

N° 1700816

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

SOCIÉTÉ DERICHEBOURG AQUA

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

M. Hervé Guillou
Rapporteur

Le juge des référés

Audience du 16 mai 2017
Ordonnance du 17 mai 2017

Vu la procédure suivante :

Par une requête et un mémoire, enregistrés les 28 avril et 15 mai 2017, la société Derichebourg Aqua, représentée par Me Cabanes, demande au juge des référés statuant en application de l'article L. 551-1 du code de justice administrative :

1°) d'annuler la procédure de passation du marché public engagée par la commune de Lisieux ayant pour objet la concession de service relative à l'exploitation du service public de l'eau potable ;

2°) de mettre à la charge de la commune de Lisieux la somme de 2 000 euros en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- en restreignant la présentation de la capacité technique et professionnelle des candidats à des références limitées au domaine de l'eau potable et ne prenant pas en compte les éléments de nature à démontrer par d'autres moyens sa capacité technique et professionnelle, la commune de Lisieux a méconnu son obligation de mise en concurrence réelle et effective ;
- la commune de Lisieux a dénaturé sa candidature.

Par des mémoires en défense, enregistrés les 9 et 16 mai 2017, la commune de Lisieux conclut au rejet de la requête, subsidiairement demande au juge des référés de n'annuler que la

décision de rejet de la candidature de la société Derichebourg Aqua, et de mettre la somme de 3 000 euros à la charge de la société Derichebourg Aqua sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- la jurisprudence exclut seulement l'élimination d'une candidature au seul motif de l'absence de référence dans la gestion d'un service équivalent ;
- les documents de consultation permettaient aux candidats de démontrer leur capacité ou aptitude par d'autres moyens que des références dans le domaine de l'eau potable ;
- la candidature de la société Derichebourg Aqua n'a pas été rejetée au seul motif de l'absence de référence, mais aussi parce qu'elle ne démontrait pas une expertise particulière dans le domaine de l'eau potable.

Vu les autres pièces du dossier.

Vu :

- le code général des collectivités territoriales ;
- le code de justice administrative.

Le président du tribunal a désigné M. Guillou en application de l'article L. 551-1 du code de justice administrative.

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

Ont été entendus au cours de l'audience publique :

- le rapport de M. Guillou,
- les observations de Me Cabanes, représentant la société Derichebourg Aqua, et de Me Sabattier, représentant la commune de Lisieux.

La clôture de l'instruction a été prononcée à l'issue de l'audience.

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, la délégation d'un service public ou la sélection d'un actionnaire opérateur économique d'une société d'économie mixte à opération unique. / Le juge est saisi avant la conclusion du contrat. »* ; que l'article L. 551-2 du même code dispose que : *« 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 »* ;

2. Considérant qu'il appartient au juge administratif, saisi en application de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, de se prononcer sur le respect des obligations de publicité et de mise en concurrence incombant à l'administration ; qu'en vertu de cet article, 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 qui sont susceptibles d'être lésées par de tels manquements ; qu'il appartient, dès lors, au juge des référés précontractuels de rechercher si l'opérateur économique 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 lésé ou risquent de le léser, fût-ce de façon indirecte en avantageant un opérateur économique concurrent ;

3. Considérant qu'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'un 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.* » ; qu'aux termes de l'article L. 1411-4 du même code : « *Les assemblées délibérantes des collectivités territoriales, de leurs groupements et de leurs établissements publics se prononcent sur le principe de toute délégation de service public local après avoir recueilli l'avis de la commission consultative des services publics locaux prévue à l'article L. 1413-1. Elles statuent au vu d'un rapport présentant le document contenant les caractéristiques des prestations que doit assurer le délégataire.* » ; qu'aux termes de l'article L. 1411-5 du même code : « *Une commission ouvre les plis contenant les candidatures ou les offres et 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. Au vu de l'avis de la commission, 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.* » ;

