

N° 290236

Agence Nationale pour l'Emploi (ANPE)

Section du Contentieux

Séance du 23 janvier 2009

Lecture du 30 janvier 2009

CONCLUSIONS

M. Bertrand DACOSTA, commissaire du gouvernement

« *Aucun principe général du droit n'oblige les collectivités publiques à faire appel à la concurrence lors de la passation de leurs contrats* ». Vous l'avez affirmé, voici un quart de siècle, par votre décision de Section du 12 octobre 1984, Chambre syndicale des agents d'assurances des Hautes-Pyrénées (p. 326), à propos des contrats d'assurances. Si cette affirmation était encore représentative de la jurisprudence, le pourvoi qui vous est aujourd'hui soumis ne vous retiendrait guère. L'alternative avait au moins le mérite de la simplicité : en l'absence de prescriptions textuelles, la liberté prévalait, toute collectivité publique pouvant choisir son cocontractant sans contraintes procédurales autres que celles qu'elle s'était elle-même fixées. Le paysage du droit de la commande publique s'est, depuis, métamorphosé. Sans doute aurait-il été excessif, même à l'époque, de le comparer à un jardin à la française, tant ce droit a toujours recelé d'innombrables chausse-trappes. Au moins les acteurs étaient-ils confrontés à un exercice somme toute assez traditionnel, celui consistant à interpréter et à combiner des règles existantes. L'exercice, pour la passation de nombreux contrats, est aujourd'hui tout autre : il s'agit désormais, dans le silence des textes, de déterminer, à partir de principes très généraux, quelle est la règle applicable, et comment elle doit être appliquée au cas par cas...

Avant de revenir sur cette évolution et ses conséquences, il nous faut vous présenter brièvement les données du litige qui a donné lieu à l'arrêt attaqué.

En 2002, la direction régionale d'Ile-de-France de l'ANPE a décidé de faire appel à des prestataires extérieurs pour mettre en œuvre des actions d'insertion professionnelle auprès des demandeurs d'emploi. Aux termes de l'article 30 du code des marchés publics de 2001, les marchés ayant pour objet 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, lorsqu'elles existent, ainsi qu'à l'envoi d'un avis d'attribution.* » L'ANPE a retenu un schéma en deux temps : d'abord une sélection de candidats habilités par elle pour une durée de trois ans, puis la signature de conventions, en fonction des besoins, avec tel ou tel des prestataires ainsi présélectionnés. Elle a appliqué par anticipation, en quelque sorte, la procédure dite de l'accord-cadre qui allait être consacrée, en droit communautaire, par les directives du 31 mars 2004. Alors même qu'il se situait dans le cadre a priori très allégé de l'article 30, l'établissement a lancé, le 1^{er} juillet 2002, un avis

1
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 commissaire du gouvernement qui en est l'auteur.

d'appel public à la concurrence en vue d'habiliter des prestataires susceptibles de réaliser, pendant la période 2003-2005, des services aux demandeurs d'emploi, services eux-mêmes subdivisés en différentes catégories. Cet avis a fait l'objet d'une publicité dans le quotidien « Le Parisien ».

L'association P.A.C.T.E. (Promotion-Action-Transculturalité-Emploi), association à but non lucratif régie par la loi de 1901, dont l'objet est de promouvoir l'insertion sociale et professionnelle des personnes en difficulté, a répondu à cet appel d'offres en se portant candidate pour six catégories de prestations. Mais, par six décisions en date du 22 novembre 2002, l'ANPE a rejeté les demandes d'habilitation de l'association. Celle-ci a formé contre ces décisions des recours pour excès de pouvoir devant le tribunal administratif de Cergy-Pontoise, qui les a rejetés par un jugement du 31 juillet 2003. L'association a fait appel et obtenu gain de cause devant la cour administrative d'appel de Versailles. Par un arrêt remarqué¹, remarqué de façon positive puisqu'il n'a suscité que des louanges de la part de la majorité de ses commentateurs, la cour a jugé que l'ANPE avait méconnu le principe de transparence, énoncé par l'article 1^{er} du code, en ne portant pas à la connaissance des candidats, dès l'engagement de la procédure, les critères d'attribution des habilitations. C'est contre cet arrêt que l'ANPE se pourvoit en cassation.

Commençons par évoquer une question qui ne se pose pas, ou plutôt qui ne se pose plus, sauf si vous vouliez effectuer une virevolte inattendue : le marché passé par l'ANPE était bien soumis à une obligation de publicité – et d'ailleurs, nous l'avons vu, l'Agence a bien fait paraître l'avis dans un journal local.

Le code des marchés publics de 2001 – celui qui est directement en jeu dans la présente affaire – prévoyait, à son article 28, que les marchés publics pouvaient être passés sans formalités préalables en-dessous du seuil de 90 000 euros. Par ailleurs, aux termes de son article 30, les marchés publics ayant pour objet différentes catégories de services, dont les services de qualification et d'insertion professionnelles, n'étaient soumis, comme nous vous l'avons indiqué, qu'à deux obligations : une obligation de fond – définir, dans la mesure du possible, les prestations par référence à des normes – et une obligation de procédure – faire paraître un avis d'attribution. Pourquoi un tel régime allégé pour les marchés en cause ? Tout simplement parce que cette catégorie de marchés n'était soumise, par le droit communautaire, qu'à ces seules formalités. La directive 92/50 du 18 juin 1992 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services, alors en vigueur, distinguait deux catégories de services : ceux auxquels toutes les règles fixées par la directive devaient s'appliquer – couramment qualifiés de services prioritaires – et les autres services, soumis simplement aux deux règles que nous avons mentionnées. Le code des marchés publics reproduisait cette distinction, l'article 30 visant donc les services non prioritaires au sens de la directive.

Relevons, dès à présent, que l'architecture est demeurée identique avec la directive 2004/18 du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés

¹ BJCP 2006 n° 45, p. 82, concl. P. Bresse et note R.S. ; AJDA 2006.375, note J.D. Dreyfus ; DA, mars 2006, note A. Ménéménis ; JCP A, 27 mars 2006, note F. Linditch ; Contrats et Marchés publics, mars 2006, note W. Zimmer.

publics de travaux, de fournitures et de services. Le texte communautaire prévoit que, durant une période transitoire, « *l'application intégrale de la présente directive devrait être limitée (...) aux marchés (de services) pour lesquels ses dispositions permettront la réalisation de toutes les possibilités d'accroissement des échanges au-delà des frontières*² ». Les autres marchés de services sont simplement placés « *sous surveillance* » et demeurent assujettis au respect des deux mêmes règles que précédemment.

On pourrait donc estimer, à s'en tenir à la lettre de l'article 30, que la passation des marchés en cause était dispensée, par principe, de toute publicité et mise en concurrence préalable. Une telle interprétation est séduisante. Elle présente cependant le léger inconvénient d'être frontalement contraire à votre jurisprudence, et, accessoirement, à celle du Conseil constitutionnel et de la Cour de justice des Communautés européennes...

S'agissant, en premier lieu, de votre propre jurisprudence, deux étapes doivent être mises en relief.

