

N° 1001591

SOCIETE DE DISTRIBUTIONS
D'EAU INTERCOMMUNALES

M. Wyss
Juge des référés

Audience du 1^{er} avril 2010
Ordonnance du 2 avril 2010

C-BJ

LA DEMANDE

La SOCIETE DE DISTRIBUTIONS D'EAU INTERCOMMUNALES (SDEI), dont le siège est situé 988, chemin Pierre Drevet à Rillieux-la-Pape (69140), a saisi le tribunal administratif d'une requête, enregistrée au greffe du tribunal le 16 mars 2010, sous le n° 1001591.

La société requérante demande au tribunal, en application des dispositions de l'article L. 551-1 du code de justice administrative :

- . d'enjoindre au Syndicat Intercommunal des Eaux de la région de Millery-Mornant de différer la signature de la convention de délégation du service de distribution publique d'eau potable portant sur une période de 12 ans, pour une durée maximum de 20 jours,
- . d'annuler la procédure de dévolution attaquée,
- . d'ordonner au Syndicat Intercommunal des Eaux de la région de Millery-Mornant de reprendre, s'il le souhaite, la procédure conformément aux dispositions des articles L. 1411-1 et suivants du code général des collectivités territoriales,
- . de condamner le Syndicat Intercommunal des Eaux de la région de Millery-Mornant à lui verser la somme de 3 000 euros sur le fondement des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que le SIER de Millery-Mornant n'a pas fixé de critères de sélection des offres et n'a fait état que de critères d'analyse des offres ; que les critères de choix prévus au règlement sont précédés de l'adverbe « notamment » qui laisse entendre qu'ils ne sont pas limitatifs ; que le président a choisi le délégataire pour des motifs étrangers aux deux critères énoncés dans le règlement de consultation ; que les critères sont trop vagues et ne permettaient pas de connaître l'attente du syndicat ; que le syndicat a méconnu le règlement de consultation et appliqué des critères illégaux ayant trait à la candidature ; que l'offre de la société VEOLIA était anormalement basse.

- Par un mémoire en défense enregistré le 30 mars 2010, présenté par la cabinet ISEE, par Me Delay, avocat au barreau de Lyon, le Syndicat Intercommunal des Eaux de la région de Millery-Mornant conclut au rejet de la requête et, en outre, à ce que la société SDEI soit condamnée à lui verser la somme de 2 000 euros en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Il soutient que les critères de sélection des offres ont été expressément mentionnés au paragraphe « analyse des offres » du règlement de consultation ; qu'aucun autre critère n'a été mis en œuvre pour sélectionner les offres ; que ces critères étaient suffisamment clairs et précis pour permettre la comparaison objective des offres ; que le moyen tiré du caractère anormalement bas de l'offre de la société VEOLIA est inopérant devant le juge du référé précontractuel et manque en tout état de cause en fait ; que les offres faites par la SDEI et VEOLIA étaient très comparables ;

- Par un mémoire en intervention enregistré le 31 mars 2010, présenté par Me Frèche et Me Dourlens, avocats au barreau de Paris, la société VEOLIA EAU conclut au rejet de la requête et à la condamnation de la SOCIETE DE DISTRIBUTIONS D'EAU INTERCOMMUNALES à lui verser une somme de 3 000 euros en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que le moyen tiré de l'absence de fixation de critère de sélection des offres manque en fait ; que les candidats, professionnels de la distribution de l'eau, étaient en mesure d'identifier les besoins de la personne publique et d'y répondre dans le cadre de la procédure litigieuse ; que la société requérante n'indique pas en quoi le manquement, à le supposer établi, l'aurait lésé ; alors qu'elle n'a jamais cherché à obtenir des éclaircissements du syndicat délégant ; que la collectivité délégante s'est parfaitement conformée à ses obligations en matière de choix du délégataire et n'a retenu que des motifs en lien direct avec les critères annoncés aux candidats ; que ces critères étaient suffisamment définis compte tenu des obligations pesant sur la personne publique et n'étaient par ailleurs ni flous ni obscurs ; qu'en matière de délégations de service public, l'autorité administrative est en droit de reprendre certains critères déjà utilisés au stade de la candidature ; qu'en tout état de cause, le syndicat délégant a opéré son choix par rapport aux moyens humains et matériels que les candidats envisageait d'affecter à l'exécution de la convention litigieuse ; que le moyen tiré de l'offre anormalement basse est dépourvu de toute précision et est en tout état de cause inopérant dès lors que la convention s'exécute aux risques et périls du délégataire ; qu'en outre, un tel manquement ne serait pas imputable à l'autorité délégante ;

- Par un mémoire en réplique, enregistré le 1^{er} avril 2010, la SOCIETE DE DISTRIBUTIONS D'EAU INTERCOMMUNALES persiste dans ses conclusions, par les mêmes moyens ; elle soutient en outre que la dernière offre de VEOLIA dégage un déficit annuel de 153 718 euros, alors même qu'il est calculé seulement sur les coûts directs, hors frais généraux ; que la recette pour VEOLIA par abonné s'élève seulement à 62,72 euros alors que dans des contrats similaires, elle perçoit entre 95 et 103 euros ; que le caractère anormalement bas de l'offre concurrente est bien de nature à l'avoir lésée, même si elle a elle-même présenté une offre d'un montant comparable.

