

N° 407264
Syndicat intercommunal à
vocation unique de la station
d'épuration du Limouxin

7^{ème} et 2^{ème} chambres réunies
Audience du 10 mai 2017
Lecture du 24 mai 2017

CONCLUSIONS

M. Gilles PELLISSIER, rapporteur public

La transposition de la directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution des contrats de concession par l'ordonnance du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession et le décret du 1^{er} février 2016 pris pour son application a été l'occasion d'une profonde recomposition des catégories contractuelles de la commande publique, désormais exclusivement fondée sur le mode de rémunération du cocontractant. Tous les contrats passés par une personne publique pour répondre à ses besoins dont la contrepartie économique est constituée par un droit d'exploitation de l'ouvrage ou du service objet du contrat, qu'il s'agisse ou non d'un service public, sont désormais soumis à un régime juridique unique qui, s'il reprend la plupart des règles antérieurement applicables aux délégations de service public, comporte quelques évolutions.

Ce nouveau régime juridique s'applique, aux termes respectivement des articles 78 de l'ordonnance et 55 du décret, aux « *contrats de concession pour lesquels une consultation est engagée ou un avis de concession est envoyé à la publication à compter de sa date d'entrée en vigueur* », qui a été fixée au 1^{er} avril 2016. L'affaire qui vient d'être appelée vous conduira à déterminer à quel moment la consultation pour l'attribution d'une délégation de service public, qui est désormais une concession ayant pour objet la gestion d'un service public, doit être regardée comme engagée au sens de ces dispositions. Elle se pose pour l'application d'une des rares dispositions spécifiques à cette sous-catégorie des concessions, l'article L. 1411-4 du CGCT qui impose aux collectivités territoriales et à leurs groupements de délibérer sur le principe de toute délégation de service public.

Le comité syndical du SIVU de la station d'épuration du Limouxin s'est prononcé sur le principe d'une délégation du service public de l'assainissement par une délibération du 29 février 2016. L'avis d'appel à la concurrence a été envoyé à la publication quelques jours après le 1^{er} avril 2016. Au terme de la procédure, le 8 décembre 2016, l'assemblée délibérante du SIVU a décidé de retenir l'offre de la société Suez Eau France. Déléataire sortant et candidate évincée, classée en deuxième position, la société Saur a saisi le juge des référés précontractuels d'une demande d'annulation de la procédure de passation, à laquelle il a fait droit au motif que l'autorité concédante n'avait pas hiérarchisé les critères de sélection des offres qu'elle avait publié, ce qu'elle aurait dû faire compte tenu du montant estimé du contrat.

Cette règle fait partie des nouvelles contraintes que le décret du 1^{er} février 2016 impose aux autorités concédantes lorsque la valeur estimée de la concession qu'elles entendent attribuer est supérieure au seuil européen de 5 225 000 euros HT (art 27 II du décret et avis relatif aux seuils de procédure publié au JORF du 27 mars 2016). Elle ne ressortait auparavant ni des dispositions du CGCT issues de la loi Sapin ni de votre jurisprudence (23 décembre 2009, *Etablissement public du musée et du domaine national de Versailles*, n° 328827, au rec).

Le premier moyen du pourvoi du SIVU est tiré de ce que le juge des référés précontractuels a commis une erreur de droit en faisant application de ces nouvelles dispositions relatives aux concessions à une procédure qui était, selon lui, régie par les règles antérieures dès lors que la délibération sur le principe de la délégation du service public étant antérieure au 1^{er} avril 2016, la consultation devait être regardée comme engagée avant cette date.

Cette délibération est prévue par l'article L. 1411-4 du CGCT qui dispose que « *les assemblées délibérantes des collectivités territoriales, de leurs groupements et de leurs établissements publics se prononcent sur le principe de toute délégation de service public local après avoir recueilli l'avis de la commission consultative des services publics locaux prévue à l'article L. 1413-1* ». Ainsi que cela ressort explicitement de ces dispositions, elle a pour objet de décider du mode de gestion du service, c'est-à-dire des modalités de réalisation, par la personne publique, de ses missions. A ce titre, elle présente, comme toute décision relative à l'organisation d'un service public, un caractère réglementaire (Section, 18 mars 1977, *Chambre de commerce de La Rochelle et autres*, p. 153). L'attribution de la gestion du service est certes prise en application de cette délibération de principe, ce qui rend recevable l'exception d'illégalité à son encontre (3 mars 2010, *Dépt de la Corrèze*, n° 306911, aux T), mais cela ne fait pas de cette délibération un acte de la procédure de sélection du futur délégataire.

