

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE BORDEAUX**

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

N° 1804456

SOCIETE VEOLIA EAU –
COMPAGNIE GENERALE DES EAUX

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

M. CORNEVAUX
Juge des référés

Le juge des référés

Ordonnance du 8 novembre 2018

Vu la procédure suivante :

Par une requête et un mémoire enregistrés respectivement les 23 et 29 octobre 2018, présentés pour la Société Véolia Eau - Compagnie Générale des Eaux, représentée par son gérant, par Frêche et associés AARPI, demande au juge des référés, saisi sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative :

1°) d'annuler toute décision se rapportant à la passation de cette convention de délégation de service public lancée par l'agglomération d'Agen ;

2°) d'enjoindre à ladite communauté de reprendre la procédure de passation de cette concession du service public d'eau potable ;

3°) de mettre à la charge de l'agglomération d'Agen la somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- l'autorité délégataire a méconnu les principes d'attribution des contrats de concession et en particulier le principe de transparence ; ces manquements ayant lésé les intérêts de la société requérante ;

- l'agglomération d'Agen a eu recours des critères imprécis tel les exigences d'une implantation locales voire occultes par la confusion des procédures eau potable et assainissement par l'attribution de fait des deux concession au même opérateur qui a laissé à l'autorité délégataire une marge d'appréciation inconditionnée en méconnaissance de l'article 47 de l'ordonnance du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession et ainsi que de l'article 27 du décret du 1^{er} février 2016 relatif aux contrats de concession.

Par des mémoires en défense, enregistrés respectivement les 24 et 29 octobre 2018, l'agglomération d'Agen, représentée par la Selarl Landot et associés, avocats qui conclut au rejet de la requête et au versement par la société Véolia Eau de la somme de 4 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle fait valoir que :

- le moyen relatif à une prétendue méconnaissance des principes gouvernant à l'attribution des contrats de concession manque en fait dès lors que le courrier de l'autorité délégataire du 22 août 2018 avait pour objet de clore les négociations et non d'écarter la société requérante de la poursuite des négociations ;
- la société requérante ne peut prétendre être lésée par un manquement aux obligations de mise en concurrence applicables ;
- l'autorité délégataire ne s'est fondé sur aucun critères à ceux listés dans les documents de la consultation ;
- l'agglomération d'Agen n'a pas pris en compte un critère relatif à une implantation locale ou ancrage territorial pour s'arroger une marge d'appréciation inconditionnée ;
- le critère occulte qui serait lié à la volonté de la collectivité d'opérer une sélection d'un opérateur unique pour la gestion du service public de l'eau et de l'assainissement manque en fait car les consultations ont été menées en parallèle l'une de l'autre sans qu'à aucun moment, il y ait eu confusion alors mêmes qu'elles ont été lancées par la même autorité et sur le même territoire ;

Par des mémoires, enregistrés les 5 et 29 octobre 2018, la société Saur, représentée par la Selarl Cabanes - Neveu associés, avocat, conclut au rejet de la requête et à ce que soit mis à la charge de la société Véolia - Eau une somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 76-1 du code de justice administrative.

Elle fait valoir que :

- l'absence d'analyse de l'offre finale de la société Véolia - Eau repose sur une simple supposition ; ce moyen manque en fait comme en droit ;
- l'agglomération n'a jamais demandé le dépôt d'une offre couplée en tenant compte de l'attribution des deux contrats au même candidat ;
- il ne ressort d'aucun des motifs de choix que le critère relatif à une implantation locale aurait été pris en considération par l'autorité délégataire.

Vu les autres pièces du dossier.

Vu :

- le code général des collectivités territoriales ;
- l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession ;
- le décret n° 2016-86 du 1^{er} février 2016 relatif aux contrats de concession ;
- le code de justice administrative.

Le président du tribunal a désigné M. Cornevaux, vice-président, pour statuer sur les demandes de référé en application des dispositions de l'article L. 511-2 du code de justice administrative.

Les parties ont été régulièrement averties du jour de l'audience.

Au cours de l'audience publique tenue en présence de Mme Fréhic, greffier d'audience, M. Cornevaux a lu son rapport et entendu les observations :

- de Me Dourens pour la société Véolia-Eau ;
- de Me Kluczynski et de M. Soliveres pour l'agglomération d'Agen ;
- de Me Cabanes pour la société Saur.

Après avoir prononcé, à l'issue de l'audience, la clôture de l'instruction.

Une note en délibéré de l'agglomération d'Agen a été enregistrée le 2 novembre 2018 à 10h.12.

Une note en délibéré a été produite le 5 novembre 2018 à 13h15 par la société Véolia Eau-Compagnie Générale des Eaux.

