

DÉLÉGATION DE SERVICE PUBLIC

Le principe de la liberté

- **Expressément prévue par les textes législatifs, la libre négociation des offres est une étape essentielle de la procédure de passation des délégations de service public.**
- **Cependant, une clarification jurisprudentielle s'imposait face à de nombreuses ordonnances du juge des référés précontractuels remettant en cause cet « espace de liberté » assez mal défini.**
- **Dans plusieurs arrêts récents, le Conseil d'Etat vient de réaffirmer clairement ce principe, tout en précisant ses contours.**

Par **GUILLAUME GAUCH**
et **OLIVIER METZGER**
Avocats Seban & Associés

A l'instar de celles prévues par le Code des marchés publics (CMP), la procédure de passation des délégations de service public (DSP) impose un certain nombre de contraintes à l'autorité délégante (notamment, recueil de différents avis; publicité; choix du délégataire par l'autorité habilitée à signer la convention et délibération de l'assemblée sur ce choix). Celles-ci sont toutefois moins strictement encadrées qu'en matière de marchés publics, et des « espaces de liberté » restent ouverts. Ainsi, la phase de négociation permet à l'autorité délégante de faire évoluer les offres dans un sens plus favorable à l'intérêt du service. Mais si la liberté de négociation peut constituer un atout majeur de la procédure, son absence d'encadrement législatif précis a pu laisser place à une certaine insécurité juridique, au gré des décisions jurisprudentielles. Plusieurs arrêts récents du Conseil d'Etat viennent d'en rappeler le principe, tout en l'encadrant. Cette clarification devrait permettre à la procédure de négociation de conserver sa pleine efficacité.

Absence d'encadrement précis

L'article 38 de la loi du 29 janvier 1993, dite « loi Sapin », et l'article L.1411-1 du Code général des

collectivités territoriales (CGCT) prévoient expressément que « les offres [...] sont librement négociées par l'autorité responsable de la personne publique délégante qui, au terme de ces négociations, choisit le délégataire ». L'article L.1411-5 du CGCT explicite cette procédure en précisant qu'« au vu de l'avis de la commission, l'autorité habilitée à signer la convention engage librement toute discussion utile avec une ou des entreprises ayant présenté une offre ».

Ainsi, pour les collectivités territoriales, les seuls encadrements législatifs de la phase de négociation sont d'ordre temporel et organique. D'une part, cette phase s'inscrit dans la période minimum de deux mois courant entre la saisine de la commission de DSP et la décision de l'assemblée délibérante et, d'autre part, elle doit être conduite par la personne habilitée à signer le contrat (1). Cette absence d'encadrement précis a permis à certaines juridictions du premier degré de remettre en question ce principe.

Une liberté bridée

Nombre d'ordonnances de référés annulent en effet des procédures de passation de DSP pour des manquements aux obligations de mise en concurrence qui se seraient révélés pendant la phase de négociation.

Ainsi, a été partiellement annulée la procédure de passation d'une DSP destinée à confier à un tiers l'exploitation d'une usine d'incinération des ordures ménagères au motif que le calendrier et les modalités de déroulement des négociations n'avaient pas été portés à la connaissance des candidats en amont (alors que l'offre de l'un des candidats avait été jugée trop tardive), et surtout qu'une réunion de finalisation du contrat s'était déroulée avec un seul des candidats, avant la tenue du conseil de communauté devant désigner l'attributaire du contrat et autori-

ser la signature de ce dernier (TA Strasbourg, ordonnance, 14 janvier 2010, « Sté Tiru et Sté Novergie », n° 0906116). Dans un autre cas (TA Besançon, ordonnance, 24 décembre 2009, « Sté Omnium de Gestion et de Financement », n° 0901858), la procédure de passation d'une DSP a été annulée au motif qu'auraient été apportées, lors de la phase de négociation, des modifications trop importantes à l'objet du contrat, portant sur des investissements supplémentaires. De ce fait, il était notamment reproché à la Ville d'avoir manqué à ses obligations de publicité et de mise en concurrence.

Dans ces deux ordonnances, infirmées par le Conseil d'Etat (*voir ci-dessous*), le juge des référés a sanctionné les collectivités territoriales au motif que les procédures de négociation engagées n'auraient pas respecté les grands principes de la commande publique et, plus particulièrement, le principe d'égalité de traitement entre les candidats. En réalité, il semble que les juges des référés de Strasbourg et de Besançon ont surtout sanctionné le manque de « limites » posées dans la négociation menée par les collectivités pour la passation de leur DSP.

