

N° 430368, CCI de l'Île-Rousse-Balagne  
N° 430474, Office d'équipement hydraulique de la Corse

7ème et 2ème chambres réunies

Audience du 4 septembre 2019

Lecture du 18 septembre 2019

## CONCLUSIONS

**M. Gilles PELLISSIER, rapporteur public**

Les pourvois qui viennent d'être appelés vous conduiront à trancher une voire deux questions d'une importance pratique non négligeable pour les autorités concédantes.

La première porte sur l'application de l'obligation de hiérarchisation des critères de sélection à la passation d'un contrat ayant pour objet la concession d'un service de distribution d'eau potable et d'exploitation des installations nécessaires à son exécution.

C'est en effet le manquement à cette obligation que le juge du référé précontractuel du TA de Bastia a retenu pour annuler, par une ordonnance du 18 avril 2019, la procédure lancée au mois d'août 2018 par la communauté de communes du bassin de vie de L'Île-Rousse, devenue la communauté de communes de l'Île-Rousse-Balagne (CRIRB), qui avait abouti à la sélection de l'offre présentée par l'Office d'équipement hydraulique de la Corse et au rejet corrélatif de celle de la société des eaux de Corse, titulaire sortant à l'origine du recours. Par deux requêtes que vous pourrez joindre et qui soulèvent les mêmes moyens, la communauté de communes et l'Office d'équipement hydraulique de la Corse se pourvoient en cassation contre cette ordonnance.

Vous devrez avant de répondre à cette question vous prononcer sur le premier moyen des pourvois, tiré de ce que la procédure devant le juge du référé n'a pas été régulière faute pour les requérantes d'avoir pu disposer d'un délai suffisant pour répondre au moyen retenu par le juge du référé qui leur a été communiqué à 12h, peu avant l'audience, à l'issue de laquelle l'instruction a été close, à 15h.

Le principe du caractère contradictoire de l'instruction implique, il est à peine besoin de vous le rappeler, que la juridiction ne se fonde que sur des moyens qui ont été préalablement soumis au débat contradictoire entre les parties, c'est-à-dire qui leur ont été communiqués en leur laissant un délai suffisant pour en prendre connaissance et y répondre. L'adaptation des exigences de la contradiction à l'urgence, prévue par l'article L. 5 du code de justice administrative, justifie d'imposer aux parties des délais plus brefs pour prendre connaissance des notifications qui leur sont faites et éventuellement y réagir. Mais ces délais doivent toujours être suffisants, condition qui se mesure à l'aune de l'urgence mais aussi du contenu du moyen. Ces principes s'appliquent aux référés contractuels qui, comme vous avez eu l'occasion de le souligner, est une procédure « particulière, adaptée à la nature de la demande et à la nécessité d'une décision rapide » (5 avril 2006, *Ministre de la défense*, n° 288441, aux T ; 11 mai 2007, *Région Guadeloupe*, n° 298863, aux T). Votre décision du 19 avril 2013, *Commune de Mandelieu-la-Napoule* (n° 365617, au rec), par laquelle vous avez jugé que si de nouveaux moyens pouvaient être présentés à l'audience de référé précontractuel ou contractuel, ils devaient être consignés dans un mémoire écrit et le juge s'assurer, éventuellement en reportant la clôture de l'instruction, que le défendeur dispose d'un délai suffisant

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

pour en prendre connaissance et y répondre, en est une illustration. Vous avez imposé la transmission d'un mémoire écrit reprenant les propos tenus oralement à l'audience pour permettre au défendeur, dont le représentant à l'audience ne dispose pas toujours des moyens de le faire, d'y répondre utilement. Sauf à ce qu'il n'appelle qu'une réponse tout à fait évidente, un moyen nouveau à l'audience doit ainsi en principe entraîner un report de la clôture de l'instruction (voyez a contrario, CE, 17 septembre 2014, *Société Delta Process*, n° 378722, aux T sur ce point).

