

Précisions portant sur les exigences procédurales de la passation des conventions de concession

Le Conseil d'État livre une première interprétation des articles 46 et 47 de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 dans un arrêt du 24 mai 2017. Il réaffirme à cette occasion l'interdiction de modifier les critères ou sous critère de sélection des offres en cours de consultation. Cette décision est également l'occasion, pour le Conseil d'État, de formuler le principe de l'interdiction d'imposer aux candidats la présentation d'une offre conditionnelle en lien avec des éléments étrangers à la concession.

Auteur

Laurent Bonnard

Avocat à la Cour

Marion Terraux

Avocat à la Cour

Cabinet Seban et Associés

Références

CE 24 mai 2017, Commune de Limoux, req. n° 407431

Mots clés

Délégation de service public • Modification des critères
• Négociation • Offre conditionnelle • Référé précontractuel
• Sélection des offres

Par une décision du 24 mai 2017, mentionnée aux tables du *recueil Lebon*, le Conseil d'État précise les obligations qui pèsent sur les autorités concédantes en matière de procédures de passation au titre des dispositions de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession (ci-après, l'« *Ordonnance concession* »).

Les faits étaient les suivants : par un avis d'appel public à la concurrence publié le 29 juin 2016, la commune de Limoux a lancé une procédure de publicité et de mise en concurrence en vue de l'attribution d'une convention de délégation de service public pour la distribution de l'eau potable.

Le syndicat intercommunal à vocation unique (ci-après, le « SIVU ») de la station d'épuration du Limouxin, dont la commune de Limoux est membre, avait lancé concomitamment à la commune, une procédure pour la conclusion d'une délégation de service public de l'assainissement.

Au regard de la synergie existant entre les deux délégations de service public et « compte tenu de l'unicité de facturation des services de l'eau potable et de l'assainissement », la commune de Limoux a demandé aux candidats, à l'issue des négociations, de remettre une « ultime offre financière pour le service de l'eau potable dans l'hypothèse de l'attribution simultanée à un même candidat des deux contrats de délégation de service public ».

Par un courrier en date du 9 décembre 2016, la commune de Limoux a informé la société d'aménagement urbain et rural (ci-après, la « SAUR ») du rejet de son offre et de ce que le conseil municipal avait approuvé le choix de la société Suez Eau France comme délégataire du service public de l'eau potable.

La SAUR a alors introduit un référé précontractuel, sur le fondement de l'article L. 551-1 du Code de justice administrative pour demander au juge des référés qu'il ordonne la reprise de la procédure de passation au stade de l'avis de publicité. La SAUR faisait notamment grief à la commune de Limoux, d'une part, d'avoir méconnu le principe de transparence en modifiant les critères de sélection des offres en cours de consultation et, d'autre part, d'avoir contraint les candidats à lui remettre une offre conditionnelle.

Le juge des référés du tribunal administratif de Montpellier a fait partiellement droit à cette demande en annulant la procédure de passation au stade de l'analyse des offres. La commune de Limoux s'est alors pourvue en cassation contre cette ordonnance.

Le Conseil d'État tire profit de cette occasion pour encadrer plus strictement la marge des autorités concédantes en matière de procédure de passation. Il réitère en effet l'interdiction faite aux autorités concédantes de modifier les critères et sous-critères de sélection des offres en cours de consultation et interdit la remise d'offre conditionnelle et dépendant d'éléments étrangers.

Une réaffirmation de la transparence : l'interdiction de modifier les critères ou sous-critère de sélection des offres en cours de consultation

Le Conseil d'État précise la portée de l'article 47 de l'Ordonnance concession et transpose sa jurisprudence antérieure en jugeant que le principe de transparence fait obstacle à ce que les autorités concédantes modifient les critères ou sous-critère de sélection des offres en cours de consultation.

Les autorités concédantes disposent donc d'une marge très limitée pour modifier les critères ou sous-critère de sélection des offres après la réception des offres.

Le Conseil d'État confirme le principe de l'interdiction de modification des critères de sélection des offres en cours de consultation

Dans le cadre de son recours, la SAUR faisait notamment grief à la commune de Limoux d'avoir introduit un nouveau sous-critère d'appréciation des critères économiques durant la consultation. Elle soutenait que cette modification était de nature à la léser et qu'elle constituait un manquement de la commune de Limoux à ses obligations de publicité et de mise en concurrence justifiant l'annulation de la procédure.

Le Conseil d'État commence par rappeler les termes de l'article 47 de l'Ordonnance concession qui dispose que « 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 ».

