

Les fonctions propres des principes consécutifs d'égalité de traitement et de transparence.

Au temps de la liberté d'accès succède la mise en concurrence effective des candidats. Cette phase des procédures de passation constitue le deuxième temps de la commande publique. Les opérateurs économiques intéressés par le contrat et informés de son existence par la publicité manifestent leur volonté de soumissionner auprès de l'autorité adjudicatrice en déposant leurs candidatures et leurs offres. Cette dernière met en concurrence les candidats afin de choisir, *in fine*, son cocontractant. Lors de cette phase, l'autorité adjudicatrice doit veiller « à ce que la règle du jeu soit non seulement la même pour tous les candidats, mais encore qu'elle leur soit appliquée de manière identique »¹⁸⁰⁰. C'est cet objectif que poursuit le principe d'égalité de traitement des candidats, dont il convient de préciser les fonctions propres (**Section 1**).

Le principe de transparence produit également ses effets lors du deuxième temps de la commande publique. Dans une logique d'accessibilité des informations administratives¹⁸⁰¹, la transparence poursuit un objectif d'intelligibilité des procédures de passation¹⁸⁰². À cet égard, elle garantit l'efficacité de la procédure de passation, les candidats étant suffisamment informés pour présenter utilement une soumission. La transparence dispose également d'une fonction de preuve d'impartialité de la procédure de passation¹⁸⁰³. En garantissant sa traçabilité et en contraignant l'autorité adjudicatrice à communiquer certaines informations lors du troisième temps de la commande publique, après le choix des offres, la transparence favorise le contrôle du déroulement de la procédure et la vérification du bien-fondé du choix

¹⁸⁰⁰ B. KOEBEL, « Les collectivités territoriales face à la publicité et à la mise en concurrence des marchés à procédures adaptées », *Contrats et marchés publ.* 2004, ét. 9.

¹⁸⁰¹ M. GUIBAL, « Transparence et droit public des contrats », in *Mélanges en l'honneur de Louis Constant*, PUP, 1998, p. 287.

¹⁸⁰² Cf. *Supra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 2.

¹⁸⁰³ CJCE, 7 décembre 2000, *Telaustria Verlags GmbH et Telefonadress GmbH contre Telekom Austria AG*, aff. C-324/98, *Rec.* p. I-10745 ; *AJDA* 2001. 106, note L. Richer ; *ibid.* 329, chron. H. Legal, C. Lambert et J.-M. Belorgey ; *RFDA* 2011. 377, chron. L. Clément-Wilz, F. Martucci et C. Mayeur-Carpentier ; *Contrats et marchés publ.* 2001, comm. 50, note F. Llorens ; *BJCP* 2001. p. 132, concl. N. Fenelly et note Ch. Maugüé ; *Dr. adm.* 2001, comm. 85, note M.-Y. Benjamin.

du cocontractant. Par conséquent, la transparence dispose de deux fonctions fondamentales, réparties sur les deuxième et troisième temps de la commande publique (**Section 2**).

Section 1 : Les fonctions propres du principe d'égalité de traitement des candidats.

L'assise du principe d'égalité de traitement en droit de la commande publique est ancienne. Dès le XIX^{ème} siècle, « *la jurisprudence reconnaît aux entrepreneurs admis à une adjudication le droit d'en contester la régularité si tous les concurrents n'ont pas été, quant aux conditions à remplir, placés sur un pied d'égalité parfaite* »¹⁸⁰⁴. Le commissaire du gouvernement Romieu¹⁸⁰⁵ affirme ainsi que « *le soumissionnaire évincé a le droit de demander l'annulation de l'adjudication pour inobservation des règles fondamentales, même si elles sont édictées dans l'intérêt de l'administration, du moment où une inégalité a été créée entre les concurrents* ». De manière générale, les principales conséquences du principe d'égalité de traitement sont les suivantes : « *l'administration ne peut créer de discrimination juridiques, ni de discrimination de fait susceptibles soit d'avantager certains concurrents, soit de les handicaper* »¹⁸⁰⁶. Selon une jurisprudence constante, ce principe exige que des situations comparables ne soient pas traitées de manière différente et que des situations différentes ne soient pas traitées de manière égale, à moins qu'un tel traitement ne soit objectivement justifié¹⁸⁰⁷.

Dans le cadre de la vision temporelle des principes de la commande publique, l'égalité de traitement des candidats exerce ses fonctions uniquement lors du deuxième temps de la commande publique¹⁸⁰⁸. Dès lors, le principe d'égalité bénéficie à une catégorie juridique

¹⁸⁰⁴ LE VAVASSEUR de PRÉCOURT, concl. sur CE, 21 mars 1890, *Caillette*, *Rec.* p. 321.

¹⁸⁰⁵ J. ROMIEU, concl. sur CE, 30 mars 1906, *Ballande*, *Rec.* p. 281.

¹⁸⁰⁶ A. de LAUBADERE, F. MODERNE, P. DELVOLVE, *Traité des contrats administratifs*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1983, Tome 1, p. 610.

¹⁸⁰⁷ CJCE, 14 décembre 2004, *Arnold André*, aff. C-434/02, *Rec.* p. I-11825, pt. 68 – CJCE, 14 décembre 2004, *Swedish Match*, aff. C-210/03, *Rec.* p. I-118993, pt. 70 – CJCE, 3 mars 2005, *Fabricom SA*, aff. C-21/03 et aff. C-34/03, *Rec.* p. I-1559, pt. 27.

¹⁸⁰⁸ Cf. *Supra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 2. Lors du premier temps de la commande publique, il n'est qu'un principe accessoire au service du principe dominant de liberté d'accès à la commande publique.

particulière, celle des candidats réels¹⁸⁰⁹, c'est-à-dire ceux qui ont effectivement candidaté pour accéder à la mise en concurrence. Par ailleurs, ce principe implique que les candidats soient traités de manière identique par l'autorité adjudicatrice, et poursuit donc un objectif de traitement égal des candidats lors de la mise en œuvre de la procédure. Les implications de l'égalité de traitement peuvent être subdivisées en trois phases distinctes : l'autorité adjudicatrice doit respecter une égalité entre les candidats lors du déroulement de la procédure (**paragraphe 1**), lors du choix des candidatures et des offres (**paragraphe 2**), et doit veiller à ne pas remettre en cause l'impartialité de la procédure (**paragraphe 3**).

Une analyse approfondie des procédures de passation révèle que l'égalité de traitement dispose de fonctions dont les effets varient selon la nature du contrat. Pour certains, comme les marchés publics à procédure formalisée, l'égalité de traitement doit être appréciée strictement ; elle ne laisse quasiment aucune marge de manœuvre à l'autorité adjudicatrice dans la mise en œuvre de la procédure. Pour d'autres, comme les délégations de service public, l'égalité de traitement, bien que devant être impérativement respectée, est appliquée de manière plus souple. Dans ce cas, l'autorité adjudicatrice dispose d'une liberté plus grande dans l'organisation de la mise en concurrence. Par conséquent, il est possible de déduire de cette analyse l'existence d'une « échelle de mise en concurrence »¹⁸¹⁰, qui dépend de la manière dont doit être appliquée l'égalité de traitement des candidats.

Paragraphe 1 : Une fonction de respect de l'égalité entre les candidats dans la conduite de la mise en concurrence.

Globalement, le principe d'égalité de traitement garantit que les mêmes règles soient appliquées à l'ensemble des candidats lors du déroulement de la mise en concurrence. L'autorité adjudicatrice doit donc veiller à déterminer et à mettre en œuvre des modalités de

¹⁸⁰⁹ Il convient d'opposer cette catégorie juridique à celle des candidats potentiels, qui bénéficient de la liberté d'accès à la commande publique.

¹⁸¹⁰ L'expression est empruntée à G. KALFLÈCHE. Dans sa thèse *Des marchés publics à la commande publique*, l'auteur évoque, page 463, l'existence d'une échelle de mise en concurrence : « l'analyse de l'évolution, non plus de la notion de marché public mais du régime de passation applicable aux personnes aujourd'hui incluses dans cette notion dans son sens le plus large, nous conduit donc à estimer qu'il existe une "échelle de mise en concurrence". Celle-ci cherche à justifier une chose : tous ces « marchés publics » ne sont pas soumis à des procédures uniques, ce qui se justifie par deux considérations qui sont le caractère public de l'entité, de son activité ou de son financement et l'importance pécuniaire du contrat ».

mise en concurrence de manière à ne pas avantager ou désavantager un candidat sans raison objective liée à l'objet du contrat. En outre, les modifications des conditions de consultation intervenant lors du déroulement de la procédure doivent s'opérer dans des conditions strictes d'égalité, ce qui implique que l'autorité adjudicatrice communique les mêmes informations à tous les candidats, et leur laisse le même délai de remise des offres s'il est nécessaire de les adapter¹⁸¹¹. À ce titre, l'égalité de traitement des candidats est fondamentale pour le bon déroulement de la procédure de passation.

Au-delà de cette fonction globale applicable à l'ensemble des procédures, une analyse approfondie du droit positif révèle que la teneur du principe d'égalité diffère en fonction de la nature du contrat envisagé. Afin de laisser une certaine marge de manœuvre à l'autorité délégante, l'égalité de traitement fait l'objet d'une application souple lors de la mise en concurrence des délégations de service public (**A**). Pour les autres contrats, notamment les marchés publics, l'égalité de traitement doit être appréciée strictement (**B**). Ainsi, les fonctions de l'égalité de traitement lors du déroulement de la mise en concurrence ne font pas l'objet d'une application uniforme, mais varient en fonction de l'objet et de la nature du futur contrat.

A : Une égalité souple dans le déroulement des procédures de passation des délégations de service public.

Les textes encadrent très peu les modalités de passation des délégations de service public. À cet égard, le délégant dispose d'une grande marge de manœuvre dans la conduite de la procédure, et dispose du libre choix du futur délégataire¹⁸¹². Concernant la négociation, il est seulement indiqué que les offres « *sont librement négociées par l'autorité responsable de la personne publique délégante qui, au terme de ces négociations, choisit le délégataire* »¹⁸¹³. Ainsi, aucune règle particulière n'encadre les modalités d'organisation des négociations par la

¹⁸¹¹ CE, 9 février 2004, *Communauté urbaine de Nantes*, n° 259369, *Rec.* p. 763 ; *JCP A* 2004. 1232, comm. F. Linditch – Cass. Com., 8 décembre 2009, n° 08-21.714.

¹⁸¹² Le juge exerce toutefois un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation sur le choix du délégant : CE, 7 novembre 2008, *Département de la Vendée*, n° 291794, *Rec. T.* p. 805 ; *AJDA* 2008. 2454, note L. Richer ; *Contrats et marchés publ.* 2008, comm. 296, obs. G. Eckert.

¹⁸¹³ Art. L1411-1 du Code général des collectivités territoriales.

personne publique¹⁸¹⁴, qui n'est en particulier pas tenue de fixer un calendrier préalable de négociation, ni de faire connaître son choix de ne pas poursuivre les négociations avec l'un des candidats¹⁸¹⁵. Cette liberté dans la conduite de la procédure n'affranchit pas le délégant du respect des principes fondamentaux de la commande publique¹⁸¹⁶, en particulier celui d'égalité de traitement des candidats. Dès lors, « *ce n'est pas parce que l'administration est tout d'un coup dispensée des termes les plus rigides de la mise en concurrence qu'elle échappe au respect du principe d'égalité, qui se situe sur un tout autre plan, et enveloppe toujours son action, aussi discrétionnaire qu'elle soit* »¹⁸¹⁷. Par conséquent, le délégant doit veiller à ce que la procédure soit conduite dans des conditions d'égalité, notamment pendant la phase de négociation¹⁸¹⁸.

Ainsi, la conduite de la négociation n'échappe pas au principe d'égalité de traitement des candidats, dès lors qu'elle « *n'est pas – ne peut pas être – ne doit pas être une maison de verre ; le respect de l'égalité de traitement, de la non discrimination, doit savoir s'y formuler de manière adéquate* »¹⁸¹⁹. L'autorité délégante doit veiller à ce que les conditions de présentation des candidatures et des offres soient les mêmes pour tous les candidats dans le cadre de la négociation¹⁸²⁰. Les informations relatives à la procédure et au futur contrat doivent être transmises à l'ensemble des candidats dans des conditions de stricte égalité¹⁸²¹. À l'inverse des procédures d'appel d'offre¹⁸²², l'autorité délégante n'est pas strictement tenue par les documents de consultation. Par conséquent, elle peut, lors des phases de négociations, apporter des modifications à ces derniers. Toutefois, elle ne peut le faire que dans l'intérêt du

¹⁸¹⁴ CE, 21 mai 2010, *Commune de Bordeaux*, n° 334845, *Rec. T.* p. 858 ; *Contrats et marchés publ.* 2010, comm. 259, note G. Eckert.

¹⁸¹⁵ CE, 18 juin 2010, *Communauté urbaine de Strasbourg, Société Sèche Éco industrie*, n°336120, *Rec. T.* p. 847 ; *BJCP* 2010, 354, concl. B. Dacosta ; *Contrats et marchés publ.* 2010, comm. 293, note G. Eckert ; *Dr. adm.* 2010, comm. 128, note F. Brenet ; *AJCT* 2010. 31, obs. O. Didriche ; *JCP A* 2010. 2272, obs. F. Linditch.

¹⁸¹⁶ CE, 23 décembre 2009, *Etablissement public du musée et du domaine national de Versailles*, n° 328827, *Rec.* p. 502 ; *BJCP*, n° 69, p. 103, concl. B. Dacosta, obs. Ch. Maugüe ; *JCP A*, 2010, p. 2103, note F. Dieu ; *AJDA* 2010. 500, note J.-D. Dreyfus ; *JCP G*, 2010, p. 27, obs. L. Erstein ; *RTD eur.* 2010. 453, chron. D. Ritleng, A. Bouveresse et J.-P. Kovar ; *Contrats publics*, mars 2010, p. 83, note Le Bouedec ; *Dr. adm.* 2010, comm. 36, note G. Eckert ; *Contrats et marchés publ.* 2010, comm. 83, note Ph. Rees.

¹⁸¹⁷ D. PIVETEAU, concl. sur CE, 15 juin 2001, *Syndicat intercommunal d'assainissement de Saint-Martin-en-Ré et la Flotte-en-Ré*, n° 223482, *BJCP* n°18, p. 417.

¹⁸¹⁸ V., pour une étude récente sur la phase de négociation : M. UBAUD-BERGERON, « La négociation », *Contrats et marchés publ.* 2014, dossier 7.

¹⁸¹⁹ D. PIVETEAU, concl. préc., p. 418.

¹⁸²⁰ CE, 13 décembre 1996, *Syndicat de revalorisation des déchets du secteur Cannes-Grasse*, n° 169706 *Rec.* p. 488 ; *RFDA* 1997, p. 192.

¹⁸²¹ CE, 21 juin 2000, *Syndicat intercommunal de la Côte d'Amour et de la presqu'île guérandaise*, n° 209319, *Rec.* p. 283 ; *BJCP* 2000, n° 12, p. 361, concl. C. Bergeal ; *RFDA* 2000, 1031, concl. C. Bergeal ; *ACL* 2001, n° 54.

¹⁸²² Cf. *Infra*.

service, et si ces modifications ne bouleversent pas l'économie du contrat et n'ont pas pour but d'avantager un candidat¹⁸²³. Les candidats disposent également de la possibilité de modifier leur offre en cours de négociation. De manière générale, ces adaptations en cours de procédure ne doivent pas avoir un caractère discriminatoire¹⁸²⁴, dans la mesure où elles ne doivent pas contribuer à orienter la consultation dans un sens plus favorable pour un candidat. Suite à ces adaptations, si l'autorité délégante décide de proroger le délai de remise des offres, elle doit en faire bénéficier l'ensemble des candidats et veiller à ce qu'il n'en découle pas une atteinte au principe d'égalité de traitement des candidats¹⁸²⁵.

Le principe d'égalité de traitement, en l'absence de précision dans les textes, permet ainsi d'encadrer la conduite des procédures de passation des délégations de service public. Toutefois, pour ne pas tomber dans un formalisme excessif, le juge admet que l'autorité adjudicatrice puisse garder une certaine marge de manœuvre. Ainsi, cette dernière n'est pas dans l'obligation de négocier jusqu'au bout avec chacun des candidats¹⁸²⁶. Par conséquent, elle choisit librement les candidats avec lesquels elle engage des discussions, sans que cela s'apparente à une rupture d'égalité¹⁸²⁷. Dès lors, même si « *l'autorité publique ne peut certainement pas adopter au cours des négociations qui impliquent deux candidats, une attitude discriminatoire à l'égard de l'un d'entre eux* »¹⁸²⁸, elle dispose d'une certaine marge de manœuvre dans le choix des candidats lors de la phase de négociation. Le principe d'égalité dispose donc d'une fonction fondamentale dans cette étape du processus, car c'est à travers lui que doit être trouvé l'équilibre entre le respect des règles de mise en concurrence, et la liberté devant nécessairement être reconnue à l'autorité délégante. En outre, cette fonction est d'autant plus importante s'agissant des délégations de service public, pour qui les

¹⁸²³ CE, 29 juillet 1998, *Éditions Dalloz-Sirey*, n° 181886, *Rec. T.* p. 720 ; *BJCP* 1998, p. 76, concl. H. Savoie – CE, 15 juin 2001, *Syndicat intercommunal d'assainissement de Saint-Martin-en-Ré et la Flotte-en-Ré*, n° 223482, *Rec.* p. 265 ; *BJCP* n°18, p. 415, concl. D. Piveteau, note Ph. Terneyre ; *AJDA* 2001. 1090, note L. Markus.

¹⁸²⁴ CE, 29 avril 2002, *Groupement des associations de l'Ouest parisien*, n° 216902 et n° 241134, *Rec. T.* p. 810 ; *BJCP* 2002, p. 374, concl. C. Bergeal ; *Contrats et marchés publ.* 2002, comm. 177, note E. Delacour – CE, 21 mai 2010, *Commune de Bordeaux*, préc. – CE, 18 juin 2010, *Communauté urbaine de Strasbourg*, *Société Sèche Éco industrie*, préc. – CE, 21 février 2014, *Société Dalkia France*, n° 373159 ; *Contrats et marchés publ.* 2014, comm. 111, note G. Eckert.

¹⁸²⁵ CE, 15 juin 2001, *Syndicat intercommunal d'assainissement de Saint-Martin-en-Ré et la Flotte-en-Ré*, préc. – CE, 9 février 2004, *Communauté urbaine de Nantes*, préc.

¹⁸²⁶ CE, 14 mars 2003, *Société Air Lib*, n° 251610, *Rec. T.* p. 861 ; *AJDA* 2003. 1052, note J.-D. Dreyfus – CE, 9 août 2006, *Compagnie générale des eaux*, n° 286107 ; *BJCP* 2006, p. 448, concl. D. Casas ; *AJDA* 2006. 2064, note J.-B. Morel ; *Contrats et marchés publ.* 2006, comm. 267, obs. E. Delacour ; *Contrats, conc. consom.* 2007, comm. 13, obs. C. Prebissy-Schnall.

¹⁸²⁷ CE, 23 mai 2008, *Musée Rodin*, n° 306153, *Rec. T.* p. 805 ; *AJDA* 2008. 1768, note Sablière ; *Contrats et marchés publ.* 2008, comm. 164, note G. Eckert ; *JCP A* 2008, n° 2184, note F. Linditch.

¹⁸²⁸ D. PIVETEAU, concl. préc., p. 415.

textes restent très évasifs sur la conduite de la procédure. Cette liberté laissée à l'autorité déléguée disparaît s'agissant des autres procédures de passation.

B : Une égalité stricte dans le déroulement des autres procédures de passation.

L'appel d'offre est la procédure dans laquelle l'égalité de traitement est appréciée le plus strictement (I). Applicable aux marchés publics relevant du Code des marchés publics dont le montant dépasse un certain seuil¹⁸²⁹, cette procédure ne laisse aucune marge de manœuvre à l'autorité adjudicatrice dans la conduite de la mise en concurrence, ni aux candidats dans l'élaboration de leur offre. Par conséquent, tout comportement n'entrant pas dans les conditions de consultation prévues par le Code des marchés publics est susceptible d'entraîner une rupture d'égalité entre les candidats. S'agissant des autres procédures qui, à l'inverse de l'appel d'offre, peuvent intégrer une phase de négociation ou de dialogue, l'égalité de traitement est également appréciée strictement (II). À ce titre, l'autorité adjudicatrice doit organiser dans de strictes conditions d'égalité les différents échanges qu'elle peut avoir avec l'ensemble des candidats.

I : Une égalité strictement appréciée dans la procédure d'appel d'offre.

En matière d'appel d'offre, il est rare que l'autorité adjudicatrice puisse porter atteinte à l'égalité de traitement des candidats lors de la mise en œuvre de la procédure. Cette dernière est fortement encadrée par les textes et ne laisse aucune marge de manœuvre à l'autorité adjudicatrice dans la conduite de la mise en concurrence. Les modalités de publicité sont prévues par les textes¹⁸³⁰, ainsi que le déroulement de la consultation¹⁸³¹. Ces règles s'imposent tant aux candidats¹⁸³² qu'au pouvoir adjudicateur¹⁸³³, qui n'a aucune possibilité de

¹⁸²⁹ Art. 26 du Code des marchés publics.

¹⁸³⁰ Art. 40 du Code des marchés publics.

¹⁸³¹ Art. 57 et s. du Code des marchés publics.

¹⁸³² CJCE, 22 juin 1993, *Commission c/ Royaume de Danemark*, aff. C-243/89, *Rec. p. I-3353* – CE, 23 novembre 2005, *SARL Axialogic*, n° 267494, *Rec. T. p. 966* ; *Contrats et marchés publ.* 2006, comm. 6, note F. Olivier. Cette règle a pour conséquence, selon l'article 53 du Code des marchés publics, que toute offre inappropriée, irrégulière et inacceptable est éliminée : CE, 23 juin 2010, *Commune de Chatel*, n° 336910 ; *JCP A* 2010, 2270, obs. F. Linditch. – CE, 30 novembre 2011, *Ministre de la Défense*, n° 353121, *Rec. T. p. 1008* ;

les modifier¹⁸³⁴. En outre, la violation d'une de ces règles peut aboutir à l'annulation de la procédure de passation. Surtout, « *il ne peut y avoir de négociation avec les candidats* »¹⁸³⁵. La prohibition de toute négociation réduit fortement le risque d'une atteinte à l'égalité de traitement des candidats. En effet, la négociation est propice à la survenance d'un comportement discriminatoire du pouvoir adjudicateur à l'égard d'un ou plusieurs candidats. C'est certainement la raison pour laquelle elle est interdite pour les marchés publics dont l'enjeu économique est important.

De plus, dans le cadre de l'appel d'offre, le dépôt d'une offre rend impossible toute modification ultérieure ou retrait de celle-ci, à l'initiative du pouvoir adjudicateur¹⁸³⁶ ou du candidat. C'est le principe d'intangibilité des offres¹⁸³⁷. Ainsi, « *le respect de ce principe est primordial dans la mesure où il permet de déterminer une période durant laquelle le contenu des offres est figé, afin de pouvoir les examiner et les comparer entre elles* »¹⁸³⁸. Ce principe permet d'attribuer le contrat dans des strictes conditions d'égalité entre les candidats, ces derniers déposant leurs offres en prenant en considération les seules caractéristiques du marché, et non l'offre faite par un autre candidat. Ainsi, « *la procédure d'appel d'offres met face à face deux blocs rigides : le besoin exprimé par le pouvoir adjudicateur et l'offre élaborée par le candidat. L'offre remise par un candidat ne sert pas de base de négociation. Elle doit se conformer strictement au besoin exprimé. En l'absence de négociation, le candidat doit se borner à répondre à ce besoin et n'a pas à relever des incohérences, des contradictions, voire à juger de sa pertinence. Toute contrariété avec le besoin exprimé, quand bien même elle serait minime, entraîne l'irrégularité de l'offre* »¹⁸³⁹. Ce principe est sanctionné par le juge administratif¹⁸⁴⁰, mais également par le juge judiciaire¹⁸⁴¹ et le juge pénal¹⁸⁴². L'intangibilité des offres est une illustration éclatante de la rigidité avec laquelle

BJCP 2012, p. 86, concl. N. Boulouis ; AJDA 2011. 2384, obs. R. Grand ; Dr. adm. 2012, comm. 14, obs. F. Brenet ; Contrats et marchés publ. 2012, comm. 11, obs. G. Eckert.

¹⁸³³ CE, 20 janvier 2014, *Communauté urbaine de Bordeaux (Aquitanis)*, n°373157 ; Contrats et marchés publ. 2014, comm. 82, note M. Ubaud-Bergeron. – CE, 12 mars 2014, *Commune de Saint-Denis*, n° 373718.

¹⁸³⁴ Cf. *Supra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, §1.

¹⁸³⁵ Art. 59 et 64 du Code des marchés publics.

¹⁸³⁶ CE, 9 décembre 1994, *Coenon*, n° 129677, Rec. p. 545.

¹⁸³⁷ CE, 24 décembre 1926, *SA L'entreprise de l'Est*, Rec. p. 1172.

¹⁸³⁸ F. BOUDEAU, « L'intangibilité des offres », *Marchés publ.* 2010, n° 106, p. 11.

¹⁸³⁹ S. FRANÇOIS, « Appel d'offres : rigueur du besoin, intangibilité des offres », *Contrats et marchés publ.* 2014, étude 7.

¹⁸⁴⁰ CE, 9 décembre 1994, *Préfet des Vosges c/ Commune de Chatelle-sur-Moselle*, n° 144269, Rec. p. 1035 ; RDI. 1995. 318, obs. F. Llorens et Ph. Terneyre.

¹⁸⁴¹ TGI Avranches, 16 mai 1995, cité in Circ. crim., 2 juill. 1998 : *Marchés publ.* n° 4/1999, p. 13.

¹⁸⁴² TGI Orléans, 5 juin 1996 ; *Marchés publ.* 1997, n° 5, p. 24.

l'égalité est appréciée dans le cadre de l'appel d'offre. Il arrive cependant que ces principes fassent l'objet d'une certaine souplesse.

Le pouvoir adjudicateur a en effet la possibilité « *de demander aux candidats de préciser ou de compléter la teneur de leur offre* »¹⁸⁴³. Cette demande doit être adressée de manière équivalente¹⁸⁴⁴ aux candidats dont l'offre nécessite effectivement un complément ou une précision¹⁸⁴⁵. Dans ce cadre, le pouvoir adjudicateur doit traiter les candidats de manière égale et loyale, de telle sorte qu'une demande de clarification ne puisse apparaître comme ayant indûment favorisé ou défavorisé le ou les candidats ayant fait l'objet de cette demande¹⁸⁴⁶. Afin de respecter les textes et le principe d'égalité de traitement des candidats, l'autorité adjudicatrice doit veiller à ce qu'une telle demande ne s'apparente pas à une modification de l'offre¹⁸⁴⁷. À cet égard, l'avocat général Lenz affirme que « *du point de vue sémantique, nous pensons qu'il faut entendre le terme "préciser" (...) dans le sens de communiquer des détails permettant de décrire plus clairement l'objet en question, ou de le définir avec une plus grande exactitude. Quant au second terme employé (...) celui de "compléter", nous y voyons l'apport d'indications supplémentaires qui n'étaient pas antérieurement disponibles. Les deux termes ont ceci de commun qu'il ne s'agit pas de remplacer des indications fournies antérieurement, mais au contraire de les concrétiser d'une façon ou d'une autre* »¹⁸⁴⁸. Le Conseil d'État admet qu'il puisse y avoir une modification de l'offre dans un seul cas, s'il s'agit « *de rectifier une erreur purement matérielle, d'une nature telle que nul ne pourrait s'en prévaloir de bonne foi dans l'hypothèse où le candidat verrait son offre retenue* »¹⁸⁴⁹. Si la modification excède le cadre de la correction d'une erreur matérielle, l'offre devient irrégulière¹⁸⁵⁰.

¹⁸⁴³ Art. 59 et 64 du Code des marchés publics.

