

N° 429407

Société La Méridionale

7ème et 2ème chambres réunies

Séance du 12 juin 2019

Lecture du 24 juin 2019

- C

CONCLUSIONS

M. Gilles PELLISSIER, rapporteur public

L'attribution des concessions de desserte maritime de la Corse depuis Marseille donne lieu à un contentieux récurrent auquel la dernière procédure lancée le 8 août 2018 par la collectivité de Corse pour la desserte de cinq ports de l'île correspondant à autant de lots, pour une durée de quinze mois à partir du 1^{er} octobre 2019, n'a pas échappé. Elle ne vous est pas inconnue puisque vous avez tout récemment rejeté le pourvoi formé par l'une des candidates, la société Corsica Ferries, contre une ordonnance qui avait jugé régulière le rejet de sa candidature qui n'avait pas été présentée, comme l'exigeaient les documents de la consultation, sur des supports dématérialisés.

L'affaire qui vient d'être appelée porte sur la décision de l'autorité concédante de ne pas admettre la société La Méridionale, l'une des deux sociétés candidates restant en lice, aux négociations pour les lots n° 1 et 4, concernant respectivement les lignes Ajaccio-Marseille et Propriano-Marseille. Cette décision est motivée par le fait que la substitution aux navires indiqués dans les offres initiales, qui n'étaient plus disponibles, par d'autres navires ne présentant pas les mêmes caractéristiques constituait une modification substantielle des offres qui ne pouvait plus avoir lieu après la date limite de dépôt des offres et qu'en outre, en ce qui concerne le lot n° 1, elle n'est plus conforme aux exigences du dossier de consultation en raison d'un nombre insuffisant de prises de courant pour véhicules frigorifiques sur le nouveau navire.

La société La Méridionale a contesté cette décision devant le juge du référé précontractuel du TA de Bastia qui, par une ordonnance du 19 mars 2019 contre laquelle elle se pourvoit en cassation, a rejeté sa demande.

La société Corsica Ferries, qui n'était ni partie ni intervenante en première instance, a présenté des observations au soutien du pourvoi qu'elle conclut en demandant non seulement l'annulation de l'ordonnance attaquée mais aussi celle de la procédure d'attribution de la concession dans son ensemble, voyant probablement là une occasion de revenir dans la course. Mais vous n'aurez pas à statuer sur ces conclusions qui n'en sont pas véritablement car la société Corsica Ferries ne les ayant produites que parce que vous lui avez communiqué le pourvoi, elle n'a pas la qualité d'intervenant (CE, 5 juillet 1972, *SA de transit et de consignation*, n° 80671, A). Il ne s'agit donc que d'observations qui n'appellent aucune réponse particulière.

Les deux premiers moyens sont dirigés contre les motifs par lesquels le juge du référé a jugé inopérant un moyen tiré de ce que l'autorité concédante aurait manqué à ses obligations de

transparence en ne l'informant pas des demandes de précisions sur ses offres qu'elle avait adressées à la société concurrente. Le juge du référé a estimé que la société requérante, dont la candidature a été déclarée recevable, n'était pas susceptible d'être lésée par un défaut d'information qui, aux termes de l'article 23 du décret du 1^{er} février 2016 relatif aux concessions, ne concerne que les demandes de production de pièces ou d'information devant obligatoirement figurer dans les dossiers de candidature. L'inopérance ainsi opposée tient donc à la fois au champ d'application de l'obligation d'informer l'ensemble des candidats, qui ne porte pas sur les demandes de précision relatives aux offres, et à la lésion. La société requérante soutient que ces motifs seraient entachés d'erreur de droit dès lors que le principe de transparence s'applique à tous les stades de la procédure et que l'information de l'ensemble des candidats des demandes de précisions de leurs offres adressées à certains d'entre eux leur permet de vérifier la régularité de la procédure.

Mais vous n'avez jamais donné cette portée au principe de transparence et aucune disposition n'impose de le faire. Comme l'a relevé le juge du référé, le décret de 2016 ne prévoit d'informer l'ensemble des candidats que des demandes de précisions relatives aux candidatures. En tout état de cause, la société requérante n'aurait pu utilement se prévaloir d'un éventuel manquement à ce principe qui est sans rapport avec le motif du rejet de ses offres.

Le troisième moyen est plus intéressant. Il est tiré de ce que l'auteur de l'ordonnance attaquée aurait commis une erreur de droit en écartant le moyen tiré d'une atteinte au principe d'égalité de traitement des candidats résultant de la parution dans la presse de détails de son offre au seul motif que la collectivité de Corse ne serait pas à l'origine de la divulgation de ces informations.

