

N° 1100647

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

Société SOLAIREDIRECT

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Ordonnance du 17 mars 2011

Le juge des référés,

Vu la requête, enregistrée le 22 février 2011 par télécopie et régularisée par la production de l'original le 25 février 2011, présentée pour la société SOLAIREDIRECT, dont le siège est 18 rue du Quatre septembre à Paris (75002), par Me Cabanes, avocat ; la société SOLAIREDIRECT demande au juge des référés :

- 1) d'annuler la procédure organisée par le département d'Eure-et-Loir en vue de l'attribution d'un bail emphytéotique administratif ayant pour objet la mise à disposition de terrains de l'ancienne base militaire de Crucey, pour la conception, l'installation et l'exploitation d'un parc photovoltaïque au sol, irrégulière au regard des manquements aux obligations de mise en concurrence ;
- 2) d'enjoindre au département d'organiser la reprise de la procédure dans des conditions conformes aux dispositions en vigueur ;
- 3) de condamner le département d'Eure-et-Loir à lui payer la somme de 3000 euros en application des dispositions de l'article L.761-1 du code de justice administrative ;

Elle soutient que le bail emphytéotique doit être requalifié en concession de travaux, entrant dans le champ d'application des dispositions de l'article L.551-1 du code de justice administrative ; que le juge des référés fonde sa compétence au regard de l'objet du contrat attaqué et que le présent contrat prévoit que le bénéficiaire se voit reconnaître le droit d'exploiter l'ouvrage en contrepartie de son installation ; que le contrat prévoit d'importants travaux préalables dont la réalisation répond aux besoins du pouvoir adjudicateur ; que si le pouvoir adjudicateur avait lancé une procédure de mise en concurrence en vue de l'attribution d'une concession de travaux, le cahier des charges aurait dû être modifié substantiellement ; que le règlement de la consultation a laissé aux candidats le soin de fixer la durée du contrat ; que le département n'a pas apporté aux candidats une information suffisante sur l'appréciation des offres au regard de la durée ; que le pouvoir adjudicateur n'a pas défini avec une précision suffisante ses attentes en ce qui concerne le critère fondé sur le volet financier et juridique de l'offre ; que l'entrée en vigueur du décret n° 2010-1510 du 9 décembre 2010 a modifié les conditions initiales de la mise en concurrence ; que le département a fondé son choix sur un élément qui ne pouvait être connu des candidats durant le déroulement de la consultation ; qu'au surplus le projet du candidat retenu ne pourra être réalisé dans les délais prévus par ce décret ; que le choix du département est entaché d'erreur manifeste d'appréciation ;

Vu le mémoire, enregistré le 3 mars 2011 par télécopie et régularisé par la production de l'original le 4 mars 2011, présenté pour la société SOLAIREDIRECT ; elle conclut aux mêmes fins que sa requête avec les mêmes moyens ;

Elle soutient en outre que le pouvoir adjudicateur aurait dû indiquer les pondérations des deux sous-critères juridiques et financiers ; que la lettre de rejet de l'offre ne traite que du volet financier ; que l'entrée en vigueur du décret du 9 décembre 2010 a eu pour effet de modifier les conditions initiales de la mise en concurrence et de créer une incertitude quant au régime tarifaire de l'électricité produite, rendant impossible toute comparaison objective des offres ; qu'une modification substantielle susceptible d'affecter l'objet du marché oblige le pouvoir adjudicateur à relancer une nouvelle procédure ; que la société EDF-EN a bénéficié à la fin de la procédure d'un avantage concurrentiel, étant la seule à pouvoir prétendre à la conservation d'un tarif règlementé antérieur ; que les offres des autres candidats ne pouvaient être comparées à celle de l'attributaire ; que le département aurait pu attendre la fin du moratoire de 3 mois ;

