

REFORME DE LA COMMANDE PUBLIQUE

LIVRET 1

LES CONTRATS DE CONCESSION

*Ordonnance N°2016-65 du 29 janvier 2016
et Décret N°2016-86 du 1^{er} février 2016
relatifs aux contrats de concession*



Institut de la
gestion déléguée

CONTEXTE

L'article 209 de la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques a habilité le gouvernement à procéder par voie d'ordonnance pour transposer en droit français la Directive n°2014/23/UE du 26 février 2014 du Parlement européen et du Conseil sur l'attribution de contrats de concession.

Après deux ans de processus de concertation, le gouvernement a adopté deux textes relatifs aux contrats de concession :

- >> L'ordonnance n°2016-65 du 29 janvier 2016 (ci-après « ordonnance »)
- >> Le décret n°2016-86 du 1^{er} février 2016 (ci-après « décret »)

L'intégralité de leurs dispositions entre en vigueur au 1^{er} avril 2016 et s'applique aux contrats de concession pour lesquels une consultation est engagée ou un avis de concession est envoyé à la publication à compter de cette date.

A noter que les articles 55 et 56 – I de l'ordonnance et les articles 36 et 37 du décret relatifs à la modification du contrat sont applicables aux contrats existants et aux consultations engagées avant la date du 1^{er} avril 2016.

Si ces textes modifient le cadre juridique des contrats de concession, ils n'en impliquent pas pour autant une révolution [notamment pour ce qui relève des modalités de passation].

L'ordonnance abroge les articles 38 et suivants de la loi n°93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, dite Loi Sapin, tout en maintenant certaines spécificités relatives à la délégation de service public.

DROIT APPLICABLE AVANT LE 1 ^{ER} AVRIL 2016	DROIT APPLICABLE APRÈS LE 1 ^{ER} AVRIL 2016
<p>CONCESSION DE TRAVAUX PUBLICS</p> <p>> Ordonnance n° 2009-864 du 15 juillet 2009 relative aux contrats de concession de travaux publics</p> <hr/> <p>DÉLÉGATION DE SERVICE PUBLIC :</p> <ul style="list-style-type: none"> - Concession de service public - Affermage - Régie intéressée <p>> Loi « Sapin » du 29 janvier 1993 (art. 38 et suivants)</p> <p>> Art. L.1411-1 et suivants du CGCT</p>	<div style="text-align: center;"> <p>↗ TRAVAUX</p> <p>↘ SERVICES</p> <p>↓</p> <p>SERVICES PUBLICS</p> </div> <p>CONTRAT DE CONCESSION</p> <p>> Ordonnance n°2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession et Décret n°2016-86 du 1^{er} février 2016 relatif aux contrats de concession</p> <p>> Art. L.1411-1 et suivants du CGCT modifiés</p>

POURQUOI RECOURIR À LA CONCESSION ?

En matière de commande publique, l'autorité publique doit d'abord analyser **la nature et l'étendue de ses besoins** ainsi que sa situation financière pour choisir **le contrat le plus adapté**. Il n'y a pas de bons, ni de mauvais outils contractuels. Chaque outil répond à un type de besoins et à un projet bien défini.

Ainsi, le recours à un contrat de concession permet **d'externaliser**, auprès d'un opérateur économique, **le financement et la gestion d'un ouvrage et/ou d'un service** dont il assume notamment **les risques d'exploitation**. L'autorité concédante reste **responsable** du service public dont la gestion est déléguée et joue un rôle clé à chaque étape de la vie du contrat : c'est elle qui définit ce dont elle a besoin, qui négocie le contrat, fixe les tarifs et des objectifs sociétaux et environnementaux et qui en contrôle l'exécution.

Chaque année, les contrats concessifs génèrent un **chiffre d'affaires** estimé à plus de **130 milliards d'euros**, c'est-à-dire 6% du PIB. Les entreprises concessionnaires de services publics emploient près de **1,2 million** de personnes en France. Beaucoup d'entre elles sont devenues des leaders mondiaux. Force est de constater que la gestion déléguée est un **levier considérable pour l'investissement public**.

RAPPEL : QUELLES GRANDES DIFFÉRENCES ENTRE LES CONTRATS DE LA COMMANDE PUBLIQUE ?			
	MARCHÉS PUBLICS ¹		CONCESSIONS
	MARCHÉS PUBLICS	MARCHÉS DE PARTENARIAT	
OBJET DU CONTRAT	Acheter des fournitures ou une prestation de travaux ou de services	Confier une mission globale (conception, réalisation, financement, construction, maintenance, entretien, d'un ouvrage ou équipement...)	Confier une mission d'exécution de travaux, de gestion de service ou de service public
DURÉE	Court / moyen terme	Long terme	Moyen / long terme
FINANCEMENT	Public (par l'acheteur public)	Privé (par le titulaire du marché)	Privé (par le concessionnaire)
RÉMUNÉRATION DU COCONTRACTANT	Publique (paiement d'un prix par l'acheteur public)	Publique (versement d'un loyer par la personne publique)	Privée (perception de recettes auprès des usagers) ou publique (sans suppression du risque d'exploitation)
NIVEAU DE RISQUE SUPPORTÉ PAR LE COCONTRACTANT	Faible (risques industriels sur les coûts, risques de construction et risques sur la qualité de service)	Modéré (risque de construction, maintenance, disponibilité de l'ouvrage)	Fort (risques industriels sur les coûts, risques de construction, de maintenance, de disponibilité et sur les recettes, et risques sur la qualité de service)

Etude d'impact de la loi du 7 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques

« Les contrats de concession constituent un cadre pratique pour la réalisation de travaux ou l'exploitation de services indispensables. Ils représentent un des principaux leviers pour parvenir à une croissance intelligente, durable et inclusive, tout en garantissant une utilisation optimale des deniers publics. »

« Les contrats de concession sont des instruments majeurs du développement à long terme d'infrastructures et de services stratégiques, car ils concourent au progrès de la concurrence, permettent de tirer parti de l'expertise du secteur privé et contribuent à réaliser des progrès en matière d'efficacité et d'innovation. »

¹ Voir Livret 2

LES ÉLÉMENTS CARACTÉRISTIQUES DES CONTRATS DE CONCESSION

I. QU'EST-CE QU'UN CONTRAT DE CONCESSION² ?

« Les contrats de concessions sont les contrats conclus par écrit, par lesquels une ou plusieurs autorités concédantes confient l'exécution de travaux ou la gestion d'un service à un ou plusieurs opérateurs économiques à qui est transféré un **risque lié à l'exploitation de l'ouvrage ou du service**, en contrepartie soit du droit d'exploiter l'ouvrage ou le service qui fait l'objet du contrat, soit de ce **droit assorti d'un prix**.

La part de risque transféré au concessionnaire implique une réelle exposition aux aléas du marché, de sorte que toute perte potentielle supportée par le concessionnaire ne doit pas être purement nominale ou négligeable. Le concessionnaire assume le risque d'exploitation lorsque, dans des conditions d'exploitation normales, il n'est pas assuré d'amortir les investissements ou les coûts qu'il a supportés, liés à l'exploitation de l'ouvrage ou du service.»