Le juge des référés s'est placé, pour répondre à ce moyen, dans le seul cadre de l'article 38 de l'ordonnance du 29 janvier 2016 relative aux concessions qui dispose que "*l'autorité concédante ne peut communiquer les informations confidentielles qu'elle détient dans le cadre du contrat de concession, telles que celles dont la divulgation violerait le secret en matière industrielle et commerciale ou pourrait nuire à une concurrence loyale entre les opérateurs économiques, notamment par la communication, en cours de consultation, de la valeur globale ou détaillée des offres*".

Mais nous pensons comme la société requérante que la violation de ces dispositions par l'autorité concédante n'est pas la seule cause possible de l'atteinte au principe d'égalité entre les candidats que constitue la publicité donnée en cours de procédure à des informations confidentielles relatives à une offre. Par l'ampleur et les effets qu'elle peut avoir dans certains cas, une telle publicité, qui peut avoir d'autres sources, y compris internes à la société qui en serait victime, est susceptible par elle-même de fausser la concurrence entre les candidats. Vous avez à plusieurs reprises indiqué que la circonstance que l'un des candidats dispose d'informations confidentielles, obtenues indépendamment de toute faute de l'acheteur, en l'occurrence à l'occasion de sa participation à d'autres marchés, était de nature à rompre l'égalité entre les concurrents et à entacher d'irrégularité la procédure de mise en concurrence (CE, 29 juillet 1998, *sté Génicorp*, n° 177952, aux T; CE, 12 septembre 2018, *SIOM de la vallée de Chevreuse; société SEPUR*, n° 420454, aux T). Comme le précise cette dernière décision, une telle rupture d'égalité "oblige l'acheteur public", qui est responsable de la régularité de la procédure qu'il dirige, "à prendre les mesures propres à la rétablir", alors même qu'il n'en est pas la cause. Il s'agit d'une irrégularité objective, comme celle qui affecte l'attribution du marché à un candidat qui ne satisfait pas aux exigences de capacité ou qui aurait du être exclu, alors même que l'acheteur était légitimement dans l'ignorance de la circonstance qui aurait du conduire à exclure sa candidature (3 octobre 2012, *Déménagement Le Gars*, n° 360952, aux T ; 26 mars 2014, *cne de Chaumont*, n° 374387).

Par conséquent, si la divulgation au cours d'une procédure de mise en concurrence d'informations confidentielles relatives à une offre est d'une importance telle qu'elle confère aux autres candidats un avantage anticoncurrentiel sur un autre candidat, cette rupture d'égalité entre les candidats, quelle qu'en soit la source, entache d'irrégularité la procédure. Seule la divulgation d'informations confidentielles importantes à un moment où elles sont susceptibles d'avantager les concurrents peut avoir un tel effet. Tel pourra être le cas de la publication de données confidentielles relative à une offre juste avant la remise des offres ou en phase de négociation, mais pas si les offres définitives ont déjà été déposées. Confronté à une telle situation, l'acheteur public n'a guère d'autre choix, pour rétablir l'égalité entre les candidats, que de recommencer la procédure, puisque tous les concurrents ont eu accès à ces informations concernant l'un d'entre eux (il ne peut donc corriger la situation en excluant le candidat qui disposerait seul d'informations confidentielles).

En l'espèce, il ne fait guère de doutes que les informations parues dans la presse locale dont se plaint la société requérante n'étaient pas de nature à conférer à sa concurrente un avantage dans les négociations. Le nom de l'un des navires que la société requérante entendait utiliser est cité, mais cela ne représente pas un avantage concurrentiel significatif.

Quoi qu'il en soit, le juge du référé ne pouvait se contenter pour répondre au moyen de relever que l'autorité concédante n'était pas responsable de la divulgation. Il devait vérifier que cette divulgation n'avait pas, par elle-même, par son ampleur et ses effets, rompu l'égalité entre les candidats.

Cette erreur de droit n'entraînera toutefois pas la cassation de l'ordonnance car le moyen auquel son auteur a ainsi répondu de manière erronée était inopérant puisque le manquement invoqué était, comme le précédent, sans rapport avec le motif de rejet des offres de la société requérante, rejet intervenu avant la négociation dont il aurait éventuellement pu entacher la régularité. L'irrégularité de ses offres lui fermant l'accès à la négociation, elle ne peut utilement se plaindre de ce qu'elle aurait été désavantagée dans une négociation à laquelle elle n'a pas participé. Vous pourrez substituer ce motif de pur droit au motif erroné de l'ordonnance attaquée.