Vu le mémoire, enregistré le 4 mars 2011 par télécopie et régularisé par la production de l'original le 7 mars 2011, présenté pour la société EDF-EN France, dont le siège est situé Cœur Défense, tour B, 100 esplanade de Gaulle à Paris la Défense (92392), représentée par son président en exercice, par Me Mandelkern, avocat ; la société conclut au rejet de la requête, à la mise à la charge de la requérante de la 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 société requérante est dépourvue d'intérêt à agir, dans la mesure où en raison de l'entrée en vigueur du décret du 9 décembre 2010, elle ne pourrait vendre l'électricité produite que sur le marché de gros, à des conditions tarifaires inférieures et que l'opération d'exploitation de la centrale se révélerait déficitaire ; qu'elle n'est donc susceptible d'être lésée par aucun des manquements qu'elle invoque ; que le présent contrat ne peut être qualifié de concession de travaux publics, dans la mesure où il ne répond pas à un besoin précisé par le pouvoir adjudicateur ; que l'ensemble des caractéristiques de la centrale devait être défini par les candidats ; que le département n'assure pas la maîtrise d'ouvrage des travaux préalables à la construction de la centrale ; que le moyen tiré de l'absence d'indication de la durée du contrat n'est pas assorti de précisions permettant d'en apprécier le bien-fondé ; que l'obligation d'indiquer la durée de la convention n'existe que pour les délégations de service public ; que la société n'indique pas en quoi elle aurait pu être lésée par ce manquement ; qu'il ne ressort d'aucun document que le département aurait entendu privilégier des durées supérieures à 20 ans ; que l'article 1.9 du règlement de remise des offres indique les attentes du pouvoir adjudicateur relatives au volet financier de l'offre, qui inclut le montage juridique ; que cet élément n'avait pas à être pondéré, dès lors qu'il ne constitue pas un sous-critère ; que la société n'indique pas en quoi elle aurait pu être lésée, dans la mesure où la note obtenue au titre de ce critère ne fait pas mention d'une insuffisance du montage juridique proposé ; que l'entrée en vigueur du décret du 9 décembre 2010 ne constitue pas un manquement à une obligation de publicité ou de mise en concurrence ; que ce décret n'a pas rendu sans objet les dispositions du règlement de consultation relatives à l'obligation d'achat de l'électricité ; que le département a, dès le début de la procédure, lié la réalisation de la centrale à l'existence d'un tarif de rachat de l'électricité produite à EDF ; que l'article 1.9 énonce que le volet financier doit indiquer le tarif d'achat envisagé ; que le département était tenu de prendre en compte l'évolution de la réglementation applicable ; que le règlement de la consultation n'excluait pas le raccordement de l'installation au réseau public de transport ; que la requérante n'établit pas que le projet ne pourrait être réalisé dans un délai de 18 mois ; que le taux de réalisation des projets en file d'attente RTE est de 20% ;

Vu le mémoire en défense, enregistré le 4 mars 2011 par télécopie et régularisé par la production de l'original le 9 mars 2011, présenté pour le département d'Eure-et-Loir, dont le siège est 1 place Châtelet à Chartres (28026), par Me Cabot, avocat ; le département demande au juge des référés de rejeter la requête présentée par la société SOLAIREDIRECT et de mettre à la charge de cette dernière la somme de 5 000 euros sur le fondement des dispositions de l'article L.761-1 du code de justice administrative ;

Il soutient que le présent contrat ne peut être requalifié de concession de travaux publics, dans la mesure où aucun programme de travaux n'a été annexé au projet de BEA et qu'aucune prescription technique n'a été imposée aux candidats ; que s'il devait être requalifié, aucune irrégularité n'a pu être commise dans la procédure, les règles définies au titre de III de la directive 2004/18 ayant été respectées ; qu'il appartient au requérant de prouver en quoi il aurait pu être lésé par un manquement aux obligations de mise en concurrence caractérisé par la qualification inexacte de la convention ; que la durée ne faisait pas partie des éléments appréciés pour juger les offres ; que la procédure choisie par le département est une procédure ad hoc, pour laquelle sa seule obligation est de respecter les principes fondamentaux de la commande publique ; que la durée minimale de 20 ans correspond à la durée du contrat de rachat de l'électricité, ce que tous les candidats savent ; qu'au surplus, à supposer que la durée ait constitué un critère retenu par le pouvoir adjudicateur, le département n'était pas tenu de définir les modalités de mise en œuvre de ce critère ; que la requérante n'établit pas en quoi elle aurait pu être lésée par un manquement tenant à l'indication de la durée ; que les candidats avaient été informés de ce que seuls les critères indiqués à l'avis d'appel public à la concurrence seraient pris en compte ; que ce document mentionnait un critère uniquement financier ; que le pouvoir adjudicateur a voulu prendre en compte les aspects juridiques attachés au projet financier, comme cela ressort de l'article 1.9 du règlement de la consultation ; qu'il ne s'agit pas d'un sous-critère ; que l'indication de la pondération d'éventuels sous-critères ne vaut que pour les procédures de passation de marchés publics ; que la requérante ne démontre pas en quoi elle aurait pu être lésée par un tel manquement ; que l'exigence de réaliser un raccordement auprès d'ERDF uniquement ne figurait pas dans la liste des éléments destinés à apprécier les offres des candidats ; que le juge du référé précontractuel ne peut substituer son jugement à celui du pouvoir adjudicateur ; que la requérante n'établit pas en quoi elle aurait pu être lésée par un tel manquement ; que si le département avait dû renoncer à la procédure, la requérante n'établit pas en quoi elle aurait pu être lésée, dans la mesure où le système de rachat obligatoire va disparaître pour les centrales au sol et où les modalités des appels d'offres ne sont pas encore connues pour ces centrales ; que les inconvénients attachés à l'annulation de la procédure doivent conduire au rejet de la requête, le site de Crucey étant pollué à l'amiante et aux hydrocarbures et difficile à reconverter ; que l'occupation du terrain par la centrale empêchera l'organisation d'une manifestation comme le Teknival ; que la réalisation de cet équipement permet de répondre à un intérêt public tenant au développement des énergies renouvelables ; que les évolutions réglementaires empêcheront le département de relancer la procédure dans les mêmes conditions que celles prévalant en avril 2010 ; que le département ne pourra plus valoriser le site ;

