

Candidature des collectivités territoriales lors de l'attribution d'un contrat de la commande publique : la fin d'un feuilleton ?

Note sous CE, 4 juin 2019, n°411444, Société Armor SNC

Mathias Amilhat, Maître de conférences à l'université Toulouse-I-Capitole (IEJUC EA 1919)

Va-t-on enfin connaître les conditions permettant à des collectivités territoriales de candidater à l'attribution de contrats de la commande publique et cesser de naviguer en eaux troubles ? C'est en tout cas ce qu'il est possible d'espérer après que le Conseil d'Etat ait mis fin au long feuilleton opposant la société Armor SNC au département de la Vendée.

L'histoire est désormais (trop) bien connue. En 2006, le département de la Vendée a lancé une procédure d'appel d'offres pour la réalisation de travaux de dragage dans l'estuaire du Lay. Il était prévu que le marché serait passé pour une durée d'un an, avec la possibilité de le reconduire pour trois années. La particularité de cette procédure est que l'une des candidatures présentées émanait d'une personne publique : le département voisin de la Charente-Maritime. Le département de la Vendée devait donc départager l'offre présentée par cette collectivité territoriale et celles présentées par des opérateurs économiques de droit privé. Or, l'offre présentée par le département de la Charente-Maritime proposait un prix largement inférieur à ceux proposés par ses concurrents, et c'est donc elle qui a été retenue par le département de la Vendée. Ce choix ayant été opéré sur la base d'un critère a priori objectif, les choses auraient pu en rester là... C'était toutefois oublier que les personnes publiques ne sont pas des candidats ordinaires et que leur compétence pour soumissionner dans le cadre de l'attribution de la commande publique est encadrée.

C'est en tout cas ce qui a motivé l'un des candidats malheureux, la société Armor SNC, à contester le choix effectué par le département de la Vendée. Cette société a saisi le tribunal administratif de Nantes pour lui demander d'annuler les décisions de la commission d'appel d'offres et du président du conseil général de la Vendée désignant le département de Charente-Maritime comme attributaire. Elle a également demandé au tribunal d'enjoindre au président du conseil général de la Vendée de saisir le juge compétent pour qu'il constate la nullité du marché. Celui-ci a cependant rejeté la demande de la société par un jugement rendu le 9 avril 2010. La société Armor SNC a alors interjeté appel devant la cour administrative d'appel de Nantes, qui a également rejeté sa demande. Elle a alors décidé de saisir le Conseil d'Etat qui, dans un arrêt largement commenté (*CE, 30 déc. 2014, n° 355563, Société Armor SNC, Lebon p. 433*), a annulé l'arrêt rendu par la cour administrative d'appel de Nantes et lui a renvoyé l'affaire. Il s'agissait là du premier arrêt Société Armor SNC.

La question posée devant le Conseil d'Etat en 2014 était de savoir dans quelles conditions une personne publique peut se porter candidate à l'attribution d'un marché public. Il ne s'agissait pas d'une question inédite pour le juge administratif. Le Conseil d'Etat avait déjà admis, dans son arrêt Société Jean-Louis Bernard Consultants du 8 novembre 2000, qu'« aucun texte ni aucun principe n'interdit, en raison de sa nature, à une personne publique, de se porter candidate à l'attribution d'un marché public ou d'un contrat de délégation de service public » (*CE, 8 novembre 2000, n°222208, Société Jean-Louis Bernard Consultants, Lebon p. 492*). Le principe posé était donc la liberté pour les personnes publiques de candidater à l'attribution de contrats de la commande publique. Mais le véritable problème – source d'exceptions à ce principe –

