



Le Conseil d'État construit peu à peu sa jurisprudence après la réforme du droit des concessions

Dans un arrêt du 24 mai dernier, le Conseil d'État précise le champ d'application temporel de l'ordonnance et du décret de 2016. En outre, il détermine l'étendue de l'obligation d'information préalable des candidats sur la hiérarchisation des critères de sélection des offres.

L'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession et le décret n° 2016-86 du 1^{er} février 2016 pris pour son application sont entrés en vigueur le 1^{er} avril 2016. Depuis cette date, les autorités concédantes sont soumises à de nouvelles règles pour la passation de leurs contrats. L'arrêt du Conseil d'État en date du 24 mai 2017 apporte deux précisions utiles qui concernent plus particulièrement la procédure menée en amont de la réception des candidatures et des offres.

Le Syndicat intercommunal à vocation unique (SIVU) de la station d'épuration du Limouxin, qui, dans le cadre de ses compétences, a notamment la charge du traitement, de l'adduction et de la distribution d'eau ainsi que de l'assainissement, a souhaité confier la gestion du service de distribution d'eau et de l'assainissement à un délégataire privé.

Aussi, et conformément aux dispositions de l'article L. 1411-4 du CGCT – demeurées inchangées après la réforme, il s'était prononcé sur le principe du recours à la délégation comme mode de gestion du service, par délibération en date du 29 février 2016.

Puis, par un avis d'appel public à la concurrence qu'il convient désormais d'appeler « avis de concession », publié dans la revue Le Moniteur et au BOAMP les 16 et 18 avril 2016, le Syndicat avait lancé une consultation en vue de l'attribution d'une délégation de service public, sous la forme d'un affermage, portant sur la distribution d'eau et de l'assainissement.

Au terme de la procédure, l'offre de la Société Suez Eau France a été jugée comme étant la plus avantageuse économiquement. C'est elle qui a été retenue par délibération en date du 8 décembre 2016.

Candidat malheureux, la Société d'aménagement urbain et rural (SAUR) a introduit une requête en référé précontractuel sur le fondement des dispositions de l'article L. 551-1 du CJA aux fins de voir la procédure de passation annulée.

Par une ordonnance du 12 janvier 2017, le juge des référés du tribunal administratif de Montpellier a accueilli favorablement cette demande et annulé l'ensemble de la

Auteur

Guillaume Gauch

Avocat associé

Sophie Jager

Avocat à la cour

SCP SEBAN et Associés

Références

CE, 24 mai 2017, Syndicat intercommunal à vocation unique de la station d'épuration du Limouxin, req. n° 407264

Mots clés

Consultation engagée • Contrat de concession • Hiérarchisation des critères • Sélection des offres

procédure d'attribution litigieuse. Le SIVU de la station d'épuration du Limouxin a formé un pourvoi en cassation à l'encontre de cette décision.

En dépit de l'originalité des moyens soulevés par le Syndicat à l'appui de son recours, le Conseil d'État a confirmé l'interprétation du juge des référés et considéré que les règles issues de la réforme étaient applicables à la procédure d'attribution litigieuse. Ces dernières, et notamment l'obligation préalable d'informer les candidats sur la hiérarchisation des critères de choix des offres, ayant été méconnues, la procédure a été justement annulée.

Comme il a été dit, l'étude de cette jurisprudence est éclairante à deux égards. D'abord, le Conseil d'État rappelle, à l'occasion de la détermination du texte applicable, que l'acte par lequel l'organe délibérant d'une collectivité approuve le principe du recours à la délégation de service public intervient en amont du lancement de la consultation et n'en constitue donc pas une étape. Il précise ensuite l'étendue de l'obligation d'information préalable des candidats sur la hiérarchisation des critères de sélection des offres, obligation nouvellement mise à la charge des autorités concédantes.

