

N° 426763

Société Corsica Ferries

7^{ème} et 2^{ème} chambres réunies

Séance du 10 mai 2019

Lecture du 22 mai 2019

- B

CONCLUSIONS

M. Gilles PELLISSIER, rapporteur public

L'autorité concédante peut-elle régulièrement exiger des candidats à l'obtention d'une concession qu'ils présentent leur candidature et offre sur un support papier **et** sur un support informatique et rejeter comme irrégulière la candidature qui n'aurait pas satisfait à l'une de ces deux exigences ? Telle est la principale question que pose l'affaire qui vient d'être appelée.

Le 8 août 2018, la collectivité de Corse a lancé une procédure de mise en concurrence en vue de la passation d'une convention de délégation du service public de la desserte maritime de l'île depuis Marseille, divisée en cinq lots correspondant à autant de ports de l'île, pour une durée de quinze mois à partir du 1^{er} octobre 2019. Le règlement de la consultation (art 6.1) indiquait que « les candidatures et les offres devront être remises en un (1) exemplaire papier, ainsi que sous format informatique (cinq (5) clefs USB) ».

Pour une raison que l'on peine à comprendre, cette dernière exigence a posé un problème à la société Corsica Ferries qui, après avoir demandé à la collectivité si ces clés USB pouvaient être remplacées par un disque à graver et reçu en réponse un rappel des termes du règlement de la consultation, a transmis un dossier de candidature pour chaque lot contenant ce qui, selon les constatations du juge du référé précontractuel, a d'abord été pris par la commission de délégation de service public pour un disque dur externe avant qu'elle s'aperçoive qu'il s'agissait en réalité d'un lecteur de CD-Rom vide. La commission a alors décidé d'écarter comme irrégulière la candidature de la société Corsica Ferries.

Celle-ci a saisi le juge du référé précontractuel du TA de Bastia de conclusions tendant à ce que sa candidature soit déclarée recevable et à ce qu'il soit enjoint à la collectivité de l'admettre à participer à la suite de la procédure. Ces conclusions ont été rejetées par une ordonnance du 18 décembre 2018, contre laquelle elle se pourvoit en cassation.

Vous aurez l'occasion de connaître de la suite de la procédure de passation lors de l'examen du pourvoi formé par une autre candidate, la société « La Méridionale », à l'encontre d'une ordonnance du 19 mars dernier rejetant la contestation du rejet de ses offres sur deux lots.

Pour rejeter le recours de la société Corsica Ferries, le juge du référé précontractuel a d'une part écarté un moyen tiré de l'irrégularité de la commission de délégation de service public, d'autre part estimé que la collectivité de Corse n'avait pas manqué à ses obligations de

mise en concurrence en rejetant comme irrégulière la candidature de la société Corsica Ferries au motif que sa candidature n'avait pas été présentée sur un support informatique, comme l'exigeait le règlement de la consultation.

Il a tout d'abord constaté qu'il n'était pas établi que les lecteurs de CD-Rom joints à ses dossiers contenaient comme elle le soutenait une disquette de CD-Rom. Il a ensuite relevé que la commission de délégation de service public n'avait pas procédé à une analyse des candidatures lorsqu'elle s'était bornée à dresser un inventaire des pièces figurant dans les dossiers lors de leur ouverture et que son erreur à avoir pris ce lecteur de CD-Rom pour un disque dur externe ne l'empêchait pas de constater ultérieurement que les conditions de présentation des candidatures n'étaient pas remplies. Il a enfin jugé « que l'obligation imposée aux candidats par le règlement de la consultation de déposer une version numérique des candidatures répond à des impératifs d'analyse dans des délais contraints des candidatures par les différents collaborateurs qui assistent la collectivité et l'OTC au sein de l'assistance à maîtrise d'ouvrage. Cette obligation, au demeurant peu contraignante, ne constitue donc pas une formalité inutile pour permettre d'apprécier la conformité des documents déposés au regard des exigences de la consultation, ainsi que les capacités et garanties des candidats et leur aptitude à assurer la continuité du service public et l'égalité devant le service public. Dans ces conditions, alors même qu'une version sous format papier de la candidature en litige avait été déposée, l'absence de version sous format dématérialisé de cette candidature a pour effet de rendre cette dernière incomplète au sens de l'article 23 du décret du 1^{er} février 2016 précité, sans que la collectivité soit tenue d'inviter la société requérante à la régulariser. L'irrégularité ainsi commise était donc de nature à justifier le rejet de la candidature. »

Ces motifs, qui répondent suffisamment aux moyens présentés au juge du référé, sont critiqués sous les angles de l'erreur de droit et de la dénaturation des pièces du dossier.

