Tous droits réservés

DROIT PUBLIC DES AFFAIRES

# Séance 9 - Concurrence et commande publique (délégations de service public et marchés publics)

I. La mise en concurrence des candidats à la commande publique (délégations de service public et marchés publics) ..... 2

**A) Différence entre délégations de service public et marchés publics ..... 2**

*1) Délégations de service public ..... 3*

*2) Marchés publics ..... 4*

**B) La mise en concurrence dans les contrats de délégations de services publics et de marchés publics ..... 4**

*1) La préparation des contrats ..... 5*

*2) La passation des contrats ..... 6*

*3) La durée des contrats ..... 8*

II. Les pratiques anticoncurrentielles opérées par le cocontractant du contrat de commande publique (délégations de service public et marchés publics) ..... 10

**A) L'encadrement des pratiques anticoncurrentielles ..... 10**

*1) Sanction par l'Autorité de la concurrence ..... 10*

*2) Indemnisation par le juge administratif ..... 11*

**B) L'affaire du « cartel de la signalisation routière » ..... 12**

*1) Les faits ..... 12*

*2) Sanction par l'Autorité de la concurrence ..... 13*

*3) Indemnisation par le juge administratif ..... 13*

En vertu de **l'article L1 du code de la commande publique de 2018** : « Les acheteurs et les autorités concédantes choisissent librement, pour répondre à leurs besoins, d'utiliser leurs propres moyens ou d'avoir recours à un contrat de la commande publique ».

Ainsi, sont des contrats de la commande publique les contrats conclus à titre onéreux par un acheteur ou une autorité concédante, **pour répondre à ses besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services**, avec un ou plusieurs opérateurs économiques.

Pour ce faire, les acheteurs et les autorités concédantes doivent mettre en concurrence des candidats et retenir celui qui répondra le mieux à leurs besoins **(I)**.

Ils doivent dans tous les cas se méfier des pratiques anticoncurrentielles (cf. séance 8 pour la définition de ces pratiques) qui peuvent impacter plus spécialement les contrats de la commande publique **(II)**.

# I. La mise en concurrence des candidats à la commande publique (délégations de service public et marchés publics)

Un rappel s'impose concernant la distinction entre deux contrats de commande publique : la délégation de service public et le marché public **(A)** avant d'analyser *stricto sensu* la procédure de préparation et de passation de ces contrats **(B)**.

## A) Différence entre délégations de service public et marchés publics

### *1) Délégations de service public*

Le droit européen n'a jamais reconnu les délégations de service public, la France étant d'ailleurs un des seuls États membres à s'en être doté. **L'ordonnance du 29 janvier 2016 transposant la directive européenne du 26 février 2014** a alors procédé à une harmonisation du régime applicable aux contrats de concession de travaux et services. Il a été mis fin à la dualité des régimes juridiques français relatifs aux concessions de travaux et aux délégations de service public, qui étaient respectivement soumis à l'**ordonnance du 15 juillet 2009 relative aux contrats de concession de travaux publics** et à la **loi du 29 janvier 1993 dite loi « Sapin ».**

Le droit français fait donc désormais référence non seulement aux concessions de travaux mais également aux concessions de services à **l'article L1121-1 Code de la commande publique**. Or, la concession de service était une notion jusque-là absente de notre droit interne. Dès lors, les délégations de service public constituent désormais une sous-catégorie des concessions de services mais qui demeurent régies par **les articles L1411-1 et suivants du code général des collectivité territoriales**.

**Définition :** **Une délégation de service public est aujourd'hui définie classiquement comme une forme de contrat de concession de services conclu entre une personne publique (l'autorité concédante) et un délégataire, généralement une société privée mais parfois une personne publique.**

Au moment de la conclusion du contrat, l'une des personnes au moins doit être de droit public pour répondre au critère organique : **TC, 8 juillet 2013, *Société d'exploitation des énergies photovoltaïques***.

