

MODALITES DE MISE EN CONCURRENCE DES CONTRATS DE CONCESSION

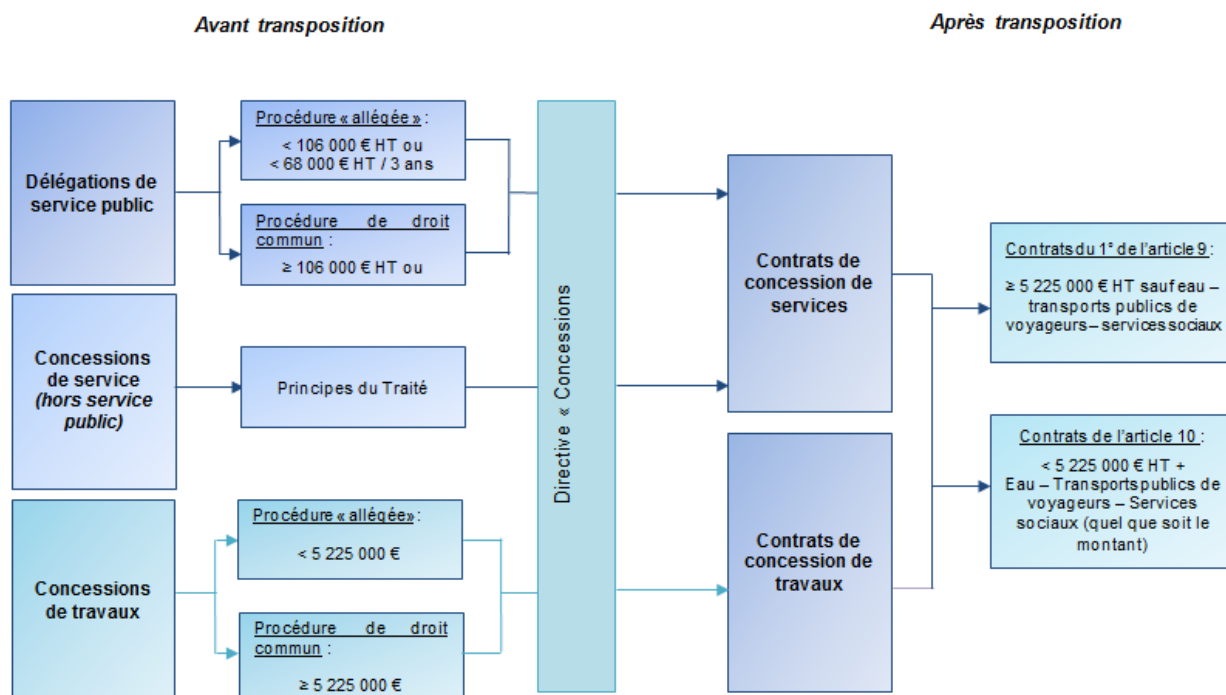
L'ordonnance n°2016-65 du 29 janvier 2016 et son décret d'application n°2016-85 du 1^{er} février 2016 transposent, en droit interne, la directive 2014/23/UE du 26 février 2014 sur l'attribution des contrats de concession.

L'ordonnance simplifie et rationalise l'architecture du droit interne des contrats de concession. Elle rassemble, au sein d'un corpus juridique unique, les règles procédurales régissant tous les contrats constituant des concessions¹ au sens du droit de l'Union européenne.

Il est mis fin, en particulier, à la dualité désormais obsolète des régimes procéduraux internes relatifs aux délégations de service public et aux concessions de travaux, qui étaient jusqu'alors respectivement, soumis à la loi n°93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique des procédures publiques, dite « Loi Sapin » et à l'ordonnance n°2009-864 du 15 juillet 2009 relative aux contrats de concession de travaux publics.

Le regroupement des règles applicables aux contrats de concession dans un même corpus juridique ne signifie pas, pour autant, leur uniformité. En sus d'un socle de règles communes à tout contrat de concession, des règles de passation spécifiques s'appliquent en fonction de l'objet ou du montant du contrat.