L'application de ces principes au cas d'espèce n'est pas évidente. Le délai laissé aux requérantes, qui étaient alors défenderesses, pour prendre connaissance du moyen et y répondre avant la clôture de l'instruction, était court et il aurait certainement été plus opportun que la clôture de l'instruction fût reportée. Mais il a été présenté par écrit, communiqué aux parties avant l'audience et les requérantes y ont répondu par des notes de délibéré dans lesquelles elles ne se plaignent pas de ne pas avoir disposé de suffisamment de temps. Il s'agit au demeurant d'un moyen de pur droit, qui n'appelle pas la consultation de services techniques, situation que vous aviez en vue lorsque vous avez défini, par la décision *cne de Mandelieu-la-Napoule* précitée, les modalités de la présentation d'un nouveau moyen à l'audience. Dans ces conditions, nous ne pensons pas que les requérantes aient été privées de la possibilité de se défendre utilement devant le juge du référé.

L'autre moyen des pourvois est tiré de ce que le juge du référé aurait commis une erreur de droit en jugeant irrégulière la procédure faute de hiérarchisation des critères alors que cette règle ne serait pas applicable aux procédures de passation d'un contrat portant sur la distribution d'eau potable. La réponse dépend de la portée qu'il convient de donner aux dispositions du a) de l'article 10 du décret du 1<sup>er</sup> février 2016 relatif aux concessions qui vise « *Les contrats de concession qui ont, quelle que soit leur valeur estimée, pour objet : a) Les activités relevant du 3<sup>o</sup> du I de l'article 11 de l'ordonnance du 29 janvier 2016 susvisée ; ...* »

Décrivons rapidement le cheminement juridique qui conduit à faire application de cette disposition.

L'obligation de hiérarchisation des critères de sélection n'est pas générale. Le I de l'article 27 du décret dispose que l'autorité concédante se fonde, pour attribuer le contrat, « *sur une pluralité de critères non discriminatoires* », qui doivent être indiqués et décrits dans les documents de la consultation. La hiérarchisation de ces critères n'est prévue que par le II de cet article qui dispose que « *pour les contrats de concession qui relèvent du 1<sup>o</sup> de l'article 9, l'autorité concédante fixe les critères d'attribution par ordre décroissant d'importance* ».

Aux termes de l'article 9, "*Les contrats de concession sont passés dans le respect des règles procédurales communes prévues par le présent chapitre. / Le présent chapitre fixe également les règles de passation particulières respectivement applicables : 1<sup>o</sup> Aux contrats dont la valeur estimée hors taxe est égale ou supérieure au seuil européen publié au Journal officiel de la République française ; / 2<sup>o</sup> Aux contrats définis à l'article 10.*"

Il n'est pas contesté qu'en l'espèce la valeur estimée du contrat est supérieure au seuil européen évoqué par le 1<sup>o</sup>. Il devrait donc être soumis à l'obligation de hiérarchisation des critères de sélection (voyez par exemple, s'agissant d'une concession relative à l'assainissement collectif : CE, 24 mai 2017, *SIVU de la station d'épuration du Limousin*, n°407264, aux T), à moins qu'il ne fasse partie des "*contrats définis à l'article 10*", lesquels visent d'une part (1<sup>o</sup>) "*les contrats de concession dont la valeur estimée est inférieure au seuil visé à l'article 9*", d'autre part (2<sup>o</sup>) "*Les contrats de concession qui ont, quelle que soit leur valeur estimée, pour objet : a) Les activités relevant du 3<sup>o</sup> du I de l'article 11 de l'ordonnance du 29 janvier 2016 susvisée ; / b) L'exploitation de services de transport de voyageurs relevant de l'article 5, paragraphe 3 du règlement du 23 octobre 2007 susvisé ; / c) Un des services sociaux ou des autres services spécifiques, dont la liste est publiée au Journal officiel de la République française*". Nous l'avons cité intégralement alors que seul le a) du 2<sup>o</sup> est susceptible de s'appliquer en l'espèce car sa rédaction permet de comprendre la portée de la combinaison de ces dispositions, qui ne s'impose pas avec évidence à la première lecture. Il en résulte en effet que "*les contrats définis à l'article 10*" mentionnés au 2<sup>o</sup> de l'article 9

sont nécessairement exclus du 1° de ce même article. Ainsi, un contrat comme celui de la présente espèce, qui entre dans le 1° en raison de sa valeur estimée, en sort s'il fait partie des contrats visés au 2° de l'article 10.

La codification de ces dispositions dans le code de la commande publique est plus claire : l'article R. 3126-10 dispose que "*l'article R. 3124-5 (qui impose la hiérarchisation des critères de sélection) n'est pas applicable aux contrats de concession relevant du présent chapitre*", qui sont ceux visés par l'article 10 du décret.