concernait les modalités d'une telle candidature. En effet, dans son arrêt de 2000, le Conseil d'Etat avait précisé que la liberté de candidater, fondé sur le principe d'égal accès aux marchés publics, a pour borne « le principe de liberté de la concurrence ». Il indiquait donc que pour que la candidature d'une personne publique soit recevable, il est nécessaire que le prix proposé « soit déterminé en prenant en compte l'ensemble des coûts directs et indirects concourant à la formation du prix de la prestation objet du contrat », mais aussi que cette personne publique « n'ait pas bénéficié, pour déterminer le prix [...] proposé, d'un avantage découlant des ressources ou des moyens qui lui sont attribués au titre de sa mission de service public ». Le respect de la concurrence apparaissait alors comme l'unique limite posée à la candidature des personnes publiques, d'autant qu'en 2009 le Conseil d'Etat était venu préciser que « la simple candidature d'une personne publique, dans le respect des règles de la concurrence, à l'attribution d'un marché public, n'est pas subordonnée à une carence de l'initiative privée, ni [...] à l'existence d'un intérêt public » (*CE, 10 juillet 2009, n°324156, Département de l'Aisne Lebon, T., p. 829*). Il s'écartait ainsi de sa jurisprudence antérieure (*CE, sect., 30 mai 1930, n°06781, Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers ; prolongé et actualisé par CE, ass., 31 mai 2006, n°275531, Ordre des avocats au barreau de Paris*), ce qui n'avait pas manqué d'étonner certains commentateurs.

Or, c'est justement sur ce dernier point que le juge administratif suprême est revenu en 2014. Dans son premier arrêt *Société Armor SNC* il précise en effet que cette liberté de candidater trouve une limite lorsque les candidats sont des collectivités territoriales ou des établissements publics de coopération créés par elles. En effet, mis à part lorsqu'elles exercent des compétences pour le compte de l'Etat, ces personnes publiques ne peuvent agir que pour satisfaire un intérêt public local. Par conséquent, « si aucun principe ni aucun texte ne fait obstacle à ce que ces collectivités ou leurs établissements publics de coopération se portent candidats à l'attribution d'un contrat de commande publique pour répondre aux besoins d'une autre personne publique, ils ne peuvent légalement présenter une telle candidature que si elle répond à un tel intérêt public, c'est à dire si elle constitue le prolongement d'une mission de service public dont la collectivité ou l'établissement public de coopération a la charge, dans le but notamment d'amortir des équipements, de valoriser les moyens dont dispose le service ou d'assurer son équilibre financier, et sous réserve qu'elle ne compromette pas l'exercice de cette mission ». De plus, une telle candidature « ne doit pas fausser les conditions de la concurrence » et il faut donc vérifier que « le prix proposé par la collectivité territoriale ou l'établissement public de coopération (soit) déterminé en prenant en compte l'ensemble des coûts directs et indirects concourant à sa formation, sans que la collectivité publique bénéficie, pour le déterminer, d'un avantage découlant des ressources ou des moyens qui lui sont attribués au titre de ses missions de service public ». La seule exception à cette solution concerne les coopérations entre personnes publiques « dans le cadre de relations distinctes de celles d'opérateurs intervenant sur un marché concurrentiel ».

Le Conseil d'Etat ayant décidé de renvoyer l'affaire, c'est sur le fondement de cette décision que la cour administrative d'appel de Nantes a, à nouveau, tranché le litige dans son arrêt du 12 avril 2017. Elle en a fait application et a – encore – rejeté l'appel formé cette fois-ci par la société Vinci construction maritime et fluvial qui était venue aux droits de la société Armor SNC. Considérant que l'arrêt rendu n'était toujours pas satisfaisant, cette société a décidé de saisir le Conseil d'Etat d'un second pourvoi en cassation afin qu'il réponde à ses attentes.

Le juge administratif suprême devait donc se prononcer sur la mise en œuvre de sa décision de 2014 par la cour administrative d'appel de Nantes. Le problème posé est toujours celui de la possibilité pour une collectivité territoriale de se porter candidate à l'attribution d'un marché public mais, plus précisément, la question porte sur la manière d'apprécier la légalité d'une telle candidature.

Après avoir rappelé la position qu'il a exprimé en 2014 (et annulé le second arrêt rendu par la cour administrative d'appel), le Conseil d'Etat apporte des indications précises. Dans un premier temps il revient sur la manière d'appréhender l'intérêt public local d'une collectivité territoriale lorsque celle-ci se porte candidate à l'attribution d'un marché public, et notamment sur la notion d'amortissement et sur son appréciation (I). Puis, dans un second temps, il apporte des éclairages importants sur la façon de vérifier qu'une telle candidature ne fausse pas les conditions de la concurrence sur le marché (II).

