



## Lexbase Hebdo édition publique n°481 du 23 novembre 2017

[Contrats administratifs] Jurisprudence

### Passation d'une concession de transports : transparence *versus* égalité ? Une décision pragmatique du Conseil d'Etat

N° Lexbase : N1323BxB



par Anna Maria Smolinska, docteur en droit, Avocat au barreau de Lyon  
(Guimet avocats)

**Réf. :** CE 2° et 7° ch. — r., 8 novembre 2017, n° 412 859, inédit au recueil Lebon (N° Lexbase : A9863WXL)

**Par une décision déconcertante du 8 novembre 2017 le Conseil d'Etat, statuant en chambres réunies -formation réservée aux affaires présentant une difficulté juridique particulière— a confirmé sur le fond une ordonnance en référé précontractuel du tribunal administratif de Lille en considérant que par exception au principe interdisant à une autorité déléguante de modifier les étapes de la procédure qu'elle a elle-même définie, dans le cas d'espèce, celle-ci a pu valablement modifier une étape, pourtant essentielle, de la procédure.**

A l'origine du pourvoi, la société X, contestait la procédure de passation d'une concession pour l'exploitation du service public des transports urbains de personnes, attribuée à la société Y.

Dans le cadre de cette procédure, soumise aux dispositions de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016, relative aux contrats de concession (N° Lexbase : L3476KYE) et à son décret d'application (décret n° 2016-86 du 1er février 2016 N° Lexbase : L4192KYW), ainsi qu'aux dispositions des articles L. 1411-1 (N° Lexbase : L3972KYR) et suivants du Code général des collectivités territoriales, le règlement de la consultation prévoyait, alors même que les textes ne l'imposent pas, les modalités et le calendrier des différentes phases de négociation.

Les négociations se sont achevées le 19 mai 2017 après huit réunions de négociation avec chacun des deux candidats et de nombreux échanges écrits.

A cette date, la Métropole européenne de Lille (ci-après la "MEL"), autorité concédante, a adressé aux candidats un courrier demandant la production des offres finales pour le 12 juin 2017. Malencontreusement, la clef USB jointe

au courrier, censée contenir uniquement les documents qui devaient être produits avec les offres finales, contenait également des documents confidentiels relatifs à l'offre de la société Y. Ainsi, par erreur, ces documents ont été communiqués à son concurrent.

Par deux décisions successives -du 2 puis du 7 juin 2017-, la Métropole a informé les soumissionnaires de l'abandon de la demande des offres finales. Elle avait décidé ainsi d'attribuer la concession sur la base des offres intermédiaires déposées le 18 avril 2017, complétées par les éléments remis pendant la phase des négociations, soit jusqu'au 19 mai 2017.

Un référé précontractuel a été introduit par la société X, candidat finalement évincé. A la suite du rejet de ses demandes par le tribunal administratif, la société a saisi le Conseil d'Etat.

Jugeant l'affaire sur le fond, le Conseil d'Etat a, rapidement et sans motivation particulièrement développée, écarté les moyens liés à la qualification des documents transmis par la société X le 18 avril 2017 et à ce que l'analyse des offres intermédiaires conduirait à retenir une offre qui ne répondrait pas à l'ensemble des besoins de l'acheteur. Le présent commentaire ne reviendra donc pas sur ces éléments.

Le cœur de l'affaire porte sur la modification du déroulement de la procédure prévue par le règlement de la consultation, en cours de celle-ci.

Sur ce moyen, la Haute juridiction met en balance deux principes fondamentaux de la commande publique -le principe de transparence, qui se traduit au cas présent par l'obligation de respecter les règles que le pouvoir adjudicateur s'est lui-même fixé (1)— et le principe d'égalité de traitement des candidats (2).

Dans cette affaire, ces principes apparaissaient inconciliables et, prenant en compte les circonstances d'espèce, comme il s'efforce de le rappeler, le Conseil d'Etat avait fait prévaloir l'égalité de traitement sur la transparence (3).

## I — La réaffirmation du caractère fondamental du principe de transparence

C'est en suivant sur ce point les conclusions de son rapporteur, que le Conseil d'Etat relève le manquement commis par la MEL au principe de transparence en précisant que, *"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"* (cons. n° 4) et en le rappelant à nouveau, dans le sixième considérant.

En ce point, la décision confirme une jurisprudence constante, en ce compris dans le cadre des procédures dont les modalités, comme ici, sont définies librement par l'acheteur (CE, 10 octobre 1994, n° 108 691 N° Lexbase : A2946ASW).

Toutefois, comme pour en diminuer la portée, le Conseil d'Etat évite toute rédaction qui constaterait directement et sans ambiguïté le manquement commis. Il se contente de rappeler le principe de transparence et que celui-ci fait obstacle à la modification de la procédure annoncée par le règlement de consultation en cours et de rappeler, enfin, qu'une telle modification a eu lieu dans l'affaire dont il a à connaître. Le manquement en est déduit aisément, mais jamais affirmé clairement par la Haute juridiction.

