

Conseil d'État

**N° 300034**

Mentionné dans les tables du recueil Lebon

**7ème et 2ème sous-sections réunies**

M. Martin, président

Mme Agnès Fontana, rapporteur

M. Dacosta Bertrand, commissaire du gouvernement

SCP DELAPORTE, BRIARD, TRICHET ; SCP VIER, BARTHELEMY, MATUCHANSKY ;  
SCP NICOLAY, DE LANOUELLE, HANNOTIN, avocat(s)

lecture du vendredi 24 octobre 2008

**REPUBLIQUE FRANCAISE**

**AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS**

Vu, 1° sous le n°300034, le pourvoi, enregistré le 22 décembre 2006 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, présenté pour le SYNDICAT INTERCOMMUNAL D'EAU ET D'ASSAINISSEMENT DE MAYOTTE, dont le siège est zone industrielle de Kaweni BP289 à Mamoudzou (97600) ; le SYNDICAT INTERCOMMUNAL D'EAU ET D'ASSAINISSEMENT DE MAYOTTE demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler l'ordonnance du 8 décembre 2006 par laquelle le juge des référés du tribunal administratif de Mamoudzou, statuant en application de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, a, à la demande de la société Veolia Eau, annulé la procédure d'attribution par le SYNDICAT INTERCOMMUNAL D'EAU ET D'ASSAINISSEMENT DE MAYOTTE (SIEAM) du contrat d'affermage relatif au service public de production, de traitement, de stockage et de distribution d'eau potable à Mayotte ;

2°) statuant en référé, de rejeter la demande présentée par la société Véolia Eau devant le tribunal administratif de Mamoudzou ;

3°) de mettre la somme de 6.000 euros à la charge de la société Veolia Eau au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Vu, 2° sous le n°300094, le pourvoi sommaire et le mémoire complémentaire, enregistrés les 22 décembre 2006 et 8 janvier 2007 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, présentés pour la société en nom collectif SOGEA MAYOTTE, dont le siège est ZI de Kawéni BP 22 à Mamoudzou (97600) ; la SNC SOGEA MAYOTTE demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler l'ordonnance du 8 décembre 2006 par laquelle le juge des référés du tribunal administratif de Mamoudzou, statuant en application de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, a, à la demande de la société Veolia Eau, annulé la procédure d'attribution par le Syndicat Intercommunal d'Eau et d'Assainissement de Mayotte (SIEAM) du contrat d'affermage relatif au service public de production, de traitement, de stockage et de distribution d'eau potable à Mayotte ;

2°) statuant en référé, de rejeter la demande présentée pour la société Véolia Eau devant le tribunal administratif de Mamoudzou ;

3°) de mettre la somme de 6.000 euros à la charge de la société Veolia Eau au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

.....

Vu les autres pièces des dossiers ;

Vu le traité instituant la Communauté européenne ;

Vu le code général des collectivités territoriales ;

Vu l'arrêté du 9 septembre 2005 pris pour l'application de l'article R. 781-3 du code de justice administrative ;

Vu le code de justice administrative ;

Après avoir entendu en séance publique :

- le rapport de Mme Agnès Fontana, chargée des fonctions de Maître des Requêtes,

- les observations de la SCP Nicolaÿ, de Lanouvelle, Hannotin, avocat du SYNDICAT INTERCOMMUNAL D'EAU ET D'ASSAINISSEMENT DE MAYOTTE, de la SCP

Delaporte, Briard, Trichet, avocat de la SNC SOGEA MAYOTTE et de la SCP Vier, Barthélemy, Matuchansky, avocat de la société Véolia Eau,

- les conclusions de M. Bertrand Dacosta, Commissaire du gouvernement ;

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 des marchés publics (...) 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 (...) / ;

Considérant que les pourvois du SYNDICAT INTERCOMMUNAL D'EAU ET D'ASSAINISSEMENT DE MAYOTTE (SIEAM) et de la SNC SOGEA MAYOTTE sont dirigés contre la même ordonnance ; qu'il y a lieu de les joindre pour statuer par une seule décision ;

Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis au juge des référés que le SIEAM exerce en lieu et place de ses communes membres la réalisation, l'exploitation et l'entretien des ouvrages de production et de distribution d'eau potable ainsi que des ouvrages de collecte et de traitement des eaux usées ; que le syndicat a lancé au mois de janvier 2006 une procédure de renouvellement de la délégation du service public de production et de distribution de l'eau potable, qui arrivait à échéance à la fin du mois de décembre 2006 ; que la commission de délégation de service public a dressé le 10 avril 2006 la liste des quatre candidats admis à présenter une offre ; qu'avant que le choix du délégataire ait été rendu public, la société Véolia Eau a saisi le juge des référés du tribunal administratif de Mamoudzou d'une requête enregistrée le 25 novembre 2006 demandant, sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, l'annulation de la procédure de délégation par le SIEAM du service public de production et de distribution de l'eau potable ; que par l'ordonnance attaquée du 8 décembre 2006, le juge des référés a fait droit à la demande de la société Véolia Eau et a annulé la procédure de délégation ;

Sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens des pourvois ;

Considérant en premier lieu qu'en se fondant, pour annuler la procédure de passation d'une nouvelle délégation de service public pour la production, le traitement, le stockage et la distribution d'eau potable sur le territoire de la collectivité de Mayotte, sur la circonstance qu'une visite groupée avait été organisée par le syndicat à l'intention des entreprises candidates, et que la société SOGEA MAYOTTE, titulaire du précédent contrat d'affermage, avait participé à la présentation des ouvrages, sans rechercher si le déroulement d'une telle visite, dont le principe n'est pas en soi contraire au principe d'égalité des candidats, avait, en l'espèce, porté atteinte à ce principe, le juge des référés pré-contractuels du tribunal administratif de Mamoudzou a commis une erreur de droit et a insuffisamment motivé sa décision ;

Considérant en second lieu qu'en se fondant, pour annuler la procédure, sur la circonstance que le comité syndical du SYNDICAT INTERCOMMUNAL D'EAU ET D'ASSAINISSEMENT DE MAYOTTE aurait irrégulièrement admis la candidature de la société GTA Mayotte qui ne présentait pas les garanties professionnelles, techniques et financières requises, sans rechercher si cette circonstance était de nature, dans les circonstances de l'espèce, à affecter la régularité du choix de l'offre, alors que l'admission irrégulière d'un candidat ne présentant pas toutes les capacités requises n'entache pas nécessairement la procédure d'irrégularité lorsqu'à la date à laquelle le juge statue, l'offre d'une autre entreprise a été retenue, le juge des référés pré-contractuels du tribunal administratif de Mamoudzou a commis une seconde erreur de droit ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que le SYNDICAT INTERCOMMUNAL D'EAU ET D'ASSAINISSEMENT DE MAYOTTE et la société SOGEA MAYOTTE sont fondées à demander l'annulation de l'ordonnance du 8 décembre 2006 du juge des référés du tribunal administratif de Mamoudzou ;

Considérant que, dans les circonstances de l'espèce, il y a lieu, en application de l'article L. 821-2 du code de justice administrative, de régler l'affaire au titre de la procédure de référé engagée ;

Considérant que si le SYNDICAT INTERCOMMUNAL D'EAU ET D'ASSAINISSEMENT DE MAYOTTE soulève une fin de non-recevoir tirée de l'irrecevabilité de la requête, il n'assortit pas cette fin de non-recevoir des précisions propres à en apprécier le bien fondé ; qu'il y a lieu par conséquent d'écarter cette fin de non-recevoir ;

Sur l'absence de publicité communautaire :

Considérant que les directives relatives à la coordination des procédures de passation des marchés publics dans les Etats membres de la Communauté européenne ne sont, en l'absence d'une disposition expresse, pas applicables au territoire de la collectivité départementale de Mayotte ; qu'ainsi le moyen tiré de leur méconnaissance doit être écarté ;

