

# Candidater à l'attribution d'une concession : entre contraintes et liberté

REVUE CONTRATS PUBLICS - N° 210 - Juin 2020

[Plus d'informations](#)

---

Il est communément admis que la passation des concessions, et en particulier des délégations de service public, est caractérisée par la souplesse offerte à l'autorité concédante dans la conduite de la procédure. Néanmoins, cette souplesse, liée à *l'intuitu personae* traditionnellement associé à ces contrats, se trouve progressivement réduite par un encadrement, textuel et jurisprudentiel, plus contraignant qu'auparavant(1).

Cet encadrement croissant contraint, avant tout, les autorités concédantes à la manœuvre dans l'organisation et la conduite des procédures de passation, mais il appelle également une vigilance toute particulière des candidats à l'attribution de ces contrats dans la définition de leur stratégie de réponse. Malgré tout, des marges de manœuvre et des espaces de négociation demeurent.

Le renforcement de l'obligation de se conformer au cadre fixé par l'autorité concédante

La rigidification du cadre juridique se manifeste au stade de la vérification du respect des formalités imposées dans le règlement de la consultation, puis des caractéristiques minimales fixées par l'autorité concédante.

## **La nécessité de respecter les modalités formelles prévues dans le règlement de la consultation**

La sécurisation par les candidats de la réponse qu'ils apportent passe, en premier lieu, par le respect des prescriptions posées par le règlement de la consultation. Si l'affirmation peut sembler relever de l'évidence, elle a récemment donné lieu à un rappel du juge administratif.

La règle est établie de longue date en matière de marchés publics, le Conseil d'État ayant clairement posé le principe selon lequel règlement de consultation est obligatoire dans toutes ses mentions(2). En conséquence, les offres ne comportant pas toutes les pièces et renseignements requis par les documents de consultation sont incomplètes et donc irrégulières, et doivent être éliminées(3).

Ce n'est que récemment que cette règle a été transposée aux contrats de concession. Dans une décision du 22 mai 2019(4), le Conseil d'État rappelle ainsi le caractère obligatoire de l'ensemble des mentions du règlement de la consultation, et l'interdiction consécutive faite à l'autorité concédante d'attribuer un contrat de concession à un candidat ne respectant pas l'une des exigences imposées par ledit règlement.

On notera que dans cette décision, le Conseil d'État introduit une limite tenant au cas dans lequel l'exigence méconnue « se révèle manifestement dépourvue de toute utilité pour l'examen des candidatures ou des offres ». Ainsi que le Rapporteur public Gilles Pellissier le souligne dans ses conclusions sur cette décision, « dès lors que l'exigence imposée n'est pas manifestement inutile et qu'elle peut être aisément satisfaite par tous les candidats, elle doit être respectée par ces derniers. (...) Les candidats doivent savoir qu'ils ont toujours intérêt à respecter une exigence du règlement de la consultation, sauf si son inutilité est absolument évidente ». À titre d'illustration, dans la décision en question, le Conseil d'État juge que ne constitue pas une exigence manifestement inutile l'obligation imposée aux candidats de déposer leur offre sur support papier et sur cinq clés USB, dans le but de « faciliter l'examen des dossiers en permettant à plusieurs personnes de s'y livrer en même temps. (...) »(5).

Cette décision invite les autorités concédantes à s'interroger systématiquement sur l'utilité des exigences qu'elles envisagent de fixer. Mais, la règle ainsi posée invite surtout les candidats, au regard de l'incertitude qui entoure la notion d'exigence « manifestement inutile » et de la sanction attachée à une méconnaissance du règlement de la consultation, à renoncer à opérer de leur propre initiative un quelconque tri parmi les exigences imposées. A minima, on ne pourra que recommander aux candidats d'interroger l'autorité concédante, via les outils d'échange prévus à cet effet dans le cadre de la consultation, sur la teneur d'une

obligation qu'ils jugeraient inutile.