L'applicabilité des nouvelles dispositions issues de l'ordonnance du 29 janvier 2016 et du décret du 1^{er} février 2016 relatifs aux contrats de concession

Le premier moyen soulevé par le Syndicat invitait la Haute juridiction à se prononcer sur une question, somme toute assez théorique mais non dénuée de conséquences pratiques, tendant à la détermination de la date à laquelle la consultation en vue de l'attribution d'un contrat de concession doit être regardée comme engagée au sens des nouvelles dispositions.

En effet, il ressort de la lecture combinée des articles 78 de l'ordonnance et 55 du décret que les nouvelles règles issues de la réforme relative aux contrats de concession s'appliquent « aux contrats de concession pour lesquels une consultation est engagée ou un avis de concession est envoyé à la publication à compter de sa date d'entrée en vigueur » - soit le 1^{er} avril 2016.

Aussi, la date de l'engagement de la consultation devait déterminer lequel de ces textes, loi Sapin de 1993 ou réforme relative aux contrats de concession de 2016, régissait la procédure de dévolution du contrat de distribution d'eau et de l'assainissement.

La difficulté de l'affaire résidait dans le fait que si l'avis de concession avait été envoyé à la publication postérieurement à la date d'entrée en vigueur des nouveaux textes fixée au 1^{er} avril 2016, la délibération du comité syndical approuvant le principe du recours à la délégation de service public avait été prise, quant à elle, avant cette date.

Dès lors, fallait-il considérer que cette délibération entérinant le choix du mode de gestion du service était un acte susceptible d'engager la consultation au sens des dispositions précitées ?

Le Conseil d'État a répondu par la négative. Si cette solution s'explique aisément, elle soulève néanmoins des interrogations.

Après avoir rappelé les dispositions de l'article L. 1411-4 du CGCT et les particularités du chapitre dans lequel elles s'insèrent (3^e cons.), le Conseil d'État a jugé que la délibération prévue à cet article constituait « un préalable obligatoire au lancement d'une procédure d'attribution d'un contrat de délégation de service public par une collectivité territoriale » (4^e cons.).

Il poursuit en précisant l'objet de cette délibération, à savoir, « entériner le principe d'une mise en gestion déléguée d'un service public », ce qui ressort expressément des dispositions de l'article précité aux termes desquelles « les assemblées délibérantes des collectivités territoriales [...] se prononcent sur le principe de toute délégation de service public local [...] ». Mais la Haute juridiction va plus loin que la simple lettre du texte et, s'inspirant de la pratique des collectivités en la matière, ajoute une autre vocation à cet acte également destiné, selon elle, à « autoriser l'autorité exécutive compétente à lancer la consultation ».

Si la délibération a pour objet de permettre à l'exécutif d'engager la consultation des opérateurs économiques, c'est que, précisément, la consultation n'est pas engagée lorsqu'elle intervient. La logique est implacable. Et le Conseil d'État d'en déduire que « cette délibération ne peut être regardée comme la première étape de l'engagement d'une consultation en vue de l'attribution d'une concession, au sens des dispositions de l'article 78 de l'ordonnance du 29 janvier 2016 et de l'article 55 du décret du 1^{er} février 2016 pris pour son application ».

Cette solution s'explique aisément dans la mesure où la notion de « contrat de concession » englobe désormais celle de « délégation de service public », sous-catégorie pour laquelle les règles propres à la vie des collectivités s'appliquent en sus de celles issues de la réforme de 2016. En effet, seules les délégations de service public sont soumises aux dispositions du CGCT et, en particulier, à celles de l'article L. 1411-4 prévoyant l'approbation du principe du recours à la gestion déléguée par délibération. Dès lors qu'il demeure des contrats de concession pour lesquels l'adoption d'une telle délibération n'est pas requise, cette dernière ne peut, en toute rigueur, être regardée comme engageant la consultation au sens de l'ordonnance et du décret de 2016.

