, d'autre part, la date limite pour la remise des offres étant fixée au 16 juillet 1999 à 13 heures, le moyen tiré de ce que les dispositions du règlement de la consultation n'auraient pas été respectées doit être écarté, dès lors que toutes les entreprises concurrentes ont pu bénéficier de la même manière de ce report ; »

Le Conseil d'État décline ici la même solution : un candidat ne peut plus modifier ni les possibilités de subdélégation, ni le schéma de financement, qu'il avait proposés après la date limite fixée par le délégataire de remise définitive des offres.

\*

\*\*

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETATEXT000028782075>

**Conseil d'État**

**N° 374438**

Inédit au recueil Lebon

7ème et 2ème sous-sections réunies

Mme Catherine de Salins, rapporteur, M. Gilles Pellissier, rapporteur public

SCP PIWNICA, MOLINIE ; SCP NICOLAY, DE LANOUELLE, HANNOTIN, avocats

Lecture du mercredi **26 mars 2014**

REPUBLIQUE FRANCAISE - AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

Vu le pourvoi sommaire et les mémoires complémentaires, enregistrés les 7, 20 et 31 janvier 2014 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) et pour la société SVD41, dont le siège est situé à la même adresse ; les requérantes demandent au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler l'ordonnance n° 1301989 du 23 décembre 2013 par laquelle le juge des référés du tribunal administratif de Pau, 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, annulé la délibération du conseil municipal de la commune de Tarbes du 31 octobre 2013 en tant qu'elle décide d'attribuer la concession de service public de chauffage urbain de la ville au groupement d'entreprises Dalkia France/SVD41 et autorise le maire à signer le contrat correspondant ;

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

3°) de mettre à la charge de la société GDF Suez Energie Services le versement de la somme de 5 000 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 12 mars 2014, présentée pour la société Dalkia France et la société SVD41 ;

Vu la note en délibéré, enregistrée le 13 mars 2014, présentée pour la société GDF Suez Energie Services ;

Vu le code général des collectivités territoriales ;

Vu le code de justice administrative ;

Après avoir entendu en séance publique :

- le rapport de Mme Catherine de Salins, Conseiller d'Etat,  
- 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 de la société SVD41, et à la SCP Nicolay, de Lanouvelle, Hannotin, avocat de la société GDF Suez Energie Services ;

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. / Le juge est saisi avant la conclusion du contrat.* " ;

2. Considérant que, sur le fondement de ces dispositions, le juge des référés du tribunal administratif de Pau a, par l'ordonnance attaquée, **annulé** à la demande de la société GDF Suez Energie Services, dont l'offre n'avait pas été retenue, **la délibération du conseil municipal de Tarbes attribuant au groupement constitué par les sociétés Dalkia France et SVD41 la délégation de service public** ayant pour objet la conception, la réalisation, le financement et l'exploitation d'une chaufferie au bois et d'un réseau de chaleur sur le territoire de la commune ; que les sociétés Dalkia France et SVD41 se pourvoient en cassation contre cette ordonnance ;

3. Considérant qu'en vertu de l'article L. 1411-1 du code général des collectivités territoriales, les délégations de service public sont soumises par l'autorité délégante à une procédure de publicité permettant la présentation de plusieurs offres concurrentes ; que, selon le dernier alinéa de cet article " *Les offres ainsi présentées sont librement négociées par l'autorité responsable de la personne publique délégante qui, au terme de ces négociations, choisit le délégataire* " ;

4. Considérant, en premier lieu, que **si l'ordonnance attaquée vise le code des marchés publics dont les dispositions n'étaient pas applicables au litige**, les sociétés requérantes, qui ne soutiennent pas que ce visa créerait une ambiguïté sur les textes dont le juge des référés a fait application, **ne sauraient utilement soutenir que la seule présence de ce visa entacherait l'ordonnance d'irrégularité** ;

