

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE LYON**

N° 1306637

SA GDF SUEZ ENERGIE SERVICES-COFELY

M. Kolbert
Juge des référés

Audience du 14 octobre 2013
Ordonnance du 21 octobre 2013

39-08-015-01
C-BJ

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Le juge des référés

Vu la requête, enregistrée le 25 septembre 2013 sous le n° 1306637, présentée pour la SA GDF SUEZ ENERGIE SERVICES-COFELY, dont le siège est situé 1, place des Degrés à Puteaux (92800) par Me Nahmias, avocat au barreau de Paris, qui demande au juge des référés :

1°) d'annuler les décisions par lesquelles le président de la communauté urbaine de Lyon a rejeté son offre pour l'attribution de la délégation du service public de l'exploitation des réseaux de chaud et froid de Lyon, Villeurbanne et Bron, et a proposé au conseil de la communauté urbaine d'attribuer cette délégation au groupement dont le mandataire est la société D;

2°) d'enjoindre à la communauté urbaine de Lyon de reprendre la procédure contestée, à tout le moins au stade de l'analyse des candidatures, en se conformant à ses obligations de publicité et de mise en concurrence et notamment en rejetant comme non conforme, la candidature présentée par le groupement dont la société D est mandataire ;

3°) de condamner la communauté urbaine de Lyon à lui verser 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 :

- la candidature du groupement composé des sociétés D, I et C est irrégulière et aurait dû être écartée, selon la jurisprudence et les préconisations de l'Autorité de la concurrence, car ce groupement a été constitué en méconnaissance des règles de la concurrence que la communauté urbaine ne pouvait ignorer à cet égard, dès lors que le règlement de la consultation comportait, en son article 9, une disposition spécifique à cet égard ; cette règle a été méconnue en ce que les sociétés D et I sont deux entreprises concurrentes naturelles dans le domaine de l'exploitation des réseaux de chaleur et qu'une seule d'entre elles était en mesure d'assurer seule l'exécution de la délégation litigieuse ; leur groupement ne vise donc qu'à « assécher » la concurrence et il n'est pas anodin de souligner que ces deux sociétés se trouvent impliquées dans le cadre des contentieux qui ont précédé la présente procédure ; cette irrégularité lèse directement ses intérêts puisque ce groupement est le délégataire pressenti ;

- les informations données en cours de procédure par la communauté urbaine ont été lacunaires, inexactes ou tardives et ont ainsi, en méconnaissance du principe d'égalité entre candidats, faussé le jeu de la concurrence dans des conditions de nature à léser ; ainsi, en premier lieu, la programmation d'une seule visite du réseau sur trois jours ne peut compenser le déséquilibre existant en faveur de l'ancien exploitant qui, comme D a réalisé ce réseau et l'exploite depuis près de quarante ans, cette visite n'ayant pas porté sur l'ensemble des installations et ayant exclu notamment les installations de production et de distribution du froid ; l'organisation d'une seconde visite de deux heures sur les tours aéro-réfrigérantes de la centrale de Lafayette n'a pas significativement modifié ce constat ; en outre, en deuxième lieu, les réponses aux questions posées en matière de production de froid, spécialement sur ces tours aéro-réfrigérantes, ont été sources d'incertitudes et d'imprécisions, qui n'ont été levées qu'au moment de la phase ultime d'élaboration de l'offre finale et l'ont donc pénalisée ; enfin, et troisièmement, il en est de même s'agissant des informations concernant la puissance moyenne disponible de l'usine d'incinération des ordures ménagères de Gerland, comme source d'énergie possible du réseau de chaleur, qui était mentionnée comme s'élevant à 32 MW dans les documents de consultation, portée à 35 ou 36 MW dans d'autres documents et dont l'imprécision l'a conduite à solliciter des données techniques nombreuses et difficiles à exploiter alors que le délégataire pressenti a utilisé comme puissance disponible un chiffre de 47 MW, dont elle-même n'a jamais eu connaissance et dont seule la communauté urbaine qui exploite l'usine en régie pouvait disposer ;

- la communauté urbaine a retenu une offre irrégulière en ce que le montage contractuel proposé contrevient directement à l'article 4 du projet de convention qui posait l'exigence d'une société dédiée unique dont l'objet devait être exclusivement réservé à l'exécution matérielle de la délégation ; la réponse de la communauté urbaine à une question posée en cours de négociation a en effet autorisé littéralement la subdélégation par la société dédiée à une société tierce pour l'ensemble des prestations ;

- l'offre retenue n'était pas conforme aux exigences du règlement de consultation en ce qu'elle excluait, en cas de recours, la réalisation d'une grande partie des travaux et investissements proposés et prévus dans le cadre d'un calendrier préétabli ; qu'en outre, une telle offre constitue une variante non autorisée par le dossier de consultation, au regard de l'article 12 du règlement ;

Vu le mémoire enregistré le 8 octobre 2013, présenté pour la communauté urbaine de Lyon, représentée par son président, par Me Neveu, avocat au barreau de Paris, qui conclut au rejet de la requête et à la condamnation de la société requérante à lui verser 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 juge des référés précontractuels ne peut dans le cadre de son office retenir un moyen tiré d'un abus de position dominante ; au demeurant, il n'est pas établi que le groupement pressenti

aurait été constitué sans justifications techniques ou économiques, et aurait eu pour effet réel ou potentiel de faire disparaître la concurrence alors même que la société requérante a pu activement participer à la procédure et qu'à l'interrogation sur ce point de la collectivité, le groupement a donné les précisions nécessaires tenant à l'importance du montant prévisible d'investissement et des risques d'exploitation ; enfin, la lésion ou le risque de lésion allégués ne sauraient procéder de la seule éviction de la société requérante ;

- l'existence d'un avantage inhérent à la qualité de titulaire sortant qui doit seulement être rééquilibrée par une mise à niveau des informations disponibles ne doit porter que sur les données essentielles et nécessaires à l'établissement d'une offre satisfaisante ;

- le moyen tiré de l'insuffisance des visites du réseau est imprécis et n'est pas assorti des précisions utiles ; la requérante n'allègue pas l'existence d'une lésion à ce titre en particulier sur l'impact de cette insuffisance sur la manière de présenter ses offres et sur l'analyse de ces dernières par la personne publique, alors qu'elle disposait de l'ensemble des informations pertinentes ; en outre, il n'existe aucune obligation de faire procéder à la visite du réseau, dès lors qu'était fourni un dossier de consultation qui, en l'espèce, était d'ailleurs particulièrement volumineux et exhaustif ; les visites ont été organisées à titre complémentaire et la requérante n'a présenté aucune demande ni réserve quant au périmètre de ces visites, la communauté urbaine ayant en outre accepté d'organiser une visite supplémentaire des tours aéro-réfrigérantes de la centrale Lafayette ; le seul refus opposé à une demande de visite a concerné une sélection de chambres de vannes qui posait de réelles difficultés d'accès et dont, au demeurant, la requérante ne soutient pas qu'elle ait affecté les modalités de présentation de son offre ;