Ce délégataire se voit confier la gestion d'un service public, **service dont la personne publique concédante a la responsabilité**. Il doit prendre en charge **les frais d'exploitation et d'entretien quotidien de ce service** (transport, eau, assainissement, etc.). Le contrat doit donc répondre à un intérêt général ce qui représente le critère matériel.

**À retenir :** **Le délégataire se voit transférer la totalité ou une part significative du risque économique lié à l'exploitation de ce service : CE, 7 novembre 2008, Département de la Vendée. En contrepartie de cet aléa, le délégataire se rémunère soit grâce aux ressources de l'exploitation du service public, soit grâce aux redevances versées par les usagers du service public. Sa rémunération est ainsi liée aux résultats de l'exploitation.**

### *2) Marchés publics*

En vertu de **l'article L1111-1 du Code de la commande publique**, un marché public « est un contrat conclu par un ou plusieurs acheteurs soumis au présent code avec un ou plusieurs opérateurs économiques, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services, en contrepartie d'un prix ou de tout équivalent ». On retrouve donc comme dans la délégation de service public un cocontractant public et une mission d'intérêt général.

**À retenir :** **La différence fondamentale entre un marché public et une délégation de service public résulte donc du mode de rémunération retenu.**

Pour un marché public, le paiement est intégral, immédiat et effectué par l'acheteur public. Pour une délégation de service public, la rémunération est tirée de l'exploitation du service (cf. *supra*). De fait, s'il s'agit pour un marché public du paiement d'un prix définit à l'avance pour la réalisation d'une prestation, **dans le cas de la délégation de service public il s'agit de l'exact inverse.**

## B) La mise en concurrence dans les contrats de délégations de services publics et de marchés publics

Les délégations de service public comme les marchés publics sont marqués par de grands principes de la commande publique que la personne publique se doit de respecter pour éviter tout favoritisme et être sanctionnée : **liberté d'accès, égalité de**

**traitement des candidats et procédure transparente (publicité, explication du rejet d'une offre au candidat évincé).**

### *1) La préparation des contrats*

La procédure de passation des délégations de service public tend à se rapprocher de celle des marchés publics même si **ces derniers nécessitent plus de contrôle du fait de l'utilisation plus importante des deniers publics**. Les étapes de passation d'une délégation de service public sont donc les mêmes dans les grandes lignes que pour un marché public.

#### a) Définition des besoins

Les autorités délégantes (délégation de service public) et les acheteurs publics (marché public) **définissent leurs besoins dans le cahier des clauses techniques particulières** (CCTP) et précisent clairement leur « **nature** » (besoins en services, travaux ou fournitures ; besoins ponctuels, récurrents ou continus) et leur « **étendue** » (quantité, qualité, niveau de sécurité…) sous peine de nullité : **CE, 8 août 2008, *Communauté urbaine de Dunkerque***. Une mauvaise évaluation pourrait les conduire à recevoir des offres trop élevées ou anormalement basses.

**Attention : Si un marché public est inférieur 40 000 euros hors taxes, aucune publicité ni procédure de passation formalisée n'est exigée (MAPA = marché public en procédures adaptées) depuis le 1er janvier 2020.**

#### b) Objet du contrat

L'objet est quant à lui un « résumé » de la délégation de service public ou du marché public concerné et reprend les besoins principaux. Sans objet**, la nullité l'emporte** par application de la théorie générale des contrats.

**Pour aller plus loin :** Si l'objet est en lien direct avec la protection de l'environnement, les marchés publics sont qualifiés de titres écologiques.

c) Conditions d'exécution

Les conditions d'exécution expliquent avec précision les besoins et notamment les spécificités techniques que les acheteurs publics attendent des candidats. Les conditions d'exécution « classiques » sont celles rencontrées dans la plupart des délégations de service public et marchés publics.

**Exemple :** La taille des bâtiments ou les délais d'exécution sont des conditions « classiques ».

Ces conditions ont une **vraie force juridique** en tant que clauses contractuelles obligatoires, puisqu'en cas de non-respect l'offre est automatiquement rejetée.

