

FICHE D'IMPACT

PROJET DE TEXTE REGLEMENTAIRE

NOR :

Intitulé du texte : Décret relatif aux contrats de concession

Ministère à l'origine de la mesure : Ministère de l'économie, de l'industrie et du numérique

Date d'établissement de la présente fiche (*le cas échéant, date de sa dernière modification*) : 22/07/2015

I. PRESENTATION GENERALE DU TEXTE

SOMMAIRE :

1. Les règles de passation des contrats de concession reposent sur une transposition fidèle de la directive, respectueuse du modèle concessif français.....	3
1.1. La phase préalable de préparation de la procédure : le socle commun.	3
1.1.1. Stabilité des modalités d'expression du besoin de l'autorité concédante.	3
1.1.1.1 Définir le besoin au mieux des intérêts de l'autorité concédante.	3
1.1.1.2 Faciliter l'accessibilité des documents de la consultation.	4
1.1.2 La fixation d'un seuil en matière de réservation des contrats de concessions à certaines catégories d'opérateurs pour promouvoir l'insertion sociale par le travail.	5
1.1.3 Maintien de l'équilibre des modalités de calcul de la durée des contrats de concession.....	6
1.1.4 Estimation de la valeur de contrat.....	7
1.1.5 Evaluation du mode de réalisation du projet d'investissement.....	9
1.2 La phase de passation : un cadre souple, adapté à la spécificité des contrats de concession.	9
1.2.1 La procédure « formalisée » : la transposition fidèle de la directive au-dessus de son seuil d'application.	10
1.2.1.1 La simplification des modalités de publicité des avis de concession.	11
1.2.1.2 Le maintien de délais minimaux de réception des candidatures et des offres.	16
1.2.1.3 L'exigence d'une hiérarchisation des critères de sélection des offres.....	18
1.2.1.4 L'encadrement du champ matériel de la négociation.	21
1.2.1.5 La sécurisation de l'achèvement de la procédure.	23
1.2.1.6 L'exigence d'une traçabilité de toutes les étapes liées à la passation des contrats de concession.	28
1.2.2 La procédure simplifiée : la reprise des acquis de la loi Sapin.	30
1.2.2.1 Un champ d'application précisé.	31
1.2.2.2 Maintenir, au sein de la procédure « simplifiée », la souplesse conférée aux autorités concédantes par le droit interne.	34
1.2.2.3 Etendre l'intégralité des souplesses permises par la directive à l'ensemble des contrats de concessions.	36
2. L'encadrement de l'exécution des contrats de concession.	39
2.1 Une transparence accrue de tous les contrats de concessions.	39
2.1.1 Garantir un suivi régulier et efficace de l'exécution des contrats de concession.	40
2.1.2 L'ouverture effective et dématérialisée, dans un format open data, des données essentielles relatives à tous les contrats de concession.	43
2.2 L'encadrement du recours à des tiers pour l'exécution d'une partie des services ou travaux concédés.....	51
2.3 La clarification du régime juridique encadrant la modification des contrats de concession en cours d'exécution.	54
3. Le texte assure une conciliation entre l'objectif de simplification du droit et la préservation des spécificités propres à certains secteurs d'activités.....	67

Objectifs

1. Les règles de passation des contrats de concession reposent sur une transposition fidèle de la directive, respectueuse du modèle concessif français.

1.1. La phase préalable de préparation de la procédure : le socle commun.

1.1.1. *Stabilité des modalités d'expression du besoin de l'autorité concédante.*

1.1.1.1 Définir le besoin au mieux des intérêts de l'autorité concédante.

La définition des besoins est une étape indispensable dans le lancement de chaque procédure d'attribution d'un contrat de la commande publique, préalable à l'estimation du montant du contrat.

- Etat des lieux : Une définition des besoins communément pratiquée.

La loi Sapin, dont les articles 38 et suivants prévoient les modalités d'attribution des conventions de délégations de service public, aucune mention de la définition des besoins par l'autorité délégantes n'est prévue. Cependant, l'absence de toute disposition règlementant cette étape n'implique pas qu'elle n'est pas réalisée par les autorités délégantes. La définition du besoin est en effet effectuée en pratique par toutes les autorités délégantes dans la mesure où il s'agit d'une condition impérative pour le contrat soit exécuté dans les meilleures conditions.

En ce qui concerne les concessions de travaux, la directive n°2004/18/CE du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés publics ne prévoit pas de dispositions particulières destinée à encadrer les modalités de détermination des besoins de l'autorité concédante qui souhaite conclure un contrat de concession de travaux. Seule l'ordonnance n°2009-864 du 15 juillet 2009 relative aux contrats de concession de travaux publics prévoit à son article 6 des règles générales pour les déterminer. Cet article se borne en effet à préciser que la nature et l'étendue des besoins à satisfaire prend en compte des objectifs de développement durable, disposition reprise à l'article 6 du décret n°2010-406 du 26 avril 2010 relatif aux contrats de concession de travaux publics et portant diverses dispositions en matière de commande publique.

La notion de spécifications techniques est cependant bien connue des autorités concédantes car elles l'appliquent déjà pour les marchés publics qu'elles concluent pour la satisfaction de leurs propres besoins : l'article 6 du code des marchés publics encadre déjà de manière précise les spécifications techniques qui peuvent être communiquées par les acheteurs publics.

En tout état de cause, les autorités concédantes sont, pour la définition de leurs besoins, déjà soumises aux principes constitutionnels de la commande publique de liberté d'accès, d'égalité de traitement et de transparence.

- Objectifs : Garantir l'efficacité de la procédure de passation du contrat et sa bonne exécution.

De la phase de détermination des besoins vont dépendre les caractéristiques de la prestation à réaliser au cours de la concession, le choix de la procédure de passation et la bonne exécution du contrat.

La directive 2014/23/UE sur l'attribution des contrats de concession prévoit ainsi que la détermination du besoin de l'autorité concédante doit se faire par le biais de spécifications techniques devant être publiées dans les documents de consultation. Ces spécifications techniques doivent permettre d'ouvrir les procédures de passation à la concurrence en établissant les caractéristiques requises des travaux ou des services qui sont couverts par le contrat sans pour autant restreindre artificiellement la concurrence.

Reprenant les obligations prévues par la directive, et par l'article 18 de l'ordonnance n°XXXX du XXXXXX relative aux contrats de concession, l'article 2 du décret prévoit que les spécifications techniques et fonctionnelles définissent les caractéristiques requises de travaux et services. Elles

peuvent faire référence à un processus de production ou d'exécution des travaux ou services qui sont l'objet de la concession dès lors que ces spécifications sont liées à l'objet du marché et proportionnées au montant du contrat et aux objectifs qui sont poursuivis. Conformément au principe de non-discrimination en raison de la nationalité, il est interdit aux autorités concédantes de faire référence à des modes ou procédés de fabrication spécifiques ou encore à la provenance ou l'origine de certains produits, marques, brevets dès lors qu'une telle référence aboutirait à une restriction de la concurrence entre les opérateurs.

Egalement, l'article 2 prévoit qu'une autorité concédante ne peut rejeter une offre au motif qu'elle ne correspondrait pas aux spécifications techniques établies dans les documents de la consultation alors même que les solutions qu'elle présente permettraient de satisfaire les spécifications énoncées de manière équivalente.

Cette transposition est fidèle à la lettre de la directive. Elle a pour effet d'unifier les modes d'encadrement de la définition des besoins par les autorités concédantes qui envisagent de lancer une procédure d'attribution que ce soit pour une concession de travaux et une concession de services de manière identique. La lecture combinée de l'ordonnance et du décret permet également de favoriser la promotion des politiques secondaires par le biais des contrats de concession.

- Impacts :

Cette mesure n'emporte aucune charge nouvelle pour les autorités concédantes ou les opérateurs économiques. La définition préalable du besoin de l'autorité concédante avant le lancement d'une procédure relève d'un souci de bonne gestion auquel les autorités concédantes sont déjà sensibilisées, ne serait-ce que pour indiquer aux opérateurs potentiellement intéressés l'objet même du contrat et les attentes de l'autorité concédante au regard des objectifs qu'elle se donne pour la réalisation et l'exécution du contrat concerné. Ainsi, comme en marchés publics, la définition du besoin existe déjà, de fait, en concession de travaux et pour les délégations de services publics, constituant l'étape obligatoire pour la constitution du cahier des charges du contrat.

1.1.1.2 Faciliter l'accessibilité des documents de la consultation.

- Etat des lieux : La définition des documents de la consultation est nouvelle en droit des concessions. L'article 7 de l'ordonnance n°2009-864 du 15 juillet 2009 relative aux contrats de concession de travaux publics et l'article 7 du décret n°2010-406 du 26 avril 2010 mentionnent que les pouvoirs adjudicateurs doivent faire figurer l'exigence de sous-traitance par le concessionnaire dans les documents de la consultation. Cette notion n'est cependant pas définie par ces deux textes. Elle ne figure pas davantage dans l'encadrement propre aux délégations de service public.

Elle est cependant une notion bien connue en droit de la commande publique, figurant, par exemple, à l'article 41 du code des marchés publics.

Aucun des textes relatifs aux délégations de service public ou aux concessions de travaux actuellement en vigueur ne prévoient d'exigences quant aux modalités de diffusion de ces documents aux opérateurs économiques.

- Objectifs : Garantir l'égalité de traitement des opérateurs intéressés.

L'article 34 de la directive définit les documents de concession comme l'ensemble des documents fournis par l'autorité concédante ou auxquels elle se réfère pour définir l'objet, les spécifications techniques, les conditions de passation, le délai de remise des candidatures et des offres, et les conditions d'exécution du contrat. Il impose par principe la mise à disposition par voie électronique des documents de la consultation par les autorités concédantes. Cet accès doit être gratuit, sans restriction, direct et complet dès la publication de l'avis de concession qui doit lui-même indiquer l'adresse internet où sont disponibles les documents.

Le dispositif se veut toutefois réaliste et équilibré dans la mesure où il prévoit des hypothèses où il

sera possible de déroger à cette obligation de mise à disposition par voie électronique (pour des raisons techniques ou de sécurité). Les autorités concédantes devront dans ce cas indiquer dans l'avis de concession ou l'invitation à confirmer l'intérêt qu'ils seront transmis par d'autres moyens.

En outre, les candidats peuvent solliciter des précisions et informations complémentaires, au regard des documents de la consultation. L'autorité concédante est tenue de répondre à ces demandes pour autant qu'elles ont été présentées six jours au plus tard avant la date limite de réception des offres. Conformément au principe d'égalité de traitement et de transparence les réponses doivent être transmises à tous les candidats ou soumissionnaires afin que ceux-ci bénéficient d'un même niveau d'information pour élaborer leurs candidatures ou leurs offres.

L'article 4 du décret reprend l'intégralité de ces obligations afin de garantir à chaque opérateur une connaissance parfaite des besoins de l'autorité concédante, les caractéristiques du contrat au regard de ses modalités de passation et d'exécution. Une information complète des candidats et soumissionnaires au stade de la passation est une garantie pour l'autorité concédante que les paramètres du contrat ont été intégrés par les opérateurs et faciliteront une meilleure exécution du contrat en cours de passation.

- Impacts :

Les autorités concédantes sont déjà largement familiarisées avec les exigences de transparence et d'égal accès aux documents de la consultation dès qu'il en va de l'efficacité de la procédure de passation permettant de retenir l'opérateur le plus à même de répondre à ses besoins et d'assurer une exécution des prestations conformes aux exigences contractuelles.

L'obligation de fournir un accès dématérialisé aux documents de la consultation est imposée, par la directive, pour les contrats de concession relevant de la procédure formalisée. Dans une logique d'unification et d'harmonisation, cette obligation a été étendue aux contrats de concession passés en procédure simplifiée. Si elle revêt un caractère inédit, son impact est toutefois maîtrisé dans la mesure où les pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices, lorsqu'ils concluent un marché public, doivent publier sur leur profil d'acheteur l'avis d'appel public à la concurrence accompagné des documents de la consultation. Cette obligation s'impose à eux depuis 2010. Or bien souvent les acheteurs publics sont également des autorités concédantes. Familiarisés à cette obligation depuis 5 ans, la mise en ligne, de manière dématérialisée, des documents de la consultation, est désormais maîtrisé par l'ensemble des autorités concédantes, qui les publient, et par les opérateurs économiques qui les consultent.

En outre, l'impact financier pourrait être important pour les autorités concédantes dans la mesure où la dématérialisation des documents de la consultation est susceptible d'entraîner des gains substantiels pour ces dernières, notamment dans l'économie de papier et d'affranchissement qu'elle génère.

1.1.2 La fixation d'un seuil en matière de réservation des contrats de concessions à certaines catégories d'opérateurs pour promouvoir l'insertion sociale par le travail.

- Etat des lieux : Une prise en compte jusqu'alors limitée des dimensions sociales et environnementales.

En droit des concessions, peu de mesures permettent à l'autorité concédante de soutenir des politiques publiques en faveur de l'environnement et de l'emploi. Aucun des régimes juridiques actuellement en vigueur ne comporte de dispositions concernant la réservation de contrats de concession à des structures employant des publics en situation de vulnérabilité sur le marché de l'emploi¹.

¹ Voir sur ce point l'étude d'impact du projet d'ordonnance relative aux contrats de concession.

- **Objectifs** : Faire de la commande publique un levier majeur au service des politiques sociales.

Exploitant pleinement la marge de manœuvre consentie aux Etats membres par l'article 24 de la directive, le projet d'ordonnance relative aux contrats de concession prévoit la faculté, pour les autorités concédantes, de réserver des contrats à certains opérateurs économiques employant un minimum de personnes handicapées ou défavorisées.

Le décret procède à la fixation du seuil minimum nécessaire à l'application de cette mesure. La réservation de certains contrats de la commande publique, en matière de contrat de concession, sera possible au bénéfice, pour autant qu'elles emploient au moins 50% de travailleurs handicapés ou défavorisés, des structures d'insertion de personnes handicapées tel que c'est déjà le cas dans les marchés publics, mais également aux structures dont l'objet principal est l'intégration sociale et professionnelle des personnes défavorisées. Ce seuil de 50% a été déterminé en concertation avec les différentes parties prenantes du secteur, fortes de leur expérience du dispositif similaire existant depuis plusieurs années dans le domaine des marchés publics, dont l'équilibre se révèle, compte tenu des contraintes spécifiques pesant sur ces opérateurs, satisfaisant.

- **Impacts** :

L'impact direct de la réservation des contrats de concession en faveur des personnes en difficulté est neutre. Il s'agit d'une faculté que les autorités concédantes seront libres d'utiliser dans leur démarche d'insertion des personnes en difficulté. Sa mise en œuvre aura un impact positif sur l'emploi de ces personnes².

1.1.3 Maintien de l'équilibre des modalités de calcul de la durée des contrats de concession.

- **Etat des lieux** : La nature des prestations et l'amortissement économique comme base pour le calcul de la durée du contrat.

L'article 40 de la loi Sapin, repris à l'article L.1411-2 du code général des collectivités territoriales (CGCT), encadre la durée des délégations de service public, déterminée en fonction des prestations demandées au délégataire. Lorsque les installations sont à sa charge, la convention de délégation tient compte, pour la détermination de sa durée, de la nature et du montant de l'investissement à réaliser et ne peut dans ce cas dépasser la durée normale d'amortissement des installations mises en œuvre. La durée normale d'amortissement des installations susceptible d'être retenue par une collectivité délégante peut être la durée normalement attendue pour que le délégataire puisse couvrir ses charges d'exploitation et d'investissement, compte tenu des contraintes d'exploitation liées à la nature du service et des exigences du délégant, ainsi que la prévision des tarifs payés par les usagers, que cette durée initiale coïncide ou non avec la durée de l'amortissement comptable des investissements (*CE, 11 août 2009, Sté Maison Comba, n°303517*).

L'ordonnance du 15 juillet 2009 relative aux concessions de travaux publics ne prévoit pas de disposition spécifique pour encadrer la durée du contrat. L'absence d'encadrement législatif n'interdit pas, pour autant, au juge administratif de censurer une concession de travaux publics au motif que sa durée serait manifestement disproportionnée (*CE, 23 juillet 1993, Cie général des eaux, n°138504*). Le principe constitutionnel de transparence des procédures implique une remise en concurrence périodique des contrats de la commande publique aux fins de garantir la liberté d'accès à la commande publique.

Le droit applicable aux contrats concessifs reconnaît donc une marge de manœuvre aux parties contractantes et le système est conçu de telle sorte que la durée du contrat permette au concessionnaire, qui doit toutefois supporter le risque d'exploitation, d'amortir l'intégralité du coût de l'investissement initial.

² Voir pour l'évaluation du potentiel recelé par cette mesure l'étude d'impact du projet d'ordonnance relative aux contrats de concession.

- **Objectifs** : Maintenir l'équilibre du système actuel de calcul de la durée des contrats de concession quelle que soit la procédure utilisée.

Aux termes des dispositions de l'article 18 de la directive, l'estimation de la durée du contrat repose sur la même logique qu'en droit interne : elle tient compte de la nature des prestations, des investissements à la charge du concessionnaire et du temps escompté pour que le concessionnaire puisse réaliser un retour sur investissement. La notion d'investissement, nécessaire pour estimer la durée, est définie largement. Elle englobe les investissements initiaux et ultérieurs jugés nécessaires pour l'exploitation de la concession.

Le calcul de la durée du contrat dépend étroitement du volume des investissements réalisés. La définition des investissements retenue dans la directive, explicitée au considérant 52, est particulièrement large. Nombreuses sont donc les dépenses susceptibles d'être regardées comme un investissement et d'être prises en compte dans le calcul pour la durée du contrat. Sont ainsi considérés comme des investissements les dépenses initiales et les investissements futurs rendus nécessaires pour l'exploitation de la concession, en particulier les dépenses d'infrastructure, les copyrights, les brevets, les dépenses d'équipements, de logistique, de formation du personnel. Les différents éléments énumérés au considérant 52 ne sont pas exhaustifs.

L'article 5 du décret prévoit que pour les concessions de plus 5 ans, la durée ne doit pas excéder le temps nécessaire pour le concessionnaire pour le recouvrement des investissements opérés non seulement pour réaliser les travaux ou service, objet de la concession, mais également pour atteindre les objectifs spécifiques fixés par le contrat. La durée du contrat doit être calculée de manière à correspondre au laps de temps nécessaire au concessionnaire pour recouvrer les investissements réalisés, tels qu'ils sont largement définis dans le considérant 52. Celui-ci a été repris dans le texte de transposition, afin de conférer leur plein effet à ces dispositions. Cela implique que les contrats de concession qui comportent peu ou pas d'investissement auront une durée plafonnée à 5 ans. Toutefois, la définition très large des investissements pouvant être pris en compte cette obligation, résultant de la lettre de la directive, devrait permettre d'assurer la stabilité du modèle économique des secteurs qui recourent aux contrats d'affermage.

Le décret vise également à assurer une cohérence avec les dispositions du règlement (CE) n°1370/2007 du parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2007. La formulation utilisée au IV de l'article 5 du décret garantit l'articulation de ces deux textes. En l'état du droit, l'article 40 de la loi Sapin relatif à la durée s'avérait compatible avec les dispositions du règlement OSP.

En se référant aux dispositions du règlement OSP qui est d'ores et déjà d'application directe, le décret assure ainsi une meilleure lisibilité du droit applicable à ce secteur soumis à l'ordonnance, sans pour autant se voir appliquer le régime de passation de la directive.

- **Impacts** :

L'impact d'une telle mesure est neutre, car elle reprend la même logique que celle qui existait précédemment sous l'empire de la loi n°93-122 du 29 janvier 1993, et vise à assurer la stabilité des modèles économiques des secteurs pratiquant le régime concessif. La mise en place d'un seuil de cinq ans pour les concessions qui ne présenteraient pas d'investissement aura une incidence limitée sur la situation générale des contrats de concession car elle est compensée par une extension de la notion d'investissement, permettant ainsi d'inclure dans les bases de calcul de la durée des contrats toutes les dépenses qui ont un lien avec l'objet de la concession.

1.1.4 Estimation de la valeur de contrat.

- **Etat des lieux** :

Les modalités d'estimation de la valeur des contrats de concession ne sont pas définies en droit interne. En effet, ni l'ordonnance n°2009-864 du 15 juillet 2009 relative aux contrats de concession de travaux publics, ni son décret d'application ne prévoient comment est estimée la valeur d'un

contrat de concession de travaux. Dans le secteur des délégations de service public, l'article L.1411-2 du code général des collectivités territoriales et l'article 40 de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 prévoit que la convention doit comprendre les montants et modes de calculs des droits d'entrée et redevances versées par le délégataire à la collectivité délégante, tout comme les tarifs, et les paramètres de leur évolution, qui sont mis à la charge des usagers du service public.