Vous avez tout d'abord jugé, par votre avis Société MAJ Blanchisserie de Pantin du 29 juillet 2002 (p. 297), que les marchés conclus sans formalités préalables demeuraient soumis aux principes généraux « *posés* » par l'article 1er. Or, aux termes de cet article 1^{er}, « *les marchés publics respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures* » et « *l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics sont assurées par la définition préalable des besoins, le respect des obligations de publicité et de mise en concurrence ainsi que par le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse* ». Il ressort des termes de cet avis que des marchés pour la passation desquels le code ne prévoit aucune règle n'en sont pas moins soumis à des principes qui peuvent avoir quelque incidence, précisément, sur les modalités de leur passation. Et ce qui valait explicitement, dans cet avis, pour les marchés inférieurs à 90 000 euros valait aussi, logiquement, pour les marchés couverts par l'article 30.

Votre avis du 29 juillet 2002 – tout comme, on y reviendra, la jurisprudence de la CJCE – a dû être pris en compte par les rédacteurs du code qui a succédé à celui de 2001, le code des marchés publics de 2004. Celui-ci, du moins dans sa rédaction initiale, a ainsi adopté une nouvelle perspective.

Premier élément : la catégorie des marchés susceptibles d'être passés sans publicité ni mise en concurrence en raison de leur montant a été purement et simplement supprimée, au moins dans un premier temps, avant d'être réintroduite, mais à la marge, par un décret du 26 novembre 2004. Ce dernier texte en limite toutefois la portée, puisque sont seuls exonérés les marchés de travaux, de fournitures et de services d'un montant inférieur à 4 000 euros.

Deuxième élément – et c'est en cela qu'a consisté une de ses principales innovations – le code a créé, à la place des marchés passés sans formalité préalable, la catégorie des marchés passés selon une procédure adaptée, définis comme des marchés « *passés selon des modalités de publicité et de mise en concurrence déterminées par la personne responsable du marché en fonction de leur objet et de leurs caractéristiques* ». La procédure adaptée était

² Considérant n° 19

ouverte pour les marchés inférieurs à certains seuils (150 000 euros pour les marchés de fournitures et de services de l'Etat, 300 000 euros pour ceux des collectivités locales, 230 000 euros pour les marchés de travaux). Cependant, la liberté des personnes publiques, s'agissant des modalités de publicité, n'était totale qu'en deçà de 90 000 euros ; au-delà de ce seuil, l'article 41 imposait une publicité au BOAMP ou dans un journal habilité à recevoir des annonces légales. En revanche, pour les marchés de services autres que ceux énumérés expressément par le code à l'article 29, c'est-à-dire pour les marchés de services non prioritaires au sens des directives communautaires³, l'article 30 n'imposait, comme l'article 30 du code de 2001, que la définition des prestations par renvoi à des normes et l'envoi d'un avis d'attribution.

Le code des marchés de 2004 admet ainsi qu'une obligation de publicité et de mise en concurrence pèse normalement sur tous les marchés, à la seule exception de ceux dont le montant est inférieur à 4000 euros. Sous certains seuils, cette obligation ne se décline plus selon des règles procédurales fixées par le code lui-même : à chaque collectivité de définir celles-ci de façon appropriée. Toutefois, une dérogation d'ordre général subsiste : les marchés de services non-prioritaires.

C'est le principe même d'une telle dérogation que vous avez condamné – et c'est là la seconde étape – par votre décision du 23 février 2005, Association pour la transparence et la moralité des marchés publics. Vous avez en effet jugé que si certains marchés publics de services non prioritaires pouvaient être passés sans publicité préalable, voire sans mise en concurrence, en raison de leur objet ou de situations répondant à des motifs d'intérêt général, ceci n'autorisait pas le pouvoir réglementaire à dispenser du respect des principes rappelés par l'article 1er du code l'intégralité de ces marchés ; vous avez donc annulé les dispositions en cause de l'article 30.

Observons qu'il résulte des termes mêmes de votre décision que l'article 1^{er} du code n'édicte pas des principes : il se borne à les rappeler.

Une nouvelle rédaction a été donnée à cet article 30 par un décret du 24 août 2005. Elle a eu pour effet de faire basculer les marchés de services non prioritaires dans le régime des marchés passés selon une procédure adaptée, avec des modalités de publicité et de mise en concurrence arrêtées par la personne publique en tenant compte des caractéristiques du marché, et notamment de son montant, de son objet, du degré de concurrence entre les prestataires de service concernés et des conditions dans lesquelles il est passé. L'article 30 « nouvelle formule » ne réservait la possibilité de passer de tels marchés sans publicité, voire sans mise en concurrence, que dans l'hypothèse ou de telles formalités se révéleraient, en raison des caractéristiques du marché, « *manifestement inutiles ou impossibles à mettre en œuvre* ».

Quoi qu'il en soit, un point peut être tenu pour acquis : le principe de transparence des procédures a vocation à jouer pour l'ensemble des marchés publics, toute exception à ce principe devant être dûment justifiée. En d'autres termes, la circonstance que l'article 30 du code des marchés publics de 2001 ne prévoyait expressément aucune forme de mise en concurrence ou de publicité pour les marchés ayant pour objet des services de qualification et

³ Ceux qui ne relèvent pas de l'annexe II-A de la directive du 31 mars 2004

d'insertion professionnelles ne saurait être regardée comme dispensant ipso facto la collectivité publique – ici l'ANPE – de toute mise en concurrence et de toute publicité.

L'évolution de votre jurisprudence, sur ce point, s'inscrit d'ailleurs dans un cadre plus général.

Le Conseil Constitutionnel, pour sa part, a hissé au niveau constitutionnel les principes rappelés par l'article 1^{er} du code des marchés publics, en les rattachant aux articles 6 et 14 de la Déclaration de 1789 (cf. la décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003 sur la loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit). Il a considéré, par la même décision, à propos des dispositions habilitant le Gouvernement à instituer une nouvelle forme de contrats, les contrats de partenariat, que des dérogations au droit commun de la commande publique étaient admissibles, mais que leur généralisation « *serait susceptible de priver de garanties légales les exigences constitutionnelles inhérentes à l'égalité devant la commande publique, à la protection des propriétés publiques et au bon usage des deniers publics* ». Il a réitéré cette affirmation dans sa décision n° 2008-567 DC du 24 juillet 2008, toujours à propos des contrats de partenariat, dont une loi récente a assoupli les conditions d'utilisation⁴.

La Cour de justice des communautés européennes n'est pas demeurée à l'écart de ce mouvement.

Elle a d'abord jugé, par son arrêt *Telaustria* du 7 décembre 2000⁵, que les concessions de service public, bien qu'exclues du champ d'application des directives communautaires, n'en étaient pas moins tenues de respecter « *les règles fondamentales du traité en général et le principe de non-discrimination en raison de la nationalité en particulier* ». Or le principe de non-discrimination implique, selon elle, une obligation de transparence, qui permet de s'assurer de son respect. Et cette obligation de transparence « *consiste à garantir, en faveur de tout soumissionnaire potentiel, un degré de publicité adéquat permettant une ouverture du marché des services à la concurrence ainsi que le contrôle de l'impartialité des procédures d'adjudication* ».