La simplification des contrats de concession : l'adoption d'un dispositif procédural binaire



Attention ! A côté des contrats de concession « classiques », existent des contrats de concession « sectoriels » qui, à raison de leur particularité, sont régis par des règles spécifiques, complémentaires aux règles de l'ordonnance du 29 janvier 2016 et son décret d'application.

¹ Voir en ce sens le point 2.1 de la fiche technique relative aux contrats de la commande publique et autres contrats.
Mise à jour le 19/07/2016

Ex: concessions autoroutières (code de la voirie routière), concessions de remontées mécaniques (code du tourisme), concessions hydroélectriques (code de l'énergie), ...

1. Des modalités de mise en concurrence adaptées à la spécificité des contrats de concession.

1.1. La définition d'un socle procédural commun aux contrats de concession.

L'autorité concédante dispose d'une liberté de principe dans le choix et l'organisation de la procédure de passation². Seules certaines dispositions viennent encadrer cette liberté en fixant des exigences procédurales minimales, issues de la directive, et étendues, compte tenu de l'importance de ces articles, à l'ensemble des contrats de type concessif. Au demeurant, le respect de ces étapes s'appliquait déjà, sous l'empire de la législation antérieure, aux conventions de délégation de service public et aux concessions de travaux publics.

Ces dispositions constituent un socle commun de règles inhérentes à la passation de tout contrat de concession³. Il s'agit de garanties procédurales dont l'autorité concédante ne peut se départir et qui jalonnent chaque étape de la procédure de passation du contrat de concession.

Garanties procédurales minimales

	Ordonnance du 29 janvier 2016	Décret du 1^{er} février 2016
Publicité et mise en concurrence	Publicité préalable <i>Article 35</i>	Publication d'un avis de concession <i>Article 14</i>
	Mise en concurrence <i>Article 36</i>	Détermination des règles de procédure <i>1^{er} alinéa de l'article 9</i>
Examen des candidatures	Interdictions de soumissionner <i>Articles 38 à 44</i>	-
	Sélection des candidats <i>Article 45</i>	Examen des candidats <i>Articles 19 à 23</i>
Choix de l'offre	Faculté de négocier <i>Article 46</i>	Faculté de négocier <i>Article 26</i>
	Sélection des offres <i>Article 47</i>	Examen des offres <i>Articles 25, 27-I et 28</i>
Achèvement de la procédure	Information à la demande des candidats et soumissionnaires évincés <i>Alinéa 1 de l'article 48</i>	Information à la demande des candidats et soumissionnaires évincés <i>Article 31</i>
	-	Abandon de la procédure <i>Article 30</i>

² 1^{er} alinéa de l'article 36 de l'ordonnance n°[2016-65](#) du 29 janvier 2016 : « (...) l'autorité concédante organise librement la procédure qui conduit au choix du concessionnaire, dans le respect des principes énoncés à l'article 1^{er} de la présente ordonnance, des dispositions du présent chapitre et des règles de procédure fixées par voie réglementaire ».

³ 1^{er} alinéa de l'article 9 du décret n°[2016-86](#) du 1^{er} février 2016 : « Les contrats de concession sont passés dans le respect des règles procédurales communes prévus par le présent chapitre ».

Mise à jour le 19/07/2016

1.2. Des règles procédurales variables selon l'objet ou le montant du contrat de concession.

Outre le respect de garanties procédurales communes à tous les contrats de type concessif, des règles de passation particulières s'appliquent en fonction de l'objet ou du montant du contrat.

