

# La liberté relative de l'autorité concédante dans la détermination du choix des offres

Dans le cadre de la sélection des offres, l'ordonnance et le décret contiennent des dispositions concernant le choix des critères d'attribution par l'autorité concédante ainsi que les modalités de mise en œuvre de ces critères. En outre, ces nouveaux textes précisent que la négociation n'est qu'une étape facultative de la procédure de passation de ces contrats.

Fruits de la transposition de la directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014, l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession et son décret d'application n° 2016-86 du 1<sup>er</sup> février 2016 instaurent des règles relatives à l'attribution des concessions, dans le cadre d'une procédure de passation librement définie par l'autorité concédante.

Le principe énoncé à l'article 36 de l'ordonnance prévoit en effet que « l'autorité concédante organise librement la procédure qui conduit au choix du concessionnaire » tout en précisant cependant que cette liberté s'exerce « sans préjudice des dispositions du chapitre préliminaire et du chapitre 1<sup>er</sup> du titre 1<sup>er</sup> du livre IV de la première partie du CGCT »<sup>[1]</sup> et « dans le respect des principes énoncés à l'article 1<sup>er</sup> de la présente ordonnance, des dispositions du présent chapitre et des règles de procédure fixées par voie réglementaire ».

En dehors des règles spécifiques aux délégations de service public, la liberté de l'autorité concédante dans l'organisation de la procédure de passation s'exerce ainsi dans le cadre d'une double contrainte : d'une part, celle qui découle des principes traditionnels applicables à la commande publique, rappelée à l'article 1<sup>er</sup> de l'ordonnance : liberté d'accès à la commande publique, égalité de traitement des candidats et transparence des procédures. D'autre part, celle qui découle des règles spécifiques que les textes prévoient, et qui constituent des « garanties de procédures »<sup>[2]</sup> comme l'intitule la directive 2014/23/UE.

Au titre de ces « garanties de procédures », les textes de transposition prévoient notamment l'attribution de l'offre sur la base de critères de sélection annoncés aux candidats dans les documents de la consultation et un encadrement relatif de la phase de négociation, dans l'hypothèse où l'autorité concédante y a recours.

## Auteur

Julien Bosquet  
Avocat - Adamas

## Références

Ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016, art. 36, 46 et s.  
Décret n° 2016-86 du 1<sup>er</sup> février 2016, art. 27 et s.

## Mots clés

Critères d'attribution • Hiérarchisation • Négociation  
• Régularisation des offres

[1] Les dispositions du CGCT visées ici prévoient des règles spécifiques pour l'attribution des délégations de service public, qui font partie de la catégorie plus large des contrats de concession.

[2] C'est la terminologie prévue par la directive 2014/23/UE.

## La détermination des modalités de jugement des offres

### Le choix des critères par l'autorité concédante

L'article 47-I de l'ordonnance du 29 janvier 2016 prévoit 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 ». L'article 27 du décret du 1<sup>er</sup> février 2016 complète et précise l'ordonnance en disposant que l'autorité concédante se fonde « sur une pluralité de critères non discriminatoires » et qu'« au nombre de ces critères, peuvent figurer notamment des critères environnementaux, sociaux, relatifs à l'innovation ».

Cet article pose un principe applicable à toutes les concessions, quel que soit leur montant ou leur nature, et constitue en quelque sorte leur socle commun. Ce principe est celui du choix de la meilleure offre au regard de « l'avantage économique global » pour l'autorité concédante, sur la base de critères « objectifs, précis et liés à l'objet du contrat ou à ses conditions d'exécution », et « non discriminatoires ».

L'autorité concédante dispose d'une grande liberté dans le choix des critères d'attribution : l'article 27-I du décret se borne, à cet égard, à énumérer de manière non limitative des exemples de critères possibles. Les exemples cités par le texte (« critères environnementaux, sociaux, relatifs à l'innovation ») visent d'ailleurs surtout à reconnaître aux autorités concédantes la possibilité de recourir à des critères qui n'ont parfois pas été admis par la jurisprudence mais qui devront, en tout état de cause, être liés à l'objet du contrat<sup>(3)</sup>.