## *2)* La passation des contrats

### a) Choix des candidats

Lorsque les entreprises souhaitent soumissionner à des délégations de service public ou des marchés publics, elles doivent envoyer un pli comprenant leur candidature. **C'est en quelque sorte leur « carte d'identité ».**

**Attention :** **Les autorités concédantes ou les pouvoirs adjudicateurs ne peuvent exiger des candidats que des documents prouvant qu'ils « disposent de l'aptitude à exercer l'activité professionnelle, de la capacité économique et financière ou des capacités techniques et professionnelles nécessaires à l'exécution » de la mission de service public ou du marché public en question.**

Cette phase permet une **première mise en concurrence des entreprises**.

### b) Appel d'offres

Dans les délégations de service public, les autorités délégantes doivent aussi définir les critères de sélection des offres qui vont déterminer le plus objectivement possible l'offre à retenir « **au regard de l'avantage économique global** » sur la base de plusieurs critères objectifs et précis.

Dans les marchés publics, on dit que les acheteurs publics doivent définir les critères de sélection des offres qui vont déterminer le plus objectivement possible « **l'offre économiquement la plus avantageuse** ». De manière constante, **l'article L2152-7 du Code de la commande publique** prévoit que les pouvoirs adjudicateurs se fondent sur « un ou plusieurs critères objectifs, précis et liés à l'objet du marché ou à ses conditions d'exécution », qui sont portés préalablement à la connaissance des candidats.

L'appel d'offre peut être « **ouvert** », tout candidat peut postuler, ou « **restreint** », seuls les candidats pré sélectionnés peuvent postuler. **Cette phase permet une seconde mise en concurrence des entreprises.**

**Attention : Si les acheteurs publics optent pour un critère de sélection des offres unique, il s'agit soit du prix, soit du coût. Le critère unique est interdit dans les délégations de service public. En revanche, s'ils optent pour la pluralité, ils doivent intégrer le prix ou le coût ainsi qu'un ou d'autres critères distincts.**

Les offres sont ensuite notées puis classées et le contrat est attribué au candidat gagnant.

c) Négociation des offres

Dans le cadre des délégations de service public, la négociation des offres reste la règle. Les autorités délégantes peuvent négocier les offres reçues **mais ce n'est pas obligatoire.** Peuvent être négociés : le niveau de qualité ou les conditions de la délégation de service public.

**Attention : L'objet du contrat et les critères d'attribution ne sont pas négociables afin de respecter les principes d'égalité de traitement entre les candidats et de transparence de la procédure de passation.**

Dans le cadre des marchés publics, les marchés négociés sont plus rares et interviennent généralement **lorsqu'aucune offre reçue n'est vraiment acceptable.**

### *3) La durée des contrats*

a) La durée des délégations de service public

**L'article L3114-7 du Code de la commande publique** prévoit que les contrats de délégation de service public sont **limités dans la durée**. Cette durée est déterminée par la personne publique délégante en fonction généralement de la nature et du montant des prestations demandés à l'entreprise délégataire qui assure la mission de service public.

**À retenir : Dès lors, toute clause de tacite reconduction est nulle et sans effet : CE, 29 novembre 2000, *Commune de la Païta* car elle est perçue comme un avantage anticoncurrentiel.**

**Pour les contrats supérieurs à cinq ans**, **l'article R3114-2** précise que la durée n'excède pas le temps raisonnablement escompté par l'entreprise choisie pour qu'elle amortisse les investissements réalisés pour l'exploitation du service public, avec un

retour sur les capitaux investis (retour sur investissement) compte tenu des investissements nécessaires à l'exécution du contrat.