Considérant ce qui suit :

1. L'agglomération d'Agen après avoir délibéré les 17 mars 2016 et 16 septembre 2017, sur le principe d'une concession de service public pour l'exploitation de l'assainissement et de la distribution d'eau potable, à compter du 1^{er} janvier 2019 pour une durée de 12 ans minimum, a lancé, en application des articles L. 1411-1 et suivants du code général des collectivités territoriales, de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 et du décret n° 2016-86 du 1^{er} février 2016 relatifs aux contrats de concession, par un avis d'appel public à la concurrence publié le 4 octobre 2017, au bulletin officiel des marchés publics ainsi qu'au journal officiel de l'union européenne, une procédure de passation d'une délégation du service public pour la distribution d'eau potable. Les candidats admis à présenter une offre devant la commission de délégation de service public ont été informés que les offres initiales devaient être présentées au plus tard le 28 février 2018, trois entreprises, la société Saur, la société Véolia-Eau ainsi qu'un groupement solidaire « Aguas de Valencia », ont déposé une offre. La commission de délégation de service public, après analyse des offres le 6 avril 2018 a admis les trois sociétés candidates en phase de négociations. Après quatre réunions de négociation avec ces trois candidats respectivement entre les 19 et 23 avril, 7 et 11 juin, 29 juin et 2 juillet et enfin les 23, 24 et 30 juillet 2018, à l'issue desquels, l'autorité délégataire a indiqué que les dernières et meilleures offres devaient être remises le 13 août 2018 au plus tard, la clôture des négociations étant arrêtées le 22 août 2018 pour que l'approbation du contrat de concession soit arrêté par délibération lors de la séance du conseil d'agglomération d'Agen du 11 octobre 2018. L'offre de la société Saur ayant été retenue, l'un des candidat évincé, la société Véolia, demande au juge des référés précontractuels d'annuler les décisions qui se rapportent à la procédure de passation de la délégation du service public de distribution d'eau potable de l'agglomération d'Agen.

Sur les conclusions présentées sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative :

2. 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 (...) la prestation de services, avec une contrepartie économique constituée par un prix (...), la délégation d'un service public (...). / Le juge est saisi avant la conclusion du contrat* ». 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* ». L'article L. 551-3 dispose que : « *Le président du tribunal administratif ou son délégué statue en premier et dernier ressort en la forme des référés* ». Et l'article L. 551-4 ajoute : « *Le contrat ne peut être signé à compter de la saisine du tribunal administratif et jusqu'à la notification au pouvoir adjudicateur de la décision juridictionnelle* ».

3. Il appartient au juge administratif, saisi en application des dispositions précitées, de se prononcer uniquement sur le respect des obligations de publicité et de mise en concurrence incombant à l'administration lors du déroulement de la procédure d'attribution d'un marché public. Dans le cadre de ce contrôle de pleine juridiction, le juge vérifie en particulier les motifs de l'exclusion d'un candidat et en contrôle le bien-fondé. A cet égard, s'il ne lui appartient pas de se prononcer sur l'appréciation portée sur la valeur d'une offre ou les mérites respectifs des différentes offres, il lui appartient en revanche de vérifier que le pouvoir adjudicateur n'a pas dénaturé le contenu d'une offre en méconnaissant ou en altérant manifestement les termes et procéder ainsi à la sélection de l'attributaire du contrat en méconnaissance du principe fondamental d'égalité de traitement des candidats. Il lui appartient, en outre, de rechercher si l'entreprise qui le saisit se prévaut des 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.

En ce qui concerne les négociations :

4. La société Véolia Eau soutient que l'agglomération d'Agen a manqué à ses obligations de transparence lors de la mise en concurrence et de respect de l'égalité de traitement des candidats, en menant des négociations orientées, en sa défaveur et au bénéfice de la société Saur.

