



Les critères de choix en liberté surveillée

L'alignement progressif du droit des concessions sur celui des marchés publics n'efface pas pour autant les spécificités des contrats de concession en matière de définition et de mise en œuvre des critères de sélection, comme le confirme l'actualité jurisprudentielle.

Auteur

Christophe Cabanes

Vincent Michelin

Selarl CABANES-NEVEU & Associés
Avocats à la Cour

Mots clés

Critères de sélection • Hiérarchisation • Pondération • Qualité du service rendu aux usagers

En jugeant dans son arrêt *Établissement public du musée et du domaine national de Versailles*⁽¹⁾ que les principes généraux du droit de la commande publique imposent à l'autorité délégante d'apporter aux candidats à l'attribution d'une délégation de service public « une information sur les critères de sélection des offres », le Conseil d'État a conduit les autorités délégantes vers plus de transparence dans le déroulement de leurs procédures d'attribution de contrats de délégation de service public.

Exit « l'appréciation globale des offres » associée à la notion d'intuitu personae qui avaient longtemps prévalu en matière de concession.

Exit, par voie de conséquence l'absence de toute hiérarchisation des critères de sélection des offres.

Ce vent de transparence allait donc emporter avec lui bon nombre de spécificités qui faisaient le droit des concessions et guérir le droit des délégations de service public de cette « forme bénigne, mais réelle, de schizophrénie » que stigmatisait le Rapporteur public Dacosta⁽²⁾ à propos de l'apparente incompatibilité entre intuitu personae et respect des principes de transparence et d'égalité de traitement.

Pourtant, des troubles du comportement subsistent, notamment à l'occasion de l'application des critères de

(1) CE 23 décembre 2009, *Établissement public du musée et du domaine national de Versailles*, req. n° 328827, *Rec. CE*.

(2) Concl. Bertrand DaCosta Sur CE 23 décembre 2009, *op. cit.*

sélection des offres qui demeure encore une spécificité du droit des concessions que ce soit dans leur définition ou dans leur mise œuvre.

Un alignement progressif sur le régime des marchés publics

Au niveau de la définition des critères

On sait en droit que le principe de transparence implique, en matière de concession, une information appropriée sur les critères de sélection des offres, ceci afin de placer les soumissionnaires sur un pied d'égalité au moment de la préparation de leur offre^[3].

Les critères d'attribution doivent ainsi être formulés, dans le cahier des charges ou dans l'avis de marché, de manière à permettre à tous les soumissionnaires raisonnablement informés et normalement diligents de les interpréter de la même manière^[4].

Cette notion « d'information appropriée » justifie, depuis l'ordonnance du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession et son décret du 1^{er} février 2016, que « les critères et leur description so[ient] indiqués dans l'avis de concession, dans l'invitation à présenter une offre ou dans tout autre document de la consultation »^[5].

Cette règle a depuis été codifiée dans le Code de la commande publique (CCP).

Les dispositions de l'article R. 3124-4 du Code de la commande publique précisent que « pour attribuer le contrat de concession, l'autorité concédante se fonde, conformément aux dispositions de l'article L. 3124-5, sur une pluralité de critères non discriminatoires. Au nombre de ces critères, peuvent figurer notamment des critères environnementaux, sociaux, relatifs à l'innovation. Les critères et leur description sont indiqués dans l'avis de concession, dans l'invitation à présenter une offre ou dans tout autre document de la consultation ».

● Que faut-il entendre par « description » d'un critère de sélection ?

S'agit-il pour l'autorité délégante, comme pour le pouvoir adjudicateur en matière de marchés publics passés sous forme adaptée, de délivrer une « information appropriée des candidats [qui] doit alors porter également sur les conditions de mise en œuvre de ces critères »^[6] ?

Ou l'autorité délégante peut-elle se contenter d'une information générale, puisqu'étymologiquement, décrire c'est « représenter dans son ensemble » ?

Plusieurs décisions récentes ont permis de cerner plus précisément ce qu'il faut entendre par « description ».