**Attention :** **Enfin, certains domaines sont dits « spéciaux » dans la mesure où la délégation de service public ne peut dépasser vingt ans sauf justificatifs de dépassement de cette durée fournis par l'autorité délégante.**

**Exemple :** C'est le cas des délégations de service public dans le domaine de l'eau potable, l'assainissement et les ordures ménagères.

b) La durée des marchés publics

Les marchés publics sont également limités dans la durée en vertu de **l'article L2112-5 du Code de la commande publique**. Cette durée est déterminée par l'acheteur public en fonction généralement de la nature des prestations et de la nécessité d'une remise en concurrence périodique.

La personne publique qui lance un marché public doit bien comprendre que les marchés représentent de véritables enjeux pour les entreprises et un vecteur de développement. **Tout marché public conclu pour une durée excessive peut être qualifié d'abus de position dominante pour l'entreprise retenue** : **Conseil de la concurrence, 7 juillet 1998**.

**Attention :** **A la différence des délégations de service public, les clauses de tacite reconduction sont autorisées mais sous conditions. Les caractéristiques du marché public doivent rester inchangées et la mise en concurrence des candidats lors de la passation du contrat doit tenir compte la durée totale du contrat, reconduction inclues.**

# II. Les pratiques anticoncurrentielles opérées par le cocontractant du contrat de commande publique (délégations de service public et marchés publics)

Les pratiques anticoncurrentielles peuvent se retrouver bien évidemment dans le cadre des contrats de la commande publique et doivent être sanctionnées **(A)**. L'affaire dite « du cartel de la signalisation routière » demeure l'une des affaires les plus célèbres en la matière **(B)**.

## A) L'encadrement des pratiques anticoncurrentielles

### *1) Sanction par l'Autorité de la concurrence*

Lors de la passation des délégations de service public ou des marchés publics, si la personne publique est victime d'une pratique anticoncurrentielle (entente illicite, abus de position dominante, etc.), elle peut saisir l'Autorité de la concurrence pour faire constater cette pratique (**art. L420-1 et s. Code commerce**). C'est le cas notamment si une ou plusieurs entreprises ont usé de pratiques déloyales ayant influencé le choix du gagnant du contrat.

> **Exemple :** L'entente illicite de plusieurs entreprises candidates ayant eu pour but de tromper la personne publique cocontractante sur la réalité de l'intensité de la concurrence est une pratique anticoncurrentielle.

L'Autorité de la concurrence peut être saisie dans un **délai de 5 ans à compter de la clôture de l'appel d'offres.**

Elle peut infliger à l'auteur d'une pratique anticoncurrentielle **des sanctions pécuniaires ou d'autres types de sanctions (mesures conservatoires, injonctions, astreintes, etc.).**

Pour la sanction pécuniaire, elle retient en principe **le chiffre d'affaires réalisé en France par l'entreprise fautive ou les entreprises fautives réalisé pendant l'exercice comptable au cours duquel a eu lieu l'infraction.** Puis, elle applique un pourcentage de 0 à 30 selon la gravité de faits et l'ampleur du dommage causé à l'économie : **Autorité de la concurrence, avis du 16 mai 2011**.

> **Exemple :** Pour une entente illicite entre entreprises sur les prix, l'Autorité de la concurrence applique souvent 30%.

**Elle individualise enfin la sanction selon le rôle de chaque entreprise :** celle qui a entrainé les autres sera plus sévèrement punie, de même si avait déjà commis une telle pratique.

Les décisions de l'Autorité de la concurrence sont susceptibles d'appel devant le juge judiciaire en principe (CA Paris puis Cour de cassation).

### *2) Indemnisation par le juge administratif*

La personne publique victime d'une pratique anticoncurrentielle peut également saisir le juge administratif pour **se faire indemniser du préjudice subi (surcoût) en agissant en responsabilité contre les entreprises solidairement** (**par exemple**, l'entreprise ayant remporté le contrat et les entreprises candidates non retenues faisant partie de l'entente illicite).

Le juge peut aussi être saisi alternativement ou cumulativement pour prononcer **l'annulation du contrat pour dol** : **TC, 16 novembre 2015, *Région Ile-de-France***. Il est saisi **dans les 5 ans de la connaissance de la pratique anticoncurrentielle**.