> L'ordonnance procède à une **unification du régime juridique des contrats de concession** : il n'y a plus de distinction selon que leur objet porte sur des travaux ou la gestion d'un service, à ceci près que la **présence d'un service public emporte quelques spécificités**.

> La notion de « **risque lié à l'exploitation** de l'ouvrage ou du service » est expressément consacrée dans la définition d'un contrat de concession³. Ce risque doit être transféré à l'opérateur économique⁴ et marque la frontière avec les marchés publics. Si un tel risque est présent dans le montage contractuel, il s'agit d'un contrat de concession. Inversement, si un tel risque est absent, il s'agit d'un marché public.

> **Un seuil de 5 225 000€ HT** a été introduit par les textes. Ce n'est pas une condition de recours au contrat de concession. Il emporte des modalités particulières en matière de procédure de passation et de modification du contrat. C'est le calcul de la valeur totale hors taxes du contrat de concession qui indiquera si ce seuil est atteint⁵.

2 Article 5 de l'ordonnance
3 Article 5 al.1 de l'ordonnance
4 Article 5 al.2 de l'ordonnance
5 Cf. partie IV

QUELLES CONSÉQUENCES POUR LA DÉLÉGATION DE SERVICE PUBLIC ?

1. Parle-t-on toujours de délégation de service public ?	L'expression « délégation de service public » est conservée dans le CGCT ⁶ . Selon la nouvelle rédaction de la définition d'une délégation de service public, il s'agit désormais d'une sous-catégorie de contrat de concession de service ⁷ mais le mécanisme de ce contrat n'est pas fondamentalement remis en cause. Aujourd'hui, on parle donc indifféremment de « délégation de service public » et de « contrat de concession de service public ».
2. Qui peut passer un contrat de concession de service public ?	Auparavant, seules les personnes morales de droit public (collectivités locales, établissements publics...) pouvaient conclure des délégations de service public. Désormais, la notion d'« autorité concédante » ouvre cette possibilité à des personnes morales de droit privé sous certaines conditions ⁸ . Par exemple, une société publique locale chargée d'un service public pourrait passer un contrat de concession de service public.
3. A qui peut être déléguée la gestion d'un service public ?	Avant la réforme, l'expression employée désignait un « délégataire public ou privé ». Aujourd'hui, la notion de « un ou plusieurs opérateurs économiques » va dans le sens d'un élargissement : concrètement, un groupement d'entreprises peut être attributaire d'un contrat de concession de service public (ce qui était déjà pratiqué sans être consacré par les textes).
4. Comment le délégataire est-il rémunéré ?	La loi MURCEF du 11 décembre 2001 prévoyait que la rémunération du délégataire devait être substantiellement liée aux résultats d'exploitation du service public. La définition actuelle conserve cette idée de « droit d'exploiter le service » tout en rajoutant la possibilité (déjà consacrée en pratique) qu'il soit assorti d'un prix versé par l'autorité délégante. Tout l'enjeu sera de veiller à ce que ce prix ne remette pas en cause le risque d'exploitation du service afin d'éviter une requalification du contrat en marché public.

II. QUELLES SONT LES PROCÉDURES DE PASSATION D'UN CONTRAT DE CONCESSION ?

II. A. L'UNIFICATION DES PROCÉDURES DE PASSATION QUEL QUE SOIT L'OBJET DE LA CONCESSION

> En matière de procédure de passation, il n'y a plus de distinction selon l'objet de la concession. Toutes les concessions sont soumises au même régime, avec des obligations renforcées lorsque leur montant est supérieur au seuil européen (5 225 000€ HT).

CONCESSION < 5 225 000 € HT + CONCESSION DANS UN SECTEUR EXCLU ⁹ QUEL QUE SOIT LE MONTANT	CONCESSION > 5 225 000 € HT
PROCÉDURE ALLÉGÉE (modalités de publicité, notification et délai de stand still adaptées) (Annexe 1)	PROCÉDURE ORDINAIRE (Annexe 2)

6 Article L 1411 – 1 modifié CGCT

7 Article 6 – II de l'ordonnance

8 Article 9 de l'ordonnance

9 C'est-à-dire l'eau, les concessions de service public de transport de voyageurs, les services sociaux ou d'autres services spécifiques.

> En tout état de cause, elles doivent respecter les grands principes de la commande publique : **liberté d'accès à la commande publique, égalité de traitement des candidats et transparence des procédures.**

II. B. LA LIBRE NÉGOCIATION ET LES CRITÈRES DE CHOIX

> L'ordonnance conserve le **principe d'une négociation librement organisée** par les autorités concédantes auprès d'un ou plusieurs soumissionnaires. La négociation ne peut pas porter sur l'objet de la concession, les critères d'attribution ou les conditions et caractéristiques minimales indiquées dans les documents de la consultation.

> Le contrat de concession est attribué au soumissionnaire qui a **présenté la meilleure offre au regard de l'avantage économique global** pour l'autorité concédante sur la base d'une pluralité de critères objectifs, précis et liés à l'objet du contrat ou à ses conditions d'exécution : notamment des critères environnementaux, sociaux, relatifs à l'innovation, et liés à la qualité du service rendu aux usagers (pour la gestion d'un service public délégué)¹⁰.

II. C. LA CONFIDENTIALITÉ DE LA PROCÉDURE DE PASSATION

> L'ordonnance pose un **principe de confidentialité de la procédure de passation** : il est interdit à l'autorité concédante de communiquer des informations confidentielles qu'elle détient dans le cadre du contrat de concession, telles que celles dont la divulgation violerait le secret en matière industrielle et commerciale ou pourrait nuire à une concurrence loyale entre les opérateurs économiques, sauf accord du concessionnaire¹¹.

II. D. LES PRÉROGATIVES DE LA COMMISSION D'ANALYSE DES OFFRES

> Pour les collectivités territoriales, leurs groupements ou leurs établissements publics, l'ordonnance conserve l'existence de la commission d'analyse des offres qui était propre aux délégations de service public et elle élargit son champ d'intervention à l'ensemble des contrats de concession¹².

> Les missions et la composition de cette commission restent inchangées¹³.