## **La vigilance à apporter au respect des caractéristiques minimales**

L'introduction dans le droit des contrats de concession de la notion de caractéristique minimale participe également à rendre plus contraignante pour les candidats la participation à une procédure de passation d'une concession.

L'autorité concédante doit en effet écarter les offres irrégulières ou inappropriées(6), étant précisé qu'une offre irrégulière est une offre qui « ne respecte pas les conditions et caractéristiques minimales indiquées dans les documents de la consultation »(7). Il est par ailleurs rappelé que la négociation ne peut porter sur les caractéristiques minimales(8).

Les caractéristiques minimales constituent donc pour les candidats des paramètres incontournables dont ils ne peuvent pas s'écarter. Sauf à faire peser un risque juridique sur la procédure qu'elle conduit, l'autorité concédante ne peut en effet contractualiser avec un candidat ne les respectant pas (sauf à considérer que la caractéristique minimale en question est illicite, ce qui constitue un autre sujet).

La question du respect des caractéristiques minimales appelle plusieurs séries d'observations.

D'abord, l'identification des caractéristiques minimales pose question. En effet, le Conseil d'État a pu estimer que « seuls les éléments exigeant une réponse de la part des soumissionnaires faisaient l'objet de la négociation, les autres points correspondant par déduction aux caractéristiques minimales non négociables de la concession »(9). Autrement posé, selon cette décision, tous les éléments figurant dans les documents de la consultation et pour lesquels une proposition du candidat n'est pas sollicitée devraient être regardés comme des caractéristiques minimales même si cela n'est pas indiqué.

Cette solution peut sembler radicale au regard des conséquences attachées au non-respect des caractéristiques minimales. Il ne semblerait en effet pas excessif de faire peser sur l'autorité concédante une obligation d'identification expresse des éléments constituant des caractéristiques minimales, permettant de les distinguer de ceux pour lesquels une proposition des candidats est attendue et de ceux qui, sans constituer des caractéristiques minimales, traduisent son intention ou ses attentes. Mais, au vu de la décision précitée, les candidats doivent être vigilants au fait que, dans le silence des documents de la consultation, tout élément qui n'appelle pas de réponse ou d'indication de leur part, est susceptible d'être regardé comme une caractéristique minimale intangible.

Ensuite, ni les textes, ni la jurisprudence n'ont encore tranché clairement la question du stade de la procédure auquel une offre ne respectant pas une caractéristique minimale doit être écartée comme étant irrégulière.

L'autorité concédante doit-elle écarter une offre initiale irrégulière car méconnaissant une caractéristique minimale ou peut-elle offrir la possibilité au candidat, en cours de négociation, de régulariser dans une offre ultérieure la non-conformité aux documents de la consultation ?

Les commentateurs sont partagés sur ce point, certains estimant, au regard de la jurisprudence antérieure, qu'une offre initiale non conforme aux caractéristiques minimales doit être écartée(10), d'autres considérant, à l'inverse, que la négociation doit permettre à un candidat de rectifier son offre et de la rendre conforme aux caractéristiques minimales(11).

Dès lors que pour les marchés publics dont la procédure de passation implique une phase de négociation, il est possible de négocier avec un candidat dont l'offre est irrégulière(12), on peut être tenté de considérer que la même solution de souplesse devrait a fortiori être retenue en matière de concession. Si la faculté de régularisation est offerte à l'ensemble des candidats, il ne paraît pas exister d'obstacle juridique tenant au respect du principe essentiel d'égalité de traitement des candidats.

Cette solution pourrait en revanche apparaître moins compatible avec les hypothèses dans lesquelles l'autorité concédante a prévu de n'engager des négociations qu'avec un nombre restreint de candidats. Cela pourrait en effet revenir à engager des négociations avec des candidats dont l'offre initiale est irrégulière, sans certitude de leur régularisation ultérieure, au détriment de candidats qui auraient respecté l'ensemble des caractéristiques minimales mais auraient été moins bien notés.

En l'absence de réponse claire à cette question, les candidats ont tout intérêt à s'assurer de la parfaite

conformité de leur offre aux caractéristiques minimales posées dans les documents de la consultation, et ce dès la remise de l'offre initiale.

