

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE PARIS**

N° 2325466/4-3

SOCIETE SUEZ EAU FRANCE

M. Simonnot
M. Gracia
M. Grandillon
Juges des référés

Audience du 22 novembre 2023
Ordonnance du 29 novembre 2023

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Les juges des référés,

Vu la procédure suivante :

Par une requête et deux mémoires, enregistrés les 6, 17 et 21 novembre 2023, la société Suez Eau France, représentée par Me Ferré et Me Béjot, demande au juge des référés, statuant sur le fondement des dispositions de l'article L. 551-1 du code de justice administrative :

1°) d'annuler la procédure de passation de la concession ayant pour objet la délégation du service public de l'eau potable du SEDIF au stade de la décision du 17 octobre 2023 par laquelle le SEDIF a renoncé à exclure la candidature de la société Veolia, a mis un terme aux négociations sans remise préalable d'une offre finale, et a fait le choix d'attribuer la concession relative à la gestion du service d'eau potable (CONC-G-2023) sur la base des offres intermédiaires remises par les soumissionnaires en novembre 2022 et de procédé à une « mise au point » avec chacun des soumissionnaires ;

2°) d'enjoindre au SEDIF de suspendre l'exécution de toutes les décisions se rapportant à la passation du contrat de concession litigieuse, à compter de la notification de l'ordonnance à intervenir, sous astreinte de 1 000 euros par jour de retard, et de se conformer à ses obligations, dans les mêmes conditions de délai et d'astreinte ;

3°) de mettre à la charge du SEDIF une somme de 8 000 euros au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- le SEDIF a méconnu les dispositions de l'article L. 3123-8 du code de la commande publique, dès lors qu'il aurait dû exclure la société Véolia France de la procédure de passation du contrat ;

- la procédure de passation est entachée d'une méconnaissance des principes de transparence et d'égalité de traitement entre les candidats, dès lors que la société Véolia France a eu accès à des informations susceptibles de créer une distorsion de concurrence ; elle a été privée,

par la décision du président du SEDIF du 17 octobre 2023, de poursuivre les négociations avec l'autorité concédante et de remettre son offre finale.

Par trois mémoires en défense, enregistrés les 10, 17 et 22 novembre 2023, la société Veolia- compagnie générale des eaux (Veolia), représentée par Me Cabanes et Me Michelin, conclut au rejet de la requête et à ce que soit mise à la charge de la société Suez Eau France une somme de 8 000 euros sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Par un mémoire en défense, enregistré le 20 novembre 2023, le syndicat des Eaux d'Ile-de-France (SEDIF), représenté par Me Neveu, conclut au rejet de la requête et à ce que soit mise à la charge de la société Suez Eau France une somme de 8 000 euros sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Vu les autres pièces du dossier.

Vu :

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

Par une décision du 14 novembre 2023, le président du tribunal a décidé que la nature de l'affaire justifiait qu'elle soit jugée, en application du troisième alinéa de l'article L. 511-2 du code de justice administrative, par une formation composée de trois juges des référés et a désigné M. Simonnot président, M. Gracia, président et M. Grandillon, premier conseiller pour statuer sur la demande de référé.

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

Ont été entendus au cours de l'audience publique, tenue en présence de Mme Thomas, greffière d'audience :

- le rapport de M. Simonnot, juge des référés,
- les observations de Me Béjot, en présence de Me Ferré, représentant la société Suez Eau France,
- les observations de Me Neveu, représentant le syndicat des Eaux d'Ile-de-France,
- et les observations de Me Cabanes et Me Dourlens, en présence de Me Michelin, représentant la société Veolia- compagnie générale des eaux.

La clôture de l'instruction a été reportée au 23 novembre à 14 heures.

Par une lettre du 22 novembre 2023 les parties ont été informées, qu'en application des dispositions de l'article R. 611-7 du code de justice administrative, les juges des référés étaient susceptible de relever d'office le moyen tiré de ce que l'article 10 du règlement de consultation « phase offres » de la procédure de mise en concurrence en vue de l'attribution par le SEDIF d'un contrat de concession portant sur le renouvellement la délégation du service public de l'eau potable était applicable aux candidats, sous réserve qu'ils se trouvent dans l'une des situations prévues aux articles L. 3123-1 à L. 3123-13 du code de la commande publique.