I. Un préalable nécessaire : vérifier l'existence d'un intérêt public local

L'arrêt rendu par le Conseil d'Etat prolonge et précise la décision de 2014. Il prend d'abord soin de rappeler que, lors de la candidature d'une collectivité territoriale ou d'un établissement public de coopération à l'attribution d'un contrat de la commande publique, il faut en premier lieu s'assurer de l'existence même d'un intérêt public local rendant cette candidature possible. Il s'agit ici d'appliquer la solution – posée en 2014 et réitérée en 2019 – selon laquelle les collectivités territoriales et leurs établissements publics de coopération ne peuvent « légalement » se porter candidats à l'attribution d'un contrat de la commande publique qui répond aux besoins d'une autre personne publique que si cette candidature répond à un intérêt public local. Ainsi, après avoir écarté les moyens avancés relatifs aux modalités de publicité de ce marché passé selon une procédure adaptée, le Conseil d'Etat s'interroge sur la possibilité pour le département de la Charente-Maritime de se porter candidat.

Sa compétence est d'abord examinée d'un point de vue statutaire. En effet, la société Vinci construction maritime et fluviale considérait que le département de la Charente-Maritime ne pouvait pas prendre en charge directement un service public industriel et commercial et aurait du créer une régie dotée de la personnalité morale pour exercer une telle activité. Le Conseil d'Etat, après avoir rappelé les dispositions pertinentes du code général des collectivités territoriales, écarte rapidement cet argument en indiquant que les collectivités territoriales sont seulement tenues de créer des régies dotées de l'autonomie financière lorsqu'elles souhaitent prendre en charge des services publics industriels et commerciaux ; elles ne sont pas tenues de leur conférer la personnalité morale.

En revanche, le juge s'attarde plus longuement sur le fait de savoir s'il existe un intérêt public local justifiant la candidature du département de la Charente-Maritime pour l'attribution du marché public de travaux de dragage car c'est l'existence de cet intérêt public qui va permettre, ou non, de justifier sa compétence. Or, ce sont les modalités de contrôle de l'existence de cet intérêt public local qui ont justifié la censure du raisonnement retenu par la cour administrative d'appel de Nantes.

Le Conseil d'Etat commence donc par vérifier si la réalisation des travaux de dragage peut être considérée comme le prolongement d'une mission de service public dévolue à ce département. En effet, dans l'arrêt Société Armor SNC de 2014, il avait clairement indiqué qu'il n'y a intérêt public local justifiant la candidature à un contrat de la commande publique que si l'objet du contrat constitue le prolongement d'une mission de service public exercée par la collectivité territoriale candidate, à condition que la prise en charge des opérations prévues par ce contrat ne compromette pas l'exercice de cette mission. Il s'agit d'une solution classique à propos de la compétence des collectivités territoriales dans la prise en charge des services publics : celles-ci ne peuvent intervenir que « dans la limite de leurs compétences » (*CE, ass., 31 mai 2006, n° 275531, Ordre avocats barreau de Paris, préc.*). Leur compétence rationae loci leur interdit en principe d'intervenir en-dehors des limites de leur territoire. Ce n'est donc que par exception qu'elles peuvent prendre en charge des activités qui s'exercent au-delà de celui-ci, lorsque l'activité accessoire permet une amélioration du service public (*J. Carbajo, Les activités accessoires au service public, in. Mél. en l'honneur de Jean-François Lachaume : Dalloz, 2007, p. 235*).

