

Délégation de service public et évaluation du préjudice né de l'éviction irrégulière d'une candidature

Lire les commentaires de :

Collen Desamais et Anthony Alaimo

Perte de chance sérieuse : la prise en compte des spécificités de la DSP par la Cour Administrative d'Appel de Lyon

DÉCISION DE JUSTICE

CAA Lyon, 4ème chambre – N° 12LY02126 – Communauté urbaine de Lyon – 17 octobre 2013 – C [↗](#)

Lire ICI le communiqué sur le site de la Cour administrative d'appel de Lyon

Lire l'article : Réparation du préjudice né de l'éviction irrégulière d'une entreprise candidate à l'attribution d'un marché public

INDEX

Mots-clés

Délégation de service public, Candidature, Eviction irrégulière, Réparation, Indemnisation, Perte de chance, Directive n°2014/23 du 11 février 2014 concessions

Rubriques

Marchés et contrats

TEXTES



[Résumé](#) [Note d'avocat](#) [Note universitaire](#)

Résumé

¹ Lorsqu'une entreprise candidate à l'attribution d'une délégation de service public demande la réparation du préjudice né de l'éviction irrégulière de sa candidature, il appartient au juge de vérifier d'abord si l'entreprise était dépourvue de toute chance de voir sa candidature retenue. Si c'est le cas, l'entreprise n'a droit à aucune indemnité. Sinon, elle a droit, en principe, au remboursement des frais qu'elle a engagés pour présenter son offre. Par ailleurs, si l'entreprise avait des chances sérieuses de voir sa candidature retenue, elle a alors droit à l'indemnisation de l'intégralité du manque à gagner qu'elle a subi.

Note d'avocat

La difficile démonstration par le candidat évincé des chances sérieuses de se voir attribuer un contrat de délégation de service

Arnaud Paturat

Avocat au Barreau de Lyon

DOI : [10.35562/alyoda.6121](https://doi.org/10.35562/alyoda.6121)

- ¹ Cet arrêt soulève la question délicate de l'appréciation des chances sérieuses pour le candidat évincé d'être désigné attributaire d'un contrat de délégation de service public et des différents chefs de préjudices dont il peut être indemnisé.
- ² Les procédures de mise en concurrence des contrats de délégation de service public sont souvent le théâtre de recours indemnitaires engagés par les candidats évincés.
- ³ Ici, la COMMUNAUTE URBAINE DE LYON a lancé, par une délibération en date du 7 juillet 2003, une consultation pour le renouvellement d'un contrat de délégation de service public ayant pour objet la production et la distribution de chaleur, de vapeur et de froid sur le territoire des communes de Lyon et de Villeurbanne. Un groupement momentané composé des sociétés SEEM, ENERPART et ASM BRESCIA a vu son offre rejetée. Le contrat a été attribué à la société DALKIA France par une décision du Président de la COMMUNAUTE URBAINE DE LYON en date du 23 juillet 2004.
- ⁴ Les sociétés SEEM et Enerpart ont estimé que le rejet de l'offre de leur groupement était irrégulier car la COMMUNAUTE URBAINE DE LYON avait méconnu les règles de publicité et de mise en concurrence. Les sociétés évincées ont saisi la juridiction administrative de deux recours contentieux au fond afin d'obtenir la résolution du contrat et une indemnisation des préjudices qu'elles ont subi en raison de leur éviction irrégulière. Le présent arrêt permet de revenir sur les éléments déterminants dans la mise en œuvre du recours indemnitaire du concurrent évincé et plus particulièrement la manière dont le juge administratif apprécie les chances sérieuses d'un candidat de se voir attribuer un contrat de délégation de service public.
- ⁵ Pour analyser cette décision, il convient de reprendre les étapes du raisonnement de la Cour : La faute commise par le pouvoir adjudicateur et son lien avec le préjudice subi par le candidat évincé (I), puis l'appréciation des préjudices subis par le concurrent irrégulièrement évincé (II).