Le texte prévoit deux limites à l'exercice de cette liberté : d'une part, le recours à un critère unique de sélection des offres paraît exclu par l'ordonnance et par le décret puisque le contrat sera attribué sur la base de « plusieurs critères »<sup>(4)</sup> ou « sur une pluralité de critères »<sup>(5)</sup>. D'autre part, le dernier alinéa de l'article 47-I de l'ordonnance prévoit que « 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 ». Cette disposition rappelle une jurisprudence classique qui impose à l'autorité concédante une définition suffisamment précise des critères de sélection, afin qu'elle ne dispose pas d'une liberté de choix discrétionnaire au stade du jugement des offres<sup>(6)</sup>.

En dehors de ces limitations, l'autorité concédante dispose d'une marge de manœuvre certaine dans le choix et la définition des critères, à l'instar des marchés publics dont la jurisprudence européenne et interne reconnaît au pouvoir adjudicateur une liberté de choix des critères dès lors que ceux-ci permettent d'identifier l'offre économiquement la plus avantageuse<sup>(7)</sup>. À ce titre, le contrôle du juge sur ce choix devrait être restreint et ne censurer que les erreurs manifestes d'appréciation.

La seule exception au libre choix des critères d'attribution concerne les délégations de service public. Pour les procédures de passation ayant pour objet l'attribution de ces contrats, l'autorité concédante devra obligatoirement prévoir un critère relatif à « la qualité du service rendu aux usagers ».

Les critères de sélection devront être indiqués dans l'avis de concession, l'invitation à présenter une offre ou dans tout autre document de la consultation<sup>(8)</sup>.

### Les modalités de mise en œuvre des critères

S'agissant des modalités de choix de l'offre, l'article 27-II du décret prévoit une distinction entre deux grandes catégories de concession.

Pour les contrats relevant « du 1<sup>o</sup> de l'article 9 », c'est-à-dire les contrats de concession dépassant les seuils communautaires et ceux non visés à l'article 10 du décret<sup>(9)</sup>, les critères d'attribution devront être choisis et fixés selon « un ordre décroissant d'importance », c'est-à-dire selon la méthode de hiérarchisation.

Cette obligation constitue une rupture significative avec les dispositions du CGCT issues de la loi Sapin. Il était jusqu'alors simplement prévu que « l'autorité habilitée à signer la convention engage librement toute discussion utile avec une ou des entreprises ayant présenté une offre » avant de saisir « l'assemblée délibérante du choix de l'entreprise auquel elle a procédé »<sup>(10)</sup>.

Bien que le texte ne l'imposait pas, le Conseil d'État avait rendu obligatoire, sur le fondement des principes généraux de la commande publique, le fait de porter à la connaissance des candidats les critères de sélection des offres<sup>(11)</sup>. Toutefois, seule une information relative aux critères de

(3) L'article 33 de l'ordonnance prévoit d'ailleurs la possibilité d'insérer dans le contrat des conditions d'exécution dans ces domaines : « Les conditions d'exécution d'un contrat de concession peuvent prendre en compte des considérations relatives à l'économie, à l'innovation, à l'environnement, au domaine social ou à l'emploi, à condition qu'elles soient liées à l'objet du contrat de concession ».

(4) Ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016, art. 46.

(5) Décret n° 2016-86 du 1<sup>er</sup> février 2016, art. 27-I.

(6) CE 28 avril 2006, Commune de Toulouse, req. n° 280197.

(7) CJCE 27 octobre 2005, Contse SA, Vivisol Sarl, Oxygen Salud, aff. C-234/03 ; CE 28 avril 2006, Commune de Toulouse, req. n° 280197.

(8) Décret n° 2016-86 du 1<sup>er</sup> février 2016, art. 27.