L'un des principaux enseignements est que l'intitulé d'un critère, lorsqu'il n'est pas suffisamment éclairé par le contenu du projet de contrat, est insuffisant pour considérer que l'autorité délégante a décrit ledit critère.

Dans une première affaire récente, le tribunal administratif de Versailles a ainsi retenu, à propos de critères dont l'intitulé restait particulièrement vague et n'était éclairé par aucune description, que : « Le règlement de la consultation définissait les trois critères pondérés suivants : critère technique 45 points ; critère financier 35 points ; critère qualité de service 20 points. Or, contrairement aux dispositions précitées des articles L. 3124-5 et R. 3124-1 du code de la commande publique les intitulés de ces critères n'étaient pas suffisamment précis par eux-mêmes ni accompagnés de leur description »^[7].

Dans le même sens, à propos d'un critère du « développement durable » mis en œuvre à l'occasion de la passation d'un contrat de concession pour l'exploitation d'un Zenith, le tribunal administratif de Nantes, après avoir constaté qu'il ne « ressort d'aucun document de la consultation que la collectivité publique ait défini cette notion de développement durable »^[8] a retenu que dès lors que « cette notion de développement durable recouvre plusieurs dimensions, ce critère ne peut être regardé comme suffisamment précis et objectif »^[9].

À l'inverse, à propos d'un critère de « pertinence et de la cohérence des charges au regard des objectifs techniques et patrimoniaux », si le critère se limitait encore à son intitulé sans aucune autre description dans le règlement de la consultation, le juge a considéré que la description du critère avait pu être donnée dans le projet de contrat de concession, puisque les objectifs à satisfaire « étaient explicités dans le projet de contrat que les candidats devaient remplir et qui contenait plusieurs éléments décrivant les attentes de la collectivité »^[10].

De même, à propos d'un contrat de service public pour l'exploitation d'une plage, le tribunal administratif de Toulon a retenu qu'un critère de la « qualité et de la cohérence de l'offre au plan technique » était « explicité par les documents joints au dossier de consultation, auxquels le règlement fait référence, en particulier par le cahier des charges techniques qui comporte une description précise des attentes de la commune en termes de moyens humains et matériels affectés à l'exécution de la délégation, de mobilier, enseignes, éclairage et abords et de végétation, ainsi que par le schéma d'aménagement de la plage de Pampelonne »^[11].

[7] TA Versailles 8 janvier 2020, Sté SAUR, req. n° 1909279.

[8] NDR : la notion de développement durable recouvre une triple dimension, sociale, économique et environnementale.

[9] TA Nantes 1^{er} août 2018, Sté S-PASS, req. n° 1806520 et 1806700.

[10] TA Nîmes 19 février 2019, Saur, req. n° 1900286.

[11] TA Toulon 24 août 2018, Société le Chalet des Jumeaux, req. n° 1802398

[3] CE 23 décembre 2009, *ibid.*

[4] CJUE 4 décembre 2003, EVN et Wienstrom, aff. C-448/01, *Rec.* p. I-14527, point 57.

[5] Décret n° 2016-86 du 1^{er} février 2016, art. 27.

[6] CE 30 janvier 2009, ANPE, req. n° 290236.



On peut avoir des réserves sur la référence un peu trop systématique et donc facile aux compétences propres des candidats qui revient à leur faire supporter la responsabilité d'avoir à recouper des informations éparses du dossier de consultation afin de cerner les attentes réelles de la personnes publiques qu'elles sont a priori les mieux à même de définir.

Mais c'est la jurisprudence actuelle du Conseil d'État⁽¹²⁾.

On ne peut toutefois s'empêcher d'y voir un risque au regard du respect du principe de transparence et d'égalité de traitement si les candidats n'ont pas la même lecture des données complémentaires contenues dans le dossier de consultation à prendre en compte pour comprendre le critère.

Ce risque devrait inciter les autorités concédantes dans un souci de sécurité juridique de leur consultation à s'astreindre à une rédaction de critère de choix précis dont la lecture se suffit à elle-même.