¹⁰ Articles 46 et 47 de l'ordonnance et article 27 du décret

¹¹ Article 38 de l'ordonnance

¹² Article 58 de l'ordonnance et article L 1410-3 nouveau CGCT

¹³ Article 68 de l'ordonnance, L 1411-5 modifié du CGCT

LA COMMISSION D'ANALYSE DES OFFRES		
	POUR UNE RÉGION, LA COLLECTIVITÉ TERRITORIALE DE CORSE, UN DÉPARTEMENT, UNE COMMUNE DE PLUS DE 3 500 HABITANTS ET UN ÉTABLISSEMENT PUBLIC ¹⁴	POUR UNE COMMUNE DE MOINS DE 3 500 HABITANTS
COMPOSITION	Membres obligatoires avec voix délibérative > L'autorité habilitée à signer la convention de DSP ou son représentant, en tant que président > Cinq membres de l'assemblée délibérante élus en son sein à la représentation proportionnelle au plus	Membres obligatoires avec voix délibérative > Le maire ou son représentant en tant que président > Trois membres du conseil municipal élus par le conseil à la représentation proportionnelle au plus fort reste
	Membres sur invitation du président avec voix consultative > Le comptable de la collectivité et un représentant du ministre chargé de la concurrence	
	Membres pouvant participer sur désignation du président avec voix consultative > Des personnalités ou un ou plusieurs agents de la collectivité territoriale ou de l'établissement public désignés en raison de leurs compétence dans la matière qui fait l'objet de la délégation de service public	
FONCTIONS	> Ouvrir les plis contenant les candidatures ou les offres > Dresser la liste des candidats admis à présenter une offre après examen de leurs garanties professionnelles et financières, et quand il s'agit d'un service public, de leur respect de l'obligation d'emploi des travailleurs handicapés (prévue aux articles L. 5212-1 à L. 5212-4 du code du travail et de leur aptitude à assurer la continuité du service public et l'égalité des usagers devant le service public. > Production d'un rapport présentant la liste des entreprises admises, l'analyse des propositions, les motifs du choix de la candidate et l'économie générale du contrat	

FOCUS SUR LES CONTRATS DE CONCESSION DE SERVICE PUBLIC

L'obligation de délibération sur le principe-même d'une délégation de service public est maintenue¹⁵ alors qu'elle n'est pas prévue pour les autres contrats de concession de travaux et/ou de service.

Lors du **lancement de la procédure de passation** d'un contrat de concession, l'autorité concédante a la faculté de soumettre les candidats à des conditions de participation sous certaines modalités¹⁶. Lorsque la gestion d'un service public est déléguée, il lui est possible de prendre en considération plus particulièrement l'aptitude des candidats à assurer la **continuité du service public et l'égalité des usagers devant le service public** au titre de ces conditions¹⁷. C'est une obligation quand le concédant est une collectivité territoriale.

Lors de l'**attribution d'un contrat de concession**, l'autorité concédante doit se fonder sur une pluralité de critères non-discriminatoires¹⁸. Lorsque la gestion d'un service public est déléguée, elle est obligée de tenir compte, en plus des critères énoncés, de la **qualité du service rendu aux usagers**¹⁹.

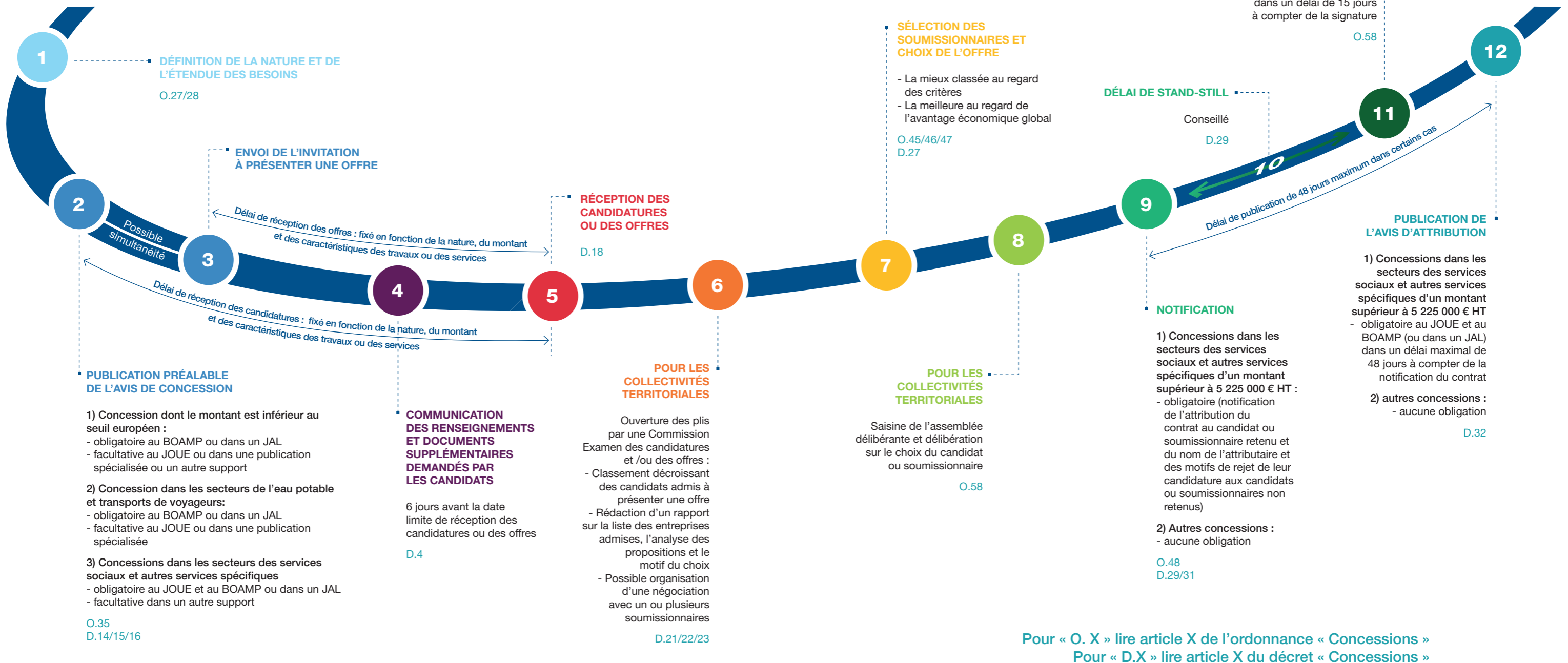
Concernant la **composition de la commission**, des personnalités ou un ou plusieurs agents de la collectivité territoriale ou de l'établissement public désignés par le président de la commission peuvent y participer, avec voix consultative, en raison de leur compétence dans la matière qui fait l'objet de la délégation de service public²⁰.

¹⁴ C'est là une nouveauté à l'article L 1411-5 modifié CGCT

II. E. LA MUTUALISATION EN MATIÈRE DE PROCÉDURES DE PASSATION

> L'ordonnance ouvre la possibilité de former un **groupement d'autorités concédantes**, auquel peuvent être associées des personnes morales de droit privé (SEM, SPL, entreprises...), afin de passer **conjointement** un ou plusieurs contrats de concessions²¹. Ce nouveau dispositif est calqué sur le groupement de commandes en matière de marchés publics.

> L'ordonnance reconnaît une définition large des opérateurs économiques en permettant l'attribution d'un contrat de concession à un « **groupement de personnes doté ou non de la personnalité morale**²² ».