Le raisonnement déduit donc du droit communautaire primaire une obligation procédurale dans un domaine, celui des concessions de service public, préservé de toute obligation formelle par le droit communautaire dérivé. Relevons d'ailleurs que si les concessions de service public n'étaient pas régies par des directives (et ne le sont toujours pas), ce n'est pas par inadvertance : la Commission européenne a toujours milité dans le sens d'une inclusion des concessions dans le champ d'application des directives relatives aux marchés publics, et s'est heurtée, à ce stade, à un ferme refus de la majorité des Etats membres. L'arrêt *Telaustria* conduit donc à injecter des contraintes procédurales là où, précisément, le choix avait été fait de s'en dispenser !

On pouvait alors soutenir que l'obligation de transparence n'aurait vocation à jouer que dans les matières non traitées par le droit communautaire dérivé, de façon, en quelque sorte, à combler les espaces laissés vierges de toute réglementation. A contrario, dès lors que le législateur communautaire s'était saisi de la question des marchés publics, il n'était pas

⁴ Loi du 28 juillet 2008 relative aux contrats de partenariat

⁵ Aff. C-324/98

déraisonnable de penser que les directives constituaient l'alpha et l'oméga de la réglementation applicable. Pour dire les choses différemment : si les directives relatives aux marchés publics dispensent certains marchés d'une mise en concurrence et d'une publicité communautaire, c'est qu'elles regardent ces exigences comme injustifiées en l'espèce, et le débat s'arrête là, sauf à remettre en cause la conformité des directives elles-mêmes au traité de Rome.

Cette approche aurait pu être retenue. Elle avait d'ailleurs la faveur de certains avocats généraux devant la Cour de justice (cf. en particulier les conclusions de l'avocat général, Mme Eleanor Sharpston sur CJCE, 26 avril 2007, Commission c/République de Finlande, C-195-04⁶). Mais elle n'a pas prévalu. Au contraire, la CJCE, au détour d'une ordonnance rendu le 3 décembre 2001, Bent Moustén Vestergaard⁷, a jugé que les marchés publics dont les montants sont inférieurs aux seuils fixés par les directives doivent respecter les règles du traité. Puis elle a confirmé de la façon la plus claire, par son arrêt du 20 octobre 2005, Commission c/France⁸, que le principe de transparence s'imposait bien pour ces marchés : selon l'arrêt, « *le seul fait que le législateur communautaire a considéré que les procédures particulières et rigoureuses prévues par les directives relatives aux marchés publics ne sont pas appropriées lorsqu'il s'agit de marchés publics d'une faible valeur ne signifie pas que ces derniers sont exclus du champ d'application du droit communautaire* »⁹.

Allant toujours plus loin dans cette direction, la CJCE a jugé que le même principe devait jouer non seulement pour les marchés inférieurs aux seuils fixés par les directives, mais aussi pour les marchés de services non prioritaires. Là encore, le saut n'allait pas de soi. S'agissant des marchés inférieurs aux seuils, les directives sont muettes : le principe de transparence s'applique dans leur silence. Mais, pour les marchés de services non prioritaires, qui figuraient alors dans l'annexe IB, la directive du 18 juin 1992 était sans équivoque : contrairement aux autres marchés, dont la passation devait respecter toutes les règles fixées par la directive, les seules dispositions applicables étaient celles relatives aux spécifications techniques et aux avis d'attribution. Il en va d'ailleurs de même, nous vous l'avons dit, avec la directive n° 2004/18 du 31 mars 2004 : aux termes de son article 21, la passation des marchés de services non prioritaires – ceux figurant désormais à l'annexe II B – « *est soumise seulement à l'article 23 et à l'article 35, paragraphe 43* ». Tout ceci n'a pas empêché la CJCE de considérer que « *le régime de publicité, instauré par le législateur communautaire pour les marchés relatifs aux services relevant de l'annexe I B, ne saurait être interprété comme faisant obstacle à l'application des principes découlant des articles 43 CE et 49 CE* ».

Il est vrai, et c'est là le seul tempérament qu'apporte la Cour, que le principe ne vaut que pour autant que le marché présente « *un intérêt transfrontalier certain* », c'est-à-dire est susceptible d'intéresser les opérateurs situés dans un autre Etat. Hélas, cette notion d'intérêt transfrontalier certain est d'un maniement pour le moins délicat. Il revient en réalité à chaque pouvoir adjudicateur, alors même que le marché qu'il s'apprête à passer n'est soumis à aucune formalité au regard de la directive, de déterminer le possible intérêt transfrontalier de celui-ci. Dans un arrêt récent du 15 mai 2008, SECAP c/Comune di Torino¹⁰, la Cour a certes

⁶ Cf. Contrats et marchés publics, n°6, juin 2007, comm. Fl. Linditch

⁷ Aff. C-59/00

⁸ Aff. C-264/03

⁹ Cf. point 33

¹⁰ Aff. C-147/06 et C-148/06

jugé qu'il était loisible à chaque Etat de tenter de mettre en place une réglementation nationale, avec des critères objectifs, tels l'importance du marché et le lieu d'exécution des travaux. Mais elle a implicitement reconnu que la tâche serait rude, en relevant qu'« *il est nécessaire de tenir compte du fait que, dans certains cas, les frontières traversent des agglomérations qui sont situées sur le territoire d'Etats membres différents et que, dans de telles circonstances, même des marchés de faible valeur peuvent présenter un intérêt transfrontalier certain* ». Autrement dit, quel que soit le corpus de règles, il ne saurait être appliqué de façon identique à Brest et à Strasbourg... Malgré tout, il arrive que la Commission européenne, qui ne peut certainement pas être accusée de laxisme, admette elle-

même qu'un contrat n'intéresse pas le marché intérieur : tel a été le cas, en décembre 2006, de marchés de services conclus par une municipalité allemande, dont le montant était compris entre 6 000 et 26 500 euros, pour lesquels elle a fini par classer la plainte dont l'Allemagne avait été l'objet¹¹.

Si le principe de transparence joue, la passation d'un marché sans publicité ni mise en concurrence préalable est irrégulière, hormis dans quelques hypothèses étroitement encadrées (droit exclusif, contrat « in house »...). On a parfois soutenu que publicité ne signifiait pas nécessairement publication, et qu'un contact direct entre le pouvoir adjudicateur et un nombre minimum d'opérateurs pouvait suffire à assurer le respect de la règle (cf. en ce sens les conclusions de l'avocat général Fenelly sur l'arrêt *Telaustria*) ; mais, à notre connaissance, la Cour de justice n'a pas validé explicitement une telle pratique. On sait simplement que les modalités de publicité et de mise en concurrence doivent être « *adéquates* », pour reprendre le terme figurant dans l'arrêt *Parking Brixen*¹² du 13 octobre 2005.

Ce détour vous aura permis de constater que, *mutatis mutandis*, la Cour de justice utilise les principes du droit communautaire, comme vous utilisez les principes généraux du droit de la commande publique, pour imposer aux collectivités une obligation de transparence là où l'application littérale des textes les en dispenserait.