D'où la question qui commande la réponse au moyen de savoir si le contrat par lequel une collectivité territoriale confie à un tiers l'exploitation du service public de la distribution d'eau potable est un contrat ayant pour objet une des activités relevant du 3° du I de l'article 11 de l'ordonnance (ou, aujourd'hui, du c) du 1° de l'article L. 1212-3 du CCP).

Le 3° du I de l'article 11 de l'ordonnance vise "*La mise à disposition, l'exploitation ou l'alimentation de réseaux fixes destinés à fournir un service au public dans le domaine de la production, du transport ou de la distribution d'eau potable*".

Deux interprétations de ce renvoi par l'article 10 au 3° du I de l'article 11 de l'ordonnance sont envisageables.

L'une consisterait à faire coïncider les champs d'application de ces deux dispositions. Elle impliquerait que le contrat ait pour objet une activité de mise à disposition, d'exploitation ou d'alimentation de réseaux dans le domaine notamment de la distribution d'eau potable, autrement dit que le contrat relève de l'exercice d'une activité d'opérateur de réseaux que l'article 11 de l'ordonnance a pour objet de définir. Les contrats visés au a) du 2° de l'article 10 ne seraient donc que ceux passés par des opérateurs de réseaux dans le cadre de l'exploitation de leurs réseaux et pour lesquels ils ont de ce fait la qualité d'entités adjudicatrices. Cette interprétation conduit à exclure du champ de cette disposition les contrats ayant pour objet de confier à des tiers l'exploitation de réseaux fixes destinés à fournir un service au public, qui ne sont pas des opérations de réseau. Vous avez ainsi jugé qu'une collectivité qui concède un des services visés par l'article 11 de l'ordonnance agissait en qualité de pouvoir adjudicateur et non d'entité adjudicatrice (CE, 9 juillet 2007, *Société EGF-BTP*, n° 297711, rec. ; 14 décembre 2009, *département du Cher*, n°330052, T ; 23 novembre 2011, *société GHP Lorraine transports*, n°349746, T). Telle est également la position de la CJUE (CJUE, 17 septembre 2002, *Concordia bus*, C-513/99; 16 juin 2005, *Stabag AG*, C-462/03).

Cette interprétation n'est pas dépourvue de cohérence dans la mesure où les entités adjudicatrices sont soumises à des règles de passation moins rigides que celles applicables aux pouvoirs adjudicateurs et que les règles particulières qui s'appliquent aux contrats mentionnés à l'article 10 sont également plus souples que celles applicables aux autres.

Mais elle conduit à réduire de manière conséquente le champ d'application du a) du 2° de l'article 10, du moins en ce qui concerne les concessions de service, qui n'en bénéficieront que lorsqu'elles seront passées par des personnes déjà concessionnaires du réseau. Elle ne s'appliquera donc qu'aux sous-concessions de service, qui sont assez rares.

Or tant la lettre de l'article 10 que ses objectifs nous semblent devoir conduire à retenir un champ d'application plus large de ces dispositions, qui couvre non seulement les contrats passés par les opérateurs de réseaux, mais aussi ceux passés par les pouvoirs adjudicateurs dès lors qu'ils portent sur des activités en réseau.

Cela ressort d'abord de la lettre de l'article 10 qui vise l'objet du contrat et l'une des activités mentionnées à l'article 11 de l'ordonnance, sans préciser qu'il devrait être conclu par l'exploitant de cette activité. Et l'activité nous paraît faire référence à l'objet du service plus qu'au fait de l'exploiter.

Mais c'est surtout la finalité de cette disposition qui nous semble aller dans ce sens, finalité qui est d'utiliser la liberté laissée aux Etats membres par la législation européenne de réglementer, dans le respect des principes généraux de la commande publique, les procédures de passation des contrats auxquels cette législation ne s'applique pas. Ainsi, le renvoi de l'article 10 aux contrats visés au 3° du I de l'article 11 de l'ordonnance correspond t-il à l'exclusion du champ de la directive

des contrats conclus dans le domaine de l'eau (art 12). Le droit français, sans exclure aussi radicalement un secteur qu'il soumettait depuis longtemps à des règles de passation, n'a pas pour autant voulu le soumettre au droit commun des contrats auxquels la directive est applicable, et notamment pas à la règle de la hiérarchisation des critères de sélection, posée par l'article 41.3 directive mais qui n'est pas pour autant, comme vous l'avez jugé, une obligation découlant directement d'un principe général de la commande publique (CE 23 décembre 2009, *Etablissement public du musée et domaine national de Versailles*, A, n° 328827 ; CE, 30 juillet 2014, *Société Lyonnaise des eaux France*, B, n° 396044).