- s'agissant de la question sur le sort des tours aéro-réfrigérantes, la requérante n'a sollicité aucun délai supplémentaire pour intégrer la réponse qui ne lui aurait, finalement été donnée que tardivement et au demeurant, elle ne démontre pas en quoi la présentation de son offre aurait été affectée ; au demeurant tous les candidats étaient placés dans la même situation à cet égard ; en tout état de cause, la confusion quant au devenir de ces tours procède de la seule erreur commise par la société elle-même et la communauté urbaine, dans ses réponses aux questions, n'a jamais interdit toute solution consistant à modifier les tours même si elle maintient qu'elle n'exprimait pas ce souhait en termes de besoins ;

- l'ensemble des éléments permettant de déterminer la capacité d'approvisionnement de l'usine d'incinération de Gerland étaient disponibles dans le dossier de consultation et mentionnaient déjà que la puissance appelée avait déjà dépassé le 40 MW ; la puissance annoncée par le délégataire retenu est en réalité un engagement de porter à 47 MW sur 85 jours cette puissance dans les dix ans grâce aux investissements à réaliser et il ne s'agit donc pas d'une information détenue par la communauté urbaine seule mais d'un élément de l'offre d'un candidat qui n'avait pas à être divulgué aux autres ;

- l'article 4 du projet de convention prévoyait déjà, en réservant des possibilités d'externalisation, que certaines des prestations incluses dans le champ de la délégation puissent être confiées, par la société dédiée, à des entités tierces et l'article 39 organisait en outre une procédure d'accord préalable à une cession ou une subdélégation ; les réponses apportées aux questions posées par la requérante n'ont jamais remis en cause le principe de la société unique dédiée seule responsable de l'exécution du contrat ; la société requérante qui n'a pas souhaité obtenir de report, après avoir pris son temps pour demander des précisions sur les montages juridiques, pour déposer son offre finale a d'ailleurs revendiqué le choix de la simplicité en financement propre et ne peut donc utilement soutenir avoir été lésée ; le montage proposé par le groupement attributaire est conforme au projet de convention puisqu'il s'agit de créer une société dédiée dont les actionnaires sont les trois membres du groupement, et qui demeurera, même dans l'hypothèse d'une subdélégation, seule responsable de l'ensemble des prestations à l'égard du délégant ; cette subdélégation en faveur d'une société « industrielle » composée de D et I, ne sera pas totale ; la communauté urbaine a, au demeurant pris en compte la complexité du montage

proposé qui a d'ailleurs pénalisé le groupement, moins bien noté, sur ce critère, que la société requérante ;

- l'offre retenue s'engage sur l'ensemble des travaux énoncés à l'article 9 du projet de convention et loin de conditionner la réalisation des travaux prioritaires à l'absence de recours, s'engage à les réaliser même en présence d'un tel recours ; seuls les travaux n'ayant pas à être réalisés dès le début de la délégation ont fait l'objet, dans le cadre de la négociation, d'une réserve consistant en un engagement de rapprochement entre les parties, dont il a, par ailleurs été tenu compte dans l'analyse et l'évaluation des offres, au stade de l'effectivité du transfert de risque, la société requérante ayant été mieux notée à cet égard ;
- l'offre retenue ne constituait donc pas une variante non autorisée ;

Vu le mémoire enregistré le 11 octobre 2013, présenté pour les sociétés D, société en commandite par actions dont le siège social est situé 37, avenue , I, société par actions simplifiée dont le siège social est situé..... et C, société anonyme dont le siège social est situé..... par Me Pentecoste, avocat au barreau de Paris, qui conclut au rejet de la requête et à la condamnation de la société requérante à leur verser une somme de 8 000 euros sur le fondement des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Elle soutient que :

- le moyen tiré d'une violation des règles du droit de la concurrence n'est pas au nombre des moyens dont puisse utilement être saisi le juge des référés précontractuels ; subsidiairement, la constitution du groupement était justifiée par la complémentarité technique des compétences et des expériences des sociétés D et I, notamment s'agissant du chauffage urbain d'une part et de production de froid d'autre part ; elle est également justifiée pour des motifs économiques tirés de l'ampleur exceptionnelle des investissements requis au titre de la délégation litigieuse qui concerne l'un des réseaux de chaleurs les plus importants de France ; en réalité, la constitution du groupement a eu pour effet de susciter deux candidatures puisqu'à défaut, seule la candidature de la requérante aurait pu être présentée ; la présence du délégataire sortant n'a eu aucun effet anticoncurrentiel ;
- les griefs présentés à l'instance étaient connus de la requérante dès le début de la procédure et elle n'a attendu que la fin de la phase de négociation pour introduire le référé précontractuel, ce qui démontre son absence de lésion véritable ;
- le règlement de la consultation prévoyait que le projet de convention n'était en rien intangible et que des propositions de modifications ou de compléments de portée limitée pouvaient être faites sans remettre en cause l'économie générale du projet si elles étaient justifiées par l'intérêt du service ; c'est dans ce cadre qu'a été envisagée la création, dans le montage, d'une seconde société industrielle pour assurer une partie des missions du concessionnaire ; la réponse de la communauté urbaine était particulièrement claire à cet égard et cette modification répondait aux conditions ainsi énoncées ; la société industrielle ainsi créée par subdélégation, doit être agréée préalablement par le délégant en conformité avec l'article 39 du projet de convention étant entendu qu'en l'espèce, la subdélégation n'est pas totale, la société dédiée continuant d'exercer la maîtrise d'ouvrage, la mise en place du financement et l'exploitation commerciale du réseau ;
- la clause de purge des recours contentieux est fréquente en la matière et ne concerne pas les droits d'entrée, et les investissements minimaux et la délégation de service public ne posait d'ailleurs pas l'exigence d'une réalisation de la totalité des investissements prévus ; une phase de concertation et de discussion est d'ailleurs prévue en cas de recours contentieux pour déterminer, en dehors des investissements minimaux, le sort des autres investissements sans discontinuité de service ;

Vu le mémoire enregistré le 13 octobre 2013 présenté pour la SA GDF SUEZ ENERGIE SERVICES-COFELY, qui, par les mêmes moyens, conclut aux mêmes fins que la requête, en portant sa demande de condamnation de la communauté urbaine de Lyon au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative à la somme de 6 000 euros et en formulant une demande identique à l'encontre des sociétés défenderesses ;