Quoi qu'il en soit, en jugeant que les marchés de services passés selon la procédure de l'article 30 du code des marchés de 2001 étaient bien soumis aux principes rappelés par l'article 1^{er} du même code, la cour administrative d'appel de Versailles, non seulement, contrairement à ce qui est soutenu, a suffisamment motivé son arrêt, mais elle n'a entaché celui-ci d'aucune erreur de droit. Vous écarterez ainsi les deux premiers moyens du pourvoi. Le marché lancé par l'ANPE obéissait au droit commun des marchés de services non prioritaires ; il n'est aucunement allégué qu'il aurait été dispensé, en raison de circonstances particulières, des obligations de publicité et de mise en concurrence que ce droit commun suppose ; d'ailleurs, il a fait l'objet d'une publicité, et ce n'est pas le principe de celle-ci qui est en cause, ce sont ses modalités.

¹¹ Commission, comm. de presse, IP/06/1786, 13 décembre 2006, Contrats et marchés publics n° 1, janvier 2007, veille juridique

¹² Aff. C-458/03

Reste évidemment à examiner ce qu'implique le principe de transparence. La cour, nous vous l'avons indiqué, a jugé que ce principe aurait dû conduire l'ANPE à porter à la connaissance des candidats, dès l'engagement de la procédure, dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les cahiers des charges tenus à leur disposition, les critères d'attribution des habilitations, « *selon des modalités appropriées à l'objet, aux caractéristiques et au montant des marchés* ». Or, à l'époque, le code des marchés publics n'imposait de définir et de hiérarchiser les critères de choix que pour les marchés passés selon une procédure formalisée.

Avant d'aller plus loin, soulignons que la question posée ne concerne pas que le seul code des marchés publics de 2001, qui n'est plus en vigueur depuis cinq ans ; elle est plus que jamais d'actualité, et déborde d'ailleurs le champ des seuls marchés publics.

Le code des marchés publics issu du décret du 1^{er} août 2006 se présente, initialement, avec l'architecture suivante.

Sont soumis à une procédure adaptée, en premier lieu, les marchés de fournitures, de services et de travaux inférieurs à certains seuils. Ces seuils étaient fixés, jusqu'au mois de décembre dernier, à 133 000 euros pour les marchés de fournitures et de services de l'Etat, à 206 000 euros pour les marchés de fournitures et de services des collectivités locales et enfin à 206 000 euros également pour les marchés de travaux, quel que soit le pouvoir adjudicateur. Le code ne précise pas en quoi consiste cette procédure adaptée, si ce n'est que ses modalités – nous citons l'article 28 – « *sont librement fixées par le pouvoir adjudicateur en fonction de la nature et des caractéristiques du besoin à satisfaire, du nombre ou de la localisation des opérateurs économiques susceptibles d'y répondre ainsi que des circonstances de l'achat* ».

Mais, à l'intérieur même de cette catégorie de marchés, il convient de distinguer des situations différentes :

- sous un seuil fixé jusqu'au mois dernier à 4 000 euros, le pouvoir adjudicateur peut décider que le marché sera passé sans publicité ni mise en concurrence préalable ;
- il en va de même, quel que soit le montant, si l'on se trouve dans l'une des hypothèses où, même pour les marchés passés selon des procédures formalisées, le pouvoir adjudicateur peut recourir à une procédure négociée sans mise en concurrence ni publicité, par exemple face à des situations d'urgence impérieuse liées à une catastrophe naturelle ou technologique¹³ ;
- le code prévoit un troisième cas de dispense, « *si les circonstances le justifient* » ; cette formule paraît plus ouverte que celle qui avait été retenue dans le code de 2004, qui subordonnait l'absence de mise en concurrence et de publicité à la condition que de telles formalités soient, du fait des caractéristiques du marché, manifestement inutiles ou impossibles à mettre en œuvre ; mais vous avez-vous-mêmes repris à votre compte ces conditions très strictes par une décision Association des avocats conseils

¹³ Cf. le II de l'article 35.

d'entreprises et autres du 9 août 2006 (aux Tables), et nous pensons que les mêmes exigences demeurent, au-delà des différences de rédaction ;

- entre 4 000 et 90 000 euros, le pouvoir adjudicateur, aux termes de l'article 40, « *choisit librement les modalités de publicité adaptées en fonction des caractéristiques du marché, notamment le montant et la nature des travaux, des fournitures ou des services* » ;

- entre 90 000 euros et les seuils au-dessus desquels le code impose des procédures formalisées, le pouvoir adjudicateur est tenu de publier un avis d'appel à la concurrence soit dans le BOAMP (Bulletin officiel des annonces des marchés publics), soit dans un journal habilité à recevoir des annonces légales ; il apprécie, en outre, si une publication dans un journal spécialisé correspondant au secteur concerné s'impose ou non pour assurer une publicité conforme aux principes posés par l'article 1^{er} du code ; l'avis doit être conforme à un modèle annexé à un arrêté ministériel du 28 août 2006.

Pour ajouter une petite touche de complexité supplémentaire à ce panorama, les marchés de services non prioritaires, ceux qui étaient antérieurement régis par l'article 30 du code de 2001, et qui le sont désormais par l'article 30 du code de 2006, sont également passés selon la procédure adaptée, quel que soit leur montant ; mais les dispositions qui imposent des formalités de publicité au-delà de 90 000 euros ne leur sont pas applicables.

L'édifice a été remanié par deux décrets du 19 décembre dernier. Le premier, relatif au relèvement de certains seuils du code des marchés publics, a augmenté de façon significative le seuil en-dessous duquel des marchés peuvent être passés sans publicité ni mise en concurrence : ce seuil est passé de 4 000 à 20 000 euros.

Le second, intitulé décret de mise en œuvre du plan de relance économique dans les marchés publics, parmi beaucoup d'autres dispositions, aligne les seuils nationaux sur les seuils communautaires en ce qui concerne les marchés de travaux. La conséquence en est que ces marchés peuvent être passés selon une procédure adaptée jusqu'à un montant de 5 150 000 euros, contre 206 000 euros jusque là. En revanche, et contrairement à ce qui avait initialement été envisagé, le texte n'a pas supprimé l'obligation de publicité au-delà de 90 000 euros au BOAMP ou dans un journal habilité à recevoir les annonces légales. Il se murmure que la presse quotidienne régionale a su faire valoir l'intérêt qui s'attachait au maintien du statu quo.

Vous n'aurez pas, aujourd'hui, à vous demander si le relèvement de 4 000 à 20 000 euros du seuil en-dessous duquel aucune formalité n'est requise ne heurte pas les principes rappelés par l'article 1^{er}. Vous n'aurez pas davantage à vous soucier des marchés d'un montant supérieur à 90 000 euros : pour ceux-ci, le modèle annexé à l'arrêté du 28 août 2006 prescrit de nombreuses indications, et notamment des indications quant aux critères en fonction desquels l'offre sera appréciée.

Dans le champ des marchés publics, et pour tenter de simplifier, la question qui vous est posée, celle de savoir si le principe de transparence doit conduire le pouvoir adjudicateur à

afficher ses critères de choix en début de procédure, concerne donc tous les marchés d'un montant compris entre 20 000 et 90 000 euros, ainsi que les marchés de services non prioritaires, quel que soit leur montant.