La société requérante soutient en premier lieu que sa candidature ne pouvait être déclarée irrégulière du seul fait qu'elle n'était pas présentée sur le support requis par le règlement de la consultation. Elle se prévaut de l'article 23 du décret du 1^{er} février 2016 relatif aux concessions qui dispose en substance que les candidats qui produisent une candidature incomplète au regard des pièces et informations dont la production était obligatoire conformément aux articles 19, 20 et 21, ou qui le demeure après une demande de régularisation, ne sont pas admis à participer à la suite de la procédure de passation.

Toutefois, la régularité d'une candidature ne dépend pas uniquement de ce qu'elle a produit tous¹ les documents qui peuvent seuls être exigés en application des articles visés par l'article 23.

En effet, ces articles indiquent les pièces et informations qu'il peut être demandé aux candidats de fournir pour établir leurs capacités et leurs aptitudes à exécuter le contrat. Et vous avez jugé à propos de dispositions similaires de l'article 45 du code des marchés publics que l'acheteur public ne pouvait demander la production d'autres informations ou pièces justificatives que celles visées par ces dispositions (CE, 13 novembre 2002, *OPHLM de la cité urbaine du Mans*, n° 245303, T. p. 780, à propos).

¹ Sur l'obligation de produire tous les documents demandés : CE, 10 février 1997, *sté Révillon*, n° 169309, T. p. 927.

Mais en exigeant que les candidatures et les offres soient présentées sur un format informatique, la collectivité concédante n'a pas demandé la production de pièces ou informations particulières destinées à vérifier les capacités des candidats. L'exigence litigieuse, purement formelle, ne relève pas de ces dispositions.

Ce n'est pas pour autant qu'elle ne pouvait être légalement prévue par le règlement de la consultation. Vous avez jugé que « l'acheteur public ne méconnaît pas le principe d'égal accès à la commande publique en exigeant des candidats, dès lors que les caractéristiques du marché le justifient, qu'ils utilisent, à peine d'irrecevabilité, » des formulaires préétablis pour présenter leurs candidatures (CE, 10 mai 2006, *Syndicat intercommunal des services de l'agglomération valentinoise*, n° 286644, au rec sur ce point). Comme l'indiquait D. Casas dans ses conclusions sur cette affaire, les formulaires DC 4 et DC 5 en cause ne sont que « des supports types destinés à faciliter la présentation des documents et renseignements exigés par les dispositions réglementaires. Ils ne constituent pas en eux-mêmes des documents (...). »

La régularité de l'exigence formelle de présentation des candidatures et des offres ne doit donc pas être appréciée au regard des dispositions de l'article 23 mais au regard de la règle, découlant du principe général d'égalité entre les candidats, selon laquelle les exigences imposées à ces derniers doivent être non discriminatoires et justifiées par les caractéristiques du contrat.

Par conséquent, dès lors qu'elles remplissent ces dernières conditions, des exigences de présentation peuvent être imposées aux candidats à peine d'irrecevabilité de leurs candidatures.

Les deux moyens suivants critiquent l'appréciation portée par le juge du référé sur l'utilité de cette exigence. Elle est souveraine, comme vous l'avez jugé à propos de l'utilité d'une information au regard de l'appréciation des offres (CE, 22 décembre 2008, *Ville de Marseille*, n° 314244). Et nous ajouterons qu'elle doit elle-même demeurer relativement distanciée : dès lors que l'exigence imposée n'est pas manifestement inutile et qu'elle peut être aisément satisfaite par tous les candidats, elle doit être respectée par ces derniers. Le principe souvent réaffirmé selon lequel le règlement de la consultation est obligatoire dans toutes ses mentions (23 novembre 2005, *Sté Axialogic*, n° 267494, aux T sur ce point) est un gage de sécurité juridique pour les candidats comme pour l'acheteur responsable de la régularité de la procédure. Les candidats doivent savoir qu'ils ont toujours intérêt à respecter une exigence du règlement de la consultation, sauf si son inutilité est absolument évidente.