Vu le nouveau mémoire, enregistré le 8 mars 2011 pour la société EDF-EN par télécopie et régularisé par la production de l'original le 9 mars 2011 ; la société conclut aux mêmes fins que dans son précédent mémoire et par les mêmes moyens et soutient en outre que le juge des référés ne peut exercer son contrôle sur la procédure de passation d'un contrat distinct ;

Vu le nouveau mémoire, enregistré le 9 mars 2011 par télécopie pour la société SOLAIREDIRECT ; la société conclut aux mêmes fins que son précédent mémoire et par les mêmes moyens ;

Elle soutient en outre que seule une modification de la pondération des critères technique et développement durable a conduit le pouvoir adjudicateur à modifier le règlement de remise des offres actualisées, nullement le volet juridique ; que la durée est un élément d'appréciation des offres, dans la mesure, où, une fois les coûts d'investissement initiaux amortis, la réalisation de marges bénéficiaires importantes devient possible ; que le département n'a distingué aucune part fixe ou variable dans le calcul de la redevance d'occupation du domaine ; qu'aucune information n'a été donnée aux candidats sur les modalités de calcul de la redevance due entre la signature du contrat et le début de l'exploitation ; que le conseil général, en jugeant les offres sur leur conformité à l'article 3 du décret du 9 décembre 2010, a pris en compte un critère supplémentaire, tiré de l'exécution du projet dans un délai de 18 mois ; qu'aucune atteinte à l'intérêt général n'est sérieusement établie ; que le département pourra relancer une nouvelle procédure et attribuer le marché dans de brefs délais ; qu'une modification des tarifs ne peut empêcher la réalisation du projet ;

Vu le nouveau mémoire, enregistré le 9 mars 2011 par télécopie, présenté pour le département d'Eure et Loir ; le département conclut aux mêmes fins que dans son précédent mémoire et par les mêmes moyens ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu la directive 2004/18/CE du 31 mars 2004 ;

Vu le code des marchés publics ;

Vu le code général des collectivités territoriales ;

Vu le code rural ;

Vu la loi n° 2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité et notamment son article 10 ;

Vu l'ordonnance n° 2009-864 du 15 juillet 2009 relative aux contrats de concession de travaux publics ;

Vu le décret n° 2010-1510 du 9 décembre 2010 suspendant l'obligation d'achat de l'électricité produite par certaines installations utilisant l'énergie radiative du soleil ;

Vu le décret n° 2010-406 du 26 avril 2010 relatif aux contrats de concession de travaux publics et portant diverses dispositions en matière de commande publique ;

Vu l'arrêté du 31 août 2010 fixant les conditions d'achat de l'électricité produite par les installations utilisant l'énergie radiative du soleil ;

Vu l'arrêté du 12 janvier 2010 fixant les conditions d'achat de l'électricité produite par les installations utilisant l'énergie radiative du soleil ;

Vu le code de justice administrative ;

Vu la décision en date du 1^{er} octobre 2010 par laquelle le président du Tribunal, juge des référés, a délégué les pouvoirs qui lui sont attribués par l'article L.551-1 du code de justice administrative à M. Jean-Luc Jaosidy, premier conseiller ;

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

Après avoir présenté son rapport et entendu au cours de l'audience publique du 9 mars 2011 à 15H00, les observations de Me Cabot, avocat du département d'Eure-et-Loir, de Me Mandelkern, avocat de la société EDF-EN et de Me Cabanes, avocat de la société requérante ;