En l'espèce, le département de la Charente-Maritime prévoyait d'utiliser la drague « Fort Boyard » pour réaliser les travaux souhaités par le département de la Vendée. L'activité prise en charge constituait bien le prolongement d'une mission de service public préexistante dans la mesure où la drague en question avait été achetée et dimensionnée pour répondre de manière spécifique aux besoins du département de la Charente-Maritime en matière portuaire. De plus, le Conseil d'Etat relève que cette drague n'était utilisée qu'une partie de l'année, ce qui signifie que la prise en charge de cette activité de dragage accessoire ne risquait pas de mettre en cause l'exercice de sa mission principale. Il considère donc que l'utilisation de la drague « hors du territoire départemental peut être regardée comme s'inscrivant dans le prolongement du service public de création, d'aménagement et d'exploitation des ports maritimes de pêche dont le département a la charge en application des dispositions de l'article L. 601-1 du code des ports maritimes, sans compromettre l'exercice de cette mission ». Mais le Conseil d'Etat apporte une précision importante : s'il existe un intérêt public local, c'est parce que l'exercice de l'activité complémentaire de dragage au profit du département de la Vendée devait permettre au département de la Charente-Maritime d'amortir les équipements de son propre service public de dragage et de valoriser les moyens dont il dispose. Ici le juge ne retient pas une approche strictement comptable de la notion d'amortissement, contrairement à la cour administrative d'appel. Le Conseil d'Etat précise en effet que cette notion d'amortissement ne doit « pas s'entendre dans un sens précisément comptable, mais plus largement comme traduisant l'intérêt qui s'attache à l'augmentation du taux d'utilisation des équipements de la collectivité, dès lors que ces derniers ne sont pas surdimensionnés par rapport à ses propres besoins ». Il confirme ainsi que la réalisation d'économies, lorsqu'elle ne se fait pas au détriment de l'activité de service public principale, présente un intérêt public local suffisant pour qu'une collectivité territoriale ou un établissement public de coopération se porte candidat à l'attribution d'un contrat de la commande publique, tout en apportant une précision importante par rapport à l'arrêt de 2014. En effet, le Conseil d'Etat retient une conception souple de la notion d'amortissement qui permet de justifier plus facilement l'existence de l'intérêt public local. Il facilite ainsi l'admission des candidatures présentées par les collectivités territoriales ou par les établissements publics de coopération.

Pour autant, l'existence d'un intérêt public local ne suffit pas à justifier la candidature d'une collectivité territoriale ou d'un établissement de coopération à l'attribution d'un contrat de la commande publique. Il est en effet nécessaire de vérifier que cette candidature ne fausse pas la concurrence sur le marché.

II. Une condition précisée : s'assurer que la candidature ne fausse pas les conditions de la concurrence sur le marché

Dans son arrêt du 30 décembre 2014, le Conseil d'Etat indiquait clairement que l'intérêt public local n'est pas une condition suffisante pour admettre la légalité d'une candidature. Il précise en effet « qu'une fois admise dans son principe, cette candidature ne doit pas fausser les conditions de la concurrence ». Il faut donc, ensuite, vérifier si cette seconde condition est remplie et, là aussi, le juge administratif apporte des précisions importantes.

Lorsqu'il s'agit de déterminer si les conditions de la concurrence sur le marché ne sont pas faussées par la candidature d'une collectivité territoriale ou d'un établissement public de coopération créé par des collectivités, l'examen du prix proposé est un critère déterminant. Dans l'arrêt de 2014, le juge administratif l'avait bien précisé en indiquant qu'il convient « en particulier » de vérifier si ce prix a bien été calculé en tenant compte de tous les coûts directs et indirects. Il est également nécessaire de s'assurer que la collectivité ou l'établissement public n'a pas bénéficié d'avantages qui ont eu un impact sur le prix, ces avantages pouvant découler « des ressources ou des moyens qui lui sont attribués au titre de ses missions de service public ». Enfin, il est indispensable pour cette personne publique candidate d'être en mesure de justifier que ces conditions sont bien respectées soit grâce à ses documents comptables, soit en utilisant « tout autre moyen d'information approprié ». Tous ces éléments doivent permettre de s'assurer que la collectivité territoriale – ou l'établissement public de coopération – n'a pas tiré avantage de son statut de personne publique pour fausser les conditions de la concurrence au détriment des autres opérateurs économiques. En l'espèce, le prix proposé par le département de la Charente-Maritime était largement inférieur à ceux proposés par les autres candidats à l'attribution du marché. Il était donc possible de craindre, comme la société requérante, que les conditions de détermination de ce prix aient empêché l'exercice d'une concurrence loyale entre les différents candidats.