Enfin, on rappellera qu'antérieurement à la création de la notion de caractéristique minimale, la jurisprudence conditionnait la possibilité pour une autorité concédante d'engager des négociations avec un candidat dont l'offre n'était pas accompagnée de tous les renseignements et documents requis par les documents de la consultation au fait, d'une part, que cette insuffisance ne fasse pas obstacle à ce que soit appréciée la conformité de l'offre aux exigences du cahier des charges et, d'autre part, qu'elle ne soit pas susceptible d'avoir une influence sur la comparaison entre les offres et le choix des candidats admis à participer à la négociation(13).

Dans ce cadre, des omissions substantielles et des modifications importantes apportées aux documents de la consultation ont été regardées comme devant conduire à écarter l'offre concernée. Les juges du fond ont ainsi pu considérer « qu'eu égard à leur importance et à leur portée, [les] irrégularités [constatées étaient] susceptibles d'influencer directement la viabilité financière du projet, les tarifs pratiqués à l'égard des usagers et le respect du principe de continuité de la gestion du service public »(14). Le Conseil d'État a également pu juger que l'absence d'informations précises sur des postes essentiels des comptes d'exploitation prévisionnels par ligne et sur les moyens affectés à ces lignes, rendait impossibles pour l'autorité représentant la collectivité délégante, au moment de choisir les opérateurs économiques avec lesquels elle souhaitait entamer la négociation, l'appréciation de la conformité de cette offre au cahier des charges de la délégation ainsi que toute comparaison utile, ligne par ligne, avec les offres présentées par les autres candidats qui portaient seulement, comme l'autorise le règlement de la consultation, sur l'exploitation de certaines de ces lignes(15).

Si l'on transpose cette solution à la notion de caractéristiques minimales, il faut considérer que les candidats ne doivent pas seulement s'assurer de la conformité de leur offre aux caractéristiques minimales, mais également du fait qu'ils n'omettent aucun élément qui pourrait empêcher l'autorité concédante de vérifier la conformité de leur offre auxdites caractéristiques. La recommandation relève certes, là encore, du bon sens, mais il n'est pas rare, en pratique, de constater le caractère incomplet des offres initiales remises par les candidats.

### **Les aléas supplémentaires générés par le caractère désormais facultatif de la négociation**

L'absence d'obligation pour l'autorité concédante de fournir dans les documents de la consultation des précisions relatives aux conditions de la négociation et à l'existence même d'une négociation, doit encore inviter les candidats à la prudence quant au contenu de leur offre initiale.

Certes, les autorités concédantes ont toujours disposé d'une marge de manœuvre importante concernant les modalités de la négociation, et ce, sans être tenues par une obligation de transparence à l'égard des candidats en amont de la procédure(16).

Mais cette marge de manœuvre a été encore renforcée par l'ordonnance(17) et le décret(18) Concessions de 2016, dont il résulte que l'organisation d'une phase de négociation ne constitue plus désormais, même pour les délégations de service public, une obligation mais une simple faculté pour l'autorité concédante(19).

En l'état de la jurisprudence, l'autorité concédante n'est même pas tenue d'indiquer dans les documents de la consultation si elle entend ou non mettre en œuvre la faculté de négocier. La fiche technique de la Direction des affaires juridiques du ministère de l'Économie et des Finances ne fait d'ailleurs que recommander aux autorités concédantes d'indiquer si elles entendent recourir à la négociation « dès le lancement de la procédure, dans les documents de la consultation, notamment dans l'avis de concession ou dans l'invitation à présenter une offre »(20).

Ainsi, s'il a toujours existé un risque pour les candidats de ne pas être retenus parmi ceux admis à négocier, désormais ils ne peuvent même pas avoir la certitude qu'une négociation sera engagée. Cette règle paraît inciter les candidats à la plus grande diligence quant à l'élaboration de leur offre initiale, dans le respect des conditions et caractéristiques imposées.