Vous n'avez eu, jusqu'à présent, qu'assez peu d'occasions de vous pencher sur les implications concrètes des principes généraux du droit de la commande publique. L'une de vos décisions a toutefois connu un important écho, du moins parmi ceux qui s'intéressent au droit de la commande publique, par obligation professionnelle ou par goût intellectuel... Vous avez en effet été amenés, par une décision Région Nord-Pas-de-Calais du 7 octobre 2005 (p. 423), à vous interroger sur l'aspect « horizontal » de l'obligation de publicité, c'est-à-dire sur le choix du ou des vecteurs pertinents au regard de l'objet du marché. Etait en cause la passation, sous l'empire du code de 2004, d'un marché d'un montant prévisionnel de 35 000 euros, ayant pour objet la programmation de l'implantation à Lens d'une antenne du musée du Louvre. Le pouvoir adjudicateur – la région Nord-Pas-de-Calais – avait publié un avis d'appel à la concurrence sur son site internet ainsi que dans un journal local, « La Voix du Nord ». Or vous avez jugé, en vous fondant sur les caractéristiques très particulières du marché en cause, susceptible d'intéresser des candidats situés bien au-delà du ressort de la région, que ces modalités « *ne permettaient pas d'assurer une publicité suffisante auprès des programmistes ayant vocation à y répondre de telle sorte que soient respectés les principes de libre accès à la commande et d'égalité de traitement des candidats* ». C'est donc la « publicité dans l'espace », pour reprendre l'expression du Professeur Lichère, qui a été jugée, dans ce cas précis, insuffisante¹⁴. A été ainsi condamnée la pratique de certains pouvoirs adjudicateurs, qui ont mis en œuvre, dans le silence du code, leur propre réglementation, en ne retenant comme seul critère que celui tiré du montant du marché. Relevons que votre décision n'a pas provoqué, de la part de la doctrine, un concert de louanges unanimes.

S'agissant du contenu même de la publicité, votre jurisprudence n'est pas des plus nourries. Doit être mise en exergue une décision du 22 janvier 2007, Syndicat des Transports d'Ile-de-France, par laquelle vous avez retenu une approche assez souple, tant sur le degré de précision exigible que sur la répartition entre ce qui doit figurer dans l'avis d'appel public à la concurrence et ce qui peut être simplement mentionné dans les documents de la consultation. Dans cette affaire, le pouvoir adjudicateur avait, en tout état de cause, pris la précaution de faire figurer les critères de choix des offres dans l'avis lui-même, de surcroît en les pondérant.

Un point doit, à notre sens, être regardé comme acquis : dès lors que la passation d'un marché est soumise à une obligation de publicité et de mise en concurrence, le pouvoir adjudicateur doit fournir, dans l'avis, des indications relatives à l'objet du marché, si possible à ses principales caractéristiques, au délai dans lequel les candidatures doivent être déposées et, bien sûr, aux coordonnées du pouvoir adjudicateur, afin que les candidats soient en mesure d'obtenir davantage de précisions et, le cas échéant, les documents de la consultation. Le recours à des procédures non formalisées n'exonère pas, répétons-le, du respect des principes généraux du droit de la commande publique ; il ouvre simplement au pouvoir adjudicateur une marge de liberté dans la définition des modalités de mise en œuvre de ces principes. Il convient donc que tout opérateur économique puisse, à la simple lecture de l'avis, déterminer

¹⁴ Fr. Lichère : « Le contrôle du Conseil d'Etat sur la procédure adaptée est-il adapté ? A propos de l'arrêt du Conseil d'Etat Région Nord-Pas-de-Calais du 7 octobre 2005 », Contrats et marchés publics n° 11, novembre 2005.

si le marché est, ou non, susceptible de l'intéresser, quitte à ce que les informations glanées ultérieurement le conduisent à renoncer à présenter une offre.

Faut-il aller plus loin, et exiger du pouvoir adjudicateur qu'il donne des indications, dès le début de la procédure, sur les critères de choix des offres ?

Il est d'usage, devant votre formation de jugement, que le Commissaire du Gouvernement commence par énumérer les raisons pour lesquelles la solution inverse à celle qui a sa préférence pourrait, elle aussi, être retenue, avant de battre en brèche, un par un, les arguments ainsi soulevés. Nous avons du mal, toutefois, à nous inscrire dans ce schéma habituel, tant nous sommes convaincu qu'il convient de répondre par l'affirmative...

Tentons malgré tout l'exercice, comme nous y invite évidemment le pourvoi. Les critères d'attribution des offres constituent une information qui ne se situe pas sur le même plan que celles que nous avons évoquées voici quelques instants. Cette information n'a pas d'utilité pour les opérateurs économiques, à un stade où il leur faut simplement savoir si le marché projeté correspond ou non à leur domaine de compétences. Si elle n'est pas rendue publique, aucun candidat n'est avantagé par rapport aux autres. Par ailleurs, in fine, les candidats pourront toujours connaître les critères que la collectivité s'est fixés, le cas échéant en contestant la décision de rejet de leur offre qui leur aura été opposée. Enfin les textes ne

prévoient aucune obligation de cette sorte pour les marchés passés selon une procédure non formalisée, et la création, par la voie prétorienne, de nouvelles règles procédurales, ne peut qu'alimenter le sentiment d'insécurité juridique largement répandu parmi les acteurs de la commande publique.

Mais rien de tout ceci n'est réellement convaincant.

Quel que soit le mode de passation du marché, dès lors que mise en concurrence il y a, c'est l'offre économiquement la plus avantageuse qui doit être retenue. Or, pour déterminer ce qu'est l'offre économiquement la plus avantageuse, le pouvoir adjudicateur, sous l'empire du code de 2001 comme sous celui du code de 2006, doit se fonder sur des critères. Les critères, c'est la règle du jeu, et on n'imagine d'ailleurs pas qu'une collectivité se lance dans une procédure de passation d'un marché public sans avoir la moindre idée de la façon selon laquelle elle appréciera les offres reçues.

Trois motifs – au moins – militent dans le sens d'une information dès le début de la procédure :

- l'incertitude pesant sur les critères de jugement des offres est loin d'être neutre, puisqu'elle interdit aux candidats de calibrer efficacement celles-ci ; elle peut ainsi conduire certains d'entre eux à renoncer à concourir « à l'aveugle » ;

- l'absence de révélation publique des critères retenus peut faciliter toutes les manœuvres, telles celles consistant, pour un pouvoir adjudicateur, à modifier in fine les critères en fonction du candidat dont il

souhaite voir l'offre sélectionnée, ou encore à réserver l'information à celui-ci ;

- il est, enfin, de l'intérêt même du pouvoir adjudicateur de définir en amont les critères qu'il devra appliquer.