Elle ajoute que :

- la lésion de l'intérêt du candidat évincé ne saurait être contestée du seul fait que ce dernier a pu présenter une offre qui a été classée et elle ne peut être discutée dans le cas où la candidature de l'attributaire a été irrégulièrement retenue ;
- le respect des règles de la concurrence n'est pas étranger à l'office du juge des référés précontractuels, notamment au regard des règles relatives aux groupements prévues à l'article 51 du code des marchés publics, alors que la communauté urbaine de Lyon elle-même avait énoncé une prescription en ce sens dans l'article 9 du règlement de la consultation ; la demande d'explication adressée en ce sens au groupement montre que cette condition d'admission des candidatures était importante et la réponse apportée ne comportait aucune justification sérieuse du recours à la solution du groupement ; la société D pouvait à elle-seule mobiliser une expérience européenne dans le domaine du chaud mais aussi du froid, et elle avait répondu seule à la précédente consultation qui intéressait déjà le chaud et le froid urbains ; le réseau I est aussi l'exploitant de réseaux de taille conséquente ; aucun élément n'est apporté sur les complémentarités techniques et/ou économiques susceptibles d'être apportées par les membres du groupement ; si la communauté urbaine invoque en défense certains arguments en ce sens, elle fait état d'éléments qui ne figurent pas dans la réponse du groupement, s'agissant notamment du risque d'exploitation, lequel n'est d'ailleurs pas établi en l'espèce et n'est pas mentionné dans les écritures en défense du candidat retenu ;
- l'absence de question posée en cours de procédure ne prive pas le candidat lésé de la possibilité de contester une rupture d'égalité liée au défaut d'information alors qu'au demeurant, elle n'a cessé de formuler des questions pour éclaircir des points demeurés dans l'obscurité ; les documents techniques du dossier de consultation des entreprises n'étaient pas suffisamment précis pour appréhender le niveau de GER (gros entretien et renouvellement) à provisionner, s'agissant tant des installations de production, des réseaux, des chambres de vannes, des vannes de coupure et des compensateurs, des sous-stations ou encore des plans du réseau avec les dates de mise en service ; des demandes très précises ont été présentées de manière très précoce en ce sens, voire réitérées et les réponses insuffisantes n'ont pas été compensées par les visites organisées, ce qui a conduit la candidate à prendre en considération des hypothèses sécurisantes pour le chiffrage de son offre, au regard, en particulier, d'absence d'information sur le degré exact de vétusté du réseau actuel, l'un des éléments d'appréciation de la qualité technique de l'offre étant précisément la qualité du programme GER qui a été moins bien noté pour elle ; la communauté urbaine est de mauvaise foi en ce qui concerne la question de la dépose et du remplacement éventuel des tours aéro-réfrigérantes existantes et ses réponses étaient bien contradictoires jusqu'à une date précédant de trois semaines seulement, la date limite de remise des offres ; la puissance fournie par l'usine d'incinération de Gerland était un élément structurant de l'élaboration des offres et seul, son exploitant actuel, la communauté urbaine de Lyon, peut s'engager contractuellement sur un accroissement de la puissance fournie et il fallait donc nécessairement tenir compte du seul engagement contractuel sur un niveau de 35 MW et non des possibilités techniques de dépasser un tel niveau ; la communauté urbaine aurait dû informer tous les candidats de ce que son engagement contractuel pouvait excéder le niveau de 35 ; le gestionnaire de l'usine n'a d'ailleurs jamais officiellement confirmé le chiffre de 47 MW avancé par le candidat retenu et en valorisant ce chiffre dans l'analyse des offres, la communauté urbaine a manqué à ses obligations ;

- contrairement à ce qui est soutenu, le groupement ne prévoit pas de couvrir l'ensemble des investissements minimaux énoncés à l'article 9 du projet de convention mais seulement ceux visés à l'annexe 82-30 de son offre, en cas de recours ; ce sont ainsi les modalités d'exécution même de la délégation de service public qui sont remises en cause par une telle clause, dès lors que seule une proportion de 21,5 p.100 des investissements et non 32 p.100, devrait être réalisée en cas de recours avec une durée d'engagement de quatre ans seulement, toute prolongation étant alors subordonnée à un accord du groupement, par l'effet d'une véritable condition résolutoire ; il s'agit bien là d'une variante interdite par le règlement de consultation qui a été acceptée en méconnaissance du principe d'égalité ;

- la communauté urbaine de Lyon a retenu une approche partielle de l'analyse des offres en ne prenant pas en considération des éléments pénalisants de l'offre du candidat attributaire qui auraient dû conduire à l'écarter ; la présentation erronée dans le rapport d'analyse des offres du mécanisme de limitation des investissements en cas de recours avec droit à indemnisation dans les conditions d'une résiliation pour motif d'intérêt général, de même que les indications relatives à l'augmentation de la puissance moyenne disponible de l'usine d'incinération de Gerland ou le traitement inégal des offres s'agissant des conditions financières et juridiques ont conduit à dénaturer le contenu de ces offres au détriment de la requérante ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu le code de commerce ;

Vu le code général des collectivités territoriales ;

Vu le code de justice administrative ;

Vu la décision par laquelle le président du tribunal a désigné M. Kolbert, président, comme juge des référés ;

Les parties ayant été régulièrement averties du jour de l'audience ;

Après avoir, au cours de l'audience publique du 14 octobre 2013, présenté son rapport et entendu :

- les observations de Me Cattier et de Me Brun, pour la société GDF SUEZ ENERGIE SERVICES-COFELY ;
- les observations de Me Cabanes et Me Neveu, pour la communauté urbaine de Lyon ;
- les observations de Me Pentecoste, pour les sociétés D, I et C ;

Pour la requérante, les observations orales présentées à l'audience reprennent les développements contenus dans son dernier mémoire ;