I- L'appréciation de la responsabilité du pouvoir adjudicateur

6 Pour apprécier cette responsabilité, la Cour a abordé deux points : la faute du pouvoir adjudicateur (A) et son lien de causalité avec le préjudice subi par le concurrent évincé (B)

A- La faute du pouvoir adjudicateur

7 Lorsqu'une personne publique méconnaît la règle de droit, elle commet une faute de nature à engager sa responsabilité (CE, 26 janvier 1973, VILLE DE PARIS, n° 84768) .

8 Dans le cadre des procédures de mise en concurrence, le Conseil d'Etat a admis, au terme d'une jurisprudence désormais établie, que le candidat évincé puisse obtenir une indemnisation en raison de son éviction irrégulière (CE, 18 juin 2003, GROUPEMENT D'ENTREPRISES SOLIDAIRES ETPO GUADELOUPE, n° 249630 - CE, 27 janvier 2006, COMMUNE D'AMIENS, n° 259374 - CE, 10 juillet 2013, COMPAGNIE MARTINIQUEAISE DE TRANSPORTS, n° 362777) . Dans ce cas, la faute de la personne publique, susceptible d'engager sa responsabilité, réside dans la violation des règles de publicités et de mise en concurrence.

9 Au cas présent, le dossier de consultation énonçait initialement que le groupe frigorifique serait remplacé avant le commencement d'exécution du contrat par le délégataire sortant. Or, dix jours avant la date limite de remise des offres, la COMMUNAUTE URBAINE DE LYON a décidé que le remplacement du groupe frigorifique serait assumé par le nouveau délégataire. Cette modification a été jugée irrégulière, dans la mesure où le règlement de consultation prévoyait qu'une telle modification pouvait seulement porter sur des détails et devait intervenir au plus tard quinze jours avant la date limite de dépôt des offres.

10 Cette modification irrégulière du dossier de consultation en cours de procédure a engendré une rupture d'égalité entre les candidats au profit du candidat DALKIA France.

11 La COMMUNAUTE URBAINE DE LYON a tenté de contester une nouvelle fois l'existence de ces manquements aux règles de publicité et de mise en concurrence. Néanmoins, la Cour rappelle que la faute de la COMMUNAUTE URBAINE DE LYON avait été établie par le Tribunal administratif de Lyon dans un jugement en date du 15 décembre 2005 qui a été confirmé par la Cour administrative d'appel de Lyon dans un arrêt en date du 8 février 2007 devenu définitif.

¹² Toutefois, la Cour précise que la modification irrégulière du dossier de consultation est susceptible d'engager la responsabilité de l'autorité délégante, quand bien même cet amendement résultait de la volonté du délégataire sortant de modifier la liste des équipements qu'il acceptait de remplacer en fin de contrat. Cette solution apparaît logique dans la mesure où seul le pouvoir adjudicateur a compétence pour modifier le dossier de consultation.

B- Le lien de causalité

¹³ Avant le prononcé de cet arrêt, le Conseil d'Etat avait rappelé que le concurrent évincé doit établir le lien de causalité entre le préjudice qu'il a subi et la faute commise par le pouvoir adjudicateur (CE, 10 juillet 2013, COMPAGNIE MARTINIQUEAISE DE TRANSPORTS, n° 362777, précité) .

¹⁴ En l'espèce, la COMMUNAUTE URBAINE DE LYON soutenait que la modification du dossier de consultation était sans lien avec les préjudices subis par les sociétés évincées, dans la mesure où le remplacement du groupe frigorifique n'avait pas d'incidence sur la présentation des offres des candidats et qu'il ne représentait pas un investissement important. Elle précisait que les candidats avaient disposé de suffisamment de temps pour modifier leur offre. Enfin, la COMMUNAUTE URBAINE DE LYON ajoutait que la société Dalkia attributaire du contrat n'avait pas été favorisée par cette modification du dossier de consultation.

¹⁵ Pour répondre à cette argumentation, la Cour a relevé que ce groupe frigorifique représentait plus de 10 % de la puissance totale du réseau froid et que l'un des critères de sélection des offres portait sur le développement durable qui imposait aux candidats de proposer une optimisation du réseau froid. La Cour en déduit que la capacité productive du réseau intervenait nécessairement dans l'appréciation de ce critère. La formation de jugement a ainsi établi que cette modification du dossier de consultation portait sur un investissement important mis à la charge du nouveau délégataire et qu'elle avait une influence sur la sélection des offres.