- **Objectifs** : Unifier et sécuriser les méthodes d'estimation de la valeur des contrats de concession.

L'estimation de la valeur d'un contrat de concession est une étape importante de sa passation. C'est la valeur estimée du contrat qui va dans bien des cas déterminer la procédure qui devra être appliquée.

Ainsi l'article 8 de la directive prévoit un mécanisme précis et objectif de calcul de la valeur estimée du contrat. Il est transposé par les articles 6 et 7 du décret. Il est ainsi prévu que la méthode de calcul utilisée devra par souci de transparence et d'égalité de traitement entre les futurs candidats être mentionnée dans les documents de la consultation. Elle correspond au chiffre d'affaires hors taxe réalisé par le concessionnaire pendant toute la durée du contrat.

Reprenant la directive, l'article 6 dresse une liste non exhaustive d'éléments qui doivent être pris en compte, notamment les options ou éventuelles prolongations du contrats, du montant des recettes perçues au titre des redevances et amendes sur les usagers, les avantages financiers octroyés par l'autorités concédantes, toutes formes de subventions publiques ou privées, les recettes tirées de la vente d'actifs, la valeur des biens mis à disposition du concessionnaire par l'autorité concédante lorsqu'ils sont nécessaires à l'exploitation du contrat de concession, les primes et paiements au profit des candidats et soumissionnaires durant la procédure...

Il précise également que pour les contrats qui font l'objet d'un allotissement, la valeur estimée du contrat correspond à la valeur cumulée de tous les lots. La pratique du « saucissonnage » est également proscrite.

Reprenant les acquis de la loi n°93-122 du 29 janvier 1993 (article 40), le III de l'article 6 précise également que le montant et les méthodes de calcul des droits d'entrée et des redevances doivent être justifiés dans le contrat sauf dans les secteurs de la distribution d'eau potable, de l'assainissement, et du traitement des ordures ménagères et autres déchets pour lesquels ces pratiques sont interdites.

L'article 7 du décret précise que la valeur du contrat à prendre en compte est la valeur estimée au moment de l'envoi de l'avis de concession ou dans les cas où des mesures de publicités ne sont pas requises, au moment de l'engagement de la procédure. Il peut toutefois être dérogé à cette règle lorsque l'estimation au moment de l'attribution du contrat est supérieure de 20% à celle mentionnée dans l'avis de concession. Plusieurs hypothèses peuvent alors se présenter:

- Le montant de la valeur estimée est supérieur de 20% à l'estimation initiale et dépasse le seuil d'application de la procédure formalisée alors que l'estimation initiale lui était inférieure. L'autorité concédante doit engager une nouvelle procédure ;
- Le montant de la valeur estimée est inférieur de 20% à l'estimation initiale et dépasse le seuil d'application de la procédure formalisée. L'autorité concédante ne doit pas engager une nouvelle procédure et retient la valeur estimée au moment de la publication de l'avis de concession ;
- Le montant de la valeur estimée du contrat est supérieur de 20 % à l'estimation initiale mais demeure inférieur au seuil d'application, la valeur estimée au moment de l'attribution est à retenir est la valeur estimée au moment de l'envoi de l'avis de concession ;
- Le montant de la valeur estimée du contrat est inférieur de 20% à l'estimation initiale et demeure inférieur au seuil d'application de la procédure formalisée, l'autorité concédante prend en compte la valeur estimée au moment de l'envoi de l'avis de concession.

Une telle mention garantit aux autorités concédantes plus de souplesse dans ses négociations avec les candidats et soumissionnaires, souplesse qui est consubstantielle à la nature même des contrats de concession, contrats de longue durée. Elle aura la possibilité d'adapter ses besoins en fonction des différentes solutions qui sont présentées par les opérateurs économiques sans devoir automatiquement relancer une nouvelle procédure si les conséquences de la négociation ont influé sur la valeur estimée du contrat.

• **Impacts :**

L'impact d'un tel dispositif est neutre. La méthode de calcul retenue n'est pas sensiblement différente de celle qui est en pratique déjà utilisée par les autorités concédantes. Par ailleurs, la souplesse apportée par la tolérance d'une erreur de 20% dans l'estimation du contrat garantit aux autorités concédantes qu'elles n'auront pas, si elles ont procédé à une estimation sincère, à relancer une procédure d'attribution.

1.1.5 *Evaluation du mode de réalisation du projet d'investissement.*

En cours d'élaboration.

1.2 La phase de passation : un cadre souple, adapté à la spécificité des contrats de concession.

L'ordonnance relative aux contrats de concession pose les fondements de l'entreprise de simplification et de rationalisation des contrats de type concessif. Le décret en constitue la seconde pierre mettant un terme tant à la dualité, désormais obsolète, des règles procédurales internes relatives aux concessions de travaux et délégations de service public, qu'au vide juridique dont pâtissent les concessions de service.

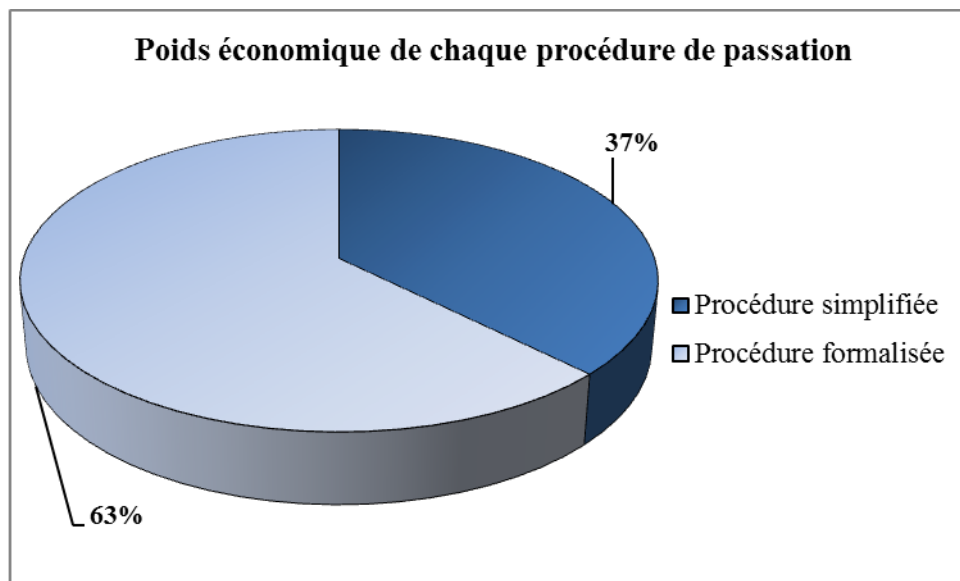
Si le texte procède, pour les contrats de concession dont la valeur estimée est égale ou supérieure à 5 186 000 € HT, à une transposition de la directive, au plus près de sa lettre, il n'en préserve pas moins l'acquis hérité de la loi Sapin, applicable non seulement aux contrats d'un montant inférieur à 5 186 000 € HT mais également à certains secteurs économiques (eau, transports publics de voyageurs, ...) qui, exclus du champ d'application de la directive, étaient, jusqu'à sa publication, régis par les règles nationales et doivent continuer à bénéficier d'un cadre juridique stable et adapté, sans accroissement de contrainte.

La transposition, stricte et fidèle, des exigences de la directive et la préservation de l'héritage national sont respectivement matérialisées, au sein du décret, par la présence d'une procédure de passation dite « **formalisée** » et d'une procédure de passation dite « **simplifiée** ».

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

Contrats	4 Procédures applicables (avant la transposition)		→	Contrats	2 Procédures applicables (à l'issue de la transposition)	
	Procédure « simplifiée »	Procédure « formalisée »			Procédure « simplifiée »	Procédure « formalisée »
DSP	< 106 000 € ou < 68 000 €/3 ans	≥ 106 000 € ou ≥ 68 000 €/3 ans		Concessions de services, y compris concessions de service public	< 5 186 000	≥ 5 186 000 €
Concessions de services	Principes du Traité				+ Eau ; + Transports publics de voyageurs + Services sociaux	
Concessions de travaux	< 5 186 000 €	≥ 5 186 000 €		Concessions de travaux		

Le poids économique de chacune de ces deux procédures est significatif. Les contrats de délégation de service public d'un montant égal ou supérieur à 5 186 000 € qui seront, à l'issue de la transposition soumis à la procédure formalisée, représentent, en 2013, 9 211 979 185 €. Quant aux contrats de DSP qui relèveront, à l'issue de la transposition, de la procédure simplifiée, le poids de



Source : Avis de publicité publiés au BOAMP pour l'année 2013.

Ce chiffre de 14 753 315 895 (procédures cumulées) est une donnée minimale dans la mesure où il se cantonne aux seules DSP et n'inclut pas, en l'absence de données chiffrées, les concessions de travaux et autres concessions de services.

1.2.1 La procédure « formalisée » : la transposition fidèle de la directive au-dessus de son seuil d'application.

L'autorité concédante dispose d'une liberté de principe dans le choix et l'organisation de la procédure de passation. Seules certaines dispositions viennent encadrer cette liberté en fixant des exigences procédurales minimales, issues de la directive. La procédure « formalisée » constitue ainsi la transposition, complète et fidèle, du dispositif procédural prévu par la directive.

Tout en satisfaisant à l'exigence constitutionnelle de transposition, le Gouvernement consacre, en droit interne, la souplesse de la procédure « formalisée », permise par la directive, tout en évitant l'écueil de la surtransposition.

Une volonté gouvernementale de ne pas surtransposer : l'exemple de la dématérialisation

La directive n'impose pas la dématérialisation intégrale de la procédure de passation mais se borne à prescrire deux obligations en la matière :

- ✓ La transmission dématérialisée de l'avis de publicité (article 33) ;
- ✓ La mise à disposition des documents de la consultation par voie dématérialisée (article 34).

Le projet de décret procède à une transposition de la directive au plus près de sa lettre, en évitant toute sur-transposition susceptible d'induire un surcroît de charges, financières notamment, pour les autorités concédantes.

Il reprend, respectivement, en ses articles 4 et 15, les deux obligations précitées imposées par la directive, sans imposer une dématérialisation totale des procédures de passation, tout en laissant la faculté aux autorités concédantes, lorsqu'elles

l'estiment utiles et au mieux de leurs intérêts, de recourir aux moyens électroniques.

Le III de l'article 16 du décret se borne ainsi à préciser les exigences minimales de confidentialité et de sécurité des transactions normalement exigibles dans l'hypothèse où les autorités concédantes souhaitent engager une procédure dématérialisée.

1.2.1.1 La simplification des modalités de publicité des avis de concession.

1.2.1.1.1 Rationnaliser les vecteurs de publication des avis de concession.

- Etat des lieux : Une disparité de supports de publication.

Le droit actuellement en vigueur exige, pour les contrats de concession, la publication d'un avis de publicité dans un support dédié :

- ✓ Pour les délégations de service public, l'article 1^{er} du décret n°93-471 du 24 mars 1993, repris à l'article R. 1411-1 du CGCT, impose deux supports nationaux de publicité : l'un dans une publication habilitée à recevoir des annonces légales et l'autre dans une publication spécialisée correspondant au secteur économique concerné :
 - ✓ Les termes « *une publication habilitée à recevoir des annonces légales* » renvoient aux journaux d'annonces légales dont la liste est fixée, chaque année, par le préfet, conformément aux dispositions de la loi n°55-4 du 4 janvier 1955 relative aux annonces judiciaires et légales. Le Bulletin Officiel d'Annonces des Marchés Publics (BOAMP) doit être regardé, par sa nature même, comme une publication habilitée à recevoir des annonces légales, même s'il ne figure pas sur la liste publiée par le préfet, des journaux susceptibles de recevoir des annonces légales dans le département (*CE, 19 novembre 2004, Commune d'Auxerre c/ Sté Saur France, n°266975*).
 - ✓ La notion de publication spécialisée correspondant au secteur concerné doit être appréciée au cas par cas en fonction de l'objet et des caractéristiques de la délégation de service public. Il peut s'agir d'un journal ou d'une revue périodique, tel que, par exemple, la revue L'Hôtellerie qui constitue une publication spécialisée correspondant au secteur économique concerné (*CE, 24 novembre 2010, Commune de Ramatuelle, n°335703*).
 - ✓ Enfin, une publicité de plus grande envergure peut être nécessaire lorsque la délégation de service public présente un intérêt transfrontalier certain. Dans une telle hypothèse, l'autorité concédante n'est pas tenue de procéder systématiquement à une insertion dans un support bénéficiant d'une diffusion européenne. En effet, lorsque la délégation est, compte tenu de ses caractéristiques, susceptible d'intéresser d'autres Etats membres de l'Union européenne, la publicité adéquate peut être assurée par une insertion dans une publication nationale, à condition qu'elle soit insusceptible d'échapper à l'attention d'opérateurs raisonnablement vigilants (*CE, 1^{er} avril 2009, Communauté Urbaine de Bordeaux et Société Kéolis, précité*).
- ✓ Aux termes de l'article 11 du décret n°2010-406 du 26 avril 2010, repris à l'article R.1415-3 du CGCT, les concessions de travaux publics d'un montant supérieur au seuil européen doivent être publiées au Journal Officiel de l'Union européenne.
- ✓ Les concessions de services, ne bénéficiant pas d'une législation spécifique, sont toutefois tenues de respecter les principes fondamentaux issus du Traité, en particulier le principe de non-discrimination. Ce dernier, corollaire du principe de transparence, consiste à garantir, en faveur de tout soumissionnaire potentiel, un degré de publicité adéquat permettant une

ouverture du marché des services à la concurrence (CJUE, 7 décembre 2000, *Telaustria*, aff C-324/98).

- **Objectifs** : Transposer les exigences de la directive (article 31 de la directive) tout en unifiant les supports de publication des avis, quel que soit l'objet du contrat de concession.

Aux termes de l'article 14 du décret, l'autorité concédante doit publier, pour les contrats de concession passés selon une procédure formalisée, un avis de concession sur son profil d'acheteur et au Journal Officiel de l'Union européenne (JOUE). Cette double publication est imposée par la directive, exigeant tout à la fois une publicité européenne et une publication dématérialisée par la mise à disposition, par voie électronique, des documents de la consultation qui englobe l'avis de concession.

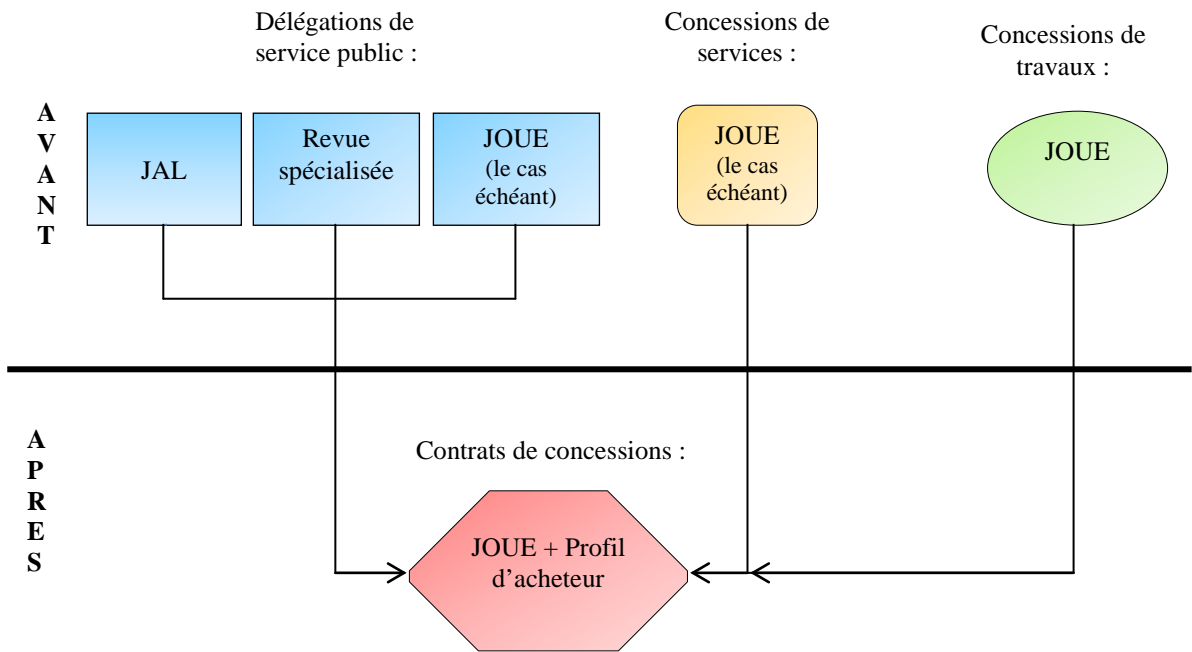
En s'appuyant sur les exigences de la directive, le décret procède à une simplification et une unification des supports de publication des avis de concession passés selon une procédure formalisée, quel que soit l'objet dudit contrat (travaux, services, services publics). L'insertion d'un avis de concession au JOUE s'impose sans qu'il soit nécessaire, pour l'autorité concédante, de s'interroger sur le support le plus approprié et, pour l'opérateur économique intéressé, de répertorier l'ensemble des journaux d'annonces légales ou des revues spécialisées. Or, bien souvent, le respect des dispositions réglementaires régissant les délégations de service public pouvaient poser difficulté lorsqu'il n'existait pas de publication spécialisée correspondant au secteur concerné. Le juge considérait alors qu'il appartenait à la collectivité délégante « *de rechercher quelle autre publication, plus générale, peut assurer une information suffisante des opérateurs économiques dans ce secteur* » (CE, 8 juillet 2005, *Société EGS*, n°277554).

S'inscrivant dans une logique de rationalisation, une telle approche est également de nature à garantir le respect des principes constitutionnels de la commande publique. En droit interne, le principe de libre accès à la commande publique et d'égalité de traitement des candidats débouche sur l'obligation d'assurer une publicité suffisante auprès d'opérateurs ayant vocation à être candidats, en particulier pour les concessions d'intérêt transfrontalier certain. Dégagée par la CJUE à propos des marchés de services non prioritaires (CJCE, 13 novembre 2007, *Commission contre Irlande*, aff C- 507/03), la notion d'intérêt transfrontalier certain s'applique également aux concessions (CJCE, 17 juillet 2008, *Brescia*, aff C-347/06). Cette notion n'en demeure pas moins assez difficile à appréhender et l'incertitude demeurait sur la façon dont les critères attestant de l'audience européenne d'un contrat devaient être maniés *in concreto* (voir en ce sens conclusions B. DACOSTA sous CE, 1^{er} avril 2009, *Communauté urbaine de Bordeaux et Société Kéolis*, précité).