Le 2nd alinéa de l'article 9 du décret du 1^{er} février 2016 détermine ainsi une clé de répartition entre :

- Les contrats de concession du 1^o de l'article 9 : il s'agit des contrats dont la valeur estimée est égale ou supérieure au seuil européen. Ces contrats relèvent du champ d'application de la directive⁴ et leurs règles de passation constituent la reprise stricte et fidèle des exigences procédurales fixées par la directive.
- Les contrats de concession de l'article 10 : il s'agit des contrats de concession dont la valeur estimée est inférieure au seuil européen et des contrats conclus, quelle que soit leur valeur estimée, dans le secteur de l'eau⁵, du transport public de voyageurs ou ayant pour objet un des services sociaux ou autres services spécifiques dont la liste est publiée au *Journal Officiel* de la République française⁶.

A l'exception de certains services sociaux et autres services spécifiques, les contrats relevant de l'article 10 sont exclus du champ d'application de la directive⁷. Avant l'adoption de la directive, ces contrats relevaient, toutefois, d'un régime procédural bien identifié en droit interne. En effet, les contrats de concession relatifs à l'exploitation de service de transport de voyageurs étaient régis par les dispositions de la loi Sapin⁸ et du règlement (CE) n°1370/2007 du 23 octobre 2007⁹. Les autres contrats de l'article 10 relevaient soit de la loi Sapin, soit de l'ordonnance du 15 juillet 2009, selon qu'ils s'analysaient, compte tenu de leur objet principal, comme une concession de travaux ou de service.

Sans être soumis au régime de passation prévu par la directive, ces secteurs continuent, dans un souci de cohérence, à bénéficier d'un régime juridique stable et déjà maîtrisé par l'ensemble des parties prenantes. C'est pourquoi les contrats de l'article 10 bénéficient de règles de passation allégées. Ces règles, plus souples, permettent aux autorités concédantes d'adapter la procédure de passation du contrat à l'objet, à la nature et aux caractéristiques des prestations demandées aux concessionnaires.

Attention ! L'article 19 de la directive se limite à imposer, pour les contrats de concession relatifs aux services sociaux et autres services spécifiques, trois exigences procédurales : la publication d'un avis de pré-information au JOUE¹⁰, la publication d'un avis d'attribution¹¹ et l'information immédiate des candidats évincés¹². Le décret du 1^{er} février 2016 transpose les exigences de la directive. Néanmoins, dans une logique de simplification, l'avis de pré-information a été remplacé par un avis de concession, commun à l'ensemble des contrats de type concessif. Ces trois obligations ne s'appliquent toutefois qu'aux contrats de services sociaux et autres services spécifiques dont la valeur estimée est égale ou supérieure au seuil européen. En dehors de ces obligations, ces contrats demeurent soumis, quel que soit leur montant, au régime de passation des contrats relevant de l'article 10.

⁴ Article 8 de la directive [2014/23/UE](#) sur l'attribution des contrats de concession : « 1. La présente directive s'applique aux concessions dont la valeur est égale ou supérieure à 5 186 000 € ». Ce seuil européen a été modifié depuis le 1^{er} janvier 2016 et s'élève désormais à 5 225 000 € HT - [Avis relatif aux seuils de procédure et à la liste des autorités publiques centrales en droit de la commande publique](#) (II de l'avis).

⁵ Activités relevant du 3^o du I de l'article 11 de l'ordonnance n°[2016-65](#) du 29 janvier 2016.

⁶ [Avis relatif aux contrats de la commande publique ayant pour objet des services sociaux et autres services spécifiques](#)

⁷ Articles 10.3 et 12 de la directive [2014/23/UE](#) du 26 février 2014 sur l'attribution des contrats de concession.

⁸ CE, 1^{er} avril 2009, *Communauté urbaine de Bordeaux et Sté Kéolis*, n°[323585](#) : application, par le juge administratif, des dispositions de la loi Sapin, codifiées, pour partie, dans le code général des collectivités territoriales.

⁹ [Règlement \(CE\) n°1370/2007 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2007 relatif aux services publics de transport de voyageurs par chemin de fer et par route](#), abrogeant les règlements (CEE) n°1191/69 et (CEE) n°1107/70 du Conseil.