¹⁶ La Cour ajoute que cette modification irrégulière du dossier de consultation a nécessairement avantageé la société DALKIA France au détriment des autres candidats, car l'offre de l'attributaire a obtenu la meilleure note pour le critère relatif au développement durable. La juridiction administrative d'appel confirme l'existence d'une rupture d'égalité entre les candidats. La Cour conclue que le lien de causalité entre la modification irrégulière du dossier de consultation et les préjudices subis par les appelantes est établi.

17 Cet arrêt permet de s'interroger sur l'appréciation du lien de causalité dans le cadre d'un recours indemnitaire engagé par un concurrent évincé. La Cour s'appuie sur l'importance dont disposait le critère à partir duquel la rupture d'égalité a été commise, dans la notation des offres, pour apprécier ce lien de causalité.

18 Par conséquent, nous pouvons supposer que si le remplacement de ce groupe frigorifique avait eu un impact plus faible sur l'appréciation de la qualité des offres, la Cour aurait certainement estimé que le lien de causalité entre le manquement aux règles de publicité et de mise en concurrence n'était pas établi.

II- L'appréciation des préjudices subis par le concurrent irrégulièrement évincé

19 Les sociétés évincées invoquaient trois préjudices : un préjudice lié à la perte de chance d'obtenir le contrat (A), le préjudice lié au coût de présentation des offres (B) et le préjudice commercial (C).

A- L'existence de chances de se voir attribuer le contrat

20 Tout d'abord, la Cour rappelle la grille d'analyse développée par le Conseil d'Etat pour apprécier les demandes indemnitaires d'un concurrent évincé. Cet outil est repris par le considérant de principe suivant : « Lorsqu'une entreprise candidate à l'attribution d'une délégation de service public demande la réparation du préjudice né de l'éviction irrégulière de sa candidature, il appartient au juge de vérifier d'abord si l'entreprise était dépourvue de toute chance de voir sa candidature retenue ; que dans l'affirmative, l'entreprise n'a droit à aucune indemnité ; que dans la négative, elle a droit en principe au remboursement des frais qu'elle a engagés pour présenter son offre ; que dans le cas où l'entreprise avait des chances sérieuses de voir sa candidature retenue, elle a droit à l'indemnisation de l'intégralité du manque à gagner qu'elle a subi ; » (CE, 18 juin 2003, GROUPEMENT D'ENTREPRISES SOLIDAIRES ETPO GUADELOUPE, n° 249630, précité - CE, 27 janvier 2006, COMMUNE D'AMIENS, n° 259374, précité - CE, 27 janvier 2006, COMPAGNIE MARTINIQUAISE DE TRANSPORTS, n° 362777, précité) .

21 La détermination de l'existence de chance sérieuses d'obtenir le contrat implique de contrôler l'appréciation de la qualité des offres retenues par le pouvoir adjudicateur. Dans ce cas, le Juge administratif se limite à un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation (CE, 8 février 2010, COMMUNE DE LA ROCHELLE, n° 0314075 - CAA de Marseille, 3 février 2014, SOCIETE LA

NOUVELLE CHARPENTE, n° 011MA04603 - CAA de Nancy,
18 novembre 2013, COMMUNAUTE DE COMMUNES DE VESLE
MONTAGNE DE REIMS, n° 012NC01181) .

22 En première instance, le Tribunal administratif de Lyon avait estimé que les sociétés requérantes disposaient de chances sérieuses d'être désignées attributaires. Ainsi, les premiers juges avaient condamné la COMMUNAUTE URBAINE DE LYON à verser la somme de 6 325 000 € aux requérantes en réparation du manque à gagner consécutif à la perte de chance de se voir attribuer le contrat.

23 La Cour administrative d'appel de Lyon a estimé que la COMMUNAUTE URBAINE DE LYON n'avait commis aucune erreur manifeste d'appréciation dans la notation des offres. Elle précise que la neutralisation du critère lié aux performances du réseau froid n'empêchait pas l'offre de la société Dalkia d'être supérieure à celle des sociétés appelantes. La Cour a rejeté les autres arguments soulevés tendant à démontrer que l'offre des sociétés SEEM et Enerpart était supérieure à celle de l'attributaire.