C'est d'ailleurs bien le sens de l'article L. 3124-5 du Code de la commande publique qui indique que les critères doivent être « précis ».

En résumé, s'il est désormais attendu des autorités délégantes une description suffisante des critères de sélection pour les rendre intelligibles, cette description peut néanmoins prendre la forme d'une explicitation indirecte du critère dans le cahier des charges ou le projet de contrat soumis aux candidats.

● Au niveau de l'objet des critères, le rapprochement progressif entre marchés publics et contrats de concession est également indéniable

De fait, en ce qui concerne les conditions d'exécution du contrat, les textes relatifs aux marchés ou aux concessions sont désormais très proches : les dispositions de l'article L. 2112-2 du Code de la commande publique⁽¹³⁾ comme celles de l'article L. 3114-2 du même code⁽¹⁴⁾ visent expressément la prise en compte au stade de l'exécution du contrat – et par ricochet au stade de l'appréciation des offres – de considérations relatives à l'économie, l'innovation, l'environnement ou encore le domaine social.

Cette proximité matérielle et rédactionnelle a récemment conduit le Conseil d'État, sur des conclusions conformes de la Rapporteuse Public Mireille Le Corre, à valider un critère de sélection des offres à caractère social tenant aux retombées en termes d'emplois locaux⁽¹⁵⁾.

Les conclusions de la Rapporteuse public sont éclairantes sur le schéma de raisonnement qui a été suivi par la Haute juridiction, et notamment le constat d'un rapprochement net entre droit des marchés publics et droit des concessions :

« Non seulement nous pensons donc que la similarité de l'évolution et du contenu des textes sur les marchés et les

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

Au niveau des conditions de mise en œuvre des critères

Même si les contrats de concession se distinguent nettement des marchés publics en termes de mise en œuvre des critères par l'absence d'obligation de pondération des critères, l'obligation désormais faite aux autorités délégantes de hiérarchiser les critères tend à rapprocher les modalités d'analyse des offres de ce qui était jusque-là observé en matière de marchés.

Sous l'empire des précédents textes, il a en effet été jugé au visa des dispositions de l'article L. 1411-1 du CGCT, qu'un délégataire était choisi, après négociation, au regard d'une appréciation globale des critères, sans que la personne publique ne soit contrainte par des modalités de mise en œuvre préalablement déterminées.

Mais ce n'est plus l'état du droit depuis l'ordonnance du 29 janvier 2016 et son décret du 1^{er} février 2016, qui ont imposé à l'autorité délégante de fixer certaines modalités de mise en œuvre des critères, dont leur hiérarchisation⁽¹⁶⁾ ce qui signifie qu'une appréciation globale des critères n'est plus autorisée.

Désormais les dispositions de l'article R. 3124-5 du Code de la commande publique précisent que « l'autorité concédante fixe les critères d'attribution par ordre décroissant d'importance. Leur hiérarchisation est indiquée dans l'avis de concession, dans l'invitation à présenter une offre ou dans tout autre document de la consultation. L'autorité concédante peut modifier, à titre exceptionnel, l'ordre des critères pour tenir compte du caractère innovant d'une solution présentée dans une offre. Une telle modification ne doit pas être discriminatoire ».

Il en résulte qu'en dehors de certains contrats de concession et notamment les contrats en matière d'eau potable⁽¹⁷⁾, les critères doivent désormais être appréciés

[12] CE 22 janvier 2018, Commune de Vitry-le-Francois, req. n° 414860.

[13] CCP, art. L. 2112-2.

[14] CCP, art. L. 3114-2.

[15] CE 20 décembre 2019, Société Lavallin, req. n° 428290.

[16] Second alinéa de l'article 26 du décret n° 2016-86 du 1^{er} février 2016.

