

**N° 428290**  
**Société EDEIS**

**7<sup>ème</sup> et 2<sup>ème</sup> chambres réunies**  
**Séance du 6 décembre 2019**  
**Lecture du 20 décembre 2019**

**Conclusions**  
**Mireille LE CORRE, rapporteure publique**

Un critère ou sous-critère tenant à la création d'emplois induits par l'activité objet du contrat peut-il être admis dans le cadre d'une délégation de service public ? C'est la principale question posée par ce pourvoi, qui vous conduit à Mayotte.

1. En 2012, le département de Mayotte a lancé, sur le fondement de l'article L. 1411-1 du code général des collectivités territoriales, une procédure de passation d'une délégation de service public portant sur la gestion et l'exploitation du port de Mayotte. Deux candidats ont été admis à présenter une offre. Après négociation, l'offre améliorée de la société SNIE a été retenue. La société Lavalin (devenue EDEIS) a demandé au tribunal administratif de Mayotte de condamner le département de Mayotte à l'indemniser du préjudice consécutif au rejet de son offre. Cette demande, tout comme son appel devant la cour administrative d'appel de Bordeaux, a été rejetée. La société requérante a demandé au tribunal administratif à la fois l'annulation du contrat et son indemnisation, mais, en appel, elle n'a présenté que des conclusions indemnitaires.

2. Un mot rapide sur les trois moyens relatifs à la régularité de la candidature de la SNIE, qui n'ont pas vocation à vous retenir.

Premièrement, le juge exerce un contrôle restreint sur l'appréciation par le pouvoir adjudicateur de la capacité d'un candidat à exécuter le contrat (17 juin 2015, Commune de Montpellier, n° 388596, aux Tables). Vous devez donc, en cassation, vous référer à l'appréciation souveraine des juges du fond.

En l'espèce, l'avis d'appel public à la concurrence permettait au candidat de justifier de sa capacité à exécuter la délégation de service public en se fondant sur son expérience de la gestion et de l'exploitation d'un service portuaire « ou d'une activité équivalente ». C'est ce qu'a fait la société SNIE, qui ne disposait certes pas d'expérience de gestion d'un service public portuaire, mais faisait état d'une expérience dans le domaine de la gestion d'infrastructures lourdes<sup>1</sup>. La cour n'a donc pas dénaturé les pièces du dossier en estimant qu'elle justifiait de la capacité technique nécessaire pour exécuter le contrat.

---

<sup>1</sup> aménagement de zones d'activité, exploitation d'une flotte de conteneurs et d'un parc frigorifiques, etc.

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

Deuxièmement, la cour a jugé que la société SNIE justifiait de la capacité financière à exécuter le contrat, en tenant notamment compte du niveau de ses fonds propres. La commission avait relevé des éléments de fragilité financière au regard de l'objet de la délégation de service public, sans toutefois en faire un élément bloquant au stade de l'analyse des candidatures. Elle n'avait donc pas confondu les phases successives d'examen des candidatures puis des offres et la cour n'a ainsi ni commis d'erreur de droit, ni dénaturé les écritures, et a suffisamment motivé son arrêt en écartant le moyen tiré de l'« erreur de droit » de la commission.

Troisièmement, s'agissant du respect des obligations fiscales, vous admettez la possibilité de régulariser la candidature en cas de production tardive des documents attestant de la régularité de la situation fiscale et sociale du candidat, y compris après la date limite de dépôt des candidatures (14 mars 2003, Société Air Lib et autres, n° 251610, aux Tables). En l'espèce, la cour a examiné deux documents émanant l'un des services fiscaux, l'autre du directeur des finances publiques de Mayotte. Si ces documents ne sont pas convergents, le dernier certifie que la société SNIE a effectué ses déclarations fiscales au 31 décembre 2011. La cour a, sans dénaturation, ni contradiction de motifs, ni erreur de droit, retenu, de façon suffisamment motivée, les conclusions ressortant de ce dernier document et en a déduit que la SNIE était à jour de ses déclarations fiscales au 31 décembre 2011.

3. Nous en venons au point le plus intéressant, qui porte sur les critères d'analyse des offres, au nombre de cinq.

Deux moyens ne vous retiendront pas.

D'une part, la cour a suffisamment motivé son arrêt et n'a pas dénaturé les faits en jugeant que les offres avaient bien été analysées au regard de l'ensemble des critères et notamment du quatrième critère, relatif aux modalités d'équilibre de la délégation de service public et à ses performances financières, cette analyse apparaissant très nettement dans le rapport d'analyse des offres.