- Une note en délibéré a été présentée le 2 avril 2010 pour la société VEOLIA EAU.

- Une note en délibéré a été présentée le 2 avril 2010 par la SOCIETE DE DISTRIBUTIONS D'EAU INTERCOMMUNALES.

L'AUDIENCE

Les parties ont été régulièrement averties de l'audience publique qui a eu lieu le 1^{er} avril 2010.

Après avoir lu son rapport, M. Wyss, juge des référés, assisté de Mme Méthé, greffière, a entendu les observations de M. de Metz-Pazzis, représentant la SOCIETE DE DISTRIBUTIONS D'EAU INTERCOMMUNALES, de Me Delay, avocat du Syndicat Intercommunal des Eaux de la région Millery-Mornant, et de Me Dourlens, avocat de VEOLIA EAU ;

LA DÉCISION

Après avoir examiné la requête, ainsi que les mémoires et les pièces produits par les parties, et vu :

- le code général des collectivités territoriales,
- le code de justice administrative, et notamment son article L. 551-1 ;

Considérant que par un avis d'appel public publié au Moniteur du bâtiment et des travaux publics le 3 juillet 2009, le Syndicat Intercommunal des Eaux de la région Millery-Mornant (SIER) a lancé une procédure en vue de la dévolution d'une convention de délégation du service public de distribution d'eau potable pour une durée de 12 ans ; que la SOCIETE DE DISTRIBUTIONS D'EAU INTERCOMMUNALES (SDEI) a été admise à négocier, concurremment avec les société VEOLIA EAU et Nantaise des Eaux ; que la date limite de dépôt des dernières propositions a été fixée au 4 janvier 2010 ; que, par délibération du 16 mars 2010, le comité syndical du SIER a approuvé le contrat de délégation, le choix de la société VEOLIA EAU comme société fermière et a autorisé son président à signer le contrat de délégation ; que la SDEI demande l'annulation de cette procédure ;

Sur la régularité de la procédure :

Considérant qu'aux termes de l'article L. 551-1 du code de justice administrative dans sa rédaction applicable au présent litige : *"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 des marchés publics, des marchés mentionnés au 2° de l'article 24 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics, des contrats de partenariat, des contrats visés au premier alinéa de l'article L. 6148-5 du code de la santé publique et des conventions de délégation de service public. Les personnes habilitées à agir sont celles qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par ce manquement, ainsi que le représentant de l'Etat dans le département dans le cas où le contrat est conclu ou doit être conclu par une collectivité territoriale ou un établissement public local. Le président du tribunal administratif peut être saisi avant la conclusion du contrat. Il peut ordonner à l'auteur du*

manquement de se conformer à ses obligations et suspendre la passation du contrat ou l'exécution de toute décision qui s'y rapporte. Il peut également annuler ces décisions et supprimer les clauses ou prescriptions destinées à figurer dans le contrat et qui méconnaissent lesdites obligations. Dès qu'il est saisi, il peut enjoindre de différer la signature du contrat jusqu'au terme de la procédure et pour une durée maximum de vingt jours. Sauf si la demande porte sur des marchés ou contrats passés par l'Etat, elle peut également être présentée par celui-ci lorsque la Commission des communautés européennes lui a notifié les raisons pour lesquelles elle estime qu'une violation claire et manifeste des obligations de publicité et de mise en concurrence d'origine communautaire ou résultant de l'accord sur l'Espace économique européen, a été commise. Le président du tribunal administratif ou son délégué statue en premier et dernier ressort en la forme des référés." ;

Considérant qu'en vertu des dispositions précitées de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, 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 ;

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. Le délégataire peut être chargé de construire des ouvrages ou d'acquérir des biens nécessaires au 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'usager. 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." ;*

Considérant que les délégations de service public sont soumises aux principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, qui sont des principes généraux du droit de la commande publique ; que, pour assurer le respect de ces principes, la personne publique doit apporter aux candidats à l'attribution d'une délégation de service public, avant le dépôt de leurs offres, une information sur les critères de sélection des offres ; que la circonstance que les dispositions de l'article 38 de la loi du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques reprises à l'article L. 1411-1

du code général des collectivités territoriales prévoient seulement que, après avoir dressé la liste des candidats admis à présenter une offre, la collectivité publique « 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 », est sans incidence sur l'obligation d'informer également ces candidats des critères de sélection de leurs offres ; que, toutefois, les dispositions de l'article 38 de la loi du 29 janvier 1993 prévoyant que la personne publique négocie librement les offres avant de choisir, au terme de cette négociation, le délégataire, elle n'est pas tenue d'informer les candidats des modalités de mise en œuvre de ces critères ; qu'elle choisit le délégataire, après négociation, au regard d'une appréciation globale des critères, sans être contrainte par des modalités de mise en œuvre préalablement déterminées ;