Vu la note en délibéré, enregistrée le 10 mars 2011, présentée pour la société SOLAIREDIRECT ; la société conclut aux mêmes fins que sa requête et soutient en outre que ce montage contractuel est soit une concession de travaux, soit un marché de travaux au sens du droit communautaire, soit un bail emphytéotique et un marché de travaux distinct destiné à la réhabilitation du site ; que dans chacun de ces cas, le juge des référés de l'article L.551-1 du code de justice administrative est compétent ;

Sur la recevabilité de la requête :

Considérant que la circonstance, au demeurant non établie, que la société requérante ne pourrait, en qualité d'attributaire de la procédure attaquée, revendre l'électricité produite à un tarif au moins égal à celui défini par l'arrêté du 31 août 2010 susvisé, et par suite, ne serait pas susceptible d'être lésée par les manquements qu'elle invoque, est sans incidence sur la recevabilité de la requête ;

Sur le fond :

Considérant qu'aux termes de l'article L.551-1 du code de justice administrative : « Le président du tribunal administratif, ou le magistrat qu'il délègue, peut être saisi en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation par les pouvoirs adjudicateurs de contrats administratifs ayant pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures ou la prestation de services, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation, ou la délégation d'un service public. Le juge est saisi avant la conclusion du contrat. » ; qu'aux termes de l'article L.551-2 du même code : « Le juge peut ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations et suspendre l'exécution de toute décision qui se rapporte à la passation du contrat, sauf s'il estime, en considération de l'ensemble des intérêts susceptibles d'être lésés et notamment de l'intérêt public, que les conséquences négatives de ces mesures pourraient l'emporter sur leurs avantages. Il peut, en outre, annuler les décisions qui se rapportent à la passation du contrat et supprimer les clauses ou prescriptions destinées à figurer dans le contrat et qui méconnaissent lesdites obligations. » ;

Considérant qu'il ressort des pièces du dossier que par un avis en date du 22 avril 2010, le département d'Eure-et-Loir a lancé une procédure de mise en concurrence ad hoc en vue de l'attribution d'un bail emphytéotique administratif portant mise à disposition de terrains de l'ancienne base militaire de Crucey pour la conception, l'installation et l'exploitation d'un parc photovoltaïque au sol ; que la date limite de remise des offres était fixée au 26 juillet 2010 ;

Considérant que le règlement de la consultation prévoit que le département attribuera à l'opérateur retenu, moyennant le versement d'une redevance, un bail emphytéotique administratif sur une superficie de 244,5 hectares, afin de permettre à ce dernier d'installer, sous sa responsabilité et sa propre maîtrise d'ouvrage, une unité de production photovoltaïque ; que ce bail doit permettre à l'opérateur d'exploiter la centrale au sol et de vendre l'électricité produite au distributeur d'électricité ;

Considérant que dans le silence des textes, l'autorité gestionnaire du domaine peut mettre en œuvre une procédure de publicité ainsi que, le cas échéant, de mise en concurrence, afin de susciter des offres concurrentes ; que le règlement de la consultation prévoit que les offres des candidats seront appréciées selon trois critères liés au volet technique de l'offre, au volet financier et juridique et au volet développement durable ; que l'article 1.9 de ce règlement précise que l'offre de chaque candidat devra comprendre un mémoire faisant notamment état du tarif d'achat envisagé de l'électricité produite ;

Considérant qu'il ressort des pièces du dossier que l'arrêté susvisé du 31 août 2010 est entré en vigueur au cours de la phase de négociation des offres prévue par la procédure ; que cet arrêté prévoit une baisse du tarif d'achat de l'électricité produite par les installations utilisant l'énergie radiative du soleil moyennant des technologies photovoltaïques et abroge l'arrêté du 12 janvier 2010 susvisé, en vigueur à la date de remise des offres ; qu'afin de permettre aux candidats d'adapter leur offre au regard de l'évolution de la réglementation, le département d'Eure-Loire a invité ces derniers, par lettre du 30 septembre 2010, à lui remettre une offre actualisée ; que le décret du 9 décembre 2010 susvisé dispose que l'obligation de conclure un contrat d'achat de l'électricité produite par les installations photovoltaïques prévue par l'article 10 de la loi n° 2000-108 du 10 février 2000 susvisée est suspendue pour une durée de trois mois et qu'aucune nouvelle demande ne peut être déposée durant la période de suspension ; que le même décret prévoit cependant dans son article 3 que ce moratoire ne s'applique pas aux installations dont le producteur a notifié au gestionnaire de réseau, avant le 2 décembre 2010, son acceptation de la proposition technique et financière de raccordement au réseau ;