Si vous partagez cette analyse des dispositions de l'article 10 du décret de 2016, vous jugerez que l'auteur de l'ordonnance attaquée a commis une erreur de droit en imposant l'obligation de hiérarchisation des critères de sélection à la passation d'une concession ayant pour objet la distribution d'eau potable et annulerez son ordonnance.

Réglant l'affaire au fond, vous écarterez, pour les raisons que nous venons de dire, le moyen tiré du manquement retenu à tort par le juge du référé.

Vous constaterez ensuite que la société des eaux de Corse a déclaré renoncer à soutenir que la participation à la délibération du conseil communautaire ayant approuvé le choix de l'offre de l'OEHC de deux conseillers dont l'un est administrateur de cet établissement et l'autre conseiller à l'assemblée de Corse, qui exerce la tutelle sur l'OEHC, aurait affecté l'impartialité de l'autorité concédante.

Les deux moyens suivants vous conduiront à faire application des principes qui régissent respectivement la candidature d'un établissement public à une commande publique et le contrôle de ses conditions par le juge des référés contractuels.

Le premier reproche à l'autorité concédante de ne pas avoir vérifié, dans le cadre de l'analyse de la candidature de l'OEHC, que l'exécution de la concession litigieuse constituait le prolongement d'une mission de service public dont cet établissement public a la charge et répondait ainsi à un intérêt public. La formulation du moyen est un peu curieuse car le seul défaut de vérification n'est pas susceptible d'entacher d'irrégularité la procédure si l'établissement candidat était bien compétent pour exécuter le contrat. C'est donc seulement d'une critique de cette compétence dont le juge du référé précontractuel pourrait être utilement saisi, puisque vous avez jugé que le fait d'attribuer un contrat à un établissement public qui ne serait pas compétent pour l'exécuter car cette activité n'entre pas dans son objet statutaire constitue un manquement au principe d'égal accès à la commande publique qu'il appartient au juge du référé précontractuel de sanctionner (CE, 18 septembre 2015, *Association de gestion du conservatoire national des arts et métiers des pays de la Loire et autres*, 390041, aux T, revenant sur la décision *Compagnie méditerranéenne d'exploitation des services d'eau* du 16 octobre 2000, n° 212054, au rec. Il ne lui appartient en revanche pas de vérifier ce point à propos d'une personne morale de droit privé, sauf si un texte législatif ou réglementaire a précisément défini son objet social et ses missions (CE, 4 mai 2016, *Agence départementale d'information sur le logement et l'énergie (ADILE) de Vendée*, n°396590, aux T).

La candidate évincée se trompe encore en développant sa critique dans les termes de votre jurisprudence *sté Armor SNC* (Ass., 30 décembre 2014, n° 355563, au rec avec les conclusions de B. Dacosta), qui ne sont pas adaptés à l'appréciation de la compétence d'un établissement public. Il ne s'agit pas, en ce qui le concerne, de savoir si l'exécution du contrat satisfait un intérêt public local mais s'il entre dans sa mission statutaire ou en constitue un complément normal (CE, 18 septembre 2015, *Association de gestion du conservatoire national des arts et métiers des pays de la Loire et autres*, précitée). Si tel est le cas, il peut se porter candidat à condition de présenter les garanties d'une absence d'atteinte à la concurrence que vous avez posées dans votre avis *société Jean-Louis Bernard Consultants* (CE, avis, 8 novembre 2000, n° 222208, au rec).

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

Il ne fait en l'espèce aucun doute que l'exploitation de services publics de distribution d'eau potable fait partie des missions statutaires de l'OEHC. L'article L.112-32 du code rural l'autorise, à la demande des collectivités locales, à « *étudier, réaliser ou exploiter les équipements nécessaires à la distribution d'eau potable ainsi qu'au traitement des eaux usées* ». Il peut à ce titre, comme le précise l'article R. 112-34 du code rural « *intervenir en tant que: a) Concessionnaire de l'Etat, notamment dans le cadre de l'article L. 112-8 ; b) Concessionnaire ou exploitant pour le compte des collectivités territoriales; c) Maître d'ouvrage recevant délégation des collectivités territoriales ou de toute autre personne de droit public ou privé ; d) Maître d'œuvre ; e) Prestataire de services* ».