(9) L'article 10 du décret mentionne à cet égard les contrats suivants : « Les contrats de concession mentionnés au 2<sup>o</sup> de l'article 9 sont les contrats suivants : 1<sup>o</sup> Les contrats de concession dont la valeur estimée est inférieure au seuil visé à l'article 9 ; 2<sup>o</sup> Les contrats de concession qui ont, quelle que soit leur valeur estimée, pour objet : a) Les activités relevant du 3<sup>o</sup> du I de l'article 11 de l'ordonnance du 29 janvier 2016 susvisée ; b) L'exploitation de services de transport de voyageurs relevant de l'article 5, paragraphe 3 du règlement du 23 octobre 2007 susvisé ; c) Un des services sociaux ou des autres services spécifiques, dont la liste est publiée au Journal officiel de la République française ».

(10) CGCT, art. L. 1411-5.

(11) CE 23 décembre 2009, Établissement public du musée et du domaine national de Versailles, req. n° 328827.

sélection était imposée par la jurisprudence, l'autorité délégitante n'étant pas tenue de prévoir les modalités de mise en œuvre de ces critères, c'est-à-dire de hiérarchiser ou pondérer les critères de choix des offres. Désormais, les délégations de service public qui dépasseront les seuils communautaires, à l'exception de celles énumérées à l'article 10 du décret, devront être attribuées sur la base de critères de sélection au moins hiérarchisés.

Cette obligation sera également nouvelle pour les concessions de travaux, car ni l'ordonnance n° 2009-864 du 15 juillet 2009, ni le décret n° 2010-406 du 26 avril 2010 ne prévoyait de règles en la matière, les textes se bornant à énoncer que les autorités concédantes doivent respecter les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures.

En pratique, les procédures de passation des contrats de concession dépassant les seuils communautaires et non visés à l'article 10 du décret devront indiquer la hiérarchisation des critères dans l'avis de concession, dans l'invitation à présenter une offre ou dans tout autre document de la consultation<sup>[12]</sup>.

On peut s'interroger sur la forme que pourra revêtir la hiérarchisation, et si l'autorité concédante pourra pondérer les critères de sélection. La hiérarchisation conduit à classer les critères par ordre décroissant d'importance et oblige l'autorité concédante à les analyser indépendamment les uns des autres. La méthode de pondération affecte chacun des critères d'un coefficient chiffré et l'offre la plus avantageuse est alors évaluée globalement au regard de l'ensemble des critères.

Dans le silence des textes, et comme cela avait été jugé en matière de marchés publics sous l'empire du Code des marchés publics, il devrait être permis à l'autorité concédante de choisir cette dernière méthode de classement des offres. À cet égard, la méthode de pondération des critères de choix des offres devrait en pratique être préférée à celle de la hiérarchisation, laquelle est bien moins sécurisante s'agissant de la justification des choix opérés<sup>[13]</sup>.

En revanche, l'autorité concédante ne sera pas tenue d'informer les candidats de la méthode qu'il retient pour évaluer les offres au regard des critères de notation.

Pour les contrats relevant du 2° de l'article 9 du décret (c'est-à-dire en réalité ceux visés à l'article 10 du décret), les principes dégagés par le Conseil d'État dans sa jurisprudence précitée du 23 décembre 2009 devraient continuer à s'appliquer.

Le contrat de concession devra bien être attribué au soumissionnaire qui aura présenté la meilleure offre au regard de l'avantage économique global pour l'autorité concédante sur la base de plusieurs critères objectifs annoncés dans les documents de la consultation, sans

que cette dernière prévoit des modalités de mise en œuvre de ces critères.

## La modification de l'ordre des critères

Autre nouveauté concernant les critères de sélection des offres, l'article 27-II du décret prévoit 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 ».

Le texte précise que « 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 ».

Il devrait s'agir d'une solution innovante réellement exceptionnelle et qui ne devrait donc être regardée comme telle que très rarement en pratique. L'autorité concédante pourra, dans ce cas, modifier « l'ordre des critères » sans modifier toutefois les critères de choix eux-mêmes. Ensuite, l'autorité concédante devra lancer une nouvelle consultation en respectant un délai minimal de réponse des candidats<sup>[14]</sup>.