Des observations en réponse à ce moyen d'ordre public, enregistrées le 23 novembre 2023 à 12 heures 40, ont été présentées pour la société Suez eau France.

Des observations en réponse à ce moyen d'ordre public, enregistrées le 23 novembre 2023 à 13 heures 55, ont été présentées pour le syndicat des eaux d'Ile-de-France.

Des observations en réponse à ce moyen d'ordre public, enregistrées le 23 novembre 2023 à 13 heures 55, ont été présentées pour la société Veolia – compagnie générale des eaux.

Considérant ce qui suit :

1. Par un avis de concession publié le 28 mai 2021 au bulletin officiel des annonces de marchés publics sous le numéro 21-72098 et le 2 juin 2021 au Journal officiel de l'Union européenne sous le numéro 2021/S 105-277886, le syndicat des Eaux d'Ile-de-France (SEDIF) a lancé une procédure de mise en concurrence en vue de l'attribution d'un contrat de concession portant sur le renouvellement de la délégation du service public de l'eau potable dont il a la charge (approvisionnement et distribution), pour une durée de douze ans à compter du 1^{er} janvier 2024 reportée au 1^{er} janvier 2025 au cours de la procédure de passation. Selon les stipulations de l'article 4.1.1 du règlement de consultation et conformément aux dispositions de l'article L. 1411-5 du code général des collectivités territoriales, la consultation est restreinte et se déroule en deux phases successives, l'une portant sur la sélection de candidats admis à présenter une offre, l'autre portant sur la sélection de l'offre finale d'un soumissionnaire à l'issue d'une procédure de négociations. Le SEDIF a admis la société Suez Eau France à participer à la phase de négociations en juillet 2021. Cette dernière a présenté, le 30 mars 2022, une offre initiale et, le 17 novembre 2022, une offre améliorée. Par un courrier du 17 avril 2023, la société Suez Eau France a été informée par le SEDIF que l'un des soumissionnaires concurrents dans le cadre de la procédure d'attribution de la concession a eu accès à certaines des données concernant son offre, à la suite d'un dysfonctionnement informatique, et que les négociations en vue de l'attribution de la concession étaient dès lors suspendues le temps qu'une décision définitive soit prise concernant l'avenir de la procédure en cause. Pour pouvoir prendre sa décision et compte tenu de la situation exceptionnelle, le président du SEDIF a missionné un expert informatique pour analyser les causes et les conséquences du dysfonctionnement et rechercher les mesures de remédiation qui pourraient être mises en œuvre pour reprendre les négociations avec les soumissionnaires dans le respect de l'égalité de traitement. Toutefois, à l'issue de ces démarches et au vu de leur résultat, il a, par une décision du 17 octobre 2023, estimé que les conditions d'une reprise de la procédure de mise en concurrence n'étaient pas réunies. Le SEDIF a alors mis un terme aux négociations pour l'attribution du contrat, indiqué que les soumissionnaires ne seraient pas invités à soumettre une offre finale et décidé que l'attribution du contrat de concession s'effectuerait au regard des offres intermédiaires remises par les soumissionnaires pour le 18 novembre 2022. Par la présente requête, la société Suez Eau France doit être regardée comme ayant entendu demander au juge des référés, sur le fondement de l'article L. 551-5 du code de justice administrative, d'une part, d'annuler la procédure de passation de la concession ayant pour objet la délégation du service public de l'eau potable du SEDIF au stade de la décision du 17 octobre 2023 par laquelle le SEDIF a renoncé à exclure la candidature de la société Veolia, a mis un terme aux négociations sans remise préalable d'une offre finale, et a fait le choix d'attribuer la concession relative à la gestion du service d'eau potable (CONC-G-2023) sur la base des offres intermédiaires remises par les soumissionnaires en novembre 2022 et de procéder à une « mise au point » avec chacun des soumissionnaires ; d'autre part, d'enjoindre au SEDIF de suspendre l'exécution de toutes les décisions se rapportant à la passation du contrat de concession litigieuse et de se conformer à ses obligations.

