

# Une collectivité peut-elle lancer une procédure de publicité et de mise en concurrence avant d'être compétente ?

Dans un arrêt du 9 juin 2020, le Conseil d'État confirme que le juge du référé précontractuel ne peut s'interroger sur la compétence d'une autorité délégante pour lancer une procédure de dévolution. Il précise par ailleurs, et surtout, qu'une autorité non encore compétente peut, par anticipation, lancer une procédure de publicité et de mise en concurrence pour le choix d'un opérateur en prévision de l'exercice de cette compétence.

Une collectivité peut-elle être compétente « avant l'heure » ? Plus précisément, est-il possible pour une collectivité, non encore titrée mais qui le sera, d'engager la procédure de passation d'une délégation de service public portant sur la sous-concession de plages naturelles ? Telle était, pour reprendre les propos introductifs tenus par Mme le rapporteur public Le Corre lors de la lecture de ses conclusions, la problématique que devait, notamment, trancher le Conseil d'État dans l'affaire commentée *Métropole Nice-Côte-d'Azur*.

Les faits étaient assez simples et trouvaient leur origine dans une évolution des règles de compétences issues de la loi MAPTAM du 27 janvier 2014. Historiquement, l'État, propriétaire des plages naturelles, pouvait concéder aux communes leurs exploitation. Sur cette base, en 2007, la concession des plages de Nice avait été attribuée par l'État à la ville de Nice jusqu'au 31 décembre 2019. Désormais titulaire de cette prérogative, la Métropole Nice-Côte-d'Azur a, le 1<sup>er</sup> février 2018, sur le fondement de l'article L. 2124-4 du CG3P, exercé son droit de priorité pour obtenir, à l'expiration des conventions existantes, la concession pour l'aménagement, l'exploitation et l'entretien desdites plages. En vue de cette attribution, l'État a lancé les procédures administratives nécessaires puis a, à l'issue de celles-ci, signé le contrat de concession avec la Métropole Nice-Côte-d'Azur le 26 novembre 2019. Sans attendre cette conclusion, cette dernière a, dans le souci d'assurer la continuité du service public (la concession et les sous concessions expirant le 31

## Auteur

**Hervé Letellier**  
Avocat associé, SELARL Symchowicz-Weissberg et associés

## Références

CE 9 juin 2020, Métropole Nice Côte d'Azur, req. n° 436922

## Mots clés

Compétences transférées • Délégation de service public •  
Référé précontractuel • Sous-concession

décembre), anticipé cette attribution et mené parallèlement, de concert avec les autorités étatiques, les procédures relatives à l'attribution des sous-concessions aux opérateurs économiques intéressés. Elle a ainsi, sans être encore titrée, délibéré sur le principe de la délégation de service public le 28 juin 2008, publié les avis de publicité le 26 octobre 2018 puis validé le choix des opérateurs et autorisé la signature des sous concessions par délibération du 25 octobre 2019.

C'est dans ce contexte que trois candidats évincés ont saisi le juge des référés précontractuels du tribunal administratif de Nice. À cette occasion, dans deux des trois instances (la troisième évoquait directement l'argument), le magistrat a décidé de soulever, et de retenir, un moyen d'ordre public tiré de l'incompétence de la Métropole Nice-Côte-d'Azur à mener la procédure de dévolution faut d'avoir été, en amont, titrée par l'État. Il en déduisait que la phase d'analyse des offres et de choix des candidats retenus avait été réalisée par une commission de délégation de service public irrégulièrement composée, influençant ainsi l'appréciation des offres et donc le résultat final.

Saisi de pourvois à l'encontre des trois décisions rendues, le Conseil d'État était invité à se prononcer sur trois points, celle donc de la possibilité pour une autorité délégante de lancer une procédure avant d'être compétente, mais aussi plus, accessoirement, celles, en amont, de l'office du juge des référés et, en aval, de la régularité de la procédure menée.

## L'office du juge du référé précontractuel lui interdit de contrôler la compétence de la personne publique délégante

En premier lieu, le Conseil d'État était invité à se prononcer sur la pertinence de la position, implicite, adoptée par le juge de première instance ayant considéré, en le soulevant d'office et en l'accueillant, que le moyen tiré de l'incompétence de l'autorité délégante relevait de son office. La Métropole Nice-Côte-d'Azur considérait en effet, en première instance comme en cassation, que l'argument excédait le champ des obligations de publicité et de mise en concurrence visées par l'article L. 551-1 du Code de justice administrative.