Le principe de transparence, dans la jurisprudence communautaire, a un double objet : permettre l'ouverture du marché, s'assurer du contrôle de l'impartialité des procédures. Cette grille de lecture nous paraît parfaitement transposable en droit interne. L'article 1^{er} du code met sur le même plan liberté d'accès à la commande publique, égalité de traitement entre les candidats et transparence des procédures. La transparence des procédures n'est pas une fin en soi ; mais elle constitue l'unique moyen de s'assurer du respect des deux premiers principes. Ajoutons qu'est en cause, également, la bonne utilisation des deniers publics, qui constitue, elle aussi, une exigence constitutionnelle. Refuser de dévoiler aux candidats les règles du jeu, c'est atténuer la portée d'un dispositif conçu dans l'intérêt tant des opérateurs économiques que des collectivités elles-mêmes. Or lorsqu'un marché public est soumis à une obligation de mise en concurrence et de publicité, la liberté laissée à la collectivité d'en adapter les modalités ne signifie pas qu'elle peut, sans raison valable, porter atteinte au principe.

Si vous nous suivez, vous assujettirez, il est vrai, les pouvoirs adjudicateurs au respect d'une règle nouvelle. Encore doit-on en relativiser le poids exact. Le simple bon sens milite en faveur d'une définition, par le pouvoir adjudicateur, le plus tôt possible, des critères d'attribution des offres ; en lui imposant de les rendre publics, vous le contraignez, du même coup, à engager immédiatement cette réflexion, dès qu'il a défini la nature et l'étendue des besoins à satisfaire. Par ailleurs, il est plus simple, pour un pouvoir adjudicateur, d'afficher les critères qu'il s'est normalement fixés que de déterminer si la publication d'un avis dans tel ou tel journal local assure ou non une publicité suffisante. Au demeurant, votre décision ne sera pas perçue comme un coup de tonnerre dans un ciel serein. Nous vous l'avons dit : l'arrêt attaqué a été assez unanimement salué et la solution qu'il a dégagée est aujourd'hui regardée comme une composante du droit positif. Cette solution n'a d'ailleurs rien d'incompatible avec l'article 42 du code des marchés publics dans sa version de 2006. Aux termes de cet article, le règlement de la consultation, y compris pour les marchés passés selon une procédure adaptée, doit au moins traiter « *des caractéristiques principales de la procédure et du choix de l'offre* ». Le ministre de l'Economie, des Finances et de l'Industrie, dans une réponse à une question parlementaire en 2007, a, quant à lui, affirmé que « *quel que soit le type de procédure utilisée et afin de respecter les principes généraux de la commande publique, les candidats doivent être informés de la manière selon laquelle le pouvoir adjudicateur procédera à la comparaison des offres des candidats et comment il retiendra pour attribuer le marché tel candidat plutôt que tel autre*¹⁵ ». Ajoutons que le même raisonnement doit s'appliquer si le pouvoir adjudicateur décide, en outre, de fixer des critères de sélection des candidats.

Vous pourriez malgré tout avoir une hésitation sur un point : revient-il nécessairement au pouvoir adjudicateur d'informer les candidats dans l'avis ou dans le règlement de la consultation, ou peut-on se satisfaire d'un dispositif dans lequel le pouvoir

¹⁵ Réponse à la question écrite n° 25201 de M. le Sénateur Bernard Piras, JO Sénat, 11/1/2007

adjudicateur serait simplement tenu de fournir, au cas par cas, ces indications aux candidats qui le solliciteraient ? Nous avons peu de doutes : l'information doit figurer dans les documents auxquels ont accès tous les candidats avant de présenter leur offre. Elle peut donc ne pas être mentionnée dans l'avis d'appel public à la concurrence, dont l'objet essentiel est d'alerter les opérateurs concernés sur l'existence du marché. Mais un système d'information à la demande serait dissuasif pour les candidats et ne permettrait pas de s'assurer du respect du principe d'égalité de traitement. Comme l'a souligné la Commission européenne dans sa communication interprétative relative au droit communautaire applicable aux passations de marchés non soumises ou partiellement soumises aux directives « marchés publics », « *tous les participants doivent pouvoir connaître à l'avance les règles applicables et avoir la certitude que ces règles sont appliquées de la même manière à tous les opérateurs*¹⁶ ».

Nous vous invitons donc à juger que la cour administrative d'appel de Versailles n'a pas commis d'erreur de droit en estimant que l'ANPE aurait dû porter à la connaissance des candidats, dès le début de la procédure, les critères d'attribution des habilitations, « *selon des modalités appropriées à l'objet, aux caractéristiques et au montant des marchés* ».

Vous écarterez, enfin, le dernier moyen, présenté à titre subsidiaire, tiré de ce que l'ANPE aurait, en pratique, fourni une information suffisante, la cour ayant dénaturé les pièces du dossier. Contrairement à ce qui est soutenu, les cahiers des charges, auxquels renvoyait l'avis, fournissaient des indications sur les prestations attendues, mais celles-ci ne pouvaient être regardées comme des critères d'attribution.

Vous pourriez vous arrêter là, mais nous vous proposons, cependant, d'aller un peu plus loin.

La cour administrative d'appel n'a pas eu, en l'espèce, à en dire davantage sur le contenu de cette notion de « *modalités appropriées* ». D'un strict point de vue juridique, rien ne vous contraint, aujourd'hui, à vous engager dans cette voie. Un tel effort nous semble malgré tout assez opportun, sauf à laisser les acteurs de la commande publique dans une incertitude qu'il faudra bien lever un jour.

Le problème est le suivant. Suffit-il d'énumérer les critères ? Faut-il, au contraire, imposer les mêmes contraintes, sur ce point, que pour les marchés passés selon une procédure formalisée ? Ou bien doit-on retenir une solution intermédiaire, et, si oui, laquelle ?

La question ne se pose, bien entendu, que dans l'hypothèse où le pouvoir adjudicateur entend retenir plusieurs critères ; s'il n'en retient qu'un, ce critère sera nécessairement celui du prix, comme le prévoit le code, et il sera inutile d'ajouter quelque précision que ce soit.

Toutefois, y compris dans le cadre d'une procédure non formalisée, le pouvoir adjudicateur peut, s'il l'estime opportun, retenir une pluralité de critères, la liste figurant aujourd'hui à l'article 53 du code n'étant pas limitative.

¹⁶ 2006/C 179/02, JOUE du 1/8/2006

Notre réaction initiale, en concluant une première fois sur cette affaire devant vos sous-sections réunies, était qu'il ne fallait, pardonnez-nous l'expression, trop charger la barque, et que l'indication des critères suffisait. Nous sommes, à la réflexion, enclin à vous proposer un peu plus d'audace, pour une raison fort simple : une simple liste de critères très différents, sans aucune indication sur leur importance respective pour le pouvoir adjudicateur, risque fort de placer les candidats dans une situation analogue à celle qui serait la leur en l'absence totale d'informations. Outre le prix, peuvent être retenus, à titre d'illustrations, la valeur technique, le caractère esthétique, les performances en matière de protection de l'environnement, le caractère innovant, et bien d'autres encore. Si la collectivité procède par énumération, alors qu'elle accorde à chacun d'entre eux une place très différente, l'utilité de l'exercice est assez réduite...

Convient-il, alors, d'appliquer aux marchés passés selon une procédure non formalisée le droit commun de la commande publique ? Ce droit commun, à l'époque où l'ANPE a lancé la procédure, consistait à hiérarchiser les critères¹⁷. L'article 53 du code de 2006 est plus exigeant, conformément d'ailleurs au texte de la directive du 31 mars 2004 : les critères doivent être pondérés. Il est simplement admis que le poids de chaque critère peut être exprimé par une fourchette. Ce n'est que si la pondération est impossible, notamment du fait de la complexité du marché, que les critères peuvent être simplement hiérarchisés.