## II — La reconnaissance d'une place singulière au principe d'égalité

Après avoir examiné le principe de transparence, le Conseil d'Etat porte son attention sur celui d'égalité. Il semble lui donner une place particulière, lorsqu'il considère qu'*"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"*.

Le principe d'égalité est la pierre angulaire de cette décision qui se démarque par ailleurs de la jurisprudence existante.

En effet, sans beaucoup de difficulté, le juge constate une violation de l'égalité de traitement entre les candidats. Cela est sans surprise : l'un des deux candidats a eu connaissance, en cours de procédure, de l'offre du second.

Ce qui est surprenant, c'est la suite de la motivation. Habituellement, en cas violation de la confidentialité des offres, le juge conclut à l'annulation de la procédure de passation (CE, 14 décembre 2009, n° 328 157 N° Lexbase : A6058EP3).

Tel n'est pas le cas en l'espèce. Et pour cause, comme le relève le juge administratif, la démarche de la MEL qui, au lieu de poursuivre la procédure telle que prévue, a agi pour *"pallier cette atteinte à l'égalité entre les candidats"* (cons. n° 5). La décision, contestée, de modifier le règlement de la consultation constituerait donc, dans ce cas, un remède

à la rupture d'égalité, caractérisée par la divulgation de l'offre intermédiaire de l'un des candidats.

C'est à partir de ce moment-là que le principe de transparence -qui imposerait l'application de la procédure telle que prévue et annoncée aux candidats— et celui d'égalité de traitement entrent en conflit.

En effet, la seule solution que la MEL a trouvée pour rétablir tant bien que mal une telle égalité, consistait à figer les offres des candidats au moment précédant immédiatement cette rupture d'égalité. Or, cela impliquait de ne pas permettre aux candidats, contrairement à ce que prévoyait le règlement, de remettre une offre finale.

Le Conseil d'Etat a décidé de faire prévaloir l'égalité sur la transparence, en acceptant ainsi de créer une brèche dans l'interdiction, jusque-là ferme, de modification par un acheteur des règles qu'il s'était lui-même fixées. Si une telle décision peut avoir un impact à l'avenir, celui-ci semble pour le moment très limité, la décision commentée étant strictement circonscrite aux circonstances de l'espèce.

### III — La prévalence de l'égalité sur la transparence limitée aux circonstances de l'espèce

Si le Conseil d'Etat rejette le pourvoi du candidat évincé, alors que la violation du principe de transparence est indiscutable, c'est parce que, dans les circonstances de l'espèce, il considère la solution adoptée par la MEL comme la seule viable. Le juge fait ici preuve d'un grand pragmatisme.

Dans un premier temps, le juge constate que l'atteinte à l'égalité entre les candidats est "*irréversible*". Ce faisant, il écarte donc toute annulation de la procédure ainsi que toute injonction de reprise de cette dernière au stade des offres finales. L'égalité des candidats ayant été rompue à tout jamais, une procédure poursuivie sur la base du règlement de consultation initial, tout comme une nouvelle procédure de passation après annulation, seraient entachées d'irrégularité. Ce raisonnement se justifie au cas présent, par le caractère assez peu concurrentiel du domaine concerné, dans lequel seules quelques grandes entreprises sont en mesure de répondre aux consultations lancées par les collectivités.

Apparaît ici dans l'arrêt, mais uniquement en relief, la question de l'intérêt lésé du candidat évincé. Le Conseil d'Etat semble dire que, certes, le principe de transparence a été méconnu mais que, de toute manière, si la MEL avait poursuivi la procédure sans en changer des modalités, le requérant, supposé attributaire, l'aurait été dans le cadre d'une procédure irrégulière, et donc potentiellement annulée.

Dans un second temps, le Conseil d'Etat relève la durée importante et l'intensité des négociations, pour en déduire que, dans des conditions identiques, les candidats ont disposé d'un délai suffisant pour présenter leurs offres (intermédiaires).

Au regard de ces circonstances, le Conseil d'Etat choisit donc, dans cette situation qualifiée de "*pathologique*" par le Rapporteur public, le moindre mal et accepte une entorse au principe de transparence. La brèche ainsi ouverte semble infiniment petite : encore faut-il se trouver dans une situation qui porte violation, de manière irréversible dans le présent et dans l'avenir proche, à l'égalité des candidats et être en mesure de démontrer que ces derniers ont bien été mis à même de présenter une offre dans des conditions suffisamment optimales.

Sur le plan opérationnel, la solution est discutable dans la mesure où la stratégie de négociation, particulièrement dans des domaines assez peu concurrentiels, amène souvent les candidats à ne dévoiler leur meilleure offre qu'au stade final de la procédure.

Cette décision pourrait donc les inciter à modifier cette approche, dans la même logique que celle de la procédure concurrentielle avec négociation instaurée par l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015, relative aux marchés publics (N° Lexbase : L9077KBS), qui permet aux acheteurs d'attribuer le marché sur la base des offres initiales, sans négociation.