Par un considérant dénué d'ambiguïté, la Haute juridiction a censuré, pour erreur de droit, l'ordonnance rendue en rappelant qu'il « incombe au juge des référés, statuant sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, d'apprécier si ont été commis des manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence qui, eu égard à leur portée et au stade de la procédure auquel ils se rapportent, sont susceptibles d'avoir lésé ou ont risqué de léser, fût-ce de façon indirecte, l'entreprise qui le saisit », il ne lui appartient pas, en revanche, de « contrôler si, au regard de l'objet du contrat dont la passation est engagée, la personne publique est, à la date où elle signe le contrat, compétente à cette fin ». Autrement dit, si la question de

la compétence de l'auteur d'une décision relève certes du bloc de légalité – et si celle-ci, ainsi que le rappelait le rapporteur public, peut avoir des conséquences lourdes « s'agissant, en amont, de la définition des besoins, et, en aval, du déroulement de la procédure et du choix de l'attributaire » – elle ne peut être appréhendée qu'à l'occasion d'un recours au fond et non par le prisme du référé précontractuel.

Cette conclusion, cohérente avec le fait que la compétence d'une autorité pour conclure un contrat s'apprécie en principe à la date de la signature effective dudit contrat (appréciation qui, *de facto*, ne peut relever de l'office du juge des référés puisque ses pouvoirs expirent à cette date<sup>(1)</sup>), est dans la droite lignée de la position antérieure du Conseil d'État excluant, en sa qualité de juge du référé précontractuel, le contrôle de la compétence du signataire de la convention<sup>(2)</sup> ou, plus globalement, de la personne publique<sup>(3)</sup>.

Et s'il est vrai que la jurisprudence a progressivement étendu son contrôle en vérifiant la compétence d'une personne publique pour candidater<sup>(4)</sup>, la décision commentée s'est refusée, pour des raisons qui s'expliquent aisément, à transposer cette solution à l'examen de la compétence de la personne publique en sa qualité d'acheteur. Dans le premier cas, puisque le principe d'égalité de traitement entre candidats est en jeu (au travers du contrôle de l'absence d'avantages dont bénéficierait un opérateur public candidat), ce qui influence directement sur le choix de l'attributaire, il est naturel que le juge du référé précontractuel puisse procéder à cette vérification. Dans le second, la problématique est structurellement différente dès lors que l'éventuelle incompétence de l'acheteur n'a pas, en dépit des nuances évoquées par le rapporteur public Le Corre, directement d'impact sur le bon déroulement de la procédure de dévolution et donc sur la pertinence du choix final.

## Une collectivité peut lancer une procédure de dévolution par anticipation

En deuxième lieu, et c'est là le principal apport de la décision commentée, le Conseil d'État (qui d'ailleurs n'y était pas tenu dès lors qu'il avait reconnu en amont l'incompétence du juge du référé pour se prononcer sur la question) s'est interrogé sur la temporalité des opé-

(1) CE Sect. 3 novembre 1995, Chambre de commerce et d'industrie de Tarbes et des Hautes-Pyrénées, req. n° 157304, *Rec. CE* p. 394 ; CE 17 janvier 1996, SA Atelier Mériduet-Carrère, req. n° 162201, *Rec. CE* p. 5.

(2) CE 8 février 1999, Société Campenon Bernard, req. n° 188100.

(3) CE 30 juin 1999, S.A. Demathieu et Bard, req. n° 198993 ; CE, 19 novembre 2004, Commune d'Auxerre, req. n° 266975 ; TA Toulon 4 décembre 2012, Soc. CNIM, req. n° 1202967.

(4) CE 18 septembre 2015, Association de gestion du conservatoire national des arts et métiers des pays de la Loire et autres, req. n° 390041 ; CE 18 septembre 2019, Communauté de communes de l'Île Rousse-Balagne, req. n° 430368.

rations de passation d'une délégation de service public lorsqu'une compétence est transférée, au cours de celle-ci, d'une collectivité à une autre. Autrement dit, la Métropole Nice-Côte-d'Azur, non titulaire de la concession de l'État à cette date, pouvait-elle néanmoins mener les procédures d'attribution des sous-concessions de plages naturelles ?

Là encore, empreinte d'un souci de pragmatisme et de sécurisation juridique, la Haute juridiction a répondu par l'affirmative en jugeant que « lorsqu'une personne publique a vocation à exercer la compétence nécessaire à la conclusion et à l'exécution d'un contrat de la commande publique, notamment parce qu'elle est en cours de création ou de transformation ou parce qu'une procédure, par laquelle la compétence nécessaire doit lui être dévolue, est déjà engagée, aucune règle ni aucun principe ne font obstacle à ce qu'elle engage elle-même la procédure de passation du contrat, alors même qu'elle n'est pas encore compétente à cette date pour le conclure », tout en ajoutant que « une personne publique peut par ailleurs signer un contrat dont la procédure de passation a été engagée et conduite par une autre personne publique, à laquelle, à la date de la signature du contrat, elle est substituée de plein droit, sans que cette procédure soit, en l'absence de vice propre, entachée d'irrégularité ».

Autrement dit, deux solutions ont été mises en avant par le Conseil d'État.

