

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE MELUN**

N°1210004/8

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

SOCIETE NANTAISE DES EAUX SERVICES

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

M. Chazan
Juge des référés

Ordonnance du 21 décembre 2012

Le Tribunal administratif de Melun,

Le juge des référés

Vu la requête, enregistrée le 29 novembre 2012, présentée pour la SOCIETE NANTAISE DES EAUX SERVICES, dont le siège est au 3 rue de la Gironnière ZI de la Gare à Sainte Luce sur Loire (44980), par Me le Bouëdec ; la SOCIETE NANTAISE DES EAUX SERVICES demande que le tribunal :

1°) annule une procédure de passation d'une délégation de service public lancée par la commune de Crégy-les-Meaux pour l'exploitation du service de distribution d'eau potable ;

2°) annule la décision du maire de Crégy-les-Meaux, en date du 12 novembre 2012, de mettre fin aux négociations avec elle et rejetant son offre;

3°) mette à la charge de la commune de Crégy-les-Meaux une somme de 3000 euros en application de l'article L 761-1 du code de justice administrative ;

La société Nantaise des eaux services soutient :

- que le principe de l'égalité de traitement des candidats, impose que les conditions de la mise en concurrence soient connues en amont ;
- que seules des adaptations sont possibles en cours de négociation ;
- que sur un plan financier ne sont admises que les modifications ayant un impact mineur sur l'équilibre contractuel ;
- qu'en l'espèce, la commune a introduit une double modification substantielle en cours de contrat, tenant à l'obligation nouvelle d'achat d'eau en gros et à la révision du mode de tarification ;
- que cette circonstance a été de nature à léser ;

Vu le mémoire en défense, enregistré le 7 décembre 2012, présenté pour la commune de Crégy-les-Meaux ; la commune de Crégy-les-Meaux conclut au rejet de la requête et demande qu'une somme de 3000 euros soit mise à la charge de la société Nantaise des eaux services en application l'article L 761-1 du code de justice administrative ;

La commune de Crégy-les-Meaux soutient :

- que l'article 6-1 du règlement de la consultation prévoyait de demander aux candidats admis à négocier, de modifier la structure tarifaire et les conditions de facturation au cours de la négociation ;
- que les adaptations apportées aux conditions de la consultation sont justifiées par l'intérêt du service ;
- que les modifications introduites n'ont aucun caractère discriminatoire de sorte que l'égalité des trois candidats a été respectée ;
- que l'abandon de la part fixe à la charge de l'utilisateur poursuit un objectif social ;
- que la modification introduite sur la prise en charge des pertes d'eau est une simple incitation à exécuter le service en réduisant les pertes dans le réseau et n'a donc pas introduit de bouleversement dans l'économie du contrat ;

Vu le mémoire, enregistré le 14 décembre 2012, présenté pour la société nantaise des eaux services ; la société nantaise des eaux services persiste dans ses conclusions et moyens et soutient en outre :

- qu'en demandant aux candidats d'acheter l'eau en gros l'économie du contrat a été bouleversée dans la mesure où cette circonstance transfère sur le délégataire les risques résultant de la perte d'eau dans les réseaux auparavant supportée par le délégataire du service de production ;
- qu'ainsi, la collectivité a méconnu l'égalité de traitement des candidats en retenant une variante proposée par un candidat pour modifier l'objet du contrat ;
- qu'elle ne pouvait bouleverser l'économie du contrat au cours de la consultation ;
- qu'ainsi, cette variante qui ne pouvait qu'être ponctuelle et limitée aurait dû être déclarée irrecevable ;
- que les modalités financières sont au nombre des principales dispositions du contrat ;
- que la suppression de la part fixe bouleverse l'équilibre financier du contrat en multipliant par deux ou trois le montant des produits et charges ;
- que la prise en compte de la variante a eu une incidence directe sur le choix du délégataire ;