- Désormais, une publicité au JOUE prémunit l'autorité concédante contre tout risque d'annulation pour défaut de publicité suffisante et confère, à chaque opérateur économique, un vecteur de diffusion des avis de concession unique et commun à tous les Etats membres.
- Enfin, la publication obligatoire de l'avis de concession sur le profil d'acheteur permet d'exploiter pleinement les possibilités offertes par Internet, au profit d'une transparence et d'une efficacité accrues

En résumé :

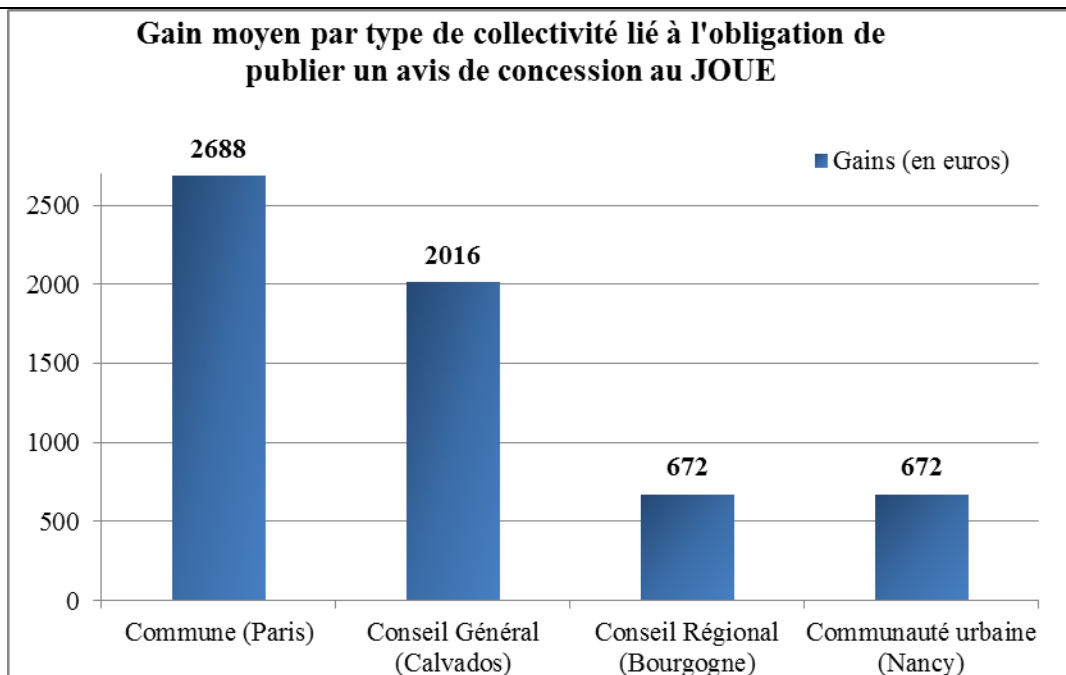
AVIS DE PUBLICITE



• Impacts :

Les nouvelles modalités de publication des avis de concession sont génératrices d'économies pour les autorités concédantes concluant des concessions de service public. En effet, à la différence de la publication d'un avis dans un journal d'annonces légales et dans une revue spécialisée, l'insertion d'un avis au JOUE est exemptée de tout frais. Un dispositif gratuit se substitue donc à une solution jusqu'alors onéreuse pour les autorités publiques.

A titre illustratif, pour l'année 2013, après analyse des avis de publicité pour les DSP, publiés pour une collectivité territoriale donnée, le gain annuel peut aller de 672 € (1 DSP par an d'un montant égal ou supérieur au seuil européen) à 2 688 € pour les collectivités les plus importantes telles que Paris (4 DSP par an en moyenne d'un montant égal ou supérieur au seuil européen) :



Source : Avis de publicité publiés au BOAMP pour l'année 2013.

Le coût de la publication a été opéré par la moyenne entre l'unité de publication la plus élevée (90 € à l'unité) et la moins onéreuse (78 € à l'unité avec un forfait de 552 UP).

L'impact est neutre pour les concessions de travaux et concessions de services dépourvues de service public. A l'instar du droit préexistant à la publication de la directive, les avis seront toujours publiés au JOUE. Cette solution n'engendre aucune nouvelle charge financière pour les collectivités.

Hormis l'impact financier, la publication des avis de concessions est un gain de temps pour les autorités concédantes qui devront systématiquement publier leurs avis au JOUE, sans rechercher ni s'interroger sur le support de publicité le plus adapté à leurs contrats.

Quant à la publication obligatoire de l'avis sur le profil d'acheteur, l'impact est limité pour les autorités concédantes. En effet, même si aucune obligation n'existe en la matière pour les contrats de concession, la plupart des pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices passent, par ailleurs, régulièrement des marchés publics. Or, à l'exception des marchés de services relevant de l'article 30 du CMP, l'utilisation par le pouvoir adjudicateur du profil d'acheteur s'impose pour la publication des avis d'appel public à la concurrence et des documents de la consultation. Cet outil est déjà connu et maîtrisé des pouvoirs adjudicateurs et des opérateurs économiques habitués à manier cette plateforme lors du dépôt de leurs candidatures et offres.

Compte tenu de cette obligation s'imposant pour les marchés depuis le 1^{er} janvier 2010, le pouvoir adjudicateur dispose déjà d'un profil d'acheteur sans qu'il soit nécessaire, pour lui, d'en acquérir un nouveau.

1.2.1.1.2 Uniformiser le modèle d'avis de concession.

- Etat des lieux : Une hétérogénéité de modèles de publicité.

Pour les contrats de type concessif, le contenu de l'avis de publicité varie selon l'objet du contrat :

- ✓ Le droit des délégations de service public n'établit pas de modèle d'avis de publicité. Afin de pallier l'absence de formulaire type, le modèle d'avis de publicité obligatoire pour les marchés était utilisé. Cette pratique ne donnait cependant pas entière satisfaction. C'est pourquoi les pouvoirs adjudicateurs ont souhaité pouvoir disposer d'un modèle, afin de les aider pour satisfaire cette exigence de publicité. La DAJ des ministères économiques et financiers propose ainsi un modèle facultatif d'avis de publicité relatif à la passation d'une convention de délégation de service public ([Modèle d'avis de publicité relatif à la passation](#)

[d'une convention de DSP - Fiche explicative](#)).

Aux termes de l'article 1^{er} du décret n°93-471, repris à l'article R. 14111 du CGCT impose uniquement trois éléments doivent figurer, à titre obligatoire, dans l'avis : la date limite de présentation des offres de candidature, les modalités de présentation des offres et les caractéristiques essentielles de la convention envisagée.

- ✓ Au-dessus du seuil communautaire, les avis de concessions de travaux sont établis conformément au formulaire obligatoire établi par le règlement d'exécution (UE) n°842/2011 de la Commission du 19 août 2011 établissant les formulaires standard pour la publication d'avis dans le cadre de la passation de marchés publics. L'utilisation de ce modèle est obligatoire.
- ✓ En l'absence de réglementation spécifique pour les concessions de services ne portant pas sur l'exploitation d'un service public, aucune disposition ne fixe un modèle d'avis – obligatoire ou facultatif – de publicité.

- **Objectifs** : Transposer les exigences de la directive (article 31.2 de la directive) et adopter un modèle unique pour tous les contrats de concession.

Aux termes de l'article 31.2 de la directive, les avis de concession doivent contenir les informations visées à l'annexe V (description de la concession, conditions de participation, critères, ...) et, le cas échéant, tout autre renseignement jugé utile par l'autorité concédante, selon le format des formulaires types.

En transposant les dispositions précitées de l'article 31.2, le Gouvernement met fin à la disparité des modèles d'avis de publicité existants pour les contrats concessifs, tant dans leur caractère (obligatoire ou facultatif), que dans leur mise à disposition (SIMAP ou site internet de la DAJ) ou dans leur contenu. Désormais, le modèle d'avis et par suite son contenu sera identique, quel que soit l'objet du contrat de concession passé selon une procédure « formalisée ».

En outre, l'unification du modèle d'avis à tous les contrats de concession participe au processus de simplification du droit souhaité par le Gouvernement. En effet, en l'absence d'un modèle obligatoire d'avis de publicité relatif à la passation d'une convention de délégation de service public, les autorités délégantes pouvaient utiliser le modèle facultatif proposé par la DAJ mais également tout autre modèle et l'adapter aux caractéristiques des délégations de service public. L'adoption d'un modèle d'avis commun met fin à cette multiplicité de supports et simplifie le dispositif prévalant jusqu'alors pour les DSP où le modèle facultatif d'avis de publicité ne pouvait être utilisé au JOUE. Si l'autorité délégante souhaitait faire une publicité au JOUE, elle devait utiliser le formulaire « avis de marché », seul accepté par le SIMAP.

Enfin, l'utilisation d'un seul modèle de publicité atténue les risques contentieux pour l'autorité concédante. Pour des contrats de concession mêlant à la fois des travaux et des services, mais dans lesquels la part des travaux serait prédominante, le recours au modèle de publicité interne en lieu et place du modèle d'avis européen obligatoire pour les concessions de travaux était susceptible d'être sanctionné par le juge administratif. Désormais, le choix du modèle d'avis ne posera plus de difficulté en cas de mixité de prestations au sein d'un même contrat de concession.

- **Impacts** :

L'impact lié à l'obligation de publier un avis de concession conformément au formulaire européen est neutre. En effet, pour les concessions de travaux, le modèle européen prévu par la directive ne diffère guère de celui existant en droit interne. Chaque formulaire est découpé en section et l'intitulé des 6 sections est strictement identique dans le modèle qui prévalait sous l'ordonnance du 15 juillet 2009 et dans celui issu de la directive.

Plus encore, le modèle d'avis applicables aux contrats de concession s'avère plus souple que celui existant pour les DSP lorsque l'autorité délégante souhaite procéder à une publication au JOUE.

Dans une telle hypothèse, en l'absence de modèle dédié aux contrats de concessions de services au niveau européen, l'autorité délégante devait utiliser le formulaire « avis de marché » (Formulaire Standard 2 du règlement d'exécution de la Commission européenne n°842/2011 du 19 août 2011), seul accepté par le Système d'information pour les marchés publics européens (SIMAP). Or, ses rubriques, plus nombreuses, et son contenu s'avèrent moins souples que le modèle proposé par la Commission pour les contrats de concession.

L'adoption d'un modèle standardisé constitue également un gain de temps non négligeable pour les autorités concédantes qui n'auront plus à s'interroger ni sur le modèle qu'il convient d'adopter ni sur le contenu qui pourrait être porté à la connaissance des opérateurs économiques. Les autorités avaient ainsi souhaité pouvoir bénéficier d'un modèle pour les conventions de délégations de service public, volonté aujourd'hui satisfaite par l'adoption d'un formulaire européen aux rubriques prédéfinies.

1.2.1.2 Le maintien de délais minimaux de réception des candidatures et des offres.

- Etat des lieux : Des délais de réception des candidatures et des offres hétérogènes.

La fixation de délais de réception des candidatures et des offres diffère selon l'objet du contrat concessif :

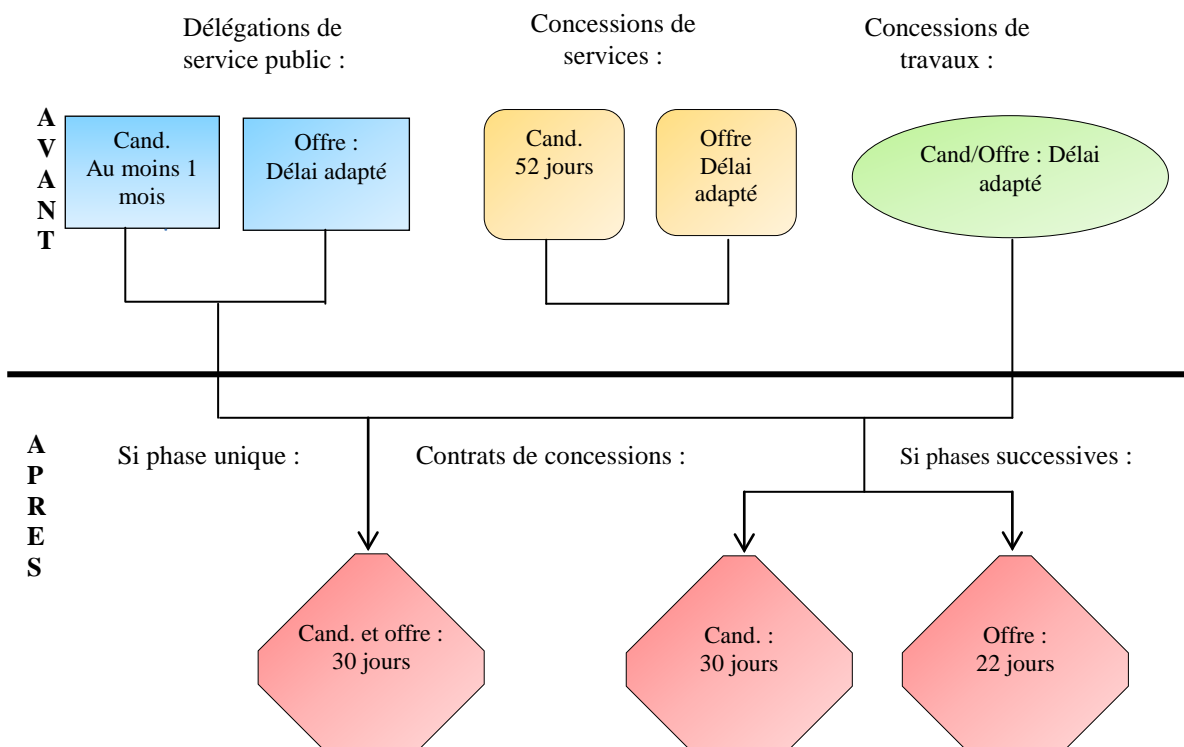
- ✓ L'avis de publicité des DSP doit préciser la date limite de présentation des candidatures qui « doit être fixée un mois au moins après la date de la dernière publication » (Article 1^{er} du décret n°93-471 du 24 mars 1993 – Article R. 1411-1 du CGCT). Ce délai de 30 jours est un délai minimum qui peut être utilement prolongé (*Rép Min, JO Sénat Q, 19 septembre 1996, n°16626*).

En revanche, la loi Sapin et son décret d'application régissant la procédure de passation des DSP ne fixent pas de délai minimal laissé aux soumissionnaires pour présenter leur offre. Ce délai doit toutefois être raisonnable et tenir compte de l'objet, des caractéristiques, du périmètre d'exécution et de la complexité de la délégation envisagée.

- ✓ Pour les concessions de travaux, le délai minimal de dépôt des candidatures est de 52 jours à compter de l'envoi de l'avis de concession à l'Office des publications de l'Union européenne (OPUE), délai réduit à 45 jours si l'avis est envoyé par voie électronique. Quant au délai de réception des offres, il est librement fixé par l'autorité concédante. Ce délai doit, en tout état de cause, être prolongé lorsque les offres ne peuvent être déposées qu'à la suite d'une visite sur les lieux d'exécution du contrat ou après consultation sur place de documents complémentaires (article 14 du décret n°2010-406 du 26 avril 2010 – article R. 1415-6 du CGCT).
- ✓ En l'absence de réglementation spécifique aux concessions de services, aucun délai minimum de réception des candidatures ou des offres ne s'appliquent à ces contrats.

En résumé :

DELAIS DE RECEPTION DES CANDIDATURES ET DES OFFRES



Source : MEIN – DAJ, 2015

- **Objectifs** : Transposer les exigences de la directive (article 39 de la directive) et homogénéiser les délais minimaux de réception des candidatures et des offres.

L'article 39 de la directive dispose que le délai minimal de réception des candidatures, accompagnées ou non des offres, pour la concession est de 30 jours à compter de la date d'envoi de l'avis de concession. Lorsque la procédure se déroule par phases successives, le délai minimal de réception des offres initiales est de vingt-deux jours à compter de la date d'envoi de l'invitation à soumissionner. Ces délais peuvent être réduits de 5 jours lorsque l'autorité concédante accepte que les candidatures ou les offres soient transmises par voie électronique.

L'article 17 du décret reprend expressément ces délais tout en consacrant la possibilité offerte aux autorités concédantes de fixer des délais supérieurs en fonction notamment de l'objet et des caractéristiques du service ou de l'ouvrage concédé.

Par cette stricte transposition, le décret s'inscrit pleinement dans l'objectif de simplification de la norme menée actuellement par le Gouvernement, à double titre :

- ✓ **Un point de départ unique** : Le délai minimum de réception des candidatures et des offres se déclenche à compter de la date d'envoi de l'avis de concession à l'Office de publication de l'Union européenne (OPUE). Si cette modalité de calcul est commune avec celle qui s'opérait jusqu'alors pour les concessions de travaux, elle est inédite pour les délégations de service public. En effet, le délai minimum était fixé à compter de la date de la dernière publication. Cette formule était source d'incertitude dans la mesure où elle fait débiter le délai minimum de 30 jours à partir de la date de la dernière publication opérée par l'autorité concédante.
- ✓ **Des délais communs** à tous les contrats de concession conclus selon une procédure formalisée : L'article 17 du décret met fin à la dichotomie des délais de réception des candidatures qui existait entre les DSP (30 jours) et les concessions de travaux (52 jours).

Désormais, un délai minimum de 30 jours est applicable à tous les contrats de concession. Ce délai atténue les risques d'annulation, par le juge administratif, de la procédure de passation pour les autorités concédantes qui, face à un contrat de concession combinant des travaux et l'exploitation d'un service public mais s'analysant comme une concession de travaux, auraient fixé des délais de réception des candidatures inférieurs à 52 jours.

Si la fixation des délais minimaux de réception des candidatures existait déjà et se trouve aujourd'hui harmonisée pour tous les contrats de concession, la fixation d'un délai minimal d'offres, en cas de phases successives, revêt, quant à elle, un caractère inédit. Elle offre, en toute hypothèse, une garantie supplémentaire pour les opérateurs économiques, qui dispose désormais d'un délai minimal auquel l'autorité concédante ne pourra déroger pour formuler leurs offres. L'efficacité de la mise en concurrence suppose, en effet, de laisser aux opérateurs intéressés un délai suffisant pour concevoir leur offre. La qualité des offres pourraient ainsi s'en trouver améliorées, bénéficiant, *in fine*, à l'autorité concédante.

La fixation d'un délai « plancher » de réception des offres permet également à l'autorité concédante de respecter les principes de la commande publique. Jusqu'alors, la détermination des délais de remise des offres était laissée à la libre appréciation de l'autorité concédante qui, si elle fixait un délai trop court, pouvait être considéré comme insuffisant au regard des principes de transparence et d'égalité de traitement.

- Impacts :

L'impact relatif à la fixation de délais minimaux de réception des candidatures et des offres est limité.

- ♦ Dans l'hypothèse où l'autorité concédante opte pour le dépôt conjoint des dossiers de candidatures et d'offres, le délai de réception des candidatures et des offres est raccourci (30 jours en lieu et place des 30 + XX jours pour les DSP et 52 + XX jours pour les concessions de travaux actuels). Il s'agit d'un délai minimal qui pourra, en tout état de cause, être prorogé.

Ce délai inférieur permettra, en outre, aux autorités concédantes, lorsqu'elles sont signataires de concessions de moindre envergure d'accélérer le calendrier procédural, et par suite, de gagner en efficacité. Autrefois, l'autorité concédante était liée au respect d'un délai supérieur à 30 ou 52 jours. Désormais, elle pourra adapter son délai à chaque contrat de concession, compte tenu de ses caractéristiques, de son montant, de sa complexité et de son périmètre géographique.

- ♦ Lorsque l'autorité concédante décide de procéder par phases successives, l'impact est également limité. Le délai de réception des candidatures fixé à 30 jours est identique à celui qui existait pour les délégations de service public et inférieur au 52 jours prévus pour les concessions de travaux. Si l'impact est neutre pour l'autorité concédante concluant une concession de service public, l'impact est non négligeable pour l'autorité publique qui gagnera en flexibilité pour les concessions de travaux en ce qu'elle ne sera plus tenue de respecter, systématiquement, un délai de 52 jours, pouvant s'avérer contraignant pour certaines concessions d'un montant moindre ou de faible complexité.

Concernant plus spécifiquement les offres, un délai minimum de réception des offres de 22 jours est désormais instauré. Si ce seuil plancher peut sembler plus strict que le régime de libre détermination qui prévalait jusqu'alors, son impact est toutefois à nuancer. Il s'agit tout d'abord d'une exigence de transposition, auquel le droit interne ne peut déroger. Par ailleurs, la fixation de 22 jours pour formaliser une offre ne paraît pas déraisonnable, compte tenu de la complexité de certaines concessions (infrastructures publiques, prise en compte des exigences du service public, ...).

1.2.1.3 L'exigence d'une hiérarchisation des critères de sélection des offres.

- Etat des lieux : La délivrance d'une information appropriée sur les critères de sélection.

A la différence du droit des marchés publics, les critères de sélection des offres des contrats de

concessions ne font l'objet d'aucune hiérarchisation ou pondération :

- ✓ Pour les délégations de service public, l'autorité concédante doit apporter aux soumissionnaires, avant le dépôt de leurs offres, une information sur les critères de sélection des offres (*CE, 23 décembre 2009, Etablissement public du musée et du domaine national de Versailles, n°328827 et 330054*).

Si une obligation d'information des candidats admis à présenter une offre pèse sur l'autorité concédante, celle-ci n'est toutefois pas tenue d'informer les candidats des modalités de mise en œuvre de ces critères. En effet, 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 (*CE, 23 décembre 2009, Etablissement public du musée et du domaine national de Versailles, précité*). Ainsi, aucune règle, ni aucun principe n'impose à l'autorité déléguée d'informer les candidats des modalités de mise en œuvre des critères de sélection des offres (*CE, 21 mai 2010, Commune de Bordeaux, n°334845*). Il en résulte que l'autorité publique n'a pas à pondérer, ni à hiérarchiser les critères de sélection qu'elle énonce (*CE, 3 mai 2010, Département de la Corrèze, n°306911*).

