

TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE NÎMES

N° 1900453

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AGUAS DE VALENCIA

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Mme Specht
Rapporteur

Le juge des référés

Audience du 13 février 2019
Lecture du 20 février 2019

Vu la procédure suivante :

Par une requête enregistrée le 31 janvier 2019, la société Aguas de Valencia, représentée par Me Couderc et Me Bariani, demande au juge des référés statuant en application de l'article L. 551-1 du code de justice administrative :

1°) d'annuler les décisions se rapportant à la procédure de passation du contrat de concession pour la gestion et l'exploitation des services publics de l'eau potable et de l'assainissement collectif de Nîmes Métropole engagée par la communauté d'agglomération de Nîmes Métropole ;

2°) d'enjoindre à la communauté d'agglomération de Nîmes Métropole de reprendre la procédure de passation, dans des conditions conformes aux dispositions législatives et réglementaires en vigueur ;

3°) de mettre à la charge de la communauté d'agglomération de Nîmes Métropole la somme de 5000 euros en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- elle est recevable à former son recours ;
- le périmètre de la concession a été un obstacle à sa participation en ce qu'il est manifestement excessif puisqu'il porte à la fois sur la gestion et l'assainissement de l'eau et que la valeur estimée du chiffre d'affaires est proche de 25 millions d'euros par an ;
- le périmètre ainsi défini est manifestement excessif pour un opérateur économique d'envergure moyenne et peut conduire à conférer une position dominante à quelques entreprises, en méconnaissance du droit de la concurrence ;
- les exigences techniques liées à la production de biogaz sont atypiques pour une concession de gestion de l'eau et de l'assainissement et l'ont empêchée de déposer une offre en ce qu'elle n'était pas en capacité de réunir seule les ressources nécessaires à la production demandée ;

- l'indemnité d'un montant de 150 000 euros prévue pour l'indemnisation des frais d'élaboration des offres et de négociation est largement insuffisante par rapport au coût de la préparation et de la remise d'une offre et, dès lors, constitue un obstacle à l'accès à la commande publique pour une société d'envergure moyenne.

Par des mémoires en défense enregistrés le 12 février 2019 et le 13 février 2019 à 11 h 09 min, la communauté d'agglomération de Nîmes Métropole conclut au rejet de la requête et à ce soit mise à la charge de la société Aguas de Valencia une somme de 10 000 euros au titre de l'application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- la requérante n'a pas intérêt à agir dès lors qu'elle n'a pas contesté les conditions de la mise en concurrence avant la décision d'attribution du contrat, matérialisée par la délibération du conseil communautaire de la communauté d'agglomération du 23 janvier 2019 ;
- le périmètre de la concession n'est pas manifestement excessif ; il n'existe aucune obligation d'allotir et la réunion des services de l'eau et de l'assainissement était justifiée en raison de leur lien indéniable et de la volonté de les rationaliser ; de plus, cette réunion de services n'a pas fait obstacle à la candidature de la requérante qui a la capacité de les assurer ;
- le moyen tiré de l'abus de position dominante de l'attributaire est irrecevable ;
- les exigences liées à la production de biogaz sont courantes dans ce type de concession et la requérante pouvait en produire, comme elle l'a prouvé en présentant sa candidature ; de plus, la circonstance qu'elle n'aurait pu présenter une offre que dans le cadre d'un groupement n'est pas une atteinte aux principes de liberté d'accès à la commande publique et d'égalité de traitement des candidats ;
- le moyen tiré de l'insuffisance de l'indemnisation des frais d'offre est infondé dès lors qu'aucun texte n'impose le versement d'une telle indemnité ; de plus, ce moyen n'est pas de ceux que le juge des référés précontractuels peut connaître ; enfin, la requérante ne démontre pas en quoi ce montant serait insuffisant ;
- la requérante ne démontre pas en quoi elle serait lésée ; aucune lésion ne peut être démontrée dès lors que sa candidature a été admise et que l'absence d'offre de sa part relève d'une stratégie et non d'un manquement imputable à la communauté d'agglomération ; enfin, le regroupement des services n'est pas susceptible de l'avoir lésée dès lors qu'elle était capable de gérer la concession ;
- l'intérêt public qui s'attache à la préservation du secret en matière industrielle et commerciale fait obstacle à ce que la présente procédure soit annulée, dès lors que la divulgation du rapport d'analyse des offres y afférant fausse les conditions d'une concurrence loyale et l'égalité entre les candidats, en cas de nouvelle procédure.

