

Les critères d'attribution des contrats de concession dans le Code de la commande publique

Même si la part *d'intuitu personae* demeure importante lors de l'attribution des contrats de concession, l'article L. 3124-5 du CCP prévoit que ces contrats sont attribués 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 ». Comment s'appliquent ces dispositions ?



Auteur

Pierre Eric Spitz
Avocat of Counsel
Earth Avocats



Mots clés

Candidatures • Information des candidats • Intuitu personae
• Procédure allégée

Cela fait longtemps que le Conseil d'État a posé le principe de la soumission de l'ensemble des procédures de la commande publique à ses grands principes constitutionnels que sont la liberté d'accès à la commande publique, l'égalité de traitement des candidats et la transparence des procédures⁽¹⁾.

Et de ces principes découle celui de la nécessaire information des candidats sur les conditions d'un marché ou d'une concession et plus généralement sur les conditions d'attribution d'un contrat de la commande publique⁽²⁾.

Il est tout à fait remarquable que cet arrêt ait posé que toutes les procédures, quelles qu'elles soient et quelle que soit leur spécificité devaient respecter les grands principes. Un texte a eu beau préciser que des services de qualification et d'insertion professionnelles sont soumis, en ce qui concerne leur passation, aux seules obligations relatives à la définition des prestations par référence à des normes, il n'en demeure pas moins qu'ils sont soumis également aux grands principes rappelés à l'époque à l'article 1^{er} du Code des marchés publics.

(1) Cons. const. 26 juin 2003, n° 2003-473 DC.

(2) CE 30 janvier 2009, ANPE, req. n° 290236.

Cela n'est pas sans rappeler un célèbre arrêt qui juge que, même une disposition qui supprime tout recours, n'a pas entendu exclure le recours pour excès de pouvoir pour garantir les grands principes généraux du droit.

Choix des critères d'attribution et modalités de mise en œuvre

Pour assurer le respect des principes de la commande publique, l'acheteur doit donner une information appropriée aux candidats notamment sur les critères d'attribution d'un contrat de la commande publique dès l'engagement de la procédure que ce soit dans l'avis d'appel public à concurrence ou que ce soit dans le cahier des charges ou le règlement de la consultation. Et la Haute juridiction d'ajouter qu'il faut que l'acheteur indique les conditions de la mise en œuvre de ces critères, selon les modalités appropriées à l'objet, aux caractéristiques du marché et à son montant. Cette information n'est pas réservée aux procédures formalisées mais s'étend aux procédures adaptées. Elle s'étend également aux procédures restreintes, ce qui implique qu'en amont du choix des offres et par conséquent en amont de l'énoncé des critères d'attribution, soient énoncés les critères de sélection des candidatures.

Dans l'arrêt *Communauté de communes de l'enclave des papes*⁽³⁾, la Haute juridiction a estimé que les critères de sélection des candidatures devaient être précis et ne pouvaient se borner, par exemple, à demander la conformité administrative des documents exigés à l'appui des candidatures, garanties et capacités techniques, financières et professionnelles.

En procédure adaptée il est acquis que le pouvoir adjudicateur dispose de plus de latitude qu'en procédure formalisée pour choisir les critères d'attribution et les modalités de leur mise en œuvre à partir du moment où il y a d'autres critères que le prix.

Aussi dans l'arrêt du 26 septembre 2012⁽⁴⁾ le juge a-t-il souligné, qu'en procédure adaptée, l'acheteur peut simplement hiérarchiser les critères ou les pondérer. Il peut même leur donner une égale valeur mais il est tenu de le dire explicitement. En effet dans le cas jugé par le Conseil d'État, l'acheteur s'était borné à dire qu'il mettrait en œuvre un certain nombre de critères qu'il énonçait, mais sans indiquer s'ils étaient hiérarchisés ou pondérés. Par conséquent, on pouvait légitimement s'interroger sur la valeur de chacun des critères. Et de fait, l'acheteur ne fournissait pas une information appropriée. Il lui aurait suffi qu'il indique que les critères étaient d'égale valeur ou même que les quatre critères étaient pondérés chacun à 25 %, ce qu'il n'avait pas fait en l'espèce.

En matière d'attribution de contrats de concession, il faut souligner un certain nombre de particularités. On sait qu'en France, il y avait une longue tradition de l'intuitu personae dans l'attribution des délégations de service public qu'on appelle plus volontiers aujourd'hui des concessions. Autant les marchés publics étaient soumis à des règles strictes qui excluaient notamment la négociation, autant les DSP faisaient l'objet d'un libre choix quant à leur procédure de passation. Idée qui n'a pas totalement disparue puisqu'on retrouve cette possibilité jusque dans la rédaction de l'article L. 3121-1 du CCP qui dispose que « l'autorité concédante organise librement une procédure de publicité et de mise en concurrence qui conduit au choix du concessionnaire » dans le respect d'un certain nombre de dispositions. Celles-ci fixent des exigences minimales de procédure issue aujourd'hui de la directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession et qui ont considérablement rapproché les procédures applicables aux marchés de celles applicables aux concessions. Ces règles concernent la publicité et la mise en concurrence, l'examen des candidatures, le choix de l'offre et l'achèvement de la procédure.

Critères de sélection des candidatures

La question des critères entre évidemment dans la phase de l'examen des candidatures -comment choisir les candidats autorisés à remettre une offre - et comment choisir l'offre présentant le meilleur avantage économique global ?

La directive distingue, comme va le faire le droit interne, les critères de sélection des candidatures et les critères d'attribution de l'offre. Elle rappelle au § 63 que « le choix des critères de sélection proportionnés, non discriminatoires et équitables et leur application aux opérateurs économiques est crucial pour permettre aux opérateurs d'avoir effectivement accès aux débouchés économiques liés aux concessions. La possibilité pour un candidat d'avoir recours aux capacités d'autres entités, notamment, peut être décisive pour permettre la participation de PME. Il y a donc lieu de prévoir que les critères de sélection devraient concerner exclusivement la capacité professionnelle, technique, financière et économique des opérateurs et être liés à l'objet du contrat, qu'ils soient annoncés dans l'avis de concession et qu'ils ne puissent empêcher un opérateur économique, sauf dans des circonstances exceptionnelles, de recourir aux capacités d'autres entités, quelle que soit la nature juridique de ses liens avec celles-ci, dès lors qu'il apporte au pouvoir adjudicateur ou à l'entité adjudicatrice la preuve qu'il aura à sa disposition les ressources nécessaires ».

Le Code de la commande publique transpose ces dispositions à l'article R. 3123-1 en prévoyant que le concédant doit vérifier les critères de participation relative aux capacités et aux aptitudes des candidats nécessaires à la bonne exécution du contrat de concession. Mais cette vérification ne peut pas conduire le concédant à exiger des documents et des renseignements

(3) CE 24 février 2010, req. n° 333569.

(4) CE 26 septembre 2012, ECLI, req. n° 359389.