Considérant que par lettre du 16 décembre 2010, le département a invité les candidats à lui fournir tous éléments relatifs aux « démarches effectuées pour sécuriser le tarif de rachat » ; qu'il est constant que seule la société EDF-EN a pu produire une acceptation des propositions techniques et financières de raccordement au réseau, qui lui avaient été transmises par Réseau transport d'électricité (RTE) le 19 novembre 2010 ; que cette acceptation a été notifiée à RTE le 1^{er} décembre 2010, avant l'expiration du délai ouvert par le décret du 9 décembre 2010 ;

Considérant qu'il ressort des pièces du dossier que l'offre de la société requérante a été classée troisième ; que la lettre du 11 février 2011 du président du conseil général informant la société SOLAIREDIRECT du rejet de son offre mentionne que l'offre retenue est celle de la société EDF-EN, laquelle a été classée seconde, mais avec laquelle des négociations avaient été engagées en raison de l'échec des négociations finales avec le candidat classé premier ; que cette même lettre mentionne que l'offre de la société EFD-EN s'est, en outre, avérée être la seule répondant aux conditions imposées par le moratoire du 9 décembre 2010 ;

Considérant, d'une part, que, contrairement aux allégations du conseil général, il n'est pas établi que les offres des sociétés candidates aient été uniquement appréciées au regard des trois critères définis par le règlement de la consultation et que le pouvoir adjudicateur se serait borné à vérifier leur conformité aux dispositions du décret du 9 décembre 2010 ;

Considérant, d'autre part, qu'il ne ressort pas des pièces du dossier que le respect des conditions imposées par le décret du 9 décembre 2010 constitue un critère assimilable au critère du tarif d'achat de l'électricité fixé par l'article 1.9 du règlement de la consultation ; que le département ne saurait valablement soutenir qu'il était tenu de prendre en compte la réglementation applicable à la date de sa décision ; qu'en se fondant sur un tel critère alors que ce dernier n'était pas prévu par le règlement de la consultation, le département d'Eure-et-Loir a méconnu le principe d'égalité de traitement entre les candidats ; que la société SOLAIREDIRECT est fondée à soutenir qu'elle a été lésée par un tel manquement ;

Considérant qu'il n'est pas établi qu'un intérêt public, tenant notamment à la valorisation du site, soit de nature à faire obstacle à ce qu'il soit fait application des pouvoirs conférés au juge des référés par l'article L.551-2 du code de justice administrative ; qu'il y a lieu, sans qu'il soit besoin de statuer sur les autres moyens de la requête, d'annuler la procédure à compter de la date de remise des offres ;

Sur les conclusions tendant à ce qu'il soit enjoint au département de reprendre une nouvelle procédure :

Considérant que si l'annulation prononcée par la présente ordonnance implique nécessairement que, s'il entend conclure la convention en cause, le département reprenne la procédure au stade de l'analyse des offres, elle n'implique pas, comme le demande la société requérante, d'enjoindre au département d'organiser une nouvelle procédure ;

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

Considérant qu'il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge du département d'Eure-et-Loir une somme de 1 000 euros au titre des frais exposés par la société SOLAIREDIRECT et non compris dans les dépens ; qu'en revanche, les dispositions de l'article L.761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce que soit mise à la charge de la société requérante, qui n'est pas, dans la présente instance, la partie perdante, la somme demandée par le département d'Eure-et-Loir et la société EDF-EN au titre des frais exposés par eux et non compris dans les dépens ;

O R D O N N E :

Article 1^{er} : La procédure de passation du bail emphytéotique administratif ayant pour objet la mise à disposition de terrains de l'ancienne base militaire de Crucey, pour la conception, l'installation et l'exploitation d'un parc photovoltaïque au sol est annulée au stade de la remise des offres.

Article 2 : Le département d'Eure-et-Loir versera une somme de 1 000 euros (mille euros) à la société SOLAIREDIRECT au titre de l'article L.761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : Le surplus des conclusions de la requête de la société SOLAIREDIRECT est rejeté.

Article 4 : Les conclusions présentées par le département d'Eure-et-Loir et la société EDF-EN sur le fondement des dispositions de l'article L.761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 5 : La présente ordonnance sera notifiée à la société SOLAIREDIRECT, à la société EDF-EN et au département d'Eure-et-Loir.

Fait à Orléans, le 17 mars 2011.

Le juge des référés,

Le greffier,

Jean-Luc JAOSIDY

Marie-Paule CAILLER

La République mande et ordonne au préfet d'Eure-et-Loir 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 ordonnance.