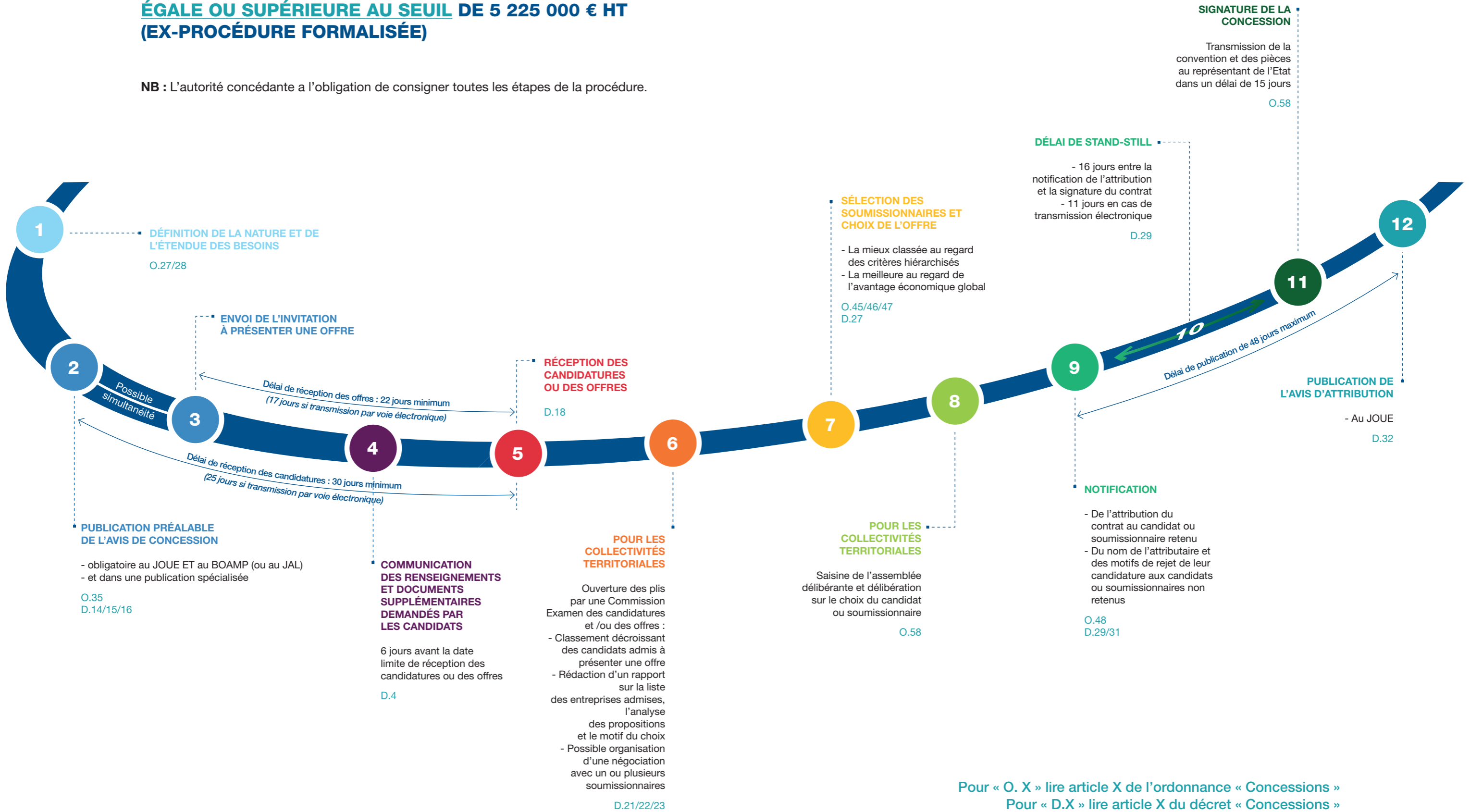


15 Article 1411 – 4 CGCT
16 Article 45 de l'ordonnance
17 Article 58 de l'ordonnance
18 Article 47 de l'ordonnance

19 Article 27 du décret
20 Article 58 de l'ordonnance et article L 1411-5 CGCT
21 Article 26 de l'ordonnance
22 Article 12 de l'ordonnance

PROCÉDURE DE PASSATION ORDINAIRE POUR LES CONTRATS DE CONCESSION DONT LA VALEUR EST ÉGALE OU SUPÉRIEURE AU SEUIL DE 5 225 000 € HT (EX-PROCÉDURE FORMALISÉE)

NB : L'autorité concédante a l'obligation de consigner toutes les étapes de la procédure.



III. QUELLES SONT LES NOUVEAUTÉS EN MATIÈRE D'EXÉCUTION D'UN CONTRAT DE CONCESSION ?

> **Exécution de la concession par des tiers** : L'autorité concédante a la faculté d'imposer au concessionnaire que celui-ci confie une part minimale de la concession à des PME. Cette part doit, dans ce cas, correspondre à **au moins 10% de la valeur globale du contrat de concession**²³. Cette disposition n'est pas applicable aux concessions de service public de transport de voyageurs relevant du règlement C.E n°1370/2007 du 23 octobre 2007 dit Obligations de Service Public (OSP).

> **Mise à disposition et réutilisation des données essentielles**²⁴ : L'autorité concédante doit rendre accessibles sur son profil acheteur, sous un format ouvert et librement utilisable, les données essentielles du contrat de concession. Une liste non-exhaustive de ces données est fournie à l'article 34 du décret. Ce dispositif doit être mis en place avant le 1^{er} octobre 2018, sous réserve du respect des dispositions relatives à la confidentialité et à l'exception des informations dont la divulgation serait contraire à l'ordre public²⁵.

> **Avenant** : L'ordonnance encadre le **recours aux avenants** lors de l'exécution d'un contrat de concession.

Ainsi, le contrat de concession peut être modifié **sans remise en concurrence** à la condition cumulative que les modifications ne changent pas la nature globale du contrat²⁶ et que l'une des hypothèses suivantes soient remplies²⁷ :

1. Lorsque la modification est prévue par une clause du contrat initial ou au travers d'une option claire, précise et sans équivoque, quel qu'en soit le montant ;
2. Lorsque la modification est inférieure à 5 225 000 € hors taxes et à 10 % du montant du contrat initial, sans qu'il soit nécessaire de vérifier que la modification soit non substantielle (cf. 5 ci-dessous)
3. Dans la limite, pour chaque modification, de 50 % du montant du contrat initial quand le concédant est un pouvoir adjudicateur :
 - a. en cas de travaux ou services supplémentaires devenus nécessaires, si le changement de concessionnaire est impossible pour des raisons économiques ou techniques, qu'il présenterait pour l'autorité concédante un inconvénient majeur ou entraînerait pour elle une augmentation substantielle des coûts ;
 - b. en cas de circonstances imprévues ;
4. En cas de changement de concessionnaire, soit en application d'une clause initialement prévue, soit en cas de cession du contrat de concession consécutive à une opération de restructuration du concessionnaire initial ;
5. Quel qu'en soit le montant pour des modifications non substantielles : qui ne modifient pas la nature globale du contrat de concession, qui n'introduisent pas des conditions qui auraient pu exercer une influence sur la procédure de mise en concurrence initiale, qui ne modifient pas l'équilibre économique du contrat en faveur du concessionnaire, en étendant considérablement le champ ou ayant pour effet de remplacer le concessionnaire initial par un nouveau concessionnaire en dehors des hypothèses susvisées ;

CLAUSE INDEMNITAIRE²⁸

Recours d'un tiers



Annulation / Résolution / Résiliation du contrat de concession par le juge



Demande d'indemnisation par le concessionnaire des dépenses engagées conformément au contrat, dès lors qu'elles ont été utiles à l'autorité concédante

(y compris les frais liés au financement mis en place, les coûts afférents aux instruments de financement et résultant de la fin anticipée du contrat)

23 Article 54 - II de l'ordonnance et article 35 du décret

24 Le projet de loi pour une République numérique, actuellement en cours d'examen au Parlement, pourrait modifier les données qui devraient être mises à disposition.