Sur la régularité des mesures de publicité au regard des exigences de l'article R. 1411-1

du code général des collectivités territoriales :

Considérant qu'aux termes de l'article R. 1411-1 du code général des collectivités territoriales : L'autorité responsable de la personne publique délégante doit satisfaire à l'exigence de publicité prévue à l'article L. 1411-1 par une insertion dans une publication habilitée à recevoir des annonces légales et dans une publication spécialisée correspondant au secteur économique concerné (...) ; qu'aux termes de l'article R. 1751-1 du même code : Les articles R. 1411-1 à R 1411-8 (...) sont applicables à Mayotte, sous réserve des dispositions de l'article R. 1781-2 ;

Considérant qu'il résulte de l'instruction que le SYNDICAT INTERCOMMUNAL D'EAU ET D'ASSAINISSEMENT DE MAYOTTE a fait publier l'avis d'appel à la concurrence relatif à la délégation litigieuse dans les publications Le Mahorais et Mayotte Hebdo ainsi que dans le bulletin officiel des annonces des marchés publics et dans la revue spécialisée L'eau, l'industrie, les nuisances ; qu'ainsi le manquement invoqué aux obligations de publicité manque en fait ;

Sur l'organisation d'une visite des sites commune à tous les candidats :

Considérant que l'organisation, par l'autorité délégante, d'une visite unique des sites objet de la délégation de service public soumise à la concurrence, à laquelle participe l'ancien bénéficiaire de la délégation, n'est pas en elle-même constitutive d'un manquement au principe d'égalité entre les candidats ; que la société Véolia Eau ne démontre pas en quoi, en l'espèce, l'organisation d'une telle visite aurait donné lieu à un tel manquement ; qu'il y a lieu dès lors d'écarter le moyen ;

Sur la présence d'informations contradictoires s'agissant de la centrale de Pamandzi :

Considérant que l'avis d'appel à la concurrence fait apparaître sous une rubrique conditions particulières , l'information selon laquelle la station de dessalement de Pamandzi fait l'objet d'un contrat distinct jusqu'en 2009 ; qu'ainsi, contrairement à ce que soutient la société Véolia Eau, aucune contradiction n'existe entre ce document et le règlement de consultation aux termes duquel les candidats doivent présenter une option incluant la reprise de la station de Pamandzi à compter de cette échéance ; qu'il résulte de ce qui précède que le moyen doit être écarté ;

Sur l'imprécision relative à l'option numéro trois :

Considérant que si la société Véolia Eau soutient que l'annexe n°9 au règlement de consultation ne permet pas aux candidats de chiffrer avec précision les conséquences des investissements envisagés par la collectivité pour les prochaines années, conférant ainsi un avantage au fermier sortant, elle n'assortit ce moyen d'aucun élément permettant d'en apprécier le bien-fondé ; qu'il en résulte que ce moyen doit être écarté ;

Sur l'information des candidats s'agissant des personnels à reprendre :

Considérant que le SYNDICAT INTERCOMMUNAL D'EAU ET D'ASSAINISSEMENT DE MAYOTTE a communiqué aux candidats, le 18 mai 2006, puis le 15 juin 2006, une information sur le nombre des salariés que devrait reprendre l'attributaire de la délégation ; que dans les deux cas, le chiffre communiqué s'élevait à 152,35 agents équivalents-temps-plein ; que la première communication était accompagnée d'une information sur la masse salariale, la seconde sur le coût de chaque salarié ; qu'ainsi, contrairement à ce que soutient la société Véolia Eau, eu égard à une date limite de remise des offres fixée au 27 juin 2006, les informations relatives aux salariés à reprendre n'apparaissent ni tardives, ni contradictoires ; qu'il résulte de ce qui précède que le moyen doit être écarté ;

Sur la régularité de la composition de la commission des délégations de service public :

Considérant qu'il appartient au juge des référés pré-contractuels, saisi sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, saisi d'un moyen en ce sens, de s'assurer de la régularité de la composition de la commission des délégations de service public ;

