

[Jurisprudence] Concession : validité d'un critère relatif à des prestations complémentaires en concession de services

N2549BY3



par Elisabeth Fernandez Begault, Avocat associé, spécialiste en droit public et Romain Denilauler, Avocat à la Cour, cabinet Seban Occitanie

Le 11-03-2020

Réf. : CE 2° et 7° ch.-r., 26 février 2020, n° 436428, mentionné aux tables du recueil Lebon ([N° Lexbase : A49143G4](#))

Dans un arrêt rendu le 26 février 2020, le Conseil d'Etat admet la validité d'un critère de jugement des offres relatif aux coûts supplémentaires induits pour l'autorité concédante par d'éventuelles prestations complémentaires, malgré l'absence d'indication de limite quantitative quant à ces prestations, dès lors que les documents demandés aux soumissionnaires permettaient de comparer leur prix unitaire.

La commune de Saint-Julien-en-Genevois avait lancé une procédure de concession de services portant sur la mise à disposition, l'installation, la maintenance, l'entretien et l'exploitation commerciale d'abris voyageurs et de mobiliers urbains, publicitaires ou non. Il s'agissait donc d'un contrat que la pratique désigne parfois sous l'appellation de contrat de mobilier urbain, dont la qualification juridique, longtemps vacillante, a enfanté une pléthore de décisions, avant de se fixer sur celle de la concession de service public (CE, 30 mai 2018, n° 416825 [N° Lexbase : A4635XPD](#) ; CE, 30 novembre 2018, n° 414377 [N° Lexbase : A9450YNC](#)). Le cahier des charges de la concession prévoyait, au cas d'espèce, l'éventualité d'une extension du périmètre de la concession et de l'implantation ou du remplacement de certains mobiliers par une nouvelle catégorie de mobilier non prévue par le contrat. Ces prestations complémentaires éventuelles étaient prises en compte au niveau du jugement des offres dans le cadre d'un critère intitulé «*coûts supplémentaires pour la commune*», pondéré à hauteur de 34 %.

Saisi par un concurrent évincé, le juge du référé précontractuel du tribunal administratif de Grenoble (TA Grenoble, 15 novembre 2019, n° 1907101) a considéré que la commune avait insuffisamment défini l'étendue des besoins et s'était ainsi réservé une marge de choix discrétionnaire ne garantissant pas l'égalité de traitement des candidats et la transparence de la procédure dès lors que les documents de la consultation n'indiquaient aucune limite quantitative pour ces prestations complémentaires éventuelles.

Cette solution est censurée par le Conseil d'Etat.

Après avoir rappelé qu'«*il est toutefois loisible à l'autorité concédante, lorsqu'elle estime qu'elle pourra être placée dans la nécessité de commander des prestations supplémentaires au cours de l'exécution du contrat, sans être en mesure d'en déterminer le volume exact, de prévoir, au stade de la mise en concurrence initiale, un critère d'appréciation des offres fondé sur la comparaison des prix unitaires proposés par les candidats pour ces prestations*», le Conseil d'Etat prend le soin de relever, que les documents qu'il était demandé aux soumissionnaires de remettre dans le cadre de leur offre permettaient une comparaison des prix unitaires des prestations complémentaires qui seraient éventuellement

commandées. Il en déduit qu'«*en jugeant que l'absence de limite quantitative à ces prestations avait méconnu le principe de la définition préalable par l'autorité concédante de l'étendue de ses besoins et avait laissé à la commune une marge de choix discrétionnaire, alors que ce tableau permettait de comparer les prix unitaires des différentes offres, et, au surplus, que les candidats admis à concourir étaient à même de demander des précisions sur ce point à l'autorité concédante s'ils l'estimaient souhaitable, le juge du référé précontractuel du tribunal administratif de Grenoble a commis une erreur de droit*».