25 Article 53 de l'ordonnance

26 Article 55 de l'ordonnance

FOCUS SUR LES CONTRATS DE CONCESSION DE SERVICE PUBLIC



Lors de l'**exécution d'un contrat de concession**, deux éléments sont à relever :

> d'une part, l'opérateur économique concessionnaire est astreint à une **obligation d'information** à l'égard de l'autorité concédante qui prend la forme d'un **rapport annuel** à rendre avant le 1^{er} juin²⁹. Lorsque la gestion d'un service public est déléguée, le contenu de ce rapport est complété par quatre types de **données comptables** précises et une annexe comprenant un **compte rendu technique et financier**³⁰, ceci afin de permettre à l'autorité concédante d'apprécier les conditions d'exécution du service public³¹ (notamment les tarifs pratiqués et autres recettes d'exploitation)³².

> d'autre part, l'autorité concédante a désormais l'obligation de soumettre **tout projet d'avenant** à une convention de délégation de service public à un **vote de l'assemblée délibérante**³³. Par ailleurs, l'obligation de soumettre tout projet d'avenant entraînant une augmentation du montant global de 5% à l'avis de la commission est maintenue.

IV. COMMENT ESTIMER LA VALEUR D'UN CONTRAT DE CONCESSION ?

La valeur estimée du contrat de concession correspond au chiffre d'affaires total hors taxes du concessionnaire pendant la durée du contrat, eu égard à la nature des prestations qui font l'objet de la concession³⁴.

Elle est calculée selon une méthode objective qui doit être précisée par l'autorité concédante dans les documents de la consultation.

L'autorité concédante prend notamment en compte :

1. La valeur de toute forme d'option et les éventuelles prolongations de la durée du contrat de concession;
2. Les recettes perçues sur les usagers des ouvrages ou des services, autres que celles collectées pour le compte de l'autorité concédante ou d'autres personnes
3. Les paiements effectués par l'autorité concédante ou toute autre autorité publique ou tout avantage financier octroyé par l'une de celles-ci au concessionnaire;
4. La valeur des subventions ou de tout autre avantage financier octroyés par des tiers pour l'exploitation de la concession;
5. Les recettes tirées de toute vente d'actifs faisant partie de la concession;
6. La valeur de tous les fournitures et services mis à la disposition du concessionnaire par l'autorité concédante, à condition qu'ils soient nécessaires à l'exécution des travaux ou à la prestation des services;
7. Toutes primes ou tous paiements au profit des candidats ou des soumissionnaires.

Lorsque l'ouvrage ou le service concédé peut donner lieu à l'attribution de contrats de concession en lots séparés, il faut prendre en compte la valeur globale estimée de la totalité de ces lots.

27 Article 36 du décret

28 Article 56 de l'ordonnance

29 Article 52 de l'ordonnance et article 33 - I du décret

30 Article 33 - II du décret

31 Article 52 de l'ordonnance

32 Article 52 de l'ordonnance

33 Article 58 de l'ordonnance et L 1411-6 CGCT modifié

34 Article 7 du décret

V. COMMENT FIXER LA DURÉE D'UN CONTRAT DE CONCESSION ?

La **durée des concessions** est limitée et déterminée par l'**autorité concédante en fonction de la nature et du montant des prestations ou des investissements demandés au concessionnaire**³⁵.

Dans les domaines de l'eau (secteur exclu), de l'assainissement, des ordures ménagères et autres déchets, les contrats de concessions peuvent avoir une durée supérieure à 20 ans uniquement sur justification soumise à examen préalable de l'autorité compétente de l'Etat.

Pour **les contrats d'une durée supérieure à 5 ans**, la durée du contrat « n'excède pas le temps raisonnablement escompté par le concessionnaire pour qu'il amortisse les investissements réalisés pour l'exploitation des ouvrages ou services avec un retour sur les capitaux investis, compte-tenu des investissements nécessaires pour l'exécution du contrat. »

Les investissements qui entrent dans le mode de calcul de la durée ont **une acception large**. Ils recouvrent les investissements initiaux et ceux réalisés pendant la durée du contrat (sont notamment considérés comme tels les travaux de renouvellement, les dépenses liées aux infrastructures, aux droits d'auteur, aux brevets, aux équipements, à la logistique, à la formation et au recrutement du personnel).

Ces dispositions ne sont pas applicables aux concessions de service public de transport de voyageurs dont la détermination de la durée procède des règles fixées aux articles 4.3 et 4.4 du règlement C.E n°1370/2007 du 23 octobre 2007 dit O.S.P.

QU'EN EST-IL DE L'AFFERMAGE ?

Dans la pratique, les contrats d'affermage ont une durée moyenne d'une dizaine d'années ; ils ne prévoient pas de gros investissements (tels que la construction de l'ouvrage) mais peuvent comporter des charges parfois importantes (tels que des travaux de renouvellement, l'achat de logiciels perfectionnés, des frais de gestion de personnel...).

En imposant que les contrats d'une durée supérieure à cinq ans n'excèdent pas un délai raisonnable pour amortir les investissements, les nouveaux textes faisaient craindre la disparition du contrat d'affermage, 5 ans n'étant pas suffisant pour rentabiliser les coûts de passation et d'exécution d'un tel contrat. Ces inquiétudes, exprimées par un certain nombre d'acteurs, sont levées.

Pour calculer la durée d'une concession, la notion large des « investissements » finalement retenue inclut ceux que pourrait nécessiter un contrat d'affermage (travaux de renouvellement, les brevets, les frais de formation du personnel...). L'autorité délégante peut donc conclure de tels contrats d'une durée suffisante même si l'ordonnance et le décret n'en parlent pas en tant que tel.

VI. QUELLES OBLIGATIONS POUR LE CANDIDAT OU LE SOUMISSIONNAIRE ET POUR LE CONCESSIONNAIRE ?

VI. A. LES OBLIGATIONS EN TANT QUE CANDIDAT OU SOUMISSIONNAIRE

> **Un candidat** est un opérateur économique qui demande à participer ou est invité à participer à une procédure de passation d'un contrat de concession tandis qu'un soumissionnaire est un opérateur économique qui présente une offre³⁶.

> Certains opérateurs économiques peuvent relever d'un motif d'**exclusion de la procédure de passation**. Ces interdictions de soumissionner valent pour l'opérateur économique et résultent de condamnations pénales définitives pour des infractions commises par celui-ci.

