

## Les contrats de concessions / Focus sur les délégations de services publics

La directive 2014/23/UE consacre et encadre les **contrats de concession par l'adoption de règles communes**. Cette directive est transposée en droit interne et toutes les règles relatives à ces contrats figurent dans la troisième partie du code de la commande publique. (Références : article L.1121-1 et suivants du code de la commande publique, article L.1411-1 et suivants du code général des collectivités territoriales).

Les contrats de concession sont regroupés dans un régime commun :

- les contrats de concession de travaux ;
- les contrats de concession de services ;
- les contrats de concession de défense ou de sécurité.

Les contrats de concession de services se divisent en contrats de concession de service public ou délégation de service public pour les collectivités territoriales.

En pratique, il apparaît que les communes ont parfois recours à des contrats de concessions pour créer et gérer des maisons de retraite, des crèches, des cantines, des fourrières, les transports...

### 1. Principes des contrats de concession

Il s'agit de contrats conclus par écrit et à titre onéreux par lesquels un pouvoir adjudicateur «autorités concédantes» confie l'exploitation de travaux (concession de travaux) ou la prestation et la gestion de services (concession de services), à un ou plusieurs opérateurs économiques «concessionnaires» à qui est transféré le risque d'exploitation de l'ouvrage ou du service et dont la contrepartie consiste soit uniquement dans le droit d'exploiter les ouvrages ou services, soit dans ce droit accompagné d'un prix.

Le contrat de concession est donc une convention conclue entre un pouvoir adjudicateur ou une entité adjudicatrice et un opérateur économique.

**Deux éléments cumulatifs** permettent d'identifier une concession :

1. **son objet** : l'exécution, la conception et l'exécution de travaux, ou encore la réalisation ou la conception et la réalisation, par quelque moyen que ce soit, d'un ouvrage répondant aux exigences fixées par l'autorité concédante ou bien la gestion d'un service
2. **existence d'un transfert de risque** : c'est le critère de distinction entre un marché public et un contrat de concession. Dans le cadre d'un contrat de concession, la rémunération du concessionnaire est liée aux résultats de l'exploitation de l'ouvrage ou du service. Le critère du risque est un élément intrinsèque du critère financier. Conformément au dernier alinéa de l'article L.1211-1 du code, cette part de risque transférée au concessionnaire implique une réelle exposition aux aléas du marché, une perte potentielle supportée par le concessionnaire ne doit pas être purement nominale ou négligeable

L'entreprise supporte une part du risque d'exploitation de l'ouvrage ou du service concédé.

Contrepartie : droit d'exploiter l'ouvrage construit (ex : une piscine) ou le service concédé (ex : le service de l'eau)

Rémunération de l'entreprise = recettes d'exploitation du service (+peut être assorti d'un prix versé par la collectivité, mais qui ne couvre pas l'ensemble des coûts et investissements de l'entreprise).

**Pour le contrat de concession soit exécutoire, vous devez transmettre au contrôle de légalité :**

→ la délibération autorisant la signature du contrat avant la signature de celui-ci,

→ le contrat signé et l'ensemble des pièces de la procédure, au plus tard quinze jours suivant sa signature.

Aussi, vous devez informer le contrôle de légalité, dans les quinze jours, de la date de notification d'attribution du contrat à l'entreprise choisie.

Les contrats de concession ne sont pas soumis à l'obligation d'allotissement. Cependant, ils sont soumis, au même titre que les marchés publics, aux principes fondamentaux de la commande publique.

## **Il existe différentes catégories de contrats de concessions :**

• **les contrats de concession de travaux :** La notion d'ouvrage désigne «le résultat d'un ensemble de travaux de bâtiment ou de génie civil destiné à remplir par lui-même une fonction économique ou technique». Ainsi, l'ouvrage est le résultat obtenu à l'achèvement des travaux de construction, de restructuration ou de réhabilitation d'un immeuble ou encore de travaux de génie civil.