- ✓ Les avis de publicité des concessions de travaux doivent obligatoirement mentionner les critères de sélection des offres.
- ✓ En droit interne, les concessions de services, autres que celles portant sur un service public, ne font l'objet d'aucun encadrement, n'étant soumises qu'aux seuls principes du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

- **Objectifs** : Transposer les exigences de la directive (article 41.3 de la directive), assurant une plus grande transparence des contrats de concession.

Aux termes des dispositions de l'article 41.3 de la directive, l'autorité concédante doit établir une liste de critères par ordre décroissant d'importance. Cette obligation de hiérarchisation a été reprise de manière expresse à l'article 25-II du décret.

Cette obligation revêt, en droit des contrats concessifs, un caractère inédit. Elle s'inscrit dans le droit fil du respect des principes constitutionnels de la commande publique, notamment du principe de transparence des procédures. Elle renforce également la qualité du lien entre autorité concédante et soumissionnaires, dans la mesure où la hiérarchisation permet d'afficher, en toute transparence, les paramètres qui sont, pour l'autorité cocontractante, les plus importants.

Pour l'autorité concédante, la hiérarchisation facilite également la comparaison des offres entre elles, sur une base objective, et par suite le choix de l'offre présentant un avantage économique global tout en garantissant l'égalité de traitement des candidats.

En outre, elle permet aux opérateurs économiques, de manière plus efficace que la simple délivrance d'informations, de connaître, avec précision, l'appréciation qui sera faite, par ordre d'importance, de chaque élément de leur offre. En effet, à la manière dont l'illustre B. Dacosta, «*Donner une liste de critères, sans davantage de précision, risque à l'usage, de se révéler totalement inexploitable pour les candidats. A l'inverse, l'existence d'une négociation ultérieure n'invalide pas une information, au stade de l'envoi des documents, sur la hiérarchie des critères. (...) Les candidats pourront remettre des offres plus adaptées*» (*Conclusions sous CE, 23 décembre 2009, Etablissement public du musée et du domaine national de Versailles, précité*). L'offre formulée par le soumissionnaire répondra d'autant plus aux besoins énoncés par l'autorité concédante si cette dernière a éclairé chaque candidat sur son degré d'exigence et sur les critères les plus importants.

- **Impacts** :

Si le fait d'imposer à l'autorité concédante de hiérarchiser, par ordre d'importance, les critères de sélection des offres revêt de prime abord un caractère inédit, elle ne constitue toutefois pas en pratique une réelle innovation. En effet, de nombreuses autorités concédantes mentionnent d'ores et

déjà dans leurs avis de DSP une hiérarchisation des critères, voire même une pondération :

Illustration de DSP avec critères hiérarchisés.

Objet : [Avis 13-140100] Exploitation du service public de chauffage urbain de la ville de Nîmes (<http://www.boamp.fr/avis/detail/13-140100/11>):

Par ordre décroissant d'importance :

- ✓ Critère économique :
 - Niveau et caractéristiques de la tarification de la chaleur ;
 - Cohérence du compte d'exploitation prévisionnel.

- ✓ Critère environnemental :
 - Taux d'ENR dans le mix énergétique ;

- ✓ Critère qualité de service :
 - Moyens pris pour assurer la mission ;
 - Reporting à la collectivité ;
 - Communication avec les abonnés.

- ✓ Critère technique :
 - Valeurs technique du projet
 - Cohérence des puissances des chaufferies
 - Minimisation des nuisances pour les riverains durant les travaux.

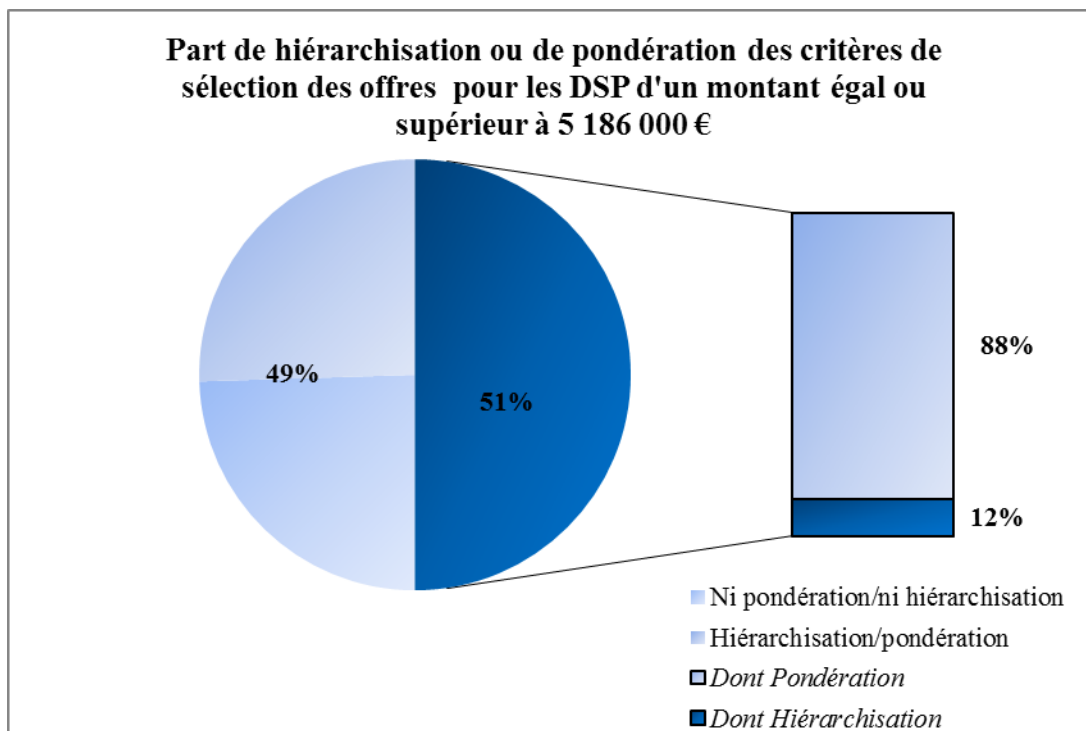
Illustration de DSP avec critères pondérés.

Objet : [Avis 13-100963] Exploitation d'un établissement d'accueil de jeunes enfants de la ville d'Asnières-sur-Seine (<http://www.boamp.fr/avis/detail/13-100963/0>) :

- ✓ Paramètres de l'équilibre financier : 40 points ;
- ✓ Qualité du service et d'exploitation : 30 points ;
- ✓ Performance en matière d'insertion des publics en difficulté : 20 points ;
- ✓ Moyens mis en œuvre pour une démarche de développement durable : 10 points.

Certaines de ces autorités concédantes s'astreignent donc à une obligation plus forte que celle prévue par la directive et reprise dans le décret. En effet, en 2013, sur les 51 avis d'attributions de DSP d'un montant égal ou supérieur au seuil européen publiés à titre facultatif sur le BOAMP, 26 avis (soit 51%) faisaient l'objet d'une hiérarchisation ou pondération. 88% de ces derniers étaient pondérés, démontrant ainsi que les autorités délégantes s'astreignaient déjà à une obligation plus stricte que celle imposée par la législation et réglementation en vigueur. Ce constat atténue d'autant plus

l'impact que pourrait susciter cette nouvelle mesure.



Source : Avis d'attribution publiés à titre facultatif sur le BOAMP, 2013

En outre, si les autorités concédantes ne délivraient pas jusqu'à présent les modalités de mise en œuvre des critères de sélection des offres aux candidats, elles avaient, toutefois, dans le cadre de l'analyse des offres, connaissance de l'ordre d'importance qu'elles entendaient conférer à chacun des critères énoncés dans l'avis de concession ou dans l'invitation à présenter une offre. L'impact de cette mesure est donc limité à la seule publication, par l'autorité concédante, d'informations déjà détenues par elle.

L'impact est non négligeable pour les candidats et soumissionnaires qui pourront adapter leurs offres au plus près du besoin du pouvoir adjudicateur, renfonçant ainsi la qualité et l'efficacité des ouvrages et services concédés.

L'article 25-II du décret a également un impact positif sur les tiers au contrat de concession, tant les usagers des ouvrages ou services, que les citoyens. En effet, un ouvrage ou un service qui satisfait au mieux les exigences premières de l'autorité concédante est une infrastructure ou une prestation rendue à l'utilisateur qui s'avère pérenne et efficiente, qui ne nécessitera pas de correctifs à court ou moyen terme ou la passation ultérieure de coûteux avenants. La hiérarchisation, par les offres adaptées qu'elle fournit, contribue donc à une meilleure utilisation des deniers publics.

1.2.1.4 L'encadrement du champ matériel de la négociation.

- Etat des lieux : Une liberté de négocier encadrée par la jurisprudence.

L'importance donnée à la phase de négociation et la liberté dont dispose l'autorité délégante dans le cadre de cette dernière caractérisent la procédure de DSP (voir en ce sens point 2.2.6.1 de la fiche d'impact relative aux contrats de concession). Cette négociation est toutefois soumise au respect des principes constitutionnels de la commande publique, notamment le principe d'égalité de traitement (CE, 9 août 2006, *Compagnie générale des eaux*, n°286107), qui en modèlent le déroulement.

En effet, la négociation, en apparence libre, a toutefois été encadrée par le Conseil d'Etat. Si le juge accepte que la personne responsable de la passation du contrat de DSP apporte, au cours de la consultation, des adaptations à l'objet du contrat qu'elle envisage de conclure, ces adaptations doivent toutefois avoir une portée limitée, justifiées par l'intérêt du service et ne présentent pas, entre

les entreprises concurrentes, un caractère discriminatoire (CE, 21 juin 2000, *Syndicat intercommunal de la côte d'Amour et de la presqu'île Guérandaise*, n°209319). La négociation menée avec les soumissionnaires ne doit pas avoir pour objet de modifier le champ de la délégation ni avoir pour effet d'altérer les conditions initiales de mise en concurrence. Qu'elle le fasse spontanément ou sur proposition d'un candidat, l'autorité délégante ne peut, sans méconnaître le principe d'égalité entre les candidats, modifier au-delà du champ précité, en cours de procédure, le projet de convention qu'elle leur a soumis (voir en ce sens conclusions G. Pellissier sous arrêt CE, 21 février 2014, *Société Dalkia France et autres*, n°373159).

- **Objectif** : Transposer les exigences de la directive (article 37.6 de la directive) tout en codifiant la jurisprudence.

L'article 23 du décret reprend expressément les limitations, apportées par la directive, à la négociation. Si, jusqu'à présent, la phase de négociation permettait à l'autorité concédante de faire évoluer les offres dans l'intérêt de la collectivité, son absence d'encadrement textuel pouvait laisser place à une certaine insécurité juridique, dans la mesure où le périmètre de la négociation évoluait au gré de la jurisprudence. Désormais, le décret opère une codification de la jurisprudence établie par le juge administratif, notamment en prohibant toute négociation portant sur :

- ✓ L'objet du contrat ;
- ✓ Les exigences minimales du contrat ;
- ✓ Les critères d'attribution du contrat.

Une négociation sur l'un de ces éléments aurait pour conséquence d'aboutir à la naissance d'un contrat différent de celui initialement défini par l'autorité concédante. Dans cette hypothèse, il impliquerait la mise en œuvre d'une nouvelle procédure de passation afin que tous les candidats et soumissionnaires au premier contrat puissent être à même de présenter une nouvelle candidature. L'encadrement de la négociation a donc pour objectif de prévenir les contentieux devant les juridictions administratives et judiciaires.

Le décret fixe également un cadre normatif permettant la mise en place d'un réel partenariat entre la personne publique et le soumissionnaire, grâce à une négociation sécurisée et encadrée, inhérente à la spécificité des contrats de concession, longs et souvent complexes. Certes, la négociation ne permet pas de modifier les caractéristiques principales du contrat telles que l'objet de la concession ou les critères de sélection des offres. 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 l'adaptation de la tarification perçue sur l'usager.

- **Impacts** :

L'impact relatif à l'encadrement de la négociation est limité dans la mesure où la jurisprudence administrative limitait déjà le champ de la négociation. Le décret formalise uniquement ces limitations.

Le recours à la négociation permet de favoriser la concurrence : elle 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. Outre l'éventuel gain financier, l'intérêt de la négociation réside également dans l'aspect qualitatif de l'offre (qualité de l'ouvrage ou du service, continuité du service public, accueil des usagers, ...).

Enfin, même si l'autorité concédante ne peut modifier substantiellement l'objet ou les conditions initiales de mise en concurrence (critères et caractéristiques minimales), telles qu'elles ont été définies pour le lancement de la procédure, l'autorité concédante dispose néanmoins d'une certaine marge de manœuvre. En atteste les illustrations jurisprudentielles suivantes :

Modifications admises dans le cadre de la négociation.

• Le juge administratif a pu admettre que des travaux supplémentaires de 2 millions de francs sur un montant total de 600 millions de francs revêtent une portée limitée (CE, 21 juin 2010, *Syndicat intercommunal de la côte d'Amour et de la presqu'île Guérandaise*, n°209319).

• Il en va de même lorsque la durée du contrat passe de 10 ans à 10 ans et 6 mois (*même arrêt*).

• En revanche, 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, soit de plus des 5/6^{ème} la durée de son engagement ainsi que le périmètre des investissements à réaliser sur cette durée, qui se trouveraient ramenés à 37.2 millions sur les 172.8 millions d'euros d'investissements nouveaux, se révèle d'une portée trop importante et présente un caractère discriminatoire pour les entreprises concurrentes (CE, 21 février 2014, *Sté Dalkia France*, n°373159).

1.2.1.5 La sécurisation de l'achèvement de la procédure.

1.2.1.5.1 L'information immédiate des candidats et soumissionnaires non retenus, une réponse aux préoccupations de transparence de la procédure.

- Etat des lieux : Une obligation d'information des candidats et soumissionnaires évincés disparate.

La législation applicable aux conventions de DSP prévoit qu'au terme de la négociation, l'autorité délégante choisit le soumissionnaire ayant présenté la meilleure offre :

- ✓ Au niveau national, ce choix correspond à celui du futur délégataire, en charge de l'exploitation du service public délégué et mène directement, si l'autorité délégante le souhaite, à la signature du contrat de DSP (article 38 de la loi Sapin) ;
- ✓ Au niveau local, le choix de l'autorité délégante doit être soumis, au préalable, à l'assemblée délibérante (article L. 1411-7 du CGCT). Le maire ne peut valablement conclure avec un opérateur économique une convention de DSP sans y avoir été préalablement autorisé par une délégation expresse du conseil municipal (CE, 10 janvier 2007, *Société des pompes funèbres et conseillers funéraires du Roussillon*, n°284063).

La réglementation relative aux délégations de service public ne comporte aucune disposition sur l'achèvement de la procédure de passation du contrat. Aucun principe ni aucune disposition n'impose à l'autorité délégante d'informer le candidat évincé du rejet de sa proposition ni des motifs de ce rejet dans le cadre des DSP (CE, 25 octobre 2013, *Commune de la Seyne sur Mer*, n°370393). L'autorité délégante peut néanmoins se soumettre volontairement à cette formalité.

Conformément à la directive du 11 décembre 2007 sur l'amélioration de l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des marchés publics, dite directive « Recours », qui s'applique aux concessions de travaux publics, l'article 17 du décret du 26 avril 2010 impose au pouvoir adjudicateur de procéder à l'information des entreprises non retenues « dès qu'il a fait son choix pour une candidature ou une offre ». L'autorité concédante doit donc informer, à l'issue de l'examen des candidatures, toutes les entreprises dont la candidature a été écartée, en indiquant les motifs de ce rejet sans attendre la fin de la procédure.

Ensuite, lorsque l'autorité concédante a choisi le candidat attributaire de la concession, il notifie aux autres soumissionnaires le rejet de leur offre et les motifs de ce rejet. Lorsqu'elle a lieu à l'issue de la procédure, la notification doit également préciser le nom de l'attributaire de la concession et les motifs qui ont conduit au choix de son offre.

La signature de la concession de travaux ne peut intervenir avant l'expiration d'un délai de 16 jours, à compter de la date de la notification de rejet et d'attribution (11 jours en cas de notification électronique).

L'obligation d'information immédiate des candidats évincés et le respect du délai de « *standstill* » est reprise à l'article R. 1415-9 du CGCT pour les concessions de travaux publics conclues par les collectivités territoriales.

• **Objectifs** : Transposer les exigences de la directive (articles 40, 46 et 47 de la directive) et garantir un recours effectif aux candidats et soumissionnaires évincés.

La directive prévoit deux types d'informations :

- ✓ L'information immédiate des candidats, dès que l'autorité concédante a fait son choix sur une candidature ou sur une offre (1^{er} alinéa de l'article 40.1) ;
- ✓ L'information à la demande des soumissionnaires ayant déposé une offre recevable (2nd alinéa de l'article 40.1).

Les articles 46 et 47 de la directive modifient également les dispositions de la directive 2007/66/CE du 11 décembre 2007 relative à l'amélioration de l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des marchés publics, dite directive « Recours », en étendant son champ d'application aux contrats concessifs.

Les obligations liées à l'information des candidats évincés, s'appliquant jusqu'alors aux seuls acheteurs publics, ont donc été renforcées et concernent désormais les autorités concédantes.

L'article 28 du décret reprend strictement le contenu de l'information faite aux candidats évincés, tel qu'il a été déterminé par la directive :

- ✓ **L'information des candidats écartés au stade de l'examen des candidatures** : Dès la fin de l'examen des candidatures, sans attendre la fin de la procédure, l'autorité concédante doit informer chaque candidat écarté du rejet de sa candidature et les motifs de ce rejet ;
- ✓ **L'information des soumissionnaires dont l'offre n'a pas été retenue** : Lorsque l'autorité concédante a sélectionné le soumissionnaire auquel il envisage d'attribuer le contrat de concession, elle notifie aux autres candidats qui ont été admis à présenter une offre le rejet de celle-ci et les motifs de ce rejet (i), le nom du ou des attributaires et les motifs ayant conduit au choix de leur offre (ii) et la durée du délai minimal que va respecter l'autorité avant de signer le contrat de concession (iii).

L'information obligatoire des candidats non retenus à l'issue d'une procédure de contrat de concession constitue une formalité essentielle d'achèvement de la procédure, tant en vertu du principe de transparence des procédures qu'au regard de ses effets sur les voies de recours ouvertes à ses destinataires contre la procédure ou contre le contrat lui-même. La notification adressée au candidat évincé lui permet de comprendre pourquoi son offre a été considérée comme présentant un avantage économique global moindre que celle sélectionnée et, s'il le souhaite, d'exercer utilement un recours contre la décision de rejet.

En outre, il existait, jusqu'à présent, une dissymétrie dans les voies de recours ouvertes aux candidats évincés selon la nature du contrat de concession. En effet, si l'obligation d'information immédiate permet, pour les concessions de travaux, aux candidats évincés d'exercer pendant le délai de « *standstill* » un référé précontractuel, cette possibilité lui était fermée pour les DSP. A défaut d'obligation de respecter un tel délai, la voie du référé précontractuel était fermée aux candidats. Seul le recours contractuel pouvait être exercé. Or, seuls les manquements les plus graves tenant notamment à l'absence totale de mesures de publicité peuvent conduire le juge du référé contractuel à prononcer la nullité de tels contrats.

Désormais, l'information immédiate aux candidats évincés devient obligatoire pour tous les contrats de concession, garantissant à tous un recours effectif.

L'unification des règles régissant l'ensemble des contrats de concession est également source de simplification. Quel que soit l'objet du contrat, l'autorité concédante devra procéder à une information immédiate des candidats évincés, sans s'interroger sur le caractère obligatoire ou facultatif de cette notification.

• Impacts :

L'impact lié à l'obligation d'information immédiate délivrée aux candidats évincés est maîtrisé. Cette exigence s'imposait déjà pour les concessions de travaux. Certes, elle revêt un caractère inédit pour les concessions de services puisque ces contrats n'étaient pas soumis à une telle obligation. Pour autant, les autorités délégantes pouvaient se soumettre volontairement à cette formalité. L'information immédiate présente l'avantage de faire connaître aux candidats et soumissionnaires non retenus les motifs de leur éviction et d'anticiper toute contestation ou demandes d'informations ultérieures. Il s'agit aussi d'une mesure d'élémentaire courtoisie, propre à instaurer de bonnes relations avec les entreprises qui seront, peut-être, de futurs fournisseurs et qui aide ces entités à organiser la programmation de leur travail. A cet effet, la doctrine administrative (*DAJ, Fiches techniques « L'information des candidats évincés » et « Les marchés à procédure adaptée » - Point 17.2 du Guide des bonnes pratiques*) recommande vivement, pour les contrats où cette obligation ne s'impose pas, notamment les marchés à procédure adaptée, de s'astreindre à l'envoi d'une notification et au respect du délai de « *standstill* ».