D'autre part, s'agissant de la prise en compte des emplois locaux induits, la cour a rappelé que le premier critère (qualité du projet de développement de service) comprenait quatre éléments, dont le premier était relatif à la qualité du projet de développement du service apprécié sur la base de la pertinence des orientations stratégiques proposées dans le plan de développement stratégique du port et des plans d'investissements à quinze, cinq et un ans. Elle a également souligné que le règlement de consultation rappelait que le département souhaitait favoriser la multiplicité d'activités complémentaires en lien avec le port de commerce, dans une démarche volontariste favorisant l'amélioration des performances portuaires créatrices d'emplois en lien avec ses trafics. Elle en a déduit, sans dénaturation, que les candidats étaient informés que leur offre devrait présenter des perspectives de création d'emplois, point qu'elle a ainsi rattaché à l'analyse du premier critère.

Malgré une ambiguïté tenant à la rédaction du rapport d'analyse des offres, qui évoque aussi cette question à l'occasion de l'examen du deuxième critère (qualité du projet en matière de

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

développement durable) pour souligner l'effort d'explicitation d'une des offres, la cour a pu ainsi estimer, selon une appréciation souveraine exempte de dénaturation, que la création d'emplois avait été examinée pour apprécier les offres au regard du premier critère. Elle n'a donc pas commis d'erreur de droit en retenant que le département n'avait pas appliqué un critère nouveau, non annoncé, pour départager les candidats sur le deuxième critère.

Ceci étant précisé, vous est soumise la principale question relative à la possibilité même de retenir un tel critère - ou sous-critère - « social », tenant aux créations d'emplois induits par l'activité.

Vous savez qu'en application des principes généraux de la commande publique, la personne publique a l'obligation d'informer les candidats, avant le dépôt de leurs offres, sur les critères de sélection des offres, sans toutefois devoir les informer des modalités de mise en œuvre de ces critères (23 décembre 2009, Etablissement public du musée et domaine national de Versailles, n° 328827, au Recueil, conclusions B. Dacosta ; 30 juillet 2014, Société Lyonnaise des eaux France, n° 369044, aux Tables, conclusions Gilles Pellissier).

En revanche, vous ne vous êtes pas encore prononcé, à notre connaissance, sur la question de savoir si une autorité déléguante peut imposer un critère de sélection des offres à caractère social, tenant par exemple aux retombées pour l'emploi local.

Vous avez été confrontés une fois à un moyen tiré de l'existence d'un critère social sans lien avec l'objet de la délégation, mais vous l'avez écarté comme manquant en fait sans que l'on puisse déceler dans votre décision la trace d'un « en tout état de cause » qui aurait donné une indication de votre appréciation d'un tel critère<sup>2</sup>.

En l'absence de décision topique sur les critères sociaux dans le cadre des délégations de service public, il nous faut emprunter un détour par le droit applicable s'agissant des marchés, y compris dans ses évolutions les plus récentes.

Sous l'empire de l'ancien Code des marchés publics, vous avez censuré la décision d'une commission d'appel d'offres attribuant un marché de préférence à une entreprise locale. Vous avez précisé que l'implantation locale de l'entreprise chargée d'exécuter les travaux n'était pas une des conditions de bonne exécution du marché et que ces motifs étaient donc sans rapport avec la réglementation des marchés (29 juillet 1994, Commune de Ventenac-en-Minervois, n° 131562, aux Tables, conclusions S. Lasvignes).

Vous avez aussi censuré, pour l'attribution d'un marché négocié, un critère de « mieux-disant social », qui portait sur la création d'emplois, l'insertion et la formation, car il était « sans rapport avec l'objet du contrat ou avec ses conditions d'exécution » (25 juillet 2001, Commune de Gravelines, n° 229666, au Recueil, conclusions Pdt Piveteau).

---

<sup>2</sup> 24 octobre 2008, Syndicat intercommunal d'eau et d'assainissement de Mayotte, SNC SOGEA Mayotte, n°s 300034, 300094, aux Tables sur un autre point

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

L'évolution du droit communautaire, accompagnée voire guidée par un contexte économique et social favorable à la prise en considération croissante de ce type de critères dans le cadre de l'émergence de la responsabilité sociale des entreprises, a toutefois incité à des évolutions textuelles et jurisprudentielles.

Ainsi que le souligne les Prs Richer et Lichère<sup>3</sup>, « la jurisprudence comme la politique de l'UE favorisent désormais l'achat « responsable » dans le cadre de la politique de l'environnement et sociale ». Avec son arrêt Commission c/ Pays-Bas (aff. 368/10, dite Max Havelaar et société Eko) du 10 mai 2012, la CJUE a élargi la notion d'objet du marché : il est possible de prévoir des critères sociaux pour l'attribution d'un marché dès lors qu'ils sont relatifs aux salariés employés pour l'exécution du marché et non à la politique générale de l'entreprise.