La persistance de marges de manœuvre au bénéfice des candidats

Si les éléments qui précèdent témoignent du caractère de plus en plus rigide du cadre dans lequel s'inscrit

la réponse à une procédure de passation d'un contrat de concession, les candidats continuent néanmoins de bénéficier d'une marge de liberté.

### **L'interdiction faite à l'autorité concédante de retraiter les offres proposées par les candidats**

En matière de marchés publics, il est établi que l'offre d'un candidat est intangible et qu'elle ne peut être modifiée sauf dans « le cas exceptionnel où il s'agit de rectifier une erreur purement matérielle, d'une nature telle que nul ne pourrait s'en prévaloir de bonne foi dans l'hypothèse où le candidat verrait son offre retenue »(21).

Le Conseil d'État a récemment précisé les limites qui s'imposent aux autorités concédantes dans l'analyse qu'elles font des offres proposées par les candidats. Après avoir rappelé la possibilité pour l'autorité concédante de négocier librement les offres des candidats, le Conseil d'État juge que cette liberté « ne l'autorise (...) pas à modifier ou à compléter de sa propre initiative et unilatéralement une offre dont elle estimerait que les prestations ne respectent pas les caractéristiques quantitatives et qualitatives qu'elle a définies »(22).

Dans cette affaire, dans le but, a priori louable, d'apprécier deux offres sur des bases similaires, l'autorité concédante avait retraité l'une des deux offres pour neutraliser certains paramètres retenus par le candidat dans le cadre de sa proposition financière lui permettant une optimisation substantielle. Et c'est sur la base de ce retraitement que l'autorité concédante avait écarté l'offre concernée. Ce procédé est censuré par le juge, la comparabilité des offres ne pouvant être assurée que par les prescriptions et hypothèses formulées dans les documents de la consultation et non, a posteriori, de manière artificielle.

Cette solution est de nature à préserver la créativité des candidats et leur faculté de formuler des propositions, qui tout en respectant les caractéristiques minimales qui leur sont imposées, s'écartent des prévisions exprimées par l'autorité concédante afin d'optimiser leurs chances de se voir attribuer le contrat.

### **La marge de manœuvre offerte par la négociation**

La phase de négociation, désormais facultative, constitue l'espace privilégié pour permettre aux candidats de formuler des propositions. Ces propositions peuvent être contenues dans les différentes mémoires constitutifs de l'offre des candidats ou dans les modifications qu'ils apportent au projet de contrat qui leur est soumis. Elles peuvent également entraîner la modification par l'autorité concédante des documents de la consultation. En effet, de jurisprudence constante, l'autorité concédante peut apporter, au cours de la négociation, des adaptations aux documents de la consultation, et en particulier au projet de contrat qu'elle envisage de conclure lorsque ces adaptations sont d'une portée limitée, justifiées par l'intérêt du service et qu'elles ne présentent pas, entre les entreprises concurrentes, un caractère discriminatoire(23). Les modifications peuvent être initiées par l'autorité concédante, qui s'apercevrait en cours de procédure de la nécessité d'apporter des modifications, ou par un candidat.

Si la négociation doit donc s'effectuer dans le respect de ce cadre, il paraît suffisamment souple pour permettre aux candidats d'être force de proposition et de faire bénéficier à l'autorité concédante de leur savoir-faire.

À titre d'illustration des propositions de candidats dont la légalité a été reconnue, on peut citer la proposition d'un candidat de compléter le projet de contrat transmis par l'autorité concédante en se référant à un modèle de contrat approuvé par arrêté dans le domaine faisant l'objet de la concession, le Conseil d'État estimant que cette proposition relève de la « marge de négociation dont l'autorité délégante dispose avec les candidats à une délégation de service public »(24). De même, dans le cadre d'une délégation de service public relative à la restauration scolaire dans laquelle le règlement de la consultation prévoyait que les candidats devaient formuler des propositions relatives à l'utilisation des unités mises à leur disposition, il a été admis que le candidat retenu pouvait valablement prévoir de ne pas utiliser l'une des unités pour produire des repas, mais de la transformer en une « légumerie »(25).