¹⁰ Article 31.3 de la directive [2014/23/UE](#) du 26 février 2014 sur l'attribution des contrats de concession.

¹¹ Article 32.1 de la directive [2014/23/UE](#) du 26 février 2014 sur l'attribution des contrats de concession.

¹² Articles 46 et 47 de la directive [2014/23/UE](#) du 26 février 2014 sur l'attribution des contrats de concession.

Garanties procédurales spécifiques applicables aux contrats de concession

	Contrats de concession relevant du 1° de l'article 9 (≥ 5 225 000 € HT)	Contrats de concession relevant de l'article 10 (< 5 225 000 € HT, eau, transport public, services sociaux et autres services spécifiques)
Traçabilité	Une obligation pour l'autorité concédante <i>Article 13 du décret</i>	Une faculté pour l'autorité concédante
Modalités de publicité ¹³	Avis de concession : Formulaire européen <i>Article 14 du décret</i>	Avis de concession : Formulaire simplifié, sauf pour les contrats de concession portant sur des services sociaux et autres services spécifiques dont la valeur estimée est égale ou supérieure au seuil européen <i>Article 14 du décret - Arrêté</i> ¹⁴
	3 supports de publicité imposés <i>Article 15-I du décret</i>	Un seul support imposé, à l'exception des services sociaux et autres services spécifiques dont la valeur estimée est égale ou supérieure au seuil européen <i>Article 15-II</i>
Délai de réception des candidatures et des offres	Des délais de réception des candidatures et des offres minimums et encadrés <i>Article 18-I, 2^{ème} alinéa du décret</i>	Des délais de réception des candidatures et des offres adaptés aux caractéristiques de la concession <i>Article 18-I, 1^{er} alinéa du décret</i>
Critères d'attribution	Une obligation de publier et de hiérarchiser les critères d'attribution <i>Article 27-II du décret</i>	La simple publication des critères de sélection des offres est suffisante <i>Article 27-I du décret</i>
Information préalable des candidats et soumissionnaires évincés (délai de stand-still)	Une obligation pour l'autorité concédante qui doit informer spontanément les candidats et soumissionnaires évincés <i>Article 29-I du décret</i>	Une faculté pour l'autorité concédante, sauf pour les contrats portant sur des services sociaux et autres services spécifiques dont la valeur estimée est égale ou supérieure au seuil européen
Avis d'attribution ¹⁵	Une obligation pour l'autorité concédante <i>Article 32 du décret</i>	Une faculté pour l'autorité concédante, sauf pour les contrats portant sur des services sociaux et autres services spécifiques dont la valeur estimée est égale ou supérieure au seuil européen <i>Article 32 du décret</i>

¹³ Voir en ce sens le point 1 de la fiche technique relative aux modalités de publicité applicables aux contrats de concession.

¹⁴ [Arrêté du 21 mars 2016 fixant le modèle d'avis pour la passation des contrats de concession](#)

¹⁵ Voir en ce sens le point 2 de la fiche technique relative aux modalités de publicité applicables aux contrats de concession.

2. La négociation, une liberté procédurale mieux encadrée.

2.1. La reconnaissance de la faculté de négocier.

L'article 36 de l'ordonnance du 29 janvier 2016 consacre la liberté laissée aux autorités concédantes de procéder à une négociation¹⁶. L'article 46 de la même ordonnance prévoit qu'elles sont libres d'organiser les modalités de cette négociation au mieux de leurs intérêts.

Le recours à la négociation peut favoriser la concurrence : il permet de retenir l'offre la plus compétitive et la mieux adaptée aux besoins de l'autorité concédante tout en garantissant une bonne utilisation des deniers publics.