24 Il était soutenu qu'au cours de la consultation le vice-président de la COMMUNAUTE URBAINE DE LYON avait émis des doutes sur la crédibilité de l'offre de l'attributaire. Néanmoins, la Cour a relevé que l'optimisation du réseau générée par l'attributaire après une année d'exploitation permettait de rejeter ce moyen.

25 Les sociétés SEEM et Enerpart évincées soulevaient également l'existence de contestations émises par des riverains au projet de construction d'une nouvelle chaufferie à bois proposé dans l'offre de l'attributaire ne permettait pas de conclure à l'infériorité de son offre par rapport à celle des sociétés appelantes. La formation de jugement a également rejeté ce moyen, car il n'était pas établi que ce projet méconnaissait la réglementation en vigueur. La Cour ajoute que cette seule circonstance n'aurait pas suffi à démontrer la supériorité de l'offre du groupement par rapport à celle de l'attributaire.

26 La Cour justifie également sa décision par la marge de manœuvre dont dispose le pouvoir adjudicateur lors de l'attribution d'une délégation de service public.

27 Il résulte, en effet, des articles L1411-5 à L1411-7 du Code général des collectivités territoriales qui réglementent les procédures de mise en concurrence des contrats de délégation de service public, que le pouvoir adjudicateur bénéficie d'une véritable liberté de choix de l'attributaire. Le pouvoir adjudicateur n'est pas tenu de choisir, comme en matière de marché public, l'offre économiquement la plus avantageuse. Néanmoins, cette marge de manœuvre n'aurait certainement pas permis à la COMMUNAUTE URBAINE DE LYON d'obtenir la réformation du jugement si la neutralisation du critère

concernant les performances du réseau froid qui a été à l'origine de la rupture d'égalité des candidats avait eu un impact sur le classement des offres. En effet, le Conseil d'Etat tend à transposer les exigences applicables pour l'attribution des marchés publics aux procédures de mise en concurrence des contrats de délégation de service public en imposant au pouvoir adjudicateur d'informer les candidats sur les critères de sélection des offres pour la passation d'un contrat de délégation de service public (CE, 23 décembre 2009, ETABLISSEMENT PUBLIC DU MUSEE ET DU DOMAINE NATIONAL DE VERSAILLES, n° 328827) . Dans le cadre des procédures de mise en concurrence des contrats de délégation de service public, le pouvoir adjudicateur est donc tenu par les critères de sélection qu'il a choisis. Il en résulte que les sociétés SEEM et Enerpart pouvaient être considérées comme disposant de chances sérieuses de se voir attribuer le contrat si la neutralisation du critère ayant conduit à la rupture d'égalité des candidats avait révélé la supériorité de leur offre. Dans ce cas, la seule liberté de choix dont dispose le pouvoir adjudicateur dans le cadre des procédures de mise en concurrence des délégations de service public pouvait difficilement à elle seule justifier l'absence de chances sérieuses d'obtenir le contrat.

28

D'une manière générale, cette liberté de choix dont dispose le pouvoir adjudicateur dans l'attribution d'un contrat de délégation de service public rend extrêmement difficile la reconnaissance de chances sérieuses d'être désigné attributaire. La reconnaissance d'une telle chance est le plus fréquemment retenue pour l'attribution des marchés publics (CAA de Lyon, 4 avril 2013, SOCIETE INTRACOM, n° 12LY01253) où la marge de manœuvre du pouvoir adjudicateur est plus réduite car il est tenu de choisir l'offre économiquement la plus avantageuse.

B- L'indemnisation des frais de présentation de l'offre

29

Le Conseil d'Etat admet que le candidat irrégulièrement évincé peut obtenir l'indemnisation des frais de présentation de son offre, dès lors qu'il n'était pas dépourvu de toute chance d'être désigné lauréat ((CE, 18 juin 2003, GROUPEMENT D'ENTREPRISES SOLIDAIRES ETPO GUADELOUPE, n° 249630, précité - CE, 27 janvier 2006, COMMUNE D'AMIENS, n° 259374, précité - CE, 27 janvier 2006, COMPAGNIE MARTINIQUEAISE DE TRANSPORTS, n° 0362777, précités).