Par une intervention, enregistrée le 12 février 2019, la société Veolia Eau - Compagnie Générale des Eaux, représentée par Me Savoie conclut au rejet de la requête de la société Aguas de Valencia, SA et à ce que soit mise à la charge de cette société la somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- la société requérante ne justifie d'aucun intérêt lésé dès lors que, d'une part, elle disposait bien d'une surface financière et d'une compétence technique suffisante pour le contrat envisagé et que, d'autre part, elle disposait également de la compétence en matière de production de biogaz ; enfin, elle n'explique pas en quoi l'indemnité versée aux candidats évincés l'aurait dissuadée d'engager les frais nécessaires aux études préalables à la formalisation de son offre ;
- le périmètre de la concession n'est pas manifestement excessif en ce que d'une part, les services d'eau et d'assainissement présentent un lien qui justifie de les réunir au sein d'une

même convention et, d'autre part, le chiffre d'affaire annuel prévu, de 25 millions d'euros, qui est un montant logique au vu du contrat envisagé, n'a pas eu pour effet d'écarter sans raison les opérateurs économiques ;

- l'optimisation et la valorisation du biogaz, demandée par la communauté d'agglomération, n'ont pas eu pour objet ou effet d'évincer la société requérante qui, au demeurant, justifiait de capacités dans ce domaine, dès lors que ces prestations présentent un lien étroit avec l'activité d'assainissement de l'eau ;

- le montant de l'indemnisation n'a eu ni pour objet, ni pour effet de restreindre la liberté d'accès à la commande publique, dès lors que les frais exposés par un candidat pour la poursuite des négociations relèvent des aléas commerciaux normaux et que le remboursement de ces frais par l'acheteur n'est pas une obligation légale.

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu :

- le code du commerce ;
- 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 1er février 2016 relatif aux contrats de concession ;
- le code de justice administrative.

En application de l'article L. 511-2 du code de justice administrative, le Président du tribunal a désigné Mme Specht, président, pour statuer sur les requêtes présentées sur le fondement des dispositions de l'article L. 551-1 du même code.

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

Au cours de l'audience publique tenue le 13 février 2019 à 14 h 00 en présence de M. Berthod, greffier d'audience, ont été entendus :

- le rapport de Mme Specht juge des référés ;
- les observations de Me Goujon, représentant la société Aguas de Valencia qui reprend et développe les conclusions et moyens de sa requête et précise que :
 - sa requête est recevable ;
 - l'obligation de production de biogaz constitue une distorsion de concurrence ; si elle a les capacités de production de biogaz pour l'autoconsommation, elle ne dispose pas de la technologie pour la revente de ce produit ; cet aspect aurait dû faire l'objet d'un lot séparé ; l'inclusion de cette obligation dans le contrat de concession unique révèle que l'appel d'offre était réservé aux grandes entreprises du secteur ;
 - la divulgation du rapport d'analyse des offres ne lui est pas opposable ;
- les observations de Me Ferré, représentant la communauté d'agglomération de Nîmes Métropole qui reprend et développe les conclusions de ses mémoires en défense.
- les observations de Me Savoie, représentant la société Véolia Eau, qui reprend et développe les conclusions de son mémoire en intervention.