2. Aux termes de l'article L. 551-5 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 entités adjudicatrices 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 (...)* ». Aux termes de l'article L. 551-6 du même code : « *Le juge peut ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations en lui fixant un délai à cette fin. Il peut lui enjoindre de suspendre l'exécution de toute décision se rapportant à la passation du contrat (...). Il peut, en outre, prononcer une astreinte provisoire courant à l'expiration des délais impartis.* ». Enfin, aux termes de l'article L. 551-7 de ce code : « *Le juge peut toutefois, en considération de l'ensemble des intérêts susceptibles d'être lésés et notamment de l'intérêt public, écarter les mesures énoncées au premier alinéa de l'article L. 551-6 lorsque leurs conséquences négatives pourraient l'emporter sur leurs avantages.* »

3. En premier lieu, aux termes de l'article L. 3123-8 du même code : « *L'autorité concédante peut exclure de la procédure de passation d'un contrat de concession les personnes qui ont entrepris d'influer indûment le processus décisionnel de l'autorité concédante ou d'obtenir des informations confidentielles susceptibles de leur donner un avantage indu lors de la procédure de passation du contrat de concession, ou ont fourni des informations trompeuses susceptibles d'avoir une influence déterminante sur les décisions d'exclusion, de sélection ou d'attribution.* » et aux termes de l'article 10 du règlement de consultation « phase offres » : « *En application de l'article L. 3123-15 du code de la commande publique, lorsqu'un opérateur économique est au cours de la procédure de consultation, placé dans l'une des situations prévues aux articles L. 3123-1 à L. 3123-13 du code de la commande publique, il informe sans délai le SEDIF / Le SEDIF prend alors la décision d'exclusion de la procédure. (...)* ».

4. Il résulte de l'instruction que, les 4 et 5 avril 2023, des fichiers adressés par le SEDIF, entité adjudicatrice, à la société Suez Eau France *via* la plate-forme sécurisée de mise à disposition de documents *TransfertPro* ont également été mis à disposition de la société Veolia, à la faveur d'un dysfonctionnement informatique majeur dû, selon les conclusions de l'expert informatique près la cour d'appel de Versailles missionné par le président du SEDIF, à une erreur de programmation de cette plate-forme. Il ressort des notes de synthèse de l'expert des 13 mai et 26 juin 2023 et des écritures de la société requérante qui n'est contredite par aucun des défendeurs sur ce point, qu'après avoir reçu aux dates précitées des documents relatifs à la négociation menée avec le SEDIF par sa concurrente et d'autres relatifs directement à l'offre « intermédiaire » présentée par cette dernière, la société Veolia les a téléchargés et en a pris connaissance alors, pourtant, qu'ils étaient indexés par la lettre « S » pour « Suez Eau France ». Il résulte également de l'instruction qu'elle les a placés dans un dossier informatique « partagé » nommé « concurrent » consultables par plusieurs personnes de l'entreprise, qu'elle en a fait des copies informatiques et des impressions. Enfin, il résulte de l'instruction que la société Veolia n'a averti le SEDIF qu'elle était en possession de ces documents confidentiels que le 12 avril 2023, soit sept jours après la réception de la seconde série de fichiers, laquelle comprenait les documents les plus sensibles, dont un fichier intitulé « 01 Offre Améliorée S ».

5. Si la société Veolia fait valoir qu'elle a saisi sa direction juridique et son conseil afin de « caractériser l'évènement », tâche qui pouvait au demeurant être accomplie par toute personne de l'entreprise ayant connaissance de la procédure en cours et avertie des obligations des soumissionnaires, cette saisine, qui aurait dû aboutir à des conclusions certaines en quelques heures, n'est pas de nature à justifier l'écoulement d'un tel délai. Toutefois, d'une part, la société Veolia ayant averti le syndicat adjudicateur qu'elle avait eu connaissance de certaines données