30

La Cour administrative d'appel de Lyon a admis que les sociétés appelantes n'étaient pas dépourvues de toutes chances de se voir attribuer le contrat, cette question n'était d'ailleurs pas contestée par la COMMUNAUTE URBAINE DE LYON qui demandait la limitation de l'indemnisation aux seuls frais de présentation de l'offre.

31 Le débat portait seulement sur le quantum de l'indemnisation des frais de présentation de l'offre. La Cour a précisé que les honoraires d'avocat assumés lors de la préparation des offres ne pouvaient être assimilés à des frais de présentation de l'offre car les factures comportaient la mention « contentieux ». La Cour n'a pas admis l'intégration de frais de divers prestataires dans la mesure où le lien entre ces prestations et la préparation de l'offre n'était pas établi. En revanche, la Cour a alloué aux appelantes la somme de 76 562 € au titre de factures qui correspondaient effectivement à la préparation des offres : impression et édition du dossier et une consultation pour l'optimisation des aspects de développement durable de l'offre. La formation de jugement justifie également sa décision par la circonstance que ces factures n'ont pas été suffisamment contestées par la COMMUNAUTE URBAINE DE LYON.

32 L'appréciation donnée par la Cour indique que le candidat doit démontrer que les frais dont il souhaite obtenir une indemnisation sont scrupuleusement en lien avec la préparation de son offre.

33 Les sociétés SEEM et Enerpart sollicitaient également une somme de 240 000 € pour le coût de mobilisation de trois ingénieurs pendant quatre mois pour l'élaboration de l'offre. La COMMUNAUTE URBAINE DE LYON soutenait que ces frais n'étaient pas établis. La Cour relève que l'argumentation des appelantes n'était pas suffisamment détaillée sur ce point mais lui a tout de même accordé une somme de 100 000 €, car elle a estimé que ce chef de préjudice était suffisamment établi.

34 Enfin, la COMMUNAUTE URBAINE DE LYON soutenait que l'indemnisation des frais de présentation de l'offre des appelantes devait être réduite pour tenir compte de la troisième société qui faisait partie de leur groupement, car elle avait également contribué aux frais de préparation de l'offre. La Cour a rejeté cette argumentation en précisant que cette troisième société avait assumé seulement 20 % des frais de présentation de l'offre et qu'aucune somme au titre des frais supportés par leur partenaire n'était demandée par les appelantes.

C- Le préjudice commercial

35 Les sociétés SEEM et Enerpart prétendaient que l'éviction de cette consultation les avait empêchées de remporter d'autres contrats. Elles demandaient une réparation de 1 000 000 € en réparation de ce préjudice commercial.

36 La Cour a rejeté ces conclusions indemnitaires au motif que le lien entre l'éviction de la présente procédure de mise en concurrence et les autres n'était pas établi. Les juges d'appel ont également précisé que l'atteinte à la réputation des appelantes n'était pas non plus

démontrée. La Cour administrative d'appel de Lyon avait déjà eu l'occasion de préciser la nécessité d'établir ces éléments pour obtenir une indemnisation à ce titre (CAA de Lyon, 7 juillet 2011, SOCIETE URBALPES, n° 10LY00108 - CAA de Lyon, 3 février 2011, Monsieur A, n° 09LY02273) .

Note universitaire

Perte de chance sérieuse : la prise en compte des spécificités de la DSP par la Cour Administrative d'Appel de Lyon

Collen Desamais

Etudiante en Master 2 Droit public des affaires à l'Université Jean Moulin Lyon 3

Anthony Alaimo

Etudiant en Master 2 Droit public des affaires à l'Université Jean Moulin Lyon 3

DOI : [10.35562/alyoda.6122](https://doi.org/10.35562/alyoda.6122)

¹ L'arrêt de la Cour Administrative d'Appel de Lyon en date du 17 octobre 2013 conclut un feuilleton politico-judiciaire initié presque dix ans plus tôt.