La Haute juridiction précise ensuite, dans le troisième considérant de sa décision, la portée de cette disposition en jugeant qu'il « résulte de ces dispositions qu'une autorité concédante ne peut modifier en cours de procédure les éléments d'appréciation des candidatures ou des offres en remettant en cause les conditions de la mise en concurrence initiale ».

Aux termes de ce considérant de principe, l'interdiction de modification des éléments d'appréciation des candidatures ou des offres en cours de procédure n'est pas, en soi, absolue. En effet, une modification des critères ou des sous-critères n'est prohibée que dans la mesure où elle remet en cause les conditions de la mise en concurrence initiale. On comprend donc, par un raisonnement a contrario, que l'autorité concédante pourrait modifier les éléments d'appréciation des candidatures ou des offres, après leur réception, dès lors que cette modification ne modifie pas les conditions de la mise en concurrence initiale.

Et il y a modification des conditions de mise en concurrence initiale si la modification des éléments d'appréciation des offres est de nature à modifier le poids respectif des autres éléments d'appréciation. En effet, le Conseil d'État relève que le « nouveau sous-critère d'appréciation des critères économiques » introduit par la commune de Limoux constitue un « élément d'appréciation [qui] a été de nature à modifier le poids respectif des autres éléments d'appréciation ». Le Conseil d'État juge, implicitement, qu'il en a résulté une modification des conditions de la mise en concurrence initiale.

En pratique, lorsqu'un nouveau critère ou un nouveau sous-critère est introduit, cette condition se révélera donc remplie dans l'immense majorité des cas puisqu'on perçoit mal comment l'introduction d'un sous-critère pourrait ne pas entraîner consécutivement une modification du « poids respectif des autres éléments d'appréciation » et par conséquent des conditions de la mise en concurrence initiale.

Il n'en demeure pas moins que ce manquement d'une autorité concédante à ses obligations de publicité et de mise en concurrence n'est susceptible de conduire à une annulation totale ou partielle de la procédure de passation que pour autant qu'il lèse un des candidats. En effet, le Conseil d'État prend soin de relever que le « juge des référés n'a pas inexactly qualifié les faits en estimant que ce manquement avait été de nature à léser la société SAUR » pour confirmer le bien-fondé de son ordonnance.

En conclusion, les autorités concédantes ne peuvent modifier les critères ou sous-critère de sélection des offres en cours de consultation lorsque cette modification remet en cause les conditions de la mise en concurrence initiale. Une telle modification constitue une méconnaissance des obligations de publicité et de mise en concurrence susceptible de conduire à l'annulation de la procédure de passation si elle est de nature à léser un candidat évincé.

Cette décision s'inscrit dans la lignée des jurisprudences rendues par le Conseil d'État sous la législation antérieure mais procède tout de même d'un renforcement du principe de transparence.

Cette décision constitue une adaptation d'une jurisprudence classique à la nouvelle réglementation

La décision commentée s'inscrit clairement dans la lignée de la jurisprudence constante du Conseil d'État.

Ainsi, celui-ci avait expressément jugé, dans une décision du 20 octobre 2006^[1], que « dès lors que l'autorité délégante choisit de faire connaître ses critères de sélection des offres dans l'avis d'appel public à la concurrence, elle ne peut ensuite les modifier sans porter atteinte au principe de transparence des procédures et d'égal accès des candidats aux délégations de service public ».

Toutefois, antérieurement à l'entrée en vigueur de l'Ordonnance concession, le Conseil d'État jugeait « qu'aucune règle ni aucun principe n'impose à l'autorité délégante d'informer les candidats des modalités de mise en œuvre des critères de sélection des offres »^[2].

Ainsi, l'autorité concédante ne pouvait pas modifier les modalités de mise en œuvre des critères de sélection des offres dès lors qu'elle décidait de les porter à la connaissance des candidats^[3]. Or, au titre de l'article 27 du décret n° 2016-86 du 1^{er} février 2016 relatif aux contrats de concession (ci-après, le « Décret concession ») les autorités concédantes sont dans l'obligation de publier les critères et leur description dans l'avis de concession, dans l'invitation à présenter une offre ou dans tout autre document de la consultation.

Cette obligation est renforcée pour les concessions dont la valeur excède les seuils européens puisque l'article précité impose aux autorités concédantes de les classer par ordre décroissant d'importance. Et cette obligation serait dépourvue de tout effet utile si les autorités concédantes pouvaient modifier librement les critères et sous-critères en cours de procédure.

En jugeant que les autorités concédantes ne peuvent pas modifier les critères d'attribution en cours de procédure en remettant en cause les conditions de la mise en concurrence initiale, le Conseil d'État donne un effet utile à ces nouvelles dispositions. Et il se trouve dans la droite ligne de la directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession (ci-après, la « Directive concession ») qui exposait dans le paragraphe 68 de son préambule qu'« il est également nécessaire de prévoir le maintien des conditions initiales figurant dans l'avis de concession, afin d'empêcher que des candidats potentiels ne soient injustement traités ».