## Les modalités de la négociation

### L'information sur le recours à la négociation

L'article 46 de l'ordonnance prévoit que « les autorités concédantes peuvent organiser librement une négociation avec un ou plusieurs soumissionnaires dans des conditions prévues par voie réglementaire ». L'article 26 du décret précise à cet égard que « lorsque l'autorité concédante fait usage de la possibilité de négocier prévue à l'article 46 de l'ordonnance du 29 janvier 2016 susvisée, elle peut décider de limiter le nombre de soumissionnaires admis à participer à la négociation. Elle procède à la sélection du ou des soumissionnaires en appliquant les critères d'attribution fixés à l'article 27 ».

Dans le cadre de la procédure de passation des concessions, la négociation devient une étape facultative de la procédure. Là encore, les textes entrés en vigueur le 1<sup>er</sup> avril 2016 représentent une rupture significative avec la procédure de délégation de service public.

Jusqu'alors, l'autorité délégitante devait nécessairement engager une négociation avec le ou les candidats de son choix, laquelle ne devait pas être purement artificielle puisqu'elle ne pouvait se « borner à demander aux candidats avec lesquels elle a choisi de négocier certaines précisions ou compléments d'information de tous ordres sans les inviter à lui faire des propositions d'ordre technique, juridique, économique ou financier, leur permettant, le cas échéant, d'améliorer leur offre par rapport aux autres candidats »<sup>[15]</sup>.

[12] Décret n° 2016-86 du 1<sup>er</sup> février 2016, art. 27-II.

[13] Certaines jurisprudences rendues en matière de marché public ont ainsi par le passé pu démontrer les limites du recours à la méthode de hiérarchisation des critères de choix des offres (en ce sens, par exemple, TA Lyon, 11 juillet 2002, Société Avenance enseignement, req. n° 0202689).

[14] Dernier alinéa de l'article 27 : « L'autorité concédante publie un nouvel avis de concession ou envoie une nouvelle invitation à présenter une offre dans le respect des délais fixés à l'article 18 ».

[15] CAA Marseille 4 juin 2013, Communauté de communes de l'Enclave des Papes, req. n° 12MA02775 ; CGCT, art. L. 1411-1 et L. 1411-5 dans leurs versions antérieures au 1<sup>er</sup> avril 2016.

Le changement sur ce point pourra être radical puisque l'ordonnance du 29 janvier 2016 et son décret d'application permettent d'envisager une procédure de passation de délégation de service public sans négociation et donc l'attribution du contrat sur la base des offres recueillies après application des critères de sélection des offres.

Au-delà du caractère facultatif du recours à la négociation, se pose la question des conditions dans lesquelles l'autorité concédante pourra y avoir recours, ce qui n'est pas précisé par les textes. Ni l'ordonnance ni le décret ne prévoient en effet si l'autorité concédante devra annoncer aux candidats, dans les documents de la consultation, un recours ou non à la négociation.

On pourrait en déduire l'absence d'obligation d'information de l'autorité concédante sur le recours ou non à la négociation dans les documents de la consultation car les textes prévoient expressément une telle information par exemple pour les critères de sélection des offres. Cependant, il n'est pas exclu qu'une information des candidats sur le recours à la négociation soit imposée par la jurisprudence en application du principe de transparence des procédures. Cette information permettrait ainsi aux candidats de préparer au mieux leurs offres en fonction de la procédure mise en œuvre par l'autorité concédante. En outre, le décret prévoit que l'autorité concédante doit définir, dans les documents de la consultation, « les conditions de passation [...] du contrat de concession »<sup>[16]</sup>, ce qui pourrait entraîner l'obligation de préciser au moins si une négociation sera prévue ou possible.

À ce titre, pourrait être transposée la jurisprudence rendue en matière de marchés publics, dégagée dans le cadre des marchés passés selon la procédure adaptée, où le recours à la négociation est possible<sup>[17]</sup>, laquelle impose au pouvoir adjudicateur d'annoncer, dès les documents de la consultation, les règles relatives à la négociation. Il doit donc indiquer si une négociation est prévue (dans ce cas il doit effectivement engager des négociations)<sup>[18]</sup>, s'il se réserve la possibilité de négocier (dans ce cas, il est libre d'y recourir ou non)<sup>[19]</sup> ou ne rien prévoir, ce qui équivaut à renoncer par avance à toute négociation (dans ce cas, la négociation sera interdite)<sup>[20]</sup>.