concernant l'offre de la société requérante avant la poursuite de la procédure de négociation et le dépôt de sa nouvelle offre, elle a nécessairement renoncé à tirer parti de ces éléments dans le cadre de la procédure ; d'autre part, c'est à la suite de l'incident révélé par la société Veolia que le SEDIF a décidé de mettre un terme aux négociations par la décision du 17 octobre 2023. Dans les circonstances de l'espèce et en l'état des pièces versées au dossier, la société Veolia ne peut donc être regardée comme ayant entrepris d'obtenir des informations confidentielles susceptibles de lui donner un avantage indu lors de cette procédure. Dès lors, compte tenu de l'ensemble de ce qui vient d'être dit, le SEDIF n'a pas méconnu les dispositions de l'article L. 3123-8 du code de la commande publique non plus que celles de l'article 10 du règlement de consultation « phase offres ».

6. En deuxième lieu, les dispositions des articles L. 3121-1 et suivants du code général de la commande publique ne font pas obligation à l'autorité délégante de définir, préalablement à l'engagement de la négociation, les modalités de celle-ci ni de prévoir le calendrier de ses différentes phases. Toutefois, dans le cas où l'autorité délégante prévoit que les offres seront remises selon des modalités et un calendrier fixé par le règlement de consultation qu'elle arrête, le respect du principe de transparence de la procédure exige en principe qu'elle ne puisse remettre en cause les étapes essentielles de la procédure et les conditions de la mise en concurrence. A cet égard, lorsqu'un règlement de consultation prévoit que les candidats doivent, après une phase de négociation, remettre leur offre finale à une date déterminée, cette phase finale constitue une étape essentielle de la procédure de négociation qui ne peut normalement pas être remise en cause au cours de la procédure. Toutefois, il appartient à l'autorité délégante de veiller en toute hypothèse au respect des principes de la commande publique, en particulier à l'égalité entre les candidats et à la transparence des procédures.

7. La décision du 17 octobre 2023 par laquelle le président du SEDIF a informé la société Suez Eau France de la modification de la procédure de passation du contrat de concession, que les offres finales des soumissionnaires à déposer à l'issue d'une seconde phase de négociation, prévues initialement par l'article 7.3 du règlement de consultation, ne seraient pas recueillies et que l'attribution du contrat de concession s'effectuerait au vu des offres intermédiaires remises par les soumissionnaires pour le 18 novembre 2022, a été prise pour remédier à la transmission par erreur, le 4 et le 5 avril 2023, à la société Veolia des documents relatifs à la négociation menée entre la société Suez Eau France et le syndicat adjudicateur et aux éléments de l'offre de cette dernière, dans les conditions décrites au point 4.

8. Cette décision est intervenue alors que les soumissionnaires avaient disposé, entre leur invitation à soumissionner en juillet 2021 et la remise de leur offre initiale le 30 mars 2022, d'un délai de 246 jours pour élaborer une offre complète qui comprenait notamment, conformément à l'article 6.2.2 du règlement de consultation, un projet de contrat de concession et un mémoire d'offre composé de cinquante-sept « mémos » portant sur tous les volets du futur contrat de concession. En outre, il résulte des écritures du SEDIF, non contredites sur ce point, que les soumissionnaires avaient, dès ce stade, engagé des discussions avec l'autorité concédante en vue de l'élaboration de leur offre initiale. Il résulte de l'instruction, encore, qu'à la suite du dépôt de leur offre initiale, les sociétés Suez Eau France et Veolia ont disposé d'un délai de 112 jours, au cours duquel une semaine de réunions de négociations a été consacrée à chacune d'entre elles, avant que le SEDIF ne leur demande l'élaboration d'une offre intermédiaire. Elles ont disposé encore d'un nouveau délai de 120 jours jusqu'à la date de remise de leur offre intermédiaire le 18 novembre 2022, délai pendant lequel le SEDIF a posé aux soumissionnaires de nombreuses questions et a apporté à leur offre respective des propositions d'amendements et des commentaires en vue de leur amélioration. Ainsi, quand bien même les soumissionnaires ont participé à des réunions avec l'autorité concédante en février 2023, qui ont d'ailleurs donné lieu aux envois par