5. D'une part, aux termes de l'article L. 1411-1 du code général des collectivités territoriales : « Une délégation de service public est un contrat de concession au sens de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession, conclu par écrit, par lequel une autorité délégante confie la gestion d'une service public à un ou plusieurs opérateurs économiques, à qui est transféré un risque lié à l'exploitation du service, en contrepartie soit du droit d'exploiter le service qui fait l'objet du contrat, soit de ce droit assorti d'un prix. La part de risque transférée au délégataire implique une réelle exposition aux aléas du marché, de sorte que toute perte potentielle supportée par le délégataire ne doit pas être purement nominale ou négligeable. Le délégataire assume le risque d'exploitation lorsque, dans des conditions d'exploitation normales, il n'est pas assuré d'amortir les investissements ou les coûts qu'il a supportés, liés à l'exploitation du service. Le délégataire peut être chargé de construire des ouvrages, de réaliser des travaux ou d'acquérir des biens nécessaires au service public ». Aux termes de l'article L. 1411-5 du même code : « (...) l'autorité habilitée à signer la convention peut organiser librement une négociation avec un ou plusieurs soumissionnaires dans les conditions prévues par l'article 46 de l'ordonnance du 29 janvier 2016 susmentionnée. 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 ». D'autre part, aux termes de l'article 46 de l'ordonnance du 29 janvier 2016 : « Les autorités concédantes peuvent organiser librement une négociation avec un ou plusieurs soumissionnaires dans des conditions prévues par voie réglementaire. La négociation ne peut porter sur l'objet de la concession, les critères d'attribution ou les conditions et caractéristiques minimales indiquées dans les documents de la consultation ». Il résulte de ces dispositions que la collectivité détermine librement les modalités de négociation avec les candidats admis à présenter une offre, sous réserve du respect des principes généraux du droit de la commande publique notamment d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures.

6. La société Véolia soutient que son offre finale présentée le 13 août 2018, n'a pas été analysée en se prévalant d'un courrier du 22 août 2018 émanant du président de la communauté concessionnaire indiquant « ne pas prolonger la phase de négociation » avec la société requérante, de sorte que cette procédure qui révèle un manque de transparence l'a lésée alors que les négociations ont continuées avec la société Saur. Il résulte de l'instruction, que pour la concession d'eau potable, après la remise des offres par trois entreprises, une phase de négociation a été ouverte avec chacun des candidats dont la société requérante. Après trois réunions de négociations, le président de l'agglomération à l'issue d'un échange téléphonique le 3 août 2018 avec les entreprises candidates a indiqué que lesdites entreprises devraient remettre leurs meilleures et ultimes offres, sur la base desquels seraient opérées les comparaisons, pour le 13 août 2018. Par un courrier du 6 août 2018, la collectivité a confirmé aux candidats qu'il convenait de lui adresser leurs meilleures offres à échéance du 13 août 2018. Ensuite, la communauté a confirmé par une correspondance du 22 août 2018 la clôture des négociations et faisant expressément référence aux offres déposées le 13 août 2018, date dont il est fait état dans le point 1.6 du rapport du président sur le choix du délégataire présenté au conseil d'agglomération du 11 octobre 2018. De plus, il ressort clairement des pages 8 et 9 du même rapport que les offres des trois candidats en lice, arrêtées au 13 août 2018, ont été présentées comparativement, avec les évolutions de chaque propositions, au conseil communautaire. Ainsi, contrairement à ce que soutient la société requérante, son offre a bien été analysée dans le cadre de la l'attribution de la concession d'eau potable, en outre, le principe d'égalité de traitement des candidats à l'attribution d'une délégation de service public ne faisait pas, par lui-même, alors même que les offres finales avaient été déposées, obstacle à ce que l'autorité concédante poursuivre la négociation avec l'un des candidats. Dès lors, il ne peut être reproché à l'agglomération d'Agen d'avoir méconnu le principe d'égalité de traitement entre les candidats ou d'un manque quelconque de transparence dans le cadre de la procédure retenue.

En ce qui concerne l'irrégularité des modalités de sélection et des offres des candidatures :

7. Aux termes de l'article 27 du décret du 1^{er} février 2016 : « *I. - Pour attribuer le contrat de concession, l'autorité concédante se fonde, conformément aux dispositions de l'article 47 de l'ordonnance du 29 janvier 2016 susvisée, sur une pluralité de critères non discriminatoires(...)* ». Aux termes de l'article 47 de l'ordonnance du 29 janvier 2016 : « *Le contrat de concession est attribué au soumissionnaire qui a présenté la meilleure offre au regard de l'avantage économique global pour l'autorité concédante sur la base de plusieurs critères objectifs, précis et liés à l'objet du contrat de concession ou à ses conditions d'exécution. Les critères d'attribution n'ont pas pour effet de conférer une liberté de choix illimitée à l'autorité concédante et garantissent une concurrence effective* ». Il résulte de ces dispositions 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. Toutefois, la personne publique, outre qu'elle n'est pas tenue d'informer les candidats des modalités de mise en œuvre de ces critères, 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.

8. En l'espèce, l'agglomération d'Agen a fixé au point 9 du règlement de la consultation d'eau potable les critères de jugement des offres qui étaient les suivants : « qualité du service - aspect financiers - valeur technique, ce dernier point comprenant notamment un sous-critère portant sur « l'organisation, les moyens mis à disposition ainsi que les modalités d'exploitation ».