² La Communauté Urbaine du Grand Lyon (ci-après dénommée COURLY) avait confié en 1970 la gestion déléguée du service public de chauffage urbain et de distribution de froid à la société Prodith, filiale du groupe Dalkia. Par une délibération en date du 21 janvier 2003, la COURLY a résilié cette délégation de service public (DSP) et une nouvelle procédure d'attribution fut alors lancée.

³ Parmi les candidats admis à présenter une offre, on compte la Société Dalkia ainsi que le groupement constitué par les sociétés SEEM, ASM Brescia Spa et Enerpart, cette dernière étant désignée mandataire.

⁴ Par délibération du 12 juillet 2004, l'offre présentée par la société Dalkia a été retenue et le contrat signé le 23 juillet.

⁵ Par une requête en date du 23 septembre 2004, le groupement a saisi le Tribunal Administratif de Lyon d'une demande en annulation de la délibération autorisant le Président de la COURLY à signer le contrat.

⁶ Le requérant soutiendra que la COURLY a modifié le dossier de consultation à la demande du délégataire sortant dix jours avant la date fixée pour la remise des offres, alors que le règlement de consultation interdisait toute modification des pièces dans un délai de 15 jours avant ce terme.

⁷ Il soutiendra de même que la société Dalkia, en tant que société mère du délégataire sortant, a été informée préalablement de cette modification et a pu en conséquence adapter son offre.

⁸ Le Tribunal Administratif fera droit à cette demande puisqu'il annulera la délibération et enjoindra la COURLY à résoudre le contrat passé, ce que la Cour Administrative d'Appel de Lyon confirmera dans un arrêt en date du 8 février 2007.

9 Après une tentative d'indemnisation amiable, le groupement a introduit un recours indemnitaire devant le Tribunal Administratif de Lyon.

10 Par un jugement en date du 5 juillet 2012, le Tribunal administratif a condamné la COURLY à verser au groupement représenté par la société Enerpart la somme de 6 325 000 euros au titre du préjudice commercial subi du fait de leur éviction irrégulière. La COURLY a interjeté appel de ce jugement. La Cour Administrative d'Appel retient dans un premier temps la responsabilité de la COURLY mais ne retiendra pas la perte de chance sérieuse du requérant d'obtenir la délégation. Aussi, ce dernier ne se voit rembourser que les frais de présentation de son offre, soit 176 562 euros.

11 *Une approche extensive de la responsabilité de la personne publique délégante*

12 L'irrégularité entachant la procédure résulte de la demande du délégataire sortant de modifier la liste des éléments dont il a entendu assurer le remplacement à la fin de son contrat. Ainsi, la société Prodith n'a averti que tardivement la COURLY du fait qu'elle ne procéderait pas au remplacement d'une unité de production de froid, obligeant de fait cette dernière à modifier son dossier de consultation. Le délégataire sortant est donc à l'origine de la faute entachant d'irrégularité la procédure. La Cour retient néanmoins qu'en tant que responsable de la procédure de la délégation de service public, la COURLY a commis elle-même une faute de nature à engager sa responsabilité. La position adoptée par le juge administratif ici s'inscrit dans l'esprit de la jurisprudence qui retient une conception extensive de la responsabilité des délégants dans la bonne tenue de la procédure de DSP (V. en ce sens, CE, 21 septembre 1992, *Commune de Bagnols-sur-Cèze*, N° 0111555) . Elle demeure néanmoins contestable dans les faits en ce que l'origine de la faute provient d'un manque de diligence de la société délégataire Prodith.

13 *Le contrôle restreint de critères non pondérés : peu de place à la notion de perte de chance sérieuse en matière de DSP*

14 La Cour Administrative d'Appel de Lyon épouse le raisonnement du Conseil d'Etat pour apprécier la réparation du préjudice des entreprises né de l'éviction irrégulière de leur candidature. La Cour reprend notamment le considérant de principe posé dans l'arrêt du Conseil d'Etat *ETPO Guadeloupe* du 18 juin 2003, à savoir :
«lorsqu'une entreprise candidate à l'attribution d'une délégation de service public demande la réparation du préjudice né de l'éviction irrégulière de sa candidature, il appartient au juge de vérifier d'abord si l'entreprise était dépourvue de toute chance de voir sa candidature retenue ; que dans l'affirmative, l'entreprise n'a droit à aucune indemnité ; que dans la négative, elle a droit en principe au remboursement des frais qu'elle a engagés pour présenter son offre ;

que dans le cas où l'entreprise avait des chances sérieuses de voir sa candidature retenue, elle a droit à l'indemnisation de l'intégralité du manque à gagner qu'elle a subi ».