¹⁸⁴⁴ CJUE, 29 mars 2012, *SAG ELV Slovensko*, aff. C-599/10, pt 42-43.

¹⁸⁴⁵ *Idem.*

¹⁸⁴⁶ *Idem.*

¹⁸⁴⁷ *Idem* – CE, 25 mars 2013, *Département de l'Hérault*, n° 364824 ; *AJDA* 2013. 891 ; *Contrats et marchés publ.* 2013, comm. 133, note G. Eckert.

¹⁸⁴⁸ O. LENZ, concl. sur CJCE, 25 avril 1996, *Commission des Communautés européennes c/ Royaume de Belgique*, aff. C-87/94, pt. 37, *Rec. p.* I-02043.

¹⁸⁴⁹ CE, 21 septembre 2011, *Département des Hauts-de-Seine*, n° 349149, *Rec. p.* 443 ; *BJCP* 2011. 442, concl. N. Boulouis ; *Contrats et marchés publ.* 2011, comm. 315, note W. Zimmer ; *AJDA* 2011. 1815 ; *RDI* 2011. 560, obs. S. Braconnier ; *AJCT* 2012. 41, obs. O. Didriche.

¹⁸⁵⁰ CE, 16 janvier 2012, *Département de l'Essonne*, n° 353629 ; *Contrats et marchés publ.* 2012, comm. 85, note M. Ubaud-Bergeron.

Il est à noter que le Code des marchés publics prévoit la possibilité de demander aux candidats, à côté de leur offre de base, de présenter des variantes¹⁸⁵¹. La présentation des variantes doit être expressément autorisée par le pouvoir adjudicateur¹⁸⁵², car elle peut s'assimiler à une modification de l'offre de base¹⁸⁵³. Lorsque le règlement de la consultation interdit les variantes, le pouvoir adjudicateur ne peut retenir l'offre d'un candidat sur la base d'une variante¹⁸⁵⁴, sous peine de rompre l'égalité de traitement des candidats.

L'autorité adjudicatrice et son cocontractant, avant la signature du contrat, ont la possibilité de procéder à une mise au point¹⁸⁵⁵, qui peut entraîner des modifications de l'offre retenue. Toutefois, le Code des marchés publics encadre strictement ce procédé, qui ne peut aboutir à des modifications qui puissent remettre en cause « *les caractéristiques substantielles de l'offre ni le classement des offres* »¹⁸⁵⁶. La possibilité de procéder à une mise au point est une conséquence de la rigidité de l'intangibilité des offres, et doit seulement permettre l'adaptation de l'offre sans remettre en cause les conditions de l'appel à la concurrence¹⁸⁵⁷. En revanche, par souci d'égalité entre les candidats, elle ne peut s'apparenter à une négociation.

Dans la procédure d'appel d'offre, l'égalité de traitement est donc appréciée strictement. C'est également le cas de certaines autres procédures de passation qui intègrent des phases de négociation ou de dialogue avec les candidats.

¹⁸⁵¹ Art. 50 du Code des marchés publics : « *pour les marchés passés selon une procédure formalisée, lorsque le pouvoir adjudicateur se fonde sur plusieurs critères pour attribuer le marché, il peut autoriser les candidats à présenter des variantes. Le pouvoir adjudicateur indique dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation s'il autorise ou non les variantes ; à défaut d'indication, les variantes ne sont pas admises. Les documents de la consultation mentionnent les exigences minimales que les variantes doivent respecter ainsi que les modalités de leur présentation. Seules les variantes répondant à ces exigences minimales peuvent être prises en considération. II. Pour les marchés passés selon une procédure adaptée, lorsque le pouvoir adjudicateur se fonde sur plusieurs critères pour attribuer le marché, les candidats peuvent proposer des variantes sauf si le pouvoir adjudicateur a mentionné dans les documents de la consultation qu'il s'oppose à l'exercice de cette faculté. Le pouvoir adjudicateur peut mentionner dans les documents de la consultation les exigences minimales ainsi que les modalités de leur présentation. Dans ce cas, seules les variantes répondant à ces exigences minimales sont prises en considération. Toutefois, la mention des exigences minimales et des modalités de leur présentation peut être succincte* ».

¹⁸⁵² *Idem* – CAA Marseille, 6 octobre 2008, *Société française d'émetteurs*, n° 07MA00071.

¹⁸⁵³ CE, 5 janvier 2011, *Commune de Bonneval-sur-Arc*, n° 343206, *Rec. T.* p. 1007 : « *des variantes constituent des modifications, à l'initiative des candidats, de spécifications prévues dans la solution de base décrite dans les documents de la consultation* ». *Contrats et marchés publ.* 2011, comm. 39, note P. Devillers .

¹⁸⁵⁴ CE, 7 novembre 2001, *SA Quillery*, n° 218221 ; *BJCP* 2002, n° 22, p. 189, concl. I. de Silva – CAA Lyon, 23 mai 2002, *Département Haute-Savoie c/ préfet de Haute-Savoie*, n° 96LY01979 ; *JCP A* 2003. 141, comm. F. Linditch – CAA Marseille, 18 juin 2002, *Centre Hospitalier Briançon*, n° 02MA01817.

¹⁸⁵⁵ Art. 59 et 64 du Code des marchés publics.

¹⁸⁵⁶ *Idem*.

¹⁸⁵⁷ F. DIEU, « La distinction entre mise au point du marché et modification », *AJDA* 2006 p. 1277.

II : Une égalité strictement appréciée dans les autres procédures.

S'agissant des marchés à procédure négociée, le principe d'égalité est prégnant, l'article 66 du Code des marchés publics disposant que « *la négociation est conduite dans le respect du principe d'égalité de traitement de tous les candidats. Les informations données aux candidats ne peuvent être de nature à avantager certains d'entre eux* ». Par conséquent, lors des négociations, toute attitude ou manœuvre visant à avantager ou désavantager un candidat est prohibée¹⁸⁵⁸. De plus, « *le pouvoir adjudicateur ne peut révéler aux autres candidats des solutions proposées ou des informations confidentielles communiquées par un candidat dans le cadre de la négociation, sans l'accord de celui-ci* »¹⁸⁵⁹. Ainsi, méconnaît le principe d'égalité le fait d'informer une entreprise du montant de l'offre d'un autre candidat, alors que ce dernier n'a pas été informé des offres de ses concurrents¹⁸⁶⁰.

Concernant les marchés à procédure adaptée, rien n'est précisé dans le Code des marchés publics, si ce n'est que « *le pouvoir adjudicateur peut négocier avec les candidats ayant présenté une offre* »¹⁸⁶¹. Toutefois, cela ne dispense pas l'autorité adjudicatrice du respect du principe d'égalité de traitement des candidats qui s'impose à tous les marchés passés en application du Code¹⁸⁶². Ainsi, la procédure est légale tant « *qu'aura été respectée tout au long de la procédure le principe d'égalité de traitement entre les candidats, dans l'expression des besoins et dans la communication de leurs modifications éventuelles, dans les délais, dans l'information communiquée, dans les relations entretenues avec chacun des candidats, dans*

¹⁸⁵⁸ CE, 22 avril 1983, *Auffret et autres*, n° 21509, *Rec.* p. 106 – CE, 5 décembre 1994, *Commune Le Vésinet*, n° 131680 ; *RDI*, 1995, p. 317 – CE, 11 août 2009, *Société Val'Horizon et Syndicat mixte pour la collecte et le traitement des déchets de la vallée de Montmorency*, n° 325465 ; *BJCP* 2009, p. 498.

¹⁸⁵⁹ Art. 66 du Code des marchés publics.

¹⁸⁶⁰ CAA Bordeaux, 5 novembre 2007, *CNRS*, n° 06BX02409 ; *AJDA* 2008, p. 317.

¹⁸⁶¹ Art. 28 du Code des marchés publics.

¹⁸⁶² CE, avis, 29 juillet 2002, *Société Maj Blanchisseries de Pantin*, n° 246921, *Rec.* p. 297 ; *BJCP* 2002, n° 25, p. 427, concl. D. Piveteau, obs. Maugué ; *AJDA* 2002, 755, note J.-D. Dreyfus ; *ACPP* n°15, 2002, p. 42, note A. Daomarico et M. Echegut ; *Contrats et marchés publ.*, comm. 207, note F. Llorens ; *LPA*, 11 oct. 2002, p. 17, note Pignon ; *CJEG*, 2003, p. 163, étude J. Gourdou et A. Bourrel.

les critères de choix »¹⁸⁶³. Par conséquent, la procédure et la négociation doivent être conduites dans le respect du principe d'égalité de traitement des candidats¹⁸⁶⁴.

Pour un certain nombre de contrats, l'autorité adjudicatrice peut recourir à la procédure de dialogue compétitif. Dans ce cadre, les textes¹⁸⁶⁵ imposent que chaque candidat soit « *entendu dans des conditions d'égalité* » et ne reçoivent pas du pouvoir adjudicateur « *des informations susceptibles de les avantager par rapport à d'autres* ». De plus, « *des précisions, clarifications, perfectionnements ou compléments peuvent être demandés aux candidats sur leur offre finale. Cependant, ces demandes ne peuvent (...) avoir un effet discriminatoire* »¹⁸⁶⁶. Afin de respecter l'égalité de traitement des candidats, l'autorité adjudicatrice doit assurer des conditions de mise en concurrence égales pour tous. Dès lors, elle doit transmettre les mêmes informations à tous les candidats, et doit assurer un temps de discussion et une périodicité de convocation équivalents pour chacun.

L'égalité de traitement dispose donc d'une fonction fondamentale lors de la mise en concurrence, qui est appréciée de manière souple pour les délégations de service public, et de manière stricte pour les autres types de contrats. Elle dispose également d'un rôle prépondérant dans le choix des candidatures et des offres.

Paragraphe 2 : Une fonction de respect de l'égalité entre les candidats dans le choix des candidatures et des offres.

Le choix des candidatures et des offres est une phase fondamentale de toute procédure de passation. Faisant l'objet de deux phases distinctes¹⁸⁶⁷ appartenant au deuxième temps de

¹⁸⁶³ Pt. 10.3.2.2 de la Circulaire du 14 février 2012 relative au Guide des bonnes pratiques en matière de marchés publics, *JORF* du 15 février 2012, p. 2600.

¹⁸⁶⁴ CE, 30 novembre 2011, *Ministre de la défense*, préc. – CE, 18 septembre 2015, *Société Axxcess*, n° 380821 : « *considérant que la décision du pouvoir adjudicateur de recourir à la négociation dans le cadre d'une procédure adaptée ne saurait être utilement critiquée devant le juge ; qu'en revanche, s'il choisit, comme il lui est loisible de le faire, de ne négocier qu'avec certains des candidats qui ont présenté une offre, il appartient au juge, saisi d'un moyen sur ce point, de s'assurer qu'il n'a méconnu aucune des règles qui s'imposent à lui, notamment le principe d'égalité de traitement des candidats* ».

¹⁸⁶⁵ Art. 67 du Code des marchés publics – Art. L1414-7 du Code général des collectivités territoriales – Art. 30 de la Directive 2014/24 préc. : « *au cours du dialogue, les pouvoirs adjudicateurs assurent l'égalité de traitement de tous les participants. À cette fin, ils ne donnent pas, de manière discriminatoire, d'information susceptible d'avantager certains participants par rapport à d'autres* ».

¹⁸⁶⁶ Art. 67-VIII du Code des marchés publics.

¹⁸⁶⁷ Cf. *Supra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 1.

la commande publique, ce choix est encadré par l'égalité de traitement des candidats. Ce principe garantit l'impartialité de l'autorité adjudicatrice lorsqu'elle met en œuvre les critères de sélection des candidatures et des offres préalablement définis. Dans ce cadre, l'analyse des procédures de passation dévoile que les fonctions du principe d'égalité de traitement varient en fonction du choix opéré.

Pour le choix des candidatures, l'égalité de traitement est appréciée strictement, quelque soit la procédure de passation (**A**). Les critères de sélection des candidatures permettent d'apprécier objectivement la capacité d'un candidat à accéder à la mise en concurrence¹⁸⁶⁸. C'est pour cette raison que l'égalité revêt, dans la mise en œuvre des critères, un caractère impérieux. Pour le choix des offres, les fonctions de l'égalité de traitement varient en fonction de la nature et de l'objet du contrat envisagé (**B**). Dans certains cas, l'autorité adjudicatrice est dans l'obligation de choisir l'offre économiquement la plus avantageuse, ce qui ne lui laisse aucune marge de manœuvre ; si elle ne choisit pas l'offre correspondant au mieux aux critères, il y a rupture d'égalité entre les candidats. Dans d'autres cas, il est reconnu à l'autorité adjudicatrice une plus grande liberté dans le choix de l'offre ; dès lors, l'égalité de traitement s'applique avec plus de souplesse. Par conséquent, à l'instar du déroulement de la mise en concurrence, l'égalité de traitement ne fait pas l'objet d'une application uniforme pour le choix des candidatures et des offres.

A : Une égalité stricte dans le choix des candidatures.

L'égalité de traitement entre les candidats impose le respect d'un délai de remise des candidatures pour l'ensemble des candidats. Selon Laurent Richer, « *le respect des ces délais est impératif, car c'est sur leur existence que repose en grande partie l'égalité entre candidats* »¹⁸⁶⁹. Ainsi, toute candidature déposée après la date de remise des candidatures est irrecevable. Si le contrat est attribué à un candidat ayant déposé sa candidature hors-délai, il est entaché d'irrégularité¹⁸⁷⁰.

¹⁸⁶⁸ Cf. *Supra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 1.

¹⁸⁶⁹ L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 9^{ème} éd., 2014, p. 415.

¹⁸⁷⁰ CE, 5 avril 1933, *Sieur Astay*, n° 9190, *Rec.* p. 408 – CE, 1^{er} mars 1968, *Laroche et Germain*, n° 69575, *Rec.* T. p. 1000 – CE, 3 novembre 1997, *Préfet de la Marne contre Commune de Francheville*, n° 148150, *Rec.* p. 411 ; *RDI*. 1998. 87, chron. F. Llorens et Ph. Terneyre.

Avant l'examen des candidatures, l'administration peut demander aux candidats de compléter leur dossier de candidature si elle constate l'absence de pièces devant être obligatoirement transmises¹⁸⁷¹. Toutefois, cette demande doit se faire dans des strictes conditions d'égalité, l'autorité adjudicatrice devant respecter les mêmes délais et les mêmes conditions pour l'ensemble des candidats¹⁸⁷². Une demande sur la teneur des offres ne peut être entreprise à ce stade de la procédure¹⁸⁷³. La Cour de justice de l'Union européenne confirme la possibilité d'une telle demande après l'expiration des délais, à condition qu'elle n'ait pas pour effet de « *favoriser ou défavoriser le ou les candidats auxquels ladite demande a été adressée* »¹⁸⁷⁴. Par conséquent, les fonctions du principe d'égalité de traitement sont effectives bien avant l'examen effectif des candidatures.

Par la suite, il est procédé à l'analyse de chaque candidature au regard des conditions préalablement fixées dans la publicité ou le dossier remis aux candidats souhaitant soumissionner. Pour qu'une candidature soit conforme, elle doit remplir ces conditions. Si elle constate qu'une candidature n'est pas conforme au règlement de consultation, l'autorité adjudicatrice ne peut la modifier pour la rendre conforme, ou inviter le candidat à régulariser son dossier de candidature¹⁸⁷⁵, « *sans enfreindre la règle essentielle de l'égalité des concurrents* »¹⁸⁷⁶. Les candidatures qui ne remplissent pas les conditions doivent être rejetées, à peine d'irrégularité de la procédure¹⁸⁷⁷. L'autorité adjudicatrice est, dans ce cadre, en situation de compétence liée¹⁸⁷⁸. En revanche, les candidats remplissant l'ensemble de ces

¹⁸⁷¹ Pour exemple, art. 52 du Code des marchés publics : « *avant de procéder à l'examen des candidatures, le pouvoir adjudicateur qui constate que des pièces dont la production était réclamée sont absentes ou incomplètes peut demander à tous les candidats concernés de compléter leur dossier de candidature dans un délai identique pour tous et qui ne saurait être supérieur à dix jours. Il peut demander aux candidats n'ayant pas justifié de la capacité juridique leur permettant de déposer leur candidature de régulariser leur dossier dans les mêmes conditions. Il en informe les autres candidats qui ont la possibilité de compléter leur candidature dans le même délai* » – Art. 8 du décret n° 97-638 du 31 mai 1997 pris pour l'application de la loi n° 97-210 du 11 mars 1997 relative au renforcement de la lutte contre le travail illégal.

¹⁸⁷² *Idem.*

¹⁸⁷³ CE 4 mars 2011, *Région La Réunion*, n° 344197, *Rec. T.* p. 1008 ; *BJCP* 2011. 196, concl. N. Boulouis ; *Contrats et marchés publ.* 2011, comm. 132, note W. Zimmer.

¹⁸⁷⁴ CJUE, 10 octobre 2013, *Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregaende Uddannelser*, aff. C-336/12 ; *Contrats et marchés publ.* 2013, no 310, note W. Zimmer.

¹⁸⁷⁵ CE, 13 novembre 2002, *Commune du Mans*, n° 245354, *Rec. T.* p. 814 ; *AJDA* 2003. 32, note J.-D. Dreyfus.

¹⁸⁷⁶ CE, 25 juillet 1939, *Dame veuve Gautron*, n° 64734, *Rec.* p. 529.

¹⁸⁷⁷ CE, 28 avril 2006, *Syndicat mixte de gestion et de travaux pour l'élimination des déchets ménagers et assimilés de la zone ouest du département de l'Hérault*, n° 283942, *Rec. T.* p. 948 ; *Contrats et marchés publ.* 2006. comm. 166, note F. Olivier ; *ibid.*, comm. 206, concl. D. Casas – CE 26 mars 2014, *Commune de Chaumont*, n° 374387 ; *BJCP* 2014. 341, concl. G. Pellissier ; *Contrats et marchés publ.* 2014, comm. 135, note W. Zimmer.

¹⁸⁷⁸ CE, 13 novembre 2002, *Commune du Mans*, préc. : « *qu'il résulte de ces dispositions que la commission d'appel d'offres est tenue de rejeter les candidatures ne comportant pas les pièces mentionnées aux articles 45 et 46 du code des marchés publics ou comportant des pièces non signées* » – CE 10 mai 2006, *Société Bronzo*, n°

conditions doivent être admis à présenter une offre. Ainsi, en matière de délégation de service public, tout candidat présentant les garanties suffisantes doit figurer sur la liste des candidats sélectionnés¹⁸⁷⁹. L'autorité adjudicatrice ne peut rejeter une candidature remplissant les conditions au motif qu'une pièce supplémentaire est jointe au dossier¹⁸⁸⁰ ni prendre en compte des renseignements erronés fournis par un candidat, sous peine de fausser l'appréciation portée sur cette candidature au détriment des autres candidats¹⁸⁸¹.

En outre, il est possible de s'interroger sur la capacité du principe d'égalité d'empêcher le rejet d'une candidature exclusivement fondée sur l'existence d'une expérience antérieure fâcheuse avec le candidat. Le Conseil d'État¹⁸⁸² considère que les difficultés auxquelles a donné lieu la réalisation d'un contrat antérieur comparable au futur contrat peuvent motiver le rejet d'une candidature. Toutefois, l'autorité adjudicatrice ne peut se fonder uniquement sur ce motif sans examiner l'ensemble du dossier de candidature, et sans rechercher si d'autres éléments de la candidature permettent à la société de justifier des garanties techniques et financières suffisantes¹⁸⁸³. Sur cette question, le juge judiciaire adopte une position similaire¹⁸⁸⁴. Il est à noter que la nouvelle directive sur les marchés publics mentionne la capacité d'exclure un opérateur économique pour ce motif¹⁸⁸⁵. Dans le même sens, l'existence

281976, *Rec.* p. 240 ; *AJDA* 2006. 1619, note M. Lacrouts ; *Contrats et marchés publ.* 2006, comm. 204, obs. J.-P. Pietri.

¹⁸⁷⁹ CE, 30 juin 1999, *SMITOM Centre-Ouest-Seine-et-Marnais*, n° 198147 ; *Rec.* p. 230 ; *AJDA* 1999. 714, concl. C. Bergeal – CAA Lyon, 17 décembre 2009, *Commune de Saint-Pourçain-sur-Sioule*, n° 07LY01514.

¹⁸⁸⁰ CE, 8 août 2008, *Ville de Marseille*, n° 312370 ; *AJDA* 2008. 1569, obs. J.-M. pastor ; *JCP A* 2008. 2214, obs. F. Linditch ; *Contrats et marchés publ.* 2008, comm. 255, obs. W. Zimmer.

¹⁸⁸¹ CE, 3 octobre 2012, *Société Déménagements Le Gars Hauts-de-Seine Déménagements*, n° 360952, *Rec. T.* p. 848 ; *BJCP* 2013. 16, concl. B. Dacosta ; *Contrats et marchés publ.* 2012, comm. 304, note J.-P. Pietri.

¹⁸⁸² CE, 27 février 1987, *Hôpital départemental d'Esquirol*, n° 59645 ; *Dr. adm.* 1987, comm. 232 ; *RDP* 1988, p. 1420, chron. F. Llorens – CAA Paris, 5 décembre 2002, *Pezzino c/ UGAP*, n° 99PA02224 ; *Contrats et marchés publ.* 2003, comm. 71, comm. V. Haïm ; *CP-ACCP* juin 2003, p. 13 ; *LPA* 1er déc. 2003, p. 6, chron. L. Vidal – CE, 24 novembre 2008, *Société EL ALE*, n° 292256 ; *Contrats et marchés publ.* 2009, comm. 11, obs. F. Llorens et P. Soler-Couteaux.

¹⁸⁸³ CE, 10 juin 2009, *Région Lorraine*, n° 324153 ; *Rec. T.* p. 831 ; *BJCP* 2009, n° 66, p. 374, concl. N. Boulouis ; *Contrats et marchés publ.* 2009, comm. 271, note W. Zimmer ; *Dr. adm.* 2009, comm. 112, note A. Ruellan ; *RDI* 2009. 472, note R. Noguellou – CE, 10 novembre 2010, *Ministre de la défense c/ Société Multi travaux Guyane*, n° 341132, *Rec. T.* p. 885 ; *Contrats et marchés publ.* 2011, comm. 27, note F. Llorens ; *AJDA* 2011. 1348, note L. Moreau ; *Dr. adm.* 2011, comm. 8, note Coronat ; *JCP A* 2011, 2028 – CE, 24 novembre 2010, *Commune de Ramatuelle*, n° 335703, *Rec.* p. 451 ; *BJCP* 2011, p. 74, concl. N. Boulouis ; *Contrats et marchés publ.* 2011, comm. 23, note G. Eckert.

¹⁸⁸⁴ Cass. Com., 4 octobre 2011, n° 10-26.702.

¹⁸⁸⁵ Art. 57 de la Directive 2014/24 préc. : « les pouvoirs adjudicateurs peuvent exclure ou être obligés par les États membres à exclure tout opérateur économique de la participation à une procédure de passation de marché dans l'un des cas suivants : (...) des défaillances importantes ou persistantes de l'opérateur économique ont été constatées lors de l'exécution d'une obligation essentielle qui lui incombait dans le cadre d'un marché public antérieur, d'un marché antérieur passé avec une entité adjudicatrice ou d'une concession antérieure, lorsque ces défaillances ont donné lieu à la résiliation dudit marché ou de la concession, à des dommages et intérêts ou à une autre sanction comparable ».

d'incompatibilité d'humeur lors de l'exécution d'un précédent contrat ne peut justifier le rejet de la candidature¹⁸⁸⁶. La question se pose également du rejet de la candidature d'une entreprise qui a participé à la préparation du contrat. Cette dernière peut être en situation d'avantage par rapport aux autres candidats, créant ainsi une rupture d'égalité. Le rejet est possible si l'entreprise, à cette occasion, a recueilli des informations susceptibles de l'avantager par rapport aux autres candidats¹⁸⁸⁷.

Par conséquent, lors de l'examen des candidatures, le principe d'égalité de traitement permet de s'assurer que l'autorité adjudicatrice traite de la même manière l'ensemble des candidats et qu'elle ne prend aucune décision de manière arbitraire, dans le but d'avantager ou de désavantager un candidat. À ce titre, l'appréciation portée par l'autorité adjudicatrice sur les candidatures fait l'objet d'un contrôle de la part du juge. Toutefois, afin de laisser une certaine marge de manœuvre dans l'appréciation des dossiers, ce contrôle est limité à l'erreur manifeste d'appréciation, tant devant le juge administratif¹⁸⁸⁸ que le juge judiciaire¹⁸⁸⁹. S'agissant du choix des offres, l'égalité de traitement ne fait pas l'objet d'une application uniforme.

B : Une égalité protéiforme dans le choix des offres.

L'égalité de traitement intervient à deux reprises dans le processus de sélection du futur cocontractant. En premier lieu, elle conditionne le choix des critères de sélection des offres (I). Ces critères et leurs modalités de mise en œuvre ne doivent pas avoir pour effet d'aboutir à une sélection discriminatoire des offres. En second lieu, ce principe prohibe la survenance d'une rupture d'égalité d'une part, dans la mise en œuvre concrète des critères, d'autre part, dans le choix des offres (II). C'est lors de cette dernière phase que l'égalité de traitement varie en fonction de la nature et de l'objet du contrat. Lorsque le choix porte sur

¹⁸⁸⁶ CAA Marseille, 16 mai 2000, *Société Raffalli*, n° 97MA00916 ; *Dr. adm.* 2001, comm. 38 ; *Contrats et marchés publ.* 2000, comm. 39.

¹⁸⁸⁷ CE, 29 juillet 1998, *Ministre de la Justice c/ Société Génicorp*, n° 177952, *Rec. T.* p. 1017 ; *RDI.* 1999. 87, chron. F. Llorens et P. Soler-Couteaux ; *Dr. adm.* 1998, comm. 98, note Ph. Delelis – CJCE, 3 mars 2005, *Fabricom SA*, aff. C-21/03 et aff. C-34/03, *Rec. p.* I-01559 ; *Contrats et marchés publ.* 2005, comm. 78, note W. Zimmer.

¹⁸⁸⁸ CE, 13 octobre 1993, *Commune de Mées c/ Société Someco*, n° 142080 ; *RDI.* 1994. 47, chron. F. Llorens et Ph. Terneyre – CE 17 septembre 2014, *Société Delta Process*, n° 378722 ; *Contrats et marchés publ.* 2014, comm. 292, note G. Eckert.

¹⁸⁸⁹ Cass. Com., 14 mai 2013, n° 12-17.890.

l'offre économiquement la plus avantageuse, l'égalité est appliquée strictement. En revanche, elle est plus souple lorsque l'autorité adjudicatrice dispose de plus de liberté dans le choix du cocontractant.

I : L'égalité de traitement dans le choix des critères de sélection des offres.

Les critères de sélection des offres sont généralement fixés par l'autorité adjudicatrice avant le lancement de la procédure de passation, lorsqu'elle détermine ses besoins¹⁸⁹⁰. Dès lors, il est possible d'imaginer que le choix des critères d'attribution du contrat appartient au premier temps de la commande publique, et dépend donc du principe de liberté d'accès à la mise en concurrence¹⁸⁹¹. Ce n'est pas l'analyse retenue dans les développements qui suivent.

D'une part, ces critères sont mis en œuvre après la phase d'accès à la mise en concurrence, finalisée par la sélection des candidatures¹⁸⁹². Lorsque les offres sont examinées, les candidats ont déjà accédé à la mise en concurrence. D'autre part, le choix des critères des offres n'a pas de rapport avec une logique d'accès des candidats à la mise en concurrence, puisqu'ils permettent à l'autorité adjudicatrice de choisir le cocontractant. Par conséquent, ces critères procèdent d'une logique de mise en concurrence effective entre les candidats d'ores et déjà sélectionnés pour présenter une offre. C'est pour cette raison que les critères de sélection des candidatures et les critères d'attribution du contrat sont distingués pendant la procédure de passation.