Pour le Conseil d'Etat cette affaire est l'occasion de proposer un véritable vade-mecum tant pour les pouvoirs adjudicateurs que pour les juges administratifs lorsqu'ils sont confrontés à des offres présentées par des collectivités territoriales – ou par des établissements publics de coopération – dont les prix sont nettement inférieurs à ceux des offres formulées par les autres soumissionnaires.

Il rappelle que les pouvoirs adjudicateurs sont les premiers responsables du respect des conditions de la concurrence. S'il apparaît que le prix d'une offre formulée par une collectivité ou un établissement public est sensiblement inférieur aux prix des offres des autres candidats, ils sont tenus de demander la production des documents nécessaires pour vérifier que tous les coûts directs et indirects ont été pris en compte dans le calcul de ce prix. Si ces documents révèlent que tous les coûts n'ont pas été pris en compte, ou s'ils ne sont pas produits par la personne publique candidate, ils n'ont d'autre choix que de rejeter sa candidature car l'admettre

dans de telles conditions fausserait les conditions de la concurrence sur le marché, au détriment des opérateurs économiques de droit privé.

Par ailleurs, le Conseil d'Etat érige les juges administratifs comme second rempart permettant d'assurer le respect des conditions de la concurrence sur le marché. Il précise en effet que, lorsque l'offre de la collectivité ou de l'établissement est malgré tout retenue et que son prix est contesté dans le cadre d'un recours intenté par un tiers, le juge administratif doit vérifier si « le pouvoir adjudicateur ne s'est pas fondé, pour retenir l'offre de la collectivité, sur un prix manifestement sous-estimé au regard de l'ensemble des coûts exposés et au vu des documents communiqués par la collectivité candidate ». Si tel est le cas, le juge doit en tirer les conséquences. En fonction du recours, il pourra donc être amené à annuler la procédure de passation.

Ainsi, le respect des conditions de la concurrence est assuré par un double niveau de contrôle qui doit offrir des garanties suffisantes pour les opérateurs économiques. Pour autant, en l'espèce, le contrôle exercé par le Conseil d'Etat reste relativement souple. Alors que le prix proposé était inférieur tant aux prix proposés par ses concurrents qu'aux estimations effectuées par le département de la Vendée, le juge se satisfait de la production d'un sous-détail des prix pour justifier cet écart. Il estime en effet que ce sous-détail démontre « que la différence de prix » s'explique par l'utilisation de méthodes de dragage différentes, celle utilisée par le département de la Charente-Maritime nécessitant moins de main d'œuvre que la méthode utilisée par ses concurrents. De plus, le Conseil d'Etat refuse de tenir compte du fait que le service de dragage du département de Charente-Maritime n'est pas, contrairement à ses concurrents, soumis à l'impôt sur les sociétés. Il estime en effet que « la société requérante ne peut pas utilement soutenir, dans le cadre du présent litige, que le service de dragage aurait dû être assujéti à l'impôt sur les sociétés ». L'application qui est faite en l'espèce a donc de quoi surprendre, même si elle permet de protéger les collectivités qui souhaitent amortir les investissements réalisés dans le cadre de services publics industriels et commerciaux en proposant leurs services à d'autres personnes publiques. Elle confirme, en pratique, la volonté de faciliter la candidature des collectivités et des groupements de coopération à l'attribution de contrats de la commande publique.

Cette décision reste malgré tout donc conforme aux principes énoncés depuis 2014, tout en faisant pencher le balancier du côté de la liberté des collectivités territoriales et des établissements de coopération. Elle se rapproche ainsi, un peu plus, des solutions retenues par la jurisprudence européenne (*CJUE, 18 déc. 2014, aff. C-568/13, Azienda Ospedaliero-Universitaria di Careggi-Firenze* ; *CJUE, 6 octobre 2015, aff. C-203/14, Consorci Sanitari del Maresme*), sans revenir sur les limites intrinsèques qui interdisent de telles candidatures en l'absence d'intérêt public local ou en cas de risque d'atteinte aux conditions de la concurrence.