Affirmer que le pouvoir adjudicateur doit toujours, sauf impossibilité, pondérer les critères, y compris pour les marchés passés selon une procédure non formalisée, ne serait pas hors de votre portée. Une telle affirmation reviendrait à ne voir, dans la règle fixée par le code pour certaines catégories de marchés, que l'expression d'un principe sous-jacent, appelé à jouer même dans le silence du texte. L'obstacle, en tout cas, n'a pas arrêté, sur un autre point, la Cour de justice des communautés européennes, comme l'illustre son arrêt du 15 mai 2008, SECAP, que nous avons déjà évoqué. Dans cette affaire, était en cause la possibilité, pour le pouvoir adjudicateur, de rejeter les offres anormalement basses. La directive n'admet un tel rejet que si, au préalable, il a été demandé à l'opérateur d'apporter des précisions sur son offre et si les justifications fournies ont bien été examinées. L'exclusion automatique des offres anormalement basses est donc prohibée pour les marchés entrant dans le champ de la directive ; or la Cour a jugé que le principe jouait, à l'identique, pour les marchés non soumis à la directive en raison de leurs montants, dès lors qu'ils présentaient un intérêt transfrontalier certain.

La pondération préalable des critères, pour tous les marchés faisant l'objet d'une publicité et d'une mise en concurrence, satisferait pleinement les principes rappelés par l'article 1^{er} du code. Il nous paraît toutefois délicat d'en faire une exigence systématique.

Délicat, en premier lieu, parce que, comme nous vous l'avons indiqué, l'exigence d'une pondération, pour les marchés passés selon une procédure formalisée, est une exigence récente. Les directives communautaires sur les marchés publics antérieures à celles du 31 mars 2004 imposaient seulement au pouvoir adjudicateur d'indiquer, dans le cahier des charges ou dans l'avis de marché, les critères d'attribution, « *si possible dans l'ordre décroissant de l'importance qui leur est attribuée* ». De même, en droit interne, la pondération n'est apparue qu'avec le code des marchés de 2004. En 2002, lorsque l'ANPE a engagé la

¹⁷ Article 53 du code de 2001

procédure, elle n'aurait été tenue, si elle avait choisi de procéder à un appel d'offres formalisé, qu'à l'obligation de hiérarchiser les critères. Faire de la pondération une règle applicable même sans texte reviendrait, en quelque sorte, à juger que tant le droit communautaire que le droit interne antérieurs à 2004 méconnaissaient le principe de transparence.

En deuxième lieu, exiger une pondération pour ces marchés serait peu compatible avec le principe même des procédures non formalisées. Ces procédures reposent sur l'idée selon laquelle, pour une partie de la commande publique, il est préférable, dans un souci d'efficacité, de laisser à chaque pouvoir adjudicateur le soin de déterminer lui-même les modalités les plus appropriées, plutôt que de l'enserrer dans un carcan qui peut se révéler inadapté. Si vous êtes conduits à reprendre par la voie prétorienne ce qui a été consenti par la voie réglementaire, c'est que le système est vicié.

En troisième lieu, et surtout, il ne nous paraît pas déraisonnable de considérer qu'au regard de l'objet du marché et du contexte dans lequel il est passé, il peut parfois être suffisant d'indiquer quels sont les critères prioritaires et ceux qui n'ont qu'un caractère subsidiaire, ou encore des ordres de grandeur sur leur importance respective. Vous avez d'ailleurs déjà admis que la circonstance que les marchés de services non prioritaires ne soient pas soumis à l'obligation de pondération des critères édictée par l'article 53 du code pour les procédures formalisées était sans incidence sur le devoir, pour le pouvoir adjudicateur, de respecter les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures (CE, 9 juillet 2007, Syndicat EGF-BTP et autres, p. 298). Ceci signifie bien que ce respect n'est pas nécessairement assuré par la reprise de la règle la plus contraignante.

Nous vous invitons donc à juger que l'information des candidats doit porter non seulement sur les critères d'attribution des marchés, et, le cas échéant, sur les critères de sélection des candidatures, mais aussi sur les conditions de leur mise en œuvre, sans pour autant donner un contenu prédéterminé à cette dernière notion. Il va sans dire qu'en pratique, et comme les y invite d'ailleurs le ministre de l'Economie et des Finances dans une réponse à

une question écrite, les pouvoirs adjudicateurs, notamment pour les marchés proches du seuil de 90 000 euros, ont tout intérêt à privilégier la méthode de la pondération, lorsqu'elle est possible, afin de s'épargner un débat sur ce point à l'occasion d'éventuels contentieux¹⁸.

Parvenus à ce stade de nos conclusions, il nous faut enfin vous entretenir brièvement des implications possibles de votre décision, au-delà de la seule question qui vous est posée.

Nous croyons que vous aurez réglé, aujourd'hui, la seule question de principe qui demeure posée en ce qui concerne le contenu de la publicité pour les marchés passés selon une procédure non formalisée. Autrement dit, vous n'entrerez pas, selon nous, dans un processus de grignotage progressif qui vous amènerait, par sauts successifs, à dresser une liste des indications requises, pour les procédures adaptées, calquée sur celle qui vaut pour les procédures formalisées. Les informations de base relatives à l'objet du marché, à ses

¹⁸ Réponse à la question écrite n° 25186 de M. le Sénateur Bernard Piras, JO du Sénat, 4/1/2007

caractéristiques principales, et aux conditions dans lesquelles les candidatures et les offres seront reçues puis évaluées constituent un socle ; au-delà, il revient à chaque pouvoir adjudicateur de déterminer les modalités appropriées, sous le contrôle du juge, mais sans qu'il vous revienne d'en figer à l'avance le contenu.

Il reste que les principes généraux du droit de la commande publique ont un champ plus vaste que celui des seuls marchés publics couverts par le code. Ce que vous jugerez aura une incidence, tout d'abord, sur les marchés passés par les pouvoirs adjudicateurs qui ne sont pas soumis au code des marchés publics, qui ne concerne que l'Etat et ses établissements publics administratifs, les collectivités territoriales et leurs établissements publics locaux, mais à l'ordonnance du 6 juin 2005. Pour ces marchés, lorsqu'ils sont supérieurs aux seuils communautaires, l'ordonnance transpose la directive. En revanche, en-deçà des seuils, le décret pris pour l'application de l'ordonnance est quasiment muet : les marchés sont passés selon des modalités librement définies par le pouvoir adjudicateur, et « *les caractéristiques techniques des fournitures, des services ou des travaux qui sont portées à la connaissance du ou des candidats peuvent être décrites de manière très succincte* »¹⁹. Nous ne sommes pas convaincus que l'affichage d'une contrainte aussi ténue suffise à épuiser le sujet. Si le principe de transparence impose de rendre publics les critères de choix des offres pour les marchés régis par le code, nous ne voyons pas très bien par quel raisonnement il pourrait en aller autrement pour ceux régis par l'ordonnance.