Et s'il ne fallait considérer que les seules délégations de service public, la sémantique invite à retenir la même solution. D'abord, il est permis de relever que la notion de consultation, dans son acception stricte, ne se confond pas avec celle de passation. Elle renvoie en effet aux seuls échanges entre l'administration et les candidats - les seconds étant « consultés » par la première, tandis que la notion de passation, plus large, englobe l'ensemble des actes susceptibles d'être rattachés, de

près ou de loin, au processus de dévolution contractuelle⁽¹⁾. Aussi, la délibération approuvant le principe de la gestion déléguée, qui pourrait être considérée comme se rattachant à la procédure de passation⁽²⁾, est en tout état de cause antérieure à la phase de consultation des candidats, laquelle ne s'ouvre qu'avec la publication de l'avis de concession. Le Conseil d'État semble d'ailleurs admettre la nuance puisqu'il prend soin de préciser que « cette délibération ne peut être regardée comme la première étape de l'engagement de la consultation des opérateurs économiques » [4^e cons.].

Ensuite, la délibération par laquelle l'administration approuve le principe de recourir à la gestion déléguée ne devrait pas pouvoir être considérée comme « engageante » au sens des nouvelles dispositions. Elle ne lie pas son auteur, qui peut revenir sur sa décision sans formalité ni nécessité de déclarer sans suite la procédure de passation. Les juges avaient déjà considéré qu'à ce stade, l'ensemble des caractéristiques de la délégation de service public ne sont pas arrêtées de façon définitive, la durée du contrat ou les données financières « pouvant encore évoluer de manière importante »⁽³⁾. D'ailleurs, le rapport de présentation au vu duquel la délibération doit être prise ne se confond pas avec le dossier de consultation, remis ultérieurement aux entreprises admises à déposer une offre⁽⁴⁾ et n'a pas vocation à être aussi détaillé que celui présentant un cahier des charges⁽⁵⁾. Aussi, il serait inexact de parler d'engagement à propos d'un acte de la collectivité qui ne s'oblige vis-à-vis des candidats qu'à compter de la publication de l'avis de concession.

Pour ces raisons, le Conseil d'État a jugé que la délibération questionnée ne pouvait être regardée comme la première étape de l'engagement d'une consultation. Ce faisant, il a posé une affirmation négative en se gardant de donner des indications positives concernant la nature juridique de la délibération elle-même ou encore les actes, autres que l'avis d'appel public à la concurrence, permettant de lancer une consultation.

Il est vrai que les faits de l'espèce ne l'obligeaient nullement à aller plus loin : de l'affirmation négative découlait l'application de la réforme des contrats de concession, l'affaire était donc réglée.

Surtout, cette solution est tout à fait conforme au régime contentieux de la délibération de principe. En effet, le Conseil d'État avait jugé que celle-ci présente « le caractère d'une décision susceptible d'être déférée au juge de l'excès de pouvoir »⁽⁶⁾, à l'encontre de laquelle ne peuvent être invoqués que des « moyens relatifs aux vices propres dont cette décision serait entachée ou à la légalité du principe du recours à un délégataire pour la gestion du service »⁽⁷⁾.

Dans la droite ligne de cette jurisprudence, le rapporteur public Gilles Pellissier préconisait dans ses conclusions sur cet arrêt de reconnaître à la délibération de principe un caractère autonome, c'est-à-dire parfaitement distinct du processus contractuel, ce qui préservait l'exercice du recours pour excès de pouvoir. En suivant ces conclusions, le Conseil d'État maintient logiquement le régime contentieux applicable à cette délibération. Mais préférant, pour la définir, l'emploi de l'expression « préalable obligatoire », la Haute juridiction est moins explicite que son rapporteur. En effet, la formule n'est pas sans rappeler les mesures préparatoires, définies comme « des décisions qui sont un élément de la procédure d'élaboration d'une autre décision, et qui n'ont pas d'autres effets juridiques que de rendre possible l'édiction de cette décision »⁽⁸⁾. Nous n'y verrons toutefois pas un retour aux décisions de juridictions du fond qui avaient précisément considéré que la délibération décidant de se prononcer sur le principe d'une délégation de service public a la nature d'une mesure préparatoire et ne constitue donc pas une décision susceptible de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir⁽⁹⁾.

