

N° 412859

REPUBLIQUE FRANÇAISE

SOCIETE TRANSDEV

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

M. Marc Pichon de Vendeuil
Rapporteur

Le Conseil d'Etat statuant au contentieux
(Section du contentieux, 7ème et 2ème chambres réunies)

M. Olivier Henrard
Rapporteur public

Sur le rapport de la 7ème chambre
de la Section du contentieux

Séance du 23 octobre 2017
Lecture du 8 novembre 2017

Vu la procédure suivante :

La société Transdev a demandé au juge des référés du tribunal administratif de Lille, statuant sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, en premier lieu, d'annuler les décisions des 2 et 7 juin 2017 par lesquelles la métropole européenne de Lille (MEL) l'a informée, dans le cadre de la procédure de passation du contrat de service ayant pour objet l'exploitation du service public des transports urbains de personnes, qu'elle abandonnait sa demande de dépôt des offres finales et qu'elle procéderait à l'analyse des offres sur la base de la proposition du 18 avril 2017, en deuxième lieu, d'annuler l'intégralité de la procédure de passation de ce contrat, en troisième lieu, à titre subsidiaire, à ce qu'il soit enjoint à la métropole de reprendre la procédure de passation du contrat en autorisant les candidats à remettre, dans les délais fixés par elle, une offre finale et, en dernier lieu, à ce qu'il soit enjoint à la métropole, si elle entend poursuivre la procédure, de se conformer à ses obligations de publicité et de mise en concurrence.

Par une ordonnance n° 1705199 du 13 juillet 2017, le juge des référés du tribunal administratif de Lille a rejeté sa demande.

Par un pourvoi et un mémoire en réplique, enregistrés les 28 juillet et 6 octobre 2017 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, la société Transdev demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler cette ordonnance ;

2°) statuant en référé, de faire droit à sa demande ;

3°) de mettre à la charge de la métropole européenne de Lille la somme de 5 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

.....
Vu les autres pièces du dossier ;

Vu :

- le code général des collectivités territoriales ;
- l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 ;
- le décret n° 2016-86 du 1^{er} février 2016 ;
- le code de justice administrative ;

Après avoir entendu en séance publique :

- le rapport de M. Marc Pichon de Vendeuil, maître des requêtes,
- les conclusions de M. Olivier Henrard, rapporteur public,

La parole ayant été donnée, avant et après les conclusions, à la SCP Piwnica, Molinié, avocat de la société Transdev, à la SCP Garreau, Bauer-Violas, Feschotte-Desbois, avocat de la métropole européenne de Lille, et à la SCP Coutard, Munier-Apaire, avocat de la société Keolis ;

Vu la note en délibéré, enregistrée le 23 octobre 2017, présentée par la société Transdev ;

Vu la note en délibéré, enregistrée le 24 octobre 2017, présentée par la société Keolis ;

1. Considérant qu'aux termes de l'article L. 551-1 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 pouvoirs adjudicateurs de contrats administratifs ayant pour objet (...) la délégation d'un service public (...)* » ; qu'aux termes du I de l'article L. 551-2 de ce code : « *Le juge peut ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations et suspendre l'exécution de toute décision qui se rapporte à la passation du contrat, sauf s'il estime, en considération de l'ensemble des intérêts susceptibles d'être lésés et notamment de l'intérêt public, que les conséquences négatives de ces mesures pourraient l'emporter sur leurs avantages. / Il peut, en outre, annuler les décisions qui se rapportent à la passation du contrat et*

supprimer les clauses ou prescriptions destinées à figurer dans le contrat et qui méconnaissent lesdites obligations (...) » ;

