

Contrats publics Quand la personne publique peut déroger à ses propres règles

Dans l'affaire qui opposait la métropole européenne de Lille à Transdev, le Conseil d'Etat a fait preuve de pragmatisme.

Par Sophie Lapisardi, avocat à la cour, spécialiste en droit public, associée du cabinet Lapisardi Avocats

L'affaire «MEL-Transdev», tranchée par le Conseil d'Etat le 8 novembre dernier, ne laisse personne indifférent : de l'acheteur public qui frissonne à l'idée de communiquer, par erreur, en cours de procédure de passation, une information confidentielle à un candidat concernant l'offre de son concurrent, à l'entreprise qui se demande comment elle aurait pu agir dans de telles circonstances (CE, 8 novembre 2017, n° 412859).

Il est vrai que le cas est tout à fait particulier et même, comme l'indiquait le rapporteur public Olivier Henrard dans ses conclusions, « pathologique ». Il démontre le pragmatisme dont fait preuve la jurisprudence, qui n'hésite pas à écarter les règles qu'elle rappelle pourtant avec force, quand les circonstances le justifient.

Des circonstances particulières

Début 2016, la métropole européenne de Lille (MEL) a lancé une procédure de passation d'une concession pour l'exploitation du service des transports urbains de personnes durant sept ans. Les sociétés Keolis et Transdev ont participé à cette procédure, finalement déclarée infructueuse. Ces deux sociétés avaient présenté une offre méconnaissant au moins une condition et caractéristique essentielle du contrat, de sorte que leurs offres avaient été éliminées avant toute négociation.

La société Keolis a formé un référé précontractuel visant à faire annuler la délibération notifiant l'infructuosité ainsi que l'ensemble des décisions relatives à une nouvelle procédure de passation. Le juge du référé a prononcé un non-lieu à statuer en considérant que la déclaration d'infructuosité avait pour

conséquence « de mettre un terme à la procédure de passation de la concession litigieuse qui a, dès lors, épuisé tous ses effets ». Le magistrat a également considéré que la publication par la MEL d'un nouvel avis de publicité portant sur les mêmes prestations n'avait pas eu pour effet de placer Keolis dans une situation susceptible de le léser par rapport aux autres entreprises concurrentes. De même, l'ordonnance de référé retenait que cette société conservait toutes ses chances d'obtenir le marché.

La nouvelle procédure de passation s'est poursuivie et les deux mêmes entreprises ont été admises à participer à la phase de négociation. Huit réunions se sont tenues ; la négociation s'est achevée en mai 2017 par un courrier de la MEL adressé aux deux candidats, les informant de la date limite de dépôt des offres finales. Une clé USB était jointe à ce pli, censée contenir les documents à compléter et présenter dans ce cadre. Toutefois, pour Transdev, cette clé USB contenait des fichiers intitulés « Keolis », parmi lesquels le projet de contrat issu des négociations avec Keolis. La société Transdev en a alors informé la MEL.

Cette dernière s'est trouvée confrontée à un problème pour le moins complexe : que faire ? La métropole a décidé de poursuivre la procédure en abandonnant sa demande de dépôt d'offres finales. Elle a fait son choix sur la base des offres intermédiaires et des éléments fournis par les sociétés jusqu'à la dernière réunion de négociation. La société Keolis a été retenue.

Transdev a alors, à son tour, saisi le juge du référé précontractuel afin d'obtenir, à titre principal, l'annulation de l'ensemble de la procédure de passation et, à titre subsidiaire, la reprise de la procédure afin que les candidats soient autorisés à présenter une offre finale. Le juge a rejeté ce recours le 13 juillet 2017. Saisi sur pourvoi de la société Transdev, le Conseil d'Etat s'est prononcé le 8 novembre suivant, à la faveur de la décision de la MEL de suspendre volontairement la signature du contrat dans l'attente de cette décision.

La force obligatoire du règlement de consultation

Dans sa décision, le Conseil d'Etat reconnaît tout d'abord, avec constance, la liberté de l'autorité délégante d'organiser ou non les modalités de la phase de négociation préalable à la conclusion d'une délégation de service public (CE, 21 mai 2010, « Commune de Bordeaux », n° 334845).