Par ailleurs, la décision commentée ne permet pas d'identifier un autre acte que l'avis de concession permettant d'engager la consultation. Pourtant, l'emploi de la locution « ou » dans les nouvelles dispositions des articles 78 de l'ordonnance et 55 du décret laisse entendre qu'une alternative est possible. Cette rédaction des textes s'explique sans doute, mais sans que cela soit expressément confirmé, par la nécessité d'inclure dans leur champ d'application l'ensemble des contrats de concession, y compris ceux pour la passation desquels la publication d'un avis de concession n'est pas obligatoire.

Dès lors que les nouvelles dispositions trouvaient à s'appliquer au présent litige, le manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence a pu, sans surprise, être caractérisé.

[1] J-B Vila, « Premières appréciations jurisprudentielles sur les nouvelles règles de passation des contrats de DSP », *JCPA*, n° 25, 26 juin 2017.

[2] Selon l'article L. 1414-4 et s. du CGCT, l'assemblée délibérante ne se prononce sur le principe d'une délégation de service public qu'après avoir recueilli l'avis de la commission consultative des services publics locaux et sur la base d'un rapport présentant les caractéristiques des prestations que doit assurer le délégataire. Au moment de l'adoption de la délibération donc, le processus de dévolution contractuelle serait enclenché.

[3] CAA Marseille 12 mai 2011, Association fédérale d'action régionale pour l'environnement, req. n° 10MA04368.

[4] CAA Lyon 16 juin 2011, Syndicat études et élimination des déchets du Roannais, req. n° 11LY00456.

[5] Rép. min. n° 20660, *JOAN* 24 septembre 2013, p. 10104.

[6] CE 24 novembre 2010, Association fédérale d'action régionale pour l'environnement, req. n° 318342 ; CE 4 février 2011, Communauté de communes du pays entre Loire et Rhône, req. n° 332279.

[7] CE 4 juillet 2012, Communauté urbaine Marseille Provence Métropole c/ Association Fédération d'action régionale pour l'environnement, req. n° 350752.

[8] R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, 10^e éd., n° 680.

[9] CAA Marseille 13 mai 2008, Association fédérale d'action régionale pour l'environnement, req. n° 05MA02420.

Le manquement à l'obligation d'informer les candidats sur la hiérarchisation des critères de sélection des offres

Dans un considérant de principe, le Conseil d'État tire des dispositions de l'article 27-II du décret précité la règle, nouvelle, selon laquelle l'autorité concédante est tenue, pour la passation des contrats de concession dont la valeur estimée est égale ou supérieure au seuil européen de 5 225 000 euros hors taxe, de procéder à une hiérarchisation des critères d'attribution des offres et d'indiquer cette hiérarchie dans l'avis de concession, dans l'invitation à présenter une offre ou dans tout autre document de la consultation.

Au cas présent, le SIVU de la station d'épuration du Limouxin n'avait pas informé les sociétés soumissionnaires, et notamment la SAUR, des modalités de hiérarchisation des critères au cours de la procédure de passation en cause. Ce défaut d'information caractérise désormais un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence.

Pour rappel, avant la réforme, la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques (dite « loi Sapin ») posait simplement le principe de la soumission des contrats de délégation de service public à une procédure de publicité permettant la présentation de plusieurs offres concurrentes. Un avis de publicité devait ainsi être inséré dans un journal habilité à recevoir des annonces légales et dans un autre, spécialisé dans le secteur économique concerné, qui mentionnait les modalités de présentation des offres ainsi que les caractéristiques essentielles de la convention envisagée, notamment son objet et sa nature⁽¹⁰⁾.

Puis, en 2009, le Conseil d'État avait identifié *extra legem*⁽¹¹⁾ une obligation pour les collectivités d'informer les candidats, avant le dépôt de leurs offres, quant aux critères de sélection de celles-ci⁽¹²⁾.