Enfin, à noter que **la saisie préalable de l'Autorité de la concurrence n'est pas obligatoire mais conseillée** car elle permet de donner la preuve au juge administratif d'une vraie pratique anticoncurrentielle. Dans le cas contraire, la personne publique doit prouver devant le juge le caractère anticoncurrentiel de la manœuvre (difficile à prouver)

**Attention :** **Si la personne publique a commis une faute lors de la passation de la délégation de service public ou du marché public, l'entreprise auteure de la pratique anticoncurrentielle pourra s'en prévaloir devant le juge administratif afin de s'exonérer de sa responsabilité.**

## B) L'affaire du « cartel de la signalisation routière »

### *1) Les faits*

En l'espèce, huit entreprises du secteur avaient créé **une entente sur le territoire national entre 1997 et 2006**. Les entreprises membres de l'entente se réunissaient régulièrement et **se répartissaient les marchés publics** (conclus avec l'État et des départements) selon des règles préétablies figurant dans un document intitulé "Règles". **Les prix artificiellement élevés et les remises tarifaires qui pouvaient être appliquées aux acheteurs y étaient précisées.**

D'autres documents intitulés "Patrimoines" précisaient quant à eux **les marchés à bons de commande qui devaient revenir à chaque entreprise de l'entente** (sous-traitance aux autres entreprises de l'entente par la gagnante du marché public principal), ce qui figeait ainsi les parts de marché de chacune.

En cas de non-respect, l'entreprise qui ne jouait pas le jeu se voyait infliger des **pénalités financières**. Des **compensations** étaient également prévues en cas de "dysfonctionnement" de l'entente, c'est-à-dire lorsque la collectivité qui avait lancé l'appel à concurrence attribuait le marché à une entreprise qui n'avait pas été celle désignée comme devant l'avoir. **Une « liste noire », où figurait le nom des entreprises qui ne devaient pas obtenir de marchés, avait même été établie.**

**En résumé, ces entreprises se distribuaient près de 80% des deux cent cinquante millions d'euros annuels d'argent public de ce marché.**

### *2) Sanction par l'Autorité de la concurrence*

Cette pratique a été sanctionnée par une **décision de l'Autorité de la concurrence du 22 décembre 2010, confirmée par la Cour d'appel de Paris dans un arrêt du 29 mars 2012**. La sanction s'élève à près de 53 millions d'euros.

> **À retenir :** **L'Autorité estime qu'en trompant la concurrence de manière continue et très organisée sur l'ensemble du territoire pendant près de dix ans, ces pratiques ont affecté les ressources publiques, au détriment des collectivités en charge de la gestion des routes et des autoroutes ainsi que de l'ensemble des contribuables, du fait de la surévaluation artificielle du montant des offres retenues.**

### *3) Indemnisation par le juge administratif*

En parallèle, plusieurs affaires ont été portées devant le juge administratif par des départements victimes, pour être indemnisés du préjudice subi du fait de cette pratique anticoncurrentielle.

Ainsi, pour la première fois, le Conseil d'Etat s'est prononcé sur des questions propres à ce type de contentieux : **CE, 27 mars 2020, *Signalisation France*** à propos d'un marché public conclu par le département de la Manche et deux autres marchés publics conclus par le département de l'Orne.

**Apports des trois arrêts :**

Ces arrêts ont confirmé la possibilité pour l'acheteur public attribuant le marché public d'agir directement devant le juge administratif à l'encontre d'entreprises participant à une entente anticoncurrentielle et **d'obtenir leur condamnation solidaire**.

Ces arrêts ont apporté des précisions sur de la **détermination du point de départ de la prescription de l'action**, lequel doit s'apprécier au cas/cas

(souvent on retient la date de la décision de l'Autorité de la concurrence qui qualifie la pratique anticoncurrentielle).

Ces arrêts précisent les règles concernant **le calcul du préjudice subi** et ont permis l'indemnisation en l'espèce des personnes publiques ayant agi en recours indemnitaire.