9. La société Véolia soutient que la procédure serait viciée au motif que l'agglomération d'Agen pour opérer le choix du concessionnaire, aurait eu une marge d'appréciation inconditionnée en se fondant sur des critères imprécis quant à un ancrage territorial voire en souhaitant retenir un opérateur unique pour la gestion du service d'eau potable ainsi que de l'assainissement.

10. En premier lieu, la société Véolia estime que le pouvoir adjudicateur s'est laissé une marge d'appréciation discrétionnaire et n'a pas organisé un examen des offres garantissant l'égalité de traitement des candidats et la transparence de la procédure eu égard à la prise en compte d'un critère déterminant d'implantation locale non expressément prévus dans le règlement de consultation mais qui émanerait d'une conversation téléphonique avec le président de la collectivité. Pour ce faire, la société requérante se prévaut notamment d'un mail du 13 août 2018 détaillant toutes les actions qu'elle compte mener sur le territoire concerné. Toutefois, en admettant que le manquement allégué soit effectivement constitué au demeurant par la seule production de ce document, la société requérante n'a pu en être directement ou indirectement lésée dès lors qu'elle a pu, comme les autres candidats, effectivement proposer « des engagements en matière d'ancrage local », que le pouvoir adjudicateur les a effectivement examinées mais que son offre n'a aucunement été rejetée en raison desdites propositions, sans lien direct avec les conditions d'exploitation ou d'organisation du service.

11. En second lieu, la société requérante se prévaut de la durée identique des deux contrats de concession « eau » et « assainissement », du fait que les négociations se déroulent de manière parallèle et d'une mention dans le rapport de choix du président exprimant que l'autorité négociatrice a décidé de faire le choix d'un même titulaire pour les deux contrats pour soutenir que l'agglomération d'Agen aurait souhaité attribuer les services publics « eau » et assainissement à un titulaire unique. Toutefois, il résulte de l'instruction que les procédures pour la passation des contrats ont bien été distinctes, tel que cela ressort des avis d'appel à candidature et des rapports d'analyses des offres. Ainsi, outre que les durées des contrats comportaient des variantes, notamment sur 12 ans ou 16 ans, les rapports d'analyses après avoir retracés l'analyse technique des offres opèrent un classement en fonction de leurs mérites respectifs. Il résulte aussi de l'instruction que, par mail du 14 août 2018 à 9h32, adressé à la société requérante, la cheffe du service Eau assainissement de l'agglomération d'Agen, souhaite que la société Véolia apporte des compléments d'informations s'agissant des tarifs consommateurs annoncés dans son offre finale afin de savoir si ces tarifs s'entendent seulement en cas d'obtention des deux contrats et dans ce cas quels tarifs retenir pour un contrat individualisé, cette interrogation de la collectivité permet de constater qu'au contraire, il n'a jamais été demandé aux candidats de remettre une proposition technique ou financière commune aux deux contrats. Enfin, la mention finale dans le rapport du président sur le choix du délégataire, alors même que la formulation s'avère particulièrement maladroite, ne fait que constater que la société Saur a présenté les meilleures offres pour les deux concessions présentant un différentiel financier de 13 % tel que cela est exposé dans la délibération du 11 octobre 2018 du conseil communautaire.

12. Il résulte de ce qui précède que le moyen invoqué par la société Véolia, sans au demeurant en apporter la démonstration par des éléments suffisamment précis et étayés au dossier, de ce que son offre a été éliminée sur la base de critères imprécis ou occultes, doit être rejeté pour manquer en fait.

13. Il résulte de tout ce qui précède que la requête susvisée de la société Véolia doit être rejetée.

Sur les frais liés au litige :

14. Les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce que soit mise à la charge de l'agglomération d'Agen qui n'est pas dans la présente instance la partie perdante, la somme demandée par la société Véolia, au titre des frais exposés par elle et non compris dans les dépens. En revanche il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de la société Véolia le versement de la somme de 1 500 euros tant à la société Saur qu'à la communauté d'agglomération d'Agen au titre des frais qu'elles ont exposés et non compris dans les dépens.

ORDONNE :

Article 1^{er} : La requête de la Véolia-Eau est rejetée.

Article 2 : La société Véolia-Eau versera la somme de 1 500 euros à l'agglomération d'Agen et la même somme à la société Saur au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : La présente ordonnance sera notifiée à la société Véolia-Eau, à l'agglomération d'Agen et à la société Saur.

Fait à Bordeaux, le 8 novembre 2018.

Le juge des référés,

Le greffier,

G. CORNEVAUX

S. FREHIC

La République mande et ordonne au préfet de la Gironde, en ce qui le concerne, et 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.

Pour expédition conforme,
Le greffier,