Par conséquent, le choix des critères de sélection des offres doit être analysé à l'aune du deuxième temps de la commande publique, sur le fondement de l'égalité de traitement des candidats¹⁸⁹³. Ainsi, « *la question des critères de sélection des offres est essentielle au respect du principe d'égalité entre les candidats (...) C'est en effet à ce stade que tout se joue et, par la définition des critères de sélection, le pouvoir adjudicateur prédétermine le choix qu'il va faire. La jurisprudence est donc particulièrement attentive à ce que les critères posés ne soient pas discriminants et à ce que l'information des candidats soit parfaitement*

¹⁸⁹⁰ Pour les procédures formalisées, cette analyse est avérée, l'autorité adjudicatrice devant faire apparaître dans l'avis d'appel public à la concurrence les critères d'attribution du contrat (art. 53 du Code des marchés publics). C'est également le cas lorsque, pour les autres types de procédure, elle décide de faire connaître les critères d'attribution dans la publicité initiale.

¹⁸⁹¹ Cf. *Supra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 1.

¹⁸⁹² Cf. *Supra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, §2.

¹⁸⁹³ Cf. *Supra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 1.

assurée »¹⁸⁹⁴. Dès lors, l'autorité adjudicatrice doit se fonder sur le principe d'égalité de traitement des candidats lorsqu'elle fixe les critères de sélection des offres, et ce même lorsque ce choix intervient en amont de la procédure de passation.

Les fonctions du principe d'égalité de traitement des candidats, s'agissant des critères de choix des offres, dépendent de la nature du contrat envisagé. Pour les marchés publics, l'égalité joue un rôle important dans le choix des critères d'attribution. L'autorité adjudicatrice est dans l'obligation de définir des critères qui lui permettent de choisir « *l'offre économiquement la plus avantageuse* »¹⁸⁹⁵, réduisant ainsi sa liberté de choix. À cet égard, l'article 53 du Code des marchés publics, qui s'applique à l'ensemble des procédures, pose deux conditions. Si le pouvoir adjudicateur a recours à une pluralité de critères¹⁸⁹⁶, ces derniers doivent être « *non discriminatoires et liés à l'objet du marché* »¹⁸⁹⁷. Ils doivent être suffisamment précis pour ne pas laisser une liberté de choix discrétionnaire au pouvoir adjudicateur¹⁸⁹⁸. Cet impératif de précision est désormais réceptionné par le pouvoir normatif, puisque l'article 52 de la nouvelle ordonnance sur les marchés publics dispose que ces critères doivent être « *précis et liés à l'objet du marché public ou à ses conditions d'exécution* »¹⁸⁹⁹. En outre, ils doivent garantir la possibilité d'une véritable concurrence, en ce sens qu'ils ne doivent pas enfermer l'autorité adjudicatrice dans un choix prédéterminé au détriment de

¹⁸⁹⁴ R. NOUGUELLOU, obs. sous CE, 18 juin 2010, *Commune de Saint-Pal-de-Mons*, n°337377, *RDI* 2010, p. 555.

¹⁸⁹⁵ Art. 53 du Code des marchés publics – Art. 67 de la directive 2014/24 préc. : « *sans préjudice des dispositions législatives, réglementaires ou administratives nationales relatives au prix de certaines fournitures ou à la rémunération de certains services, les pouvoirs adjudicateurs se fondent, pour attribuer les marchés publics, sur l'offre économiquement la plus avantageuse* » - Art. 52-I de l'ordonnance 2015-899 préc. : « *le marché public est attribué au soumissionnaire ou, le cas échéant, aux soumissionnaires qui ont présenté l'offre économiquement la plus avantageuse* ».

¹⁸⁹⁶ Le Code des marchés publics proposent une liste de critères qui n'est pas exhaustive : « *la qualité, le prix, la valeur technique, le caractère esthétique et fonctionnel, les performances en matière de protection de l'environnement, les performances en matière de développement des approvisionnements directs de produits de l'agriculture, les performances en matière d'insertion professionnelle des publics en difficulté, le coût global d'utilisation, les coûts tout au long du cycle de vie, la rentabilité, le caractère innovant, le service après-vente et l'assistance technique, la date de livraison, le délai de livraison ou d'exécution, la sécurité d'approvisionnement, l'interopérabilité et les caractéristiques opérationnelles* ». Par conséquent, d'autres critères peuvent être retenus, « *s'ils sont justifiés par l'objet du marché* ».

¹⁸⁹⁷ Ces développements concernent également les contrats soumis à l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics : Cass. Com., 15 novembre 2011, n° 10-25.654.

¹⁸⁹⁸ CE, 28 avril 2006, *Commune de Toulouse*, n° 280197, *Rec. T.* p. 948 ; *BJCP* 2006, p. 268, concl. D. Casas ; *AJDA* 2006. 593, note F. Brenet ; *Dr. adm.* 2006, comm. 149, obs. A. Ménéménis ; *Contrats et marchés publ.* 2006, comm. 165, obs. G. Eckert – Art. 52-I de l'ordonnance n° 2015-899 préc. : « *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* ».

¹⁸⁹⁹ Art. 52-I de l'ordonnance n° 2015-899 préc.

l'ensemble des candidats¹⁹⁰⁰. Si tel était le cas, il y aurait nécessairement une rupture d'égalité. S'il choisit de recourir à un seul critère, « *compte tenu de l'objet du marché* », cela ne peut être que le prix¹⁹⁰¹. Les critères doivent obligatoirement être pondérés, ou à défaut, hiérarchisés¹⁹⁰².

La Cour de justice de l'Union européenne précise ces conditions, en exigeant que ces critères soient « *liés à l'objet du marché, ne confèrent pas audit pouvoir une liberté inconditionnée de choix, soient expressément mentionnés dans le cahier des charges ou dans l'avis de marché et respectent tous les principes fondamentaux du droit communautaire, notamment le principe de non-discrimination* »¹⁹⁰³. En ce sens, « *les critères ont forcément pour objet de discriminer entre des candidats et des offres ; mais discriminant ne signifie pas discriminatoire. Le critère doit avoir pour seul objet d'apprécier les mérites, sans discrimination a priori* »¹⁹⁰⁴. À ce titre, l'exigence d'un rapport avec l'objet du marché et l'interdiction du critère discriminatoire se rejoignent, car « *un critère qui n'est pas en rapport avec l'objet du marché sera très probablement discriminatoire et vice-versa* »¹⁹⁰⁵. Par conséquent, l'égalité de traitement dispose d'une fonction d'encadrement du choix des critères de sélection des offres en droit des marchés publics, le juge vérifiant que ces derniers n'ont pas un effet discriminatoire¹⁹⁰⁶. En outre, le juge exerce un contrôle sur la méthode de notation¹⁹⁰⁷ des offres¹⁹⁰⁸, cette

¹⁹⁰⁰ *Idem.* : « *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* ».

¹⁹⁰¹ Il est à noter qu'il est illégal de ne retenir que le prix lorsque la prestation envisagée est complexe : CE, 6 avril 2007, *Département de l'Isère*, n° 298584, *Rec. T.* p. 745 ; *BJCP* 2007, n° 53, p. 293, concl. N. Boulouis ; *AJDA* 2007. 832, obs. M.-C. de Montecler ; *Dr. adm.* 2007, comm. 113, obs. A. Ménéménis ; *Contrats et marchés publ.* 2007, comm. 171, note J.-P. Piétri.

¹⁹⁰² Art. 53 du Code des marchés publics.

¹⁹⁰³ CJCE, 17 septembre 2002, *Concordia Bus Finland*, aff. C-513/99, *Rec.* p. I-7213 ; *BJCP* 2003, p. 14, concl. Mischo ; *Dr. adm.* 2002, comm. 174, note A. Ménéménis ; *Europe* 2002, comm. 376, Berrod ; *AJDA* 2003. 433 note D. Blaise ; *Dr. env.* 2002, n° 103, note Ph. Cossalter – CJCE, 4 décembre 2003, *EVN et Wienstrom*, aff. C-448/01, *Rec.* p. I-14527 ; *Contrats et marchés publ.* 2004, comm. 28, note Ph. Delelis – CJCE, 10 mai 2012, *Commission Européenne c/ Royaume des Pays-Bas*, aff. C-368/10 ; *BJCP* 2012, p. 279, concl. J. Kokoppt, obs. S. N. ; *AJDA* 2012. 982, obs. R. Grand ; *Contrats et marchés publ.* 2012, comm. 209, note W. Zimmer.

¹⁹⁰⁴ L. RICHER, *op. cit.*, p. 402.

¹⁹⁰⁵ *Idem.*

¹⁹⁰⁶ CE, 2 août 2011, *Parc naturel régional des Grands Causses*, n° 348254, *Rec. T.* p. 1007 ; *AJDA* 2011. 1599, obs. R. Grand ; *JCP A* 2011. actu. 586, obs. J.-G. Sorbara ; *Contrat et marchés publ.* 2011, comm. 287, note W. Zimmer.

¹⁹⁰⁷ La méthode de notation est la « *méthodologie d'évaluation permettant à un pouvoir adjudicateur d'attribuer des notes aux offres déposées par les candidats* » : D. GUILLOU, « Critères, sous-critères et méthodes de notation : une distinction délicate », *CP-ACCP*, février 2013, p. 37 – Elle « *consiste à attribuer une valeur chiffrée à une prestation au regard d'un critère donné* » : B. DACOSTA, concl. sur CE, 2 août 2011, *Syndicat mixte de la vallée de l'Orge Aval*, n° 348711, *BJCP* n° 79, p. 435.

¹⁹⁰⁸ CE, 18 décembre 2012, *Département de la Guadeloupe*, n° 362532, *Rec. T.* p. 844 ; *Contrats et marchés publ.* 2013, comm. 28, note W. Zimmer.

dernière ne devant pas avoir d'effet discriminatoire¹⁹⁰⁹, et devant obligatoirement conduire l'autorité adjudicatrice à choisir l'offre économiquement la plus avantageuse¹⁹¹⁰.

Pour les contrats de partenariat, la logique semble être la même que celle des marchés publics, puisque la personne publique doit attribuer le contrat au candidat « *qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse* »¹⁹¹¹. Concernant le choix des critères, doivent obligatoirement figurer « *le coût global de l'offre, des objectifs de performance définis en fonction de l'objet du contrat, en particulier en matière de développement durable, et la part d'exécution du contrat que le candidat s'engage à confier à des petites et moyennes entreprises et à des artisans* »¹⁹¹². De plus, « *d'autres critères, en rapport avec l'objet du contrat, peuvent être retenus, notamment la valeur technique et le caractère innovant de l'offre, le délai de réalisation des ouvrages, équipements ou biens immatériels, leur qualité architecturale, esthétique ou fonctionnelle* »¹⁹¹³. Le principe d'égalité de traitement n'est pas expressément mentionné, mais l'exigence que les critères soient en rapport avec l'objet du contrat démontre une volonté du législateur de ne pas permettre à la personne publique de choisir des critères dont la mise en œuvre aurait un effet discriminatoire.

S'agissant des délégations de service public, le délégant dispose d'une plus grande liberté dans le choix du délégataire, ce qui explique que la définition des critères des offres soit

¹⁹⁰⁹ CE, 11 avril 2012, *Syndicat Ody 1218 newline du Lloyd's de Londres*, n° 354652, *Rec. T.* p. 858 ; *Contrats et marchés publ.* 2012, comm. 198, note J.-P. Pietri ; *JCP A* 2012, 2327, concl. N. Boulouis – CE, 15 février 2013, *Société SFR*, n° 363854 ; *BJCP* 2013. 295, concl. G. Pellissier ; *Contrats et marchés publ.* 2013, comm. 105, note J.-P. Pietri ; *JCP A* 2013, comm. 2326, note M.-C. Vincent-Legoux ; *AJCT* 2013. 360, obs. S. Hul – CE, 17 juillet 2013, *Ministre de la défense c/ Société Aeromécanic*, n° 364827, *Rec. T.* p. 694 ; *BJCP* 2013. 342, concl. B. Dacosta ; *Contrats et marchés publ.* 2013, note G. Eckert – CE, 29 octobre 2013, *Val-d'Oise Habitat*, n° 370789 ; *AJDA* 2013. 2183, obs. D. Poupeau ; *JCP A* 2013. actu. 882, obs. L. Erstein, et 2014, n° 2098, obs. F. Linditch ; *Contrats et marchés publ.* 2014, comm. 4, note P. Devillers ; *AJCT* 2014. 111, obs. O. Didriche.

¹⁹¹⁰ CE, 3 novembre 2014, *Commune de Belleville-sur-Loire*, n° 373362, *Rec. p.* 323 : « *considérant, en premier lieu, que le pouvoir adjudicateur définit librement la méthode de notation pour la mise en œuvre de chacun des critères de sélection des offres qu'il a définis et rendus publics ; que, toutefois, ces méthodes de notation sont entachées d'irrégularité si, en méconnaissance des principes fondamentaux d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, elles sont par elles-mêmes de nature à priver de leur portée les critères de sélection ou à neutraliser leur pondération et sont, de ce fait, susceptibles de conduire, pour la mise en œuvre de chaque critère, à ce que la meilleure note ne soit pas attribuée à la meilleure offre, ou, au regard de l'ensemble des critères pondérés, à ce que l'offre économiquement la plus avantageuse ne soit pas choisie ; qu'il en va ainsi alors même que le pouvoir adjudicateur, qui n'y est pas tenu, aurait rendu publiques, dans l'avis d'appel à concurrence ou les documents de la consultation, de telles méthodes de notation* » ; *AJDA* 2015. 532, note H. Hoepffner ; *AJCT* 2015. 97, obs. S. Hul ; *Contrats et marchés publ.* 2015. comm. 39, note P. Devillers.

¹⁹¹¹ Art. L1414-9 du Code général des collectivités territoriales : « *le contrat est attribué au candidat qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, par application des critères définis, en prenant en compte les conclusions de l'étude d'évaluation mentionnée à l'article L. 1414-2, dans l'avis d'appel public à la concurrence ou le règlement de la consultation et le cas échéant précisés dans les conditions prévues à l'article L. 1414-7* ».

¹⁹¹² *Idem.*

¹⁹¹³ *Idem.*

moins réglementée que pour les marchés publics. Toutefois, cette définition n'est pas totalement libre¹⁹¹⁴. Les critères retenus doivent être justifiés par les caractéristiques et l'objet de la délégation¹⁹¹⁵. Ainsi, « *comme en matière de marchés publics, le délégant ne peut appliquer que des critères en rapport avec l'objet du contrat* »¹⁹¹⁶, et qui n'ont pas pour effet de porter atteinte à l'égalité des candidats¹⁹¹⁷. Le choix de l'autorité délégante fait l'objet d'un contrôle plus souple que pour les marchés publics¹⁹¹⁸, le délégant n'étant pas enfermé dans le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse.

L'égalité de traitement des candidats impose que les critères d'attribution ne puissent être modifiés une fois qu'ils sont connus des candidats réels, c'est à dire après la date de dépôt des candidatures¹⁹¹⁹. Cette interdiction permet d'empêcher l'autorité adjudicatrice de modifier les modalités de choix de l'offre afin d'avantager ou de désavantager l'un des candidats. La Commission européenne¹⁹²⁰ indique en ce sens que « *les critères d'attribution (ainsi que leur ordre d'importance) ne peuvent être modifiés en cours de procédure pour d'évidentes raisons d'égalité de traitement (...). Les possibilités de « piloter » la procédure en faveur de l'un ou l'autre (les candidats) ne sont que trop évidentes* ». À ce titre, le législateur de l'Union européenne affirme désormais que « *les critères d'attribution et leur pondération devraient demeurer inchangés tout au long de la procédure et ne devraient pas faire l'objet de négociations, afin de garantir l'égalité de traitement de tous les opérateurs économiques*

¹⁹¹⁴ Cette liberté de choix est atténuée depuis la découverte, par le Conseil d'État, d'une obligation d'informer les candidats des critères d'attribution avant la date de dépôt des offres. Ainsi, « *l'obligation d'information des candidats sur les critères de jugement des offres n'est pas sans emporter un certain nombre de conséquences pratiques. En premier lieu, une telle information suppose logiquement une définition préalable desdits critères par l'autorité délégante. À l'instar de la jurisprudence consacrée en matière de marchés publics, la définition des critères sera effectuée en conformité avec l'objet du contrat et de façon objective* » : X. MOURIESSE, « Les critères de jugement des offres dans les délégations de service public », *Contrats et marchés publ.* 2010, prat. 2.

¹⁹¹⁵ TA Toulouse, 5 janvier 2010, *Société Lyonnaise des eaux*, n° 0905678 ; *BJCP* 2010, p. 158 ; *Contrats et marchés publ.* 2010, comm. 117, obs. J.-P. Piétri.

¹⁹¹⁶ J.-P. PIÉTRI, « Critères de sélection des offres et principes fondamentaux de la commande publique », comm. sous TA Toulouse, ord., 5 janvier 2010, *Société Lyonnaise des eaux*, *Contrats et marchés publ.* 2010, comm. 117.

¹⁹¹⁷ CE, 6 juillet 2005, *Société Groupe partouche*, n° 256977 ; *Contrats et marchés publ.* 2005, comm. 254, note G. Eckert.

¹⁹¹⁸ Le juge opère un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation : CE, 7 novembre 2008, *Département de la Vendée*, n° 291794, *Rec. T.* p. 805 ; *AJDA* 2008. 2454, note L. Richer ; *Contrats et marchés publ.* 2008, comm. 296, obs. G. Eckert.

¹⁹¹⁹ Lorsque l'information appropriée sur les critères d'attribution a été communiquée aux candidats potentiels avant la date limite de dépôt des candidatures, le fondement de l'encadrement des modifications est le principe de liberté d'accès à la commande publique : cf. *infra*, Section 2, §1.

¹⁹²⁰ COMMISSION EUROPÉENNE, Fiche explicative – Dialogue compétitif – Directive classique : Doc. CC/2005/04 FR.

»¹⁹²¹. Le principe d'égalité de traitement permet donc d'instaurer une intangibilité des critères d'attribution.

Cette logique d'intangibilité est réceptionnée par les jurisprudences de droit interne, administrative et judiciaire¹⁹²², et de droit l'Union européenne. Par conséquent, les critères d'attribution ne doivent subir aucune modification au cours de la procédure¹⁹²³, l'autorité adjudicatrice ne pouvant les modifier ou les neutraliser dans le but d'avantager un ou plusieurs candidats¹⁹²⁴. En outre, cette interdiction est effective « *sans qu'il soit nécessaire de démontrer que la dite modification a effectivement eu un effet discriminatoire réel, le seul effet potentiellement discriminatoire étant jugé suffisant* »¹⁹²⁵. Il en est de même de la pondération attribuée initialement à chaque critère¹⁹²⁶. Dans le même sens, un sous-critère et sa pondération ne peuvent avoir pour effet de modifier les critères d'attribution du contrat¹⁹²⁷.

En résumé, l'égalité de traitement dispose d'un rôle prépondérant dans le choix des critères de sélection des offres. Il en est de même lorsque l'autorité adjudicatrice met effectivement en œuvre ces critères afin de sélectionner son futur cocontractant.

II : Une égalité de traitement protéiforme dans la mise en œuvre des critères de sélection des offres.

À l'instar des candidatures, l'égalité de traitement des candidats impose le respect d'un délai de remise des offres identique pour l'ensemble des candidats admis à présenter une offre. Ce délai dispose d'un caractère impératif¹⁹²⁸, toute offre communiquée après ce délai

¹⁹²¹ Pt. (45) de la Directive 2014/24/UE préc.

¹⁹²² Cass. Com., 26 mai 2009, *Société Neuf Cegetel c. La Poste*, n° 08-14.534, *D.* 2009. 1541, *Bull.* 2009, IV, n° 69 ; *Contrats et marché publ.* 2009, comm. 245, F. Llorens.

¹⁹²³ CJCE, 4 décembre 2003, *EVN et Wienstrom*, préc., pt 92.

¹⁹²⁴ CE, 27 avril 2011, *Président du Sénat*, n° 344244, *Rec. T.* p. 1006 ; *AJDA* 2011. 870, obs. R. Grand ; *JCP A* 2011. actu. 333, obs. C.-A. Dubreuil, et n° 2214, note F. Linditch ; *Contrats et marchés publ.* 2011, comm. 165, note W. Zimmer.

¹⁹²⁵ A.-L. DURVIAUX, obs sous CJUE, 18 novembre 2010, *Commission européenne c/ Irlande*, n° C-226/09, *RTD Eur.* 2011 p. 429.

¹⁹²⁶ CJUE, 18 novembre 2010, *Commission européenne c/ Irlande*, aff. C-226/09, *Rec.* p. I-11807 ; *AJDA* 2010. 2242 ; *ibid.* 2011. 264, chron. M. Aubert, E. Broussy et F. Donnat ; *Contrats et marchés publ.* 2011, comm. 6, note W. Zimmer.

¹⁹²⁷ CJCE, 24 novembre 2005 *ATI EAC Srl e Viaggi di Maio Snc, EAC Srl, Viaggi di Maio Snc c/ACTV Venezia SpA, Provincia di Venezia, Comune di Venezia*, aff. C-331/04, *Rec.* p. I-10109 ; *AJDA* 2006. 255, note F. Donnat, C. Lambert.

¹⁹²⁸ CE, 15 novembre 1996, *Société Guadeloupe entretien maintenance*, n° 159520, *Rec. T.* p. 1010 ; *RDI.* 1997, p. 73, chron. F. Llorens et Ph. Terneyre.

est par conséquent irrégulière¹⁹²⁹, sauf si le retard est imputable à l'administration¹⁹³⁰. Si le contrat est attribué à un candidat qui n'a pas respecté ce délai, la procédure est entachée d'irrégularité¹⁹³¹. Lorsque la procédure de passation implique l'existence de délais intermédiaires, l'égalité de traitement contraint l'autorité adjudicatrice à appliquer les mêmes délais pour l'ensemble des candidats participant à la négociation¹⁹³². Enfin, si l'autorité adjudicatrice décide de proroger le délai de remise des offres, elle doit en faire bénéficier l'ensemble des candidats¹⁹³³.

L'emploi des critères de choix des offres ne doit pas varier d'un candidat à l'autre, et doit donc faire l'objet d'une application uniforme¹⁹³⁴. Pour éviter que l'autorité adjudicatrice n'avantage un candidat lors de l'examen des offres, elle est tenue de se conformer strictement aux critères de choix mentionnés dans la publicité ou dans le règlement de consultation transmis aux candidats admis à présenter une offre¹⁹³⁵, ainsi que leur pondération ou leur hiérarchisation. Par conséquent, l'administration ne peut utiliser un critère étranger à ceux communiqués aux candidats¹⁹³⁶. Il en est de même pour les sous-critères, lorsqu'ils sont communiqués aux candidats avant le dépôt de leur offre¹⁹³⁷. En outre, pour ne pas rompre l'égalité entre les candidats, l'autorité adjudicatrice ne peut attribuer le contrat à un candidat qui ne remplit pas les critères de choix des offres¹⁹³⁸. Elle doit également veiller à analyser l'ensemble des caractéristiques de toutes les offres qui ont été déposées par les candidats¹⁹³⁹, et les comparer effectivement entre elles¹⁹⁴⁰.

¹⁹²⁹ CE, 24 octobre 2008, *Syndicat intercommunal d'eau et d'assainissement de Mayotte et SNC Sogea Mayotte*, n° 300034, *Rec. T.* p. 809 ; *Contrats et marchés publ.* 2008, comm. 298, obs. E. Delacour

¹⁹³⁰ CAA Paris, 9 novembre 2004, *Société travaux électriques industriels française*, n° 00PA02573 ; *Contrats et marchés publ.* 2005, comm. 39, obs. F. Llorens.

¹⁹³¹ CE, 4 novembre 1996, *Département de la Dordogne*, n° 114956, *Rec.* p. 433 ; *AJDA* 1997. 185, concl. C. Maugüé ; *RDI*. 1997, p. 73, chron. F. Llorens et Ph. Terneyre – CE, 14 mars 2003, *Société Dragados obras y proyectos*, n° 250808 ; *Contrats et marchés publ.* 2003, comm. 103, note J.-P. Piétri.

¹⁹³² CE, 15 juin 2001, *SIAEP de Saint-Martin-de-Ré*, préc.

¹⁹³³ TA Paris, 26 juin 1995, *Société Bull*, *Rec. T.* p. 895 ; *Dr. adm.* 1998, comm. 191.

¹⁹³⁴ CE, 9 juillet 1948, *Sieur Bourgade et autres*, n° 68956, *Rec.* p. 314.

¹⁹³⁵ CE, 25 novembre 1998, *Onteniente*, n° 185442, *Rec.* p. 446 – CJCE, 24 novembre 2005, *ATI EAC c/ ACTV Venezia SpA, Provincia di Venezia*, aff. C-331/04, préc.

¹⁹³⁶ CE, 1^{er} avril 1994, *SA Établissements J. Richard Ducros*, n° 120121 – CE, 28 juillet 2000, *Commune Villefranche-de-Rouergue*.

¹⁹³⁷ CE, 31 mars 2010, *Collectivité territoriale de Corse*, n° 334279 ; *AJDA* 2010. 706 ; *RTD eur.* 2010. 975, chron. D. Ritleng, J.-P. Kovar et A. Bouveresse ; *Contrats et marchés publ.* 2010, comm. 165, obs. W. Zimmer.

¹⁹³⁸ TA Limoges, 22 mars 1990, *SARL Alpha's Electronique*, *Rec. T.* p. 861 – CE, 23 mai 2011, *Commune d'Ajaccio*, n° 339406, *Rec. T.* p. 1007 ; *BJCP* 2011, p. 313 ; *Contrats et marchés publ.* 2011, comm. 246, note P. Devillers.

¹⁹³⁹ CE, 26 septembre 1994, *Commune de Lattes*, n° 141975 ; *RDI*. 1995. 97, chron. F. Llorens et Ph. Terneyre.

¹⁹⁴⁰ CE, 27 juillet 1984, *Société Biro et fils*, n° 44919, *Rec.* p. 303.

En matière de marchés publics, l'autorité adjudicatrice est dans l'obligation, au préalable, d'éliminer « *les offres inappropriées, irrégulières et inacceptables* »¹⁹⁴¹, sans avoir la possibilité de demander aux candidats de régulariser leur offre. Ainsi, l'autorité adjudicatrice ne dispose d'aucune marge de manœuvre lui permettant d'avantager un candidat dont la soumission n'est qu'une offre de « façade ». Cette règle doit être relativisée s'agissant des marchés passés selon une procédure adaptée avec négociation. Il est admis que dans le cadre de cette procédure, l'autorité adjudicatrice puisse « *librement choisir* »¹⁹⁴² les candidats avec lesquels elle souhaite négocier. En conséquence de la reconnaissance de cette liberté, elle peut « *admettre à la négociation les candidats ayant remis des offres inappropriées, irrégulières ou inacceptables et ne pas les éliminer d'emblée* »¹⁹⁴³. Toutefois, afin de garantir l'impartialité de l'autorité adjudicatrice, cette possibilité ne peut s'opérer que « *dans le respect du principe d'égalité de traitement entre les candidats* »¹⁹⁴⁴. S'agissant des délégations de service public, la règle est également plus souple, puisqu'une offre non conforme peut être régularisée et admise à la négociation si cela « *ne fait pas obstacle à ce que soit appréciée la conformité de l'offre aux exigences du cahier des charges* », et si ce choix n'est pas susceptible d'avoir une influence sur la comparaison entre les offres¹⁹⁴⁵.

S'agissant du choix de l'offre à proprement parler, les règles diffèrent en fonction du type de procédure et du type de contrat. L'autorité adjudicatrice dispose de très peu de marge de manœuvre lorsqu'elle doit choisir l'offre économiquement la plus avantageuse à l'issue de la procédure de passation. L'égalité de traitement imposant que les critères soient strictement respectés et appliqués de la même manière à l'ensemble des candidats, toute attribution à une offre qui ne remplit pas au mieux ces critères constitue une rupture d'égalité entre les candidats. Lorsque le seul critère est le prix, le contrat doit être attribué au candidat qui propose le meilleur prix. Dans le cas contraire, la procédure est irrégulière¹⁹⁴⁶. En cas de pluralité de critères, l'autorité adjudicatrice dresse un classement par mérite, et le contrat doit

¹⁹⁴¹ Art. 53-III du Code des marchés publics.