Si la négociation est effectivement mise en œuvre par l'autorité concédante, l'article 46 de l'ordonnance prévoit qu'elle ne pourra porter « sur l'objet de la concession, les critères d'attribution ou les conditions et caractéristiques minimales indiquées dans les documents de la consultation ». Le texte pose ainsi une limitation au champ matériel de la négociation, en imposant à l'autorité concédante le soin de définir en amont du lancement de la procédure des « caractéristiques minimales » sur lesquelles les candidats ne pourront apporter aucune modification. L'autorité délégante devra donc s'interroger, lors de la rédaction des documents de la consultation, sur l'éven-

tualité d'une négociation à venir puisqu'elles n'aura pas l'obligation de définir spécifiquement ces « conditions et caractéristiques minimales » en l'absence de négociation.

Là encore, si une négociation est engagée, celle-ci devra en principe être mise en œuvre de manière à permettre une amélioration des offres et non simplement à demander des précisions d'ordre technique.

## La négociation et la régularisation des offres

La question se pose de savoir si la négociation pourra permettre de régulariser des offres inappropriées ou non conformes. Jusqu'alors, dans les procédures de délégation de service public, la jurisprudence admettait qu'une offre incomplète ou non conforme pouvait être admise à la négociation et régularisée « si cette insuffisance, d'une part, ne fait pas obstacle à ce que soit appréciée la conformité de l'offre aux exigences du cahier des charges et, d'autre part, n'est pas susceptible d'avoir une influence sur la comparaison entre les offres et le choix des candidats qui seront admis à participer à la négociation »<sup>[21]</sup>.

Le cas de la non-conformité des offres est désormais prévu par les textes car l'article 25 du décret du 1<sup>er</sup> février 2016 dispose que « les offres inappropriées ou qui ne respectent pas les conditions et caractéristiques minimales indiquées dans les documents de la consultation sont éliminées »<sup>[22]</sup>.

Le texte semble n'accorder aucune marge de manœuvre à l'autorité concédante qui serait dans l'obligation de rejeter les offres inappropriées ou non conformes. Dans le cas où aucune négociation n'est prévue, la régularisation semble exclue. Si une négociation est mise en œuvre, à quel stade l'offre doit-elle être éliminée ? Pour les offres inappropriées, il semble exclu qu'elles puissent être régularisées puisque le texte indique qu'elles ne pourraient l'être « sans modifications substantielles ».

Pour les offres qui ne respectent pas les « conditions et caractéristiques minimales », la négociation est exclue mais une régularisation pourrait être possible. Là encore, la jurisprudence rendue dans le cadre des marchés passés selon la procédure adaptée pourrait trouver à s'appliquer : cette jurisprudence admet qu'une offre non conforme soit acceptée à la négociation, puis qu'elle soit régularisée sur invitation du pouvoir adjudicateur. Si la non-conformité n'est pas régularisée à l'issue de la phase de négociation, l'offre doit être rejetée<sup>[23]</sup>.

Au terme de la procédure de passation du contrat, le cas échéant après négociation, une obligation nouvelle pèse sur l'autorité concédante, laquelle devra désormais classer les offres qui n'ont pas été éliminées par ordre décroissant sur la base des critères qui auront été indiqués aux candidats. L'offre la mieux classée devra être retenue<sup>[24]</sup>.

[16] Cf. Décret n° 2016-86 du 1<sup>er</sup> février 2016, art. 4.

[17] Cf. CMP, art. 28.

[18] CE 18 septembre 2015, req. n° 380821.

[19] CE 18 septembre 2015, req. n° 380821.

[20] Par exemple : TA Lille 5 avril 2011, Préfet Nord, n° 10-03008 et 10-03238.

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

[22] Sur les caractéristiques de l'offre inappropriée, cf. art. 25 al. 2 du décret.

[23] CE 30 novembre 2011, Ministre de la Défense et des Anciens combattants, req. n° 353121.

[24] Décret n° 2016-86 du 1<sup>er</sup> février 2016, art. 28.