Vous avez-vous-même jugé, en vous fondant sur la loi du 18 janvier 2005 de programmation pour la cohésion sociale, que, dans le cadre d'une procédure d'attribution d'un marché qui, eu égard à son objet, était susceptible d'être exécuté, au moins en partie, par des personnels engagés dans une démarche d'insertion, le pouvoir adjudicateur pouvait légalement prévoir d'apprécier les offres au regard du critère d'insertion professionnelle des publics en difficulté mentionnée au 1° de l'article 53 du code des marchés publics dès lors que ce critère n'était pas discriminatoire et lui permettait d'apprécier objectivement ces offres (25 mars 2013, Département de l'Isère, n° 364950, au Recueil, conclusions Gilles Pellissier).

Si la directive de 2014 (article 67 de la directive 2014/24) prévoit toujours que les critères doivent être liés à l'objet du marché, elle précise que « les critères d'attribution sont réputés être liés à l'objet du marché public lorsqu'ils se rapportent aux travaux, fournitures ou services à fournir en vertu du marché à quelque égard que ce soit et à n'importe quel stade de leur cycle de vie ».

L'ordonnance du 23 juillet 2015 (article 52) et le décret du 25 mars 2016 (article 62) prévoient que si l'acheteur peut, pour sélectionner l'offre économiquement la plus avantageuse, mettre en œuvre des critères comprenant des aspects sociaux, c'est à la condition, notamment, qu'ils soient liés à l'objet du marché ou à ses conditions d'exécution.

Vous avez jugé, sur le fondement de ces textes, que des critères à caractère social, relatifs notamment à l'emploi, aux conditions de travail ou à l'insertion professionnelle des personnes en difficulté, pouvaient concerner toutes les activités des entreprises soumissionnaires, pour autant qu'elles concourent à la réalisation des prestations prévues par le marché. Vous avez toutefois précisé que ces dispositions ne permettaient pas l'utilisation d'un critère relatif à la politique générale de l'entreprise en matière sociale, apprécié au regard de l'ensemble de son activité et indistinctement applicable à l'ensemble des marchés de l'acheteur, indépendamment de l'objet ou des conditions d'exécution propres au marché en cause (25 mai 2018, Nantes Métropole, n° 417580, au Recueil, conclusions Gilles Pellissier).

---

<sup>3</sup> *Droit des contrats administratifs*, LGDJ

Relevons enfin que les acheteurs publics doivent désormais, au-delà d'un certain seuil, établir un schéma de promotion des achats publics « socialement responsables » (loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire, codifiée sur ce point à l'article L. 2111-3 du code de la commande publique).

Au total, dans le cadre d'un marché public, si un critère social est admissible, il n'est en revanche pas possible de valider un critère qui reviendrait à porter une appréciation sur la politique sociale générale des candidats. La condition du lien avec l'objet ou avec les conditions d'exécution du marché est maintenue, même si elle est assouplie.

Ainsi, les apports d'une offre en termes d'emplois locaux induits par l'activité objet du marché peuvent, selon nous, constituer un critère légal. Ils sont bien sûr distincts de la question de l'impact sur les entreprises locales, qui reviendrait à une condition de localisme, non autorisée par les évolutions que nous venons de décrire et correspondant à une autre logique, à même de fausser la concurrence.

Si nous revenons, après ce détour par les marchés, à la question de l'insertion de tels critères pour des délégations de service public, il faut relever d'abord que le pas à franchir pour reconnaître de tels critères ne supposait pas, comme pour les marchés, des évolutions textuelles. En effet, ainsi que le souligne la Pr Idoux<sup>4</sup>, « *Pour les autres contrats, notamment les délégations de service public, le silence des textes rendait vraisemblablement possible la prise en considération des aspects environnementaux et sociaux du contrat, à condition de ne pas compromettre le respect des autres règles, à commencer par l'égalité de traitement entre les candidats* ».

S'agissant des conditions d'exécution du contrat, les textes relatifs aux marchés ou aux concessions sont désormais très proches : l'article 38 de l'ordonnance marchés comme l'article 33 de l'ordonnance concessions permettent que les conditions d'exécution prennent en compte des considérations relatives à l'économie, à l'environnement, au domaine social ou à l'emploi, à condition qu'elles soient liées à l'objet du marché ou de la concession.