Pour la CJUE, les travaux doivent obligatoirement porter sur un ouvrage, puisque le concessionnaire devra ensuite pouvoir exploiter celui-ci pour en tirer tout ou partie de sa rémunération.

Enfin, le caractère non-rentable d'un ouvrage ne fait pas obstacle à la qualification de contrat de concession : il suffit que le résultat des travaux remplisse une des deux fonctions (économique ou technique) pour constituer un ouvrage qui puisse faire l'objet d'un contrat de concession

• **les contrats de concession de services :** le contrat de concession de services est «un contrat conclu par écrit et à titre onéreux par lequel un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices confient la prestation et la gestion de services autres que l'exécution de travaux [...] à un ou plusieurs opérateurs économiques [...]». (article 5 de la directive sur l'attribution de contrats de concessions)

L'article L.1121-3 du code de la commande publique dispose qu'«un contrat de concession de services a pour objet la gestion d'un service» et précise qu'il peut consister à déléguer la gestion d'un service public.

Les autorités concédantes sont libres de définir et de préciser les caractéristiques des services à fournir, et notamment les conditions relatives à leur qualité ou à leur prix.

• **les contrats de concession de défense ou de sécurité :**

## **Il existe différents modes de concession :**

- l'affermage ;
- la régie intéressée ;
- la gérance ;
- la délégation de service public.

## 2. Focus sur la délégation de service public

### a. Définition

Une délégation de service public est un contrat de concession de service par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé et dont la rémunération est liée au résultat de l'exploitation du service. Le délégataire peut être chargé de construire des ouvrages ou d'acquérir des biens nécessaires au service.

### b. Préalables au lancement d'une procédure de délégation de service public

Il y a des préalables à respecter avant le lancement d'une procédure de délégation de service public :

- Estimation de la valeur de la concession
- Rédaction du document contenant les caractéristiques des prestations
- Rédaction d'un rapport présentant le document
- Création et consultation de la commission consultative des services publics locaux
- Prononciation du Conseil municipal sur le principe de la DSP
- Constitution des documents de la consultation

### c. Les différentes phases de procédure de la DSP (avec un montant inférieur au seuil de procédure formalisé)

<b>Procédure de publicité</b>	Obligatoire dès le 1 <sup>er</sup> € - l'avis de concession doit être publié au BOAMP ou dans un JAL
<b>Analyse des candidatures par la Commission de délégation de service public (CDSP)</b>	<ul style="list-style-type: none"><li>• Sur la base des documents de consultation</li><li>• Élimination des candidatures incomplètes ou irrecevables</li><li>• Établissement de la liste des candidats admis à concourir</li></ul>
<b>Vous fixez le délai de remise des offres</b>	
<b>Ouverture des plis par la CDSP</b>	<ul style="list-style-type: none"><li>• 1<sup>ère</sup> analyse pour écarter les offres irrégulières ou inappropriées</li><li>• Avis de la CDSP sur les offres</li><li>• Rapport de la CDSP</li></ul>

<b>Négociation possible avec les candidats, mais non obligatoire</b>	
<b>Analyse et classement des offres</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Après négociation (s'il y en a eu une), nouvelle analyse puis classement des offres</li> <li>• Choix de l'offre la mieux classée selon les critères définis</li> </ul>
<b>Saisine du conseil municipal avec transmission du rapport d'analyse des offres au moins 15 jours avant la réunion du conseil</b>	
<b>Délibération du conseil municipal pour entériner le choix du concessionnaire</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Au moins 2 mois après la date de limite de remise des offres</li> <li>• Autorise le maire à signer le contrat</li> </ul>

### **3. La durée du contrat de concession**

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

En effet, l'article L. 3114-7 du code pose le principe d'une durée limitée, calculée en fonction de la nature et du montant des prestations ou des investissements demandés au concessionnaire.

