

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE BASTIA**

N° 1900631

PREFETE DE LA CORSE

Ordonnance du 14 juin 2019

135-01-015-02
39-12
39-08-03
54-07-03
C+

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Le président du tribunal,
juge des référés,

Vu la procédure suivante :

Par un déféré enregistré le 15 mai 2019, et deux mémoires complémentaires enregistrés le 4 juin 2019, la préfète de Corse demande au tribunal d'ordonner la suspension du contrat de concession relatif à la conception, à l'établissement et à l'exploitation du réseau très haut débit de la Corse conclu le 16 octobre 2018 entre la collectivité de Corse et la société SFR Collectivités.

.....

Par un mémoire en défense enregistré le 3 juin 2019, la collectivité de Corse, représentée par Me Tissier, avocat, conclut au rejet du déféré et à ce qu'une somme de 10 000 euros soit mise à la charge de l'Etat au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

.....

Par un mémoire en défense enregistré le 3 juin 2019, et un mémoire complémentaire enregistré le 5 juin 2019, la société Corsica Fibra, se substituant à la société SFR Collectivités, attributaire du contrat de concession, représentée par la SELARL Symchoxicz Weissberg & associés, agissant par Me Le Bouëdec, avocat, conclut au rejet du déféré et à ce qu'une somme de 5 000 euros soit mise à la charge de l'Etat au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

.....

Considérant ce qui suit :

1. Par une délibération du 29 juin 2018, l'assemblée de Corse a approuvé le contrat de délégation de service public relatif à la conception, à l'établissement et à l'exploitation du réseau très haut débit de la Corse avec la société SFR Collectivités et autorisé le président du conseil exécutif à le signer. Par le présent déféré, la préfète de Corse demande au juge des référés de suspendre l'exécution de ce contrat qui a été signé le 16 octobre 2018.

Sur la demande de suspension :

2. Le représentant de l'Etat dans la collectivité de Corse peut, sur le fondement des dispositions des articles L. 4141-2 et 4142-1 du code général des collectivités territoriales, auxquelles renvoie l'article L. 4423-1 du même code, saisir le juge administratif d'un déféré tendant à l'annulation de conventions de concession de services publics locaux. Il peut assortir ce recours d'une demande de suspension sur le fondement des dispositions du troisième alinéa de cet article L. 4142-1, auquel renvoie l'article L. 554-1 du code de justice administrative et aux termes duquel : « *Il est fait droit à cette demande si l'un des moyens invoqués paraît, en l'état de l'instruction, propre à créer un doute sérieux quant à la légalité de l'acte attaqué. Il est statué dans un délai d'un mois.* Eu égard à son objet, un tel recours formé à l'encontre d'un contrat relève du contentieux de pleine juridiction.

3. Compte tenu des intérêts dont il a la charge, le représentant de l'Etat peut invoquer tout moyen à l'appui de son recours. Il appartient au juge, lorsqu'il constate l'existence de vices entachant la validité du contrat, d'en apprécier les conséquences, après avoir pris en considération la nature de l'illégalité commise, soit en décidant que la poursuite de l'exécution du contrat est possible, éventuellement sous réserve de mesures de régularisation prises par la personne publique ou convenues par les parties, soit en prononçant, le cas échéant avec un effet différé, après avoir vérifié que sa décision ne portera pas une atteinte excessive à l'intérêt général, la résiliation du contrat ou son annulation. Il lui appartient également de prendre en considération la nature de l'illégalité commise pour se prononcer sur les conclusions à fin de suspension de l'exécution du contrat sur le fondement de l'article L. 4142-1 du code général des collectivités territoriales.

En ce qui concerne la publication de l'avis de concession :

4. Aux termes de l'article 16 du décret du 1^{er} février 2016 relatif aux contrats de concession, alors applicable à la procédure en litige : « *I. – Pour les avis de concession destinés à être publiés au Journal officiel de l'Union européenne, l'autorité concédante transmet, par voie électronique, l'avis à l'Office des publications de l'Union européenne. II. – Pour les contrats de concession dont la valeur est égale ou supérieure au seuil visé à l'article 9, à l'exception des contrats de concession relevant du a et du b du 2° de l'article 10, la publication d'un avis de concession sur tout autre support ne peut intervenir avant sa publication par l'Office des publications de l'Union européenne. L'autorité concédante peut toutefois procéder à une publication, au niveau national, lorsque l'Office des publications de l'Union européenne n'a pas publié l'avis de concession dans les quarante-huit heures suivant la confirmation de sa réception. (...)* ».