¹⁹⁴² CE, 30 novembre 2011, *Ministre de la défense et des anciens combattants*, n° 353121, *Rec. T.* p. 1008 ; *BJCP* 2012, p. 86, concl. N. Boulouis ; *AJDA* 2011. 2384, obs. R. Grand ; *Dr. adm.* 2012, comm. 14, obs. F. Brenet ; *Contrats et marchés publ.* 2012, comm. 11, obs. G. Eckert.

¹⁹⁴³ *Idem.*

¹⁹⁴⁴ *Idem.*

¹⁹⁴⁵ CE, ord., 15 décembre 2006, *Société Corsica Ferries*, n° 298618 ; *Rec.* p. 566 ; *CP-ACCP* 2007, n° 64, p. 48, obs. L. Givord et J.-P. Markus ; *AJDA* 2007. 185, obs. J.-D. Dreyfus ; *Contrats et Marchés publ.* 2007, comm. 54, obs. G. Eckert. – CE, 5 janvier 2011, *Société Voyages Dupas Lebeda*, n° 342158, *Rec. T.* p. 1022 ; *Contrats et marchés publ.* 2011, comm. 84, obs. W. Zimmer ; *BJCP* 2011, p. 155 ; *AJDA* 2011. 13.

¹⁹⁴⁶ CE, 21 septembre 1992, *Commune de Bagnols-sur-Cèze contre SARL Alpha Ambulance*, n° 111555, *Rec. T.* p. 1105.

être attribué au premier candidat figurant sur cette liste. Le juge exerce un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation dans le choix de l'attributaire du contrat.

Il est à noter que pour les marchés publics, le Code des marchés publics prévoit, en cas d'équivalence des offres, un droit de préférence au profit des sociétés coopératives de production, des groupements de producteurs agricoles, des artisans, des sociétés coopératives d'artisans ou des sociétés coopératives d'artistes¹⁹⁴⁷. Toutefois, « *si, dans un but d'intérêt général inspiré notamment par des préoccupations sociales, le pouvoir réglementaire peut adopter des dispositions qui favorisent l'attribution de marchés à certaines catégories d'organismes, ce ne peut être que dans la stricte mesure de ce qui est nécessaire à l'accomplissement de ce but et dans le respect du principe d'égalité et du principe de libre concurrence consacrés tant par le droit interne que par le droit communautaire* »¹⁹⁴⁸. Par conséquent, l'égalité de traitement des candidats doit être respectée, et ce même en cas de droit de préférence.

L'autorité déléguée dispose d'une plus grande marge de manœuvre lorsqu'elle doit choisir son cocontractant dans le cadre des délégations de service public. L'égalité de traitement des candidats doit être respectée tout au long de la procédure¹⁹⁴⁹, mais l'administration, en raison de l'*intuitu personae* qui caractérise ce type de contrat, dispose d'une certaine liberté dans le choix du délégataire. Au départ, cette liberté de choix est totale¹⁹⁵⁰, et l'introduction d'une procédure de publicité et de mise en concurrence obligatoire ne revient pas sur cette liberté, dans la mesure où la loi *Sapin*¹⁹⁵¹ et les textes ne lient pas l'autorité déléguée dans son choix.

Désormais, cette liberté de choix est réduite pour deux raisons : d'une part, par l'introduction d'un contrôle de l'erreur manifeste dans le respect des critères de choix¹⁹⁵² ; d'autre part, par

¹⁹⁴⁷ Art. 53-IV du Code des marchés publics.

¹⁹⁴⁸ CAA Bordeaux, 4 mars 2003, *Département des Deux-Sèvres*, n° 00BX01170 ; *AJDA* 2003. 895, note J.-D. Dreyfus ; *CP-ACCP* juin 2003, p. 13 ; *RDI*. 2003. 458, chron. J.-D. Dreyfus et M. Degoffe.

¹⁹⁴⁹ Cf. *Supra*.

¹⁹⁵⁰ CE, 19 décembre 1913, *Drapeyron*, *Rec.* p. 1280. – CE, Ass., 3 mars 1993, *Association des amis de la forêt de Saint-Germain et de Marly et a.*, n° 142226 ; *AJDA* 1993. 384 ; *ibid.* 340, chron. C. Maugué et L. Touvet ; *D.* 1995. 335, note F. Fines ; *RDI* 1994. 27, obs. Y. Jégouzo et J. Lamarque ; *RFDA* 1994. 310, obs. J. Morand-Deville.

¹⁹⁵¹ Loi n° 93-122 du 29 janvier 1993, relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, *JORF* n°25 du 30 janvier 1993 p. 1588.

¹⁹⁵² CE, 7 novembre 2008, *Département de la Vendée*, préc.

l'obligation de publier, avant le dépôt des offres, les critères de sélection¹⁹⁵³. Comme le souligne Frédéric Dieu, « *la collectivité ne pourra en aucun cas retenir une offre ne correspondant pas à ces critères, sous peine de commettre une erreur manifeste d'appréciation entraînant l'annulation par le juge de la décision d'attribution du contrat* »¹⁹⁵⁴. Toutefois, n'étant pas obligée de choisir l'offre économiquement la plus avantageuse, l'autorité délégante dispose encore d'une certaine liberté de choix. Ainsi, « *l'offre correspondant le mieux aux critères de la collectivité n'a pas l'assurance d'être retenue* »¹⁹⁵⁵. De plus, la publicité des modalités de mise en œuvre des critères n'étant pas imposée, l'autorité délégante « *choisit le délégataire, après négociation, au regard d'une appréciation globale des critères, sans être contrainte par des modalités de mise en œuvre préalablement déterminées* »¹⁹⁵⁶. Par conséquent, l'autorité délégante ne doit pas rompre manifestement l'égalité entre les candidats dans le choix de son délégataire.

Il est possible de se demander si cette liberté de choix est toujours préservée depuis l'adoption de la nouvelle directive sur les concessions¹⁹⁵⁷. En effet, l'article 41 de la directive dispose d'une part que « *le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice établit une liste des critères par ordre décroissant d'importance* », ce qui implique que l'autorité délégante doit respecter cet ordre. D'autre part, « *les concessions sont attribuées sur la base de critères objectifs qui respectent les principes énoncés à l'article 3 et qui garantissent l'appréciation des offres dans des conditions de concurrence effective permettant de constater un avantage économique global* », et ces critères « *ne confèrent pas une liberté de choix discrétionnaire au pouvoir adjudicateur ou à l'entité adjudicatrice* ». Par conséquent, il semble que pour les concessions entrant dans le champ d'application de la directive, la liberté de choix soit amoindrie.

L'égalité de traitement des candidats dispose donc d'une fonction fondamentale lors du déroulement de la procédure, et lors du choix des candidatures et des offres. Une analyse

¹⁹⁵³ CE, 23 décembre 2009, *Etablissement public du musée et du domaine national de Versailles*, n° 328827, *Rec.* p. 502 ; *BJCP*, n° 69, p. 103, concl. B. Dacosta, obs. Ch. Maugüe ; *JCP A*, 2010, p. 2103, note F. Dieu ; *AJDA* 2010. 500, note J.-D. Dreyfus ; *JCP G*, 2010, p. 27, obs. L. Erstein ; *RTD eur.* 2010. 453, chron. D. Ritleng, A. Bouveresse et J.-P. Kovar ; *Contrats publics*, mars 2010, p. 83, note Le Bouedec ; *Dr. adm.* 2010, comm. 36, note G. Eckert ; *Contrats et marchés publ.* 2010, comm. 83, note Ph. Rees.

¹⁹⁵⁴ F. DIEU, note sous CE, 23 décembre 2009, *Etablissement public du musée et du domaine national de Versailles*, *JCP A* 2010, comm. 2103.

¹⁹⁵⁵ B. DACOSTA, concl. sur CE, 23 décembre 2009, *Etablissement public du musée et du domaine national de Versailles*, n° 328827, *BJCP* n° 69, p. 103.

¹⁹⁵⁶ CAA Lyon, 3 novembre 2011, *Société Veolia Propreté*, n° 10LY00536 ; *AJDA* 2012. 83, chron. C. Vinet.

¹⁹⁵⁷ Directive 2014/23/UE préc.

approfondie des procédures de passation dévoile que ce principe s'applique à différents degrés en fonction de la nature du contrat envisagé. Soit l'égalité est appréciée strictement, soit elle est plus relative. Dans tous les cas, et pour l'ensemble des procédures des contrats de la commande publique, l'égalité impose une obligation minimale de traiter de la même manière l'ensemble des candidats réels. L'égalité de traitement dispose également d'une fonction globale de protection de la mise en concurrence lors du déroulement de la procédure, par la reconnaissance et la sanction du conflit d'intérêts et du délit d'octroi d'avantage injustifié.

Paragraphe 3 : Une fonction spécifique de protection de la mise en concurrence par la garantie d'impartialité de la procédure de passation.

Afin de garantir l'égalité de traitement des candidats lors des procédures de passation, le législateur a mis en place des mécanismes spécifiques¹⁹⁵⁸ qui permettent de sanctionner toute manœuvre ou tout comportement remettant en cause l'impartialité de l'ensemble de la procédure. À cet égard, le principe d'égalité de traitement dispose d'une fonction globale de protection de la mise en concurrence, dont la réalisation s'étend au-delà de la simple rupture d'égalité entre les candidats. L'égalité prohibe ainsi tout comportement s'assimilant à un conflit d'intérêts (A) ou à un délit d'octroi d'avantage injustifié (B).

A : Une fonction de protection de la mise en concurrence par la prohibition du conflit d'intérêts.

La moralisation de l'achat public est un objectif pérenne du droit de la commande publique¹⁹⁵⁹. Pourtant, ainsi que l'affirme Paul Cassia¹⁹⁶⁰, « *la passation des contrats de la commande publique est un terreau fertile aux conflits d'intérêts* ». En effet, dans certaines procédures, une commission ou un jury sont chargés de procéder à la sélection des

¹⁹⁵⁸ Ces mécanismes sont dits spécifiques dans la mesure où leur reconnaissance et leur sanction vont au-delà de la simple méconnaissance de l'obligation de mise en concurrence.

¹⁹⁵⁹ Cf. *Supra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 1.

¹⁹⁶⁰ P. CASSIA, « Conflit d'intérêts et passation des contrats de la commande publique », *AJDA* 2012, p. 1040.

candidatures et des offres. Ce processus de sélection est propice à l'existence d'un conflit d'intérêts, car l'un des membres de ces entités est susceptible d'avoir un intérêt non légitime à ce que le contrat soit attribué à un candidat particulier. C'est pourquoi le principe d'égalité de traitement des candidats est prégnant s'agissant des règles relatives à la composition et au fonctionnement de ces entités.

Le conflit d'intérêts désigne « *une situation d'interférence dans laquelle une personne chargée d'une mission publique a également des intérêts privés ou d'autres intérêts publics qui peuvent influencer l'exercice indépendant, impartial et objectif de cette mission* »¹⁹⁶¹. Selon la commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique¹⁹⁶², c'est « *une situation d'interférence entre une mission de service public et l'intérêt privé d'une personne qui concourt à l'exercice de cette mission lorsque cet intérêt, par sa nature et son intensité, peut raisonnablement être regardé comme étant de nature à influencer ou paraître influencer l'exercice indépendant, impartial et objectif de ses fonctions* ». En ce sens, l'article L2131-11 du Code général des collectivités territoriales dispose que « *sont illégales les délibérations auxquelles ont pris part un ou plusieurs membres du conseil intéressés à l'affaire qui en fait l'objet, soit en leur nom personnel, soit comme mandataires* ». Le législateur européen donne désormais une définition de la notion de conflit d'intérêts, dans l'article 24 de la directive 2014/24 sur les marchés publics¹⁹⁶³. Cette notion « *vise au moins toute situation dans laquelle des membres du personnel du pouvoir adjudicateur ou d'un prestataire de services de passation de marché agissant au nom du pouvoir adjudicateur qui participent au déroulement de la procédure ou sont susceptibles d'en influencer l'issue ont, directement ou indirectement, un intérêt financier, économique ou un autre intérêt personnel qui pourrait être perçu comme compromettant leur impartialité ou leur indépendance dans le cadre de la procédure de passation de marché* ». La directive concession adopte une définition similaire¹⁹⁶⁴. L'intérêt peut être matériel¹⁹⁶⁵ ou personnel¹⁹⁶⁶.

¹⁹⁶¹ J.-B. AUBY, « Conflits d'intérêts et droit administratif », *Dr. adm.* 2010, Étude 24.

¹⁹⁶² Rapport de la Commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique remis au Président de la République le 26 janvier 2011, disponible sur le site internet www.conflits-interets.fr, p. 19.

¹⁹⁶³ Directive 2014/24/UE préc.

¹⁹⁶⁴ Art. 35 de la Directive 2014/23/UE préc. : « *la notion de conflit d'intérêts vise au moins les situations dans lesquelles des membres du personnel du pouvoir adjudicateur ou de l'entité adjudicatrice qui participent au déroulement de la procédure d'attribution de concession ou sont susceptibles d'en influencer l'issue ont, directement ou indirectement, un intérêt financier, économique ou un autre intérêt personnel qui pourrait être perçu comme compromettant leur impartialité et leur indépendance dans le cadre de la procédure d'attribution de concession* ».

¹⁹⁶⁵ L'intérêt peut être patrimonial, professionnel, commercial ou financier.

¹⁹⁶⁶ L'intérêt peut être moral, politique, familial, idéologique ...

Les textes prévoient explicitement le respect du principe d'impartialité en empêchant la survenance d'un conflit d'intérêts¹⁹⁶⁷. C'est par exemple le cas de l'article 24 du Code des marchés publics, relatif aux concours, qui dispose que « *le jury de concours est composé exclusivement de personnes indépendantes des participants au concours* ». Dans le silence des textes, le principe d'égalité de traitement garantit la prohibition et le contrôle du conflit d'intérêts, en assurant « *l'impartialité et la transparence de la procédure* »¹⁹⁶⁸ dans la sélection des candidatures et des offres. À cet égard, le Conseil d'État exige très tôt que le jury de sélection des candidats fonctionne « *avec toutes les garanties d'impartialité désirables* »¹⁹⁶⁹. Ainsi, la composition et le fonctionnement de ces entités ne doivent pas révéler l'existence d'un conflit d'intérêts susceptible de remettre en cause l'égalité dans le choix des candidatures et des offres. Le juge exige deux conditions pour que le conflit d'intérêts soit constitué. D'une part, « *l'intérêt de la personne intéressée doit être distinct de l'intérêt général* », d'autre part, « *la personne concernée doit avoir exercé une influence effective sur la délibération* »¹⁹⁷⁰. Si le conflit d'intérêts est constitué, la procédure n'est plus impartiale, il en résulte alors une rupture d'égalité de traitement entre les candidats.

Dès lors, est irrégulière la commission dans laquelle siège le fils, également employé, d'un soumissionnaire à un contrat de la commande publique¹⁹⁷¹, ou l'épouse du candidat retenu¹⁹⁷². En revanche, lorsque la personne intéressée n'exerce pas d'influence effective sur le choix des titulaires¹⁹⁷³, car ne siégeant pas directement dans la commission, le conflit d'intérêts n'est pas constitué¹⁹⁷⁴. C'est également le cas lorsqu'un lien professionnel entre un ancien salarié et

¹⁹⁶⁷ Art. 22, 24 et 69 du Code des marchés publics – Art. L1411-5 du Code général des collectivités territoriales.

¹⁹⁶⁸ CE, 1^{er} octobre 1997, *Commune de Paluel*, n° 170033, *Rec.* p. 325 ; *D.* 1998, somm. p. 361, obs. Ph. Terneyre – CE, 27 novembre 2002, *Dangas et autres*, n° 204619, *Rec. T.* p. 811 ; *Contrats et marchés publ.* 2003, comm. 27, J.-P. Piétri – CE, 25 juin 2004, *Ministre des affaires étrangères, de la coopération et de la francophonie*, n° 263404, *Rec. T.* p. 764 ; *Contrats et marchés publ.* 2004, comm. 195, obs. F. Olivier.

¹⁹⁶⁹ CE, 6 décembre 1911, *Piquart et autres contre Hospices de Grenoble*, n° 39207, *Rec.* p. 1139.

¹⁹⁷⁰ F. DIEU, concl. sur TA Nice, 23 septembre 2005, *SA Signoret c/ CH Grasse*, n° 9904141, *JCP A* 2005, n° 47, 1365.

¹⁹⁷¹ CE, 3 novembre 1997, *Préfet de la Marne contre Commune de Francheville*, préc.

¹⁹⁷² TA Rennes, 19 janvier 1994, *Établissement Armor B*.

¹⁹⁷³ CE, 24 juin 2011, *Ministre de l'Écologie, du Développement durable, des Transports et du Logement et Société Autostrade Per l'Italia SPA*, n° 347720, *Rec. T.* p. 1008 ; *AJCT* 2011. 519, obs. C. Lapuelle ; *BJCP* 2011. 365, concl. N. Boulouis et note T. dal Farra ; *RJEP* 2011, comm. 54, note A. Friboulet ; *Contrats et marchés publ.* 2011, comm. 261, note G. Eckert.

¹⁹⁷⁴ CE, sect., 8 juin 1994, *Mas*, n° 141026 – CE, 9 mai 2012, *Commune de Saint-Maur-des-Faussés*, n° 355756, *Rec.* p. 213 ; *BJCP* n° 84, p. 343, concl. B. Dacosta ; *Contrats et marchés publ.* 2012, comm. 210, note W. Zimmer ; *RJEP* 2012, comm. 53, A. Friboulet.

une entreprise soumissionnaire est éteint depuis suffisamment longtemps¹⁹⁷⁵. À l'inverse, le conflit d'intérêts est constitué en raison du faible temps écoulé entre l'activité d'un ancien salarié au sein d'une entreprise candidate¹⁹⁷⁶. Plus récemment, le Conseil d'État confirme qu'il y a conflit d'intérêts lorsque la personne intéressée a une capacité d'influence particulière sur le déroulement de la procédure, « *de nature à créer un doute légitime sur son impartialité* »¹⁹⁷⁷.

De manière générale, il convient « *de prévenir, de détecter et de corriger de manière efficace des conflits d'intérêts survenant lors des procédures de passation* », et ce « *afin d'éviter toute distorsion de concurrence et d'assurer l'égalité de traitement de tous les opérateurs économiques* »¹⁹⁷⁸. Par conséquent, le principe d'égalité de traitement exerce une fonction qui permet d'éviter ou de sanctionner un conflit d'intérêts. Ce principe exerce également une fonction à dimension pénale, lorsque le comportement de l'autorité adjudicatrice s'apparente à un délit d'avantage injustifié.

B : Une fonction de protection de la mise en concurrence par la reconnaissance du délit d'octroi d'avantage injustifié.

Lors de la phase de mise en concurrence, le décideur public doit prononcer l'attribution des contrats de la commande publique en faisant preuve d'impartialité, sans parti pris. Sinon, il en résulte une rupture d'égalité entre les candidats. Malgré les différents textes visant à lutter contre le comportement immoral des acheteurs publics, il arrive que des décideurs publics, intentionnellement, octroient un avantage injustifié à l'un des candidats, dans l'objectif de lui faire remporter le contrat. Ce comportement s'apparente à un délit d'octroi d'avantage injustifié, connu sous le nom de délit de favoritisme.

¹⁹⁷⁵ CE, 27 juillet 2001, *Société Degrémont*, n° 232820, *Rec.* p. 413 ; *BJCP* 2001, p. 512, concl. D. Piveteau ; *Dr. adm.* 2001, comm. 229, obs. D.P. ; *Contrats et marchés publ.* 2001, comm. 185, note G. Eckert ; *RDI* 2002. 63, chron. M. Degoffe et J.-D. Dreyfus – CE, 19 mars 2012, *SA Groupe Partouche*, n° 341562, *Rec.* p. 91 ; *BJCP* 2012, p. 193, concl. N. Boulouis et obs. R.S. ; *AJDA* 2012. 573 ; *Contrats et marchés publ.* 2012, comm. 157, obs. G. Eckert ; *JCP A* 2012, 2319, note U. Ngampio-Obélé-Bélé ; *RJEP* 2012, comm. 41, note G. Péliissier

¹⁹⁷⁶ TA Nice, 7 octobre 2005, *SA Signoret c/ Centre hospitalier Grasse* ; *AJDA* 2006. 98, note F. Dieu.

¹⁹⁷⁷ CE, 22 octobre 2014, *Société EBM Thermique*, n° 382495 ; *Contrats et marchés publ.* 2014, comm. 326, note W. Zimmer ; *AJDA* 2015. 139.

¹⁹⁷⁸ Art. 24 de la Directive 2014/24/UE préc.

Le délit d'octroi d'avantage injustifié est constitué lorsque l'autorité adjudicatrice procure ou tente de procurer à autrui « *un avantage injustifié par un acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics et les délégations de service public* »¹⁹⁷⁹. Plusieurs conditions sont requises pour que le délit soit constitué¹⁹⁸⁰, notamment une violation des dispositions qui ont pour objet de garantir l'égalité des candidats dans les marchés publics et les délégations de service public. Lorsque le délit intervient lors du premier temps de la commande publique, il concerne l'accès des candidats potentiels à la mise en concurrence et doit donc être analysé au regard du principe de liberté d'accès à la commande publique¹⁹⁸¹. En revanche, c'est l'égalité de traitement des candidats à laquelle il est porté atteinte lorsque l'autorité adjudicatrice octroie un avantage injustifié à un ou plusieurs candidats pendant la phase de mise en concurrence effective. Dans ce cas, l'avantage injustifié se caractérise par une rupture d'égalité entre les candidats. Ainsi, le juge pénal est en mesure de contrôler « *l'impartialité qui doit présider à la répartition de la commande publique* »¹⁹⁸² en sanctionnant le délit d'octroi d'avantage injustifié.

Le délit est constitué lorsque l'autorité adjudicatrice procure ou tente de procurer un avantage injustifié à l'un des candidats réels, faussant par conséquent l'égalité entre les candidats. C'est le cas lorsque le contrat est attribué, sans raison objective, à une société qui dispose d'un lien particulier avec un membre de la commission d'appel d'offre ou de la commission de service public. Par exemple, lorsqu'un président de conseil général intervient comme président de la commission d'appel d'offre et donne une délégation de signature pour l'attribution de marchés à deux sociétés dont les cogérants sont ses propres enfants, le favoritisme est reconnu¹⁹⁸³. Il est également constitué lorsqu'est déclarée attributaire une entreprise gérée par l'épouse de l'exécutif d'une collectivité territoriale qui a présidé la réunion de la commission d'appel d'offre¹⁹⁸⁴. Ainsi, le choix ne doit pas être fondé sur des liens familiaux, des relations personnelles ou amicales¹⁹⁸⁵.

¹⁹⁷⁹ Art. 432-14 du Code pénal.

¹⁹⁸⁰ Cf. *Supra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 1.

¹⁹⁸¹ *Idem*.

¹⁹⁸² C. PREBISSY-SCHNALL, *La pénalisation du droit des marchés publics*, LGDJ, coll. Thèses, Biblio. de droit public, Tome 223, 2002, p. 18.

¹⁹⁸³ Cass. Crim., 9 février 2005, n° 03-85.697, *Bull. civ.* V, n° 48 ; *AJDA* 2005. 854 ; *RSC* 2005, 560, obs. J.-P. Delmas Saint-Hilaire ; *RTD com.* 2005. 616, obs. B. Bouloc.

¹⁹⁸⁴ Cass. Crim., 19 novembre 2003, n° 03-80.660.

¹⁹⁸⁵ Cass. Crim., 20 mai 2009, n° 08-87.354.

Le juge pénal reconnaît également l'octroi d'un avantage injustifié lorsque l'autorité adjudicatrice fournit des informations privilégiées, sur la consistance ou le coût du futur contrat, à un ou plusieurs candidats particuliers, sans en informer l'ensemble des candidats¹⁹⁸⁶. C'est le cas lorsqu'un candidat a connaissance d'un devis estimatif du prix établi par les services de l'autorité adjudicatrice, ce qui lui permet de proposer une offre dont le prix s'en rapproche considérablement¹⁹⁸⁷. Dans ce cas, la rupture d'égalité entre les candidats réels est évidente.

En matière appel d'offre, peut être considéré comme l'octroi d'un avantage injustifié le fait de négocier avec un candidat, après l'ouverture des plis, en méconnaissance du principe de l'intangibilité de l'offre¹⁹⁸⁸. Cette pratique permet au candidat de modifier son offre afin de proposer l'offre économiquement la plus avantageuse.

Dans ce cadre, l'égalité de traitement assure une fonction de protection de la mise en concurrence, en prohibant l'octroi d'un avantage injustifié à l'un des candidats. Ainsi, « sanctionner pénalement n'est pas un objectif à atteindre mais un des moyens utilisés pour protéger les marchés et éviter un dysfonctionnement de la structure décisionnelle au sein de la collectivité ou de l'entreprise »¹⁹⁸⁹. Par conséquent, l'égalité garantit l'impartialité de la procédure en sanctionnant toute attribution qui n'est pas fondée sur des raisons objectives.

L'égalité de traitement, principe applicable lors du deuxième temps de la commande publique, dispose donc d'une fonction fondamentale qui s'exerce tout au long de la phase de mise en concurrence. À cet égard, l'égalité garantit le bon fonctionnement de la procédure et la protection d'une mise en concurrence efficace. Dans ce cadre, l'application de l'égalité de traitement varie en fonction de la phase de la procédure et de la nature du contrat envisagé. Dans certains cas, elle est appréciée strictement ; dans d'autres, elle laisse une marge de manœuvre à l'autorité adjudicatrice dans la conduite de la procédure, tout en imposant une obligation minimale de ne pas traiter de manière différente les candidats. Il existe donc, au travers de l'égalité, une échelle de mise en concurrence qui dépend de la nature du contrat et

¹⁹⁸⁶ Cass. Crim., 28 janvier 2004, 02-86597 ; *Bull. crim.* 2004, n° 23 ; *Dr. pén.* 2004, comm. 92, note M. Véron ; *JCP G* 2004, II, 10084, note F. Linditch – CA Rennes, 21 novembre 1996, n° 1720/96.

¹⁹⁸⁷ TGI Charleville-Mézières, 14 février 1996, n° 317/96.

¹⁹⁸⁸ CA Orléans, 3 mars 1998, cité *in* Circ., 2 juill. 1998 : *Marchés publ.* 1999, n° 4, p. 12.

¹⁹⁸⁹ C. PREBISSY-SCHNALL, *op. cit.*, p. 25.

de la procédure de passation. Il convient, à présent, de préciser les fonctions du dernier principe de la commande publique, celui de transparence des procédures.

Section 2 : Les fonctions propres du principe de transparence.

Le principe de transparence produit ses effets lors des deuxième et troisième temps de la commande publique¹⁹⁹⁰. À l'instar de l'égalité de traitement, ce principe dispose d'un caractère consécutif, dans la mesure où ses fonctions s'exercent seulement lorsque le principe initial de liberté d'accès s'applique, ce dernier fondant l'existence des procédures de passation et en conditionnant l'accès¹⁹⁹¹. La liberté enclenche ainsi l'application du principe de transparence, qui ne trouve à s'appliquer que dans le cadre des procédures de passation. Dès lors, c'est au moment de la mise en œuvre effective de la procédure « *que s'exerce l'influence du principe de transparence sur les procédures de passation des contrats publics, d'où la consécration du principe de transparence des procédures* »¹⁹⁹². Le principe de transparence exerce deux fonctions. D'une part, une fonction d'intelligibilité de la procédure (**paragraphe 1**), d'autre part, une fonction de vérification de l'impartialité de la procédure (**paragraphe 2**). À ce titre, la transparence des procédures est fondamentale car elle permet un exercice efficace des contrôles administratifs et financiers à tous les stades de la procédure de mise en concurrence. Ces deux fonctions sont liées, car plus la procédure est transparente et intelligible, plus la vérification de l'impartialité est aisée. En droit de la commande publique, la transparence joue ainsi le rôle de « principe preuve ».