Considérant qu'il résulte de l'instruction que l'avis d'appel public à la concurrence indiquait que le contrat serait attribué à « l'offre économiquement la plus avantageuse appréciée en fonction des critères énoncés dans le cahier des charges (règlement de la consultation, lettre d'invitation ou document descriptif) » ; que le règlement de la consultation mentionnait au paragraphe « analyse des offres » que seraient notamment pris en compte, sans ordre de priorité entre eux ni pondération, la « qualité et cohérence de l'offre : moyens humains et matériels affectés à l'exécution de la délégation, compte prévisionnel de l'exploitation » et les « propositions du candidat, en rapport avec les exigences du MIMO (i.e. le syndicat intercommunal) stipulées dans le document intitulé « Projet de contrat » ; qu'ainsi, le moyen tiré de ce que le syndicat n'aurait pas apporté aux candidats une information sur les critères de sélection des offres manque en fait ;

Considérant que si la SDEI soutient, dans le dernier état de ses écritures, après avoir renoncé à critiquer la pertinence du premier critère, que le second critère est incompréhensible et ne permet pas une comparaison objective des offres en compétition, elle n'établit pas que cette imprécision alléguée l'aurait mis dans l'impossibilité de présenter une offre adaptée ; qu'il est en outre constant que la société requérante n'a pas demandé au syndicat des précisions sur ces critères ; que, de même, elle n'établit pas que l'utilisation de l'adverbe « notamment », il est vrai malencontreuse, aurait été de nature à affecter la qualité de son offre ;

Considérant, enfin, qu'il résulte de l'instruction que le syndicat délégataire a tenu compte, dans son choix, d'une série de motifs énoncés dans le rapport du président, dont aucun n'est sans lien avec les critères portés à l'attention des candidats dans le règlement de consultation pour la sélection des offres, et notamment le tarif facturé aux usagers ou la capacité du délégataire à exécuter le contrat, et qui ne constituent donc pas des critères supplémentaires non portés à la connaissance des candidats et qui seraient au surplus sans lien avec le contrat et illégaux ;

Sur le choix de l'offre :

Considérant que les principes généraux de la commande publique rappelés ci-dessus, font obstacle à ce qu'une collectivité délégante choisisse une offre anormalement basse à l'issue d'une procédure de délégation de service publique, alors même que la délégation s'exécute aux frais et risques du délégataire ;

Considérant que si la SDEI fait valoir que l'offre présentée en dernier lieu par la société VEOLIA serait structurellement déficitaire, les recettes ne permettant pas de couvrir les charges directes et les charges d'investissement, en dehors même de toute imputation de

frais généraux ; que, toutefois, la société VEOLIA EAU a indiqué à l'audience que son offre avait été calibrée pour atteindre un équilibre à mi-contrat, en tenant compte, d'une part, de recettes complémentaires tirées de la facturation des frais d'accès, de la commercialisation d'un dispositif de surveillance des fuites et des recettes tirées de l'exclusivité des branchements, soit un total de 731 737 euros et, d'autre part, de moindres dépenses, à hauteur de 24 000 euros, pour la dotation de renouvellement des investissements ; que, dans ces conditions, la SDEI, dont l'offre n'était d'ailleurs que de peu supérieure à celle de VEOLIA EAU, n'établit pas que le choix du syndicat délégataire est entaché sur ce point d'une erreur manifeste d'appréciation ;

Sur les frais irrépétibles :

Considérant qu'aux termes de l'article L 761-1 du code de justice administrative : *“Dans toutes les instances, le juge condamne la partie tenue aux dépens ou, à défaut, la partie perdante, à payer à l'autre partie la somme qu'il détermine, au titre des frais exposés et non compris dans les dépens. Le juge tient compte de l'équité ou de la situation économique de la partie condamnée. Il peut, même d'office, pour des raisons tirées des mêmes considérations, dire qu'il n'y a pas lieu à cette condamnation.”* ;

Considérant que ces dispositions font obstacle à ce que le Syndicat Intercommunal des Eaux de la région de Mornant-Millery, qui n'est pas la partie perdante dans la présente instance, soit condamnée à verser à la SOCIETE DE DISTRIBUTIONS D'EAU INTERCOMMUNALES la somme qu'elle demande au titre des frais engagés par elle et non compris dans les dépens ; qu'il n'y a pas lieu, dans les circonstances de l'espèce de faire droit aux conclusions présentées par le syndicat intercommunal et la société VEOLIA EAU sur le même fondement ;

le juge des référés ordonne :

Article 1^{er} : La requête n° 1001591 de la SOCIETE DE DISTRIBUTIONS D'EAU INTERCOMMUNALES est rejetée.

Article 2 : Les conclusions présentées par le Syndicat Intercommunal des Eaux de la région de Mornant-Millery et la société VEOLIA EAU sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 3 : La présente ordonnance sera notifiée à la SOCIETE DE DISTRIBUTIONS D'EAU INTERCOMMUNALES, au Syndicat Intercommunal des Eaux de la région de Mornant-Millery et à la société VEOLIA EAU.

Prononcé le deux avril deux mille dix.

Le juge des référés,

La greffière,

J.-P. Wyss

S. Méthé

Pour expédition,
Un greffier,