Pour la communauté urbaine de Lyon, il est rappelé que l'article 3-2 du règlement de la consultation autorisait les candidats à proposer des modifications du projet de convention et que les candidats ont donc régulièrement utilisé cette possibilité dans le cadre des négociations ; que le moyen tiré de la méconnaissance des règles de concurrence est inopérant et que subsidiairement, l'importance des investissements à réaliser justifiait à tout le moins le recours à un groupement ; que le montage juridique critiqué avait également été envisagé par la requérante en cours de procédure étant entendu que la subdélégation partielle a toujours été envisagée par le projet de convention en sa version initiale ; qu'on doit bien admettre de définir des limites à l'obligation pesant sur le délégant, notamment dans la configuration de candidature de l'exploitant sortant, et il appartient au candidat qui s'estime lésé d'établir le caractère substantiel

de l'information cédée et l'impact qu'une telle situation a eu sur l'élaboration de son offre ; que le délégant n'était pas tenu d'insérer dans son règlement, une visite du réseau alors que le dossier de consultation comptait 9 500 pages et qu'il a répondu aux 108 questions qui ont été posées alors que la requérante a déposé ses offres dans les délais requis ; que s'agissant des différents points sur lesquels portent les nouvelles critiques contenues dans le dernier mémoire, les éléments de réponse doivent être recueillis et seront formalisés par écrit dans le cadre d'une prolongation de l'instruction ; que s'agissant de la puissance de l'usine d'incinération de Gerland, le seul engagement de l'exploitant en régie était de fournir 150 000 MWh/an et que le chiffre de 35 MW de puissance disponible n'était donc pas contractuel pas plus que celui de 47 MW correspondant à la puissance maximale constatée, les candidats étant libres, à leurs risques et périls, de s'engager eux-mêmes sur une hypothèse ou l'autre, étant relevé que la candidate retenue a néanmoins été interrogée sur le chiffre de 47 MW et s'en est expliquée ; que le montant des investissements minimaux sur lequel la candidate retenue s'est engagée même en cas de recours est bien de 32 p.100 du total, car ce chiffre inclut le « droit d'entrée » et les frais financiers ; que la candidate s'est bornée à user de son pouvoir de proposer des modifications du projet de convention et que la conformité de son offre n'est pas contestable ; la solution retenue à l'article 2 du projet ne prive pas la communauté urbaine de son pouvoir de décision quant à l'avenir de la convention en cas de recours ; qu'il n'est pas de l'office du juge des référés précontractuels d'apprécier les mérites respectifs des offres et qu'en tout état de cause, l'appréciation portée sur la valeur de l'offre du groupement n'est pas entachée d'une erreur manifeste ;

Pour les sociétés D et autres, il est répondu que les justifications du recours à un groupement ont été apportées et qu'en l'espèce, eu égard aux contraintes foncières s'imposant au délégant, il était nécessaire de recourir à l'expérience de la société I en matière d'exploitation combinée dans des espaces restreints des réseaux chaud et froid, alors que le niveau des investissements requis impliquait la présence d'au moins deux opérateurs industriels et d'un financeur ; que l'ensemble des éléments d'information que la requérante se plaint de n'avoir pu obtenir étaient en réalité contenus dans les documents de la consultation ; que la clause relative au recours est usuelle compte tenu du choix d'un montage juridique et financier avec des prêteurs externes ; qu'il ne s'agit pas d'une condition résolutoire mais d'une simple clause de résiliation ; que l'ensemble des investissements obligatoires sera réalisé même en l'absence de recours et qu'il n'existe aucun calendrier contractuel de réalisation des investissements ;

La clôture de l'instruction a été différée jusqu'au 18 octobre 2013 à 18 heures en vue de permettre, le cas échéant, à la communauté urbaine de Lyon et aux sociétés membres du groupement attributaire de formaliser par écrit les moyens de défense opposés à l'audience aux moyens et arguments nouveaux développés dans le dernier mémoire de la requérante, et à cette dernière d'y répliquer le cas échéant, sans soulever de nouveaux moyens, l'ensemble à charge pour les parties d'assurer entre elles le respect du contradictoire et d'en justifier auprès du juge des référés ;

Vu le mémoire enregistré le 17 octobre 2013 présenté pour la communauté urbaine de Lyon qui conclut aux mêmes fins que précédemment par les mêmes moyens et qui ajoute que contrairement à ce que soutient la requérante, la différence de niveau entre ses offres et celles du groupement attributaire ne peut être imputée à une prétendue insuffisance des informations reçues mais à des choix techniques différents sur le réseau d'eau surchauffée qui ont des répercussions sensibles notamment sur le montant de leurs programmes de gros entretien et de renouvellement ; de même, les informations relatives aux équipements annexes des chaudières, avec leurs caractéristiques techniques minimales et leur âge, figuraient bien au dossier de consultation, de même que celles concernant les canalisations du réseau, les chambres de vannes,

les vannes de coupure et les compensateurs ; que s'agissant des sous-stations, le volume considérable, à l'inverse, des informations était compensé par un rapport d'audit et deux annexes et qu'il n'est pas établi que les éléments manquants concernant l'année de mise en service de certaines sous-stations l'aurait gênée dans l'élaboration de son offre alors qu'elle disposait d'autres informations, de fiches individuelles et de photographies ; qu'elle n'a jamais réclamé de plans de réseau antérieurs à 2004 ; que les réponses à de nombreuses questions posées figuraient déjà dans le dossier de consultation et que des réponses ont été apportées à chaque fois qu'il était possible de le faire compte tenu de la précision de la question ; que le seul engagement contractuel de la communauté urbaine sur la puissance de l'usine d'incinération de Gerland est de fournir chaque année une quantité d'énergie de 150 000 MWh ; que la question des recours contentieux n'est pas apparue à l'occasion des négociations mais était présente dès le projet initial de convention dont l'article 68 envisageait l'hypothèse d'une résiliation juridictionnelle avec clause de limitation de l'indemnité subséquente au titre du manque à gagner ; que la clause de l'article 2 s'inscrit dans les possibilités de modification ouvertes aux parties telles que prévues à l'article 3.2 du règlement de consultation ; que l'annexe 82-30 reprend quasiment l'ensemble des investissements minimum énoncés à l'article 9 du projet initial, hormis un poste concernant la rénovation et non le remplacement des pompes vétustes de la centrale Lafayette, ce qui porte sur une différence non significative de 84 000 euros sur 37,2 millions d'investissements prioritaires ; que la modification critiquée ne remet pas en cause d'économie générale du projet et qu'elle est justifiée par l'intérêt du service, notamment pour prévenir l'aléa contentieux ; que le juge des référés n'a pas à se prononcer sur les mérites des offres et qu'aucune erreur matérielle ni rupture d'égalité n'a affecté l'appréciation portée sur l'offre du groupement ;

Vu le mémoire enregistré le 17 octobre 2013 présenté pour les sociétés D, I et C qui conclut au rejet de la requête par les mêmes moyens ;