En effet, pour reprendre la formulation utilisée par la Haute juridiction administrative, « ni les dispositions des articles L. 1411-1 et suivants du Code général des collectivités territoriales ni celles de l'ordonnance [relative aux contrats de concession] du 29 janvier 2016 et du décret du 1^{er} février 2016 pris pour son application ne font 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 » (voir aussi : CE, 18 juin 2010, « CU Strasbourg et société Sèche Eco Industrie », n° 336120).

Le Conseil d'Etat considère ensuite que « dans le cas où l'autorité délégante prévoit que les offres seront remises selon des modalités et un calendrier fixés par le règlement de consultation [...], 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, les sages du Palais-Royal indiquent



que la demande de remise d'une offre finale constitue « une étape essentielle de la procédure de négociation » qui ne peut en principe être abandonnée en cours de procédure.

Un pragmatisme nécessaire

Mais, après avoir rappelé la force obligatoire du règlement de consultation, le Conseil d'Etat considère que c'est au nom du respect du principe d'égalité entre les candidats, auquel l'autorité délégente doit veiller en toute hypothèse, qu'elle a pu déroger aux règles qu'elle s'était elle-même fixées. Il considère donc que la MEL n'a pas méconnu les règles de mise en concurrence.

Le rapporteur public avait également conclu au rejet du pourvoi. Il s'était, lui, fondé sur le défaut de lésion pour rejeter les demandes de la société Transdev. Pour Olivier Henrard, si cette dernière avait été autorisée à remettre une offre finale : soit elle aurait tiré avantage de ces informations et, dans ce cas, la procédure aurait été entachée d'irrégularité ; soit elle aurait remis une offre identique à son offre intermédiaire et n'aurait alors pu justifier d'aucune lésion.

Le Conseil d'Etat avait déjà eu l'occasion de se prononcer sur la question des conséquences de la transmission d'informations stratégiques (document présentant les principales caractéristiques des offres concurrentes) à des candidats (CE, 14 décembre 2009, « Société Lyonnaise des eaux France », n° 328157). Il avait confirmé l'annulation de l'ensemble de la procédure de passation. Toutefois, les faits étaient bien différents de ceux de l'affaire « Transdev », et c'est justement l'un des motifs mis en avant cette fois-ci par la Haute juridiction. Pour parvenir à cette solution, elle avance plusieurs arguments :

- les circonstances particulières de l'affaire : la transmission par erreur (et non par manœuvre) d'informations concernant l'offre concurrente (le projet de contrat, notamment) ;

- le fait que cette divulgation était « de nature à porter irrémédiablement atteinte à l'égalité entre les candidats, dans le cadre de la procédure en cours comme dans le cadre d'une nouvelle procédure si la procédure de passation devait, à brève échéance, être reprise depuis son début » ;

- le fait que les négociations étaient suffisamment avancées et engageantes pour que la MEL puisse figer l'état des offres à la date de la divulgation.

Assurément sévère à l'égard de Transdev, qui n'est pas responsable de cette grave erreur de la MEL et ne l'a pas cachée, et aussi regrettable que soit cette bévue, la décision du juge est pragmatique. Car on voit mal quelle autre solution la MEL aurait pu choisir. Relancer une procédure la conduisait à rompre l'égalité entre les candidats en avantageant Transdev, informée des éléments de l'offre de Keolis. Et une annulation de la procédure l'aurait poussée à faire une croix sur le projet de concession.

Reste, comme l'avait souligné le rapporteur public, que ce contrat a un goût d'inachevé, puisque les candidats n'ont pas été en mesure d'ajuster leurs offres et que celle retenue était donc inaboutie. ●

Ce qu'il faut retenir

- Le Conseil d'Etat a rendu le 8 novembre une décision assez inattendue, dans une affaire opposant une autorité délégente, la métropole européenne de Lille (MEL), et une entreprise évincée d'une procédure de passation, la société Transdev.

- A la fin de la phase de négociation, la MEL avait commis une lourde erreur. Dans un courrier adressé à Transdev lui demandant de remettre son offre finale, elle avait joint par mégarde dans une clé USB des documents relatifs à l'offre de l'autre candidate. La MEL avait alors décidé de renoncer aux offres finales et fait son choix sur la base des dernières offres intermédiaires.

- Le Conseil d'Etat a considéré que c'est au nom du respect du principe d'égalité entre les candidats, auquel l'autorité délégente doit veiller en toute hypothèse, qu'elle a pu déroger aux règles qu'elle s'était elle-même fixées. Il considère donc que la MEL n'a pas méconnu les règles de mise en concurrence.