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

Considérant ce qui suit :

Sur l'intervention de la société Véolia Eau :

1. La société Véolia, qui a participé à l'appel d'offres dont la procédure est contestée, et a été déclarée attributaire, a intérêt au maintien de la décision attaquée. Ainsi son intervention est recevable.

Sur les conclusions présentées au titre de l'article L. 551-1 du code de justice administrative :

1. Par une délibération du 5 février 2018, le conseil communautaire de la communauté d'agglomération de Nîmes Métropole, qui exerce la compétence de ses membres en matière d'eau potable et d'assainissement collectif, a approuvé le principe d'une gestion déléguée de ces services publics. Sur le fondement de cette délibération, par un avis d'appel public à la concurrence publié le 15 février 2018 au JOUE et au BOAMP, la communauté d'agglomération de Nîmes Métropole a engagé une procédure de publicité et de mise en concurrence restreinte pour l'attribution d'un contrat de concession pour la gestion et l'exploitation des services publics de distribution de l'eau potable et de l'assainissement collectif de la communauté d'agglomération, 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 1er février 2016 relatifs aux contrats de concession. La candidature présentée par la société Aguas de Valencia a été admise, ainsi que celle de trois autres sociétés et les candidats ont été invités à remettre une offre initiale. Toutefois, la société Aguas de Valencia n'a pas donné suite à cette invitation. A l'issue de la procédure de mise en concurrence, l'assemblée délibérante de la communauté d'agglomération de Nîmes Métropole, dans sa séance du 23 janvier 2019, a retenu l'offre de la société Véolia Eau. Par la présente requête, la société Aguas de Valencia demande, sur le fondement des dispositions de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, d'annuler l'ensemble des décisions se rapportant à la procédure de passation de cette concession de service public.

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 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. 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 » ;*

3. 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. 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. 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.

4. En premier lieu, aucune disposition législative ni aucun principe général n'impose à la collectivité publique qui entend confier à un opérateur économique la gestion de services dont elle a la responsabilité de conclure autant de conventions qu'il y a de services distincts. Elle ne saurait toutefois, sans méconnaître les impératifs de bonne administration ou les obligations générales de mise en concurrence qui s'imposent à elle, donner à une délégation un périmètre manifestement excessif ni réunir au sein de la même convention des services qui n'auraient manifestement aucun lien entre eux.

5. En l'espèce, la communauté d'agglomération de Nîmes Métropole a pu, sans commettre d'erreur manifeste d'appréciation, estimer que les services de distribution de l'eau potable et de gestion du réseau d'assainissement collectif, qui concourent à la gestion du cycle de l'eau et concernent les mêmes usagers, présentaient entre eux un lien suffisant et décider de les confier à un délégataire unique, afin de faciliter une approche globale de la gestion du service et d'assurer une mutualisation des moyens humains. La société requérante n'est, par suite, pas fondée à soutenir que la collectivité aurait manqué à ses obligations de mise en concurrence dans la détermination de l'objet de la convention qu'elle entendait conclure.

6. En deuxième lieu, aux termes de l'article L. 1411-2 du code général des collectivités territoriales : « *Les conventions de délégation de service public ne peuvent contenir de clauses par lesquelles le délégataire prend à sa charge l'exécution de services ou de paiements étrangers à l'objet de la délégation* ». Ces dispositions ne font pas obstacle à ce qu'une convention de délégation de service public mette à la charge du cocontractant des prestations accessoires dès lors qu'elles présentent un caractère complémentaire à l'objet de la délégation. Il résulte de l'instruction que, eu égard à leur nature et à leur portée, les missions de production et de valorisation de biogaz, qui confient au délégataire le soin de produire, dans le cadre de l'activité d'assainissement, du biogaz et de le valoriser en l'injectant dans le réseau de gaz de ville, présentent un caractère complémentaire et accessoire à l'exploitation du service de l'assainissement. Par suite la délégation de service public en litige n'a pas méconnu les règles applicables à la commande publique.