Aucune dénaturation ne nous semble pouvoir être reprochée en l'espèce sur ce point au juge du référé qui a estimé que l'obligation « de déposer une version numérique des candidatures répond à des impératifs d'analyse dans des délais contraints des candidatures par les différents collaborateurs qui assistent la collectivité et l'OTC au sein de l'assistance à maîtrise d'ouvrage » et qu'elle était peu contraignante. Les cinq clés USB étaient destinées à faciliter l'examen des dossiers en permettant à plusieurs personnes de s'y livrer en même temps. Cette exigence poursuivait donc un but légitime, en rapport avec l'importance du contrat et les contraintes de sa passation, ne présentait aucune difficulté technique pour les candidats et était insusceptible de produire le moindre effet discriminatoire.

Dès lors qu'elle était régulière, elle s'imposait à tous les candidats et la collectivité concédante, qui, si elle en avait la faculté, n'était pas tenue d'inviter la société requérante à régulariser sa candidature (20 mai 2009, *Dépt du Var*, n° 318871 ; 26 septembre 2012, *Cté*

d'agglomération Seine-Eure, n° 359706, aux T), a pu écarter la candidature de la société requérante qui n'avait pas été présentée sur les supports informatiques requis.

Les deux derniers moyens nous retiendront moins longtemps.

La société requérante soutient que le juge du référé aurait commis une erreur de droit en jugeant que la commission de délégation de service public n'avait pas méconnu sa compétence en décidant de rejeter sa candidature « au vu du rapport d'analyse des candidatures dressé par le service d'assistance à la maîtrise d'ouvrage », qui avait constaté que, contrairement à ce qu'elle avait cru lors de l'ouverture des candidatures, le dossier de la requérante ne comportait pas de support informatique.

Ce moyen n'est évidemment pas fondé : aux termes de l'article L. 1411-5 du CGCT, la commission de délégation de service public, qui est une émanation de l'organe délibérant, « ouvre les plis contenant les candidatures ou les offres et dresse la liste des candidats admis à présenter une offre » après examen de leurs capacités. Elle peut se faire aider de l'assistance à la maîtrise d'ouvrage, qui est intervenue en l'espèce pour examiner les candidatures et les offres avant qu'elle se prononce. La transmission des dossiers à l'assistance à la maîtrise d'ouvrage par la commission de délégation de service public qui a ouvert les plis ne la dessaisit donc pas d'une compétence qu'elle a bien exercé en l'espèce en décidant de rejeter la candidature de la requérante après avoir constaté elle-même, sur le rapport de l'assistance à la maîtrise d'ouvrage, qu'elle n'était pas recevable.

Le dernier moyen est dirigé contre les motifs par lesquels le juge du référé précontractuel a écarté le moyen tiré de l'irrégularité de la composition de la commission de délégation de service public faute qu'y siègât aucun conseiller de l'assemblée de Corse issu de la liste d'opposition. Le juge du référé a constaté que la composition de cette commission était régulière dès lors qu'il résulte « de l'instruction que les deux membres suppléants qui ont siégé au sein de la commission ont remplacé les deux membres titulaires absents dont ils étaient les suppléants ».

L'irrégularité de la composition de la commission de délégation de service public ou d'appel d'offres peut constituer un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence si elle traduit un défaut d'impartialité de cet organe décisionnel de l'acheteur public, du fait de la participation de personnes pouvant avoir un intérêt dans le choix du titulaire (CE, 27 juillet 2001, *Société Degremont et syndicat intercommunal d'assainissement et de protection de l'environnement de Toulon, La Valette, La Garde, Le Pradet*, n° 232820, au rec). Mais aucune disposition n'impose que la commission de délégation de service public reflète les équilibres politiques de l'assemblée délibérante de la collectivité et la société requérante ne soutient pas que les membres de la commission qui a délibéré n'étaient pas impartiaux.

EPCMNC : - Rejet du pourvoi ;

- Mettiez à la charge de la société Corsica Ferries le versement à la collectivité de Corse d'une somme de 4 000 euros au titre des frais qu'elle a exposés dans cette instance.