Paragraphe 1 : Une fonction d'intelligibilité de la procédure de passation.

L'intelligibilité de la procédure traite de la question des éléments communiqués aux candidats sur le futur contrat et sur les modalités de mise en concurrence. Cette phase de publicité est fondamentale, car elle détermine le droit applicable à la procédure de

¹⁹⁹⁰ Cf. *Supra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 2.

¹⁹⁹¹ Cf. *Supra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 1.

¹⁹⁹² L. BATTOUE, *Contrats publics et interventionnisme économique*, thèse dactyl., 2006, p. 429.

passation¹⁹⁹³. Dans ce cadre, la transparence assure l'efficacité de la procédure, en permettant aux candidats d'élaborer des candidatures et des offres conformes aux besoins déterminés par l'autorité adjudicatrice. Elle permet également de lutter contre l'opacité dans la mise en œuvre de la procédure et dans l'octroi du futur contrat. À l'inverse, l'absence de communication sur les éléments du futur contrat et sur le déroulement de la procédure préjudicie à l'efficacité de la mise en concurrence.

Selon Jennifer Marchand, « *la transparence valorise des notions telles que la performance, l'efficacité et l'efficience. (...) Le principe de transparence applicable à la commande publique obéit également à une logique d'efficacité de l'action publique* »¹⁹⁹⁴. À ce titre, la transparence oblige l'autorité adjudicatrice à transmettre certaines informations aux tiers ainsi qu'aux candidats potentiels et réels. Les éléments essentiels du contrat et les modalités de mise en œuvre de la procédure doivent être communiqués avant le choix des candidatures et des offres (A). La question de la publicité des critères de sélection des offres doit faire l'objet d'une analyse particulière, car elle révèle l'extension des fonctions du principe de transparence au gré d'une jurisprudence constructive (B). La transparence de l'ensemble de ces informations permet *a posteriori* de contrôler l'impartialité de la procédure de passation¹⁹⁹⁵.

A : Une fonction encadrant le contenu de l'information préalable.

La transparence contraint l'autorité adjudicatrice à publier deux types d'information dans la publicité préalable. D'une part, les candidats potentiels doivent avoir accès aux éléments essentiels relatifs au futur contrat, afin d'élaborer une offre conforme aux caractéristiques précisées par l'autorité adjudicatrice (I). La publicité de cette information renforce l'efficacité de la procédure, et permet d'éviter dans la mesure du possible l'infructuosité de l'appel à candidature. D'autre part, les modalités de mise en œuvre de la

¹⁹⁹³ L'autorité adjudicatrice doit en effet se conformer aux modalités de passation qu'elle rend transparentes. C'est pourquoi les informations communiquées ne doivent pas faire l'objet de contradictions si elles sont publiées dans plusieurs supports de publicité : CE, 10 mai 2006, *Syndicat intercommunal des services de l'agglomération valentinoise*, n° 286644, *Rec.* p. 242 ; *BJCP* 2006. 427, concl. D. Casas, obs. R. S. ; *Contrats et marchés publ.* 2006, comm. 226, obs. F. Olivier.

¹⁹⁹⁴ J. MARCHAND, « Réflexions sur le principe de transparence », *RDP* 2014, n° 3, p. 687.

¹⁹⁹⁵ Cf. *Infra*, §2.

procédure doivent être communiquées afin que les candidats soient informés des « règles du jeu » de la compétition (II). Le principe de transparence contraint l'autorité adjudicatrice à respecter ces modalités tout au long de la procédure.

Dès lors, la transparence, combinée au principe de liberté d'accès à la mise en concurrence, assure la réalisation pleine et entière de la publicité initiale. La liberté permet une diffusion suffisamment large de l'information afin d'appeler le plus grand nombre de candidats potentiels¹⁹⁹⁶ ; la transparence garantit l'intelligibilité de la procédure afin d'assurer une compatibilité des offres et des besoins de l'autorité adjudicatrice. Ces principes concourent ainsi à l'efficacité de la publicité initiale.

I : La publicité des éléments essentiels du contrat.

La publicité préalable des éléments essentiels du contrat ne soulève pas de difficulté particulière lorsque les textes prévoient les mentions obligatoires devant figurer dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans le document de consultation remis aux entreprises¹⁹⁹⁷. Les nouvelles directives sur les marchés publics¹⁹⁹⁸ et les concessions¹⁹⁹⁹ prévoient, dans leurs annexes²⁰⁰⁰, les formulaires de publicité dans lesquels apparaissent les mentions obligatoires devant être renseignées par l'autorité adjudicatrice dans la publicité initiale, sous peine d'irrégularité de la procédure²⁰⁰¹. Pour les marchés publics d'un montant supérieur à 90 000 euros et pour ceux entrant dans le champ d'application des directives, la publicité est faite selon un modèle prévu par arrêté²⁰⁰². Les mentions obligatoires dont il s'agit sont essentiellement la nature du contrat, son objet, sa durée et ses principales caractéristiques. L'objet du contrat doit être décrit de manière suffisamment précise²⁰⁰³, dans tous les supports

¹⁹⁹⁶ Cf. *Supra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 1.

¹⁹⁹⁷ Art. 42 du Code des marchés publics.

¹⁹⁹⁸ Directive 2014/24/UE préc.

¹⁹⁹⁹ Directive 2014/23/UE préc.

²⁰⁰⁰ Annexe V de la directive 2014/24/UE préc. – Annexes 5 à 8 de la directive 2014/23/UE préc.

²⁰⁰¹ CJCE, 24 janvier 1995, *Commission c/ Pays-Bas*, aff. C-359/93, *Rec.* p. I-157 ; *D.* 1996. 21, note Bergerès.

²⁰⁰² Art. 40 du Code des marchés publics.

²⁰⁰³ CE, 29 décembre 1997, *Département de Paris*, n° 159693, *Rec.* p. 503 : « eu égard à l'imprécision de la description de l'objet du marché dans l'avis d'appel de candidatures, le département de Paris ne peut être regardé comme ayant satisfait aux obligations de publicité » ; *Mon. TP* 2 mai 1998, TO p. 395, concl. C. Bergeal ; *RDI*. 1998. 242, obs. F. Llorens et Ph. Terneyre – CE, 19 septembre 2007, *Service départemental*

de publicité choisis par l'autorité adjudicatrice²⁰⁰⁴. Pour les marchés publics, les modalités de financement et de paiement envisagées²⁰⁰⁵, ainsi que la langue dans laquelle l'offre doit être présentée²⁰⁰⁶, doivent également être renseignées. En revanche, l'information sur le montant prévisionnel n'est pas obligatoire²⁰⁰⁷.

La jurisprudence dégage parfois, en plus des textes, les éléments essentiels devant figurer dans les documents de consultation du fait de leur importance pour l'exécution du futur contrat. Ainsi, la reprise des salariés du titulaire du précédent marché est un élément essentiel du marché devant figurer dans les documents de consultation²⁰⁰⁸. Cette solution dégagée par le Conseil d'État est reprise par la Cour de cassation²⁰⁰⁹. L'ensemble de ces mentions essentielles doit figurer avec précision dans la publicité préalable, sous peine d'irrégularité de la procédure²⁰¹⁰. Des informations contradictoires, dans l'avis d'appel public à la concurrence, sur un des éléments essentiels du futur contrat, peuvent entacher la procédure d'irrégularité²⁰¹¹.

Pour les marchés publics dont le montant est inférieur à 90 000 euros, l'article 40 du Code des marchés publics prévoit seulement que « *le pouvoir adjudicateur 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 en cause* ». Selon le Conseil d'État, il appartient à l'acheteur de déterminer les modalités de publicité « *appropriées aux caractéristiques de ce marché, et notamment à son objet, à son montant, au degré de concurrence entre les entreprises concernées et aux conditions dans lesquelles il est passé* ».

d'incendie et de secours du Nord, n° 298294, *Rec. T.* p. 938 ; *Contrats et marchés publ.* 2007, comm. 292, obs. W. Zimmer ; *AJDA* 2007. 1782, obs. J.-M. Pastor.

²⁰⁰⁴ CE, 29 juin 2005, *CCI de Calais*, n° 266631 ; *Contrats et marchés publ.* 2005, comm. 247, obs. F. Llorens.

²⁰⁰⁵ CE, 27 juillet 2001, *Compagnie générale des eaux*, n° 229566, *Rec. p.* 406 ; *BJCP* 2002. 21, concl. D. Piveteau, obs. R. S.

²⁰⁰⁶ *Idem*.

²⁰⁰⁷ CE, 10 février 1997, *Office public d'aménagement et de construction du Puy-de-Dôme et du Massif Central*, n° 167569, *Rec. T.* p. 926 – CE, 1^{er} juin 2005, *Département de la Loire*, n° 274053, *Rec. T.* p. 964 ; *BJCP* 2005. 366, concl. D. Casas, obs. Ch. M. ; *AJDA* 2005. 1629, note Dourlens ; *Contrats et marchés publ.* 2005, comm. 213, obs. J.-P. Pietri – CE, 6 janvier 2006, *Syndicat mixte de collecte, de traitement et de valorisation des déchets du Vendômois*, n° 281113 ; *Contrats et marchés publ.* 2006. comm. 92, obs. F. Llorens

²⁰⁰⁸ CE, 19 janvier 2011, *Société Technique d'environnement et propreté*, n° 340773 ; *JCP A* 2011, 2080, comm. F. Linditch.

²⁰⁰⁹ Cass. Com., 10 décembre 2013, n° 12-25.8.08.

²⁰¹⁰ CE, 29 décembre 1997, *Département de Paris*, préc.

²⁰¹¹ CE, 15 avril 2005, *Ville de Paris c/ Société SITA Île-de-France Paris*, n°273178 ; *BJCP* 2005. 289, concl. N. Boulouis, obs. R. S. ; *Contrats et marchés publ.* 2005, comm. 184, obs. Zimmer.

»²⁰¹². Ces dispositions laissent une marge de manœuvre à l'autorité adjudicatrice pour décider des modalités de la publicité préalable. La régularité de la procédure dépend ainsi de la notion de publicité adéquate. Se pose dès lors la question des mentions devant obligatoirement figurer dans l'avis d'appel public à la concurrence. À cet égard, Bernard Koebel indique que « *certaines rubriques nous semblent (...) revêtir une importance toute particulière (...) il s'agit notamment des mentions relatives à la procédure utilisée, à l'objet du marché, à ses caractéristiques, à sa nature, à sa durée, ainsi que les critères de sélection et de jugement, la date limite de remise des offres et la date de publication de l'avis* »²⁰¹³. Selon le guide des bonnes pratiques en matière de marché public²⁰¹⁴, doivent toujours être mentionnés « *l'identité et les coordonnées de l'acheteur, l'objet des prestations envisagées, les critères d'attribution du marché et, lorsque le prix n'est pas l'unique critère de choix, les conditions de mise en œuvre de ces critères* ». Afin que l'intelligibilité de la procédure soit assurée, le juge exerce un contrôle sur le contenu de la publicité au regard du principe de transparence.

Pour les délégations de service public, l'article R1411-1 du Code général des collectivités territoriales dispose que la publicité « *précise la date limite de présentation des offres de candidature* », ainsi que « *les modalités de présentation de ces offres* », et « *les caractéristiques essentielles de la convention envisagée, notamment son objet et sa nature* ». De plus, « *la collectivité adresse à chacun des candidats un document définissant les caractéristiques quantitatives et qualitatives des prestations ainsi que, s'il y a lieu, les conditions de tarification du service rendu à l'usager* »²⁰¹⁵. Le cahier des charges peut comporter des informations plus détaillées que celles contenues dans la publicité initiale, sous réserve de ne pas faire apparaître une prestation différente de celle résultant de cette publicité²⁰¹⁶. Pour les concessions soumises à la directive du 26 février 2014, la publicité doit être conforme au formulaire contenu dans l'annexe 4. Les mentions essentielles, notamment

²⁰¹² CE, 7 octobre 2005, *Région Nord Pas-de-Calais*, n°278732, *Rec.* p. 423 ; *AJDA* 2005. 2128, note J.-D. Dreyfus ; *Dr. adm.* 2005, comm. 168, obs. A. Ménéménis ; *Contrats et marchés publ.* 2005, ét. 17, note F. Lichère ; *RLCT* 9/2006, n° 228, note V. Corneloup.

²⁰¹³ B. KOEBEL, art. préc.

²⁰¹⁴ Guide des bonnes pratiques en matière de marchés publics, p. 47, disponible sur le site internet de la Direction des affaires juridiques.

²⁰¹⁵ Art. 38 de la Loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, préc.

²⁰¹⁶ CE, 4 février 2009, *Communauté d'agglomération du bassin de Thau*, n° 311949, *Rec. T.* p. 828 ; *Contrats et marchés publ.* 2009, comm. 163, note W. Zimmer.

l'objet du contrat, doivent être suffisamment précises, sous peine d'irrégularité²⁰¹⁷, mais le contenu de la publicité reste moins strict que pour les marchés publics. La transparence, au titre de sa fonction d'intelligibilité de la procédure, varie donc en fonction du contrat concerné.

Une interrogation sur l'indication d'une durée fixe des délégations de service public dans la publicité initiale a pu être soulevée. Malgré une jurisprudence fournie sur cette question, la solution ne semble pas claire. Le Conseil d'État considère que si la durée figure dans le règlement de consultation, l'absence de sa mention dans la publicité initiale n'entache pas la procédure d'irrégularité²⁰¹⁸. La solution est similaire lorsque l'autorité délégante informe les candidats des conditions d'appréciation des offres au regard de la durée, alors même que cette dernière n'est pas indiquée préalablement²⁰¹⁹. Toutefois, dans une décision *Musée Rodin* du 23 mai 2008²⁰²⁰, la durée est qualifiée de « *caractéristique essentielle de la délégation* », et doit par conséquent être portée à la connaissance des candidats. Le Conseil d'État affine ensuite cette jurisprudence, en indiquant que la durée doit être obligatoirement indiquée lorsqu'elle s'assimile à un critère d'appréciation des offres²⁰²¹. En outre, le Conseil d'État admet la possibilité d'indiquer une durée potentielle, si « *ces potentialités n'induisent pas une incertitude telle qu'elle puisse empêcher des entreprises de présenter utilement leur offre* »²⁰²². Cette jurisprudence ne permet pas de dégager l'existence d'une obligation claire d'informer les candidats de la durée d'une délégation de service public. Pour Jean-Baptiste Vila, la jurisprudence actuelle ne contraint pas l'autorité délégante à fixer une durée contractuelle fixe et invariable dès la procédure de passation²⁰²³.

La directive sur les concessions n'éclaire pas cet état du droit, en disposant que l'avis doit obligatoirement indiquer « *un ordre de grandeur ou la valeur indicative et, si possible, la*

²⁰¹⁷ CE, 15 décembre 2008, *Communauté intercommunale des Villes solidaires*, n° 312350, *Rec. T.* p. 819 ; *AJDA* 2008. 2421 ; *BJCP* 2009, n° 63, p. 136, concl. B. Dacosta et obs. Ch. M. ; *JCP Adm.* 2009, n° 2045, note F. Linditch ; *Contrats marchés publ.* 2009, comm. 58, note G. Eckert.

²⁰¹⁸ CE, 25 juillet 2001, *Syndicat des eaux et de l'Iffrenet*, n° 231319, *Rec. T.* p. 1041 ; *BJCP* 2001. 530, concl. D. Piveteau.

²⁰¹⁹ CE, 28 mai 2003, *APHP*, n° 248429, *Rec. T.* p. 1047 ; *BJCP* 2003, n° 30, p. 385.

²⁰²⁰ CE, 23 mai 2008, *Musée Rodin*, préc.

²⁰²¹ CE, 15 décembre 2008, *Communauté intercommunale des Villes solidaires*, préc. : « *que l'absence de précision quant à la durée exacte de la délégation ne donnait pas aux entreprises candidates une information suffisante sur les critères d'appréciation des offres* ».

²⁰²² CE, 4 février 2009, *Communauté urbaine d'Arras*, n° 312411, *Rec. T.* p. 829 ; *BJCP* 2009. 220, concl. N. Boulouis ; *JCP A* 2009, 2102, comm. F. Dieu ; *Contrats et marchés publ.* 2009, comm. 142, note G. Eckert.

²⁰²³ J.-B. VILA, comm. sous CE, 21 mai 2010, *Commune de Bordeaux contre Société Les Nouveaux Golfs de France*, n° 334845, *JCP A* 2010, comm. 2291.

durée du contrat »²⁰²⁴. Il est difficile, actuellement, d'interpréter le terme « si possible ». Cette logique peut être *a priori* critiquée dès lors que la durée est une caractéristique essentielle des délégations de service public, dont la mention permet aux candidats de présenter utilement une offre. Mais la durée dépend « *de la nature et du montant de l'investissement à réaliser* » et ne peut « *dépasser la durée normale d'amortissement des installations mises en œuvre* ». Il est donc possible de considérer que c'est aux entreprises de proposer une durée en fonction de ces paramètres, l'autorité déléguante n'ayant à indiquer qu'une durée estimative. Autrement dit, l'indication d'une durée fixe n'est pas nécessaire à l'intelligibilité de la procédure dans la mesure où cet élément varie en fonction du contenu de l'offre de chaque candidat, sauf lorsqu'il constitue un critère d'attribution de l'offre.

La transparence, en obligeant l'autorité adjudicatrice à procéder à une information préalable des éléments essentiels du futur contrat, assure une fonction d'intelligibilité de la procédure, qui permet aux candidats de présenter utilement leur soumission. À cet égard, la transparence contraint également la personne publique à informer les candidats des modalités de la future mise en concurrence.

II : La publicité des modalités de la mise en concurrence.

La transparence contraint l'autorité adjudicatrice à informer préalablement les candidats des modalités de mise en concurrence. Elle leur permet ainsi de connaître « les règles du jeu » aboutissant au choix du futur cocontractant. La procédure utilisée, ses caractéristiques ainsi que divers renseignements liés à l'autorité adjudicatrice²⁰²⁵ sont nécessaires au bon déroulement de la procédure.

L'autorité adjudicatrice a également l'obligation de mentionner, dans la publicité initiale, les critères de sélection des candidatures. Cette obligation est claire s'agissant des marchés publics dont la publicité est réglementée, les critères devant être « *mentionnées dans l'avis d'appel public à la concurrence, ou, s'il s'agit d'une procédure dispensée de l'envoi d'un tel avis, dans le règlement de la consultation* »²⁰²⁶. Le juge exerce un contrôle strict de cette

²⁰²⁴ Annexe 4 de la directive 2014/23/UE préc.

²⁰²⁵ Comme le service concerné, l'adresse et les coordonnées.

²⁰²⁶ Art. 52 du Code des marchés publics.

disposition²⁰²⁷. Pour les marchés à procédure adaptée, dont les modalités de publicité sont librement fixées par le pouvoir adjudicateur, l'obligation d'information préalable des critères de sélection des candidatures semble exister. La jurisprudence exigeant l'information préalable des critères de choix des offres²⁰²⁸, elle doit *a fortiori* contraindre l'autorité adjudicatrice à communiquer les critères de sélection des candidatures, dans la mesure où ces dernières sont examinées avant les offres. En d'autres termes, « *ce qui vaut pour les offres vaut a fortiori pour les candidats* »²⁰²⁹. Cette analyse est confirmée par les juridictions du fond²⁰³⁰ et par une réponse ministérielle²⁰³¹.

Concernant les délégations de service public, elles devront faire l'objet de la publicité exigée en annexe 4 de la directive 2014/23 si leur montant dépasse le seuil d'application des directives. Dans le cas inverse, l'article R1411-1 du Code général des collectivités territoriales dispose que doivent figurer dans l'avis initial « *les modalités de présentation de ces offres* », ce terme faisant référence aux critères de sélection des candidatures.

De manière générale, si l'autorité adjudicatrice exige, en plus des garanties normalement requises, des niveaux minimaux de capacités professionnelles, techniques et financières, elle doit le mentionner dans l'avis d'appel public à la concurrence²⁰³². Si le pouvoir adjudicateur décide de limiter le nombre de candidats admis à présenter une offre, il doit informer les candidats des critères ainsi que des documents ou renseignements aux vues desquels il entend opérer la sélection des candidatures dès l'engagement de la passation, quelle que soit la procédure de passation adoptée²⁰³³. Cette transparence sur les critères de sélection des

²⁰²⁷ CE, 26 mars 2008, *Communauté urbaine de Lyon*, n° 303779, *Rec. T.* p. 808 ; *Contrats et marchés publ.* 2008, comm. 125, obs. J.-P. Pietri.

²⁰²⁸ CE, Sect., 30 janvier 2009, *ANPE*, n°290236, *Rec.* p. 4, concl. B. Dacosta ; *AJDA* 2009, p. 602, note J.-D. Dreyfus ; *RDI* 2009. 242, obs. S. Braconnier ; *Contrats et marchés publ.* 2009, comm. 121, note W. Zimmer ; *RJEP* n° 666, juillet 2009, p. 17, note D. Moreau.

²⁰²⁹ N. BOULOUIS, concl. sur CE, 24 février 2010, *Communauté de Communes de l'Enclave des Papes*, n° 333569, *BJCP* n° 70, p. 204 : « *vous avez d'ores et déjà jugé que le respect des principes de commande publique, notamment le principe de transparence, impliquait d'informer les candidats à un marché selon une procédure adaptée des critères de sélection des offres dans l'avis d'appel public à la concurrence ou le cahier des charges. Ce qui vaut pour les offres vaut a fortiori pour les candidats* ».

²⁰³⁰ CAA Marseille, 15 octobre 2009, *EURL RSD*, n° 07MA03259 ; *Contrats et marchés publ.*, 2009, comm. 392, obs. F. Llorens – CAA Bordeaux, 8 janvier 2013, *Société DTP Terrassement*, n° 11BX03238 ; *Contrats et marchés publ.* 2013, comm. 74, obs. M. Ubaud-Bergeron.

²⁰³¹ QE n° 7297 : *JO Sénat* 5 février 2009, Rép. Min. : *JO Sénat* 7 mai 2009.

²⁰³² CE, 8 août 2008, *Région Bourgogne*, n° 307143, *Rec. T.* p. 819 et 856 ; *Contrats et marchés publ.* 2008, comm. 226, obs. J.-P. Pietri ; *Dr. adm.* 2008, comm. 148, obs. Labayle-Pabet et Garderes ; *JCP Adm.* 2008. 2211, note F. Linditch ; *RDI*. 2008. 503, obs. R. Noguellou.

²⁰³³ Pour les marchés à procédure adaptée : CE, 24 février 2010, *Communauté de communes de l'Enclave des Papes*, n° 333569, *Rec.* p. 60 ; *BJCP* n°70, p. 204, concl. N. Boulouis ; *Contrats et marchés publ.* 2010, comm. 131, note W. Zimmer ; *JCP A* 2010, 2132, note F. Linditch ; *RJEP* 2010, comm. 38, note F. Brenet ; *CP-ACCP*

candidatures est fondamentale, car ils constituent une condition importante de l'accès des candidats potentiels à la mise en concurrence²⁰³⁴. Nicolas Boulouis²⁰³⁵ émet des doutes quant à la pertinence d'imposer la transparence des critères de sélection des candidatures. En effet, ils sont « *des données sur lesquelles les opérateurs ne peuvent rien sur le court terme* »²⁰³⁶, et n'ont « *pas d'incidence en théorie sur le comportement qu'adoptent les opérateurs pour être retenus* »²⁰³⁷, à l'inverse des critères de sélection des offres. Sans remettre en cause cette analyse, il est possible d'affirmer que les critères de sélection des candidatures étant un moyen pour l'autorité adjudicatrice d'entraver l'accès des soumissionnaires potentiels à la mise en concurrence²⁰³⁸, ils doivent faire l'objet d'une publicité afin que les candidats potentiels puissent utilement les contester en cas de recours contentieux.

L'autorité adjudicatrice doit également indiquer, dans la publicité initiale, le délai de dépôt des candidatures. Il s'agit de la durée de la publicité, c'est-à-dire du temps qui s'écoule entre la publication de l'avis et la date de réception des candidatures. La mention de ces dates est fondamentale, la date de réception des candidatures clôturant la possibilité de candidater à la mise en concurrence. Dans la plupart des cas, la durée de la publicité est réglementée²⁰³⁹, dans l'objectif de laisser un délai suffisant aux candidats afin qu'ils aient le temps nécessaire pour préparer et déposer leur candidature. Si les textes ne précisent rien, l'autorité adjudicatrice doit veiller à prévoir un délai suffisant pour permettre aux entreprises de déposer leur candidature, sous peine d'irrégularité du contrat. La durée de la publicité et la date limite de réception des candidatures sont des mentions essentielles qui doivent obligatoirement figurer dans l'avis d'appel à la concurrence²⁰⁴⁰, dans la mesure où elles participent à l'intelligibilité du déroulement de la procédure.

sept. 2010, p. 14 – Pour les marchés à procédure formalisée : CE, 10 avril 2015, *Société Automatismes Corses*, n° 387128 ; *AJDA* 2015. 728, note D. Poupeau ; *Contrats et marchés publ.* 2015, comm. 140, note G. Eckert.

²⁰³⁴ Cf. *Supra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, §2.

²⁰³⁵ N. BOULOUIS, concl. préc.

²⁰³⁶ *Ibid.*, p. 204.

²⁰³⁷ *Ibid.*, p. 205.

²⁰³⁸ Cf. *Supra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, §2.

²⁰³⁹ Pour les marchés publics : art. 57, 60, 65 et 67 du Code des marchés publics – Pour les délégations de service public : Art. R.1414-1 du Code général des collectivités territoriales – Pour les contrats de partenariat : Art. L.1414-3 du Code général des collectivités territoriales – Pour les concessions de travaux : Art. R.1415-6 du Code général des collectivités territoriales – Pour les concessions d'aménagement : Art. R.300-5 du Code de l'urbanisme.

²⁰⁴⁰ La majorité des textes relatifs aux contrats de la commande publique prévoient une telle obligation. En l'absence de texte, cette obligation est maintenue : CE, 30 juin 2004, *Société nationale des chemins de fer français*, n° 263402, *Rec. T.* p. 763 : « *il appartient notamment au pouvoir adjudicateur, lorsqu'il décide de recourir à la procédure de publicité et de mise en concurrence allégée qu'elles organisent, de rendre publique sans équivoque possible la date limite avant laquelle devront lui être adressées les demandes dites d'invitation à*

Pour certaines procédures de passation, l'autorité adjudicatrice dispose de la possibilité de négocier les offres avant de choisir son cocontractant, sans que cette négociation soit obligatoire. Se pose dès lors la question de l'existence d'une obligation, pour l'autorité adjudicatrice, de mentionner dans la publicité son intention de recourir à la négociation. S'agissant des marchés publics à procédure adaptée, le Conseil d'État n'avait pas, jusqu'à présent, tranché la question. Cependant, certaines juridictions de fond reconnaissaient l'existence d'une obligation de mentionner le recours à la négociation dans la publicité préalable²⁰⁴¹. Cette analyse a été corroborée par une réponse ministérielle²⁰⁴² et le guide des bonnes pratiques en matière de marchés publics²⁰⁴³. Le Conseil d'État est récemment venu confirmer l'existence de cette obligation, puisqu'il indique dans un arrêt du 18 septembre 2015 que « *si le pouvoir adjudicateur a décidé de faire usage de sa faculté de négocier dans le cadre d'une procédure adaptée, il doit en informer les candidats dès le lancement de la procédure et ne peut alors renoncer à négocier en cours de procédure* »²⁰⁴⁴. En outre, l'autorité adjudicatrice peut aussi « *se borner à informer les candidats, lors du lancement de la procédure, qu'il se réserve la possibilité de négocier, sans être tenu, s'il décide effectivement de négocier après la remise des offres, d'en informer l'ensemble des candidats* »²⁰⁴⁵. C'est donc une extension des fonctions de la transparence qu'opèrent les sages du palais royal, dès lors que ce principe contraint désormais l'autorité adjudicatrice à informer les candidats potentiels de son choix, soit de recourir à la négociation, soit de s'en réserver la possibilité. Est également opéré un renforcement de son effectivité, dans la mesure où l'autorité adjudicatrice ne peut revenir sur son choix de procéder à la négociation dès lors qu'elle a rendu cette information transparente auprès des candidats potentiels. En revanche, le Conseil d'État conserve une conception relativement souple de la transparence dans le cadre de la procédure adaptée, l'autorité adjudicatrice n'étant pas contrainte d'informer l'ensemble des candidats de son choix définitif de négocier lorsqu'elle s'est réservé la possibilité de le faire lors du lancement de la procédure et qu'elle en a informé les candidats potentiels.

soumissionner par lesquelles les entrepreneurs ou fournisseurs ayant manifesté leur intérêt pour le ou les marchés mentionnés dans l'avis périodique indicatif confirment, le cas échéant, cet intérêt ».