5. Considérant, en deuxième lieu, qu'en soulevant devant le juge des référés précontractuels un **moyen tiré de ce qu'elle n'aurait pas disposé, au terme de la procédure de négociation des offres, du même délai que son concurrent pour déposer son offre définitive**, la société GDF Suez Energie Services se prévalait d'un manquement qui, eu égard à sa portée et au stade de la procédure auquel il se rapportait, **était susceptible de l'avoir lésée** ; que, par suite, les sociétés requérantes ne sont pas fondées à soutenir qu'en accueillant ce moyen, le juge des référés précontractuels aurait fait droit à un moyen inopérant ;

6. Considérant, en troisième lieu, que le **respect du principe d'égalité entre les candidats et les règles de mise en concurrence** qui découlent des dispositions citées ci-dessus de l'article L. 1411-1 du code général des collectivités territoriales exigent que, lorsque des négociations sont menées avec plusieurs entreprises à la suite de la remise des offres et que l'autorité délégante fixe à ces entreprises un délai de remise de nouvelles offres, **ce nouveau délai ne soit pas prorogé pour une partie seulement des entreprises intéressées** ;

7. Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis au juge des référés qu'au terme de la négociation qu'elle avait conduite avec la société GDF Suez Energie Services et avec le groupement des sociétés Dalkia France et SVD41, **la commune de Tarbes a demandé à chacun de ces deux concurrents restant en lice de remettre avant le 2 août 2013 une offre définitive qui ne serait plus susceptible d'aucune modification** ; que l'offre alors remise par le groupement des sociétés Dalkia France et SVD41 prévoyait que la société Dalkia, titulaire de la concession, pourrait déléguer le financement et la maîtrise d'ouvrage des travaux de premier établissement à la société SVD41, laquelle devait être cédée à un tiers investisseur ; que toutefois, **invité par la commune, après l'expiration de ce délai, à apporter toutes précisions sur ce tiers investisseur, le groupement l'a informée de la défaillance de celui-ci et a modifié son offre** ; qu'ainsi, l'offre du groupement des sociétés Dalkia France et SVD41 sur laquelle le conseil municipal a délibéré le 31 octobre 2013 pour lui attribuer la délégation de service public ne comportait plus de possibilité de subdélégation et reposait sur un autre schéma de financement ;

8. Considérant qu'en jugeant que **l'offre du groupement des sociétés Dalkia France et SVD41 retenue le 31 octobre 2013 par la commune de Tarbes ne constituait, ni la même offre que celle déposée par ce groupement le 2 août précédent ni une de ses variantes, mais une nouvelle offre déposée au-delà du délai fixé par la commune de Tarbes pour la remise des offres définitives**, et que le groupement des sociétés Dalkia France et SVD41 devait, par suite, être regardé comme ayant bénéficié d'une **prolongation du délai de dépôt de son offre définitive**, le juge des référés précontractuels a, sans les dénaturer, souverainement apprécié les faits qui lui étaient soumis ;

9. Considérant que le juge des référés précontractuels a pu, alors, sans commettre d'erreur de droit ni qualifier inexactement les faits, juger que **ce délai supplémentaire exclusivement octroyé au groupement des sociétés Dalkia France et SVD41 portait atteinte à l'égalité de traitement entre les deux candidats, alors même que l'offre concurrente de GDF Suez Energie Services déposée le 2 août 2013 ne comportait pas de faculté de subdélégation** ; qu'il a pu, à bon droit, en déduire que **ce manquement entachait d'irrégularité la procédure de passation de la convention de**

délégation, à compter du stade de l'analyse des offres remises le 2 août 2013 ;

10. Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que les sociétés Dalkia France et SVD41 ne sont pas fondées à demander l'annulation de l'ordonnance attaquée ; que leurs conclusions tendant au bénéfice des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative doivent, par voie de conséquence, être également rejetées ; qu'il y a lieu, en revanche, de mettre à leur charge le versement de la somme de 3 000 euros à la société GDF Suez Energie Services en application de ces mêmes dispositions ;

**DECIDE :**

**Article 1er :** Le pourvoi de la société Dalkia France et de la société SVD41 est rejeté.

**Article 2 :** Les sociétés Dalkia France et SVD41 verseront la somme de 3 000 euros à la société GDF Suez Energie Services au titre 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 SVD41, à la société GDF Suez Energie Services et à la commune de Tarbes.

<http://www.localjuris.com>