Vu le mémoire, enregistré le 14 décembre 2012, présenté pour la société Véolia Eau par Me Riquelme ; la société Véolia Eau conclut au rejet de la requête et demande qu'une somme de 2500 euros soit mise à la charge de la société nantaise des eaux services ;

La société Véolia Eau soutient :

- que la commune a décidé de revoir la composition du prix et de faire supporter les achats d'eau au délégataire, avant même le début des négociations ;
- que la suppression de la part fixe de la tarification aux usagers répond à l'intérêt du service et présente une portée limitée ;
- qu'il en va de même du fait de faire supporter les achats d'eau par le délégataire ;
- qu'au demeurant la société nantaise des eaux services était relativement mieux placée pour apprécier les améliorations à apporter au réseau pour limiter ces achats, en qualité de délégataire actuel ;
- que la requérante n'est pas susceptible d'avoir été lésée par le manquement qu'elle invoque dans la mesure où les modifications litigieuses sont intervenues dès l'audition des candidats par la commission ;

- que la suppression de la part fixe est indifférente pour le classement des offres ;
- que la requérante ne peut avoir été lésée par la prise en compte des achats d'eau en gros dès lors que la différence sur ce point avec l'attributaire est de 4800 euros, alors que la différence pour le total des charges est de 23 770 euros ;

Vu le mémoire, enregistré le 18 décembre 2012, présenté pour la société Véolia Eaux, par Me Riquelme ; la société Véolia Eau persiste dans ses conclusions et moyens et soutient en outre :

- qu'elle n'a pas proposé de variante relative à la prise en charge par le délégataire du coût de l'achat de l'eau ;
- qu'elle n'est pas en charge de la production d'eau potable, y compris en qualité de délégataire du syndicat du Ru du Bourdeau, pour le compte duquel elle achète l'eau à la régie municipale de Meaux ;
- que ce n'est pas la problématique de l'achat de l'eau qui a été déterminante pour l'attribution du contrat ;

Vu la décision par laquelle le président du tribunal a désigné M. Chazan, vice-président, comme juge des référés ;

Vu les pièces jointes à la requête ;

Vu le code général des collectivités territoriales ;

Vu le code de justice administrative ;

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

Après avoir, au cours de l'audience publique du 18 décembre 2012, présenté son rapport et entendu :

- les observations de Me Morice pour la société nantaise des eaux services qui maintient ses écritures et soutient en outre que l'objet même du marché est la distribution de l'eau ; qu'une variante est devenue la base du cahier des charges ; qu'en obligeant l'ensemble des candidats à faire une offre sur une variante proposée par un seul d'entre eux, la commune a entaché la consultation d'irrégularité ; que cette variante était irrecevable et aurait dû être écartée ; que le rapport d'analyse des offres mentionne lui-même que l'achat d'eau et les stipulations relatives au prix constituent des données essentielles du contrat ; que la prestation portant sur l'achat d'eau aurait dû être annoncée à l'avance ; que les conditions de l'achat d'eau ne sont pas connues ; que son offre étant la meilleure avant négociation les données prises en compte au stade de la négociation sont nécessairement susceptibles de l'avoir lésée ; que l'attribution du marché s'est jouée sur le prix toutes les offres étant équivalentes techniquement ;

- les observations de Me Gerphagnon pour la commune de Crégy-les-Meaux qui maintient ses écritures, produit des pièces et soutient en outre : que la société nantaise des eaux services, ancien délégataire, achète déjà l'eau qu'elle distribue au syndicat du Ru du Bourdeau ; que la suppression de la part fixe à la charge de l'usager et la mise à la charge du délégataire de l'achat d'eau en gros répondent à l'intérêt du service ; que tous les candidats ont été amenés à faire une offre sur ces points ; qu'elles permettront à l'attributaire d'améliorer la rentabilité du contrat s'il limite les

pertes d'eau en ligne ; que c'est la société nantaise des eaux services elle-même qui est à l'origine des propositions dont elle critique aujourd'hui l'inclusion dans la consultation ;