4. Considérant qu'il résulte de ces dispositions que si l'autorité délégante peut exiger, au stade de l'admission des candidatures, la détention par les candidats de documents comptables et de références de nature à attester de leurs capacités, cette exigence, lorsqu'elle a pour effet de restreindre l'accès du marché à des entreprises de création récente ou n'ayant réalisé jusqu'alors que des prestations d'une ampleur moindre, doit être objectivement rendue nécessaire par l'objet de la délégation et la nature des prestations à réaliser ; que dans le cas contraire, l'autorité délégante doit permettre aux candidats de justifier de leurs capacités financières et professionnelles et de leur aptitude à assurer la continuité du service public par tout autre moyen ; qu'il appartient au juge administratif, saisi sur le fondement de l'article L. 551-1, de vérifier la légalité des motifs de l'exclusion d'un candidat d'une procédure de délégation de service public, notamment au regard des principes ainsi définis ;

5. Considérant que la commune de Lisieux a publié le 10 décembre 2016 un appel à candidature en vue de l'attribution d'une concession de service public de l'eau potable ; que, par un courrier du 3 mars 2017, la commune de Lisieux a informé la société Derichebourg Aqua que la commission de délégation de service public n'avait pas retenu sa candidature ;

6. Considérant que l'appel à candidature stipule que les candidats doivent justifier, outre de leur capacité économique et financière, de leur capacité technique et professionnelle et qu'ils doivent à ce titre produire un mémoire présentant l'entreprise et son savoir-faire en matière d'exploitation des services d'eau potable d'importance et de complexité équivalent à celui objet de la consultation et ses références acquises dans le domaine objet de la concession au cours des trois derniers exercices, ainsi qu'une note présentant les moyens techniques et humains du candidat et, le cas échéant, tout document complémentaire de présentation à la diligence du candidat ;

7. Considérant que la commission de délégation de service public a fondé sa décision non seulement sur l'absence de référence de la société Derichebourg Aqua en matière de service d'eau potable, mais aussi sur la circonstance que la société Derichebourg Aqua n'avait pas apporté d'éléments pertinents prouvant son aptitude à assurer la continuité du service public de l'eau ; qu'ainsi ni la commission de délégation de service public, ni au demeurant le pouvoir adjudicateur dont la décision du 3 mars 2017 de rejet de la candidature de la société Derichebourg s'approprie les termes de la décision de la commission de délégation de service public, n'ont entendu faire obstacle par principe à des candidatures dépourvues de références dans le domaine du service public de l'eau ; que l'erreur de droit alléguée n'est ainsi pas établie ;

8. Considérant que les documents produits à l'appui de sa candidature par la société Derichebourg Aqua, laquelle ne conteste pas être dépourvue d'expérience dans le domaine du service de l'eau potable, ne justifient pas, eu égard à leur caractère général, d'une démarche interne à l'entreprise suffisamment élaborée visant au développement de son activité dans ce nouveau secteur d'activité ; qu'ainsi la société Derichebourg Aqua n'est pas fondée à soutenir que la commune de Lisieux aurait dénaturé sa candidature ;

9. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que la requête de la société Derichebourg Aqua doit être rejetée en toutes ses conclusions ;

10. Considérant qu'il y a lieu de mettre la somme de 1 500 euros à la charge de la société Derichebourg Aqua sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

O R D O N N E :

Article 1^{er} : La requête de la société Derichebourg Aqua est rejetée.

Article 2 : La société Derichebourg Aqua versera la somme de 1 500 euros à la commune de Lisieux sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : La présente ordonnance sera notifiée à la société Derichebourg Aqua et à la commune de Lisieux.

Fait à Caen, le 17 mai 2017.

Le juge des référés,

signé

H. GUILLOU

La greffière,

signé

M. TRANQUILLE

La République mande et ordonne au préfet du Calvados 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,
la greffière,

M. Tranquille