Pendant, les informations couvertes par cette obligation ne concernaient pas les modalités de mise en œuvre de ces critères, la raison tenant essentiellement à la latitude dont disposent les collectivités lors de l'attribution de leurs conventions de délégation de service

public : liberté de choisir, parmi les candidats ayant été admis à présenter une offre, ceux avec lesquels elle entend négocier, liberté de choisir in fine le délégataire « au regard d'une appréciation globale des critères, sans être contrainte par des modalités de mise en œuvre préalablement déterminées »⁽¹³⁾. C'est ainsi que le juge administratif écartait le moyen tiré de ce que la procédure aurait été entachée d'illégalité en l'absence de hiérarchisation des critères⁽¹⁴⁾.

Ce mouvement s'inscrivait dans la continuité de la jurisprudence communautaire qui avait déjà considéré que les collectivités étaient tenues, pour la conclusion des concessions de service public alors exclues du champ d'application des directives communautaires, de respecter « les règles fondamentales du traité en général et le principe de non-discrimination en raison de la nationalité en particulier », ce dernier impliquant une obligation de transparence qui permet au pouvoir adjudicateur de s'assurer que ledit principe est respecté⁽¹⁵⁾. Et pour la Cour, cette obligation de transparence « consiste à garantir, en faveur de tout soumissionnaire potentiel, un degré de publicité adéquat permettant une ouverture du marché des services à la concurrence ainsi que le contrôle de l'impartialité des procédures d'adjudication »⁽¹⁶⁾.

En tout état de cause, l'obligation d'information préalable est désormais expressément consacrée par les textes, jugés applicables à la présente affaire.

Par conséquent, en ne procédant pas à la hiérarchisation obligatoire des critères de sélection des offres, le Syndicat a manqué à ses obligations. Ce manquement était en outre susceptible d'influer sur la présentation des offres et de léser la SAUR admise à présenter une offre, nonobstant la circonstance que celle-ci ait obtenu, sur chacun des critères, une note inférieure à celle de la société attributaire. À l'instar de ce qui a déjà été consacré en matière de marché public⁽¹⁷⁾, le candidat évincé de la passation d'une délégation de service public est donc susceptible d'être lésé alors même qu'il a obtenu des notes inférieures à celles de l'attributaire.

Après avoir jugé que les dispositions issues de la réforme relative aux contrats de concession étaient applicables à la procédure de dévolution litigieuse, le Conseil d'État livre une première analyse de l'obligation, nouvelle, consistant pour les autorités concédantes à hiérarchiser les critères de sélection des offres pour les concessions dont la valeur estimée excède le seuil européen. Nul doute que cette jurisprudence augure une longue série à venir.

[10] Cf. art. 10 du décret n° 2005-1742 du 30 décembre 2005.

[11] Selon la Haute Juridiction, « la circonstance que les dispositions de l'article 38 de la loi du 29 janvier 1993 prévoient seulement que, après avoir dressé la liste des candidats admis à présenter une offre, la collectivité publique adresse à chacun des candidats un document définissant les caractéristiques quantitatives et qualitatives des prestations ainsi que, s'il y a lieu, les conditions de tarification du service rendu à l'utilisateur, est sans incidence sur l'obligation d'informer également ces candidats des critères de sélection de leurs offres » [CE 23 décembre 2009, Etablissement public du musée et du domaine national de Versailles, req. n° 328827].

[12] CE 23 décembre 2009, Etablissement public du musée et du domaine national de Versailles, req. n° 328827.

[13] CE 23 décembre 2009, req. n° 328827, précité.

[14] CAA Lyon 3 novembre 2011, Société Veolia Propreté, req. n° 10LY00536.

[15] CJCE 18 novembre 1999, Unitron Scandinavia et 3-S, aff. C-275/98.

[16] CJCE 7 décembre 2000, Telaustria Verlags GmbH, aff. C-324/98.

[17] CE 6 décembre 2013, Département de la Corse du Sud, req. n° 370901.