**Question / Réponse**

# La Négociation des Délégations de Service Public

## Question

***Est-il possible de limiter le nombre de candidats participant aux négociations dans le cadre de la procédure de conclusion d'une délégation de service public ?***

## Réponse

Les dispositions relatives à la conclusion d'un contrat de délégation de service public (DSP) sont fixées par la loi du pays n° 2009-21 du 7 décembre 2009 modifiée relative au cadre réglementaire des délégations de service public de la Polynésie française et de ses établissements public, et par l'arrêté n° 2299-CM du 15 décembre 2009 pris pour son application.

Bien que les DSP constituent un mode de gestion déléguée dont **la passation respecte les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures**, la négociation des offres entre l'autorité délégante et les candidats s'inscrit au cœur du processus de conclusion des contrats.

### I - Ce que dit la Loi du Pays :

Que le recueil d'offres soit restreint ou ouvert, les articles relatifs aux négociations correspondants (respectivement LP 12 et LP 13) disposent que « *les offres ainsi présentées sont négociées par l'autorité délégante dans les conditions définies à l'article LP 14* ».

Il s'avère donc, en premier lieu, que **l'organisation de négociations** n'est pas une option laissée à la convenance de l'autorité délégante mais bien **une obligation** qui lui incombe.

**L'article LP. 14** ne détaille pas le déroulement des négociations. Les dispositions directement relatives à la négociation sont les suivantes :

**1°** « *Les offres ainsi présentées sont librement négociées par l'autorité délégante* [...] »

**2°** « *Cette libre négociation ne doit pas conduire à modifier substantiellement les règles auxquelles se sont soumis tous les candidats*. »

**3°** « *Au vu de l'avis de la commission [de DSP], l'autorité délégante engage librement toute discussion utile avec le ou les candidats ayant présenté une offre*. »

### II - Ce qui peut être déduit du texte :

1) Quel que soit le nombre d'**offres reçues**, elles doivent **toutes** faire l'objet d'une **négociation** : « *Les offres ainsi présentées* », « *avec le ou les candidats ayant présenté une offre* ».

Le texte ne prévoit donc a priori **pas la possibilité** d'écarter une ou plusieurs offres, et donc **de réduire la liste des candidats invités aux négociations**, préalablement au lancement de celles-ci.

2) La phase de négociation des DSP se caractérise par **un régime très libéral**, les DSP étant fortement placées sous le signe d'une relation *intuitu personae* entre la collectivité publique et son délégataire.

Aucune **formalité n'est imposée** sur la forme et le déroulement des négociations : « *librement négociées* », « *libre négociation* ».

3) La **seule limite** imposée à la liberté de négociation est de ne **pas « *modifier substantiellement les règles auxquelles se sont soumis tous les candidats* ».**

La négociation **ne peut donc porter sur certains éléments intangibles** : l'objet de la DSP, les critères d'attribution ou les conditions et caractéristiques minimales indiquées dans les documents de la consultation.

4) Enfin, on notera **l'adjectif « *utile* » accolé à « *toute discussion* ».**

Dès lors, s'il peut être **objectivement** établi, en cours de négociation, qu'une ou plusieurs offres ne s'avéraient **pas suffisamment compétitives**, au regard des **critères de jugement** et de l'ensemble des propositions en lice, pour espérer se voir attribuer le contrat, **la discussion** entretenue avec les auteurs de celle(s)-ci **perdrait donc tout caractère « *utile* »**. On peut en déduire qu'il n'y aurait plus impérativement lieu de poursuivre les négociations sur les propositions concernées.

En d'autres termes, **certaines négociations peuvent être abandonnées en cours de procédure** afin que l'autorité délégante se concentre sur les offres les plus performantes.

## III - Ce qu'en dit la jurisprudence :

Par trois décisions des 21 mai (« *Commune de Bordeaux* », n° 334845) et du 18 juin 2010 (« *Communauté urbaine de Strasbourg* », n° 336120 et n°336135, et « *Ville de Besançon* », n° 335475), le Conseil d'Etat affirme ainsi la particularité des procédures de DSP et la marge de manœuvre nécessaire aux collectivités publiques au cours de la phase de négociation.

Dans l'arrêt **« *Commune de Bordeaux* »**, la Haute Juridiction précise qu'« ***aucune règle n'encadre les modalités de l'organisation des négociations par la personne publique*** »[1].

Point que confirme la décision **« *Communauté urbaine de Strasbourg* »** du 18 juin, qui établit en outre que l'autorité délégante n'est **aucunement tenue de fixer un calendrier préalable de négociation**.

Cette dernière décision réaffirme par ailleurs que la collectivité n'est **pas tenue de poursuivre les négociations avec l'ensemble des candidats retenus**, ni de faire connaître son choix de ne pas poursuivre les négociations avec l'un des candidats.