Vu le mémoire enregistré le 18 octobre 2013 présenté pour la société GDF SUEZ ENERGIE SERVICES-COFELY qui conclut aux mêmes fins que sa requête par les mêmes moyens ; elle maintient notamment que la puissance de production maximale pouvant être fournie par l'usine d'incinération, à concurrence de 47 MW, qui ne peut d'ailleurs être regardée comme représentative, ne dépend que de son gestionnaire agissant dans un cadre différent de celui de la délégation et que le choix d'augmenter jusqu'à ce niveau maximal, la puissance fournie par rapport à celle à laquelle l'autorité délégante s'engage contractuellement, constitue une donnée fondamentale dont tous les candidats devaient être informés ; que les dispositions de l'article 3-2 du règlement ne sauraient permettre d'autoriser un candidat à déposer une offre modifiant l'objet et le périmètre même de la délégation de service public, s'agissant des investissements et du délai d'exécution, ce qui la rendait non-conforme aux besoins de l'autorité délégante, sans préjudice de sa qualification de variante non autorisée ;

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.* » ; qu'aux termes du I. 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.» ; qu'en vertu des dispositions précitées, 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 ;

2. Considérant qu'aux termes de l'article L. 1411-1 du code général des collectivités territoriales : *« Une délégation de service public est un contrat par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé, dont la rémunération est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service.(...) / 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. Les garanties professionnelles sont appréciées notamment dans la personne des associés et au vu des garanties professionnelles réunies en son sein. Les sociétés en cours de constitution ou nouvellement créées peuvent être admises à présenter une offre dans les mêmes conditions que les sociétés existantes./ La commission mentionnée à l'article L. 1411-5 dresse la liste des candidats admis à présenter une offre après examen de leurs garanties professionnelles et financières, de leur respect de l'obligation d'emploi des travailleurs handicapés prévue aux articles L. 5212-1 à L. 5212-4 du code du travail et de leur aptitude à assurer la continuité du service public et l'égalité des usagers devant le service public./ 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'utilisateur./ 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. » ; qu'aux termes de l'article L. 1411-5 du même code : *« Après décision sur le principe de la délégation, il est procédé à une publicité et à un recueil d'offres dans les conditions prévues aux troisième et quatrième alinéas de l'article L. 1411-1. Les plis contenant les offres sont ouverts par une commission (...) Au vu de l'avis de la commission, l'autorité habilitée à signer la convention engager librement toute discussion utile avec une ou des entreprises ayant présenté une offre. Elle saisit l'assemblée délibérante du choix de l'entreprise auquel elle a procédé. Elle lui transmet le rapport de la commission présentant notamment la liste des entreprises admises à présenter une offre et l'analyse des propositions de celles-ci, ainsi que les motifs du choix de la candidate et l'économie générale du contrat. » ;**

3. Considérant que, par délibération du 25 juin 2012, le conseil de la communauté urbaine de Lyon a approuvé le principe du recours à une délégation de service public en vue de l'exploitation, pour une durée de 25 ans à compter du 1^{er} janvier 2014, du service public de production et de distribution de chaud et froid sur le territoire des communes de Lyon, Villeurbanne et Bron ; qu'un avis d'appel public à la concurrence a été publié les 5 et 8 juillet 2012 et que deux dossiers comportant à la fois les candidatures et les offres ont été déposés, avant la date limite fixée au 30 novembre 2012, l'un par la société GDF SUEZ ENERGIE SERVICES-COFELY, et l'autre par un groupement constitué par les sociétés D(mandataire), I et C ; que ces candidatures ont été admises et qu'après l'analyse des offres dont elles étaient accompagnées, par la commission prévue par les dispositions précitées de l'article L. 1411-5 du code général des collectivités territoriales, au cours de sa séance du 13 mars 2013, l'autorité délégante a décidé d'engager avec les deux candidats des négociations qui se sont déroulées du 26 au 29 mars 2013, du 21 au 24 mai 2013 et du 1^{er} au 4 juillet 2013 ; qu'après

chacune de ces trois phases de négociations, les offres ont été modifiées ou complétées par les candidats jusqu'au dépôt de leurs offres finalisées, lesquelles ont fait l'objet d'une analyse et d'une évaluation par la commission, en application des critères énoncés dans le règlement de la consultation ; que l'offre de base du groupement représenté par la société D a été classée première avec la note de 78 sur 100 et son offre variante obligatoire, deuxième, avec la note de 76,81 sur 100 ; que les offres de la société GDF SUEZ ENERGIE SERVICES-COFELY ont été classées troisième, pour l'offre de base et quatrième, pour l'offre variante, avec les notes respectives de 72,53 et 71,06 sur 100 ; qu'avant même l'adoption, le 26 septembre 2013, de la délibération par laquelle le conseil de communauté a, d'une part, approuvé le choix du groupement D-I-C comme délégataire et, d'autre part, autorisé le président de la communauté urbaine à signer le projet de convention correspondant à l'offre de base de ce groupement, la société GDF SUEZ ENERGIE SERVICES-COFELY a saisi le juge des référés précontractuels d'une requête tendant à la contestation de la régularité de cette procédure ;

Sur le moyen tiré de l'irrégularité de la candidature du groupement retenu :

4. Considérant que la société requérante soutient qu'en admettant la candidature d'un groupement dont sont membres les sociétés D et I qui sont deux des principaux acteurs du marché de la fourniture de chaud et froid urbains, la communauté urbaine de Lyon aurait, à son détriment, irrégulièrement favorisé une distorsion de concurrence;

5. Considérant qu'il résulte des dispositions précitées de l'article L. 551-1 du code de justice administrative que les seuls manquements susceptibles d'être sanctionnés par le juge des référés précontractuels sont les manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence commis par l'autorité responsable de la passation du contrat et qu'ainsi, il n'appartient pas à ce juge de sanctionner les manquements éventuellement commis par les candidats à une procédure de délégation de service public, aux dispositions visant à prohiber les ententes, telles celles qui figurent à l'article L.420-1 du code de commerce ; que l'article 9 du règlement de la consultation litigieuse en ce qu'il n'exclut pas, par principe, la candidature de groupements n'est pas, par lui-même, de nature à encourager ou à favoriser la constitution d'ententes illicites ; que si enfin, aux termes de cet article 9 : « (...) Afin de répondre aux exigences du droit de la concurrence (cf notamment en ce sens la décision de l'Autorité de la concurrence n° 09-D-18 du 2 juin 2009) il est rappelé que les groupements candidats devront le cas échéant être en mesure de présenter les motifs techniques et/ou économiques qui justifient que leurs membres se soient groupés pour répondre à la présente consultation. », et si la communauté urbaine de Lyon a effectivement, le 12 décembre 2012, sollicité des explications en ce sens auprès du groupement représenté par la société D, qui les lui a fournies le 14 décembre 2012, il n'est pas dans l'office du juge des référés précontractuels d'exercer son contrôle sur l'appréciation portée par l'autorité délégante sur la pertinence, au regard du droit de la concurrence, des justifications fournies à cette occasion ; qu'il résulte de ce qui précède que le moyen tiré de l'irrégularité de la candidature dudit groupement doit être écarté ;