7. En troisième lieu, il résulte des dispositions précitées de l'article L. 551-1 du code de justice administrative que la méconnaissance éventuelle des dispositions de l'article L. 420-2 du code de commerce prohibant les abus de position dominante n'est pas au nombre des manquements dont peut être saisi le juge des référés précontractuels ; que le moyen tiré de ce que la valeur estimée de la concession a pour effet d'écartier les entreprises de taille moyenne telle que celle de la requérante et peut conduire à conférer une position dominante à quelques entreprises, est, par suite, inopérant.

8. En quatrième lieu, la société requérante soutient que l'exigence technique de production de biogaz requerrait la constitution d'un groupement d'entreprise ce qui l'a dissuadée de déposer une offre et a précisé au cours de l'audience que sa capacité à produire du biogaz, mentionnée dans sa candidature, ne concernait que la production de biogaz en autoconsommation, et que les exigences techniques du contrat de concession qui portaient sur la production de biogaz en vue de sa revente, sont d'un niveau de complexité bien supérieur. Toutefois, la circonstance invoquée qu'elle n'aurait pu présenter une offre que dans le cadre d'un groupement ne constitue pas une atteinte aux principes de liberté d'accès à la commande publique et d'égalité de traitement des candidats. Le moyen ne peut qu'être écarté.

9. En cinquième lieu, le moyen tiré du caractère insuffisant de l'indemnité prévue au règlement de la consultation au titre des frais de présentation de l'offre d'un montant de 150 000 euros, qui aurait constitué pour la société un obstacle au dépôt d'une offre, ne constitue pas un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence relevant de l'office du juge des référés précontractuels en application des dispositions précitées de l'article L. 551-1 du code de justice administrative. En tout état de cause, les frais de présentation de l'offre n'ont pas à faire l'objet, sauf stipulations contraires du contrat, d'indemnisation spécifique. Le moyen ne peut qu'être écarté comme inopérant.

10. Il résulte de tout ce qui précède, sans qu'il soit besoin de statuer sur la fin de non-recevoir opposée en défense tirée du défaut de qualité à agir de la requérante, que la société Aguas de Valencia ne peut se prévaloir d'aucun manquement aux obligations de mise en concurrence susceptible de l'avoir lésée. Ses conclusions présentées sur le fondement de l'article L.551-1 du code de justice administrative doivent par suite être rejetées.

Sur l'application de l'article L.761-1 du code de justice administrative :

11. Les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce que soit mise à la charge de la communauté d'agglomération Nîmes Métropole qui n'est pas, dans la présente instance la partie perdante, la somme que la société Aguas de Valencia demande au titre des frais exposés et non compris dans les dépens. Il y a lieu, en revanche, de mettre à la charge de cette dernière le versement à la communauté d'agglomération Nîmes Métropole d'une somme de 1 500 euros au même titre.

12. La société Véolia Eau, intervenant en défense n'étant pas partie à la présente instance, les dispositions de l'article L.761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce qu'une somme soit mise à la charge de la société Suez Eau France au titre des frais exposés et non compris dans les dépens.

ORDONNE :

Article 1^{er} : L'intervention de la société Véolia Eau est admise.

Article 2 : La requête présentée par la société Aguas de Valencia est rejetée.

Article 3 : La société Aguas de Valencia versera à la communauté d'agglomération de Nîmes la somme de 1 500 euros en application dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 4 : Le surplus des conclusions des parties est rejeté.

Article 5 : La présente ordonnance sera notifiée à la société Aguas de Valencia, à la communauté d'agglomération de Nîmes Métropole et à la société Véolia Eau.

Fait à Nîmes, le 20 février 2019.

Le juge des référés,

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'F. SPECHT', with a vertical line extending downwards from the end of the signature.

F. SPECHT

La République mande et ordonne au préfet du Gard en ce qui le concerne ou 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.