[17] Voir CE 18 septembre 2019, Communauté de communes de l'île Rousse-Balagne, req. n° 430368 et CE 8 novembre 2019, Sté SMDS, req. n° 432216 : « En renvoyant aux activités mentionnées au 3° du I de l'article 11 de l'ordonnance du 29 janvier 2016, l'article 10 du décret du 1^{er} février 2016 s'est fondé sur le critère matériel de l'objet du contrat pour exclure l'application des règles de passation particulières applicables aux contrats dont la valeur estimée hors taxe est égale ou supérieure au seuil européen, au nombre desquelles figurent l'obligation pour l'autorité concédante, prévue au II de l'article 27 du décret, de fixer les critères d'attribution du contrat par ordre décroissant d'importance ».

distinctement, sans quoi, la hiérarchisation annoncée au règlement de la consultation ne peut pas être mise en œuvre.

Étant ici rappelé, et la remarque vaut tant pour les marchés publics que les contrats de concession, que les modalités de mise en œuvre de critère de sélection des offres ne peuvent jamais être modifiées postérieurement au dépôt des offres^[18].

Au-delà de l'obligation de hiérarchisation des critères, l'autorité délégante est-elle tenue d'annoncer les sous-critères, et leur éventuelle hiérarchisation ?

Un doute subsiste, compte-tenu de certaines décisions qui ont opéré un contrôle des sous-critères similaires à celui opéré par le Conseil d'État en matière de marchés publics depuis sa célèbre décision *Commune de Saint Pal de Mons*^[19].

Ainsi, récemment, au visa des dispositions de l'article R. 3124-5 du Code de la commande publique, le tribunal administratif de Nantes a jugé que si « l'autorité concédante n'est pas tenue de procéder à la pondération des critères d'attribution des offres et a pour seule obligation d'indiquer et de décrire ces critères et, pour les contrats supérieurs aux seuils européens, de les hiérarchiser [...] cette autorité doit également porter à la connaissance des candidats la pondération ou la hiérarchisation des sous-critères 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 »^[20].

Il s'agit, à notre connaissance, de l'une des toutes premières décisions qui fait application de la jurisprudence *Saint Pal de Mons* aux contrats de concession.

Si cette décision reste à ce jour isolée, le seul fait qu'un tribunal administratif emprunte, à propos d'un contrat de concession, le sillon tracé il y a une dizaine d'années par le Conseil d'État en matière de transparence des sous-critères de sélection des offres en marchés publics, est révélateur de l'unification progressive des régimes juridiques entre marchés et concessions.

[18] CE 24 mai 2017, Commune de Limoux, req. n° 407431.

[19] CE 18 juin 2010, Commune de Saint Pal de Mons, req. n° 337377 : « si le pouvoir adjudicateur décide, pour mettre en œuvre ces critères de sélection des offres, de faire usage de sous-critères également pondérés ou hiérarchisés, il doit porter à la connaissance des candidats la pondération ou la hiérarchisation de ces sous-critères 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 ».

[20] TA Nantes 4 novembre 2020, Société Véolia Eau, req. n° 2009850.

La persistance de réelles spécificités

Au niveau de la définition des critères

À la différence des dispositions de l'article R. 2152-7 du Code de la commande publique qui détaillent précisément les critères pouvant être mis en œuvre en matière de marchés publics, le code reste silencieux s'agissant des contrats de concession : il ne donne pas de liste de critères, même indicative, ce qui laisse une grande latitude à l'autorité concédante dans la définition de ses paramètres de choix.

Sauf toutefois à tenir compte de la référence expresse opérée par le Code de la commande publique à la « qualité du service rendu aux usagers » lorsque la « gestion d'un service public est concédée »^[21].

Ce qui peut susciter plusieurs observations.

● La première tient à la spécificité du critère financier en matière de contrats de concession

Cette spécificité est directement liée à la nature du contrat en cause qui, par définition, implique la perception de recettes sur les usagers, et le portage d'un risque de la part du concessionnaire qui est exposé aux aléas du marché.