²⁰⁴¹ TA Toulouse, 23 novembre 2010, *Société FM Projet*, n° 100455 – TA Lille, 5 avril 2011, *Préfet du Nord*, n° 10-03008 ; *Contrats publics*, n° 112, p. 58, note H. Letelier et Ph. Proot ; *Contrats et marchés publ.*, 2011, comm. 225, obs. F. Llorens – CAA Nantes, 7 juin 2013, *Société Phytorem SA*, n° 11NT03240 ; *AJDA* 2013. 2128 – CAA Lyon, 5 mars 2015, *Société SMTPB*, n° 14LY01532.

²⁰⁴² Rép. min. n° 11073 : *JO Sénat* Q 21 août 2014, p. 1961.

²⁰⁴³ Guide des bonnes pratiques en matières de marchés publics, pt. 10.3.2.2, p. 49.

²⁰⁴⁴ CE, 18 septembre 2015, *Société Axxess*, n° 380821 ; sera mentionné dans les tables du recueil Lebon.

²⁰⁴⁵ *Idem*.

S'agissant des délégations de service public, rien n'est précisé dans les textes ou dans la jurisprudence. Le Conseil d'État indique seulement « *qu'aucune règle n'encadre les modalités de l'organisation des négociations par la personne publique* »²⁰⁴⁶, par conséquent l'autorité adjudicatrice « *n'est pas tenue de fixer un calendrier préalable de négociation ni de faire connaître son choix de ne pas poursuivre les négociations avec l'un des candidats* »²⁰⁴⁷. L'autorité délégante n'est donc pas dans l'obligation « *de définir, préalablement à l'engagement de la négociation, les modalités de celle-ci ni de prévoir le calendrier de ses différentes phases* ». Afin de régler la question, il convient de s'interroger sur l'utilité, pour l'efficacité de la procédure, d'indiquer le recours à la négociation dans la publicité préalable. Une lecture stricte de la transparence plaiderait en faveur d'une obligation de mentionner cette information avant la date de réception des candidatures, dans la mesure où cette exigence permet aux candidats sélectionnés de se préparer à cette phase particulière de la procédure. Dans la pratique, il est possible de douter de la pertinence de cette obligation, dès lors que les négociations n'interviennent pas immédiatement après la sélection des candidats admis à négocier. En outre, cela oblige l'autorité adjudicatrice à se conformer tout au long de la procédure à son choix de négocier ou de ne pas négocier, alors qu'elle doit pouvoir garder une marge de manœuvre dans la conduite de la mise en concurrence, sous réserve de ne pas provoquer de rupture d'égalité entre les candidats.

En résumé, la transparence, contraint l'autorité adjudicatrice à procéder à une information préalable et appropriée des éléments essentiels du contrat ainsi que des modalités de la mise en concurrence, afin de garantir l'intelligibilité des procédures. Si, préalablement à la date de dépôt des candidatures, l'autorité adjudicatrice apporte des modifications à l'objet ou aux conditions de la mise en concurrence, elle doit le porter à la connaissance des candidats par un avis d'appel à la concurrence rectificatif²⁰⁴⁸. La transparence contraint également la personne responsable du contrat à informer les candidats des critères d'attribution du contrat, afin que ces derniers puissent utilement présenter une offre.

²⁰⁴⁶ CE, 21 mai 2010, *Commune de Bordeaux*, n° 334845, *Rec. T.* p. 858 ; *Contrats et marchés publ.* 2010, comm. 259, note G. Eckert.

²⁰⁴⁷ CE, 18 juin 2010, *Communauté urbaine de Strasbourg, Société Sèche Éco industrie*, n°336120, *Rec. T.* p. 847 ; *BJCP* 2010, 354, concl. B. Dacosta ; *Contrats et marchés publ.* 2010, comm. 293, note G. Eckert ; *Dr. adm.* 2010, comm. 128, note F. Brenet ; *AJCT* 2010. 31, obs. O. Didriche ; *JCP A* 2010. 2272, obs. F. Linditch.

²⁰⁴⁸ CE, 16 novembre 2005, *Ville de Paris*, n°278646, *Rec. T.* p. 966 ; *Contrats et marchés publ.* 2006, comm. 3, note W. Zimmer.

B : Une fonction encadrant la publicité préalable des critères de sélection des offres et des modalités de leur mise en œuvre.

Selon la Cour de justice de l'Union européenne, « *tous les éléments pris en considération par le pouvoir adjudicateur et leur importance relative devraient être connus des soumissionnaires potentiels au moment de la préparation de leurs offres* »²⁰⁴⁹. Est soulevée ici la question de la publicité préalable des critères de sélection des offres et des modalités de leur mise en œuvre. Lorsque les textes prévoient explicitement une telle obligation, aucune difficulté ne se présente. En revanche, la question est plus délicate s'agissant des contrats de la commande publique pour lesquels les textes restent silencieux.

Obliger les autorités adjudicatrices à publier les critères de sélection des offres dans la publicité préalable présente « *plusieurs vertus : l'affichage de la règle du jeu permet aux candidats de construire l'offre la mieux adaptée aux attentes de la collectivité, il leur assure que cette règle sera la même pour tous et, surtout, que son auteur ne sera pas tenté de la modifier en cours de route pour favoriser tel ou tel d'entre eux. L'opacité, à l'inverse, non seulement autorise toutes les manœuvres, mais elle peut même dissuader, en amont, des entreprises potentiellement intéressées de se manifester* »²⁰⁵⁰. Il paraît donc nécessaire de respecter une telle obligation, alors même que les textes ne prévoient rien en ce sens. C'est au moyen de la fonction supplétive du principe de transparence que le juge administratif dévoile l'existence d'une obligation de publier les critères de sélection des offres aussi bien pour la passation des marchés publics (I) que des délégations de service public (II). S'agissant de la publicité des modalités de mise en œuvre des critères, la question est plus nuancée.

I : La publicité préalable des critères d'attribution en droit des marchés publics.

Selon Jennifer Marchand, « *la question des critères de sélection et de l'information des candidats sur leur contenu est centrale dans le droit des marchés publics* »²⁰⁵¹. Les marchés publics sont des contrats fréquemment conclus par les personnes publiques, dont l'impact économique est important. Ils occupent ainsi une place prépondérante dans l'accès

²⁰⁴⁹ CJUE, 24 janvier 2008, *Emm. G. Lianakis AE c/ Dimos Alexandroupolis*, aff. C-532/06, *Rec.* p. I-00251 ; *AJDA* 2008. 871, chron. E. Broussy, F. Donnat et C. Lambert ; *Contrats et marchés publ.* 2008, comm. 54, W. Zimmer.

²⁰⁵⁰ B. DACOSTA, concl. sur CE, 18 juin 2010, *Commune de Saint-Pal-de-Mons*, n°337377, *BJCP* n° 72, p. 337.

²⁰⁵¹ J. MARCHAND, art. préc., p. 687.

des entreprises à la commande publique. De plus, pour ce type de contrat, l'autorité adjudicatrice est dans l'obligation de choisir l'offre économiquement la plus avantageuse²⁰⁵², lui laissant peu de marge de manœuvre dans le choix des critères de sélection des offres²⁰⁵³. Dès lors, la question de l'intelligibilité de la procédure est fondamentale, afin que les candidats potentiels puissent proposer une solution répondant au mieux aux besoins²⁰⁵⁴ et aux critères préalablement déterminés par l'autorité adjudicatrice. C'est pourquoi il existe des contraintes textuelles et jurisprudentielles claires relatives à la publicité des critères de sélection et de leur modalité de mise en œuvre.

S'agissant des marchés publics à procédure formalisée, le Code des marchés publics prévoit les modalités de publicité des critères de sélection des offres. À cet égard, l'article 53 dispose que « *les critères ainsi que leur pondération ou leur hiérarchisation sont indiqués dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation* ». Il existe ainsi une obligation textuelle non équivoque sur la publicité initiale des critères de sélection des offres ainsi que sur leurs modalités de mise en œuvre. Cette obligation textuelle est également présente dans la jurisprudence de la Cour de justice²⁰⁵⁵ et est reprise par la directive 2014/24²⁰⁵⁶, qui s'applique à certains contrats de droit interne autres que les marchés publics²⁰⁵⁷. Elle s'applique également aux marchés passés en application de l'ordonnance du 6 juin 2005²⁰⁵⁸. S'agissant des accords-cadres, l'autorité adjudicatrice doit faire connaître à

²⁰⁵² Art. 53 du Code des marchés publics – Art. 67-I de la Directive 2014/24/UE préc. : « *sans préjudice des dispositions législatives, réglementaires ou administratives nationales relatives au prix de certaines fournitures ou à la rémunération de certains services, les pouvoirs adjudicateurs se fondent, pour attribuer les marchés publics, sur l'offre économiquement la plus avantageuse* ».

²⁰⁵³ Cf. *Supra*, Section 1 – Art. 67-4 de la Directive 2014/24/UE préc. : « *les critères d'attribution n'ont pas pour effet de conférer une liberté de choix illimitée au pouvoir adjudicateur* ».

²⁰⁵⁴ Art. 5 du Code des marchés publics : « *la nature et l'étendue des besoins à satisfaire sont déterminées avec précision avant tout appel à la concurrence ou toute négociation non précédée d'un appel à la concurrence en prenant en compte des objectifs de développement durable. Le ou les marchés ou accords-cadres conclus par le pouvoir adjudicateur ont pour objet exclusif de répondre à ces besoins* ».

²⁰⁵⁵ CJCE 12 décembre 2002, *Universale-Bau e.a.*, aff. C-470/99 : « *afin de garantir le respect des principes d'égalité de traitement et de transparence, il importe que tous les éléments pris en considération par le pouvoir adjudicateur pour identifier l'offre économiquement la plus avantageuse et, si possible, leur importance relative soient connus des soumissionnaires potentiels au moment de la préparation de leurs offres* ».

²⁰⁵⁶ Art. 67 – Annexe V.

²⁰⁵⁷ Il s'agit des concessions d'aménagements soumises au droit de l'Union européenne des marchés publics, et aux contrats de partenariat dont le montant dépasse le seuil d'application des directives. Pour ce type de contrat, l'exigence de publier préalablement les critères d'attribution doit être respectée.

²⁰⁵⁸ Ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics, *JORF* n°131 du 7 juin 2005, p. 10014.

l'avance, dès l'engagement de la procédure, les critères d'attribution des marchés subséquents²⁰⁵⁹.

La jurisprudence précise la teneur de cette obligation, en indiquant la manière dont doivent être formulés les critères de sélection des offres dans la publicité initiale. À cet égard, la Cour de justice de l'Union européenne indique que « *les critères d'attribution doivent être formulés de manière à permettre à tous les soumissionnaires, raisonnablement informés et normalement diligents, de les interpréter de la même manière* »²⁰⁶⁰. Le Conseil d'État précise en outre que les critères doivent être assortis « *de suffisamment d'indication sur les attentes de la personne publique* »²⁰⁶¹ et ne doivent pas « *lui laisser une liberté de choix discrétionnaire* »²⁰⁶². Par conséquent, la transparence contraint l'autorité adjudicatrice à indiquer de manière claire les critères de sélection des offres et leurs modalités de mise en œuvre dès la publicité initiale, ces informations ne pouvant faire l'objet d'une interprétation divergente des candidats potentiels normalement diligents. Les fonctions de la transparence permettent ainsi de garantir l'intelligibilité de la procédure. En revanche, elle ne contraint pas l'autorité adjudicatrice à mentionner la méthode de notation²⁰⁶³ dans l'avis d'appel public à la concurrence²⁰⁶⁴.

²⁰⁵⁹ CE, 5 juillet 2013, *Union des groupements d'achats publics contre Société SCC*, n° 368448 et 368461 ; *BJCP* 2013. 418, concl. B. Dacosta ; *AJDA* 2013. 1413, obs. D. Poupeau ; *JCP A* 2013, act. 623 ; *Contrats et marchés publ.* 2013, comm. 248, note W. Zimmer ; *JCP A* 2014. 2034, comm. F. Linditch ; *RJEP* 2014, ét. 3, étude J. Sirinelli.

²⁰⁶⁰ CJUE, 18 octobre 2001, *SIAC Construction Ltd c/ County Council of the County of Mayo*, aff. C-19/00, *Rec. p.* I-07725 – CJUE, 24 janvier 2008, *Emm. G. Lianakis AE c/ Dimos Alexandroupolis*, aff. C-532/06, préc.

²⁰⁶¹ CE, 28 avril 2006, *Commune de Toulouse*, n° 280197, *Rec. T.* p. 948 ; *BJCP* 2006. 268, concl. D. Casas ; *AJDA* 2006. 593, note F. Brenet ; *Dr. adm.* 2006, comm. 149, obs. A. Ménéménis ; *Contrats et Marchés publ.* 2006, comm. 165, obs. G. Eckert – CE, 5 novembre 2008, *Commune de Saint-Nazaire*, n° 310484, *Rec. T.* p. 635 ; *Contrats et Marchés publ.* 2008, comm. 299, obs. W. Zimmer.

²⁰⁶² CJCE, 18 octobre 2001, *SIAC Construction Ltd c/ County Council of the County of Mayo*, aff. C-19/00, *Rec. p.* I-07725 – CJCE, 24 janvier 2008, *Emm. G. Lianakis AE c/ Dimos Alexandroupolis*, préc.

²⁰⁶³ Voir, à ce titre : H. HOEPFFNER, « Méthode de notation du critère du prix : la liberté de l'acheteur public à l'épreuve du contrôle du juge », comm. sous CE, 3 novembre 2014, *Commune de Belleville-sur-Loire*, *AJDA* 2015, p. 532 : « *la méthode de notation est la formule retenue par le pouvoir adjudicateur pour apprécier les mérites des offres au regard des critères de sélection qui ont été préalablement communiqués aux candidats* ».

²⁰⁶⁴ CE, 2 août 2011, *Syndicat mixte de la vallée de l'Orge aval*, n° 348711, *Rec. T.* p. 1006 ; *AJDA* 2011. 2180, note E. Busson ; *BJCP* 2011. 435, concl. B. Dacosta ; *Contrats et marchés publ.* 2011, comm. 287, W. Zimmer – CE, 26 septembre 2012, *Communauté d'agglomération Seine et Eure*, n° 359706, *Rec. T.* p. 858 ; *BJCP* 2012. 412, concl. G. Pellissier ; *Contrats et marchés publ.* 2012, comm. 306, W. Zimmer – CE, 22 octobre 2014, *Société EBM Thermique c/ Commune de Saint-Louis*, n° 382495 ; *AJDA* 2015. 139 ; *Contrats et marchés publ.* 2014, comm. 326, note W. Zimmer – Pour les procédures formalisées : CE, 23 mai 2011, *Commune Ajaccio*, n° 339406, *Rec. T.* p. 849 ; *Contrats et marchés publ.* 2011, comm. 246, note P. Devillers ; *JCP A* 2011, 2331, obs. F. Linditch – Pour les procédures adaptées : CE, 31 mars 2010, *Collectivité territoriale de Corse*, n° 334279 ; *AJDA* 2010. 706 ; *RTD eur.* 2010. 975, chron. D. Ritleng, J.-P. Kovar et A. Bouveresse ; *Contrats et marchés publ.* 2010, comm. 165, obs. W. Zimmer.

Plus délicate est la question de la transparence des sous-critères de sélection des offres en procédure formalisée, dont la publicité n'est pas prévue par les textes. Les sous-critères sont les éléments qui précisent les critères généraux. Si l'autorité adjudicatrice ne prévoit pas, dès le départ, l'utilisation de sous-critères, elle ne peut en rajouter avant le dépôt des offres car « *tous les éléments pris en considération par le pouvoir adjudicateur pour identifier l'offre économiquement la plus avantageuse et leur importance relative* » doivent être « *connus des soumissionnaires potentiels au moment de la préparation de leurs offres* »²⁰⁶⁵. Ainsi, « *un pouvoir adjudicateur ne saurait appliquer des règles de pondération ou des sous-critères pour les critères d'attribution qu'il n'a pas préalablement portés à la connaissance des soumissionnaires* »²⁰⁶⁶. Bertrand Dacosta²⁰⁶⁷ déduit de cette jurisprudence de la Cour de justice que si l'autorité adjudicatrice entend définir des sous-critères de sélection des offres, elle doit les rendre publics, ainsi que leur pondération, dès le début de la procédure. Le Conseil d'État, dans une décision du 18 juin 2010, *Commune de Saint-Pal-de-Mons*²⁰⁶⁸, tranche la question en obligeant l'autorité adjudicatrice à procéder à une publicité des sous-critères et de leurs modalités de mise en œuvre « *dès lors que, eu égard à leur nature et à l'importance de cette pondération ou hiérarchisation, ils sont susceptibles d'exercer une influence sur la présentation des offres par les candidats ainsi que sur leur sélection et doivent en conséquence être eux-mêmes regardés comme des critères de sélection* ». Lorsque les sous-critères exercent une influence sur le choix des offres, ils sont assimilés à de véritables critères de sélection. Dans ce cas, l'article 53 du Code des marchés publics – qui rend obligatoire l'information dès l'engagement de la procédure des critères de sélection des offres – s'applique. Cette jurisprudence, confirmée ultérieurement²⁰⁶⁹, renforce les fonctions du principe de transparence.

S'agissant des marchés publics à procédure adaptée, les textes ne prévoient aucune obligation quant à la publicité des critères de sélection. Le Conseil d'État comble le silence des textes

²⁰⁶⁵ CJCE, 24 janvier 2008, *Emm. G. Lianakis AE c/ Dimos Alexandroupolis*, préc.

²⁰⁶⁶ *Idem*.

²⁰⁶⁷ B. DACOSTA, concl. sur CE, 18 juin 2010, *Commune de Saint-Pal-de-Mons*, préc., p. 338 : « *la règle est donc claire : si le pouvoir adjudicateur entend définir des sous-critères, il doit les rendre publics dès le début de la procédure. Et, s'il entend les pondérer, il doit le faire ab initio et rendre également publique cette pondération* ».

²⁰⁶⁸ CE, 18 juin 2010, *Commune de Saint-Pal-de-Mons*, n° 337377, *Rec.* p. 211 ; *BJCP* n° 72, p. 337, concl. B. Dacosta ; *AJDA* 2010. 1234 ; *RDI* 2010. 555, obs. R. Noguellou ; *AJCT* 2010. 32, obs. J.-D. Dreyfus ; *RDI* 2010. 555, obs. R. Noguellou ; *AJCT* 2010. 32, obs. J.-D. Dreyfus ; *RTD eur.* 2010. 975, chron. D. Ritleng, J.-P. Kovar et A. Bouveresse ; *Contrats et marchés publ.* 2010. comm. 271, obs. Ph. Rees.

²⁰⁶⁹ CE, 23 mai 2011, *Commune Ajaccio*, préc. – CAA Nantes, 30 mars 2012, *CHU Caen*, n° 11NT00112 – CE, 15 février 2013, *Société Derichebourg Polyurbaine*, n° 363921 ; *AJDA* 2013. 1083 ; *Contrats et marchés publ.* 2013, comm. 104, P. Devillers.

dans une décision ANPE du 30 janvier 2009²⁰⁷⁰, en affirmant que « *l'information appropriée des candidats sur les critères d'attribution d'un marché est nécessaire, dès l'engagement de la procédure d'attribution du marché (...) que dans le cas où le pouvoir adjudicateur souhaite retenir d'autres critères que celui du prix, l'information appropriée des candidats doit alors porter également sur les conditions de mise en œuvre de ces critères* ». Si l'autorité adjudicatrice décide de pondérer ou hiérarchiser les critères, elle est « *tenu d'informer les candidats de son choix de mise en œuvre des critères de sélection* »²⁰⁷¹. Par conséquent, le Conseil d'État découvre une obligation de transparence pour les marchés à procédure adaptée équivalente à celle contenue dans les textes pour les marchés à procédure formalisée. Dans cette décision, le Conseil d'État se fonde sur les principes généraux de la commande publique. Pourtant, c'est bien de la transparence dont il s'agit, ainsi que l'affirme Patrick Bresse²⁰⁷², dans ses conclusions en appel sur la même affaire, Gabriel Eckert²⁰⁷³, ou encore Nicolas Boulouis²⁰⁷⁴. En effet, il ne s'agit pas d'une logique d'accès à la procédure de passation, assurée par le support et non le contenu de la publicité²⁰⁷⁵. De plus, bien que l'information préalable des critères de sélection permette une égalité dans l'accès à l'information, ce n'est pas l'égalité de traitement des candidats qui justifie en soi une telle publicité, mais la nécessité que ces derniers puissent utilement présenter une offre. Par conséquent, c'est bien l'intelligibilité de la procédure et le contrôle de son impartialité, fonctions de la transparence, qui fonde l'information appropriée préalable des critères de sélection des offres. Une jurisprudence similaire se développe en droit des délégations de service public.

²⁰⁷⁰ CE, 30 janvier 2009, ANPE, préc.

²⁰⁷¹ CE, 26 septembre 2012, GIE Groupement des poursuites extérieures, n° 359389, Rec. T. p. 829 ; BJCP 2012. 418, concl. G. Pellissier ; Contrats et marchés publ. 2012, comm. 303, note P. Devillers.

²⁰⁷² P. BRESSE, concl. sur CAA Versailles, 6 décembre 2005, Association Pacte, n° 03VE04081, BJCP n° 45, p. 82 et s. : « *il ne peut y avoir selon nous de véritable transparence si les règles de la compétition, c'est-à-dire si les règles du jeu, sont connues ex ante pour que les candidats puissent utilement définir leur offre et peut être plus encore pour que le pouvoir adjudicateur ne modifie pas ces règles en cours de partie, ce qui est toujours possible en cours de procédure si les règles ne sont pas définies et connues à l'avance, tout au moins dans leurs grandes lignes* ».

²⁰⁷³ G. ECKERT, « Le contenu des avis de publicité en matière de délégation de service public », Contrats et marchés publ. 2004, prat. 15 : « *la question la plus délicate est celle de savoir si l'avis doit mentionner les critères d'appréciation des offres présentées par les candidats retenus. Rien, en droit interne, ne fonde une telle exigence. Néanmoins, celle-ci pourrait découler de l'obligation de transparence rappelée par la Cour de justice dans l'arrêt Telaustria précité. Il peut donc paraître préférable de faire figurer ces critères dans l'avis de publicité* ».

²⁰⁷⁴ N. BOULOUIS, concl. sur CE, 31 mars 2010, Collectivité territoriale de Corse, n° 334279, BJCP n° 71, p. 241 : « *on voit ainsi que le principe de transparence peut conduire à exiger plus que la seule mention des critères et des conditions de leur mise en œuvre* ».

²⁰⁷⁵ Cf. *Supra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 1.

II : La publicité préalable des critères d'attribution en droit des délégations de service public.

Avant la loi *Sapin* du 29 décembre 1993²⁰⁷⁶, la conclusion des délégations de service public n'était soumise à aucune formalité particulière. L'autorité délégante disposait ainsi du libre choix de son futur délégataire. Désormais, la conclusion de ces contrats est soumise à une procédure contraignante, dont les modalités sont prévues par le Code général des collectivités territoriales²⁰⁷⁷. S'agissant de la publicité préalable des critères de sélection des offres, rien n'est indiqué dans la loi *Sapin*. Il n'existe donc *a priori* aucune obligation de donner une information appropriée sur les critères de sélection²⁰⁷⁸. La jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne sur les concessions est également silencieuse à ce sujet²⁰⁷⁹. Le Conseil d'État, au départ, exige seulement que « *dès lors que l'autorité délégante choisit de faire connaître ses critères de sélection des offres dans l'avis d'appel public à la concurrence, elle ne peut ensuite les modifier* »²⁰⁸⁰. L'emploi du terme « choisir » signifie que l'autorité délégante n'est pas contrainte de publier, au préalable, les critères de sélection des offres dans l'avis d'appel public à la concurrence. Pourtant, « *l'information sur les critères de sélection des offres est bien un élément décisif, puisqu'elle est susceptible d'orienter de façon très différente les stratégies des candidats* »²⁰⁸¹. Ainsi, « *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.* »²⁰⁸². C'est pour ces raisons que la jurisprudence opère des évolutions conséquentes dans ce domaine.

²⁰⁷⁶ Loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, *JORF* n°25 du 30 janvier 1993 p. 1588.

²⁰⁷⁷ Art. L1411-1 et suivants du Code général des collectivités territoriales.

²⁰⁷⁸ Cette affirmation ne s'applique pas aux contrats de délégation de service public qui sont, au sens du droit de l'Union européenne, des concessions de travaux, et qui entrent, du fait de leur montant, dans le champ d'application des directives. Dans ce cas, les modalités de publicité sont celles mentionnées dans les directives 2004/18.

²⁰⁷⁹ CJCE, 7 décembre 2000, *Telaustria Verlags GmbH et Telefonadress GmbH contre Telekom Austria AG*, préc. – CJCE 13 octobre 2005, *Parking Brixen GmbH c/ Gemeinde Brixen et Stadtwerke Brixen AG*, aff. C-458/03, *Rec.* p. I-8585 ; *BJCP* 2005, n° 43, concl. J. Kokott, obs. R. Schwartz ; *Contrats marchés publ.* 2005, comm. 306, obs. G. Eckert ; *CP-ACCP* 2005, n° 50, p. 65, obs. L. Richer ; *JCP A* 2005, n° 1364, p. 1712, obs. M. Dreyfuss ; *JCP A*, 2006, n° 1021, p. 141, obs. D. Szymczak.

²⁰⁸⁰ CE, 20 octobre 2006, *Communauté d'agglomération Salon-Etang de Berre-Durance*, n° 287198, *Rec. T.* p. 945 ; *AJDA* 2007. 311, note J.-C. Videlin ; *Contrats et marchés publ.* 2006, comm. 322, note G. Eckert ; *BJCP* 2007, p. 32, concl. D. Casas.

²⁰⁸¹ B. DACOSTA, concl. sur CE, 23 décembre 2009, *Établissement public du musée et du domaine national de Versailles*, n° 328827, *BJCP* 2010, n° 69, p. 107.

²⁰⁸² B. DACOSTA, concl. sur CE, 30 janvier 2009, *ANPE*, *BJCP* n° 64, p. 207.

Le Conseil d'État, dans la décision *Établissement public du musée et du domaine de Versailles* du 23 décembre 2009²⁰⁸³, indique que « *la personne publique doit apporter aux candidats à l'attribution d'une délégation de service public, avant le dépôt de leurs offres, une information sur les critères de sélection des offres* ». La circonstance que la loi *Sapin* ne contienne aucune exigence en ce sens « *est sans incidence sur l'obligation d'informer également ces candidats des critères de sélection de leurs offres* ». Par conséquent, le Conseil d'État découvre l'existence d'une obligation d'informer les candidats des critères de sélection des offres, alors qu'aucun texte ne le prévoit. En revanche, l'autorité délégante « *n'est pas tenue d'informer les candidats des modalités de mise en œuvre de ces critères* »²⁰⁸⁴, ni sur leur hiérarchisation²⁰⁸⁵.