- les observations de Me Riquelme, pour la société Véolia Eau qui maintient ses écritures et soutient en outre : que les clauses litigieuses ne constituent pas une variante formelle, de sorte que tous les développements de la requérante relatifs à une variante irrecevable sont inopérants ; que la collectivité s'est bornée à modifier un mécanisme de calcul, sans incidence sur l'objet du contrat ; que ces clauses sont de l'intérêt des consommateurs et ne présentent pas de caractère discriminatoire ; que la requérante en qualité d'ancien délégataire achète déjà de l'eau ; que les stipulations critiquées ne sont pas nécessairement favorables au délégataire du syndicat du Ru du Bourdeau dont le contrat est fonction des volumes traités ; que la requérante ayant suggéré elle-même les modifications qu'elle critique, elle n'a pu être lésée ; qu'en toute hypothèse, elle a fait une proposition ; que la négociation a porté sur de nombreux autres aspects que l'achat d'eau ou la suppression de la part fixe, disposition qui n'a pas joué un rôle décisif dans l'attribution du contrat ;

La parole ayant été donnée à nouveau à Me Morice, pour la société nantaise des eaux services auquel les pièces versées par la commune de Crégy-les-Meaux ont été communiquées ; la société nantaise des eaux services maintient son argumentation et soutient en outre qu'elle a formulé des propositions sur le rendement du réseau, sans proposer d'acheter l'eau en gros et sans s'engager à le faire ; qu'elle n'a pas proposé la suppression complète de la part fixe du tarif ; que l'actuel titulaire de la délégation n'achetait pas l'eau ; que les modifications litigieuses n'ont pas été apportées avant la négociation, mais au cours de la négociation de sorte que tous les candidats ne sont pas placés sur un pied d'égalité ;

La parole ayant été donnée à nouveau à Me Gerphagnon, pour la commune de Crégy-les-Meaux, qui maintient son argumentation et soutient en outre que la proposition litigieuse a été faite oralement par la société nantaise des eaux services ; que ces modifications se bornent à changer la structure du prix ; que la négociation a porté sur de nombreux autres points ainsi que l'établit le rapport d'analyse des offres négociées ;

La parole ayant été donnée à nouveau à Me Riquelme, pour la société Véolia Eau , à laquelle les pièces produites par la commune de Crégy-les-Meaux ont été communiquées ; la société Véolia Eau maintient son argumentation et soutient en outre : qu'il importe peu de déterminer l'origine des modifications litigieuses, sauf en ce qui concerne l'appréciation de la lésion du demandeur ; que la suppression de la part fixe a été effectivement formalisée avant négociation ainsi que le montre l'avis de la commission de délégation de service public ;

Sur les conclusions en annulation :

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, ou la délégation d'un service public. Le juge est saisi avant la conclusion du contrat.* » ;

2. Considérant que la commune de Crégy-les-Meaux a lancé une consultation pour le renouvellement de la délégation de service public portant sur la distribution de l'eau potable dans la commune par un avis publié le 18 mai 2012 ; que cinq candidatures ont été reçues ; que trois candidats ont remis une offre, avec lesquels une négociation s'est engagée; que, par lettre du 12 novembre 2012, le maire de Crégy-les-Meaux a mis fin aux négociations avec la société nantaise des eaux services au motif que son offre ne suffisait pas à concurrencer celle de la société Véolia Eau, cette dernière étant plus intéressante au plan financier ; qu'il a proposé au conseil municipal de retenir l'offre de la société Véolia Eau ; que ce choix a été entériné par le conseil municipal dans sa séance du 30 novembre 2012 ;

3. Considérant qu'aux termes de l'article L 1411-1 du code général des collectivités territoriales : *« 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. (...) 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. »* ;