Pour être complet, il convient d'évoquer une exception au principe d'interdiction de modification des critères et sous-critères. En effet, l'article 27 du Décret concession précité dispose que « l'autorité concédante peut modifier, à titre exceptionnel, l'ordre des critères pour tenir compte du caractère innovant d'une solution présentée dans une offre ». Toutefois, cette exception apparaît difficile à mettre en œuvre au regard de la définition de l'offre innovante donnée par l'article. En effet, une offre « est considérée comme présentant une solution innovante lorsqu'elle comporte des performances fonctionnelles d'un niveau exceptionnel, et qu'elle ne pouvait être prévue par une autorité concédante diligente ». Enfin, dans l'hypothèse où cette condition serait remplie, la modification ne saurait avoir pour effet d'avoir un effet discriminatoire.

Il ressort donc de cette décision du Conseil d'État un renforcement du principe de transparence en matière des procédures de passation des concessions.

La Haute juridiction aurait pu s'en arrêter là, et confirmer la décision du juge de première instance au motif que la commune de Limoux avait illégalement introduit, en cours de procédure, un nouveau sous-critère.

Cependant, le Conseil d'État profite du cas d'espèce pour préciser sa position quant aux offres conditionnelles et, ce faisant, participe à l'encadrement des négociations dans le cadre des procédures d'attribution des conventions de délégation de service public.

Un encadrement de la négociation : l'interdiction d'exiger des candidats la remise d'une offre conditionnelle

L'apport majeur de cette décision du Conseil d'État consiste principalement dans la prohibition faite aux autorités concédantes d'exiger des candidats la remise d'une offre conditionnelle.

La Haute juridiction précise ainsi la portée de l'article 46 de l'Ordonnance concession et encadre de manière plus stricte la liberté de négociation des autorités concédantes durant la procédure de passation des concessions.

[1] CE 20 octobre 2006, Communauté d'agglomération Salon - Etang de Berre - Durance, req. n° 287198, *Rec. CE*.

[2] CE 21 mai 2010, Commune de Bordeaux, req. n° 334845.

[3] CE 30 juillet 2014, Société Lyonnaise des eaux France, req. n° 369044.

L'interdiction d'exiger des candidats la remise d'une offre conditionnelle tenant compte d'un élément étranger au contrat

Le Conseil d'État, se fondant sur l'article 46 de l'Ordonnance concession relatif à la liberté de négociation des autorités concédantes, juge qu'une autorité concédante ne peut pas « sans méconnaître l'objet de la concession qu'elle entend conclure et l'obligation de sélectionner la meilleure offre au regard de l'avantage économique global que présente pour elle cette offre, demander aux candidats de lui remettre une offre conditionnelle tenant compte d'une procédure de passation mise en œuvre par une autre autorité concédante ou prendre en compte, pour choisir un délégataire, des éléments étrangers à ce contrat ».

En l'espèce, le Conseil d'État ne pouvait, au regard du principe posé, que rejeter le moyen selon lequel le juge des référés administratifs du tribunal de Montpellier aurait commis une erreur de droit en jugeant que la commune de Limoux a « fondé son appréciation de l'avantage économique global que présentaient les offres sur des éléments étrangers au service public concédé et sans lien avec cet avantage économique global » en exigeant des candidats la remise d'une offre tenant compte de l'attribution d'un contrat divisible de la concession.

Il ressort de la décision du Conseil d'État que la demande litigieuse de la commune de Limoux était irrégulière en tant qu'elle exigeait, d'une part, la remise d'une offre conditionnelle et, d'autre part, que cette condition reposait sur un élément étranger à la concession, en l'espèce, l'attribution d'un contrat par une autre autorité concédante.

L'introduction, pour l'appréciation des offres, d'un élément étranger à l'objet du marché contrevient en effet à la lettre de l'article 47 de l'Ordonnance concession qui exige d'attribuer la concession « sur la base de plusieurs critères objectifs, précis et liés à l'objet du contrat de concession ou à ses conditions d'exécution »^[4].

Par ailleurs, ainsi que le relevait le rapporteur public, Gilles Pellissier, dans ses conclusions sur la décision commentée^[5], cette exigence est de nature à rompre l'égalité entre les candidats dans la mesure où les candidats en mesure de candidater aux deux procédures de passation pourront proposer des offres plus performantes que ceux qui ne candidatent qu'à l'une d'entre elles.