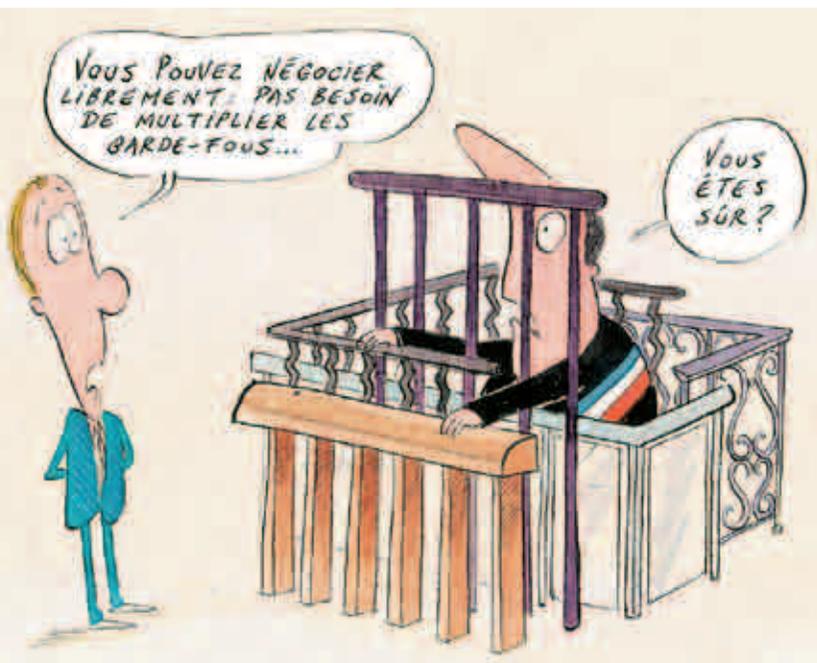
Une volonté d'uniformisation avec le CMP ?

En posant des limites excessives à la phase de négociation en matière de DSP, les juridictions de premier degré semblent calquer le déroulement de celle-ci sur la procédure négociée du CMP. Or, celui-ci pose des limites explicites en énonçant (article 66) que la négociation « ne peut porter sur l'objet du marché ni modifier substantiellement les caractéristiques et les conditions d'exécution du marché telles qu'elles sont définies dans les documents de la consultation » et qu'elle « peut se dérouler en phases successives à l'issue desquelles certains candidats sont éliminés ».

L'ESSENTIEL

- ▶ Le pouvoir de négocier les offres est libre et appartient à l'autorité habilitée à signer le contrat.
- ▶ La personne publique n'est pas tenue de fixer un calendrier préalable, de poursuivre les négociations avec l'ensemble des candidats retenus, ou d'informer le candidat évincé préalablement à la décision de l'organe délibérant.
- ▶ Seule contrainte: le respect de l'égalité de traitement entre candidats.

de négociation réaffirmé



Il n'existe rien de tel concernant les DSP. La négociation des offres en cette matière est libre, les DSP étant fortement placées sous le signe d'une relation *intuitu personae* entre la collectivité publique et son délégataire. Cet espace de liberté doit être préservé, d'autant que la volonté d'encadrer la passation des DSP, au-delà de ce qui est prévu par la loi Sapin et ses décrets d'application, n'impacte pas uniquement la phase de négociation, mais également le niveau de l'information des candidats quant aux critères de sélection des offres et aux modalités de mise en œuvre de ces derniers (2).

La portée des ordonnances précitées et l'insécurité juridique qu'elle implique pouvaient conduire certaines collectivités à se montrer plus réservées, voire timorées. Ainsi, la pondération des critères de sélection des offres, dont le caractère obligatoire n'est prévu par aucun texte en matière de DSP, est pourtant couramment pratiquée par les autorités délégantes. Or, une telle pondération peut se révéler, parfois, totalement inappropriée pour l'analyse des offres.

Une marge de manœuvre retrouvée

Par deux décisions du 18 juin dernier (« Communauté urbaine de Strasbourg », n°s 336120 et 336135; « Ville de Besançon », n° 335475), le Conseil d'Etat réaffirme la particularité des procédures de DSP et redonne la marge de manœuvre nécessaire aux collectivités publiques au cours de la phase de négociation.