4. Considérant qu'au cours de la négociation la commune de Crégy-les-Meaux a demandé aux candidats de proposer un tarif de l'eau sans part fixe à la charge de l'usager et de prendre à sa charge les achats d'eau en gros auprès du syndicat du Ru du Bourdeau ; que la société nantaise des eaux services fait valoir que les modifications ainsi introduites qui bouleversent l'économie du contrat sont irrégulières ;

5. Considérant que la personne responsable de la passation du contrat de délégation de service public peut apporter, au cours de la consultation engagée sur le fondement des dispositions de l'article L.1411-1 du code général des collectivités territoriales, des adaptations à l'objet du contrat qu'elle envisage de conclure au terme de la négociation lorsque ces adaptations sont d'une portée limitée, justifiées par l'intérêt du service et qu'elles ne présentent pas, entre les entreprises concurrentes, un caractère discriminatoire ;

6. Considérant que la suppression de la part fixe de la tarification poursuit l'objectif de limiter le coût de l'eau pour les usagers ayant une faible consommation et d'encourager une consommation économe ; que cette modification a obligé les candidats à revoir le niveau de leurs tarifs pour tenir compte de la suppression de cette recette ; que toutefois, dans la mesure où elle n'intéresse que la structure des tarifs supportés par l'usager, clause dont l'article 6-1 du règlement de la consultation annonçait qu'elle pourrait être modifiée au cours des négociations, cette circonstance ne présente qu'un caractère limité dans l'économie du contrat ; que l'introduction de cette modification au cours des négociations, qui répond à l'intérêt du service et a été imposée à tous les candidats, sans en favoriser aucun particulièrement, ne présente donc pas le caractère d'une irrégularité ;

7. Considérant que l'actuel délégataire du service fournit aux usagers l'eau qu'il se procure auprès du syndicat du Ru du Bourdeau dont il leur facture le coût, mais ne reverse au syndicat que les sommes correspondant à la consommation réelle, le syndicat supportant ainsi la charge des pertes en ligne, dont il résulte de l'instruction qu'elles atteignent 23% ; que si la commune de Crégy-les-Meaux soutient que la société nantaise des eaux services achète déjà l'eau qu'elle distribue aux usagers, le compte d'exploitation prévisionnel des candidats avant négociations, dont il n'est pas contesté qu'il repose sur une organisation de la distribution identique à celle de la délégation en cours, ne comporte pas de poste d'achat d'eau, alors que le même compte, après négociation, comporte un poste « achat d'eau en gros » pour des montants allant de 132 à 141 000 euros soit près de deux fois le montant total des charges du compte initial ; que l'introduction, en cours de négociation de la prise en charge des achats d'eau en gros par le délégataire a pour effet de lui transférer la charge des pertes en ligne ; que la société nantaise des eaux services fait valoir que cette clause augmente de plus de 170% les charges d'exploitation, qu'elle fait désormais supporter au délégataire le coût de toutes les pertes d'eau et introduit un risque lié aux clauses tarifaires d'achat auprès du syndicat du Ru du Bourdeau ;