Les moyens suivants nous retiendront moins longtemps.

Le quatrième est tiré de ce que le juge du référé aurait commis une erreur de droit en appréciant la régularité de l'offre portant sur le lot n° 1 au regard du nombre de prises de courant pour véhicules frigorifiques figurant dans l'annexe I du projet de convention alors que, selon la requérante, les caractéristiques des offres n'étaient précisées qu'à l'article 2.4 du règlement de la consultation, relatif aux "caractéristiques minimales". Ce moyen n'est absolument pas sérieux: l'annexe technique des services n° 1 qui exigeait un minimum de 40 de ces prises était jointe au dossier de la consultation, lequel précisait qu'elle devait également être jointe à l'offre déposée par le candidat. Il s'agissait donc sans aucun doute d'une condition de régularité des offres dont le juge du référé a eu raison de sanctionner la méconnaissance.

La société requérante n'établit aucunement que le juge du référé aurait dénaturé les pièces du dossier en estimant d'une part que ces quarante prises étaient exigées, puisque, comme nous venons de le dire, cela ressortait clairement des documents de la consultation, et d'autre part qu'elle n'aurait pas le temps de les installer sur le navire qu'elle envisageait d'utiliser, la requérante ayant indiqué à la collectivité de Corse que le navire qu'elle envisageait d'utiliser et qui ne comportait que 20 prises, ne serait à sa disposition que le 30 septembre pour un commencement d'exécution de la convention le lendemain.

Les deux derniers moyens sont dirigés contre les motifs par lesquels le juge du référé a considéré que la substitution de navires représentait bien une novation de l'offre: "Il résulte de l'instruction que les capacités techniques du navire « Bithia » présentent, avec celles du navire « Nova Star » initialement proposé, sur de nombreux points des différences sensibles, aussi bien quant à ses dimensions, sa puissance, ses capacités d'accueil des passagers et sa consommation qui sont nettement plus importantes, le navire étant plus vieux de dix ans, plus proche d'un ferry rapide, avec une vitesse supérieur de 31 %, destiné à transporter trois fois plus de passagers, tout en étant moins doté en termes de linéaire fret. De telles différences, alors même qu'elles ne remettent pas en cause la conformité de l'offre avec le dossier de la consultation, sont cependant de nature à affecter la valeur technique de celle-ci, tant en ce qui concerne la qualité technique des navires, que la qualité des services aux usagers, mais aussi le compte d'exploitation, et donc le montant de la compensation financière, qui sont les éléments qui déterminent, aux termes de l'article 10 du règlement de consultation, le jugement des offres et donc le choix de l'attributaire".

Contrairement à ce que soutient en premier lieu la société requérante, la circonstance que l'offre modifiée demeure conforme aux exigences des documents de la consultation ne fait pas obstacle à ce qu'elle soit regardée comme nouvelle et tardive si elle est déposée après la date limite de dépôt des offres. La régularité des offres et l'interdiction de modifier substantiellement une offre après la date limite de remise des offres sont deux règles distinctes. La seconde s'apprécie, comme l'a fait le juge du référé, au regard de l'importance des modifications apportées à l'offre. Sa qualification d'offre nouvelle, compte tenu de ces modifications, qui est souveraine, n'est pas contestée.

Le moyen subsidiaire du pourvoi selon lequel le juge du référé aurait omis de répondre à un moyen selon lequel les exigences du règlement de la consultation auraient conféré un avantage aux propriétaires de navires n'est pas davantage fondé, car il ressort des écritures de la requérante devant le juge du référé que ce n'était tout au plus qu'un argument dans une description aussi générale que succincte du contexte de cette concession.

Ce qui n'enlève rien à la part de vérité qu'il contient : il est certainement plus difficile pour une société de petite ou moyenne envergure, n'étant pas propriétaires de navires, de concourir à l'obtention d'une telle concession de courte durée. Ne pouvant investir dans l'acquisition de navires pour les seuls besoins de la compétition, elle doit en réserver, apparemment, comme le montre la présente affaire, sans beaucoup de garanties de les obtenir. Mais cette circonstance ne suffit bien entendu pas à faire regarder les exigences minimales de l'autorité concédante quant aux caractéristiques des navires comme excessives au regard des besoins du service. La requérante n'était pas non plus obligée de candidater pour les cinq lots si elle n'en avait pas les capacités techniques.

EPCMNC : Rejet du pourvoi et à ce que vous mettiez à la charge de la société La Méridionale le versement à la collectivité de Corse d'une somme de 3 500 euros au titre des frais exposés.