Pour les contrats de partenariat, la question est réglée par l'ordonnance du 17 juin 2004, qui reprend le même principe que le code des marchés publics – pondération ou, en cas d'impossibilité, hiérarchisation des critères – sans condition de seuil.

S'agissant des contrats dits complexes – baux emphytéotiques administratifs des collectivités territoriales ou encore autorisations d'occupation temporaire du domaine public assorties de mécanismes de location avec option d'achat – l'applicabilité des principes généraux du droit de la commande publique est plus incertaine et peut dépendre de la consistance réelle de chaque opération, selon que prévaut la simple gestion domaniale ou la satisfaction d'un besoin de l'administration.

En revanche, nous ne voyons pas comment les délégations de service public échapperaient à leur emprise. Vous avez d'ailleurs déjà jugé que leur était applicable le principe de la transparence des procédures et de l'égal accès des candidats aux délégations de service public, par une décision du 20 octobre 2006, Communauté d'agglomération Salon-Etang de Berre-Durance (aux Tables). La jurisprudence Telaustria est née, rappelons-le, à propos d'une concession de service public. En droit interne, la loi « Sapin » du 29 janvier 1993 a anticipé le mouvement jurisprudentiel, en posant le principe selon lequel les contrats en cause « *sont soumis à une procédure de publicité permettant la présentation de plusieurs offres concurrentes* ». Les dispositions réglementaires prises pour son application prévoient l'insertion d'un avis dans une publication habilitée à recevoir des annonces légales et dans une publication spécialisée correspondant au secteur économique concerné²⁰. Cette insertion « *précise (...) les modalités de présentation des offres et mentionne les caractéristiques essentielles de la convention envisagée, notamment son objet et sa nature* ». Mais rien n'est

¹⁹ Décret n° 2005-1742 du 30 décembre 2005, article 10.

²⁰ L'obligation n'est plus cumulative, mais alternative, lorsque le montant est inférieur à certains seuils.

dit quant à une éventuelle obligation, pour l'autorité délégante, de se fixer des critères de choix des offres, ni, a fortiori, de les faire connaître aux candidats.

Votre jurisprudence est, en l'état, assez claire : l'autorité délégante n'est pas tenue de faire connaître ses critères de sélection des offres dans l'avis d'appel public à la concurrence, mais, si elle s'y astreint, elle ne peut ensuite les modifier, sauf à porter atteinte au principe de la transparence de la procédure et de l'égal accès des candidats aux délégations de service public (cf. votre décision précitée Communauté d'agglomération Salon-Etang de Berre-Durance). Vous avez, toutefois, porté un coup de canif au principe du caractère facultatif de la publication des critères, dans une hypothèse très particulière. Il s'agit du cas où la collectivité n'a pas fait connaître la durée de la délégation envisagée : cette omission constitue un manquement aux obligations de publicité, sauf si la collectivité indique les conditions dans lesquelles elle appréciera les offres au regard de la durée du contrat proposée (CE, 28 mai 2003, AP-HP, n° 248429, ainsi, tout récemment, que CE, 15 décembre 2008, Communauté intercommunale des villes solidaires, à mentionner aux Tables). Autrement dit, lorsque l'une des caractéristiques principales de la délégation reste imprécise, ouvrant ainsi aux candidats la possibilité de présenter des options très différentes, l'autorité délégante doit au moins faire savoir selon quels critères elle appréciera les propositions qui lui seront faites.

La décision que vous prendrez, si vous nous suivez, s'imposera-t-elle également aux délégations de service public ?

De forts arguments plaident pour une réponse négative. Dans le droit des marchés publics, c'est non seulement la procédure qui est encadrée, mais aussi le choix final de l'attributaire, qui doit être soit le moins disant, si le seul critère est le prix, soit celui qui aura présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, en cas de pluralité de critères. Dans le droit des délégations de service public, la liberté de la collectivité est réelle. D'une part, elle choisit librement, parmi les candidats ayant été admis à présenter une offre, ceux avec lesquels elle va entamer une négociation (pour une confirmation récente, cf. CE, 23 mai 2008, Musée Rodin, à mentionner aux Tables). D'autre part, in fine, elle choisit librement le délégataire lui-même. Cette latitude laissée à la collectivité aux différentes étapes clés de la procédure et la possibilité de négocier avec le ou les candidats retenus peuvent conduire à relativiser l'intérêt d'une fixation ab initio des critères d'appréciation des offres. Par ailleurs, en mentionnant les caractéristiques essentielles de la délégation, l'autorité délégante ne met-elle pas les soumissionnaires à même de préparer leurs offres en connaissance de cause ?

Ces arguments ne sont pas dénués de force, mais ils n'emportent pas totalement la conviction. Si la liberté de choix de l'autorité délégante est grande, elle n'est pas totale : vous avez jugé, tout récemment, que le choix du délégataire était soumis au contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation (CE, 7 novembre 2008, Département de la Vendée, à mentionner aux Tables). Ce contrôle n'implique peut-être pas nécessairement la fixation préalable de critères, mais il s'en accommoderait volontiers. La négociation elle-même n'est pas synonyme d'arbitraire : l'autorité délégante ne peut apporter, à cette occasion, des adaptations à l'objet du contrat que « *lorsque ces adaptations sont d'une portée limitée, justifiées par l'intérêt du service et qu'elles ne présentent pas, entre les entreprises concurrentes, un caractère discriminatoire* » (CE, 21 juin 2000, Syndicat intercommunal de la Cote d'Amour et la presqu'île guérandaise, n° 209319). Quant à la fixation des caractéristiques essentielles de la délégation, elle ne saurait suffire, pas davantage que dans le cas d'un marché public, à

renseigner les candidats sur la façon dont la collectivité entend apprécier les offres. Certes, dans le cadre de la négociation, l'autorité délégante va demander aux candidats qu'elle aura retenus de modifier leurs offres dans le sens souhaité. Mais c'est une chose de demander aux candidats retenus d'adapter leurs offres, quand ils le peuvent, pour coïncider avec les vœux de la collectivité, et c'en est une autre de fixer des règles dès le début de la procédure, quitte à les préciser et à les affiner par la suite.

Vous aurez compris que, selon nous, il sera difficile de cantonner aux seuls marchés publics la solution que nous vous invitons à dégager aujourd'hui. Ce n'est certainement pas, dans notre esprit, un motif suffisant pour en remettre en cause le bien-fondé, mais cet arrière-plan ne peut être ignoré. Il le peut d'autant moins, d'ailleurs, que le kaléidoscope de la commande publique laissera peut-être bientôt la place à un paysage mieux ordonné, si l'entreprise de codification à nouveau annoncée est enfin menée à son terme, puisque le projet de loi pour l'accélération des programmes de construction et d'investissement publics et privés, actuellement en discussion au Parlement, habilite le Gouvernement à adopter, par voie d'ordonnance, la partie législative du code de la commande publique. Il est vrai que l'échec des tentatives précédentes peut inciter à une certaine prudence.

Quoi qu'il en soit, par ces motifs, nous concluons – et pour la dernière fois devant votre formation de jugement en tant que commissaire du gouvernement... – au rejet du pourvoi de l'ANPE.