2. Considérant qu'il ressort des énonciations de l'ordonnance attaquée que, par une délibération du 1^{er} avril 2016, le conseil métropolitain de la métropole européenne de Lille a approuvé le principe d'une concession de service public pour l'exploitation du service public des transports urbains de personnes sur le territoire métropolitain pour une durée de sept ans, à compter du 1^{er} janvier 2018 ; qu'après qu'une première procédure de publicité et de mise en concurrence a été déclarée infructueuse en décembre 2016, un nouvel avis de publicité préalable a fixé la date limite de remise des candidatures et des offres au 30 janvier 2017 ; que la société Keolis et la société Transdev, ayant déposé leurs candidatures et offres initiales dans les délais, ont été admises à participer à la phase de négociation ; que les négociations organisées avec les deux soumissionnaires ont donné lieu, d'une part, à la tenue de huit réunions avec chacun d'entre eux, dont une séance de présentation de l'offre initiale aux élus et aux services de la métropole européenne de Lille, trois réunions plénières de négociations et quatre journées d'ateliers thématiques, et, d'autre part, à de nombreux échanges écrits ; que ces négociations se sont achevées, le 19 mai 2017, avec l'envoi par la métropole européenne de Lille d'un courrier par lequel elle sollicitait des deux sociétés admises aux négociations la production de leurs offres finales pour le 12 juin 2017, courrier auquel était jointe une clé USB censée contenir les documents devant être produits avec les offres finales ; que, par un courrier en date du 23 mai 2017, la société Transdev a accusé réception de cet envoi, tout en informant la métropole de la présence sur la clé USB d'un dossier de fichiers informatiques intitulé « Keolis » ; que par une décision du 2 juin 2017, confirmée le 7 juin suivant, la métropole européenne de Lille a informé les sociétés soumissionnaires qu'elle abandonnait sa demande de dépôt des offres finales et qu'elle procéderait au choix du délégataire sur la base des offres intermédiaires déposées le 18 avril 2017 et complétées par les éléments fournis par les parties durant les négociations jusqu'au 19 mai 2017 ; que la société Transdev se pourvoit en cassation contre l'ordonnance du 13 juillet 2017 par laquelle le juge des référés, statuant sur le fondement des dispositions de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, a rejeté sa demande tendant à l'annulation des décisions des 2 et 7 juin 2017 ainsi que de la procédure de passation du contrat de concession de service public litigieux ;

3. Considérant, en premier lieu, qu'aux termes de l'article L. 1411-1 du code général des collectivités territoriales : « *Une délégation de service public est un contrat de concession au sens de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession, conclu par écrit, par lequel une autorité délégante confie la gestion d'un service public à un ou plusieurs opérateurs économiques, à qui est transféré un risque lié à l'exploitation du service, en contrepartie soit du droit d'exploiter le service qui fait l'objet du contrat, soit de ce droit assorti d'un prix* » ; que l'article L. 1411-5 du même code dispose que : « *I. - Une commission ouvre les plis contenant les candidatures ou les offres et dresse la liste des candidats admis à présenter une offre (...) / Au vu de l'avis de la commission, l'autorité habilitée à signer la convention peut organiser librement une négociation avec un ou plusieurs soumissionnaires dans les conditions prévues par l'article 46 de l'ordonnance du 29 janvier 2016 susmentionnée. Elle saisit l'assemblée délibérante du choix de l'entreprise auquel elle a procédé. Elle lui transmet le rapport de la commission présentant notamment la liste des entreprises admises à présenter une offre et l'analyse des propositions de celles-ci, ainsi que les motifs du choix de la candidate et l'économie générale du contrat* » ; qu'aux termes de l'article 38 de l'ordonnance du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession : « *I. - Sans préjudice des dispositions législatives ou réglementaires relatives à l'accès aux documents administratifs, 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 (...) » ; qu'aux termes de l'article 46 de la même ordonnance : « Les autorités concédantes peuvent organiser librement une négociation avec un ou plusieurs soumissionnaires dans des conditions prévues par voie réglementaire. La négociation ne peut porter sur l'objet de la concession, les critères d'attribution ou les conditions et caractéristiques minimales indiquées dans les documents de la consultation » ;

4. Considérant que ni les dispositions des articles L. 1411-1 et suivants du code général des collectivités territoriales ni celles de l'ordonnance 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 ; que 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 ; qu'à 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 ;