La durée de l'exclusion varie ; elle est prévue soit par les textes (de trois à cinq ans), soit par la décision de justice définitive, soit pour une procédure de passation particulière.

Dans l'hypothèse d'un groupement d'opérateurs économiques dont l'un des membres ferait l'objet d'une exclusion, le groupement a l'obligation de procéder au remplacement de cette personne dans un délai de dix jours à compter de la réception de cette demande formulée par l'autorité concédante. A défaut, il est exclu de la procédure³⁷.

Il en existe trois types :

- **Des interdictions de soumissionner obligatoires et générales**, applicables à tous les contrats de concession³⁸.

Exemples : abus de confiance, escroquerie, blanchiment, concussion...

- **Des interdictions de soumissionner obligatoires et spécifiques aux contrats de concession de défense ou de sécurité**³⁹.

Exemples : atteintes au secret de la défense nationale, fabrication ou commerce de matériels, armes, munitions sans respecter les obligations y afférant...

À noter que dans ces deux situations, l'autorité concédante peut exceptionnellement déroger à ces interdictions de soumissionner dans des conditions strictes, tenant notamment à des raisons impérieuses d'intérêt général et à ce que l'opérateur économique en bénéficiant soit le seul à qui le contrat puisse être confié⁴⁰.

- **Des interdictions de soumissionner facultatives**, prévues au cas par cas et applicables à tous les contrats de concession⁴¹.

Exemples : à l'encontre des personnes dont la candidature crée une situation de conflit d'intérêts ou qui ont été sanctionnées pour manquement grave ou persistant à leurs obligations contractuelles lors de l'exécution d'un contrat de la commande publique antérieur...

À noter que dans ce cas, l'opérateur économique doit avoir été mis à même de prouver, dans un délai raisonnable et par tout moyen, que son professionnalisme et sa fiabilité ne peuvent pas être remis en cause et que sa participation à la procédure de passation ne porterait pas atteinte à l'égalité de traitement.

> Lors de la passation d'un contrat de concession, l'autorité concédante définit les spécifications techniques et fonctionnelles des travaux ou des services dont elle a besoin. Le candidat a l'obligation de présenter une offre conforme. Il ne peut proposer d'autres solutions à l'autorité concédante que s'il prouve, dans son offre et par tout moyen approprié, que ces solutions respectent de manière équivalente ces spécifications. Le cas échéant, l'autorité concédante ne peut alors pas rejeter l'offre au motif qu'elle n'y serait pas conforme⁴².

> Les candidats et soumissionnaires peuvent solliciter de l'autorité concédante des renseignements complémentaires relatifs aux documents de la consultation. Ils doivent formuler cette demande en temps utile car l'autorité concédante doit pouvoir y répondre au plus tard 6 jours avant la date limite fixée par la réception des candidatures et des offres⁴³.

> Le candidat a l'obligation de produire à l'appui une déclaration sur l'honneur dont le contenu est détaillé par le décret. Si le dossier de candidature ne comporte pas des pièces ou informations obligatoires, l'autorité concédante peut demander qu'il soit complété dans un délai approprié et avant qu'elle ne procède à l'examen des candidatures.

Toutes candidatures incomplètes à l'issue de cette demande ou contenant de faux renseignements entraînent une exclusion de la suite de la procédure de passation. Toutes candidatures irrecevables (c'est-à-dire en violation des interdictions de soumissionner ou des capacités et aptitudes exigées par l'ordonnance) sont également éliminées⁴⁴.

37 Article 44 de l'ordonnance

38 Article 39 de l'ordonnance

39 Article 40 de l'ordonnance

40 Article 41 de l'ordonnance

41 Article 42 de l'ordonnance

42 Article 2 du décret

43 Article 4 du décret

44 Article 19 du décret

35 Article 34 de l'ordonnance et article 6 du décret

36 Article 12 de l'ordonnance

VI. B. LES OBLIGATIONS EN TANT QUE CONCESSIONNAIRE

> Une fois le contrat de concession attribué, le concessionnaire a l'obligation d'informer l'autorité concédante des contrats d'études, de maîtrise d'oeuvre ou de travaux passés pour l'exécution de la concession, en mentionnant le nom du titulaire et le montant du contrat⁴⁵.

> Ces contrats ne sont pas soumis à des règles de passation, sauf si le concessionnaire est un pouvoir adjudicateur ou une entité adjudicatrice.

> Durant toute la durée d'exécution du contrat de concession, le concessionnaire est tenu à **une obligation d'information de l'autorité concédante** en produisant **un rapport annuel** avant le 1^{er} juin⁴⁶. Le contenu détaillé mais non exhaustif de ce rapport est fourni à l'article 33 du décret. Pour rappel, quand la gestion d'un service public est déléguée, des éléments spécifiques sont à ajouter⁴⁷. Le concessionnaire a également l'obligation de tenir les pièces justificatives des éléments du rapport à disposition de l'autorité concédante.

45 Article 51 du décret, articles R.*300-12 et 13 modifiés du Code l'urbanisme

46 Article 52 de l'ordonnance

47 Cf. chapitre III

ANNEXE 1

PROCÉDURE D'ATTRIBUTION ALLÉGÉE DES CONTRATS DE CONCESSION

Tous les contrats de concession sont passés dans le respect des grands principes de la commande publique : liberté d'accès à la commande publique, égalité de traitement des candidats et transparence des procédures.

CONTRATS DE CONCESSION SOUMIS À LA PROCÉDURE ALLÉGÉE

- > Concessions dont le montant est inférieur au seuil de 5 225 000 € HT
- > Concessions dont l'objet porte sur certains secteurs exclus quel qu'en soit le montant : eau, concessions de service public de transport de voyageurs, communication électronique, services sociaux ou autres services spécifiques

N.B. Pas d'obligation de respect de l'exigence de traçabilité de toutes les étapes liées à la passation des contrats de concession.

AVANT LE LANCEMENT DE LA CONSULTATION L'AUTORITÉ CONCÉDANTE

1

- > Détermine la nature et l'étendue des besoins à satisfaire en prenant en compte des objectifs de développement durable dans leurs dimensions économique, sociale et environnementale
- > Définit les prestations à réaliser par référence aux spécifications techniques et fonctionnelles

NB : Délibération de principe uniquement pour le lancement d'une concession de service public attribuée par la collectivité locale (pas pour les contrats de concession de travaux ou de services)

PUBLICATION PRÉALABLE DE L'AVIS DE CONCESSION

Conformément à l'arrêté du 21 mars 2016 fixant le modèle d'avis pour la passation des contrats de concession publié au JO le 24 mars 2016

2

- > **Concessions dont le montant est inférieur au seuil européen**

1. Obligation de publicité au Bulletin Officiel des Annonces des Marchés Publics ou dans un Journal d'Annonces Légales.
2. Publicité facultative au JOUE ou dans une publication spécialisée.