De fait, le critère financier ne sera pas un critère du prix payé par la personne publique, mais prendra fréquemment la forme d'un critère aux composantes multiples car fondé à la fois sur le niveau des tarifs appliqués et de la redevance versée, ainsi que sur la cohérence de la proposition financière.

C'est d'ailleurs l'originalité du critère financier en concession qui présente deux facettes : l'une visant à évaluer la performance financière de l'offre, l'autre sa crédibilité, alors qu'en matière de marché public le débat sur ce sujet se cantonne souvent au caractère ou non anormalement bas du prix.

Et ce sont d'ailleurs ces deux aspects du critère financier qui ont été validés par le Conseil d'État dans sa récente décision du 9 juin 2020, *Métropole Nice Côte d'Azur*^[22].

Si les notions de « crédibilité » ou encore de « cohérence » d'une offre financière peuvent également être appréhendées en matière de marchés publics, notamment à l'occasion de l'évaluation de la décomposition du prix global et forfaitaire^[23], il demeure que c'est bien dans les contrats de concession que ces paramètres de jugement prennent toute leur importance compte-tenu

[21] CCP, art. L. 3124-5.

[22] CE 9 juin 2020, Métropole Nice Côte d'Azur, req. n° 436922 : « 17. Le règlement de la consultation prévoit que le critère financier, pondéré à hauteur de 25 %, est divisé en deux sous-critères : montant des redevances versées à la métropole et crédibilité de l'offre financière ».

[23] CE 20 janvier 2016, CIVIS, req. n° 394133.

du caractère nécessairement prospectif des prévisions de fréquentation proposées par les candidats et sur la base desquelles ils établiront leur offre.

Il appartiendra en la matière aux Autorités concédantes d'être vigilantes sur le caractère engageant des propositions financières établies les candidats, car on sait qu'un critère qui « repose sur les seules déclarations des soumissionnaires, sans engagement contractuel de leur part et sans possibilité pour la commune d'en contrôler l'exactitude, n'est pas de nature à permettre la sélection de la meilleure offre au regard de l'avantage économique global pour l'autorité concédante » et est « dès lors irrégulier »^[24].

Et c'est d'ailleurs cette vérification qu'a réalisée la Rapporteur public Mireille Le Corre dans le dossier de la Métropole Nice Côte d'Azur, en vérifiant que « les sous-critères du critère financier n'étaient, quant à eux, pas appréciés sur la base des seules déclarations des candidats, mais bien des engagements contractuels qu'ils consentaient, dont l'exactitude pouvait être vérifiée »^[25].

Sûrement moins facile de maniement qu'en matière de marchés publics, puisqu'il ne se réduit pas à une simple formule de notation paramétrique visant à comparer deux montants, le critère financier en matière de concession doit néanmoins rester objectif et contrôlable, en se fondant sur des engagements contractuels dont l'exactitude doit pouvoir être vérifiée.

Au demeurant, le contrôle ainsi opéré sur la valeur des engagements contractuels pris en compte dans le cadre du choix ne doit pas se limiter au seul critère financier mais porter en toute logique sur l'ensemble des critères de choix puisque l'objectif est de s'assurer que le choix ne se fait pas sur la base de promesses non engageantes et donc sans valeur véritable.

On vient ainsi compenser les risques associés à une définition de l'objet de la concession qui peut être moins précise que dans un marché public, en offrant aux candidats des opportunités de propositions variées et originales mais qui n'ont de valeur que si leur caractère engageant est avéré.

● Le critère de « la qualité du service rendu aux usagers » qui doit être mis en œuvre lorsque la « gestion d'un service public est concédée » est également propre aux droits de concession

Doit-on comprendre que l'article L. 3124-5 du Code de la commande publique fait obligation aux personnes publiques d'ériger « la qualité du service rendu aux usagers » en un critère à part entière ?

Les dispositions précitées du CCP ne l'indiquent pas expressément mais se bornent à préciser que « lorsque la gestion d'un service public est concédée, l'autorité

concédante se fonde également sur la qualité du service rendu aux usagers ».