En revanche, est irrégulier l'ajout au sein du projet de contrat, à l'initiative d'un candidat, d'une clause traitant des conséquences d'un recours dirigé contre le contrat prévoyant qu'en cas de recours administratif ou contentieux non purgé dans un délai de quatre ans, le délégataire peut réduire de 25 à 4 ans la durée de son engagement ainsi que le périmètre des investissements à réaliser sur cette durée, dont le montant serait réduit des quatre cinquièmes(26). De même, il est jugé que les parties ne peuvent pas régulièrement insérer une clause organisant l'augmentation de la durée de la convention de cinq à douze ans en raison de

l'augmentation substantielle des investissements qu'il s'engageait à réaliser comparativement au montant estimé dans les documents de la consultation(27).

Sous ces réserves (portant sur des cas presque caricaturaux), une fois passé le stade du strict respect des caractéristiques minimales, les candidats à l'attribution d'un contrat de concession continuent donc de bénéficier d'un espace de liberté au stade de la négociation.

### **La possibilité de proposer des variantes toujours en question**

Le sujet des variantes est absent du cadre juridique applicable aux contrats de concession. Aucun texte ne les autorise, ni ne les interdit, à la différence du droit des marchés publics. Les conséquences à tirer de ce silence demeurent inconnues à ce jour(28).

En dépit de cette incertitude, les autorités concédantes font usage de cette notion, sans que le juge administratif n'y trouve a priori à redire(29). Le Conseil d'État semble même avoir confirmé récemment la possibilité pour un candidat de proposer une variante dès lors que les documents de la consultation ne l'interdisent pas(30).

Cependant, si elle paraît aller dans le sens d'une souplesse accrue accordée aux candidats, cette solution jurisprudentielle génère plusieurs questions.

Tout d'abord, si le Conseil d'État considère que les documents de la consultation n'interdisaient pas les solutions alternatives, ceux-ci étaient, dans les faits, plus explicites puisqu'ils autorisaient de telles solutions. Il semble dès lors délicat de déduire de cette décision un véritable droit des candidats à proposer des variantes dans le silence des documents de la consultation.

Il faut ensuite distinguer le fait de proposer une offre de base et une offre variante, du simple fait pour les candidats d'apporter, dans la seule offre qu'ils remettent, des aménagements aux éléments de la consultation ne constituant pas des caractéristiques minimales. En effet, cette deuxième hypothèse ne répond pas véritablement à la définition de la variante, mais relève simplement de la liberté dont les candidats disposent pour proposer la solution technique et financière qu'ils jugent la plus adaptée et la meilleure en réponse aux attentes et objectifs exprimés (contrairement aux marchés publics où l'ensemble des contraintes techniques est fixé par l'acheteur). Dans la décision précitée du 14 octobre 2019, le candidat avait bien formulé deux propositions : une base et une variante.

Enfin, dans le même ordre d'idées, dans l'arrêt commenté, la variante s'écartait de l'un des « minima » imposés par le cahier des charges (l'arrêt portait sur un contrat conclu sous l'empire du droit antérieur à l'introduction de la notion de caractéristique minimale). On peut donc s'interroger sur le point de savoir si désormais une variante, autorisée explicitement par l'autorité concédante, pourrait porter (pour s'en éloigner) sur une caractéristique minimale imposée.

Dans ses conclusions sur la décision en cause, la Rapporteur public Mireille le Corre paraît admettre que l'offre variante puisse ne pas respecter une caractéristique minimale de la consultation, sans que la globalité de l'offre proposée par le candidat ne doive être regardée comme irrégulière, à condition que l'offre de base les respecte.

Quoi qu'il en soit, tant le Conseil d'État que la Rapporteur public se rejoignent pour estimer qu'en admettant la variante proposée par un candidat, l'autorité concédante doit être regardée comme renonçant à l'un des éléments minimaux posés dans les documents de la consultation et qu'elle doit, sauf à méconnaître le principe d'égalité d'accès à la commande publique, informer l'ensemble des candidats en lice. Cette solution interroge néanmoins puisque l'autorité concédante avait déjà précisément indiqué dans le règlement de la consultation que des solutions alternatives pouvaient être proposées.