2

> Concessions d'eau potable et concessions de service public de transport de voyageurs

1. Obligation de publication préalable de l'avis au Bulletin officiel des annonces des marchés publics **ou** dans un Journal d'annonces légales
2. Si nécessaire au JOUE ou dans une revue spécialisée selon le montant ou la nature des services

> Concessions dans les secteurs des services sociaux ou autres services spécifiques (Avis relatif aux contrats de la commande publique ayant pour objet des services sociaux et autres services spécifiques, JO du 27 mars 2016)

1. Obligation de publication au JOUE **et** au BOAMP ou dans un journal d'annonces légales
2. Publicité complémentaire facultative dans un autre support

> Contenu de l'avis de concession ou de l'invitation à présenter une offre :

- valeur de la concession estimée au moment de l'envoi de l'avis et précision de la méthode de calcul suivie (chiffre d'affaires total hors taxes du concessionnaire pendant la durée du contrat)
- pas d'obligation de hiérarchisation des critères
- la décision de réserver des contrats de concession aux opérateurs économiques qui emploient des travailleurs handicapés ou défavorisés au titre de l'insertion par l'activité économique (sauf concessions de service public de transport de voyageurs)
- indication des pièces et informations obligatoires à produire
- conditions d'attribution et étapes de la procédure
- choix des moyens de communication au cours de la procédure
- choix du nombre de candidats admis à présenter une offre
- conditions d'exécution
- les délais de remise des candidatures
- invitation éventuelle à présenter des offres
- les conditions de ratification du service rendu à l'utilisateur
- adresse internet où les candidats peuvent prendre connaissance des documents de consultations

3

ENVOI DE L'INVITATION À PRÉSENTER UNE OFFRE

4

COMMUNICATION DES RENSEIGNEMENTS OU DES DOCUMENTS SUPPLÉMENTAIRES DEMANDÉS PAR LES CANDIDATS

L'autorité concédante communique les documents supplémentaires dans le délai de 6 jours maximum avant la date limite de réception des candidatures ou des offres.

5

RÉCEPTION DES CANDIDATURES OU DES OFFRES

Délai fixé en fonction de la nature, du montant et des caractéristiques des travaux ou services.

6

OUVERTURE DES PLIS ET EXAMEN DES CANDIDATURES ET/OU DES OFFRES (UNIQUEMENT POUR LES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES)

- > Ouverture des plis par **une commission** qui classe par ordre décroissant les candidats admis à présenter une offre (collectivités locales)
- > Rédaction d'un rapport présentant la liste des entreprises admises et l'analyse des propositions et le motif du choix
- > Lorsque l'autorité concédante a envoyé des invitations à présenter des offres, elle peut organiser une négociation avec un ou plusieurs soumissionnaires

NB : La commission a le pouvoir de décision pour sélectionner les candidats.

Les plis contenant les offres sont ouverts par une commission composée :

- a) *Lorsqu'il s'agit d'une région, de la collectivité territoriale de Corse, d'un département, d'une commune de 3 500 habitants et plus et d'un établissement public, par l'autorité habilitée à signer la convention de délégation de service public ou son représentant, président, et par cinq membres de l'assemblée délibérante élus en son sein à la représentation proportionnelle au plus fort reste ;*
- b) *Lorsqu'il s'agit d'une commune de moins de 3 500 habitants, par le maire ou son représentant, président, et par trois membres du conseil municipal élus par le conseil à la représentation proportionnelle au plus fort reste.*

Il est procédé, selon les mêmes modalités, à l'élection de suppléants en nombre égal à celui de membres titulaires. Le quorum est atteint lorsque plus de la moitié des membres ayant voix délibérative sont présents.

Si, après une première convocation, ce quorum n'est pas atteint, la commission est à nouveau convoquée. Elle se réunit alors valablement sans condition de quorum.

Le comptable de la collectivité et un représentant du ministre chargé de la concurrence siègent également à la commission avec voix consultative.

Peuvent participer à la commission, avec voix consultative, un ou plusieurs agents de la collectivité territoriale ou de l'établissement public désignés par le président de la commission, en raison de leur compétence dans la matière qui fait l'objet de la délégation de service public.

Au vu de l'avis de la commission, l'autorité habilitée à signer la convention engage librement toute discussion utile avec une ou des entreprises ayant présenté une offre. Elle saisit l'assemblée délibérante du choix de l'entreprise auquel elle a procédé. Elle lui transmet le rapport de la commission présentant notamment la liste des entreprises admises à présenter une offre et l'analyse des propositions de celles-ci, ainsi que les motifs du choix de la candidate et l'économie générale du contrat.

SÉLECTION DES SOUMISSIONNAIRES ET CHOIX DE L'OFFRE

7

Choix de l'offre la mieux classée au regard des critères et la meilleure au regard de l'avantage économique global.

SAISINE DE L'ASSEMBLÉE DÉLIBÉRANTE (UNIQUEMENT POUR LES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES)

8

L'autorité concédante saisit l'assemblée délibérante du choix du candidat ou du soumissionnaire retenu et lui remet le rapport produit par la commission.

9

NOTIFICATION

> **Pour les concessions dans les secteurs des services sociaux ou autres services spécifiques dont la valeur est égale ou supérieure à 5 225 000 € HT**

- Obligation de notification aux candidats non retenus des motifs de rejet de leur candidature,
- Obligation de notification aux soumissionnaires non retenus des motifs de rejet de leur offre, du ou des attributaire(s) retenus et du motif de ce choix

Pas d'obligation de notification pour les autres concessions relevant de la procédure simplifiée.

10

DÉLAI DE STANDSTILL

Pas d'obligation de respect du délai de standstill de 16 jours minimum entre la notification de l'attribution et la signature du contrat, mais cela est conseillé.

11

SIGNATURE DU CONTRAT DE CONCESSION

Concessions de service public conclues par des communes et des établissements publics communaux ou intercommunaux.

L'autorité territoriale transmet la convention et l'ensemble des pièces dont la liste est fixée par décret en Conseil d'État au représentant de l'État dans le département ou à son délégué dans l'arrondissement, dans un délai de **15 jours à compter de leur signature**.

12

PUBLICATION D'UN AVIS D'ATTRIBUTION

> **Pour les concessions dans les secteurs des services sociaux ou autres services spécifiques (liste à paraître au JO) dont la valeur est supérieure ou égale à 5 225 000 € HT**

- Obligation de publication au JOUE et au BOAMP ou dans un journal d'annonces légales + Publicité complémentaire facultative dans un autre support
- Publication de l'avis dans un délai maximal de 48 jours à compter de la notification du contrat de concession ou publication d'un avis global chaque trimestre, 48 jours après la fin de chaque trimestre au plus tard.

Pas d'obligation de publication pour les autres concessions relevant de la procédure allégée.

ANNEXE 2

PROCÉDURE ORDINAIRE D'ATTRIBUTION DES CONTRATS DE CONCESSION DONT LA VALEUR EST ÉGALE OU SUPÉRIEURE AU SEUIL DE 5 225 000 € HT

Tous les contrats de concession sont passés dans le respect des grands principes de la commande publique : liberté d'accès à la commande publique, égalité de traitement des candidats et transparence des procédures.

