

COMMANDE PUBLIQUE

Quand l'administration est liée... par ses propres règles

► Etienne COLSON,
avocat au barreau de Lille
(contact@colson-avocat.fr)



D. R.

Les collectivités territoriales gèrent des services publics. Elles sont libres d'en choisir le mode d'exécution. Soit elles l'exploitent seules par leurs propres moyens, humains et matériels. Soit elles en confient la gestion à un opérateur économique.

Dans le second cas, on dit qu'elles délèguent ledit service, le contrat liant l'administration (dite "autorité délégente") à l'opérateur étant lui-même appelé "délégation de service public". Depuis 22 ans, la conclusion de ces contrats est préalablement soumise à une procédure de publicité et de mise en concurrence (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). Au nom du principe de transparence des procédures qui innervent l'ensemble des contrats de la commande publique, le Conseil d'Etat juge qu'avant le dépôt de leurs offres, les candidats à l'attribution d'une délégation de service public doivent être informés des critères de sélection de celles-ci (CE 23 déc. 2009, n°328827, Etablissement public du musée et du domaine national de Versailles). Pour autant, aucune règle ni aucun principe n'imposent aux collectivités territoriales d'informer les candidats des modalités de mise en œuvre des critères de sélection

des offres (CE 21 mai 2010, n°334845, Cne Bordeaux). L'administration n'a donc pas à pondérer ni même à hiérarchiser les critères de sélection qu'elle énonce.

Le plus souvent, pourtant, dans un souci de transparence aisément compréhensible, elle s'y résout.

Et, dès lors, au moment de faire son choix, elle ne peut modifier lesdits critères et/ou leur importance sans porter atteinte au principe de la transparence des procédures et d'égal accès des candidats aux délégations de service public. C'est pour avoir perdu de vue une telle contrainte que le syndicat intercommunal pour les transports urbains de la région de Valenciennes a vu la procédure d'attribution d'un contrat de délégation de service public du réseau de transport urbain qu'il avait lancée récemment annulée (TA Lille – ord. 14 janvier 2015, société KEOLIS, n°1409238, confirmée par CE 6 mai 2015, n°387544). En l'espèce, le syndicat précité avait informé les candidats que neuf critères de sélection des offres seraient "retenus par ordre décroissant pour apprécier les propositions des candidats". Ce faisant,

l'autorité délégente avait instauré une hiérarchisation des critères. Mais, au moment de choisir l'attributaire du contrat, le syndicat avait finalement attribué la même valeur aux neuf critères. Saisi par la société Keolis, candidate malheureuse à l'attribution de ce contrat, le juge des référés précontractuels du tribunal administratif de Lille lui donna raison en annulant la procédure d'attribution, ce que confirmera le Conseil d'Etat. Le raisonnement du juge est logique : le principe de transparence des procédures suppose que la "règle du jeu" annoncée soit immuable. Si la collectivité la modifie au moment d'examiner les offres, la règle devient inutile et, par suite, les candidats sont leurrés sur les critères d'appréciation de leur offre. Une mise en concurrence effective et loyale suppose, en effet, que les candidats disposent d'informations pertinentes pour formuler leurs propositions. Tel n'est pas cas, bien entendu, quand, de son propre mouvement et à l'insu de tous, l'administration bouleverse les conditions initiales de la concurrence. Cette solution, à la vérité, n'est pas nou-

velle. S'agissant des délégations de service public, elle avait déjà été consacrée en raison de critères modifiés en cours de procédure (CE 20 octobre 2006, n°287198, Cté d'agglomération Salon-Etang de Berre), voire carrément supprimés (CAA Marseille, n°07MA03623, 15 oct. 2009, Joseph X). Elle s'applique tout autant en matière de marchés publics. Ainsi se souvient-on qu'en 2011, le Sénat lui-même avait été sanctionné par le Conseil d'Etat pour irrespect de ses propres règles.

La Chambre haute avait lancé une consultation en vue de l'attribution d'un marché à procédure adaptée ayant pour objet un bilan de santé pour les sénateurs et le personnel. Mais alors que le critère du prix était défini, à parité avec un autre critère, comme principal critère de jugement des offres par le règlement de consultation, en cours de négociation avec les candidats, le Sénat décidait d'abandonner le critère du prix (CE 27 avr. 2011, n°344244, Président du Sénat)... Au point, semble-t-il, d'en perdre son latin selon lequel Tu patere legem quam ipse fecisti ("Souffrir la loi que tu as faite toi-même")... ■