Dans l'hypothèse où les autorités délégantes ne délivraient pas volontairement l'information aux candidats évincés, l'impact demeure limité. En effet, l'obligation d'information immédiate des candidats évincés pèse déjà sur tous les marchés et accords-cadres passés selon une procédure formalisée, à l'exception de ceux passés en application du II de l'article 35. Dès lors, les pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices maîtrisent cette obligation et le contenu à faire figurer dans la notification.

Le coût financier de cette obligation à la charge des autorités concédantes est neutre. Aucun formalisme particulier n'est imposé. La notification des décisions de rejet et d'attribution peut être effectuée par voie postale ou par voie électronique. La notification par un moyen de transmission électronique permet de raccourcir de 16 à 11 jours le délai minimal de suspension de la signature.

En tout état de cause, l'impact sur les candidats et soumissionnaires est significativement positif en ce qu'il permet l'exercice d'un recours contentieux effectif.

1.2.1.5.2 La publication obligatoire d'un avis d'attribution.

• Etat des lieux : Un avis facultatif publié sur des vecteurs différents.

La publication d'un avis d'attribution est facultative pour les contrats de type concessif. Ni le décret d'application de la loi Sapin, repris à l'article R. 1411-2-2 du CGCT, ni l'article 18 du décret du 26 avril 2010, codifié à l'article R. 1415-10 du CGCT n'impose une telle obligation.

• Le décret n°2009-1456 du 27 novembre 2009, qui complète l'ordonnance n°2009-515 du 7 mai 2009, réglemente les recours en matière de passation des contrats de la commande publique. Pour les conventions de DSP, les articles 23 et 24 du décret, qui modifient les articles R. 1411-2-1 et R.1411-2-2 du CGCT et les articles 1^{er}-1 et 1^{er}-2 du décret du 24 mars 1993, renvoient à un arrêté le soin de fixer des modèles de formulaires relatifs notamment à l'avis d'attribution d'une convention de DSP.

Lorsque le délégant décide de procéder à cette formalité facultative de publicité, le formulaire d'avis d'attribution tel que fixé par l'arrêté du 15 septembre 2010 doit être utilisé pour toutes les consultations en vue desquelles une consultation a été engagée à partir du 1^{er} décembre 2009.

Cette formalité de publicité a l'avantage de renforcer la sécurité juridique des contrats : le délai de recours du référé contractuel commence à courir à compter de la date de publication de l'avis d'attribution. L'article R. 551-7 du code de justice administrative précise les délais encadrant la saisine du juge du référé contractuel à savoir 30 jours suivant la publication de l'avis, ou, à défaut de publication, 6 mois.

L'avis d'attribution est publié au BOAMP.

- Pour les concessions de travaux, la publication d'un avis d'attribution revêt le même caractère facultatif. En revanche, le support de publication diffère. L'avis d'attribution doit être publié au JOUE.

- Enfin, à défaut de toute réglementation applicable aux concessions de services, l'autorité concédante peut, le cas échéant, publier un tel avis.

Outre, la réduction du délai du référé contractuel de 6 mois à 1 mois, la publication d'un avis d'attribution permet également de faire courir le délai de recours en contestation de validité du contrat, à conditions qu'elle puisse être regardée comme une « *mesure de publicité appropriée* » au sens de la décision du Conseil d'Etat du 16 juillet 2007 (*CE, Ass, 16 juillet 2007, Société Travaux Tropic Signalisation, n°291545*).

- **Objectifs** : Transposer les exigences de la directive (article 32 de la directive) et sécuriser juridiquement les contrats de concession.

A l'exception des services sociaux et autres services spécifiques, l'article 32 de la directive impose aux autorités concédantes la publication d'un avis d'attribution, au plus tard 48 jours après l'attribution de la concession. L'avis d'attribution est publié dans l'organe qui a assuré la publication de l'avis de concession, à savoir au JOUE, et selon les mêmes modalités.

L'article 30 du décret reprend fidèlement les dispositions précitées de la directive. Le Gouvernement respecte, en cela, l'exigence constitutionnelle de transposition.

Dans un objectif d'harmonisation, les directives « Marchés » et la directive « Concessions » établissent un délai commun de publication des avis d'attribution. Il en va de même pour le contenu, quasiment identique, dans les deux types de contrats. L'exercice de publication et de renseignement des rubriques s'en trouve dès lors simplifié.

L'objectif de simplification se retrouve également dans l'harmonisation des formulaires et des supports de publicité de l'avis d'attribution : si, jusqu'à présent, les avis d'attribution des DSP devaient être publiés sur un support national (BOAMP) conformément à un formulaire interne, les avis d'attribution des concessions de travaux devaient l'être au JOUE sur la base d'un formulaire européen. Désormais, le formulaire est commun à l'ensemble des contrats de concession et l'avis doit être publié au JOUE.

En outre, la publication d'un avis d'attribution permet aux autorités concédantes de sécuriser juridiquement les contrats de concession. La publication d'un avis d'attribution permet de faire courir le délai de 2 mois de recours en contestation de validité du contrat (*CE, Ass, 4 avril 2014, Département de Tarn et Garonne, n°358994*). A défaut d'accomplissement des mesures de publicité appropriées, telle la publication d'un avis d'attribution, le délai de recours n'est pas déclenché, confrontant l'autorité concédante à un risque contentieux tout au long de l'exécution du contrat.

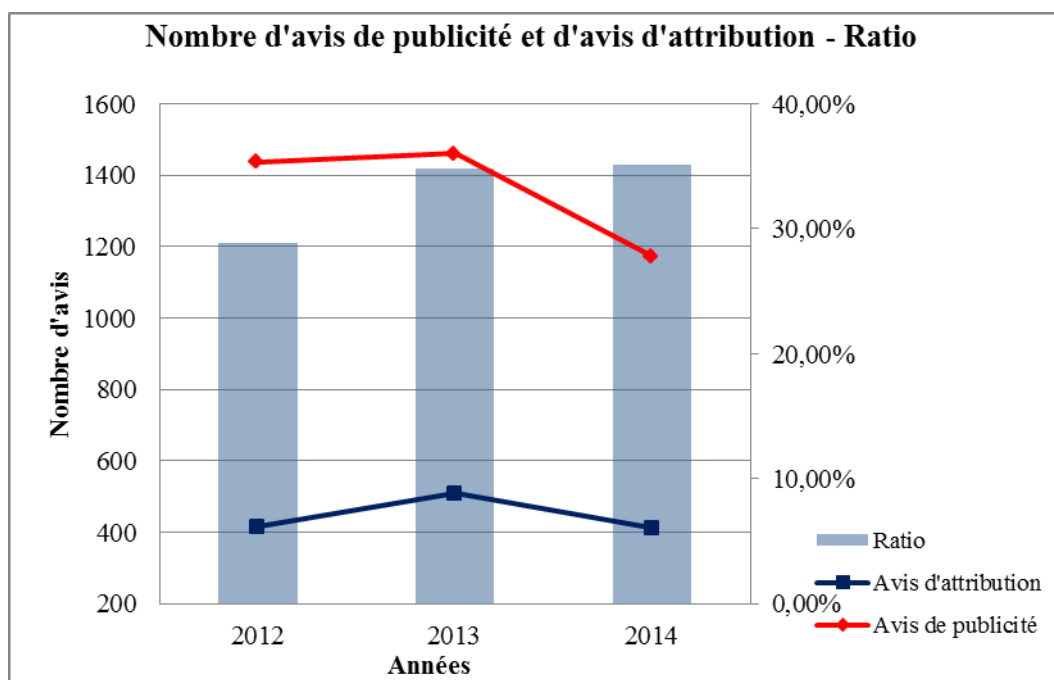
La publication d'un avis d'attribution garantit également les opérateurs économiques, candidats et soumissionnaires, un accès au juge et l'exercice d'un recours effectif. Ainsi, dans l'hypothèse où le concurrent évincé n'a pas été informé du rejet de son offre et de la signature du contrat ou si le délai de suspension de la signature du contrat n'a pas été respecté par l'autorité concédante, le candidat évincé peut alors exercer un référé contractuel dans le délai d'un mois.

Enfin, la systématisation de la publication des avis d'attribution, pour les contrats de concession passés selon une procédure formalisée, augmentera la transparence sur les éléments essentiels de la commande publique. Les contrats seront ainsi plus transparents et plus accessibles aux entreprises, ce qui favorisera la concurrence.

• Impacts :

L'impact lié à l'obligation de publication des avis d'attribution est limité. Si cette obligation, résultant de la directive, revêt un caractère inédit en droit interne, les autorités concédantes satisfaisaient déjà de manière volontaire à cette publication.

En 2012, 28.86% des conventions de DSP dont les avis de publicité ont été publiés sur le site du BOAMP ont fait l'objet d'un avis d'attribution. Ce chiffre est en constante évolution, attestant d'une pratique accrue des autorités concédantes. En effet, le pourcentage passe, pour 2013, à 34.79% et, pour 2014, à 35.12%.

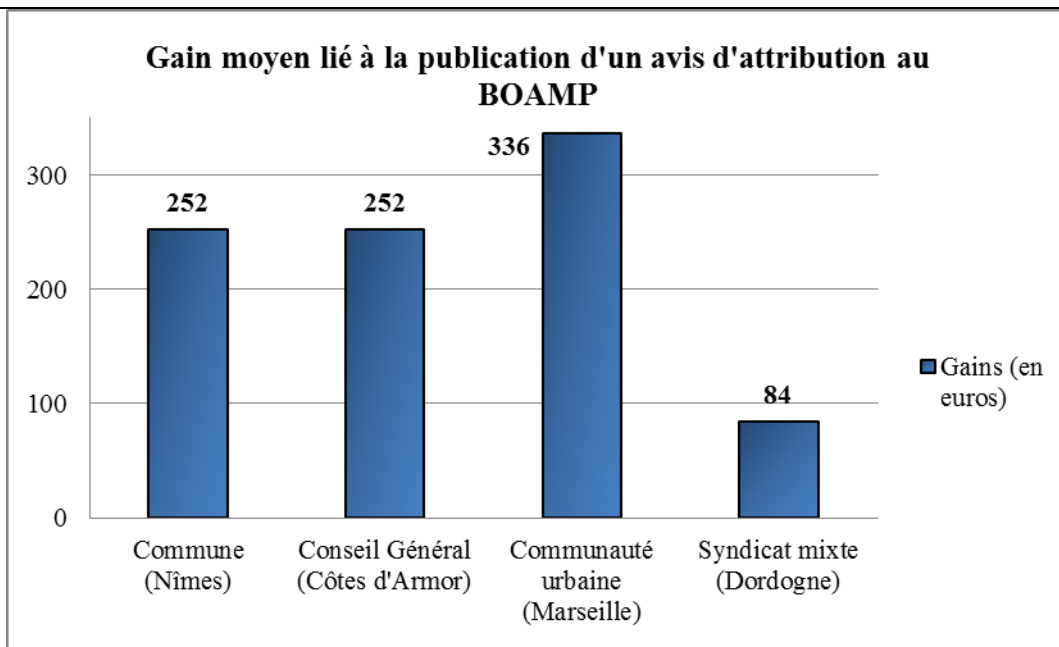


Source : Avis d'attribution publiés à titre facultatif sur le BOAMP, 2013-2014.

L'impact est également limité dans la mesure où la publication de l'avis s'opérera à l'aide d'un formulaire européen similaire à celui utilisé, en droit interne, par les autorités délégantes, parfaitement compris et largement maîtrisé par ces autorités. Le formulaire est simple et rapide à utiliser. Les rubriques sont identiques. Seuls quelques renseignements d'ordre mineurs divergent (ex : informations sur les offres reçues, ...).

Cette nouvelle obligation est, en outre, génératrice d'économies, notamment pour les concessions de service public. En effet, lorsque l'autorité délégante décide de procéder à cette formalité de publicité, l'avis devait alors être publié obligatoirement au BOAMP. Or, cette publicité pouvait s'avérer coûteuse pour l'autorité délégante. Le coût d'une publication s'élève à 3 UP (unités de publication), par autorité concédante. Ce prix fluctue entre 78 € et 90 €, selon la formule retenue par la collectivité (achat à l'unité ou en pack de 552 UP).

Désormais, la publication de l'avis d'attribution doit se faire au JOUE, organe de publication gratuit et, par suite, n'engendrant aucune charge financière pour les autorités concédantes.



Source : Avis d'attribution publiés au BOAMP pour l'année 2013.

Le coût de la publication a été opéré par la moyenne entre l'unité de publication la plus élevée (90 € à l'unité) et la moins onéreuse (78 € à l'unité avec un forfait de 552 UP).

Cette nouvelle publication a, enfin, un impact positif sur la perception et l'expertise des contrats de type concessif, source de transparence et de meilleure utilisation des deniers publics.

1.2.1.6 L'exigence d'une traçabilité de toutes les étapes liées à la passation des contrats de concession.

- Etat des lieux : L'absence d'une obligation expresse de traçabilité de la procédure de passation des contrats de concession.

Si, aucune disposition législative ou réglementaire n'impose expressément aux autorités concédantes de consigner toutes les étapes de la procédure de passation d'un contrat de concession, la mise en œuvre de certaines obligations exigent que l'autorité concédante conserve une traçabilité de l'ensemble des étapes de la procédure de passation du contrat. Ce suivi permet, en cas de besoin, de disposer de « preuves » des événements procéduraux, des différentes décisions prises et de leur objectivité, notamment en cas de recours gracieux ou contentieux ou de demande de communications de documents.

Cette exigence de traçabilité est renforcée pour les collectivités territoriales, notamment au titre de :

- ✓ **L'information des élus locaux** : L'article L. 1411-5 du CGCT impose, dans son dernier alinéa que l'exécutif transmette à l'organe délibérant « *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* ». Concrètement, l'information des élus locaux est assurée par la communication du rapport de la commission de DSP sur la sélection des entreprises admises à présenter une offre, du rapport de la commission d'ouverture des plis et du document établi par le pouvoir adjudicateur de la collectivité établissant les motifs du choix de l'entreprise retenue.
- ✓ **Les opérations de contrôle des contrats** : Aux termes des articles L. 2131-2, L. 3131-2 et L. 4141-2 du CGCT, les conventions de concession ou d'affermage de services publics locaux sont transmises au représentant de l'Etat au titre de l'exercice du contrôle de légalité. Pour les DSP, doivent notamment être jointes à la transmission, les procès-verbaux et rapports de la commission de DSP. Si les concessions de travaux ne sont pas référencées parmi les contrats transmis, le préfet peut toutefois effectuer un contrôle de ces conventions,

notamment au titre du pouvoir d'évocation mentionné à l'article L. 2131-4 du CGCT.

En outre, les articles L.1411-18 et R. 1411-6 du CGCT applicables aux conventions de DSP permettent également au représentant de l'Etat de transmettre une telle convention à la chambre régionale des comptes. Celui-ci communique alors « *outre le texte intégral de l'acte, tous documents et renseignements utiles à son examen et relatifs à sa passation* ».

L'ensemble de ces documents – transmis dans le cadre de l'information délivrée aux élus locaux ou au titre du contrôle de légalité – sont autant d'obligations permettant en l'état du droit d'assurer une traçabilité de la procédure de passation des contrats de type concessifs.

- **Objectifs** : Transposer les exigences de la directive (article 37.5 de la directive).

L'article 37.5 de la directive impose aux pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices de garantir « *une consignation adéquate des étapes de la procédure selon les moyens qu'il juge appropriés(...)* ».

L'article 9 du décret reprend expressément les mêmes termes que l'article précité de la directive, sous réserve du respect de l'article 28 de l'ordonnance relative aux contrats de concession.

En l'état du droit, aucun texte réglementaire ne mettait en œuvre l'obligation expresse de consigner l'ensemble des étapes procédurales d'un contrat de concession. Seules des dispositions connexes à la procédure de passation et applicables aux seules collectivités obligeaient les autorités concédantes à conserver une traçabilité des étapes de la procédure de passation. Désormais, cette obligation s'impose pour tous les contrats de concession passés selon une procédure formalisée, quel que soit l'autorité concédante contractante.

La mise en place de ce dispositif doit permettre d'effectuer un suivi systématique et méthodique de l'ensemble des exigences procédurales mises en œuvre par l'autorité concédante. Elle constitue un préalable indispensable aux « *opérations de contrôle* » prévues par la directive, qui impliquent des éléments d'information fiables. L'article 45 de la directive impose, en effet, aux Etats membres de veiller à ce que « *l'application des règles d'attribution des contrats de concession soit contrôlée* ». Sur la base des « *opérations de contrôle* » effectuées par les autorités ou structures nationales compétentes, la Commission européenne doit ainsi pouvoir réaliser un rapport de contrôle « *tous les trois ans au maximum* ».

Au-delà du caractère « contraignant » que pourrait revêtir cette obligation, la traçabilité peut s'avérer utile pour l'autorité concédante. A titre d'illustration, la consignation des questions adressées à chacun des soumissionnaires, la conservation des comptes rendus de négociations facilitent le suivi et le choix final de l'offre. Cette documentation permettra de prouver, par exemple, que l'ensemble des soumissionnaires a été invité à négocier dans des conditions identiques.

Par ailleurs, la sauvegarde de toutes les décisions prises et de leurs justifications permettront aux autorités concédantes, en cas de besoin (contentieux, demande de communications de documents administratifs, ...) de disposer de preuves.

- **Impacts** :

L'impact de cette obligation de traçabilité de chaque étape de la procédure de passation d'un contrat de concession est neutre. Si cette obligation n'était pas formalisée expressément en droit interne, elle était toutefois rendue nécessaire en vue de l'information des élus locaux, de la transmission des pièces essentielles au contrôle de légalité ou encore de la transmission, en cas de contentieux, des pièces essentielles du contrat et de la justification, devant le juge, des décisions prises par l'autorité concédante.

Issue de la pratique, cette obligation est désormais consacrée dans un corpus juridique unique. D'un point de vue juridique, elle est source de sécurité juridique et de lisibilité des normes.

1.2.2 La procédure simplifiée : la reprise des acquis de la loi Sapin.

Aux termes de l'article 8.1 de la directive, seuls les contrats de concession dont la valeur est égale ou supérieure à 5 186 000 €HT sont soumis à la procédure définie par la directive.

Il importait, pour les contrats exclus du champ d'application de la directive mais bénéficiant déjà en droit interne d'un régime juridique identifié et maîtrisé par l'ensemble des parties prenantes, d'éviter une complexification du droit, notamment par le biais d'une sur-transposition. L'existence d'un régime procédural bien identifié en droit interne justifie de ne pas diluer ces contrats dans le régime de passation de la directive.

Néanmoins, la transposition, en droit interne, de la directive est également l'occasion d'une simplification et d'un allègement de certaines règles permises par le nouveau cadre européen, notamment lorsqu'elles s'avèrent plus souples que le droit existant.

Si la procédure dite « simplifiée » préserve les acquis du droit national, notamment de la loi Sapin, elle étend également les souplesses de la directive, dans leur intégralité.).

Le sort spécifique des conventions de DSP n'excédant pas 106 000 € ou 68 000 € par an sur une durée maximale de trois ans

L'article 41 de la loi du 29 janvier 1993, dite Loi Sapin, repris au c) de l'article L. 1411-12 du CGCT, fixe une procédure de passation « allégée » lorsque le « *montant des sommes dues au délégataire pour toute la durée de la convention n'excède pas 106 000 € ou que la convention couvre une durée non supérieure à trois ans et porte sur un montant n'excédant pas 68 000 € par an* ». Toutefois, dans une telle hypothèse, le projet de délégation demeure soumis à une publicité préalable ainsi qu'aux dispositions de l'article L. 1411-2 du CGCT.

Le décret n°95-225 du 1^{er} mars 1995 (article R. 1411-2 du CGCT) prévoit que le projet de délégation fait l'objet d'une insertion dans un journal d'annonces légales (JAL) ou dans une publication spécialisée correspondant au secteur économique concerné. Cette insertion fixe le délai de présentation des offres, qui ne peut être inférieur à 15 jours, précise les modalités de présentation de ces offres et mentionne les caractéristiques essentielles de la convention envisagée.