CONTRATS DE CONCESSION SOUMIS À LA PROCÉDURE ORDINAIRE

Concessions dont le montant est supérieur au seuil de 5 225 000 € HT et hors secteurs exclus (eau, transport de voyageurs, communications électroniques, services sociaux ou autres services spécifiques).

L'autorité concédante a l'obligation de conserver une traçabilité de l'ensemble des étapes de la procédure de passation du contrat.

AVANT LE LANCEMENT DE LA CONSULTATION L'AUTORITÉ CONCÉDANTE

1

> Détermine la nature et l'étendue des besoins à satisfaire en prenant en compte des objectifs de développement durable dans leurs dimensions économique, sociale et environnementale.

> Définit les prestations à réaliser par référence aux spécifications techniques et fonctionnelles.

NB : Délibération de principe uniquement pour le lancement d'une concession de service public attribuée par la collectivité locale (pas pour les contrats de concession de travaux ou de services).

PUBLICATION PRÉALABLE DE L'AVIS DE CONCESSION

2

> Obligation de publication au JOUE et au BOAMP **ou** dans un journal d'annonces légales **ainsi que** dans une publication spécialisée correspondant au secteur économique concerné.

2

> Contenu de l'avis de concession ou de l'invitation à présenter une offre :

- valeur de la concession estimée au moment de l'envoi de l'avis et précision de la méthode de calcul suivie (chiffre d'affaires total hors taxes du concessionnaire pendant la durée du contrat)
- hiérarchisation des critères d'attribution par ordre décroissant d'importance (pluralité de critères non discriminatoires d'ordre environnemental, social et d'innovation)
- réservation éventuelle de contrats de concession aux opérateurs économiques qui emploient des travailleurs handicapés ou défavorisés
- indication des pièces et informations obligatoires à produire
- conditions d'attribution et étapes de la procédure
- choix des moyens de communication au cours de la procédure
- choix du nombre de candidats admis à présenter une offre
- conditions d'exécution
- les délais de remise des candidatures
- invitation éventuelle à présenter des offres
- les conditions de ratification du service rendu à l'utilisateur
- adresse internet où les candidats peuvent prendre connaissance des documents de consultations

3

ENVOI DE L'INVITATION À PRÉSENTER UNE OFFRE

4

COMMUNICATION DES RENSEIGNEMENTS OU DES DOCUMENTS SUPPLÉMENTAIRES DEMANDÉS PAR LES CANDIDATS

L'autorité concédante communique les documents supplémentaires dans le délai de 6 jours maximum avant la date limite de réception des candidatures ou des offres.

5

RÉCEPTION DES CANDIDATURES OU DES OFFRES

- > **30 jours minimum** à compter de la date de publication de l'avis / - 5 jours en cas d'envoi par voie électronique
- > **22 jours minimum** pour la réception des offres à compter de l'envoi de l'invitation à présenter une offre / - 5 jours en cas d'envoi par voie électronique

OUVERTURE DES PLIS ET EXAMEN DES CANDIDATURES ET/OU DES OFFRES (UNIQUEMENT POUR LES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES)

6

> Une commission classe par ordre décroissant les candidats admis à présenter une offre (collectivités locales)

- Rédaction d'un rapport présentant la liste des entreprises admises et l'analyse des propositions et le motif du choix
- Lorsque l'autorité concédante a envoyé des invitations à présenter des offres, elle peut organiser une négociation avec un ou plusieurs soumissionnaires

NB : La commission a le pouvoir de décision pour sélectionner les candidats.

Les plis contenant les offres sont ouverts par une commission composée :

- a) *Lorsqu'il s'agit d'une région, de la collectivité territoriale de Corse, d'un département, d'une commune de 3 500 habitants et plus et d'un établissement public, par l'autorité habilitée à signer la convention de délégation de service public ou son représentant, président, et par cinq membres de l'assemblée délibérante élus en son sein à la représentation proportionnelle au plus fort reste ;*
- b) *Lorsqu'il s'agit d'une commune de moins de 3 500 habitants, par le maire ou son représentant, président, et par trois membres du conseil municipal élus par le conseil à la représentation proportionnelle au plus fort reste.*

Il est procédé, selon les mêmes modalités, à l'élection de suppléants en nombre égal à celui de membres titulaires.

Le quorum est atteint lorsque plus de la moitié des membres ayant voix délibérative sont présents.

Si, après une première convocation, ce quorum n'est pas atteint, la commission est à nouveau convoquée. Elle se réunit alors valablement sans condition de quorum.

Le comptable de la collectivité et un représentant du ministre chargé de la concurrence siègent également à la commission avec voix consultative.

Peuvent participer à la commission, avec voix consultative, un ou plusieurs agents de la collectivité territoriale ou de l'établissement public désignés par le président de la commission, en raison de leur compétence dans la matière qui fait l'objet de la délégation de service public.

Au vu de l'avis de la commission, l'autorité habilitée à signer la convention engage librement toute discussion utile avec une ou des entreprises ayant présenté une offre. Elle saisit l'assemblée délibérante du choix de l'entreprise auquel elle a procédé. Elle lui transmet le rapport de la commission présentant notamment la liste des entreprises admises à présenter une offre et l'analyse des propositions de celles-ci, ainsi que les motifs du choix de la candidate et l'économie générale du contrat.

SÉLECTION DES SOUMISSIONNAIRES ET CHOIX DE L'OFFRE

7

Choix de l'offre la mieux classée au regard des critères et la meilleure au regard de l'avantage économique global.

SAISINE DE L'ASSEMBLÉE DÉLIBÉRANTE (UNIQUEMENT POUR LES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES)

8

L'autorité concédante saisit l'assemblée délibérante du choix du candidat ou du soumissionnaire retenu et lui remet le rapport produit par la commission.

9

NOTIFICATION

- > Notification de l'attribution du contrat aux candidats ou soumissionnaires retenus
- > Notification aux candidats non retenus des motifs de rejet de leur candidature
- > Notification aux soumissionnaires non retenus des motifs de rejet de leur offre, du ou des attributaire(s) retenus et du motif de ce choix

10

DÉLAI DE STANDSTILL

Délai de standstill de **16 jours minimum** entre la notification de l'attribution et la signature du contrat.

Ce délai est réduit à 11 jours en cas de transmission par voie électronique.

11

SIGNATURE DU CONTRAT DE CONCESSION

Concessions de service public conclues par des communes et des établissements publics communaux ou intercommunaux.

L'autorité territoriale transmet la convention et l'ensemble des pièces dont la liste est fixée par décret en Conseil d'État au représentant de l'État dans le département ou à son délégué dans l'arrondissement, dans un délai de **15 jours à compter de leur signature**.

12

PUBLICATION D'UN AVIS D'ATTRIBUTION

- > Au JOUE
- > Dans les autres supports de publication utilisés lors du lancement de la procédure

Dans un délai maximal de 48 jours à compter de la notification du contrat de concession.