Considérant qu'aux termes l'article L. 1411-5 du code général des collectivités territoriales, dans sa rédaction issue de la loi du 12 juillet 1999 : 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 deuxième et troisième alinéas de l'article L. 1411-1. / Les plis contenant les offres sont ouverts par une commission composée : / a) lorsqu'il s'agit (...) d'un établissement public, par l'autorité habilitée à signer la convention de délégation de service public ou son représentant, président, et par cinq membres de l'assemblée délibérante élus en son sein à la représentation proportionnelle au plus fort reste (...) ; / Il est procédé, selon les mêmes modalités, à l'élection de suppléants en nombre égal à celui de membres titulaires. / Le comptable de la collectivité et un représentant du ministre chargé de la concurrence siègent également à la commission avec voix consultative ; que l'article L. 1751-1 du même code est ainsi rédigé : Les articles L. 1411-1 à L. 1411-15 (...) sont applicables à Mayotte sous réserve des dispositions du 4° de l'article L. 1791-2 ; que si l'article L. 1711-2 du même code dispose que les dispositions législatives postérieures à la loi n° 2001-616 du 11 juillet 2001 relative à Mayotte, qui modifient les dispositions des livres Ier à VI de la première partie du présent code qui sont déclarées applicables à Mayotte par le présent livre, sont applicables de plein droit à Mayotte sous réserve des dispositions du 1° de l'article L. 1791-2, lequel reporte l'application de certaines dispositions qu'il énumère à la date du renouvellement du conseil général en 2007, il résulte de l'article L. 1411-5 précité que celui-ci, dans sa rédaction applicable à compter du 13 juillet 1999, soit antérieurement à la loi du 11 juillet 2001, prévoyait déjà, d'une part l'élection des membres de la commission chargée d'examiner les offres, d'autre part la présence du comptable public de la collectivité ; qu'en application de l'article L. 1751-1 précité, ces dispositions étaient applicables à Mayotte à la date où s'est déroulée la procédure ;

Considérant cependant que dans son mémoire initial présenté devant le juge des référés, la société Véolia Eau se borne à soutenir qu'il ne ressort pas des délibérations du syndicat que les membres de la commission auraient été régulièrement élus, sans développer davantage ce moyen dans ses mémoires ultérieurs ; qu'ainsi, elle n'assortit pas ce moyen des précisions permettant d'en apprécier la portée ; qu'il résulte de ce qui précède que le moyen doit être écarté ;

Sur la convocation du comptable public et du représentant de l'administration chargée de lutter contre les fraudes :

Considérant qu'il résulte de l'instruction que tant le comptable public de la collectivité que le représentant de la direction départementale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes avaient été convoqués par courrier du 31 août 2006 à la réunion de la commission des délégations de service public fixée au 8 septembre ; qu'ainsi, le moyen tiré de ce que ces membres de la commission n'auraient pas été convoqués manque en fait ;

Sur l'absence de consultation du comité technique paritaire et de la commission des services publics :

Considérant qu'il n'appartient en tout état de cause pas au juge statuant sur le fondement des dispositions de l'article L. 551-1 du code de justice administrative d'examiner les moyens autres que ceux relatifs à des manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation des marchés publics et des conventions de délégation de service public ; qu'ainsi la société Véolia Eau ne peut utilement soulever les moyens tirés d'irrégularités qui découleraient du défaut de consultation du comité technique paritaire instauré par l'article 32 de la loi du 26 janvier 1984 d'une part, de la commission consultative des services publics prévue par l'article L. 1413-1 du code général des collectivités territoriales d'autre part ;

Sur la régularité du déroulement de la consultation :

Considérant que la société Véolia Eau soutient, d'une part, que le déroulement de la procédure aurait été vicié par l'admission de la société GTA Mayotte à négocier une offre alors que cette société ne présentait pas les capacités techniques, professionnelles et financières requises ; que l'admission irrégulière d'une société à négocier une offre n'entache pas nécessairement d'irrégularité le déroulement de la procédure, dès lors que l'offre présentée par cette société n'est pas retenue par l'autorité déléguée ; que la société Véolia Eau ne démontre pas, en l'espèce, en quoi l'admission, à la supposer irrégulière, de la société GTA à négocier une offre aurait eu une incidence sur la régularité de la procédure ; qu'il résulte de ce qui précède que le moyen doit être écarté ;