Conformément aux orientations fixées par le Premier ministre, le projet de décret poursuit un objectif de simplification, mettant un terme à la dualité des régimes procéduraux applicables aux conventions de DSP. Il convenait, en effet, de ne pas multiplier les procédures en-deçà du seuil européen, notamment au regard du faible poids de ces concessions. Selon les informations disponibles³, ces dernières représentent seulement 56 avis d'attribution, publiés à titre facultatif par les autorités délégantes en 2013 sur le BOAMP, sur un total de 508.

Le texte préserve, pour les contrats de concession régis par la procédure simplifiée, l'acquis hérité de la loi Sapin, il maintient également l'ensemble des souplesses caractérisant la procédure « allégée » des DSP de faible montant :

- ✓ **Une unique publication dans un organe de presse:** A l'instar du régime de publication existant jusqu'alors pour les conventions de DSP de faible montant, une seule publication, dans un organe de presse, est exigé (BOAMP ou JAL). L'insertion dans un JAL, exigence préexistante à la transposition de la directive, et

³ Les données chiffrées permettant de recenser les conventions de DSP de « faible montant » sont issues du recensement fait sur l'ensemble des avis d'attribution publiés par les autorités délégantes, à titre facultatif, sur le BOAMP pour l'année 2013. Ces données ne sont pas exhaustives dans la mesure où les concessions de travaux régies par l'ordonnance du 15 juillet 2009 ne sont pas répertoriées sur le site du BOAMP. La part de ces DSP sur le nombre total des contrats de concession passés mérite d'être relativisée compte tenu du montant des concessions de travaux excédant souvent le seuil européen de 5 186 000 € HT, notamment lorsqu'il s'agit d'infrastructures de grande envergure (concessions autoroutières, hydroélectriques,...).

sa consultation est un dispositif connu et maîtrisé des autorités concédantes et des opérateurs économiques.

- ✓ **Des délais de réception des candidatures et des offres adaptés** : Si l'article R.1411-2 du CGCT imposait un délai minimal de réception des offres de 15 jours, aux termes de l'article 17 du décret, la détermination des délais de réception des candidatures et des offres est désormais laissée à la libre appréciation du pouvoir adjudicateur. Sous réserve que l'objet de la concession et ses caractéristiques le permettent, l'autorité concédante pourra fixer un délai de réception des offres de 15 jours.

Soucieux de conserver un régime procédural souple, le Gouvernement a souhaité étendre ces souplesses à l'ensemble des contrats de concession passés en procédure simplifiée (*voir en ce sens le point 1.2.2.3 de la présente fiche*).

1.2.2.1 Un champ d'application précisé.

La directive exclut de son champ d'application certains contrats, à raison de leur montant ou de leur objet :

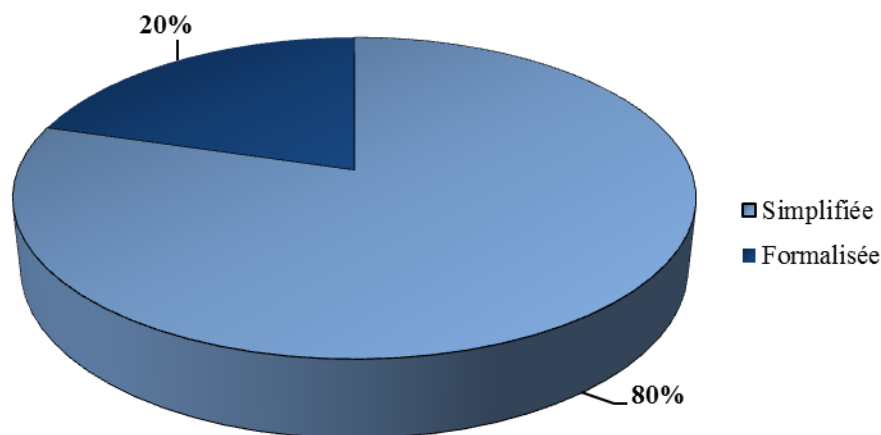
- ✓ L'article 8.1 exclut les contrats de concession dont la valeur est inférieure à 5 186 000 €HT ;
- ✓ L'article 10.3 exclut les contrats de concessions relevant de l'article 5.3 du règlement (CE) n°1370/2007 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2007, dit « règlement OSP » (ROSP) ;
- ✓ L'article 12 de la directive exclut le secteur de l'eau, notamment « *les projets de génie hydraulique, d'irrigation et de drainage* » et « *l'évacuation ou le traitement des eaux usées* ».

Exclus du champ d'application de la directive, ces contrats relèvent toutefois d'un régime procédural bien identifié en droit interne. En effet, la passation des concessions dans le secteur de l'eau et dont le montant est inférieur au seuil européen relève soit de la loi Sapin, soit de l'ordonnance du 15 juillet 2009. Tel est également le cas des contrats relevant de l'article 5.3 du ROSP qui sont également soumis aux dispositions de la loi Sapin.

Aujourd'hui soumis à un encadrement juridique, maîtrisé à la fois par les autorités concédantes et les opérateurs économiques, les exclure de toute exigence procédurale les exposerait à une insécurité juridique alors qu'ils présentent une importance majeure pour l'économie nationale (*voir en ce sens les données chiffrées énoncées au point 2.1.4 de la fiche d'impact de l'ordonnance relative aux contrats de concession*).

En 2013, 382 des avis d'attribution, sur un total de 508, publiés à titre facultatif par les autorités concédantes sur le BOAMP sont des concessions relevant, à l'issue de la transposition de la directive, de la procédure simplifiée :

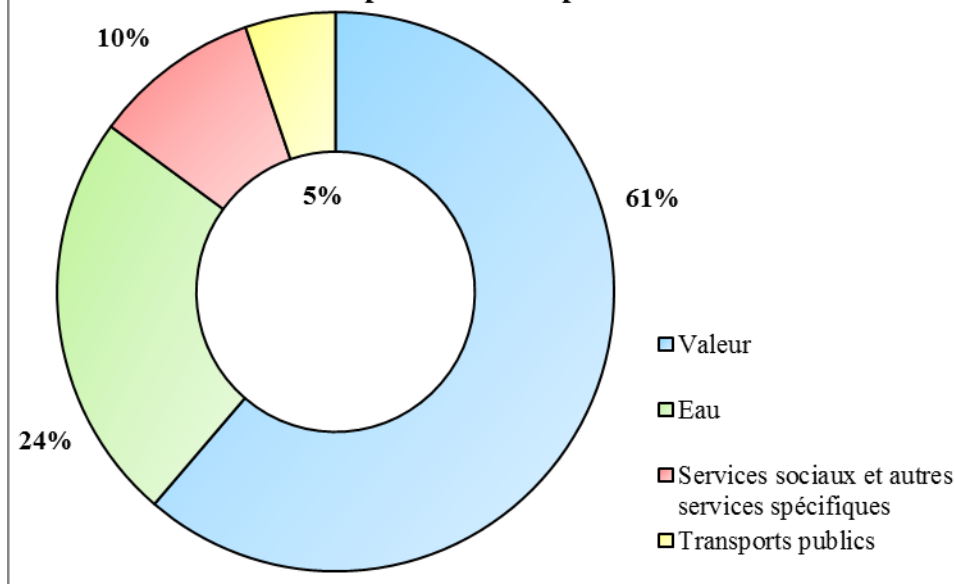
Part des DSP relevant, à l'issue de la transposition, de la procédure simplifiée (montant ou objet)



Source : Avis d'attribution publiés au BOAMP pour l'année 2013.

Sur ces 382 avis, 39% relèveront de la procédure simplifiée en raison de leur objet (eau, services sociaux et autres services spécifiques et transports publics de voyageurs au sens du ROASP) et 61 % en raison de leur montant :

Objet des DSP relevant, à l'issue de la transposition, de la procédure simplifiée



Source : Avis d'attribution publiés au BOAMP pour l'année 2013.

Au demeurant, le droit de l'Union européenne ne s'oppose pas à ce qu'un Etat membre prévoit un encadrement juridique, alors même que les contrats en cause sont exclus du champ de la directive.

Si, compte tenu de la nécessité de conserver un droit national compétitif au regard des législations des autres Etat membres, il n'y a pas lieu de les soumettre au régime défini par la directive, ils doivent pouvoir, dans un souci de cohérence, continuer à bénéficier d'un régime juridique stable et déjà maîtrisé par l'ensemble des parties prenantes, permettant de garantir à la fois la stabilité des relations contractuelles et la sécurité juridique.

Ce choix est cohérent avec les positions déjà exprimées par les parties prenantes.

Le cas spécifique des contrats de concessions ayant pour objet « certains services sociaux et autres services spécifiques ».

L'article 19 de la directive se limite à imposer, pour les contrats de concession relatifs aux services sociaux et autres services spécifiques dont la liste figure à l'annexe IV de la directive, trois exigences procédurales :

- ✓ La publication d'un avis de pré-information au JOUE (article 31, paragraphe 3) ;
- ✓ La publication d'un avis d'attribution, envoyé au plus tard 48 jours après la fin de chaque trimestre (article 32, paragraphe 1) ;
- ✓ L'information immédiate des candidats évincés (articles 46 et 47).

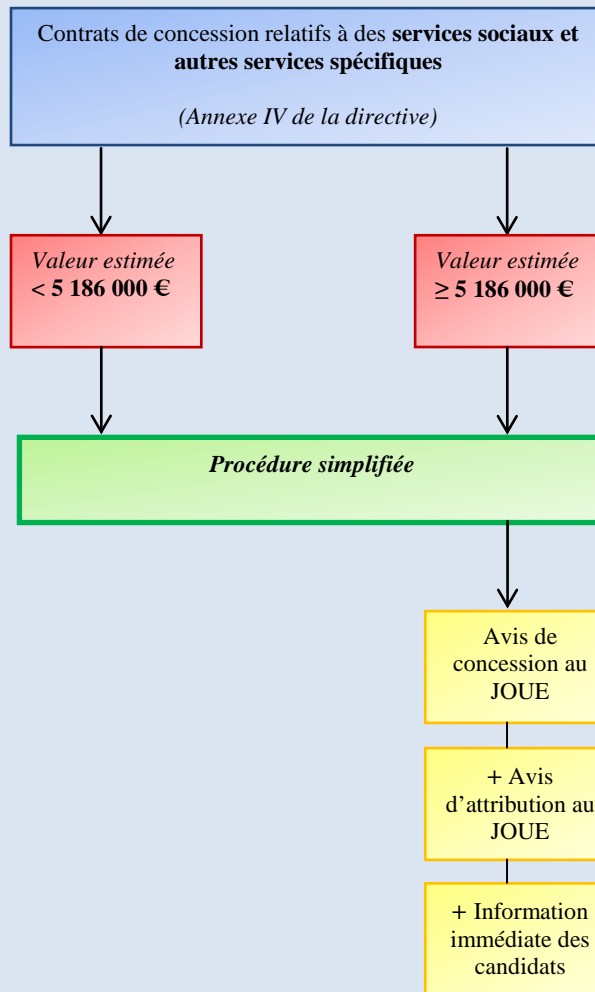
Le projet de décret procède à une transposition fidèle des exigences de la directive, en tenant compte du régime actuel de ces services soumis à la loi Sapin :

- ✓ Le projet de décret reprend strictement, en ses articles 28 et 30, les obligations de la directive liées à l'achèvement de la procédure, sans imposer l'ensemble des autres règles procédurales fixées par la directive.

Dans un objectif de simplification, le Gouvernement a remplacé l'avis de pré-information par un avis de concession (article 12 du décret), commun à l'ensemble des contrats de type concessif, dont l'utilisation est aujourd'hui maîtrisée par l'ensemble des parties prenantes (*cf. avis de publicité préexistants en DSP et concessions de travaux*).

- ✓ Les trois obligations précitées ne s'appliquent qu'aux contrats de concessions relatifs aux services sociaux et autres services spécifiques dont la valeur estimée est égale ou supérieure au seuil européen.
- ✓ En dehors des obligations imposées par la directive, ces contrats demeurent soumis, quel que soit leur montant, à la procédure simplifiée.

En résumé : Procédures applicables aux contrats de concession de services sociaux et autres services spécifiques.



Source : MEIN – DAJ, 2015

1.2.2.2 Maintenir, au sein de la procédure « simplifiée », la souplesse conférée aux autorités concédantes par le droit interne.

- Etat des lieux : La loi Sapin et la procédure applicable aux concessions de travaux d'un montant inférieur au seuil européen se caractérisent par le degré de souplesse laissée aux autorités délégantes (les cas spécifiques des critères de sélection des offres et de l'achèvement de la procédure).

La loi Sapin, si elle encadre la procédure de passation des conventions de DSP, confère également aux autorités délégantes une certaine souplesse. En effet, l'autorité est libre d'organiser sa procédure comme elle le souhaite, dans le respect des principes constitutionnels de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures.

Plusieurs aspects procéduraux illustrent « l'espace de liberté » donné à l'autorité délégante :

- ✓ **La phase de sélection des offres est peu encadrée par les textes** : L'autorité délégante doit publier les critères de sélection des offres pour les candidats à l'attribution d'une DSP, avant le dépôt de leurs offres ;
- ✓ **Des modalités d'achèvement de la procédure facultatives** : A l'issue de la négociation, l'autorité délégante choisit le candidat ayant présenté la « meilleure » offre. Les étapes d'achèvement de la procédure, obligatoires pour les marchés publics passés selon une procédure formalisée, sont uniquement facultatives pour les DSP. L'information immédiate des candidats évincés et la publication d'un avis d'intention de conclure et avis d'attribution,

bien que recommandés, résultent de la seule volonté de l'autorité délégante.

Cette souplesse n'est pas inhérente aux seules conventions de DSP. Elle se retrouve également dans les concessions de travaux dont le montant est inférieur au seuil européen. Ces dernières ne font l'objet que d'une publicité adaptée aux caractéristiques du contrat, notamment son montant et la nature des travaux en cause. A l'instar des conventions de DSP, l'information immédiate des candidats évincés et la publication d'un avis d'attribution sont facultatives et laissées à l'appréciation de l'autorité concédante.

- **Objectif** : Conserver, dans un corpus juridique unique, l'ensemble des souplesses données par le droit interne aux autorités concédantes.

La procédure dite « simplifiée » repose sur un dispositif similaire, en son principe, à celui prévu par la loi Sapin et par l'ordonnance du 15 juillet 2009 pour les concessions de travaux publics dont la valeur est inférieure au seuil européen. Dans cette optique, les aspects procéduraux régissant le droit des concessions ont été maintenus pour les contrats régis par la procédure simplifiée, sous réserve que ces aspects ne soient pas plus contraignants que ceux prévus par la directive.

Aux termes du I de l'article 25 du décret, pour tous les contrats de concession, l'autorité concédante doit, dans un des documents de la consultation, informer les candidats ou soumissionnaires des critères de sélection des offres. La hiérarchisation des critères de sélection, obligatoire en procédure formalisée (article 25-II du décret) ne l'est pas en procédure simplifiée. La souplesse prévue par la loi Sapin est donc maintenue et étendue à l'ensemble des contrats de concession passés selon une procédure simplifiée.

De même, les contrats de concession soumis à la procédure simplifiée ne sont soumis ni à l'obligation d'information immédiate des candidats évincés, ni au respect d'un délai de suspension de la signature, prévus à l'article 28 du décret.

L'obligation de publier un avis d'attribution, fixé à l'article 30 du décret, n'est pas non plus applicable aux contrats de concession passés selon la procédure simplifiée.

L'autorité concédante peut toutefois se soumettre volontairement à ces formalités, notamment compte tenu de l'objet, des caractéristiques ou des enjeux de son contrat. Le choix laissé aux pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices, tant dans les critères de sélection que dans l'achèvement de la procédure de passation, traduit la volonté du Gouvernement de conserver la souplesse qui a toujours caractérisé les contrats concessifs.

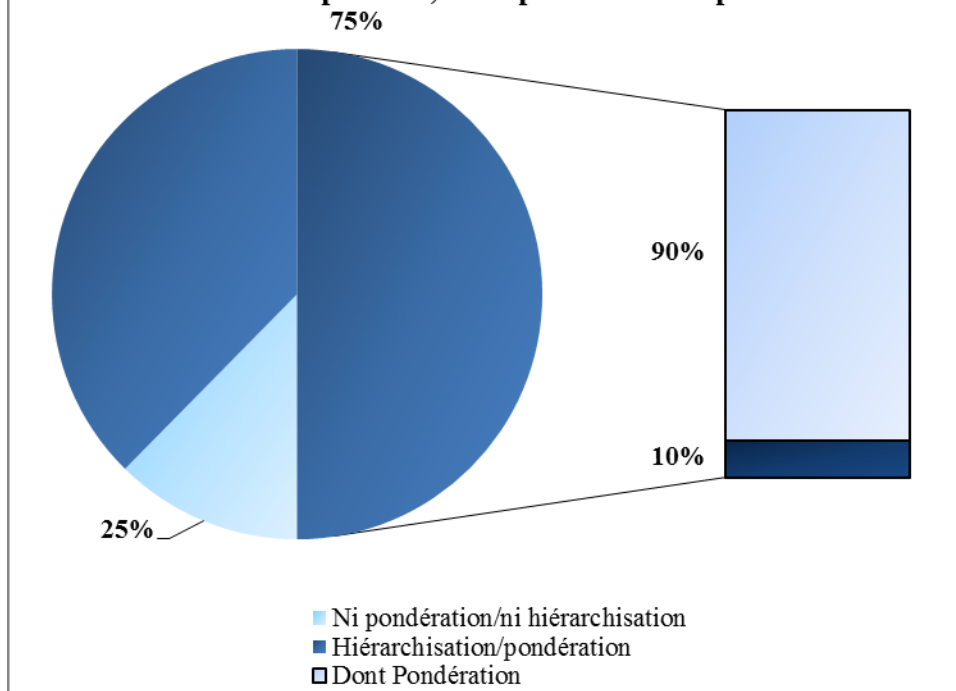
- **Impacts** :

Les choix procéduraux laissés à l'autorité concédante sont dénués d'impacts dans la mesure où ces contrats étaient déjà régis par des dispositions identiques pour les DSP et les concessions de travaux. Les contrats soumis à la procédure simplifiée doivent, dans un souci de cohérence, continuer à bénéficier d'un régime juridique stable et maîtrisé par l'ensemble des parties prenantes, permettant de garantir à la fois la stabilité des relations contractuelles et la sécurité juridique.

En outre, qu'il s'agisse de l'information relative aux critères de sélection des offres utilisés par les autorités concédantes ou de la publication facultative d'un avis d'attribution, les autorités délégantes s'astreignent, en l'état du droit, volontairement à des modalités plus strictes.

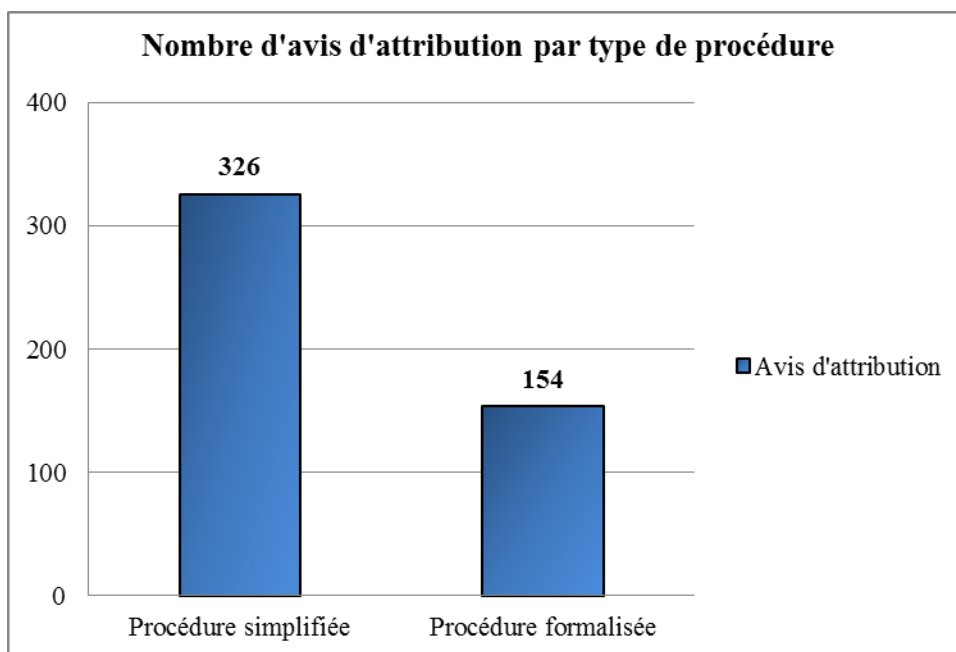
Ainsi, 75% des conventions de DSP sont pondérées ou hiérarchisées. Parmi ces 75%, 90% des DSP relevant de la procédure simplifiée voient leurs critères de sélection des offres pondérés, 10% d'entre eux sont hiérarchisés.