Il est de principe que l'acheteur public doit déterminer la nature et l'étendue des besoins à satisfaire, préalablement au lancement de la procédure de publicité et de mise en concurrence, et ce tant en matière de concessions (CCP, art. L. 3111-1 [N° Lexbase : L8490LQI](#)) que de marchés publics (CCP, art. L. 2111-1 [N° Lexbase : L7082LQD](#)). Ainsi que le relève le rapporteur public, Gilles Pellissier, dans ses conclusions sur la décision rapportée, «*l'exigence de détermination préalable de la nature et de l'étendue des besoins répond dans les deux catégories de contrat à la même finalité, qui est à la fois de permettre aux candidats d'y répondre le mieux possible et de pouvoir comparer leurs offres dans des conditions d'égalité et de transparence*». L'insuffisance de la définition du besoin est susceptible d'entraîner une violation des principes d'égalité entre les candidats et de transparence de la procédure, et d'emporter l'annulation de la procédure de mise en concurrence ou celle du contrat conclu au terme de cette dernière (CE, 15 décembre 2008, n° 310380 [N° Lexbase : A8876EBD](#) ; CE, 15 novembre 2017, n° 412644 [N° Lexbase : A1727WZY](#)).

En l'espèce, et cela n'a rien de surprenant s'agissant d'une concession appelée à régir les relations entre les parties pour une durée de plusieurs années, le cahier des charges envisageait l'éventualité de modification, en prévoyant les conditions de réalisation d'éventuelles prestations complémentaires tenant à une possible extension du périmètre de la concession et au remplacement de certains mobiliers par une nouvelle catégorie de mobilier non prévue dans le contrat. L'article R. 3135-1 du Code de la commande publique ([N° Lexbase : L3654LRR](#)) permet à cet effet que le contrat de concession soit modifié pourvu que «*les modifications, quel que soit leur montant, aient été prévues dans les documents contractuels initiaux, sous la forme de clauses de réexamen ou d'options claires, précises et sans équivoques*» et que «*ces clauses indiquent le champ d'application et la nature des modifications ou options envisageables, ainsi que les conditions dans lesquelles il peut en être fait usage*».

Le premier juge avait entendu conditionner la régularité du critère fondé sur le surcoût induit par ces prestations complémentaires éventuelles à l'indication d'un volume de commande, fût-il une limite maximale. L'on comprend mal la logique qui sous-tend ce raisonnement : par définition, le volume d'une prestation éventuelle est inconnu de l'acheteur. Surtout, il est constant que la comparaison de prix unitaires peut être traitée de manière indépendante des quantités à commander : il est ainsi fréquent, et permis, que les marchés passés suivant la technique d'achat de l'accord-cadre à bons de commande puissent être attribués en considération du prix unitaire des prestations, sans qu'une quantité maximale ne soit arrêtée.

D'autant que les soumissionnaires sont dans une situation d'égalité quant au caractère éventuel des prestations complémentaires, l'autorité concédante ignorant elle-même dans quelle mesure elle pourrait se trouver appelée à les commander. Cette égalité dans l'ignorance rend possible la comparaison des prix unitaires proposées par les soumissionnaires, sans ouvrir à l'autorité concédante une liberté de choix inconditionnée, cette dernière n'étant pas plus sachante que les candidats sur l'éventualité de la mise en œuvre des prestations complémentaire, et la mesure de cette mise en œuvre.

L'autorité concédante avait, donc, tout loisir d'introduire un critère de jugement des offres spécifiquement dédié à l'appréciation de la valeur de prestations complémentaires éventuelles, même sans indication du volume exact ou du volume maximale de ces prestations, dès lors que les documents de la consultation et les éléments remis par les candidats permettait une comparaison objective des coûts unitaires de ces prestations.

Quel impact dans ma pratique ?

Avant de recourir à un critère de sélection des offres spécifiquement dédiées à l'appréciation de la valeur de prestations complémentaires éventuelles, l'acheteur public devra s'assurer que les conditions de la consultation permettent bien la comparaison objective des offres sur ces éléments.

En outre, une attention particulière doit être portée à la rédaction de la clause portant sur les modifications du contrat et dont la mise en œuvre permet de déclencher la réalisation de telles prestations.

© Reproduction interdite, sauf autorisation écrite préalable