5. Il ressort des pièces versées au dossier que la publication de l'avis de concession au Journal Officiel de l'Union européenne (JOUE) est intervenue le 21 octobre 2016, soit plus de quarante-huit heures après l'envoi de l'avis à l'Office des publications de l'Union européenne le 17 octobre 2016. Dès lors, le moyen tiré de ce que l'avis de concession a été publié au Bulletin officiel des annonces de marchés publics (BOAMP) le 19 octobre 2016 avant sa publication au JOUE en méconnaissance du principe de priorité exprimée par les dispositions de l'article 16 du décret du 1^{er} février 2016 n'est pas de nature à susciter, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la régularité des mesures de publicité qui ont été mises en œuvre, alors même que l'envoi de l'avis de concession à la publication au niveau européen et national a été fait le même jour.

En ce qui concerne l'examen des candidatures :

6. Aux termes de l'article 23 du décret précité du 1^{er} février 2016 : « *I. - Avant de procéder à l'examen des candidatures, l'autorité concédante qui constate que des pièces ou informations dont la production était obligatoire conformément aux articles 19, 20 et 21 peut demander aux candidats concernés de compléter leur dossier de candidature dans un délai approprié. Elle informe alors les autres candidats de la mise en œuvre de la présente disposition (...)* ».

7. Il résulte de l'instruction, et il n'est pas contesté, que l'autorité concédante n'a pas, en méconnaissance de l'article 23 du décret du 1^{er} février 2016 et du principe d'égalité de traitement, informé les autres candidats de la demande de régularisation adressée à SFR Collectivités d'avoir à compléter son dossier de candidature en produisant l'attestation exigée par les documents de la consultation de créer une société *ad hoc* domiciliée en Corse, dédiée à la gestion du service public local délégué. Toutefois, alors que la candidature de la société SFR Collectivités, qui a produit le document demandé dans le délai imparti, ne pouvait être pour ce motif déclarée irrecevable, et que les cinq autres candidats ayant déposé un dossier de candidature ont tous été admis à déposer une offre, l'illégalité commise, eu égard à sa nature et à ses conséquences ne présente pas, en l'état de l'instruction, un caractère de gravité suffisant justifiant que soit ordonnée la suspension du contrat de concession en litige.

En ce qui concerne l'analyse et la sélection des offres :

8. Aux termes de l'article 47 de l'ordonnance du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession, alors applicable à la procédure en litige : « *Le contrat de concession est attribué au soumissionnaire qui a présenté la meilleure offre au regard de l'avantage économique global pour l'autorité concédante sur la base de plusieurs critères objectifs, précis et liés à l'objet du contrat de concession ou à ses conditions d'exécution. / Les critères d'attribution n'ont pas pour effet de conférer une liberté de choix illimitée à l'autorité concédante et garantissent une concurrence effective* ». Et aux termes du I de l'article 27 du décret du 1^{er} février 2016 : « *Pour attribuer le contrat de concession, l'autorité concédante se fonde, conformément aux dispositions de l'article 47 de l'ordonnance du 29 janvier 2016 susvisée, sur une pluralité de critères non discriminatoires. Au nombre de ces critères, peuvent figurer notamment des critères environnementaux, sociaux, relatifs à l'innovation. Lorsque la gestion d'un service public est déléguée, l'autorité concédante se fonde également sur la qualité du service rendu aux usagers. / Les critères et leur description sont indiqués dans l'avis de concession, dans l'invitation à présenter une offre ou dans tout autre document de la consultation* ».