Sur le moyen tiré de l'inégale information donnée aux candidats sur les données techniques :

6. Considérant que la société requérante soutient que les informations qui ont été mises à sa disposition par l'autorité délégante dans le cadre de la procédure de consultation étaient incomplètes ou inexactes et, en tout cas, insuffisantes pour lui permettre d'élaborer une offre satisfaisante, à la différence du groupement attributaire ;

7. Considérant, en premier lieu, que le dossier de consultation des entreprises, d'un volume de plus de 9 000 pages, comportait, un volet n° 3 dédié aux éléments d'information des candidats,

composé de plusieurs séries de plans, de données concernant les moyens de production et d'approvisionnement énergétique existant, d'informations sur les investissements à réaliser et des données d'exploitation du réseau ; qu'en outre le règlement de la consultation prévoyait, en son article 6, l'organisation d'une visite des installations existantes sur trois journées entières et que son article 4 prévoyait que les réponses aux demandes d'informations supplémentaires présentées par les candidats et qui devaient faire l'objet d'une diffusion générale, leur ouvraient la possibilité de solliciter le report de la date limite des offres ;

8. Considérant qu'il résulte de l'instruction que la visite des installations a été organisée pour les candidats les 11, 12 et 13 septembre 2012 et a concerné la chaufferie de la centrale Lafayette, de la centrale de cogénération Einstein, de l'usine d'incinération de Gerland, de la centrale de froid déportée et du terrain de Surville, du site de la chaufferie de Bron et de 10 sous-stations représentatives du panel de sous-stations du service ; qu'elle a été complétée le 2 octobre 2012 par la visite des tours aéro-réfrigérantes de la centrale Lafayette et que si ce programme n'a pu concerner les chambres de vannes des sous-stations, pour des raisons techniques d'accès, le dossier de consultation compensait cette absence par la fourniture d'un rapport d'audit intéressant ces sous-stations et qui présentait, photographies à l'appui, un diagnostic sur l'état de conservation de ces équipements à partir d'un échantillon représentatif de huit chambres de vannes ; qu'en outre, et contrairement à ce que soutient la société requérante, le dossier de consultation comportait pour chacune des années 2008 à 2011 un rapport de gestion des installations accompagné d'un inventaire détaillé et valorisé des biens et équipements de l'exploitation mentionnant les caractéristiques du matériel et l'année de mise en service ; que les plans du réseau fournis pour les années postérieures à 2004 étaient également accompagnés des indications techniques nécessaires et en particulier des diamètres de canalisations ; que l'autorité délégante a systématiquement apporté une réponse aux nombreuses demandes d'informations que la société requérante lui a présentées, tout au long de la phase de négociation, y compris lorsqu'elles concernaient des éléments figurant déjà dans ce dossier de consultation ; qu'ainsi, cette société ne saurait utilement soutenir que l'autorité délégante ne lui a pas fourni les éléments d'information qui lui permettaient de procéder à une estimation suffisamment précise de l'état d'entretien et de la vétusté éventuelle des équipements du réseau afin d'apprécier les charges à prendre en compte pour élaborer son offre, en particulier s'agissant des provisions liées au programme de « Gros entretien et renouvellement » dont le règlement de consultation faisait l'un des éléments d'évaluation des offres, inclus dans l'appréciation du critère de la qualité technique de l'offre ;

9. Considérant, en deuxième lieu, que pour satisfaire au besoin de l'autorité délégante, exprimé dans les documents de consultation, de développer du réseau de froid urbain, et compte tenu de la nécessité, mise en évidence au cours de la phase d'élaboration des offres initiales, de dédier l'essentiel de la production de froid à l'actuelle centrale de Lafayette, la société requérante a, le 12 octobre 2012, demandé à la communauté urbaine de Lyon de lui confirmer son « souhait » de déposer et de renouveler les tours aéro-réfrigérantes de cette centrale ; qu'ayant interprété la réponse apportée à cette question comme un refus de l'option ainsi proposée, elle a envisagé une solution consistant en une modification de l'enveloppe architecturale de la centrale pour y intégrer des tours supplémentaires mais que cette éventualité a été rejetée le 2 juillet 2013 par l'autorité délégante qui lui a précisé, à cette occasion, que sa réponse à la question du 12 octobre 2012 ne pouvait être regardée comme l'interdiction de proposer une modification des tours et qui l'a invitée à modifier ses propositions en conséquence ; que, s'il était certes préférable que cette réponse soit dépourvue de l'ambiguïté que revêtait la question elle-même qui invitait indûment l'autorité délégante à fixer les candidats sur un choix technique qu'elle n'avait jamais mentionné dans les documents de consultation et qui ne correspondait donc pas à l'expression d'un besoin, la société requérante n'a pas à cette occasion et comme le lui permettait l'article 4 du règlement

de la consultation, mis en avant la difficulté dans laquelle cette confirmation l'aurait, selon elle, placée pour solliciter un report de la date limite de l'offre ; qu'elle ne donne d'ailleurs aucun élément permettant d'établir en quoi, du fait de ce contretemps relatif au sort de ces tours, l'offre qu'elle a présentée dans les temps requis, aurait globalement été d'une moindre qualité que si l'option retenue avait été confirmée dès le mois d'octobre 2012 ; qu'elle ne peut donc, et en tout état de cause, être regardée comme ayant été lésée par le manquement allégué ;

10. Considérant, en troisième lieu, que les documents de consultation comportaient des éléments d'information relatifs à l'usine d'incinération des ordures ménagères de Gerland, exploitée en régie par la communauté urbaine de Lyon, et dont la production d'énergie sous forme d'eau surchauffée constitue l'une des sources d'approvisionnement du réseau de chaud urbain ; qu'en particulier, y figure un projet de convention entre le futur délégataire et la communauté urbaine, prise en qualité d'exploitant de cette usine et dont l'article 3.2 met à la charge de cette dernière l'engagement de fournir sur le réseau de chaleur, pour une durée renouvelable de dix ans, l'énergie disponible en sortie des chaudières de récupération de chaleur des fours, sur une base minimale de 150 000 MWh par an, et aux conditions techniques fixées à son article 2 ; que cet article 2 précise que la puissance disponible moyenne stabilisée au départ est de 35 MW ; que les documents de la consultation comportaient les comptes-rendus techniques et financiers d'exploitation des années 2008 à 2011 faisant apparaître les chiffres de la puissance appelée pour chaque équipement et notamment l'usine d'incinération, pour laquelle cette puissance appelée avait pu dépasser à plusieurs reprises les 40 MW ; que la communauté urbaine a également fourni aux candidats, le 25 septembre 2012, d'autres relevés détaillés mentionnant pour cette usine, des chiffres de puissance appelée supérieurs à 40 MW sur la saison de chauffe 2011-2012 ; qu'il ne résulte pas de l'instruction que le groupement attributaire, dont l'offre a tenu compte de l'hypothèse selon laquelle l'usine de Gerland serait techniquement en mesure, d'ici dix ans, de fournir de l'énergie sur la base d'une puissance appelée de 47 MW pendant 85 jours par an, aurait disposé pour émettre cette hypothèse, et à la différence de la société requérante, d'une information selon laquelle la communauté urbaine de Lyon se serait engagée sur ce chiffre ;

11. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que la société requérante n'est pas fondée à soutenir qu'elle n'a pas été mise en mesure de participer, sur toute sa durée, à la procédure litigieuse dans des conditions d'égalité d'information entre les candidats ;

Sur les moyens tirés de l'absence de conformité de l'offre du groupement attributaire :

12. Considérant qu'aux termes de l'article 3.2. du règlement de la consultation et fixant la liste des pièces composant le dossier de consultation parmi lesquelles figurent les éléments contractuels futurs comprenant un projet de convention et ses annexes : « *S'agissant du projet de convention et de ses annexes, il est précisé que sous réserve du respect des stipulations résultant des prescriptions imposées, les différentes stipulations du projet de convention et de ses annexes peuvent donner lieu de la part des candidats à des propositions de modifications et/ou de compléments, à condition cependant que ces propositions de modifications et/ou de compléments demeurent de portée limitée, ne remettent pas en cause l'économie générale du projet de convention et de ses annexes, et soient justifiés par l'intérêt du service (...).* En tout état de cause, le projet de convention n'a aucun caractère définitif. Il pourra évoluer dans le cadre de la libre négociation avec les candidats admis à négocier qui sera engagée par Monsieur le Président de la communauté urbaine ou son représentant. » ; que la société requérante reproche à la communauté urbaine d'avoir retenu une offre non conforme au règlement de consultation en ce qu'elle reposait sur un projet de convention comportant des modifications d'une importance telle qu'elles affectaient l'économie générale de la convention ;

13. Considérant, en premier lieu, qu'en vertu de l'article 4 du projet initial de convention inclus dans le dossier de consultation, le délégataire devait s'engager à créer une société ad hoc dédiée exclusivement à l'exploitation des services délégués de chaleur et de froid urbain et qui, majoritairement détenue par elle en capital pendant toute la durée de la délégation, devait lui être substituée dans ses droits et obligations et être dotée de moyens propres en terme de personnel et de moyens matériels, sans préjudice des prestations susceptibles d'être externalisées ; que l'article 39 de ce projet précisait néanmoins que le délégataire final, tenu d'assurer personnellement l'exécution de la mission, ne pouvait céder ou subdéléguer tout ou partie des tâches lui incombant qu'avec l'accord préalable, exprès et écrit du délégant ; que les exigences de l'autorité délégante ont, par la suite, évolué au cours des négociations et qu'elle a ainsi fait connaître aux candidats dans ses réponses communes des 27 septembre, 26 octobre et 8 novembre 2012, aux questions qui lui étaient posées, que si elle maintenait celle selon laquelle le contrat de délégation ne pouvait être conclu qu'avec une seule société dédiée il était, en revanche, envisageable de permettre à la société dédiée, au capital de laquelle devaient figurer l'ensemble des co-traitants, de conclure un contrat ad hoc avec une société tierce constituée par les seuls co-traitants industriels et de lui confier, avec des moyens propres, l'exécution des prestations d'exploitation, cette subdélégation demeurant subordonnée à l'accord de l'autorité délégante en vertu des stipulations de l'article 39 du projet de convention ; qu'usant de la faculté que lui ouvrait l'article 3-2 du règlement de consultation, le groupement composé des sociétés D, I et C a donc proposé, dans son projet de convention, un montage reprenant cette formule, et prévoyant, d'une part, la création d'une société dédiée composée de ses trois membres et chargée de la maîtrise d'ouvrage, du financement et de l'exploitation commerciale du réseau, et d'autre part, la subdélégation par cette société dédiée, sur autorisation de l'autorité délégante et sans transfert de responsabilité, de la réalisation des ouvrages, de l'exploitation technique, de l'entretien-maintenance, du gros entretien et du renouvellement des ouvrages et équipements, à une société dite « industrielle » détenue par les sociétés D et I et également dotée de moyens propres ; que la société requérante n'établit pas, par les arguments qu'elle présente, qu'une telle modification du projet de convention aurait été autorisée en méconnaissance des dispositions de l'article 3 du règlement de la consultation et qu'en particulier, au regard des orientations définies par l'autorité délégante s'agissant de l'unicité de l'interlocuteur, de la composition de l'actionnariat de la société dédiée ou du périmètre des subdélégations, elles conduiraient à remettre en cause l'économie générale du contrat ; qu'elle ne peut donc valablement soutenir que l'offre du groupement attributaire n'était pas, sur ce point, conforme aux documents de la consultation et aurait dû, pour ce motif, être écartée ; que, par ailleurs, elle ne peut utilement se prévaloir de la rupture d'égalité résultant selon elle, du caractère tardif des réponses de l'autorité délégante aux questions posées sur un montage juridique et financier déjà finalisé par son concurrent, dès lors qu'à supposer qu'elle seule aurait été empêchée, de ce fait, d'élaborer en temps utile une offre sur la base d'un montage analogue, bien que les termes de son offre initiale démontrent qu'elle a sciemment abandonné cette solution pour des raisons de simplicité, le choix qu'elle a ainsi fait de n'apporter aucune modification au projet de convention initiale lui a valu une meilleure évaluation, sur cet élément d'appréciation, que le groupement concurrent et qu'elle ne peut invoquer aucune lésion à cet égard ;

14. Considérant, en second lieu, qu'aux termes de l'article L. 1411-2 du code général des collectivités territoriales : « *Les conventions de délégation de service public doivent être limitées dans leur durée. Celle-ci est déterminée par la collectivité en fonction des prestations demandées au délégataire. Lorsque des investissements sont à la charge du délégataire, la convention de délégation tient compte, pour la détermination de sa durée, de la nature et du montant de l'investissement à réaliser et ne peut dans ce cas dépasser la durée normale d'amortissement des installations mises en oeuvre (...)* » ; que si ces dispositions qui limitent la durée de la convention en imposant qu'elle tienne compte, pour la déterminer, de la nature et du

montant de l'investissement à réaliser, n'interdisent pas, par principe, que cette durée puisse être inférieure à celle de l'amortissement des investissements réalisés, la définition de cette durée n'en constitue pas moins l'un des éléments essentiels de l'économie générale de la convention, de même que le périmètre des investissements prévus dans la convention et en fonction desquels cette durée est notamment définie ;