8. Considérant que sous l'empire de la version initiale du contrat, son équilibre financier dépendait exclusivement du rapport entre les charges d'exploitation du réseau et le tarif de l'eau fixé par le délégataire et supporté par l'utilisateur sur lequel le coût de l'eau fournie par le syndicat du Ru du Bourdeau était répercuté; que, sous l'empire de la modification litigieuse, l'équilibre du contrat dépend non seulement de la maîtrise des coûts d'exploitation, mais aussi de la répercussion intégrale ou non du coût lié à la perte d'eau en ligne, auparavant supportée par le syndicat du Ru du Bourdeau et à terme des variations de rendement du réseau; que la charge de l'achat de l'eau constitue une prestation nouvelle ; que son niveau de répercussion dans le tarif constitue un paramètre nouveau dans la formation de ce tarif, qui concerne un poste de coût essentiel ; que la formation du tarif doit également tenir compte de la nécessité de mener des travaux d'entretien et de modernisation du réseau qui, bien que déjà prévus sous l'empire du projet de contrat initial présentaient un caractère secondaire dans son économie générale, alors que le nouveau contrat comporte des objectifs chiffrés assortis d'obligations de travaux au cas où ils ne seraient pas atteints; qu'il est, en outre, constant que le délégataire ne maîtrisera pas le prix de l'achat de l'eau sous l'empire du contrat attribué et qu'il ne résulte pas de l'instruction que les clauses d'indexation et de révision du tarif prévues au contrat compenseraient intégralement et sans décalage dans le temps les variations de ce prix ; qu'ainsi, quel que soit leur intérêt pour le service, et alors même qu'elles ne présenteraient pas de caractère discriminatoire et auraient été imposées à tous les candidats, les modifications litigieuses n'ont pas seulement affecté la structure tarifaire ainsi que l'autorisait le règlement de la consultation, mais ont eu pour effet de bouleverser l'économie générale de l'ensemble du contrat ; que la circonstance qu'elles n'en auraient pas affecté la profitabilité est sans incidence à cet égard ; que la société nantaise des eaux services est donc fondée à soutenir qu'elles ne pouvaient être introduites au stade des négociations sans irrégularité;

9. Considérant que le manquement invoqué intéresse l'élaboration même des offres et est donc susceptible d'avoir lésé, à tout le moins, l'ensemble des candidats à la consultation ; que par suite, la circonstance que la requérante a été mise en mesure de formuler une nouvelle proposition au même titre que les deux autres candidats ayant remis une offre, ou qu'elle a elle-même suggéré, voire qu'elle aurait proposé oralement les modifications litigieuses au stade des négociations, n'est pas de nature à démontrer qu'elle n'a pu être lésée par le manquement qu'elle invoque ; que, pour le même motif, les défendeurs ne sauraient utilement faire valoir qu'au stade du choix de l'attributaire la problématique des achats d'eau n'aurait pas entraîné de différence importante dans les comptes d'exploitation présentés par la requérante et par l'attributaire;

10. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que la société nantaise des eaux services est fondée, sans qu'il soit besoin d'examiner l'autre moyen de la requête, à demander l'annulation de la procédure de passation lancée par la commune de Crégy-les-Meaux et par voie de conséquence, de sa décision, en date du 12 novembre 2012, rejetant son offre ;

Sur l'application des dispositions des articles L. 761-1 du code de justice administrative :

11. 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. » ;

12. Considérant qu'il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de la commune de Crégy-les-Meaux une somme de 1200 euros au titre des frais exposés par la société nantaise des eaux services, non compris dans les dépens ; que les dispositions de l'article L 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce que la société nantaise des eaux services qui n'est pas la partie perdante dans la présente instance soit condamnée à verser à la commune de Crégy-les-Meaux et à la société Véolia Eau, les sommes qu'elles demandent au titre des frais exposés non compris dans les dépens ;

ORDONNE

Article 1er : La procédure d'attribution d'un contrat de délégation du service de distribution d'eau potable lancée par la commune de Crégy-les-Meaux ayant abouti au choix de la société Véolia Eau comme attributaire est annulée, ensemble la décision du maire de la commune de Crégy-les-Meaux en date du 12 novembre 2012 rejetant l'offre de la société nantaise des eaux services.

Article 2 : La commune de Crégy-les-Meaux versera une somme de 1200 euros (mille deux cents euros) à la société nantaise des eaux services en application de l'article L 761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : Les conclusions de la commune de Crégy-les-Meaux et de la société Veolia Eau tendant à l'application des dispositions de l'article L 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 4 : La présente ordonnance sera notifiée à la SOCIETE NANTAISE DES EAUX SERVICES, à la commune de Crégy-les-Meaux et à la société Veolia Eau.

Fait à Melun, le 21 décembre 2012,

Le juge des référés,

Le greffier,

Signé : G.CHAZAN

Signé : G. NGASSAKI

Pour expédition conforme,
Le greffier,

G. NGASSAKI