La notion d'investissement est définie par l'article R. 3114-1 du code de manière très large et englobe ainsi « les investissements initiaux ainsi que ceux devant être réalisés pendant la durée du contrat de concession, lorsqu'ils sont nécessaires à l'exploitation des travaux ou des services concédés ». A titre illustratif, sont notamment considérés comme des investissements «les travaux de renouvellement, les dépenses liées aux infrastructures, aux droits d'auteur, aux brevets, aux équipements, à la logistique, au recrutement et à la formation du personnel ».

Les textes posent en outre deux règles spécifiques. D'une part, pour les contrats de concession d'une durée supérieure à cinq ans, l'article R. 3114-2 du code précise que la durée du contrat ne doit pas excéder 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 à l'exécution du contrat.

D'autre part, comme c'était déjà le cas, l'article L. 3114-8 du code reprend la limitation à vingt ans de la durée des contrats de concession « dans le domaine de l'eau potable, de l'assainissement, des ordures ménagères et autres déchets » sauf examen préalable par le directeur départemental des finances publiques, à

l'initiative de l'autorité concédante, des justificatifs de dépassement de cette durée. Les conclusions de cet examen doivent être communiquées, le cas échéant, aux membres de l'organe délibérant compétent, avant toute délibération de celui-ci.

Les modalités de prolongation de la durée du contrat de concession sont régies par les dispositions relatives aux modifications du contrat prévues aux articles L. 3135-1 et R. 3135-1 à R. 3135-9 du code, y compris s'il a été passé avant le 1er avril 2016.

#### **4. La détermination de la valeur estimée**

##### **a. Une procédure d'évaluation transparente et encadrée**

L'article R. 3121-4 du code précise que la valeur d'une concession doit être estimée en amont du lancement de la procédure de passation afin de pouvoir déterminer les règles procédurales applicables pour la passation du contrat.

Par souci de transparence et d'égalité de traitement entre les futurs candidats, la méthode de calcul retenue par l'autorité concédante doit être exposée dans les documents de la consultation.

Le respect des seuils conditionne la validité de la procédure. Une procédure qui n'aurait pas mis en œuvre l'intégralité des obligations s'attachant à elle en raison du montant du contrat, est susceptible d'être annulée par le juge. Il importe donc d'anticiper le mieux possible le montant susceptible d'être atteint par le contrat. Lorsque les estimations indiquent un montant proche du seuil déclenchant l'application de certaines obligations ou d'incertitudes sur le franchissement de ce seuil, il sera prudent de mettre en œuvre l'intégralité des contraintes procédurales. Si en effet, il s'avérait que le seuil était dépassé au moment de la signature du contrat sans que l'intégralité des contraintes procédurales n'ait été mise en œuvre, une nouvelle procédure devrait être engagée.

L'article R. 3121-4 du code prévoit cependant une certaine souplesse, propre aux contrats de concession, dans l'interprétation du seuil. Il prévoit en effet qu'une nouvelle procédure de passation doit être mise en œuvre uniquement si les conditions cumulatives suivantes sont réunies :

- la valeur de la concession excède le seuil européen figurant dans l'avis relatif aux seuils de procédure et à la liste des autorités publiques centrales

en droit de la commande publique, annexé au code ;

- la valeur du contrat de concession au moment de l'attribution est supérieure de plus de 20 % à sa valeur précédemment estimée ;

- toutes les obligations procédurales s'attachant au contrat dont la valeur excède le seuil n'ont pas été mises en œuvre initialement.

En revanche, lorsque la différence entre la valeur du contrat estimée au moment de l'attribution et la valeur estimée en amont du lancement de la procédure est inférieure ou égale à 20 %, l'autorité concédante n'est pas tenue d'engager une nouvelle procédure, même si la valeur du contrat excède alors le seuil visé à l'article R. 3121-4 du code et même si toutes les obligations procédurales s'attachant au seuil n'avaient pas été mises en œuvre initialement.