le SEDIF des 4 et 5 avril 2023 à l'origine du litige, ils avaient, au 18 novembre 2022, été mis en mesure de présenter une offre initiale et une offre améliorée, lesquelles étaient complètes et formalisées à l'issue d'échanges approfondis avec l'autorité concédante. A supposer même que ces offres avaient vocation à évoluer et que l'offre finale était susceptible de comporter de nouveaux éléments, dès lors que les deux soumissionnaires, qui ont bénéficié des mêmes délais, des mêmes temps d'échanges avec l'autorité concédante et d'un volume comparable de questions, propositions d'amendements et commentaires de sa part, ont été traités dans le respect du principe d'égalité, tout au long de la procédure de négociation entre juillet 2021 et le 18 novembre 2022. Dans ces conditions la société Suez Eau France n'est pas fondée à soutenir que le SEDIF, en décidant de mettre un terme aux négociations, avant l'intervention de celui prévu au règlement de consultation « phase offres » dans sa rédaction du 14 février 2022, de ne pas inviter les soumissionnaires à remettre une offre finale et d'attribuer le contrat de concession au regard des offres intermédiaires remises le 18 novembre 2022, a méconnu le principe de transparence et d'égalité entre les candidats. Dès lors, le moyen tiré de la méconnaissance par le SEDIF des principes d'égalité de traitement et de transparence des procédures doit être écarté.

9. En troisième lieu et au demeurant, à supposer même que la société Veolia ait entrepris d'obtenir des informations confidentielles susceptibles de lui donner un avantage indu lors de la procédure de passation du contrat de concession, compte tenu de l'intérêt public attaché à ce que le SEDIF demeure en mesure d'examiner des offres concurrentes en vue de la passation de la concession de la gestion du service public de l'eau potable, il y aurait eu lieu pour le juge de faire application de l'article L. 551-7 de ce code et de permettre au SEDIF de poursuivre cette procédure jusqu'à l'attribution de la concession selon le principe de la mise en concurrence, sans préjudice de la possibilité pour le syndicat adjudicateur d'exclure la société Veolia à tout moment de la procédure jusqu'à l'attribution de la concession, sur le fondement de l'article 10 du règlement de consultation « phase offres », ou de clore la procédure en la déclarant sans suite.

10. Dans ces conditions, et dans les circonstances très particulières de l'espèce, le président du SEDIF a pu décider le 17 octobre 2023 de procéder au choix du concessionnaire non sur la base des offres finales dont il était initialement prévu qu'elles devaient être déposées à l'issue d'une seconde phase de négociation, mais sur celles des offres intermédiaires, qui ont été déposées pour le 18 novembre 2022, sans méconnaître les principes de la commande publique ni les dispositions de l'article L. 3123-8 du code de la commande publique non plus que celles de l'article 10 du règlement de consultation « phase offres ».

11. Il résulte de tout ce qui précède, sans qu'il soit besoin de statuer sur les fins de non-recevoir opposées par la société Veolia, que la requête de la société Suez Eau France ne peut qu'être rejetée en toutes ses conclusions.

Sur les conclusions présentées au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative :

12. Il n'y a pas lieu, dans les circonstances de l'espèce, de faire application de ces dispositions et les conclusions des défendeurs à cette fin ne peuvent elle mêmes qu'être rejetées.

O R D O N N E :

Article 1^{er}: La requête de la société Suez Eau France est rejetée.

Article 2 : Les conclusions de la société Veolia – compagnie générale des eaux et du syndicat des eaux d’Ile-de-France sont rejetées.

Article 3 : La présente ordonnance sera notifiée à la société Suez Eau France, au syndicat des eaux d’Ile-de-France et à la société Veolia – compagnie générale des eaux.

Délibéré à l’issue de la séance du 22 novembre 2023 où siégeaient : M. Simonnot, rapporteur, président ; M. Gracia, et M. Grandillon, juges des référés.

Fait à Paris, le 29 novembre 2023.

Les juges des référés,

J.F. SIMONNOT

J.-Ch. GRACIA

J. GRANDILLON

La République mande et ordonne au Préfet de la région Ile de France, préfet de Paris en ce qui le concerne ou à tous commissaires 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.