Son régime contentieux le confirme : vous avez ainsi jugé qu'elle constituait un acte susceptible de recours pour excès de pouvoir (24 novembre 2010, *Association fédération d'action régionale pour l'environnement et autres*, n° 318342, aux T) mais que seuls pouvaient être utilement invoqués à son encontre « les moyens relatifs aux vices propres dont cette décision serait entachée ou à la légalité du principe du recours à un délégataire pour la gestion du service ; que sont, en revanche, inopérants des moyens relatifs aux caractéristiques et aux modalités de mise en œuvre ultérieure de la délégation ou des prestations que cette délibération n'a pas pour objet d'arrêter définitivement » (4 juillet 2012, *Association « Fédération d'action régionale pour l'environnement » et autres*, n° 350752), ce qui montre bien que cette délibération est distincte de la phase contractuelle de sa réalisation. Nous pensons comme Nicolas Boulouis dans ses conclusions sur cette dernière décision que « cette délibération de principe n'est pas un acte qui, sur un plan contentieux, se rattacherait à la procédure contractuelle et qui comme tel aurait été détaché de cette procédure pour pouvoir faire l'objet d'un REP. A nos yeux, c'est un acte autonome, détaché du processus contractuel, qui conditionne certes le lancement de cette procédure mais qui pose des questions propres ». B. Dacosta précisait également, dans ses conclusions sur votre décision d'Assemblée du 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne* (n° 358994), qu'une « telle délibération ne constitue donc pas un acte préparatoire dont le contentieux pourrait basculer sur celui du contrat ».

Par ailleurs, la circonstance que cette délibération manifeste une intention de la personne publique de recourir à la commande publique ne suffit pas davantage à y voir l'engagement d'une procédure de passation, comme vous l'avez jugé à propos de l'envoi d'un avis de pré-information à l'office des publications des communautés européennes, pour l'application des dispositions transitoires du décret du 7 janvier 2004 portant code des marchés publics (17 décembre 2006, *Sté Valco et autres*, n° 277166, aux T).

Si vous considérez comme nous vous le proposons que cette délibération de principe n'est pas un acte relatif à la procédure d'attribution du contrat, vous jugerez qu'elle ne doit pas être prise en compte pour l'application des dispositions transitoires de l'ordonnance de 2016 et de son décret d'application qui, en visant l'engagement de la consultation, ne peuvent désigner que le lancement de la procédure d'attribution du contrat. La consultation au sens de ces dispositions ne peut à notre avis qu'être celle des éventuels candidats à cette attribution et non la soumission à l'assemblée délibérante de la personne publique du principe de la délégation. Outre que cette délibération n'est pas une consultation mais une véritable décision, l'ordonnance et son décret d'application n'envisagent aucune autre « consultation » que celle des candidats potentiels et n'utilisent ce terme que pour la procédure d'attribution du contrat (par exemple : « *documents de la consultation* »). Le critère alternatif de l'envoi de l'avis de concession à la publication, qui marque, pour la plupart des contrats de concession, le lancement de la procédure par la publicité qui en est faite, le confirme : la référence à l'engagement de la consultation permet seulement de couvrir les cas exceptionnels où la publication d'un avis de concession n'est pas obligatoire, c'est-à-dire pour les contrats qui peuvent être passés sans publicité ni mise en concurrence, les autres étant soumis à cette obligation de publicité, selon différentes modalités, par l'article 15 du décret.