Afin de justifier sa décision, la Haute juridiction se fonde sur le respect « *des principes généraux du droit de la commande publique* », dont la fonction supplétive est confirmée²⁰⁸⁶. Pourtant, c'est bien de la transparence dont il s'agit. D'une part, la publicité des critères de sélection des offres n'a aucune incidence sur la liberté d'accès des soumissionnaires potentiels à la mise en concurrence, ces derniers ayant déjà accédé, à ce stade, à la procédure de passation. D'autre part, il ne résulte aucune rupture d'égalité dans la décision de transmettre ou de ne pas transmettre une information appropriée des critères à l'ensemble des candidats. Par conséquent, la publicité des critères de sélection des offres découle des fonctions du principe de transparence des procédures, dont le champ d'application se trouve étendu par le Conseil d'État. C'est ce qu'affirme Bertrand Dacosta²⁰⁸⁷ dans ses conclusions sur la décision *ANPE* du 30 janvier 2009²⁰⁸⁸. À ce titre, la transparence assure une fonction d'intelligibilité de la procédure, qui permet de garantir son efficacité, en donnant les moyens aux candidats d'élaborer une offre correspondant au mieux aux besoins de l'autorité délégante. Les candidats ne concourent ainsi pas à l'aveugle, et la transmission de ces informations permet à

²⁰⁸³ CE, 23 décembre 2009, *Etablissement public du musée et du domaine national de Versailles*, préc.

²⁰⁸⁴ *Idem*.

²⁰⁸⁵ CE, 3 mars 2010, *Département de la Corrèze*, n° 306911, *Rec.* p. 652 ; *AJDA* 2010. 957, concl. N. Boulouis ; *JCP A* 2010, 2203, P. Idoux ; *RJEP* 2010, comm. 44, G. Pellissier ; *Contrats et marchés publ.*, 2010, comm. 146, obs. G. Eckert ; *CP-ACCP* 2010, n° 98, p. 14, obs. J.-P. Jouguelet.

²⁰⁸⁶ Cf. *Supra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 2.

²⁰⁸⁷ B. DACOSTA, concl. préc., p. 205 : « *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* ».

²⁰⁸⁸ CE, 30 janvier 2009, *ANPE*, préc.

la compétition d'être la plus efficace possible²⁰⁸⁹. En outre, la transparence, dans ce cadre, permet un contrôle *a posteriori* plus efficace de la procédure, les éléments utilisés dans le choix du délégataire étant connus de tous.

Par la suite, le Conseil d'État confirme l'approfondissement des obligations découlant de la transparence dans le cadre de la passation des délégations de service public, dans une décision du 30 juillet 2014, *Société Lyonnaise des eaux de France*²⁰⁹⁰. La Haute juridiction doit se prononcer sur la légalité d'une modification des modalités de mise en œuvre des critères de sélection en cours de procédure, qui ont fait l'objet d'une information appropriée auprès des candidats, alors même qu'il n'existe aucune obligation en ce sens²⁰⁹¹. Le Conseil d'État indique que si l'autorité délégante « *rend publiques les modalités de mise en œuvre des critères de sélection des offres et si elle entend ensuite les modifier, elle ne peut légalement le faire qu'en informant les candidats de cette modification en temps utile avant le dépôt des candidatures, afin que celles-ci puissent être utilement présentées, dans le cas où l'information initiale sur les modalités de mise en œuvre des critères a elle-même été donnée avant le dépôt des candidatures, ou en temps utile avant le dépôt des offres, pour que celles-ci puissent être utilement présentées, dans le cas où l'information initiale n'a été donnée qu'après le dépôt des candidatures* ». La transparence oblige donc l'autorité délégante à informer les candidats en temps utile, afin que les offres « *puissent être utilement présentées* ». Récemment, le Conseil d'État²⁰⁹² confirme que lorsque l'autorité délégante choisit de publier les modalités de mise en œuvre des critères, elle est obligée de les respecter tout au long de la procédure.

Dans ces jurisprudences, le Conseil d'État ne découvre pas une nouvelle obligation de publicité préalable à la charge de l'administration. Il indique seulement à l'autorité adjudicatrice les conséquences à tirer lorsqu'est remise en cause l'intelligibilité de la procédure de passation, du fait d'une modification des informations transmises aux candidats. Dans ce cadre, la transparence ne vise qu'à rétablir les fonctions qu'elle a préalablement exécutées, dans la mesure où elle oblige l'autorité adjudicatrice à rétablir l'intelligibilité

²⁰⁸⁹ N. BOULOUIS, concl. sur CE, 24 février 2010, *Communauté de communes de l'Enclave des Papes*, concl. préc. p. 204.

²⁰⁹⁰ CE, 30 juillet 2014, *Société Lyonnaise des eaux France*, n° 369044 ; *BJCP* 2014. 398, concl. G. Pellissier ; *Contrats et marchés publ.* 2014, comm. 269, note G. Eckert ; *AJDA* 2014. 2486, note H. Hoepffner ; *ibid.* 1628, obs. D. Poupeau ; *JCP A* 2014. 2318, comm. L. de Fournoux.

²⁰⁹¹ CE, 23 décembre 2009, *Etablissement public du musée et du domaine national de Versailles*, préc.

²⁰⁹² CE, 6 mai 2015, *Syndicat intercommunal pour les transports urbains de la région de Valenciennes*, n° 387544 ; *Contrats et marchés publ.* 2015, comm. 191, obs. H. Hoepffner.

initiale de la procédure. En conséquence, la transparence doit être respectée tout au long de la procédure, et cela même lorsque l'autorité adjudicatrice décide de s'y soumettre volontairement. En outre, ces décisions dévoilent qu'il est possible de faire découler des règles très précises du principe de transparence.

Ainsi, bien que dans le cadre des délégations de service public subsiste « *un certain degré de liberté de l'autorité délégante, justifié par le caractère intuitu personae de la convention* »²⁰⁹³, la transparence des procédures élargit et approfondit ses fonctions en contraignant de plus en plus l'autorité adjudicatrice dans la mise en œuvre de la procédure de passation. Dès lors, la jurisprudence récente donne « *une place plus importante et plus autonome au principe de la transparence des procédures de passation des contrats de la commande publique* »²⁰⁹⁴. Dans ce cadre, le droit des marchés publics et des délégations de service public confirme le caractère supplétif du principe de transparence. De ce dernier découlent des obligations non prévues par les textes, qui permettent de garantir l'intelligibilité des procédures de passation.

Cette fonction d'intelligibilité de la procédure est liée à une autre fonction du principe de transparence, celle de vérification de l'impartialité de la procédure. En effet, sans une communication suffisante de l'ensemble de ces informations, « *on voit mal comment l'impartialité de la procédure d'adjudication pourrait être contrôlée, ainsi que l'exige la jurisprudence Telaustria* »²⁰⁹⁵. La transparence assure par conséquent une fonction de preuve en permettant un contrôle efficace de l'impartialité de la procédure.

Paragraphe 2 : Une fonction de preuve d'impartialité de la procédure de passation.

La transparence contraint l'autorité adjudicatrice à publier certaines informations préalablement au choix du cocontractant. Cette traçabilité de la procédure de passation permet de vérifier, *a posteriori*, l'impartialité de la procédure de passation. En effet, la transparence des informations rend plus aisé le contrôle du bon déroulement de la procédure. C'est

²⁰⁹³ L. de FOURNOUX, comm. sous CE, 30 juillet 2014, *Société lyonnaise des eaux*, JCP A 2014, n° 46, comm. 2318, p. 16.

²⁰⁹⁴ *Idem.*

²⁰⁹⁵ F. LLORENS, « La transparence des procédures », *Contrats et marchés publ.* 2004, ét. 1.

pourquoi « *la transparence des procédures et des choix est primordiale car elle permet un exercice efficace des contrôles tant administratifs et financiers, à tous les stades de la procédure de passation* »²⁰⁹⁶. La transparence contraint également l'autorité adjudicatrice à communiquer certaines informations après le choix du cocontractant, lors du troisième temps de la commande publique. À l'instar de la publicité préalable, ces éléments permettent aux acteurs de la commande publique et au juge de vérifier la régularité de la démarche de la personne publique, ainsi que son impartialité²⁰⁹⁷. Laurent Richer affirme à ce titre qu' « *en liaison avec le droit au recours, plusieurs obligations de publicité (...) sont imposées par les textes* »²⁰⁹⁸.

Cette phase de finalisation de la procédure est consacrée aux publicités et informations *ex-post*, qui permettent de vérifier *a posteriori* la légalité de la procédure et d'assurer l'effet utile des recours contentieux²⁰⁹⁹. Outre la notification à l'attributaire du contrat, la personne responsable du contrat doit être transparente à l'égard des tiers (**A**) comme des candidats évincés (**B**), en apportant la preuve du bien-fondé de son choix pour se prémunir d'éventuels recours contentieux. La transparence constitue donc, pour l'administration, « *l'explication sur ses choix* »²¹⁰⁰. Florian Linditch considère que la transparence, lors de ce temps, constitue une « *véritable machine de guerre* » car « *une fois le marché attribué, l'administration va devoir fournir tous les éléments documentaires et intellectuels permettant d'apprécier la rationalité de sa démarche* »²¹⁰¹. Ce principe a également « *essentiellement pour but de garantir l'absence de risque de favoritisme et d'arbitraire* »²¹⁰². Dans un souci de lutte contre l'opacité de l'attribution du contrat, la transparence impose ainsi certaines obligations qui garantissent la vérification de l'impartialité de la procédure.

²⁰⁹⁶ C. PREBISSY-SCHNALL, *op. cit.*, p. 3.

²⁰⁹⁷ Voir en ce sens CJCE, 7 décembre 2000, *Telaustria et telefonadress*, préc., pt 62 : « *cette obligation de transparence qui incombe au pouvoir adjudicateur 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* (nous soulignons)».

²⁰⁹⁸ L. RICHER, *op. cit.*, p. 409.

²⁰⁹⁹ À propos du lien entre la communication des motifs de la décision d'attribution et le droit à un recours effectifs, voir notamment D. PIVETEAU, concl. sur CE, 7 janvier 2004, *SAS Aquitaine démolition*, BJCP n° 34, p. 219.

²¹⁰⁰ J.-M. PEYRICAL, « Régime de passation des contrats publics : le droit des délégations comme modèle ? », *AJDA* 2004, p. 2141.

²¹⁰¹ F. LINDITCH, « Les principes fondamentaux de la commande publique », *Cahiers de droit de l'entreprise*, n°5, 2007, p. 24.

²¹⁰² CJUE, 6 novembre 2014, *Cartiera dell'Adda SpA*, aff. C-42/13, pt 44 – CJUE, 12 mars 2015, *Sté eVigilo Ltd c/ Dpt général d'incendie et de secours auprès du ministère de l'Intérieur de Lituanie*, aff. C-538/13, pt 34.

A : L'information des tiers, fonction de la transparence des procédures.

La transparence oblige l'administration à procéder à des modalités de publicité *ex post* (I), et à transmettre certains contrats de la commande publique au représentant de l'État au titre du contrôle des actes des collectivités territoriales (II). Ce principe, empreint d'une logique d'ouverture de l'administration vers l'extérieur²¹⁰³, d'accessibilité des informations, d'absence d'opacité dans la vie administrative²¹⁰⁴, donne ainsi les moyens permettant de vérifier l'impartialité de la procédure de passation. En effet, cette forme de publicité est destinée « à faciliter le contrôle du respect par l'administration des règles de l'adjudication »²¹⁰⁵. La transparence dispose donc d'un rôle fondamental dans la transmission des informations aux tiers au contrat.

I : Les modalités de publicité *ex post* et la production des documents d'attribution.

L'attribution des contrats de la commande publique doit faire l'objet, dans certains cas, d'une publicité *ex post*, une fois la procédure de passation achevée. Cette exigence, qui découle de la transparence des procédures, permet aux tiers intéressés d'avoir accès aux informations concernant la conclusion du contrat. Cette publicité, effectuée dans un certain délai, dispose d'une fonction différente de la publicité initiale. En effet, les formalités *ex post* n'assurent ni l'accès des soumissionnaires potentiels à la mise en concurrence, ni l'intelligibilité de la procédure de passation. Elles permettent à toute personne ayant un intérêt à la conclusion du contrat d'exercer un recours à son encontre. À ce titre, la transparence dispose d'une fonction d'ouverture utile des recours contentieux, et garantit le contrôle de l'impartialité des procédures de passation.

²¹⁰³ C. DEBBASCH, « Introduction », in *La transparence administrative en Europe*, dir. C. DEBBASCH, éd. Du CNRS, 1990, p. 11.

²¹⁰⁴ M. GUIBAL, « Transparence et droit public des contrats », in *Mélanges en l'honneur de Louis Constant*, PUP, 1998, p. 287.

²¹⁰⁵ A. de LAUBADERE, F. MODERNE, P. DELVOLVE, *Traité des contrats administratifs*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1983, Tome 1, p. 594.

Pour certains contrats, cette publicité est obligatoire et prévue par les textes. Sont concernés les marchés publics et accords-cadres à procédure formalisée²¹⁰⁶ et les contrats de partenariat²¹⁰⁷. Les nouvelles directives sur les marchés publics²¹⁰⁸ et les concessions²¹⁰⁹ prévoient la même obligation, ce qui révèle l'importance du principe de transparence en fin de procédure.

Pour les autres types de contrats, ces modalités de publicité *a posteriori* ne sont pas obligatoires. Toutefois, l'autorité adjudicatrice a tout intérêt à y procéder en envoyant un avis d'intention de conclure le contrat au Journal officiel de l'Union européenne et en respectant un délai de onze jours entre cette publication et la signature du contrat²¹¹⁰. Dans ce cas, le contrat ne peut plus faire l'objet d'un référé contractuel, ces formalités permettant aux candidats évincés d'exercer un référé précontractuel. En outre, la publication d'un avis d'attribution permet de réduire les délais de recours du référé contractuel²¹¹¹. Pour les délégations de service public, l'autorité délégante doit veiller à être transparente à l'égard du personnel des services administratifs²¹¹². Les acheteurs publics doivent également, dans certains cas, transmettre le contrat ainsi que certaines pièces au représentant de l'État dans le département, au titre du contrôle des actes des collectivités territoriales.

II : La transmission de certains contrats de la commande publique au représentant de l'État.

Il existe, en droit interne, une obligation de transmission de certains actes des collectivités locales au représentant de l'État²¹¹³. Cette obligation trouve sa source dans la loi du 2 mars 1982²¹¹⁴, codifiée aux articles L2131-1 du Code général des collectivités

²¹⁰⁶ Art. 85 du Code des marchés publics.

²¹⁰⁷ Art. L1414-10 du Code général des collectivités territoriales.

²¹⁰⁸ Art. 50 de la directive 2014/24/UE préc.

²¹⁰⁹ Art. 32 de la directive 2014/23/UE préc.

²¹¹⁰ Art. L551-15 du Code de justice administrative.

²¹¹¹ Art. R551-7 du Code de justice administrative.

²¹¹² C. de ARANJO, « Les principes fondamentaux et règles jurisprudentielles de la procédure de délégation d'un service public local », *AJDA* 2009, p. 694.

²¹¹³ DIRECTION GÉNÉRALE DES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES, *Rapport du Gouvernement au Parlement sur le contrôle a posteriori exercé par le représentant de l'État sur les actes des collectivités territoriales*, site internet des collectivités locales, rubrique rapports et études.

²¹¹⁴ Loi n° 82-213 du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions, *JORF* du 3 mars 1982 p. 730.

territoriales et suivants pour les communes, L3132-1 et suivants pour les départements et L4142-1 pour les régions. En l'absence d'une telle transmission, l'acte ne peut-être exécutoire²¹¹⁵. Sont soumises à cette obligation de transmission « *les conventions relatives aux emprunts, aux marchés et aux accords-cadres, à l'exception des conventions relatives à des marchés et à des accords-cadres d'un montant inférieur à un seuil défini par décret, ainsi que les conventions de concession ou d'affermage de services publics locaux et les contrats de partenariat* »²¹¹⁶. La plupart des contrats de la commande publique doivent donc être transmis au représentant de l'État au titre du contrôle des actes des collectivités territoriales.

En outre, une fois signé, tout marché public doit être notifié au titulaire. Pour les collectivités locales, cette notification ne peut intervenir qu' « *après transmission, lorsqu'elle est prévue, au représentant de l'Etat des pièces nécessaires à l'exercice de son contrôle* »²¹¹⁷. Ainsi, dans un délai de 15 jours suivant la signature du marché, les collectivités territoriales ont l'obligation de transmettre le marché et les pièces annexes, dont la liste figure à l'article R2131-5 du Code général des collectivités territoriales²¹¹⁸, au représentant de l'État. Pour les marchés à procédure formalisée, doit également être transmis le rapport de présentation prévu par l'article 79 du Code des marchés publics²¹¹⁹. Il peut être transmis à la Commission européenne à sa demande, ainsi qu'aux instances chargées du contrôle des marchés²¹²⁰. Il permet de garantir la traçabilité de la procédure²¹²¹. Cette obligation de transmission ne s'applique pas aux marchés et accords-cadres dont le montant est inférieur à 207 000

²¹¹⁵ Art. L2131-1 du Code général des collectivités territoriales : « *les actes pris par les autorités communales sont exécutoires de plein droit dès qu'il a été procédé à leur publication ou affichage ou à leur notification aux intéressés ainsi qu'à leur transmission au représentant de l'Etat dans le département ou à son délégué dans l'arrondissement* » – Toutefois, le défaut de transmission n'affecte pas la légalité du contrat : CE, 27 avril 1987, *Préfet commissaire de la République Côtes-du-Nord*, Rec. T. p. 721 ; AJDA 1987. 680, note J.-B. Auby ; D. 1987, somm. p. 429, obs. Ph. Terneyre ; RDP 1988, p. 1419, obs. F. Llorens.

²¹¹⁶ Art. L2131-2, 4° du Code général des collectivités territoriales pour les communes, art. L3131-2, 4°, pour les départements et art. L4141-2, 3°, pour les régions.

²¹¹⁷ Art. 82 du Code des marchés publics.

²¹¹⁸ « *la transmission au préfet ou au sous-préfet des marchés des communes et de leurs établissements publics autres que les établissements publics de santé comporte, les pièces suivantes : 1° La copie des pièces constitutives du marché, à l'exception des plans ; 2° La délibération autorisant le représentant légal de la commune ou de l'établissement à passer le marché ; 3° La copie de l'avis d'appel public à la concurrence ainsi que, s'il y a lieu, de la lettre de consultation ; 4° Le règlement de la consultation, lorsque l'établissement d'un tel document est obligatoire ; 5° Les procès-verbaux et rapports de la commission d'appel d'offres, de la commission de la procédure de dialogue compétitif et les avis du jury de concours, avec les noms et qualités des personnes qui y ont siégé, ainsi que le rapport de présentation de la personne responsable du marché prévu par l'article 79 du code des marchés publics ; 6° Les renseignements, attestations et déclarations fournis en vertu des articles 45 et 46 du code des marchés publics* ».

²¹¹⁹ *Idem*.

²¹²⁰ Art. 79 du Code des marchés publics.

²¹²¹ Guide des bonnes pratiques en matière de marchés publics, préc., pt. 19.

euros²¹²². La transmission du contrat au représentant de l'État est également prévue pour les délégations de service public²¹²³ et les contrats de partenariat²¹²⁴.

Cette obligation de transmission découle du principe de transparence des procédures. L'autorité adjudicatrice est dans l'obligation d'être transparente sur l'attribution du contrat. Cette transmission est prévue au titre du contrôle de la légalité des actes des collectivités territoriales, et renforce donc, à travers la transparence, le contrôle de l'impartialité de la procédure. À ce titre, il est à noter que les actes de la commande publique font partis des « *actes les plus prioritaires* », dont « *le contrôle présente des enjeux particuliers* » selon une circulaire du 24 février 2010²¹²⁵. Cette circulaire dévoile l'importance d'un contrôle *a posteriori* des actes de la commande publique par le représentant de l'État. Ce dernier, en cas de doute sur la légalité du contrat, peut introduire un déféré préfectoral, recours de pleine juridiction²¹²⁶, afin de contester la régularité de la procédure. Au moyen du principe de transparence, est assuré le contrôle de l'impartialité de la procédure par le préfet, qui dispose de la possibilité de déférer le contrat litigieux au juge de plein contentieux. L'autorité adjudicatrice est également contrainte, sur le fondement de la transparence, de transmettre certaines informations aux candidats évincés.

B : L'obligation d'information des candidats évincés, fonction du principe de transparence.

Au titre de sa fonction de vérification de l'impartialité de la procédure, le principe de transparence oblige l'autorité adjudicatrice à communiquer aux candidats évincés les motifs de rejet de leur candidature et de leur offre, ainsi que les caractéristiques de l'offre retenue. Ces derniers ont donc accès aux informations concernant le rejet de leur soumission, ce qui

²¹²² Art. D2131-5-1 du Code général des collectivités territoriales.

²¹²³ Art. L1411-9 du Code général des collectivités territoriales.

²¹²⁴ Art. L1414-15 du Code général des collectivités territoriales.

²¹²⁵ Circ. NOR : IOC/B/100/1440/C, 24 févr. 2010 ; *Contrats et marchés publics*, 2010, comm. 159, note G. Clamour.

²¹²⁶ CE, 23 décembre 2011, *Ministre de l'intérieur, de l'Outre-mer, des collectivités territoriales et de l'immigration contre SIDEN et contre SIAN*, n° 348647, *Rec.* p. 662 ; *AJDA* 2012, p. 1064, note M. Quyyollet ; *RFDA* 2012, p. 683, note P. Delvolvé ; *Dr. Adm.*, 2012, comm. 27, note A. Claeys ; *BJCP* 2012, n° 81, p. 125, concl. B. Dacosta ; *RJEP* 2012, comm. 25, note F. Brenet ; *Contrats et marchés publ.* 2012, comm. 56, note J.-P. Pietri.

leur permet de contester plus efficacement les modalités de la procédure de passation. Dans ce cadre, la transparence est érigée en principe fondateur d'une protection juridique effective²¹²⁷. Elle assure ainsi l'efficacité des recours contentieux, en permettant aux candidats de contester utilement le rejet de leur candidature ou de leur offre. Cette communication facilite également le contrôle de l'impartialité des procédures, l'autorité adjudicatrice devant justifier, dans les motifs de rejet, l'éviction du candidat et le choix de l'attributaire du contrat. Il convient de détailler le contenu d'une telle obligation (I), avant d'analyser son traitement contentieux (II). Cette étude révèle que le principe de transparence dispose d'une fonction pragmatique, par la recherche d'un juste équilibre entre une communication utile des informations et la lutte contre un formalisme excessif.

I : Le contenu de l'obligation d'information des candidats évincés.

L'obligation de communiquer les motifs de rejet des candidatures et des offres est prégnante s'agissant des marchés publics, bien qu'elle soit également existante pour les autres contrats de la commande publique²¹²⁸. Pour les marchés passés selon une procédure formalisée, l'autorité adjudicatrice est contrainte de communiquer immédiatement ces informations aux candidats dont la soumission fait l'objet d'un rejet. À ce titre, l'article 80 du Code des marchés publics dispose que le pouvoir adjudicateur, dès lors qu'il a fait son choix pour une candidature ou une offre, « *notifie à tous les autres candidats le rejet de leur candidature ou de leur offre, en leur indiquant les motifs de ce rejet. Cette notification précise le nom de l'attributaire et les motifs qui ont conduit au choix de son offre aux candidats ayant soumis une offre et à ceux n'ayant pas encore eu communication du rejet de leur candidature* ». Cette obligation d'informer les candidats évincés est également prévue par la nouvelle directive de 2014 sur les marchés publics²¹²⁹.

²¹²⁷ CJCE, 24 juin 2004, *Commission c/ Autriche*, aff. C-212/02 ; *Contrats et marchés publ.* 2002, comm. 176, obs. W. Zimmer – CJCE, 3 avril 2008, *Commission c/ Espagne*, C-444/06, *Rec.* p. I-2045 ; *Contrats et marchés publ.* 2008, comm. 110, obs. W. Zimmer.

²¹²⁸ Pour les contrats de partenariat : Art. L.1414-10 du Code général des collectivités territoriales – Pour les concessions de travaux : Art. R.1415-9 du Code général des collectivités territoriales – Pour les concessions d'aménagement : Art. R.300-9-1 du Code de l'urbanisme. Pour les délégations de service public, l'information des candidats évincés n'est prévue par aucun texte, et n'est donc pas obligatoire : CE, 18 juin 2010, *Communauté urbaine de Strasbourg, Société Sèche Éco industrie*, préc.

²¹²⁹ Art. 55 de la Directive 2014/24/UE, préc.

S'agissant des autres marchés publics, l'article 83 du Code prévoit une obligation de communication lorsque le candidat évincé en fait expressément la demande²¹³⁰. Dans ce cas, les motifs communiqués au candidat doivent être suffisamment détaillés pour que celui-ci puisse utilement contester son rejet²¹³¹. Pour les marchés à procédure adaptée, l'article 80 du Code des marchés publics n'est pas applicable²¹³². Par conséquent, l'autorité adjudicatrice n'est pas contrainte de communiquer les motifs du rejet de l'offre. S'est posée la question de l'application de l'article 83 du Code des marchés publics à la passation de ce type de marchés. Selon le Conseil d'État, l'autorité adjudicatrice doit communiquer les motifs du rejet des offres dans le cadre des marchés à procédure adaptée lorsque le candidat en fait expressément la demande sur le fondement de l'article 83 du Code²¹³³. La question ne semble pas totalement tranchée, certains juges du fond revenant sur cette jurisprudence des juges du palais royal. Certaines Cours administratives d'appel considèrent en effet que les dispositions de l'article 83 du Code « *ne sont pas applicables, de même que celles de l'article 80 précité, aux marchés passés selon une procédure adaptée* »²¹³⁴. Les juges en déduisent qu'il n'existe aucune obligation de communiquer les motifs de rejet à la demande du candidat évincé d'une procédure adaptée. D'autres juges du fond adoptent une solution similaire, mais déduisent des principes de la commande publique une obligation « *d'informer les candidats évincés du rejet de leur candidature ou de leur offre et de respecter un délai raisonnable avant de signer le marché afin de permettre aux intéressés, éventuellement, de contester le rejet qui leur est opposé* »²¹³⁵. Cette jurisprudence semble créer une obligation d'informer les candidats du rejet des offres avant la signature du marché, même lorsqu'un texte ne le prévoit pas

²¹³⁰ Art. 83 du Code des marchés publics : « *le pouvoir adjudicateur communique à tout candidat écarté qui n'a pas été destinataire de la notification prévue au 1° du I de l'article 80 les motifs du rejet de sa candidature ou de son offre dans les quinze jours de la réception d'une demande écrite à cette fin. Si le candidat a vu son offre écartée alors qu'elle n'était aux termes de l'article 35 ni inappropriée, ni irrégulière, ni inacceptable, le pouvoir adjudicateur est en outre tenu de lui communiquer les caractéristiques et les avantages relatifs de l'offre retenue ainsi que le nom du ou des attributaires du marché ou de l'accord-cadre* ».

²¹³¹ CE, 10 juillet 2009, *Département de l'Aisne*, n°324156 ; *Rec. T.* p. 829 ; *AJDA* 2009. 1402 ; *ibid.* 2006, note J.-D. Dreyfus ; *RFDA* 2010. 146, note G. Clamour ; *BJCP* 2009. 444, concl. F. Lenica ; *Dr. adm.* 2009. 127, note Marson ; *Contrats et marchés publ.* 2009, comm. 270, note G. Eckert.

²¹³² CE, 19 janvier 2011, *Grand port maritime du Havre*, n° 343435, *Rec.* p. 11 ; *Dr. adm.* 2011, comm. 41, C. Bardon et Y. Simonnet ; *AJDA* 2011, p. 800, note J.-D. Dreyfus ; *Contrats et marchés publ.* 2011, comm. 92, note G. Eckert ; *RJEP* 2011, comm. 22, note D. Moreau ; *JCP A* 2011, 2095, comm. F. Linditch ; *RDI.* 2011, p. 275, note R. Noguellou ; *CP-ACCP* 2011, n° 108, p. 176, note Renouart ; *Gaz. Pal.* 2011, n° 141, p. 33, note C. Gisbrant-Boinon.