Enfin, en faisant reposer l'attribution du contrat sur une offre conditionnelle dont la réalisation ne dépend pas de la volonté des parties des difficultés pratiques pourraient survenir. Le rapporteur public évoquait notamment la difficulté pour les candidats évincés d'exercer leurs droits à l'égard de contrats donc la consolidation dépend

d'évènement dont ils n'ont pas forcément connaissance. Se pose également la question de l'effet de l'annulation de la procédure de passation ou du contrat donc l'attribution conditionnée l'attribution de la concession.

Le Conseil d'État adopte donc une lecture conforme à l'esprit et à la lettre des articles 46 et 47 de l'Ordonnance concession en prohibant la remise d'une offre conditionnelle tenant compte d'un élément étranger à la concession. Il s'inscrit ainsi dans la logique des directives communautaires promouvant un encadrement plus strict de la liberté de négociation des autorités concédantes.

Une limitation de la liberté de négociation des autorités concédantes

L'évolution de la législation et de la jurisprudence s'oriente vers un encadrement et une limitation de la liberté de négociation des autorités concédantes.

Historiquement, les concessions et plus particulièrement les délégations de service public étaient caractérisées par un important *intuitu personae*. Cette considération de la personne du cocontractant justifiait de conférer aux autorités concédantes une liberté de négociation relativement importante.

L'article L. 1411-1 du CGCT disposait, antérieurement à l'entrée en vigueur de la réforme des concessions, que les offres présentées « sont librement négociées par l'autorité responsable de la personne publique délégataire qui, au terme de ces négociations, choisit le délégataire ».

Ainsi, contrairement à l'article 37 de la Directive concession et de l'article 46 de l'Ordonnance concession, les textes législatifs ne posaient pas de limite à la liberté de négociation des autorités concédantes.

La jurisprudence avait en conséquence encadré leur liberté en encadrant la possibilité pour l'autorité concédante d'accepter la régularisation et le choix des candidats admis à négocier. Le Conseil d'État avait jugé, dans une décision du 15 décembre 2006^[6] que lorsque le règlement de la consultation ou le cahier des charges imposait la production de documents ou de renseignements à l'appui des offres, l'autorité habilitée à signer la convention ne pouvait pas engager de négociation avec un opérateur si son offre est incomplète à moins que les éléments manquants ne soient pas susceptibles d'avoir une influence sur la comparaison des offres.

Le juge administratif s'attachait également à faire respecter le principe d'égalité de traitement entre les candidats et le Conseil d'État n'admettait une modification importante de l'offre financière d'un candidat qu'à la condition que le principe d'égalité entre les candidats ne soit pas méconnu et que cette nouvelle offre ne résulte pas d'une information privilégiée du candidat^[7]. Enfin, ainsi qu'il a été exposé précédemment, le Conseil d'État

[4] Souligné par nous.

[5] G. Pellissier, concl. sur CE, 24 mai 2017, Commune de Limoux, req. n° 407264, disponible en ligne sur le moteur de recherche Arianeweb du Conseil d'État.

[6] CE 15 décembre 2006, Société Corsica Ferries, req. n° 298618.

[7] CE 9 août 2006, Compagnie générale des eaux, n° 286107.

jugeait que l'autorité concédante ne pouvait pas modifier les critères de sélection des offres dès lors qu'elle décidait de les porter à la connaissance des candidats^[8].

L'article 46 de l'Ordonnance concession conditionne plus étroitement cette liberté de négociation puisqu'il dispose expressément que « 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 » et certains objets se trouvent donc aujourd'hui explicitement exclus de la négociation par la législation.

Cette décision s'inscrit donc dans la logique des textes européens et nationaux les transposant. En effet, notwithstanding le souhait, formulé par le Parlement Européen

et le Conseil de l'Union Européenne dans le paragraphe 2 du préambule de la Directive concession, de conserver « la spécificité des concessions par rapport aux marchés publics et ne pas créer de charge administrative excessive », on constate tout de même un alignement assez sensible des procédures de passation des concessions sur celles des marchés publics.

La philosophie subjective qui présidait à la conclusion d'un contrat intuitu personae avec un opérateur au terme d'une négociation tend effectivement à laisser la place à une logique plus objective où un candidat est retenu sur la base d'un ensemble de critères préétablis après une appréciation de l'avantage économique global que présente chaque offre. Il reviendra donc aux autorités concédantes de prêter une attention particulière à la définition des critères d'attribution et au déroulement de la procédure de négociation dès lors que cette dernière se trouve plus étroitement encadrée par les textes et surveillée par le juge administratif.

[8] CE 30 juillet 2014, Société Lyonnaise des eaux France, req. n° 369044.