¹⁵ Récemment, dans un arrêt en date du 10 Juillet 2013 *Compagnie martiniquaise de transports* Req. n° 362777, le Conseil d'Etat a fait œuvre de pédagogie en décrivant le raisonnement à adopter pour évaluer la perte de chance sérieuse d'un candidat de remporter un contrat. Ce raisonnement se décline en deux temps. Il apprécie dans un premier temps l'existence d'un lien direct de causalité entre l'irrégularité commise et l'éviction du candidat, et si le juge établit ce lien de causalité, il apprécie alors dans un deuxième temps la perte de chance sérieuse du candidat évincé d'obtenir la délégation.

¹⁶ Le rapporteur public, considère dans ses conclusions relatives à l'affaire ici commentée que le fait que la société Dalkia, seule à avoir bénéficié d'une information complémentaire, ait été retenue constitue déjà un indice de ce lien direct. Ce lien de causalité ayant été démontré, la Cour s'est alors prononcée sur la perte de chance sérieuse du requérant de remporter le contrat, à la lumière de l'erreur manifeste d'appréciation.

¹⁷ La Cour conclut « [Qu'] *il n'avait pas, au regard de la marge de manœuvre dont dispose la collectivité territoriale à l'occasion de l'attribution d'une délégation de service public, et même en neutralisant les éléments sur lesquels le vice allégué est susceptible d'avoir eu un effet, de chance sérieuse de se voir attribuer la délégation de service public ».*

¹⁸ L'appréciation de la perte de chance sérieuse d'obtenir la délégation de service public tient donc compte de l'une des principales particularités de la procédure de passation de DSP, issue de la loi du 29 janvier 1993, dite *loi Sapin* : la grande latitude dont dispose la personne publique dans l'appréciation globale des critères de sélection des offres.

¹⁹ En effet, la loi Sapin ne fait peser sur les collectivités aucune obligation d'établir des critères de sélection des offres. Seul son article 38 se borne à poser des critères de sélection des candidatures.

²⁰ Dans ce sens, le Conseil d'Etat dans un arrêt en date du 23 décembre 2009 *Etablissement public du musée et du domaine national de Versailles* estime que « *les dispositions de l'article 38 de la loi du 29 janvier 1993 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 ».*

21 Malgré les obligations imposées par l'arrêt SEMERAP (CAA Lyon 17 décembre 2009) d'informer les candidats sur les critères du choix du délégataire, le délégant conserve toute latitude dans les conditions de mise en œuvre de ces critères.

22 Cette marge de manœuvre est appréciable en ce qu'elle offre une certaine souplesse au délégant dans l'attribution du contrat. Elle reste cependant largement critiquable puisqu'aujourd'hui le juge qui effectue un contrôle restreint de la perte de chance sérieuse, ne pourra s'appuyer sur des critères pondérés, ni même hiérarchisés, pour l'exercer. Il est dans ce cadre relativement difficile d'assurer l'effectivité du respect des grands principes de la commande publique tels qu'issus des Traités de l'UE. Jusqu'à présent la procédure de DSP à l'échelle européenne n'était régie que par les principes issus des traités de l'Union Européenne, et n'avait fait l'objet d'aucun texte de droit dérivé qui lui soit spécifiquement dédié. A cet égard, la directive 2014/23, dite directive Concessions, était attendue.

23 Si cette dernière ne remet pas en cause le principe de la négociation, son article 41-3 énonce que : « *le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice établit une liste des critères par ordre décroissant d'importance* ». Désormais consacrée au niveau européen, la hiérarchisation des critères doit permettre d'assurer l'effectivité des grands principes de la commande publique dans le cadre de la passation des DSP et devrait impacter le contrôle de la perte de chance par le juge administratif.