D'abord, une collectivité compétente au moment du lancement de la procédure, mais qui ne le sera plus en cours, peut engager le processus de dévolution à charge pour la collectivité nouvellement compétente, qui bénéficiera ainsi du travail de son prédécesseur, de signer les contrats en résultant. Cette solution se rapproche quelque peu de la logique de transfert de contrats prévue par le Code général des collectivités territoriales<sup>(5)</sup>, à ceci près que la substitution de plein droit intervient en cours de procédure et non postérieurement à la signature des contrats. Les actes de procédure menés antérieurement sont donc, d'une certaine manière, réputés être ceux de l'autorité désormais compétente.

Ensuite, de manière symétrique, ce qui correspondait au cas d'espèce, une collectivité non compétente au moment du lancement effectif de la procédure de dévolution peut la mener par anticipation, dès lors (ce qui ressort davantage des conclusions du rapporteur public que de l'arrêt) que celle-ci n'est pas envisagée sur des « bases purement hypothétiques » et que la collectivité en cause dispose de « la perspective de détenir la compétence à la date de la signature du contrat », donc dans un horizon temporel relativement proche. L'idée n'est donc pas tant d'autoriser le lancement d'une procédure par une autorité qui, de manière très incertaine ou trop lointaine, pourrait, le cas échéant, disposer de la compétence mais de l'admettre au profit d'un acheteur qui, avec quasi-certitude, sera compétent à bref échéance

et qui, ce faisant, n'anticipe cette prérogative que pour assurer la continuité du service public dont il aura la charge (ce qui était le cas en l'espèce puisque la Métropole Nice-Côte-d'Azur avait exercé auprès de l'État son droit de priorité et que la conduite successive des opérations d'attribution de la concession par l'État et des sous-concessions par la Métropole aurait empêché une attribution avant l'expiration des précédentes conventions). Ce n'est d'ailleurs pas anodin que le Conseil d'État ait pris le soin de préciser, dans son arrêt, que la solution rendue vaut notamment, ce qui renvoie précisément à cette idée de continuité, « lorsque le contrat en cause a pour objet la gestion d'un service public ». Étant précisé que pour pragmatique qu'elle soit, cette anticipation de compétence ne peut être envisagée que si, ce qu'avait fait la Métropole Nice-Côte-d'Azur, la personne publique fait « savoir, dès le lancement de la procédure de passation, que le contrat ne sera signé qu'après qu'elle sera devenue compétente à cette fin » et implique que le contrat ne soit signé qu'après transfert effectif de compétence<sup>(6)</sup> (ce qui induit dans les faits un décalage temporel entre la fin du processus d'attribution et la signature effective des sous-contrats puisque doit alors s'intercaler la signature de la convention support).

## La validation de la procédure d'attribution des sous-concessions

En troisième et dernier lieu, une fois réglée cette (double) question de compétence, le Conseil d'État s'est attardé, pour les rejeter, sur les arguments de fond évoqués par les différents requérants en première instance. À cette occasion, et sans rentrer dans le détail des (nombreux) moyens soulevés, la Haute juridiction a pu, notamment, rappeler que :

- si une 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, rien ne lui interdit de les pondérer et, ensuite, de simplement hiérarchiser les sous-critères ;
- le fait de prévoir un sous-critère « programme d'investissement de premier établissement », lequel s'imposait en réalité à tous notamment pour assurer la remise aux normes des plages, n'avait pour objet ni pour effet de désavantager la candidature du sous-concessionnaire sortant par rapport aux autres candidatures ;
- les sous-critères financiers « montant des redevances versées à la métropole » et « crédibilité de l'offre financière » faisaient l'objet d'une appréciation précise sur la base des engagements pris en matière de redevances, d'investissements ou de conditions tarifaires et sur la base des garanties financières fournies par les candidats et étaient donc réguliers ;

(5) Cf. CGCT, art. L. 2113-5 ou L. 5211-17.

(6) CE, 16 juin 1988, Asso. Greenpeace, req. n° 51391 ; CE 19 mai 2000, Cne du Cendre, req. n° 208543.

– la communication des notes obtenues par les candidats évincés et les attributaires sur les différents critères ainsi que de la délibération du conseil métropolitain précisant les caractéristiques des offres retenues permettait d’informer suffisamment les opérateurs évincés ;

– si une collectivité publique ne saurait, sans méconnaître les impératifs de bonne administration ou les obligations générales de mise en concurrence qui s’imposent à elle, donner à une concession un périmètre manifestement excessif ni réunir au sein de la même convention des services qui n’auraient manifestement aucun lien entre eux<sup>(7)</sup>, l’exploitation de la plage associée à une activité de restauration demeure régulier ;

– l’accès aux différents lots ne pouvait être interdit aux entreprises créées au cours de la procédure de passation ;

– la circonstance qu’une même élue ait présidé la commission de délégation de service public et conduit la négociation était régulier puisque, selon le Conseil d’Etat, « aucune règle ni aucun principe ne font (...) obstacle à ce que soit désigné, pour mener la négociation, un membre de la commission de délégation de service public ».

---

(7) CE 21 septembre 2016, Communauté urbaine du Grand Dijon et société Keolis, req. n° 399656.