Autrement dit, l'autorité concédante doit simplement intégrer dans le cadre de son évaluation des offres la question de la qualité du service rendu aux usagers, sans nécessairement en faire un critère autonome d'évaluation des offres. C'est en tout cas le sens d'une ordonnance récemment rendue par le tribunal administratif de Limoges qui avait précisément à statuer sur ce grief d'imprécision de la définition du critère relatif à la qualité du service rendu aux usagers.

Le tribunal retient ainsi que « le critère valeur technique permettait ainsi au syndicat intercommunal d'alimentation en eau potable de la Vallée de l'Abloux d'analyser la qualité du service rendu aux usagers par chaque candidat au regard des moyens qu'il mettrait en œuvre. Ainsi, le syndicat, qui a bien eu recours à des critères permettant d'apprécier la qualité du service aux usagers, n'a pas manqué à ses obligations au regard des dispositions précitées qui ne lui font pas obligation de recourir à un critère spécifiquement dédié à la qualité du service »^[26].

Au niveau de la mise en œuvre des critères

L'une des principales spécificités des contrats de concession demeure l'absence de pondération des critères et sous-critères de sélection des offres, qui peuvent simplement être classés par ordre d'importance.

Si la règle de la hiérarchisation des critères paraît, de prime abord, simple de compréhension, elle conserve une part indéniable de complexité et donc d'opacité dans sa mise en œuvre.

Pondérer implique nécessairement de noter les offres sur chaque de critères de sélection, afin d'être en mesure de s'assurer que la pondération annoncée a bien été respectée.

De fait, dans les marchés publics, il ne viendrait à l'esprit de personne que les offres ne soient pas notées, que cela soit au travers du système classique de notation numérique des offres ou d'un barème signalétique [+ ; -]^[27].

Mais en matière de concession, l'héritage de « l'appréciation globale des critères » associé à une obligation limitée à leur hiérarchisation, conduit à ce que fréquemment, aucune note ne soit attribuée aux candidats.

Il n'est pas rare en effet qu'un rapport de choix d'un Président soit entièrement fondé sur des appréciations littérales, et éventuellement, sur des classements critères par critères, sans attribution de notes.

Comment, dans ces conditions, peut-on s'assurer que la « meilleure offre » a été choisie ?

Forcément, on laisse la place au doute, là où au contraire les candidats attendent des certitudes.

Car sans attribution de notes et sans mise en œuvre de tout autre système paramétrique de notation comment

[24] CE 8 avril 2019, Sté Bijou, n° 425373, mentionné aux tables du Rec. CE.

[25] CE 9 juin 2020, Métropole Nice Côte d'Azur, prec.

[26] TA Limoges 25 mai 2020, Société Suez Eau, req. n° 2000360.

[27] CE 8 février 2019, Société Véolia Eau et SIAAP, req. n° 420296.

est-il possible de déterminer quelle est la meilleure offre, par exemple entre :

- l'offre d'un candidat A qui serait arrivée classée 1^{er} sur le critère technique qui est le critère le plus important dans l'ordre de hiérarchisation, 2^e sur le critère prix et aspects financiers (2^e critère hiérarchisé) et 3^e sur le critère de la qualité architectural (3^e critère hiérarchisé) ;
- et l'offre d'un candidat B qui serait arrivée classée 2nd sur le critère technique, 1^{er} sur le critère financier, et 1^{er} sur le critère de qualité architecturale.

Faut-il privilégier la hiérarchisation des critères, et choisir le candidat A qui est arrivé en tête sur le critère technique, ou s'affranchir de cette hiérarchisation et retenir le candidat B qui est arrivé en tête sur les deux critères les moins importants ?

Comment vérifier que la « meilleure offre » au sens de l'article L. 3124-5 du Code de la commande publique a bien été choisie, et cela sans que les modalités de mise en œuvre des critères n'aient eu « pour effet de conférer une liberté de choix illimitée à l'autorité concédante ».