Toutefois, la conception large de l'objet du marché –incluant non seulement la prestation ou le produit acheté mais aussi les conditions d'exécution –précisée à l'article 38 de l'ordonnance marchés ne figure pas expressément dans l'ordonnance concessions. Mais cette différence ne doit pas vous arrêter : les directives que ces ordonnances transposent retiennent une conception assouplie de l'objet du contrat, ainsi que le relève la Pr Idoux<sup>5</sup>, en se référant notamment au considérant n° 64 de la directive concessions, qui souligne ainsi : « *afin que les considérations sociales et environnementales soient mieux prises en compte dans les procédures d'attribution de concession, il convient que les pouvoirs adjudicateurs ou les entités adjudicatrices soient autorisés à appliquer des critères d'attribution ou des conditions d'exploitation de concessions liés aux travaux ou services à fournir ou à réaliser en vertu du*

---

<sup>4</sup> Pascale Idoux, Professeur à l'Université de Montpellier, *Les considérations sociales et environnementales*, RFDA 2016, p. 260

<sup>5</sup> Cf. note de bas de page n°4

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

*contrat de concession sous tous leurs aspects et à n'importe quel stade de leur cycle de vie (...)* ».

Pour ce qui concerne les critères, les rédactions des dispositions des ordonnances marchés (article 52<sup>6</sup>) et concessions (article 47<sup>7</sup>, et désormais article L. 3124-5 du code de la commande publique) sont aussi extrêmement proches. Elles visent au choix de l'offre « économiquement la plus avantageuse » (marchés) ou au regard de l'avantage économique global » (concessions), sur la base de critères objectifs, précis et liés à l'objet du contrat ou à ses conditions d'exécution.

L'article 27 du décret n° 2016-86 du 1<sup>er</sup> février 2016 relatif aux contrats de concession prévoit notamment expressément qu'« au nombre de ces critères, peuvent figurer des critères environnementaux, sociaux, relatifs à l'innovation ».

Non seulement nous pensons donc que la similarité de l'évolution et du contenu des textes sur les marchés et les concessions, malgré leurs nuances, vous conduit à adopter pour les concessions une interprétation proche, autorisant les critères sociaux sous la condition du lien avec l'objet du marché, entendu largement, c'est-à-dire incluant les conditions de son exécution. Mais nous pensons même que cette interprétation s'impose a fortiori pour les concessions, car la notion d'avantage économique global conduit, plus encore que celle d'offre économiquement la plus avantageuse, à une prise en considération des impacts sociaux et économiques d'une activité.

Disant cela, nous nous situons dans la ligne de Gilles Pellissier dans ses conclusions sur la décision Département de l'Isère précitée, dans lesquelles il soulignait que « *l'impossibilité de prévoir un critère social prive le pouvoir adjudicateur de la possibilité de solliciter des propositions des candidats et de valoriser la performance des offres sur ce point sans en faire une condition d'exécution* ».

De la même façon, nous pensons qu'un critère « social » ou « économique-social » doit pouvoir être pris en compte par l'autorité délégante pour analyser l'avantage économique global qu'elle retire des offres qui lui sont soumises. Le lien avec l'objet du marché garanti, pour reprendre les termes de Gilles Pellissier, que les critères permettent effectivement de sélectionner des offres et non des candidats.

En l'espèce, la procédure est antérieure à l'ordonnance concessions de 2016, mais pour les raisons indiquées, les évolutions jurisprudentielles européennes et françaises, que ces textes ont pour beaucoup consacrées, doivent guider notre approche.

---

<sup>6</sup> Article 52 : « I. - Le marché public est attribué au soumissionnaire ou, le cas échéant, aux soumissionnaires qui ont présenté l'offre économiquement la plus avantageuse sur la base d'un ou plusieurs critères objectifs, précis et liés à l'objet du marché public ou à ses conditions d'exécution. / Le lien avec l'objet du marché public ou ses conditions d'exécution s'apprécie conformément à l'article 38. / II. - Les critères d'attribution n'ont pas pour effet de conférer une liberté de choix illimitée à l'acheteur et garantissent la possibilité d'une véritable concurrence. »

<sup>7</sup> Article 47 : « 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. (...) »

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

L'objet de la délégation n'est évidemment pas, au sens strict, la création d'emplois locaux induits. Mais cette conception de l'objet au sens strict devant être dépassée, nous pensons que la gestion et l'exploitation du port engendrent – plus ou moins selon la qualité et le dynamisme de l'offre - une activité économique ayant des effets sur l'emploi local. Ce critère nous semble ainsi, dans le cas de cette délégation, compte tenu de son objet, pouvoir être connecté à la notion d'avantage économique global de l'offre. La cour n'a donc pas commis d'erreur de droit en ne considérant pas que ce critère était irrégulier.

Enfin, si elle n'a pas explicitement répondu au moyen relatif au contrôle de l'exactitude de ce critère, elle a nécessairement écarté implicitement ces critiques en tenant compte de ce que le département avait pris en compte la pertinence et la crédibilité des offres sur la question du « plan de développement stratégique du port ».

Par ces motifs, nous concluons au rejet du pourvoi.

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*