Précisons pour conclure sur ce premier moyen que si cette solution nous paraît s'imposer avec une certaine évidence en ce qui concerne la délibération sur le principe de la délégation d'un service public, sa transposition pour l'application de l'article 103 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, qui retient le même critère de l'engagement de la consultation, aux marchés de partenariat des collectivités territoriales et de leurs établissements publics, pour lesquels l'article 77 II de l'ordonnance prévoit que l'organe délibérant se prononce sur le principe du recours à un marché de partenariat au vu de l'évaluation du mode de réalisation du projet, de l'étude de soutenabilité budgétaire et des avis sur celles-ci, mérite réflexion. En effet, vous n'avez, contrairement à la délibération de principe sur la délégation d'un service public, jamais eu l'occasion de vous prononcer sur la nature ou le régime juridique de cette délibération. Certes, il s'agit toujours de se prononcer sur un principe, préalablement au lancement de la procédure, mais ce principe concerne le choix d'un type de marché public et non celui d'un mode de gestion du service public. Il apparaît donc davantage lié à la procédure d'attribution qu'il va déterminer et les dispositions qui régissent la phase préalable dans laquelle s'inscrit cette délibération relèvent de l'ordonnance dont il s'agit de déterminer l'applicabilité. Pas davantage que vous n'avez à le faire, nous ne trancherons ce point, que nous n'évoquons que pour prévenir toute extension précipitée de ce que vous jugerez ici pour les délégations de service public.

Le moyen suivant critique le juge des référés pour avoir jugé que la candidate évincée avait pu être lésée par le manquement résultant de l'absence de hiérarchisation des critères de sélection des offres dès lors que la société attributaire a obtenu des notes supérieures ou égales aux siennes sur tous les critères. L'établissement requérant ne conteste

en revanche pas l'applicabilité de cette obligation au regard de son champ d'application matériel, qui ne couvre que les contrats dont la valeur estimée est supérieure au seuil européen. Le SIVU n'ayant pas indiqué dans les documents de la consultation cette valeur estimative, en méconnaissance là-encore des dispositions de l'article 7 du décret de 2016, le juge des référés a déterminé cette valeur au regard du montant global de l'offre de la candidate retenue, supérieure à ce seuil. Rien dans les pièces du dossier n'établit qu'il se serait trompé sur ce point.

L'établissement requérant se prévaut, à l'appui de son moyen, de votre décision *Département de la Guadeloupe*, du 18 décembre 2012 (n° 362532, aux T sur un autre point), par lequel vous avez notamment jugé qu'une irrégularité tenant à une méthode de notation qui avait pour effet de fausser la pondération des critères – en prévoyant d'attribuer des notes négatives – n'avait pu léser la candidate évincée qui, quelle soit la méthode de notation retenue, n'était pas susceptible de se voir attribuer l'un des lots litigieux.

Cette hypothèse n'est toutefois pas celle d'une absence d'information sur un élément d'appréciation des offres qui doit être porté à la connaissance des candidats et qui leur permet de construire leurs offres. L'absence d'information sur les critères de sélection des offres et sur leur valorisation, par pondération ou hiérarchisation, a nécessairement une incidence sur la conception même des offres, dont la notation n'est par conséquent plus pertinente pour savoir si les candidats ont pu être lésés par ce manquement. Vous avez écarté un argument identique pour retenir une lésion dans votre décision du 6 décembre 2013, *Dépt de la Corse du Sud* (n° 370901). Ce n'est que si l'offre était inacceptable, inappropriée ou irrégulière que l'on pourrait considérer qu'un tel manquement n'a pas lésé le candidat qui l'a présentée.

Si vous partagez notre avis sur ce point, vous n'aurez guère de difficultés à écarter le dernier moyen, tiré de ce que le juge des référés a commis une erreur de droit en annulant la totalité de la procédure alors qu'il pouvait l'annuler au stade de l'examen des offres en enjoignant au SIVU d'y procéder de nouveau après avoir communiqué aux candidats la hiérarchisation des critères. Cette information permettant aux candidats de construire leurs offres, elle doit leur être donnée avant le début du délai pendant lequel ils doivent les présenter. Le dernier alinéa de l'article 27 I du décret dispose ainsi que « *les critères et leur description sont indiqués dans l'avis de concession, dans l'invitation à présenter une offre ou dans tout autre document de la consultation* ». Le Syndicat requérant n'alléguant pas que la procédure aurait comporté une phase de sélection des candidatures (art 22 du décret) précédant celle de présentation des offres, le manquement qu'il a commis l'oblige à reprendre toute la procédure afin de permettre à l'ensemble des candidats de formuler de nouvelles offres en fonction de la hiérarchisation des critères qui sera portée à leur connaissance.

EPCMNC : - Rejet du pourvoi ;

- Mettiez à la charge du SIVU de la station d'épuration du Limouxin le versement à la société d'aménagement urbain et rural (SAUR) une somme de 3 000 euros au titre des frais exposés.