Le simple fait de poser cette question constitue déjà en soi un début une réponse, puisqu'en matière de détermination de la « meilleure offre », il ne peut y avoir plusieurs interprétations possibles.

Sur cette question, les réponses à ce jour apportées par le juge administratif ne lèvent pas le doute.

En effet, si plusieurs décisions s'attachent à vérifier que la hiérarchisation annoncée au règlement de la consultation a bien été respectée, aucune n'est encore allée jusqu'à sanctionner une procédure de passation au motif pris qu'une absence de notation des offres ne permet pas de garantir que la meilleure offre a été sélectionnée.

Dans une ordonnance de référé précontractuel en date du 26 décembre 2019, le tribunal administratif de Montpellier a sanctionné la procédure de mise en concurrence contestée au motif que si l'autorité concédante a posé le principe de la hiérarchisation des trois critères retenus, elle ne s'est pas fixée de règles pour mettre en œuvre ce principe, et la collectivité publique a classé les trois offres sur chacun des critères pour ensuite additionner les points correspondants au rang respectif (premier-deuxième-troisième) de chaque offre sur chaque critère afin de retenir l'offre ayant le plus faible nombre de points. Cette méthode aboutit effectivement, comme le soutient la société requérante, à conférer la même valeur à chaque critère en méconnaissance de leur hiérarchie annoncée. Par suite, « cette méthode de notation est par elle-même de nature à conduire à ce que, pour la mise en œuvre du critère de qualité de la prestation, la meilleure note ne soit pas attribuée à la meilleure offre »^[28].

Récemment le tribunal administratif de Nantes, toujours en matière de référé précontractuel, s'est également attaché à vérifier, en fonction du classement des offres des candidats requérants et attributaires sur chacun des critères de sélection des offres, que la hiérarchisation annoncée au règlement de la consultation, avait bien été respectée :

« (...) Ces quatre critères font eux même l'objet d'éléments d'appréciation au titre desquels il ressort que, la société SAUR a été classée trois fois 1^{er}, deux fois 2^e et trois fois 3^e sur les onze éléments du critère n° 1 et la société Véolia quatre fois 1^{er}, deux fois 2^e et deux fois 3^e sur ces mêmes éléments d'appréciation. Par ailleurs la société SAUR est arrivée trois fois première sur le critère n° 2 alors que la société Véolia n'était classée que deux fois première. Sur le critère n° 3 la SAUR est arrivée en tête sur tous les éléments d'appréciation et les offres ont été considérées équivalente sur le critère n°4 seul le dernier élément a conduit à placer Véolia en tête de ce dernier critère. Ainsi, il s'évince de cette analyse [...] que seule l'appréciation globale au regard des offres très proches y compris sur le critère n° 1 ont conduit l'autorité déléguée à tenir l'offre de la société SAUR comme présentant l'avantage économique global le plus élevé »^[29].

On retiendra que le juge administratif, bien que soucieux de se tenir à l'écart de l'analyse des mérites respectifs des offres ou encore de son déroulement concret, sait entrer plus concrètement dans le détail de cette analyse lorsqu'il s'agit de remplir son office de juge du référé précontractuel.

Finalement, à ce stade, on peut s'interroger sur l'intérêt légitime pour l'autorité concédante d'exploiter la particularité tenant à cette absence d'obligation de pondération des critères de choix si finalement elle conduit à fragiliser sa consultation puisqu'il lui faut à se préparer à s'expliquer sur ses conditions de mise en œuvre dans des conditions finalement comparables à celles propres à un marché public.

Autrement dit, la liberté reconnue aux personnes publiques dans l'analyse des offres en matière de concession, a un prix qui se paye au niveau de risques contentieux potentiellement plus importants qu'en matière de marchés publics notamment sur la question des modalités de mise en œuvre des critères de sélection des offres.

[28] TA Montpellier 26 décembre 2019, Société Saur, req. n° 1906389.

[29] TA Nantes 4 novembre 2020. Société Veolia Eau, req. n° 2009850.