Part de hiérarchisation ou de pondération des critères de sélection des offres pour les DSP relevant, à l'issue de la transposition, de la procédure simplifiée



Source : Avis d'attribution publiés au BOAMP pour l'année 2013.

De même, 47% des DSP, une fois le concessionnaire sélectionné, font l'objet d'un avis d'attribution.



Source : Avis d'attribution publiés au BOAMP pour l'année 2013.

1.2.2.3 Etendre l'intégralité des souplesses permises par la directive à l'ensemble des contrats de concessions.

- Etat des lieux : Des aspects procéduraux parfois trop rigides : l'exemple de la publicité.

Malgré la souplesse caractérisant les conventions de DSP, certaines exigences procédurales étaient strictement encadrées par la loi Sapin et son décret d'application. Tel est le cas de la publicité.

Aux termes de l'article 1^{er} du décret n°93-471 du 24 mars 1993 portant application de l'article 38 de la loi Sapin et de l'article R. 1411-1 du CGCT, la personne publique qui souhaite conclure une convention de DSP doit insérer un avis dans une publication habilitée à recevoir des annonces légales et dans une publication spécialisée correspondant au secteur économique concerné. La revue bimensuelle « Ville et Transports » est, en France, l'une des revues de référence dans le domaine des transports (*CE, 1^{er} avril 2009, Communauté Urbaine de Bordeaux et Société Kéolis, n°323585*).

La réglementation n'impose cependant aucun formulaire type. A défaut d'un tel formulaire, le modèle d'avis obligatoire pour les marchés était utilisé. Cette pratique ne donnait cependant pas entière satisfaction. C'est pourquoi les autorités ont souhaité pouvoir bénéficier d'un modèle afin de les aider pour satisfaire à cette exigence de publicité. Le ministère chargé de l'économie propose un modèle facultatif d'avis de publicité que les personnes publiques peuvent utiliser ou adapter aux caractéristiques de leurs DSP.

A la différence des conventions de DSP, pour les concessions de travaux d'un montant inférieur au seuil européen, le pouvoir adjudicateur choisit librement les modalités de publicité adaptées aux contrats de concession de travaux publics, en fonction des caractéristiques du contrat, notamment de son montant et de la nature des travaux en cause.

Enfin, si les concessions de services dépourvues de service public ne bénéficient pas d'une législation spécifique, elles sont néanmoins soumises à une obligation de publicité adéquate permettant une ouverture du marché des services à la concurrence (*CJUE, 7 décembre 2000, Telaustria, précité*).

• **Objectifs** : Eviter l'application d'une réglementation plus stricte en deçà du seuil d'application de la directive.

• L'article 33 de la directive, applicable aux contrats de concession dont le montant est égal ou supérieur au seuil européen, impose une publication européenne au JOUE. L'article R. 1411-1 du CGCT en exigeant une double publication nationale (JAL et revue spécialisée) s'avère plus stricte que la directive.

Une configuration inédite en droit de la commande publique serait alors créée : le régime des contrats de concession dont le montant serait inférieur au seuil européen serait, au niveau de la publicité, plus strict que celui du contrat de concession égal ou supérieur au seuil de 5 186 000 €HT.

Dans une logique de simplification, le II de l'article 14 du décret dispose que l'autorité concédante publie l'avis de concession sur son profil d'acheteur et, soit dans le BOAMP, soit dans un journal habilité à recevoir des annonces légales ou dans une publication spécialisée correspondant au secteur économique concerné. Désormais, une seule publication nationale, en lieu et place de deux publications nationales, est systématiquement exigée.

Le montant estimé de la concession, sa complexité, ses caractéristiques techniques et les secteurs économiques concernés sont autant de critères qui devront guider l'autorité concédante dans le choix de la publicité. Ainsi, le dernier alinéa de l'article 14 du décret impose aux autorités concédantes de compléter ces avis, si elles estiment que cela est nécessaire pour garantir un degré de publicité adéquat, par une publicité complémentaire au JOUE ou dans un journal spécialisé correspondant au secteur économique concerné. Il revient à l'autorité concédante d'apprécier, compte tenu de la nature et du montant de la concession, la nécessité d'une telle publication complémentaire.

Par cette disposition, le Gouvernement a entendu conserver la souplesse caractérisant le régime de la loi Sapin, laissant ainsi à l'autorité concédante la possibilité de réellement adapter sa publicité aux enjeux de son contrat.

Par ailleurs, le décret procède, par l'adoption de publications communes aux contrats de concession passés selon une procédure simplifiée, à l'unification des règles en matière de publicité. Si, antérieurement à la directive, deux régimes coexistaient, désormais, le même dispositif s'applique

pour ces contrats de concession.

• L'article 33 de la directive impose un formulaire type pour les contrats de concession relevant de son champ d'application. L'article 12 du décret étend l'utilisation de ce formulaire pour tous les contrats de concession, quelle que soit la procédure (formalisée ou simplifiée). Certes, ce formulaire pourrait ne pas être utilisé pour les concessions exclues de la directive, à raison de leur objet ou de leur montant.

Pour autant, le Gouvernement a entendu les observations émises par les autorités déléguées qui ne disposant pas de modèle d'avis de publicité. En effet, le modèle facultatif proposé par la DAJ du ministère chargé de l'économie a été réalisé en réponse à ces multiples observations. Ce formulaire est aujourd'hui largement utilisé par les autorités concédantes, comme en atteste les avis de publicité publiés au BOAMP.

Dans un souci de simplification et d'unification du droit applicable aux contrats de concession, un seul formulaire a été retenu. Proposer deux formulaires, applicables selon la procédure utilisée par l'autorité concédante, aurait eu pour effet de complexifier la procédure de passation.

Au demeurant, lorsque l'autorité concédante aurait souhaité pour un contrat de concession passé selon une procédure simplifiée, publier l'avis de concession au JOUE, compte tenu de l'importance audience de son contrat ou de son intérêt transfrontalier certain, elle aurait été contrainte d'utiliser le formulaire européen, seul accepté par le Système d'information pour les marchés publics européens (SIMAP).

En conséquence, l'utilisation d'un seul formulaire a été privilégiée.

• Impacts :

D'une part, le choix des supports nationaux de publicité opéré par l'autorité concédante a un impact financier non négligeable, en terme d'économies qui pourraient être générées par les pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices :

- ✓ La publication obligatoire de l'avis de concession sur le profil d'acheteur occasionne peu de frais pour l'autorité concédante. La publication des avis d'appel public à la concurrence sur le profil d'acheteur est obligatoire pour les marchés passés selon une procédure formalisée depuis le 01 janvier 2010. Le coût lié à son acquisition et utilisation est donc pour partie amorti ;
- ✓ La publication obligatoire de l'avis soit au BOAMP, soit dans un JAL, soit dans une publication spécialisée correspondant au secteur économique concerné est également générateur d'économies dans la mesure où seule une publication est demandée au lieu de deux, dont une dans une revue spécialisée ;
- ✓ Si l'objet ou le montant de la concession l'exige, une publicité complémentaire devra être faite au JOUE ou dans une revue spécialisée. Si la revue spécialisée occasionnera un coût financier pour l'autorité concédante, la publicité au JOUE est, en revanche, gratuite.

En tout état de cause, l'autorité concédante économisera, au maximum, le coût d'une publication et, au minimum, aura des charges identiques, n'engendra pas de nouvelles dépenses.

D'autre part, le recours à un formulaire unique a peu d'impact. En effet, les rubriques du formulaire sont, dans leur très grande majorité, identiques à celles proposées dans le modèle facultatif d'avis de publicité relatif à la passation d'une convention de DSP. Les autorités déléguées maîtrisent d'ores et déjà son contenu et les renseignements demandés.

Comparaison des procédures simplifiée et formalisée prévues par le décret

	PROCEDURE SIMPLIFIEE	PROCEDURE FORMALISEE
POINT COMMUNS	Définition des spécifications techniques (Art 2) Concessions réservées (Art 3) Documents de la consultation (Art 4) Durée (Art 5) Estimation de la valeur estimée (Art 6 et 7) Evaluation du mode de réalisation du projet d'investissement (Art 8) Contenu de l'avis de publicité (Art 12) Dérogation au principe de publicité (Art 13) Communications et échanges d'informations (Art 16) Examen des candidatures (Art 18, 19 et 21) Limitation, le cas échéant, du nombre de candidats admis à présenter une offre (Art 20) Négociation (Art 23) Choix de l'offre (Art 24 et 26) Information à la demande des candidats et soumissionnaires (Art 29)	
DIFFERENCES	TRACABILITE	
	Une faculté pour l'autorité concédante	Une obligation pour l'autorité concédante qui doit consigner toutes les étapes de la procédure (Art 9)
	MODALITES DE PUBLICITE	
	A l'exception d'une publication obligatoire sur le profil d'acheteur, les modalités de publicité sont adaptées à l'objet, aux caractéristiques, au montant et au secteur concurrentiel, sauf pour les contrats portant sur des services sociaux et autres services spécifiques (Art 14-II)	Des modalités de publicité imposées : les avis de concession sont publiés au JOUE et sur le profil d'acheteur (Art 14-I)
	DELAI DE RECEPTION DES CANDIDATURES ET DES OFFRES	
	Des délais de réception des candidatures et des offres adaptés aux caractéristiques de la concession (Art 17-I)	Des délais de réception des candidatures et des offres minimums et encadrés (Art 17-II)
	CRITERES D'ATTRIBUTION	
	La simple indication des critères de sélection des offres est suffisante (Art 25-I)	Une obligation de publier et de hiérarchiser les critères d'attribution (Art 25-II)
	INFORMATION DES CANDIDATS EVINCES	
	Une faculté pour l'autorité concédante, sauf pour les contrats portant sur des services sociaux ou autres services spécifiques (Art 28-I)	Une obligation pour l'autorité concédante qui doit informer spontanément les candidats et soumissionnaires (Art 28-I)
AVIS D'ATTRIBUTION		
Une faculté pour l'autorité concédante, sauf pour les contrats portant sur des services sociaux et autres services spécifiques (Art 30-II)	Une obligation pour l'autorité concédante qui doit publier un avis d'attribution dans un délai maximal de 48 jours dans des conditions et sur des supports précis (Article 30-II)	

2. L'encadrement de l'exécution des contrats de concession.

2.1 Une transparence accrue de tous les contrats de concessions.

2.1.1 Garantir un suivi régulier et efficace de l'exécution des contrats de concession.

- Etat des lieux : Un devoir d'information à l'égard des seuls délégataires de service public.

L'article 40-1 de la loi Sapin et l'article L. 1411-3 du CGCT imposent au délégataire de produire et de transmettre à l'autorité délégante, chaque année avant le 1^{er} juin, un rapport destiné à permettre à cette personne publique de contrôler l'exécution des délégations de service public. Aucun dispositif similaire n'est prévu pour les contrats de concession de travaux publics, ni par l'ordonnance n°2009-864 du 15 juillet 2009 ni par les articles L. 1415-1 à L. 1415-9 du CGCT.

En application des articles 40-1 de la loi Sapin et L. 1411-3 du CGCT, le rapport annuel du délégataire doit comporter « *notamment les comptes retraçant la totalité des opérations afférentes à l'exécution de la délégation de service public et une analyse de la qualité de service.* » En outre, « *Ce rapport est assorti d'une annexe permettant à l'autorité délégante d'apprécier les conditions d'exécution du service public.* ».

Le contenu exact du rapport annuel du délégataire d'un service public national n'est pas précisé par les textes d'application de la loi Sapin. Seul l'article R. 1411-7 du CGCT définit les modalités d'établissement et de justification des éléments du rapport annuel du délégataire d'un service public local et liste, de manière précise et exhaustive, les données qui doivent y figurer. Issu du décret n°2005-236 du 14 mars 2005, fruit d'une large concertation entre les élus locaux, les entreprises délégataires d'un service public local, le Conseil supérieur de l'ordre des experts comptables et les ministères concernés, cet article fixe des obligations minimales qui peuvent être utilement complétées par le contrat local de délégation de service public.

Tout titulaire d'une délégation de service public conclue par une collectivité territoriale ou l'un de ses établissements publics doit ainsi produire un rapport comportant :

- des informations d'ordre comptable dont, notamment, le compte annuel de résultat de l'exploitation de la délégation, un état des variations du patrimoine immobilier, un suivi de la situation et du renouvellement des biens mobiliers et immobiliers nécessaires à l'exploitation du service public ainsi qu'un état du programme d'investissements et des dépenses de renouvellement ;
- une analyse de la qualité du service public, comportant tout élément permettant d'apprécier la qualité du service rendu et les mesures proposées par le délégataire pour une meilleure satisfaction des usagers ;
- une annexe qui comprend un compte rendu technique et financier, comportant les informations utiles relatives à l'exécution du service public et notamment les tarifs pratiqués, leur mode de détermination et leur évolution, ainsi que les autres recettes d'exploitation.

Obligations de production d'un rapport annuel actuellement en vigueur :

OBJET DU CONTRAT	CARACTERE DU RAPPORT	DATE LIMITE DE REMISE	CONTENU DU RAPPORT	
Travaux	Facultatif		<u>Liberté de choix</u> laissée à chaque autorité concédante	
Services				
Services publics nationaux	Obligatoire Exigence imposée à chaque autorité concédante	1 ^{er} juin de l'année N+1	<u>Données communes :</u> données comptables + 1 analyse de la qualité du service + 1 annexe sur les conditions d'exécution	-
Services publics locaux				<u>Précision des données exigées :</u> 8 types de données comptables + tout élément d'appréciation de la qualité du service + 1 annexe financière

Source : MEIN – Direction des affaires juridiques – Juillet 2015

Pour certains secteurs d'activités, des réglementations spécifiques imposent aux délégataires de service public la production de rapports annuels particuliers, dont elles précisent le contenu. Ces dispositions complètent le régime général d'information fixé par l'article 40-1 de la loi Sapin ou les articles L. 1411-3 et R. 1411-7 du CGCT. Il en va par exemple ainsi pour les concessions d'autoroutes ou de remontées mécaniques, pour lesquels les articles L. 122-4-2 du code de la voirie routière ou L. 342-2 du code du tourisme listent les données ou documents à produire. De même, les délégataires d'un service public local d'eau potable ou d'assainissement doivent transmettre un rapport annuel sur le prix et la qualité de ce service public, dans lequel figurent obligatoirement les caractéristiques et indicateurs techniques et financiers prévus par les articles L. 2224-5 et D. 2224-1 du CGCT et précisément définis par les annexes V et VI du même code.

- **Objectifs** : Un outil de suivi adapté et simple à la disposition de toutes les autorités concédantes.

Pour sécuriser l'exécution et assurer la bonne gestion des contrats de type concessif, l'article 42 de l'ordonnance relative aux contrats de concession consacre le pouvoir de contrôle des autorités concédantes sur l'exécution de tous leurs contrats de concession, en prévoyant expressément :

- pour tous les contrats de concession de services ou de travaux, la faculté d'exiger la production de la part du concessionnaire d'un rapport annuel « *comportant notamment les comptes retraçant la totalité des opérations afférentes à l'exécution du contrat de concession et une analyse de la qualité des ouvrages ou des services.* » ;
 - pour les seules concessions de service public, l'obligation pour le concessionnaire de produire chaque année un tel rapport, comportant les mêmes données et « *assorti d'une annexe permettant aux autorités concédantes d'apprécier les conditions d'exécution du service public.* ».
- *L'harmonisation de l'ensemble des rapports annuels des concessionnaires autour d'un contenu commun minimal.*

Comme l'article 42 de l'ordonnance relative aux contrats de concession, l'article 31 du décret définit des modalités communes et un socle commun de données qui doivent être suivies ou produites par le concessionnaire dans le cadre de son rapport annuel, que ce dernier soit facultatif ou obligatoire. L'harmonisation du contenu du rapport annuel du concessionnaire, pour tous les contrats de type concessif, constitue une simplification et une sécurisation des normes applicables.

La précision du contenu du rapport annuel facilite la compréhension d'un tel document technique et garantit une information complète et détaillée des autorités concédantes. Elle constitue une étape

importante dans l'approfondissement du dialogue contractuel et de la confiance entre les collectivités publiques et les concessionnaires.

- *L'exigence d'informations minimales supplémentaires pour les rapports annuels obligatoires des concessionnaires de service public.*

Pour tenir compte des spécificités et des impératifs liés à l'exploitation d'un service public, l'article 31 du décret impose aux concessionnaires de service public de faire figurer, dans leur rapport annuel obligatoire, des données comptables particulières ainsi que d'assortir ledit rapport d'une annexe particulière.

L'harmonisation du contenu du rapport annuel obligatoire, pour toutes les concessions de service public, qu'elles soient nationales ou locales, est source de transparence et de sécurité juridique. La reprise du contenu exact du rapport imposé aux concessionnaires locaux, pour l'étendre aux concessionnaires nationaux de service public constitue une rationalisation justifiée et proportionnée. Elle offre un cadre juridique clair et connu, permettant de veiller à la continuité et à la qualité de tous les services publics.

En reprenant strictement les éléments et documents nécessaires à l'exploitation d'un service public, actuellement produits par tout délégataire d'un service public local, le décret est source de stabilité normative pour les collectivités territoriales ou leurs établissements publics, ainsi que pour leurs cocontractants.

Obligations de production d'un rapport annuel fixées par le décret :

OBJET DU CONTRAT	CARACTERE DU RAPPORT		DATE LIMITE DE REMISE	CONTENU DU RAPPORT ANNUEL	
Travaux	Facultatif	<u>Liberté de choix</u> laissée à chaque autorité concédante	1 ^{er} juin de l'année N+1	<u>Données communes</u> : - 4 types de données comptables + - 1 analyse de la qualité des prestations	-
Services					<u>Données supplémentaires</u> : - 4 types de données comptables + - 1 annexe financière
Services publics	Obligatoire	<u>Obligation</u> imposée à chaque autorité concédante			

Source : MEIN – Direction des affaires juridiques – Juillet 2015

• **Impacts :**

Pour les contrats de concession de services ou de travaux, l'impact du décret est totalement neutre. En effet, aucune nouvelle obligation n'est instituée, ni pour les autorités concédantes ni pour les concessionnaires. La cristallisation d'une simple faculté, qui résulte actuellement du principe de liberté contractuelle et qui est déjà utilisée, est source de souplesse et de sécurité juridique pour toutes les parties à un contrat de type concessif.

L'harmonisation des modalités et des données communes qui doivent être suivies ou produites par tout concessionnaire, dans le cadre de son rapport annuel, ne crée aucune charge supplémentaire pour les autorités concédantes ou pour les concessionnaires. En effet :

- elles constituent des conditions et des éléments strictement nécessaires au suivi de l'exécution de tout contrat de type concessif ;
- elles correspondent, exactement, aux modalités et à certaines des données qui sont actuellement imposées à l'ensemble des délégataires de service public. Elles sont ainsi déjà

largement connues, acceptées et mises en œuvre.

La date de production du rapport annuel, facultatif ou obligatoire, est désormais fixée par voie réglementaire, conformément au partage des domaines de la loi et du règlement défini par les articles 34 et 37 de la Constitution. Toutefois, la date limite du 1^{er} juin de chaque année reste inchangée.