9. Il résulte de l'instruction, que les offres des candidats ont été jugées en fonction de quatre critères d'attribution, eux-mêmes décomposés en sous-critères. Parmi ces critères, celui de la valeur technique de l'offre pondérée à 30 % était décomposé en quatre sous-critères techniques distincts, dont deux, comptant chacun pour 10 points, l'un pour la tranche ferme et l'autre pour la tranche optionnelle relative à la mission n° 3, concernaient l'« ampleur de la tranche », les « qualités des solutions techniques proposées », le « calendrier de déploiement du réseau » et la « cohérence de l'organisation et des moyens mobilisés pour le déploiement ». De tels sous-critères liés à l'objet du contrat de concession et à ses conditions d'exécution ne présentent pas en eux-mêmes un caractère discriminatoire. La préfète de Corse soutient cependant que la collectivité a mis en œuvre, s'agissant de la « cohérence de l'organisation et des moyens mobilisés pour le déploiement » au sein de chacun des deux sous-critères, des éléments d'appréciation relatifs au contexte et à l'emploi local qui présentent un caractère discriminatoire entre les candidats démontrant la mise en œuvre d'une préférence

locale dans le choix de l'attributaire, et qui ayant une influence sur la présentation des offres doivent être regardés comme un « sous-sous-critère » non prévu qui aurait dû être porté à la connaissance des candidats. Toutefois, en admettant même que ces éléments ne seraient pas justifiés par l'objet ou les caractéristiques de la concession et présenteraient un caractère discriminatoire en ayant pour objet de favoriser des entreprises locales, il n'apparaît pas, compte tenu des trois autres éléments contribuant à la notation de chacun des deux sous-critères et eu égard à la méthode de notation retenue, qu'ils aient eu un caractère déterminant dans la sélection des offres économiquement les plus avantageuses des opérateurs. Et il n'apparaît pas non plus, compte tenu de l'écart de notation entre les candidats et de la note globale obtenue par SFR Collectivités sur l'ensemble des critères, que le manquement allégué ait eu une incidence sur le choix de l'attributaire. Dans ces conditions, le vice de légalité dont serait ainsi affecté le contrat de concession ne présente pas, en l'état de l'instruction, un caractère de gravité tel qu'il serait de nature à justifier l'annulation ou même la résiliation du contrat, et donc la suspension de ce contrat.

En ce qui concerne la phase de négociation :

10. Aux termes de l'article 46 de l'ordonnance précitée du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession : « *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* ».

11. Il résulte de l'instruction que, lors de la phase de négociation engagée avec les trois candidats restant en lice, la collectivité de Corse s'est bornée à informer les candidats que la subvention portant sur la mission n° 3 prévue dans le cahier des charges de la consultation, et pour laquelle tous les candidats avaient été incités dès le début de la consultation à faire figurer dans leurs offres le montant attendu de cette participation financière, ce qu'ils ont fait, était plafonnée à hauteur de 25 millions d'euros. Dès lors, le moyen tiré de ce que l'autorité concédante a procédé à une modification substantielle du contrat de concession en méconnaissance de l'article 46 de l'ordonnance du 29 janvier 2016, et porté atteinte à l'égalité de traitement des candidats en affectant les conditions initiales de mise en concurrence, n'est pas propre à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux sur la validité du contrat.

12. Il résulte de tout ce qui précède, et sans qu'il soit besoin de statuer sur les fins de non-recevoir opposées en défense par la collectivité de Corse et la société Corsica Fibra, que la préfète de Corse n'est pas fondée à demander la suspension de l'exécution du contrat de concession relatif à la conception, à l'établissement et à l'exploitation du réseau très haut débit de la Corse conclu avec la société SFT Collectivités.

Sur les frais liés à l'instance :

13. Il n'y a pas lieu, dans les circonstances de l'espèce, de faire droit aux conclusions de la collectivité de Corse et de la société Corsica Fibra présentées au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

ORDONNE

Article 1^{er} : La requête de la préfète de Corse est rejetée.

Article 2 : Les conclusions de la collectivité de Corse et de la société Corsica Fibra présentées au titre de l'article l. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées

Article 3 : La présente ordonnance sera notifiée à la préfète de Corse, à la collectivité de Corse et à la société SFR Collectivités.

Fait à Bastia, le 14 juin 2019.

Le président du tribunal,
juge des référés,

La greffière,

B. CHEMIN

S. COSTANTINI

La République mande et ordonne à la préfète de Corse en ce qui la concerne et à tous huissiers de justice à ce requis en ce qui concerne les voies de droit commun, contre les parties privées, de pourvoir à l'exécution de la présente décision.

Pour expédition conforme,

La greffière,

S. COSTANTINI