Dans l'arrêt « Communauté urbaine de Strasbourg », la Haute Juridiction précise qu'aucune règle n'encadre les modalités de l'organisation des négociations par la personne publique qui n'est aucunement tenue de fixer un calendrier préalable de négociation. Elle réaffirme également que la personne publique n'est pas tenue de poursuivre les négociations avec l'ensemble des candidats retenus, ni de faire connaître son choix de ne pas poursuivre les négociations avec l'un des candidats. Ce faisant, elle valide l'existence d'une phase de « mise au point finale du contrat » qui doit nécessairement intervenir avant la décision de l'assemblée délibérante se prononçant

« sur le choix du délégataire et le contrat de délégation ». En outre, la personne publique n'est pas tenue d'informer, préalablement à la décision de son organe délibérant, le candidat évincé du choix de ne pas retenir son offre.

L'arrêt « Ville de Besançon » éclaire les collectivités publiques sur la question des modifications pouvant être apportées au cahier des charges de la consultation. Ainsi, la demande faite à un candidat, en cours de négociation, de remettre une offre avec un équipement supplémentaire, devant devenir obligatoire en cours d'exécution, peut ne pas être excessive. Elle ne constitue pas une modification prohibée de l'objet du contrat en cours de consultation. Comme le rappelle le rapporteur public Bertrand Dacosta, « la négociation, en matière de DSP, a pour fonction de faire évoluer les offres ».

Ces deux décisions fixent, comme seule limite à la phase de négociation, le respect de l'égalité de traitement entre les candidats. Sous cette réserve, c'est bien la liberté de négociation qui est réaffirmée.

Un principe qui reste fragile

Le Conseil d'Etat avait d'ailleurs, dès le 21 mai dernier (« Communauté urbaine de Bordeaux », n° 334845), amorcé cette réaffirmation du principe de la liberté dans la négociation des DSP, en rappelant, « qu'aucune règle n'encadre les modalités de l'organisation des négociations par la personne publique ».

C'est également sur le fondement du principe de « libre négociation » que la Haute Juridiction, avait considéré (CE, 23 décembre 2009, « Etablissement public du musée et du domaine national de Versailles », n° 328827) qu'il n'était obligatoire de porter à la connaissance des candidats que les seuls critères de sélection des offres, et non l'indication des modalités de mise en œuvre de ces derniers et, par voie de conséquence, de leur

pondération. Dans cette affaire, le Conseil d'Etat a précisé que « les dispositions de l'article 38 de la loi du 29 janvier 1993 prévoyant que la personne publique négocie librement les offres avant de choisir, au terme de cette négociation, le délégataire, elle n'est pas tenue d'informer les candidats des modalités de mise en œuvre de ces critères; qu'elle choisit le délégataire, après négociation, au regard d'une appréciation globale des critères, sans être contrainte par des modalités de mise en œuvre préalablement déterminées [...] ».

En se faisant le gardien du principe de libre négociation des DSP, le Conseil d'Etat redonne sa pleine efficacité à cette phase fondamentale de la procédure de passation des DSP. Il n'en demeure pas moins que cette liberté reste fragile car elle peut être remise en cause dans le cadre de procédures contentieuses isolées. ■

(1) Sur ce point, la CAA de Bordeaux a jugé que la compétence donnée au représentant de l'exécutif pour négocier n'interdit pas qu'un autre élu de la collectivité soit, en l'absence même de délégation régulièrement établie, chargé du suivi des négociations, après que le représentant de l'exécutif les ait engagées, dès lors que l'élu ne prend ni ne signe aucune décision au cours de la procédure (31 janvier 2006, SA « Groupe Partouche », n° 02BX02398).

(2) TA Versailles, ordonnance, 28 mai 2009, « Sté Antenna Audio », n° 09-4447.

EN SAVOIR PLUS

► **Textes officiels**: articles L. 1411-5 et L. 1411-7 du CGCT.

► **Articles du « Moniteur »**: « Turbulences sur la délégation de service public », 20 août 2010, p. 40; « Concessions de travaux publics et DSP: comment les combiner? », 9 juillet 2010, p. 56.

► **Ouvrage publié aux Editions Le Moniteur**: « Délégation de service public », classeur à feuillets mobiles publié sous la direction de Laurent Richer.

→ LIRE AUSSI...

Les deux arrêts du Conseil d'Etat du 18 juin 2010 sont publiés en cahier « Textes officiels » de ce numéro.