Dès lors, cette liberté confère aux autorités concédantes une grande souplesse et permet de prendre en considération la diversité des contrats de type concessif. A cet égard, la jurisprudence applicable aux marchés publics passés selon une procédure adaptée pourrait être transposée aux contrats de concession¹⁷. Il est donc recommandé que le recours à la négociation soit annoncé dès le lancement de la procédure, dans les documents de la consultation, notamment dans l'avis de concession ou dans l'invitation à présenter une offre. Si l'autorité concédante indique, sans ambiguïté, son choix de négociateur ou, au contraire, son choix de renoncer à cette faculté, elle devra respecter son choix. Si celle-ci indique, en revanche, se réserver le choix de négociateur ou de ne pas négocier, elle sera libre de recourir ou non à une négociation, au vu notamment de la teneur des offres.

L'autorité concédante peut négocier avec un ou plusieurs soumissionnaires, conformément à l'article 26 du décret du 1^{er} février 2016. Cette faculté caractérise la souplesse donnée à la procédure concessive et offre la possibilité de négocier, lorsque les soumissionnaires s'avèrent trop nombreux, uniquement avec ceux présentant les offres initiales les plus adaptées aux besoins de l'autorité. Dans une telle hypothèse, l'autorité concédante doit sélectionner les soumissionnaires admis à participer ou poursuivre la phase de négociation à partir de leurs offres initiales, sur la base d'une pluralité de critères de sélection des offres¹⁸.

La négociation devra, en tout état de cause, être menée méthodiquement afin de garantir l'égalité de traitement et assurer la transparence de la procédure.

2.2. L'encadrement du champ matériel de la négociation.

L'article 46 de l'ordonnance reprend expressément les limitations, apportées par la directive, à la négociation et prohibe toute négociation portant sur :

- L'objet du contrat ;
- Les conditions et caractéristiques minimales indiquées dans les documents de la consultation ;
- Les critères d'attribution du contrat.

Une négociation sur l'un de ces éléments aurait pour effet de porter atteinte, de manière excessive, à l'économie générale du contrat et/ou remettrait en cause les conditions initiales de la mise en concurrence. Une modification de l'un de ces éléments implique donc la mise en œuvre d'une nouvelle procédure de passation.

Si la négociation ne permet pas de modifier les caractéristiques principales du contrat, elle laisse toutefois à l'autorité concédante la possibilité de négocier librement sur les autres éléments comme, par exemple, les délais de livraison, le niveau de qualité ou encore sur l'adaptation de la tarification perçue sur les usagers.

¹⁶ Article 37.6 de la directive [2014/23/UE](#) du 26 février 2014 sur l'attribution des contrats de concession : « *Le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice est libre d'organiser une négociation avec les candidats et les soumissionnaires. L'objet de la concession, les critères d'attribution et les exigences minimales ne sont pas modifiés au cours des négociations* ».

¹⁷ CE, 18 septembre 2015, *Société Axxcess*, [n°380821](#).

¹⁸ Article 27 du décret n°[2016-86](#) du 1^{er} février 2016.

Modifications admises dans le cadre de la négociation¹⁹

La prise en charge de travaux supplémentaires de faible montant (3%) et l'augmentation de la durée initiale du contrat de 6 mois supplémentaires, nouveaux éléments introduits au cours de la phase de négociation, ont été admis par le juge administratif (CE, 21 juin 2010, *Syndicat intercommunal de la côte d'amour et de la presqu'île guérandaise*, [n°209319](#)).

Modifications prohibées dans le cadre de la négociation

L'ajout, à l'issue de la négociation, d'une clause ayant pour effet, en cas de recours administratif ou contentieux, non purgé dans un délai de 4 ans, de permettre au délégataire de réduire de 25 à 4 ans la durée de son engagement ainsi que le périmètre des investissements à réaliser sur cette durée présente une atteinte excessive à l'économie générale du contrat et constitue un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence (CE, 21 février 2014, *Sté Dalkia France*, [n°373159](#)).

¹⁹ Ces jurisprudences rendues avant l'adoption de la directive [2014/23/UE](#) demeurent valables sous l'empire de la nouvelle législation.
Mise à jour le 19/07/2016