5. Considérant, cependant, 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 ; qu'il ressort en l'espèce des éléments de la procédure soumise au juge des référés que la décision par laquelle la métropole européenne de Lille a modifié le déroulement de la procédure, en renonçant à recueillir les offres finales des soumissionnaires et en s'engageant à prendre en considération, pour le choix de l'attributaire, l'état des offres à la date du 19 mai 2017, a été prise pour remédier à la transmission par erreur, ce 19 mai 2017, à la société Transdev de documents relatifs à la négociation menée entre la métropole et la société Keolis et aux éléments de l'offre de cette dernière ; que cette divulgation à l'un des candidats de documents se rapportant à l'offre de son concurrent était de nature à nuire à la concurrence entre les opérateurs et, dans les circonstances de l'espèce, 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 ; que la décision de la métropole, consistant à figer l'état des offres à la date de la divulgation, a entendu pallier cette atteinte à l'égalité entre les candidats ; qu'à cette date, les négociations avaient donné lieu à de nombreux échanges entre la métropole et les candidats qui avaient disposé d'un délai suffisant, et strictement identique, pour présenter leurs offres ;

6. Considérant, dans ces conditions, que le juge des référés a pu, sans commettre d'erreur de droit ni dénaturer les faits de l'espèce, juger, par l'ordonnance attaquée qui est suffisamment motivée, que la métropole européenne de Lille avait pu, dans les circonstances très particulières de l'espèce et en l'absence de manœuvre, décider de procéder au choix du délégataire non sur la base des offres finales dont il était initialement prévu qu'elles devaient être déposées le 12 juin 2017, mais sur celle des offres intermédiaires déposées le 18 avril 2017 et complétées par les éléments fournis par les parties durant les négociations menées avec la métropole jusqu'au 19 mai 2017, alors même qu'en principe l'autorité délégante

ne peut revenir en cours de procédure sur une étape essentielle de la procédure qu'elle avait prévue dans le règlement de la consultation ;

7. Considérant, en deuxième lieu, qu'en jugeant, après avoir relevé que la société Transdev avait, par un courrier du 18 avril 2017 adressé à la métropole européenne de Lille, indiqué que « l'ensemble des modifications proposées permettent de considérer notre offre comme engageante », que les informations financières complémentaires transmises le 18 avril 2017 par la société Transdev constituaient une offre et non de simples documents préparatoires, le juge des référés s'est livré à une appréciation souveraine des faits de l'espèce exempte de dénaturation ;

8. Considérant, en troisième lieu, qu'en retenant, pour écarter le moyen soulevé devant lui par la société Transdev et tiré de ce que l'analyse des seules offres intermédiaires conduirait nécessairement la métropole européenne de Lille à retenir une offre qui ne répondrait pas à l'ensemble de ses besoins et qui ne constituerait pas la meilleure offre au regard de son avantage économique global, en méconnaissance des dispositions des articles 27 et 47 de l'ordonnance du 29 janvier 2016, qu'un tel manquement n'était en tout état de cause pas susceptible d'avoir lésé la société requérante, le juge du référé précontractuel n'a pas inexactement qualifié les faits qui lui étaient soumis ;

9. Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que le pourvoi de la société Transdev doit être rejeté ;

10. Considérant que les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce qu'une somme soit mise à ce titre à la charge de la métropole européenne de Lille qui n'est pas, dans la présente instance, la partie perdante ; qu'il y a en revanche lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de la société Transdev la somme de 3 000 euros à verser respectivement à la métropole européenne de Lille et à la société Keolis, au titre des mêmes dispositions ;

DECIDE :

Article 1^{er} : Le pourvoi de la société Transdev est rejeté.

Article 2 : La société Transdev versera respectivement à la métropole européenne de Lille et à la société Keolis une somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : La présente décision sera notifiée à la société Transdev, à la métropole européenne de Lille et à la société Keolis.

Copie en sera adressée au ministre de l'économie et des finances.