²¹³³ CE, 20 février 2013, *Société laboratoire Biomnis*, n° 363656 ; *BJCP* 2013, n° 89, p. 257, concl. G. Pellissier ; *AJDA* 2013. 439 ; *AJCT* 2013. 298, obs. S. Agresta ; *Contrats et marchés publ.* 2013, comm. 102, note P. Devillers ; *JCP Adm.* 2013, n° 2261, note F. Linditch.

²¹³⁴ CAA Marseille, 3 février 2014, *Société La Nouvelle charpente*, n° 11MA04603 – CAA Versailles, 11 septembre 2014, *SAS ARCADEM*, n° 12VE03806 ; *JCP A* 2015. 2024, comm. A.-M. Halpern.

²¹³⁵ TA Cergy-Pontoise, 27 avril 2012, *M. Gachi contre Commune de Villeneuve-La-Garenne*, n° 1104926 – CAA Nancy, 18 novembre 2013, *Communauté de communes de Vesle Montagne des Reims*, n° 12NC01181.

explicitement. Toutefois, une incertitude subsiste sur l'obligation d'informer des motifs du rejet des offres. À cet égard, « *seul un arrêt du Conseil d'État permettra de déterminer si le divorce entre l'article 83 du Code des marchés publics et les marchés passés selon une procédure adaptée est consommé* »²¹³⁶. L'article 83 du Code des marchés publics disposant que « *le pouvoir adjudicateur communique à tout candidat écarté qui n'a pas été destinataire de la notification prévue au 1° du I de l'article 80 les motifs du rejet de sa candidature ou de son offre* », il serait opportun que les juges du palais royal reconnaisse l'applicabilité de cet article aux marchés passés selon une procédure adaptée.

Cette obligation d'information découle du principe de transparence des procédures²¹³⁷, et permet aux candidats évincés d'introduire utilement un recours contre la décision de rejet. En effet, « *l'obligation qui pèse sur le pouvoir adjudicateur repose donc sur le droit au recours détenu par les candidats évincés et sur la nécessité de garantir à ceux-ci une possibilité de contestation utile de la décision de rejet* »²¹³⁸. À ce titre, la transparence assure l'efficacité des recours contentieux contre la procédure ou contre le contrat lui-même. C'est pourquoi les motifs de rejet des candidatures ou des offres doivent être suffisamment détaillés²¹³⁹, et communiqués dans un délai suffisant²¹⁴⁰, afin que le candidat puisse utilement contester son rejet. Ainsi, l'autorité adjudicatrice ne peut refuser de communiquer certains éléments essentiels, relatifs à l'offre retenue, tels que le prix et les notes obtenues²¹⁴¹. Elle ne peut fournir d'éléments contradictoires²¹⁴². Par conséquent, « *lorsqu'il y a rejet d'une candidature, la personne publique doit donc communiquer les motifs détaillés de l'éviction ; en cas de rejet*

²¹³⁶ A.-M. HALPERN, comm. sous CAA Versailles, 11 septembre 2014, *SAS ARCADEM*, *JCPA* 2015. 2024.

²¹³⁷ DAJ, fiche « L'information des candidats évincés », disponible sur le site internet de la DAJ.

²¹³⁸ M.-C. VINCENT-LEGOUX, comm. sous CE, 6 mars 2009, *Syndicat mixte de la région Auray-Belz-Quiberon*, *AJDA* 2009, p. 1554.

²¹³⁹ CE, 10 juillet 2009, *Département de l'Aisne*, préc. – CE, 18 décembre 2012, *Métropole Nice Côte d'Azur*, n° 363342 ; *Contrats et marchés publ.* 2013, comm.48, note J.-P. Pietri ; *JCP A* 2013, 2151, note F. Linditch – CE, 19 avril 2013, *Commune de Mandelieu-la-Napoule*, n° 365617, *Rec.* p. 107 ; *Contrats et marchés publ.* 2013, comm. 175, note G. Eckert ; *BJCP* 2013, p. 307, concl. G. Pellissier – CAA Bordeaux, 30 octobre 2014, *Collectivité d'outre-mer de Saint-Martin*, n° 14BX00572.

²¹⁴⁰ CJUE, 17 février 2011, *Commission c/ Chypre*, aff. C-251/09, *Rec.* p. I-00013 – CE, 19 décembre 2007, *Syndicat intercommunal d'alimentation en eau potable (SIAEP) du Confolentais*, n° 291487, *Rec. T.* p. 943 ; *BJCP* 2008, p. 123, concl. N. Boulouis ; *Contrats et marchés publ.* 2008, comm. 45, note J.-P. Piétri ; *JCP A* 2008, 2027, note F. Linditch. L'art. 83 dispose à ce titre que « *le pouvoir adjudicateur communique à tout candidat écarté qui n'a pas été destinataire de la notification prévue au 1° du I de l'article 80 les motifs du rejet de sa candidature ou de son offre dans les quinze jours de la réception d'une demande écrite à cette fin* (nous soulignons) ».

²¹⁴¹ CE, 11 mars 2013, *Ministre de la Défense contre Société Aéromécanic*, n° 364827 ; *AJDA* 2013. 1134, obs. D. Poupeau ; *BJCP* 2013. 342, concl. B. Dacosta ; *Contrats et marchés publ.* 2013, comm. 132, note G. Eckert – CE, 7 novembre 2014, *Syndicat Départemental de Traitement des Déchets Ménagers de l'Aisne*, n° 384014 ; *JCP A* 2015, 2025, concl. B. Dacosta ; *Contrats et marchés publ.* 2015, comm. 6, note G. Eckert ; *Énergie - Environnement - Infrastructures* 2015, comm. 33, note A. Fourmon.

²¹⁴² TGI Paris, 13 mars 2014, *SAS Triadis Services c/ SNCF*, n° 14/51943.

des offres, elle doit en plus fournir des éléments caractérisant l'offre retenue montrant au candidat malheureux que son offre était économiquement moins avantageuse que celle retenue »²¹⁴³. Malgré les précisions contenues dans l'article 80 du Code des marchés publics, il est possible de s'interroger sur le contenu précis de la motivation relative au rejet de l'offre. Le Conseil d'État²¹⁴⁴ oblige l'autorité adjudicatrice à communiquer d'une part, le rang et le classement de l'offre du candidat évincé, d'autre part, les notes allouées, sous chacun des critères d'attribution du marché, à l'offre du candidat évincé ainsi qu'à l'offre de l'attributaire. Comme l'affirme la Cour de justice, « *une législation relative à l'accès aux documents administratifs qui se contenterait de prévoir l'information des soumissionnaires sur les seules décisions qui les concernent directement, ne peut compenser l'absence d'une obligation d'informer l'ensemble des soumissionnaires de la décision d'attribution du marché avant la conclusion du contrat, afin que ceux-ci disposent d'une réelle possibilité d'intenter un recours* »²¹⁴⁵. La transparence permet dès lors la communication des éléments essentiels pour contester le rejet d'une offre. Ces informations transmises aux candidats évincés permettent également la vérification, en cas de contentieux, de l'impartialité de la procédure.

Pour assurer l'efficacité des recours contentieux, les textes imposent le respect d'un délai de *standstill*²¹⁴⁶ pour les marchés à procédure formalisée²¹⁴⁷, qui oblige l'autorité adjudicatrice à ne pas signer le contrat immédiatement, pour ne pas fermer la voie du référé précontractuel aux candidats évincés²¹⁴⁸. Comme le confirme la Cour de justice de l'Union européenne, un délai raisonnable doit s'écouler entre la date à laquelle le candidat a connaissance de son éviction et la signature du marché²¹⁴⁹. Ce délai est de 16 jours entre l'accomplissement de la publicité appropriée et peut être réduit à 11 jours en cas de communication par voie

²¹⁴³ J.-D. DREYFUS, note sous CE, 20 octobre 2006, *Syndicat des eaux de Charente-Maritime*, n° 278601, *AJDA* 2006 p. 2283.

²¹⁴⁴ CE, 18 décembre 2012, *Métropole Nice Côte d'Azur*, préc. – CE, 18 décembre 2012, *Département Guadeloupe*, n° 362532, *Rec. T.* p. 844 ; *JCP A* 2013, 21, concl. B. Dacosta ; *Contrats et marchés publ.* 2013, comm. 28, note W. Zimmer ; *AJCT* 2013, p. 247, note S. Hul.

²¹⁴⁵ CJCE, 24 juin 2004, *Commission c/ Autriche*, préc., pt. 21.

²¹⁴⁶ Art. 80 du Code des marchés publics.

²¹⁴⁷ Le délai de *standstill* ne s'applique pas pour les marchés à procédure adaptée : CE, 11 décembre 2013, *Société Antillaise de sécurité*, n° 372214 ; *BJCP* 2014. 136, concl. B. Dacosta ; *JCP A* 2014, 2144, note F. Linditch.

²¹⁴⁸ CE, sect., 3 novembre 1995, *CCI de Tarbes et des Hautes-Pyrénées*, n° 157304, *Rec.* p. 394.

²¹⁴⁹ CJCE, 28 octobre 1999, *Alcatel Austria*, aff. C-81/98, *Rec.* p. 7671 – CJCE, 24 juin 2004, *Commission contre Autriche*, préc. – CJCE 3 avril 2008, *Commission c/ Espagne*, préc.

électronique. Lorsque le pouvoir adjudicateur s'impose un délai, il doit le communiquer dans la notification du rejet de l'offre²¹⁵⁰.

Cette obligation de communication intervient généralement lors du 3^{ème} temps de la commande publique, après le choix du cocontractant. C'est pour cette raison qu'elle découle de la transparence, seul principe de la commande publique rattachée à cette phase de la procédure. Cette affirmation peut être remise en question lorsque pendant la procédure, le choix des candidatures et des offres n'intervient pas au même moment. Dans ce cas, l'autorité adjudicatrice peut être contrainte de communiquer ces informations, alors que la procédure n'est pas achevée. Toutefois, le rejet des candidatures reste dans une logique de fin de procédure, donc dans une logique rattachée au troisième temps de la commande publique²¹⁵¹. Ainsi, ce temps peut intervenir de manière épisodique alors même que la mise en concurrence n'est pas close.

La transparence dispose donc d'une fonction permettant d'assurer l'efficacité des recours contentieux, et contribue ainsi à renforcer le contrôle de l'impartialité de la procédure de passation. Depuis l'adoption de la nouvelle directive sur les concessions²¹⁵², la fonction de la transparence semble élargie. En principe, il n'existe pas d'obligation d'informer les candidats évincés dans le cadre des délégations de service public²¹⁵³. Désormais, l'article 40 de la directive sur les concessions²¹⁵⁴ prévoit une telle obligation, dont les dispositions reprennent celles relatives aux marchés publics.

²¹⁵⁰ CE, 24 juin 2011, *Office public de l'habitat interdépartemental de l'Essone, du Val-d'Oise et des Yvelines et Sté Seni*, n° 346665, *Rec. T.* p. 1023 ; *Dr. adm.* 2011, comm. 86, note F. Brenet ; *Contrats et marchés publ.* 2011, comm. 270, note J.-P. Pietri ; *AJDA* 2011, p. 1296, note R. Grand – CE, 15 février 2013, *Société SFR*, n° 363854 ; *BJCP* 2013. 295, concl. G. Pellissier ; *Contrats et marchés publ.* 2013, comm. 105, note J.-P. Pietri ; *AJCT* 2013, p. 360, note S. Hul.

²¹⁵¹ Cf. *Supra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 2.

²¹⁵² Directive 2014/23/UE préc.

²¹⁵³ CE, 18 juin 2010, *Communauté urbaine de Strasbourg, société Seche Eco Industrie c / Sociétés Tiru et Novergie*, préc. : « aucun principe ni aucun texte n'imposait à l'autorité déléguée d'informer le candidat évincé du rejet de sa proposition ni des motifs de ce rejet ».

²¹⁵⁴ Art. 40 de la directive 2014/23/UE préc. : « le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice informe dans les meilleurs délais les candidats et les soumissionnaires des décisions prises concernant l'attribution d'une concession, y compris le nom du soumissionnaire retenu, des motifs des décisions de rejet de leur candidature ou de leur offre ainsi que les motifs de toute décision de renoncer à attribuer un contrat pour lequel un avis de concession a été publié ou de recommencer la procédure. Par ailleurs, à la demande de la partie concernée, le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice informe dans les meilleurs délais, et, dans tous les cas, dans les quinze jours suivant la réception d'une demande écrite, tout soumissionnaire ayant fait une offre recevable des caractéristiques et des avantages relatifs de l'offre retenue ».

La transparence peut toutefois être limitée dans certains cas, notamment lorsque la communication des informations de rejet porte atteinte au secret des affaires. Le Conseil d'État indique à cet égard que « *l'acheteur public ne peut communiquer des informations dont la divulgation porterait préjudice aux intérêts commerciaux légitimes des entreprises ou pourrait nuire au libre jeu de la concurrence entre elles* »²¹⁵⁵, notamment lorsque la procédure de passation n'est pas achevée. Ne peut y faire obstacle « *la circonstance que la communication de cette information risquerait de donner à la société un avantage compétitif de nature à nuire à la loyauté de la concurrence, dans l'hypothèse où la procédure litigieuse serait annulée ou serait déclarée sans suite pour motif d'intérêt général et où une nouvelle procédure de passation du marché serait engagée* »²¹⁵⁶. Confirmée par les textes²¹⁵⁷, cette règle interdit au pouvoir adjudicateur de porter atteinte au secret des affaires lorsqu'il communique les motifs de rejet d'une candidature ou d'une offre. Par conséquent, le principe de transparence est limité par la protection du secret des affaires, et ne dispose donc pas d'un caractère absolu.

Le secret des affaires « *concerne tout renseignement commercial susceptible de donner à un rival un avantage concurrentiel* »²¹⁵⁸. L'autorité adjudicatrice ne doit donc pas communiquer une information qui a pour effet d'engendrer une distorsion de concurrence. En revanche, la personne publique ne peut pas « *s'abriter derrière un tel risque pour refuser de communiquer aux candidats non retenus les caractéristiques et les avantages relatifs de l'offre qu'elle a choisie, alors qu'une telle obligation est imposée par le code et que son respect concourt à l'efficacité du référé précontractuel* »²¹⁵⁹. C'est pourquoi le pouvoir adjudicateur doit justifier que la divulgation de ces informations porte atteinte au secret des affaires²¹⁶⁰.

Il est ainsi acquis que la transparence contraint l'autorité adjudicatrice à communiquer aux candidats évincés les circonstances du rejet de leurs candidatures et de leurs offres. Il convient

²¹⁵⁵ CE, 20 octobre 2006, *Syndicat des eaux de Charente-Maritime*, n° 278601, *Rec. T.* p. 946 ; *AJDA* 2006. 1981 ; *ibid.* 2283, note J.-D. Dreyfus ; *RDI* 2006. 489, obs. J.-D. Dreyfus ; *BJCP* 2007. 28, concl. D. Casas ; *Contrats marchés publ.* 2007, n°5, comm. F. Olivier.

²¹⁵⁶ B. DACOSTA, concl. sur CE, 7 novembre 2014, *Syndicat départemental de traitement des déchets ménagers de l'Aisne*, *JCP A* 2015. 2025.

²¹⁵⁷ Art. 80 – III du Code des marchés publics ; Art. 55 de la directive 2014/24/UE préc. ; Art. 40 de la directive 2014/23/UE préc.

²¹⁵⁸ J.-D. DREYFUS, art. préc.

²¹⁵⁹ B. DACOSTA, concl. sur CE, 29 mai 2013, *Ministre de la Défense c/ Société Aéromécanic*, n° 364827, *BJCP* n° 90, p. 343.

²¹⁶⁰ CE, 17 juillet 2013, *Ministre de la Défense c/ Société Aéromécanic*, préc.

à présent d'analyser le traitement contentieux de cette obligation d'informer les candidats évincés.

II : Le traitement contentieux de l'obligation d'informer les candidats évincés.

La présence de telles obligations amène à s'interroger sur l'existence d'une sanction en cas de non-respect. Un juste équilibre doit être recherché, une réponse négative privant d'effet utile le principe de transparence, et une sanction systématique pouvant devenir handicapante pour le pouvoir adjudicateur et le bon déroulement des procédures de passation. Les mesures prescrites par le Conseil d'État sont un compromis entre ces deux solutions.

Il est admis que la violation de l'obligation d'information des candidats évincés peut être contestée devant le juge du référé précontractuel. Ce dernier ne peut être saisi qu'en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence²¹⁶¹, or la méconnaissance de la communication des motifs de rejet « *constitue une atteinte aux obligations de publicité et de mise en concurrence dont il appartient au juge administratif, saisi en application de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, de tirer les conséquences* »²¹⁶². En outre, la décision du Conseil d'État du 3 octobre 2008, *SMIRGEOMES*²¹⁶³, restreint les moyens invocables devant le juge du référé précontractuel en précisant que « *les personnes habilitées à agir pour mettre fin aux manquements du pouvoir adjudicateur à ses obligations de publicité et de mise en concurrence sont celles susceptibles d'être lésées par de tels manquements* ». Or, selon les juges du palais royal, une méconnaissance de l'obligation de communication « *constitue une atteinte aux obligations de publicité et de mise en concurrence susceptible de léser cette société en l'empêchant de contester utilement le rejet*

²¹⁶¹ Art. L551-1 du Code de justice administrative : « *le président du tribunal administratif, ou le magistrat qu'il délègue, peut être saisi en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation par les pouvoirs adjudicateurs de contrats administratifs ayant pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures ou la prestation de services, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation, la délégation d'un service public ou la sélection d'un actionnaire opérateur économique d'une société d'économie mixte à opération unique* ».

²¹⁶² CE, 21 janvier 2004, *Société Aquitaine Démolition*, n° 253509, *Rec. T.* p. 771 ; *Contrats et marchés publ.* 2004, comm. 50, note J.-P. Pietri ; *BJCP* 2004, p. 219 ; *AJDA* 2004. 710, note J.-D. Dreyfus ; *CP-ACCP*, avr. 2004, p. 77, note M. Heintz ; *JCP A* 2004, p. 364, note F. Linditch – CE, 9 août 2006, *Hairis SAS*, n° 284577 ; *Contrats et marchés publ.* 2006, comm. 258 et comm. 269, obs. F. Llorens et P. Soler-Couteaux.

²¹⁶³ CE, Sect., 3 octobre 2008, *SMIRGEOMES*, n° 305420, *Rec.* p. 324, concl. B. Dacosta ; *Dr. adm.* 2008, comm. 154, note B. Bonnet et A. Lalanne ; *JCP A* 2008, comm. 2262, note F. Linditch ; *RJEP* 2009, comm. 8, note F. Brenet ; *RFDA* 2008. 1128, concl. B. Dacosta, note P. Delvolvé ; *BJCP* 2008, p. 451, concl. B. Dacosta, obs. R. Schwartz ; *AJDA* 2008. 2161, chron. E. Geffray et S.-J. Liéber ; *ibid.* 2008. 2374, note P. Cassia ; *LPA* 21 nov. 2008, p. 15, note S. Hul ; *BJCP* 2008, p. 394, chron. Th. Dal Farra ; *Contrats et marchés publ.* 2008, comm. 264, note. J.-P. Piétri.

de son offre »²¹⁶⁴. Par conséquent, le moyen tiré de la violation de l'obligation de communication est recevable devant le juge du référé précontractuel.

Toutefois, l'absence de communication des motifs de rejet n'est sanctionnée que lorsqu'elle est susceptible de léser effectivement le candidat, c'est-à-dire lorsqu'elle a pour effet de le priver de l'exercice utile d'un recours contentieux. Dans le cas contraire, le juge n'inflige aucune sanction à l'administration car « un tel manquement n'est plus constitué si l'ensemble des informations mentionnées aux articles 80 et 83 précités a été communiqué au candidat évincé à la date à laquelle le juge des référés statue sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, et si le délai qui s'est écoulé entre cette communication et la date à laquelle le juge des référés statue a été suffisant pour permettre à ce candidat de contester utilement son éviction »²¹⁶⁵. Cette jurisprudence pragmatique, axée sur l'efficacité des recours contentieux, permet de ne pas entrer dans un formalisme excessif s'agissant de l'obligation de communication. Toutefois, elle amène à penser que l'obligation d'information des candidats évincés « se transforme progressivement en une obligation chimérique dont la méconnaissance ne sera plus avérée – ni donc sanctionnée – dès lors qu'il aura été satisfait à l'information sur demande au titre de l'article 83 du Code des marchés publics »²¹⁶⁶. Néanmoins, cette solution jurisprudentielle reste dans une logique de subjectivisation introduite par la décision *SMIRGEOMES*²¹⁶⁷, qui axe l'examen de l'opérance des moyens sur le caractère utile du recours²¹⁶⁸. Par conséquent, « dès lors que les articles 80 et 83 sont fondés sur « le droit à un recours utile », leur méconnaissance ne sera reconnue et sanctionnée que si elle prive de ce droit le candidat évincé (...) c'est la possibilité pour le candidat écarté de contester utilement le rejet de son offre qui conditionne la validité de la procédure de passation dans les cas où les articles 80 et 83 du Code n'ont pas été rigoureusement respectés »²¹⁶⁹. Lorsque le manquement lèse effectivement le candidat, le juge enjoint à l'administration de communiquer les informations et suspend la signature du contrat²¹⁷⁰.

²¹⁶⁴ CE, 6 mars 2009, *Commune d'Aix-en-Provence*, n° 314610, *Rec. T.* p. 821 ; *Dr. adm.* 2009, comm. 69 ; *JCP A* 2009, 343 ; *BJCP* 2009, 213, concl. N. Boulouis ; *Contrats et marchés publ.* 2009, comm. 122, note F. Olivier ; *JCP A* 2009, n° 2122, note F. Linditch.

²¹⁶⁵ CE, 6 mars 2009, *Syndicat mixte de la région d'Auray-Belz-Quiberon*, n° 321217, *Rec. T.* 840 ; *AJDA* 2009, 1554, note M.-C. Vincent-Legoux ; *Contrats et marchés publ.* 2009, comm. 126, note G. Eckert.

²¹⁶⁶ L. TALLET-PREUD'HOMME, *op. cit.*, p. 73.

²¹⁶⁷ CE, 3 octobre 2008, *SMIRGEOMES*, préc.

²¹⁶⁸ Cf. *Infra*, Partie 2, Titre 2, Chapitre 2.

²¹⁶⁹ M.-C. VINCENT-LEGOUX, note préc., p. 1557.

²¹⁷⁰ CE, 21 janv. 2004, *Sté Aquitaine Démolition*, préc.

Récemment, le Conseil d'État a apporté des précisions quant aux conséquences à tirer de l'absence de réponse d'une autorité adjudicatrice à une demande d'information fondée sur l'article 83 du Code des marchés publics. Les motifs de rejet de l'offre du candidat et les éléments portant sur les caractéristiques et avantages de l'offre retenue ainsi que le nom de l'entreprise attributaire avaient été communiqués. Sur le fondement de l'article 83, le candidat a demandé des informations supplémentaires, notamment celles relatives au prix de l'offre, ainsi que les notes obtenues par la société attributaire au titre des sous-critères. Le Conseil d'État a considéré qu'en ne répondant pas à cette demande « *le syndicat a manqué à ses obligations de publicité et de mise en concurrence* » et « *qu'un tel manquement est susceptible de léser la société* »²¹⁷¹. Il a ensuite précisé que « *eu égard à la nature et à l'importance de leur pondération, ces « sous-critères » sont susceptibles d'exercer une influence sur la présentation des offres par les candidats et leur sélection et doivent en conséquence être eux-mêmes regardés comme des critères de sélection* ». Par conséquent, ils devaient être communiqués au candidat qui en avait fait la demande. Si le juge n'avait pas requalifié les sous-critères en véritables critères de sélection, il n'aurait pas fait droit à la demande du requérant. En effet, selon une jurisprudence constante, l'autorité adjudicatrice n'est pas dans l'obligation de communiquer les notes obtenues au titre des sous-critères sur le fondement de l'article 80 du Code des marchés publics²¹⁷². Une telle approche peut être regardée « *comme restant en-deçà des exigences du droit de l'Union européenne* » selon Bertrant Dacosta²¹⁷³.

Le candidat évincé est recevable à former un référé contractuel lorsque la méconnaissance de l'obligation de l'article 80 du Code des marchés publics l'a privé d'exercer utilement un référé précontractuel. À cet égard, le Conseil d'État précise que « *les dispositions de l'article L. 551-14 du CJA (...) n'ont pas pour effet de rendre irrecevable un référé contractuel introduit par un concurrent évincé qui avait antérieurement présenté un référé précontractuel alors qu'il était, par suite d'un manquement du pouvoir adjudicateur au respect des dispositions de l'article 80 du CMP, dans l'ignorance des motifs de rejet de son offre et du choix de l'offre retenue* »²¹⁷⁴. Toutefois, l'office du juge du référé contractuel reste dans ce cadre strictement limité²¹⁷⁵.

²¹⁷¹ CE, 7 novembre 2014, *Syndicat départemental de traitement des déchets ménagers de l'Aisne*, préc.

²¹⁷² CE, 18 décembre 2012, *Métropole Nice-Côte d'Azur*, préc. – CE, 15 février 2013, *Sté SFR*, préc.

²¹⁷³ B. DACOSTA, concl. préc.

²¹⁷⁴ CE, 10 novembre 2010, *France Agrimer*, n° 340944 ; *JCP A* 2010, 2379, note F. Linditch ; *Contrats et marchés publ.* 2011, comm. 59, note J.-P. Pietri.

²¹⁷⁵ Cf. *Infra*, Partie 2, Titre 2, Chapitre 2.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2 :

Les principes consécutifs d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures disposent chacun de fonctions propres. L'égalité de traitement, dont la teneur varie en fonction de la nature du futur contrat, contraint l'autorité adjudicatrice à ne pas opérer de discrimination entre les candidats réels lors du deuxième temps de la commande publique. La transparence garantit l'intelligibilité de la procédure et permet *a posteriori* une vérification aisée de son impartialité. Qualifiée de principe « preuve », elle assure, à ce titre, l'efficacité des procédures de mise en concurrence et permet l'ouverture utile des recours contentieux.

CONCLUSION DU TITRE 1 :

À partir des fonctions-fins des principes de la commande publique, il est possible de déterminer leurs fonctions-objets. En d'autres termes, les finalités spécifiques poursuivies par chacun permettent d'appréhender leurs fonctions propres, dans la mesure où chacune des règles spécifiques du droit de la commande publique peut être rattachée à l'un d'eux.

Le principe de liberté d'accès à la mise en concurrence dispose d'une fonction économique initiale : économique, en ce sens qu'il permet l'ouverture du marché (au sens économique du terme) à la concurrence et détermine ses conditions d'accès ; initial, dès lors que c'est le premier principe qui s'applique, et que ses effets se diffusent jusqu'à l'exécution du contrat.

Les principes d'égalité et de transparence succèdent à liberté, et leur applicabilité est conditionnée à celle de ce principe. Le principe d'égalité de traitement contraint les acteurs de la commande publique à respecter une égalité entre les candidats qui ont effectivement accédé à la mise en concurrence, et ce tout au long de la procédure, jusqu'au choix des offres. En outre, c'est un garant de l'impartialité de la procédure, dans la mesure où il empêche la survenance d'un conflit d'intérêts ou d'un délit de favoritisme. Le principe de transparence, quant à lui, dispose d'une fonction d'intelligibilité de la procédure, qui consiste à communiquer aux candidats certains éléments du déroulement de la mise en concurrence. C'est également un principe preuve, car il contraint l'autorité adjudicatrice à transmettre certaines informations *ex post* aux tiers ordinaires ou aux candidats évincés, qui leurs permettent de vérifier le bon déroulement de la procédure.

La conception temporelle des principes débouche ainsi sur l'institution d'une définition propre à chacun. De cette définition découle des implications positives sur le droit de la commande publique.