En outre, la personne publique n'est pas tenue d'informer, **préalablement à la décision du Conseil des ministres** (ou du conseil d'administration de l'EP délégant), le candidat évincé du choix de ne pas retenir son offre.

C'est également sur le fondement du principe de « libre négociation » que la Haute Juridiction, avait considéré, dans sa décision « *Etablissement public du musée et du domaine national de Versailles* » du 23 décembre 2009 (n° 328827), que **l'obligation de porter à la connaissance des candidats les critères** de sélection des offres **ne s'étendait pas à l'indication des modalités de mise en œuvre de ces derniers et**, par voie de conséquence, **de leur pondération**. Dans cette affaire, le Conseil d'Etat avait précisé que la législation « [...] *prévoyant que la personne publique négocie librement les offres avant de choisir, au terme de cette négociation, le délégataire, elle n'est pas tenue d'informer les candidats des modalités de mise en œuvre de ces critères ; qu'elle **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* [...] ».

Enfin, la troisième décision citée ci-avant, **« *Ville de Besançon* »** éclaire, quant à elle, les collectivités publiques sur **la question des modifications pouvant être apportées au cahier des charges de la consultation**.

Ainsi, la demande faite à un candidat, en cours de négociation, de remettre une offre avec un équipement supplémentaire, devant devenir obligatoire en cours d'exécution, peut ne pas être excessive. Elle ne constitue pas une modification substantielle et donc prohibée de l'objet du contrat en cours de consultation. Comme le rappelle le rapporteur public de l'affaire, « ***la négociation, en matière de DSP, a pour fonction de faire évoluer les offres*** ».

## IV – Ce qui s'impose toujours à la personne publique

Dès qu'il s'agit de commande publique, les personnes publiques restent systématiquement soumises à l'obligation de respecter les principes constitutionnels d'égalité de traitement des candidats, de liberté d'accès et de transparence des procédures.

[1] En tout état de cause, si elles choisissent toutefois de **formaliser dans le règlement de consultation** les modalités ou le calendrier des différentes phases de la négociation, les autorités délégantes sont **tenues de respecter les règles qu'elles ont elles-mêmes édictées** (*TA de Nantes, 11 avril 1996, « Compagnie des transports de l'Atlantique », req. n° 94-2277, RFDA 1996, p. 722 et CE, 10 octobre 1994, « Ville de Toulouse », req. n° 108691*).

Ainsi, le respect du **principe de transparence** de la procédure exige des autorités délégantes qu'elles ne remettent **pas en cause les étapes essentielles** de la procédure (*par exemple, ne finalement pas négocier*) et les **conditions de la mise en concurrence**, à peine de nullité de la procédure.

Le juge administratif a également, de lui-même, imposé une **obligation d'assurer aux candidats le même niveau d'information sur la conduite et la teneur des négociations**. Si des échanges particuliers peuvent donc être menés avec les candidats, **l'égalité de traitement entre ceux-ci requiert de leur offrir des conditions équivalentes de négociation** (*délais de préparation des offres et celui accordé pour la remise des offres améliorées / finales, durée des échanges, etc.*).

Dans tous les cas, l'autorité délégante doit **toujours se trouver en capacité de justifier** de la transparence de la procédure et de l'égalité de traitement entre les candidats. Ainsi, il ne peut qu'être recommandé de **consigner scrupuleusement chacune des étapes de la procédure**.

Evidemment, les échanges entre l'autorité délégante et les candidats ne peuvent aller **jusqu'à verser dans la communication d'éléments confidentiels des offres concurrentes**, *a fortiori* couverts par le secret en matière industrielle et commerciale, au risque de porter atteinte au bon déroulement de la mise en concurrence.

La divulgation à l'un des candidats de documents se rapportant à l'offre de son concurrent serait, en effet, de nature à nuire à la concurrence entre les opérateurs et à **porter irrémédiablement atteinte à l'égalité** entre les candidats, dans le **cadre de la procédure en cours mais aussi dans celui d'une nouvelle**, dans l'hypothèse où la procédure de passation devrait être recommencée (*CE, 15 décembre 2006, « Corsica Ferries », req. n° 298618*).

* *
*

Sous réserve de ne pas omettre les précautions exposées au point IV ci-dessus, la liberté de négociation s'avère donc prééminente dans les procédures de passation des délégations de service public.

*Pour plus d'informations, vous pouvez consulter la **loi du pays n° 2009-21 du 7 décembre 2009** modifiée relative au cadre réglementaire des délégations de service public de la Polynésie française et **l'arrêté n° 2299-CM du 15 décembre 2009** pris en application de la loi du pays n° 2009-21 du 7 décembre 2009 relative au cadre réglementaire des délégations de service public de la Polynésie française et de ses établissements publics, disponible sur le site LEXPOL.*