Considérant que la société Véolia Eau soutient, d'autre part, que l'offre de la société en nom collectif SOGEA MAYOTTE aurait été retenue au bénéfice d'un critère social sans lien avec l'objet du marché ; qu'il ressort toutefois des pièces du dossier, et notamment du

rapport du président du syndicat en date du 7 novembre 2006, que le choix de l'offre de la société SOGEA MAYOTTE a été proposé sur la base de critères tirés de la qualité du service, concernant en particulier les modalités de suivi de la délégation et la gestion des crises et accidents ; qu'ainsi le moyen invoqué doit être écarté ;

Sur l'analyse du chiffrage dans le rapport d'analyse :

Considérant qu'il résulte de l'instruction que le rapport du président du syndicat en date du 7 novembre 2006 fait apparaître, d'une part, pour chaque candidat, les tarifs qu'il se propose d'appliquer, d'autre part un tableau général récapitulant les charges et les recettes envisagées par chacun d'entre eux ; qu'ainsi la société Véolia Eau n'est pas fondée à soutenir que l'autorité délégante n'aurait pas procédé à l'analyse du chiffrage des offres ; qu'il résulte de ce qui précède que le moyen doit être écarté ;

Sur le moyen tiré de la dénaturation de l'offre de la société Véolia Eau :

Considérant qu'il résulte de l'instruction que la société Véolia Eau s'est engagée dans une communication du 6 octobre 2006, postérieure à la date limite de dépôt des offres, à reprendre tous les personnels réellement affectés sur le site, sans assortir cette communication d'un chiffre précis ; qu'il ne résulte pas de l'instruction que le chiffre figurant dans le rapport du président du syndicat, soit 116 agents, ait différé du chiffre avancé par la société Véolia Eau dans son offre ; qu'ainsi le moyen tiré par la société Véolia Eau de ce que le SYNDICAT INTERCOMMUNAL D'EAU ET D'ASSAINISSEMENT DE MAYOTTE aurait dénaturé les termes de son offre doit être écarté ;

Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que la demande présentée par la société Véolia Eau devant le juge des référés pré-contractuels du tribunal administratif de Mamoudzou doit être rejetée ;

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

Considérant que ces dispositions font obstacle à ce que les sommes demandées par la société Véolia Eau soient mises à la charge du SYNDICAT INTERCOMMUNAL D'EAU ET D'ASSAINISSEMENT DE MAYOTTE et de la SNC SOGEA MAYOTTE qui ne sont pas, dans la présente affaire, les parties perdantes ; qu'il y a lieu en revanche, sur le fondement des mêmes dispositions, de mettre à la charge de la société Véolia Eau la somme de 6.000 euros qui sera versée pour moitié au SYNDICAT INTERCOMMUNAL D'EAU ET D'ASSAINISSEMENT DE MAYOTTE, pour moitié à la société SOGEA MAYOTTE ;

D E C I D E :



-----

Article 1er : L'ordonnance du 8 décembre 2006 du juge des référés du tribunal administratif de Mamoudzou est annulée.

Article 2 : La demande présentée devant le juge des référés du tribunal administratif de Mamoudzou par la société Véolia Eau est rejetée.

Article 3 : La société Véolia Eau versera au SYNDICAT INTERCOMMUNAL D'EAU ET D'ASSAINISSEMENT DE MAYOTTE et à la SNC SOGEA MAYOTTE la somme de 3 000 euros chacun en application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 4 : La présente décision sera notifiée au SYNDICAT INTERCOMMUNAL D'EAU ET D'ASSAINISSEMENT DE MAYOTTE, à la société en nom collectif SOGEA MAYOTTE et à la société Veolia Eau. Une copie sera transmise pour information à la ministre de l'intérieur, de l'outre-mer et des collectivités territoriales.