Le second des moyens relatifs à la candidature de l'office est comme le précédent présenté sous l'angle d'un manquement de l'autorité concédante à son obligation de vérifier que l'offre de l'établissement public ne bénéficiait pas des ressources ou des moyens qui lui sont attribués au titre de sa mission de service public. La société requérante soutient que l'office n'opère, contrairement à ce que préconise votre jurisprudence depuis l'avis précité *société Jean-Louis Bernard consultant*, aucune séparation comptable des moyens et ressources entre ceux qui lui sont attribués au titre de sa mission de service public telle que fixée par le code rural, à savoir « l'aménagement et la gestion de l'ensemble des ressources hydrauliques de la Corse » (L.112-12 du code rural et de la pêche) et ceux qui résultent d'activités purement concurrentielles et qu'il omet d'intégrer l'intégralité des coûts, une partie étant couverte par les moyens financiers issus de la mission de service public et notamment par la possibilité d'émettre des titres exécutoires pour recouvrer les impayés.

Bien que la règle qu'il est reproché à l'Office candidat d'avoir méconnue soit présentée depuis votre avis *société Jean-Louis Bernard consultants* comme tendant à garantir une égale concurrence entre les opérateurs économiques et que vous avez jugé à plusieurs reprises qu'il n'appartient pas au juge du référé précontractuel de s'assurer de ce que l'exécution du contrat respecte les règles du droit de la concurrence (29 juillet 1999, *SA Bouygues*, p. 265 ; 24 oct 2001, *CT de la Corse*, n° 236293, au rec ; 5 juin 2007, *Sté Corsica Ferries*, n° 305280, aux T, concernant l'abus de position dominante ; 14 mars 2003, *Sté Air Lib*), nous pensons que le juge du référé précontractuel doit vérifier qu'une personne publique candidate à une commande publique ne profite pas indûment des avantages dont elle bénéficie au titre de sa mission de service public pour proposer des prix particulièrement bas. Il ne s'agit pas dans ce cas, contrairement aux précédents que nous venons de citer, de contrôler les conséquences de l'exécution du contrat sur la concurrence dans un secteur économique mais de veiller à ce que les candidats soient placés en situation d'égalité pour construire leurs offres.

C'est ainsi au stade de l'examen des offres que l'acheteur public devra faire application de cette règle, comme vous venez de le préciser par votre récente décision *Société Vinci Construction maritime et fluvial* du 14 juin 2019 : « Lorsque le prix de l'offre d'une collectivité territoriale est nettement inférieur aux offres des autres candidats, [qu']il appartient au pouvoir adjudicateur de s'assurer, en demandant la production des documents nécessaires, que l'ensemble des coûts directs et indirects a été pris en compte pour fixer ce prix, afin que ne soient pas faussées les conditions de la concurrence ». En l'espèce, l'autorité concédante n'avait aucune raison de s'inquiéter d'une éventuelle pratique anticoncurrentielle de l'Office des eaux de la Haute-Corse par les prix qu'il proposait, qui étaient globalement plus élevés que ceux de la Société des eaux de Corse.

Le dernier moyen nous retiendra moins longtemps. Il est tiré de ce que l'obligation prévue par le contrat pour le concessionnaire de s'approvisionner en eau potable auprès de l'OEHC aurait conféré un avantage à ce dernier. Mais cet avantage, à le supposer établi, ne découle pas du contrat litigieux mais de la mission légale et réglementaire de l'OEHC qui, comme nous l'avons dit, assure « l'aménagement et la gestion de l'ensemble des ressources hydrauliques de la Corse » (art L. 112-12 du code rural).

**EPCMNC** : - Annulation de l'ordonnance attaquée ;

- Rejet de la demande de la société des eaux de Corse présentée au JRTA ;

- A ce que vous mettiez à la charge de la société des eaux de Corse le versement à la communauté de communes de l'Ile-Rousse-Balagne et à l'OEHC d'une somme de 4000 euros à chacun au titre des frais exposés.