15. Considérant qu'aux termes de l'article 2 du projet de convention inclus dans les documents de la consultation : « *La durée de la délégation de service public est fixée à vingt-cinq ans à compter du 1^{er} janvier 2014.* » ; que l'article 9 de ce projet stipule que parmi les travaux neufs ou sur ouvrages existants confiés au délégataire, ce dernier s'engage à réaliser dès le début de la convention une liste de travaux de premier établissement, le détail de ces investissements minimaux figurant aux articles 11 et 21, les annexes 82-6 et 82-7 à la convention en définissant les conditions et délais de réalisation, sous les sanctions contractuelles définies à l'article 16, en cas de dépassement du planning ; que l'article 66 de cette convention énumère les cas de cessation du contrat, parmi lesquels figurent, outre le terme normal précisé à l'article 2, la résiliation pour motif d'intérêt général, ainsi que la résiliation juridictionnelle ou par voie de conséquence d'une décision juridictionnelle ; que l'article 68 stipule enfin, qu'en cas de résiliation prononcée par la juridiction administrative ou par voie de conséquence d'une décision juridictionnelle, le délégataire a droit au versement d'une indemnité dans les mêmes conditions que pour la résiliation pour motif d'intérêt général sous réserve de la minoration qui résulterait d'une part de responsabilité qui lui serait imputable, et d'une limitation, selon des modalités à convenir entre les parties, de son manque à gagner ;

16. Considérant que l'article 2 du projet de convention accompagnant l'offre du groupement attributaire, qui reprend les stipulations précitées du projet initial, est complété par les stipulations suivantes : « *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 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 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 œuvre. / La phase de concertation prévue au présent article constitue une cause légitime au sens et dans les conditions de l'article 16.2 » ;

17. Considérant que, contrairement à ce que soutient la communauté urbaine de Lyon, les stipulations précitées, qui trouveraient à s'appliquer dès la survenance d'un recours administratif ou contentieux, auraient pour effet, dans le cas où ce litige ne serait pas définitivement réglé avant le 31 décembre 2017, de subordonner la poursuite de l'exécution de la convention à l'accord des parties et de permettre au délégataire d'exiger contractuellement la mise en œuvre du dispositif de résiliation de plein droit du contrat sous la seule réserve qu'il ait été préalablement mis en mesure, par l'autorité délégante, d'envisager, eu égard à l'issue possible du litige, les modalités éventuelles de poursuite de la convention sans toutefois être tenu de la poursuivre ; qu'elles lui permettent également de limiter, dans le même cas, le montant des investissements nouveaux à réaliser sur cette période de quatre ans, à ceux qui figurent à l'annexe 82-30 de la convention et dont il ressort de l'instruction qu'ils sont d'un montant de l'ordre de 37,2 millions d'euros sur les 172,8 millions d'euros d'investissements nouveaux sur lesquels le groupement attributaire s'est engagé pour l'ensemble de la durée de la délégation ; qu'alors même qu'il explique son souhait de limiter les conséquences d'aléas contentieux par l'origine externe de ses financements, ces modifications apportées dans son offre par le groupement attributaire par rapport au projet initial de convention et qui lui permettent ainsi en cas de recours, de réduire de plus des cinq sixièmes, la durée de son engagement et, quoique dans des proportions moindres mais néanmoins significatives, le périmètre des investissements à réaliser sur cette durée, affectent de manière excessive l'économie générale du projet de délégation telle que l'autorité délégante l'avait définie en organisant la mise en concurrence ; que cette offre ne pouvait donc être regardée comme conforme au règlement de la consultation ni par suite, être régulièrement retenue, en l'état, par la communauté urbaine de Lyon ;

Sur les conséquences à tirer du manquement constaté :

18. Considérant qu'il résulte de l'instruction que l'offre variante du groupement composé des sociétés D, I et C et qui avait été classée en deuxième position par la commission prévue à l'article L. 1411-5 du code général des collectivités territoriales, était assortie d'un projet de convention comportant les mêmes modifications que celles que comportait le projet accompagnant son offre de base ; que dans ces conditions, la société GDF SUEZ ENERGIE SERVICES-COFELY, qui était la seule autre candidate de cette consultation et dont les offres étaient classées troisième et quatrième, est fondée à soutenir que le manquement commis par la communauté urbaine de Lyon à ses obligations de mise en concurrence a été de nature à léser ses intérêts ;

19. Considérant qu'eu égard d'une part, aux modalités particulières dans lesquelles a été organisée la procédure d'attribution de la délégation de service public en litige, comportant une phase de large négociation sur le contenu des offres entre l'autorité délégante et les candidats admis à y participer, et d'autre part à la nature du manquement constaté, qui procède de l'inclusion au cours de cette phase, d'une modification du projet de convention accompagnant l'offre retenue et remettant en cause l'économie générale de la délégation, il n'y a lieu d'annuler la procédure contestée que pour les actes accomplis après l'ouverture, le 13 mars 2013, de cette phase de négociation, une telle annulation incluant nécessairement celle de la délibération du 26 septembre 2013 du conseil de la communauté urbaine de Lyon ;

Sur les frais exposés et non compris dans les dépens :

20. Considérant qu'il y a lieu de mettre à la charge de la communauté urbaine de Lyon, partie perdante au présent litige, le versement à la société GDF SUEZ ENERGIE SERVICES-COFELY d'une somme de 3 000 euros sur le fondement des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ; que ces mêmes dispositions font obstacle à ce qu'il soit fait droit aux conclusions présentées à ce titre contre la requérante, par la communauté urbaine de Lyon et les sociétés D, I et C ;

ORDONNE :

Article 1^{er} : 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, Villeurbanne et Bron, est annulée 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 déléguée.

Article 2 : La communauté urbaine de Lyon versera à la SA GDF SUEZ ENERGIE SERVICES-COFELY une somme de 3 000 euros sur le fondement des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : Le surplus des conclusions des parties est rejeté.

Article 4 : La présente ordonnance sera notifiée à la SA GDF SUEZ ENERGIE SERVICES-COFELY, à la communauté urbaine de Lyon, à la société D, à la société I et à la société C.

Fait à Lyon le 21 octobre 2013.

Le juge des référés,

La greffière,

E. Kolbert

S. Méthé

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