Pour l'heure, il est donc préférable pour les candidats de ne proposer des variantes que lorsqu'ils sont invités à le faire par l'autorité concédante et dans le cadre éventuellement défini par ladite autorité, et dans le cas contraire, de s'abstenir.

(1) Essentiellement depuis la transposition en droit interne de la directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession.

(2) CE 23 novembre 2005, Sté Axialogic, req. n° 267494.

- (3) CE 29 juin 2012, Sté Signature, req. n° 357617.
- (4) CE 22 mai 2019, Société Corsica Ferries, req. n° 426763. (5) Concl. G. Pellissier, précitées.
- (6) CCP, art. L. 3124-2.
- (7) CCP, art. L. 3124-3.
- (8) CCP, art. L. 3124-1.
- (9) CE 8 avril 2019, Cne de Cannes, req. n° 425373.
- (10) B. Neveu, C. Cabanes, « Analyse des dispositions relatives aux offres dans le cadre des contrats de concession », *Contrats Publics - Le Moniteur*, n° 196, Mars 2019.
- (11) J. Bousquet, « La liberté relative de l'autorité concédante dans la détermination du choix des offres », *Contrats Publics - Le Moniteur*, n° 164, Avril 2016.
- (12) Cf. CCP, art. R. 2152-1.
- (13) CE 5 janvier 2011, Société Voyage Dupas Lebeda et autres, req. n° 342158 ; CE 15 décembre 2006, Sté Corsica Ferries, req. n° 298618.
- (14) CAA Marseille 21 octobre 2011, Sté SCAM TP, req. n° 08MA04767.
- (15) CE 15 décembre 2006, Sté Corsica Ferries, req. n° 298618, préc.
- (16) CE 18 juin 2010, Communauté urbaine de Strasbourg, req. n° 336120.
- (17) Ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016, relative aux contrats de concession. (18) Décret n° 2016-86 du 1<sup>er</sup> février 2016 relatif aux contrats de concession.
- (19) CCP, art. L. 3124-1.
- (20) Fiche technique de la Direction des affaires juridiques du ministère de l'Économie et des Finances, « Les modalités de mise en concurrence des contrats de concession », point 2.1, p. 5.
- (21) CE, 21 septembre 2011, Département des Hauts-de-Seine, req. n° 349149
- (22) CE 20 décembre 2019, Communauté de communes de Sélestat, req. n° 419993.
- (23) CE 21 juin 2000, Syndicat intercommunal de la côte d'Amour et de la presqu'île guérandaise, req. n° 209319 ; CE 21 février 2014, Sté Dalkia France, req. n° 373159.
- (24) CE 18 décembre 2019, Port Autonome de la Nouvelle Calédonie, req. n° 432590.
- (25) CAA Bordeaux 12 décembre 2018, Communauté d'agglomération espace sud Martinique, req. n° 16BX02845, 16BX02846, 16BX03196, 16BX03197, précité.
- (26) CE 21 février 2014, Sté Dalkia France, req. n° 373159.
- (27) CAA Marseille 17 janvier 2011, Cne de Nîmes, req. n° 08MA01952.
- (28) J. Martin, « Des rapports ambigus de la procédure de délégation de service public aux variantes », *JCP A* n° 3, 20 janvier 2020, 2015 (29) CE 21 juin 2000, Synd. intercommunal Côte d'Amour et presqu'île guérandaise, req. n° 209319 ; CE 21 février 2014, Sté Dalkia France, req. n° 373159 ; CAA Lyon 3 novembre 2011, Société Véolia Propreté, req. n° 10LY00536.
- (30) CE 14 octobre 2019, Sté TCF, req. n° 418317.

#### Mots clés

Offres irrégulières ou inappropriées - Négociation - Règlement de la consultation - Variantes