Pour les concessions de service public, l'impact du décret est également neutre :

- pour les concessions de service public conclues par l'Etat ou l'un de ses établissements publics, le décret ne crée pas de réelle nouvelle charge pour les concessionnaires. En effet, il ne fait que cristalliser des données actuellement produites et transmises en application de l'article 40-1 de la loi Sapin, dont les termes sont particulièrement larges quant aux données comptables attendues et aux éléments exigés pour permettre aux autorités concédantes d'apprécier les conditions d'exécution du service public. En outre, les précisions apportées quant au contenu du rapport annuel correspondent à des données :
 - obligatoirement connues ou détenues par un opérateur économique ;
 - strictement indispensables dans le cadre de l'exploitation d'un service public ;
- pour les concessions de service public conclues par les collectivités territoriales ou leurs établissements publics, le décret n'instaure aucune nouvelle obligation ni ne crée aucune charge supplémentaire, que ce soit pour les autorités concédantes ou pour les concessionnaires. En effet, il ne fait que reprendre strictement, moyennant quelques ajustements purement terminologiques, les dispositions actuelles de l'article R. 1411-7 du CGCT, qui sont par ailleurs abrogées. En outre, l'article L. 1413-1 du CGCT n'est pas modifié par l'ordonnance relative aux contrats de concession : le rapport annuel du délégataire d'un service public local devra toujours être transmis et examiné, chaque année, par la commission consultative des services publics locaux.

Le contenu du rapport annuel exigé d'un concessionnaire de service public constitue le minimum exigible afin de garantir la bonne gestion d'un service public et le respect des principes ou obligations liés à la notion même de service public. La production d'un rapport annuel demeure obligatoire pour les seuls concessionnaires de service public. Outre les modalités et données communes imposées par tout concessionnaire dans le cadre de son rapport annuel, les mêmes données et pièces nécessaires au suivi de l'exploitation d'un service public concédé sont désormais imposées à tous les concessionnaires d'un service public.

Les dispositions du décret ne font pas obstacle à ce que les contrats de concession, quel que soit leur objet, comportent des dispositifs de contrôle ou d'information des autorités concédantes par les concessionnaires. En application de la liberté contractuelle qui leur est reconnue, les parties peuvent ainsi compléter les règles générales applicables, pour les concessions de service public, ou prévoir d'autres outils de suivi et de surveillance, pour les concessions de service et de travaux publics.

En outre, le décret ne remet pas en cause les règles particulières régissant certaines catégories de contrats de concession, qui sont fixées par des textes spécifiques.

2.1.2 L'ouverture effective et dématérialisée, dans un format open data, des données essentielles relatives à tous les contrats de concession.

- Etat des lieux : Une mise à disposition, sous format papier, limitée aux délégations de services publics locaux.

Les articles L. 1411-13 à L. 1411-17 du CGCT prévoient un dispositif de transparence et d'information des tiers dans le cadre de l'exécution des délégations de service public conclues par certaines collectivités territoriales ou certains de leurs établissements publics (communes de 3 500 habitants et plus ; établissements publics administratifs des communes de 3 500 habitants et plus, établissements publics de coopération intercommunale et syndicats mixtes mentionnés à l'article L. 5711-1, qui comprennent au moins une commune de 3 500 habitants et plus ; départements ; régions ; établissements publics de coopération interdépartementale ou interrégionale ; syndicats mixtes mentionnés à l'article L. 5721-2 qui comprennent au moins un département ou une région).

Tous les « documents relatifs à l'exploitation des services publics délégués, qui doivent être remis à la commune [ou aux autres collectivités territoriales ou établissements publics expressément visés] en application de conventions de délégation de service public, à l'exception de ceux mentionnés à l'article 6 de la loi n°78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal » sont ainsi mis à la disposition du public.

Cette mise à disposition s'effectue, sur place, en principe au siège de la collectivité territoriale ou de l'établissement public concerné (mairies, hôtels des départements ou des régions, siège de l'établissement public local). Elle doit être effective dans un délai de quinze jours, à compter de la réception des documents par la personne publique. Le public est avisé par l'exécutif de la collectivité ou de l'établissement de cette réception, par voie d'affiche apposée au siège de la collectivité territoriale ou de l'établissement public concerné ainsi qu'aux lieux habituels d'affichage pendant au moins un mois.

Aucun dispositif comparable de publication ou de mise à disposition n'est prévu par la loi Sapin, pour les délégations de service public conclues par l'Etat ou l'un de ses établissements publics, ni par l'ordonnance n°2009-864 du 15 juillet 2009 ni par les articles L. 1415-1 à L. 1415-9 du CGCT, pour les contrats de concession de travaux publics.

Tout citoyen peut en outre obtenir la communication des documents relatifs aux contrats de concession, dès lors qu'ils constituent des documents communicables en application de la loi n°78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal. L'accès à ces documents s'exerce, au choix du demandeur et dans la limite des possibilités techniques de l'administration :

- par consultation gratuite sur place, sauf si la préservation du document ne le permet pas ;
- sous réserve que la reproduction ne nuise pas à la conservation du document, par la délivrance d'une copie sur un support identique à celui utilisé par l'administration ou compatible avec celui-ci et aux frais du demandeur, sans que ces frais puissent excéder le coût de cette reproduction, dans des conditions prévues par décret ;
- par courrier électronique et sans frais, lorsque le document est disponible sous forme électronique.

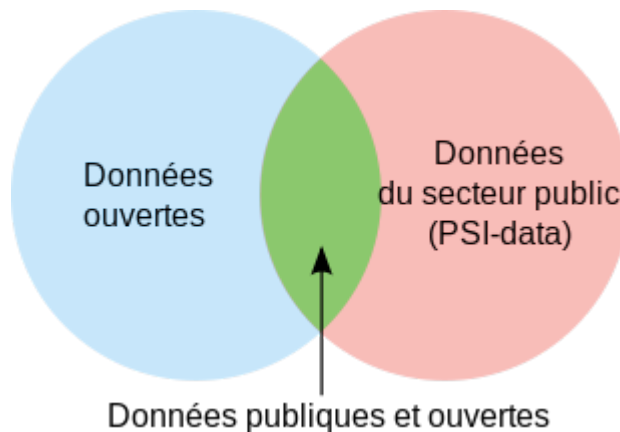
Enfin, les budgets et les documents budgétaires des collectivités territoriales et de certains de leurs établissements publics sont mis à la disposition du public au siège de la collectivité ou de l'établissement concerné (communes ; établissements publics administratifs des communes de 3 500 habitants et plus, établissements publics de coopération intercommunale et syndicats mixtes mentionnés à l'article L. 5711-1, qui comprennent au moins une commune de 3 500 habitants et plus ; départements ; régions ; établissements publics de coopération interdépartementale ou interrégionale). L'article R. 1411-8 du CGCT précise en outre que le rapport annuel du délégataire d'un service public local est annexé ou joint aux documents budgétaires des communes. Les citoyens disposent donc, par ce biais, d'un accès aux informations budgétaires et comptables relatifs aux contrats de type concessif.

• **Objectifs** : Un accès direct, simple, gratuit et sécurisé en *open data*, source de transparence et garantie d'efficacité.

Le paragraphe 2 de l'article 3 de la directive 2014/23/UE consacre une obligation générale de transparence. Ce dispositif rejoint le droit à l'information dont dispose chaque citoyen à accéder et obtenir des renseignements sur les contrats conclus par des personnes publiques ou des organismes chargés d'une mission de service public, récemment réaffirmé par le rapport remis au Président de la république en janvier 2015 sur l'exemplarité des responsables publics « *Renouer la confiance publique* » par Jean-Louis NADAL, président de la Haute autorité pour la transparence de la vie publique. Conformément à la proposition n°9 dudit rapport, les données publiques essentielles au contrôle de la probité des responsables publics, notamment celles liées aux contrats de la commande

publique, ont ainsi vocation à être diffusées en *open data*.

Relation entre les termes « données publiques » et « données ouvertes » :



Source : Wikipédia – Définition des données ouvertes – 1^{er} mars 2012

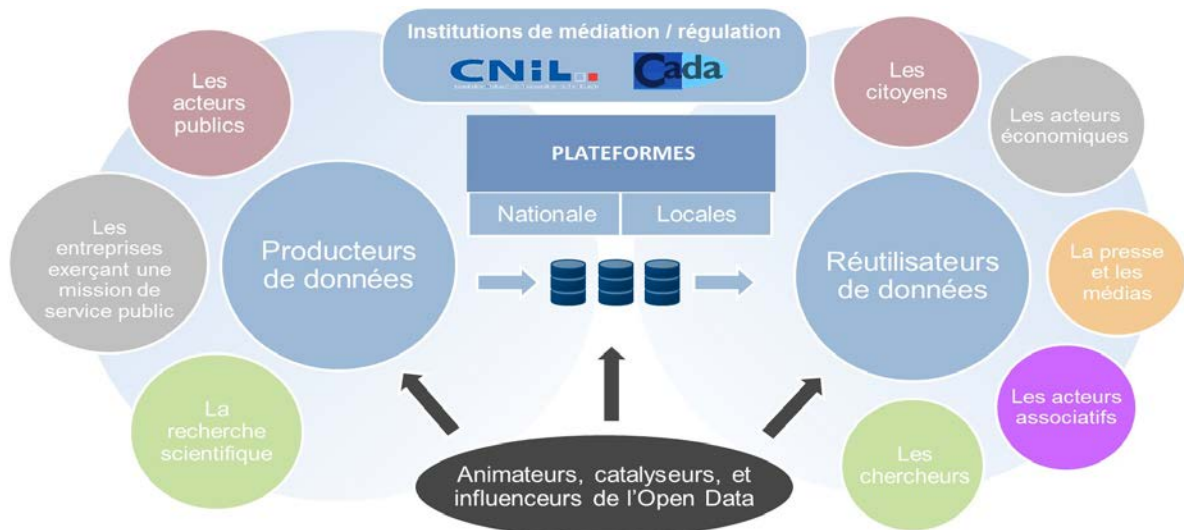
- *La fixation de modalités d'accès permettant de garantir l'ouverture des données essentielles de tous les contrats de type concessif.*

Conformément à l'article 43 de l'ordonnance relative aux contrats de concession, les données essentielles de tous les contrats de type concessif doivent être diffusées de manière structurée selon une méthode et une licence ouverte garantissant leur libre reproduction, diffusion, adaptation ou exploitation, y compris à titre commercial, sous réserve de mentionner la paternité. Un format ouvert facilite et encourage la réutilisation de ces données, qui est entièrement libre pour les citoyens.

Pour garantir leur parfaite transparence, les données essentielles des contrats de concession doivent donc être accessibles, par voie dématérialisée ou électronique, ainsi que disponibles librement et gratuitement, immédiatement et intégralement.

L'ouverture des données doit toutefois être encadrée, afin de tenir compte des secrets faisant obstacle à une communication ou diffusion. Les renseignements que les concessionnaires fournissent aux autorités concédantes sont efficacement protégés par les dispositions de l'article 28 de l'ordonnance, auxquelles son article 43 renvoie expressément. En outre, l'article 32 du décret précise expressément que la diffusion des données essentielles des contrats de concession, en *open data*, ne concerne pas les informations dont la divulgation serait contraire à l'ordre public.

Acteurs intervenant dans le cadre de la diffusion de données en *open data* :



Source : Communauté de communes Bretagne romantique – <http://bretagneromantique.fr/>

- *La mise en œuvre d'une obligation liée au caractère essentiel des données à rendre public, sans préjudice de la diffusion volontaire d'autres données.*

Dans un souci d'efficacité et d'effectivité du dispositif, seules les données considérées comme essentielles ont vocation à être diffusées, de manière obligatoire, en *open data*. Il s'agit en effet d'assurer un équilibre entre les différents objectifs suivants :

- favoriser le contrôle démocratique des contrats publics et participer au rétablissement de la confiance publique, améliorer la connaissance et l'évaluation des contrats de type concessif, favoriser l'utilisation de cet outil contractuel comme levier ou soutien de politiques publiques ;
- préserver les données sensibles ou les secrets protégés par la législation, garantir une concurrence libre et loyale entre les opérateurs économiques, éviter tout blocage ou inefficacité économique.

Conformément au principe de liberté contractuelle, un contrat de concession pourra toujours prévoir, en tant que condition de son exécution, un accès libre, direct et gratuit, à d'autres données jugées d'intérêt public. En effet, le décret définit uniquement une liste minimum de données à publier et à partager impérativement. Aucune disposition de l'ordonnance ou de son décret d'application relatifs aux contrats de concession n'interdit aux autorités concédantes et aux concessionnaires de prévoir d'un commun accord, ou aux autorités concédantes d'imposer au concessionnaire, un enrichissement ou des compléments par d'autres données publiques.

- *La définition d'une liste claire et précise de données à diffuser, pour chacune des étapes de l'existence d'un contrat de concession.*

La diffusion obligatoire des données essentielles en *open data* doit être simple pour tous les acteurs concernés (producteurs, diffuseurs, citoyens, réutilisateurs), éviter toute redondance et rester liée à la vie concrète d'un contrat de concession. A cet effet, la périodicité et le contenu de la diffusion attendue constituent des éléments fondamentaux. Le décret fixe ainsi, non seulement pour la passation mais aussi pour chacune des étapes de l'exécution d'un contrat de type concessif (après l'attribution et avant le début d'exécution ; l'exécution normale à un rythme annuel ; chaque modification éventuelle en cours d'exécution), la donnée exacte à diffuser en *open data*.

Obligations de mise à disposition des données essentielles fixées par le décret :

MOMENT DE LA DIFFUSION	PERIODICITE DE LA DIFFUSION	TYPE DE DONNEES DIFFUSEES	NOMBRE DE DONNEES DIFFUSEES - par type -
Après l'attribution Avant le début d'exécution	1 seule fois	Données relatives à la passation et à l'attribution du contrat	11
Année N+1	1 fois par an	Données relatives à l'exécution du contrat	3
Après chaque modification	Autant que nécessaire	Données relatives à la modification du contrat	3

Source : MEIN – Direction des affaires juridiques – Juillet 2015

Pour assurer leur compréhension et leur réutilisation par tous, les données essentielles sont définies de manière claire et intelligible, précise et non équivoque.

Pour harmoniser leur diffusion et faciliter leur recherche par tout citoyen intéressé, il est nécessaire de rattacher l'ensemble des données essentielles d'un contrat de concession à un numéro d'identification unique. Ce numéro, attribué à chaque contrat par l'autorité concédante selon des modalités fixées par arrêté ministériel, doit permettre d'accéder directement et librement aux données essentielles relatives à chaque étape de la vie d'un contrat de type concessif (attribution, exécution, modification).

➤ *Le choix du profil d'acheteur comme vecteur de simplification et de transparence.*

L'outil privilégié pour la diffusion obligatoire des données essentielles en *open data* est le profil d'acheteur de chacune des autorités concédantes, sur lesquelles repose l'obligation de transparence. Le profil d'acheteur est le nom donné à un ensemble de moyens informatiques comprenant le portail et l'application logicielle de gestion des procédures de passation dématérialisées des contrats publics. En pratique, le profil d'acheteur est un site, généralement appelé « plateforme », accessible en ligne, par l'intermédiaire du réseau internet, qui centralise les outils nécessaires à la dématérialisation des procédures de passation et les met à disposition des acheteurs et des opérateurs économiques.

Plusieurs avantages sont inhérents à l'utilisation du profil d'acheteur pour la diffusion en *open data* :

- le profil d'acheteur est déjà largement utilisé par les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices comme par tous les opérateurs économiques, principalement dans le cadre de la passation des marchés publics. Leurs existence, ergonomie et fonctionnalités sont actuellement bien connues par les différents acteurs de la commande publique ;
- en tant que système d'information, au sens de l'ordonnance n°2005-1516 du 8 décembre 2005 relative aux échanges électroniques entre les usagers et les autorités administratives, et entre les autorités administratives, tout profil d'acheteur d'une autorité administrative (administrations de l'Etat, collectivités territoriales, établissements publics à caractère administratif, organismes gérant des régimes de protection sociale et tout autre organisme chargé de la gestion d'un service public administratif) est soumis aux obligations de sécurité et d'interopérabilité fixées, respectivement, par les référentiels généraux de sécurité (RGS) et d'interopérabilité (RGI) ;
- le profil d'acheteur de l'Etat, des collectivités territoriales et des établissements publics doit être accessible à tous, au sens de l'article 47 de la loi n°2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées. Il doit ainsi respecter le Référentiel Général d'Accessibilité pour les Administrations (RGAA). Par exemple, le site doit utiliser de forts contrastes de couleurs pour les personnes mal voyantes. Le RGAA permet ainsi de rendre progressivement accessible les informations fournies par ces services pour les trois canaux du web, de la télévision et de la téléphonie ;

- les autorités concédantes demeurent libres, dans le cadre de la mise en place de son profil d'acheteur, de développer en interne une application logicielle idoine, ou d'en faire l'acquisition ou la location auprès d'un prestataire privé. A titre d'exemple, l'État s'est doté d'une plateforme nommée « Plateforme des achats de l'Etat » (PLACE), en acquérant une solution en pleine propriété et en externalisant les travaux de développement, d'intégration, d'hébergement, de maintenance. De même, certains pouvoirs adjudicateurs, notamment des régions, se sont déjà dotés d'une plateforme et proposent à d'autres pouvoirs adjudicateurs de les rejoindre sur celle-ci, qui constitue alors un site mutualisé. A défaut, les « petits » pouvoirs adjudicateurs peuvent faire appel à un prestataire de services offrant une plateforme commune. Des entreprises commercialisent ainsi des prestations de dématérialisation dont les prix unitaires varient en fonction des quantités de procédures demandées (des lots de 2, 5, 10, 50 ou des forfaits illimités peuvent être proposés) ;
- l'utilisation d'un seul profil d'acheteur par autorité concédante, qui lui est propre ou non, simplifie la démarche de diffusion des données en *open data* et facilite la recherche d'informations pour tous les citoyens. En principe, le lien entre chaque autorité concédante et son profil d'acheteur est en effet évident, clair et accessible.

L'unique alternative à l'utilisation du profil d'acheteur de chaque autorité concédante consisterait à diffuser les données essentielles en *open data* via le Bulletin officiel des annonces des marchés publics, un journal habilité à recevoir des annonces légales ou un journal spécialisé correspondant au secteur économique concerné. Une telle option n'a pas été retenue pour les raisons suivantes :

- hors du champ de l'ordonnance n°2005-1516 du 8 décembre 2005 et de la loi n°2005-102 du 11 février 2005, de telles publications ne présentent pas les mêmes garanties en termes de sécurité, d'interopérabilité et d'accessibilité, notamment pour les personnes handicapées, que le profil d'acheteur ;
- elle contraindrait les autorités concédantes à externaliser la diffusion des données essentielles en *open data*, en les privant de la possibilité d'utiliser les solutions existantes ou développées en interne ou en collaboration avec d'autres autorités concédantes ;
- elle complexifierait les démarches et recherches des citoyens dans leur accès aux données publiques, sauf à imposer à chaque autorité concédante de diffuser ses données via un seul et même organe de publication, pour l'ensemble de ses contrats de concession ;
- elle romprait le lien ou la continuité des phases de passation et d'exécution des contrats de type concessif, toute la phase de passation étant réalisée sur le profil d'acheteur de l'autorité concédante (de la publicité à l'attribution) et la phase d'exécution pouvant être suivie uniquement sur un autre portail ou site.

Les modalités techniques permettant la diffusion des données essentielles en *open data*, notamment leur format, seront fixées par un arrêté du ministre chargé de l'économie.

• Impacts :

La mise à disposition des données essentielles de tout contrat de concession, quel que soit son objet, constitue une obligation nouvelle pour les autorités concédantes. La charge pesant sur ces dernières est difficilement quantifiable. En effet, aucun dispositif similaire de transparence n'existe actuellement en droit interne et le nombre ainsi que la périodicité des contrats de concession conclus par chaque autorité concédante demeurent extrêmement diversifiés.

Pour une appréciation globale de l'impact de l'obligation de transparence pesant sur les autorités concédantes, il apparaît nécessaire de distinguer :

- l'impact lié à la production ou à la collecte des données essentielles, qui est neutre. En effet, les données, dont la mise à disposition du public est imposée, sont parfaitement connues ou facilement accessibles pour les autorités concédantes :
 - celles concernant la passation et la modification des contrats de concession sont directement produites par les autorités concédantes elles-mêmes, qui les détiennent

en propre ;

- celles relatives à l'exécution des contrats de concession sont soit fournies automatiquement par les concessionnaires de service public dans le cadre du rapport annuel obligatoire, soit produites sans difficulté particulière par tout concessionnaire dans le cadre de l'exécution normale d'un contrat de type concessif ;
- l'impact relatif à la diffusion des données essentielles via le profil d'acheteur de chaque autorité concédante, dont l'estimation s'avère particulièrement difficile. L'unique charge supplémentaire imposée aux autorités concédantes consiste en effet en l'adaptation ou l'évolution de leur profil d'acheteur afin de pouvoir y intégrer la réception, le stockage et la mise à disposition électronique des données essentielles pendant une durée couvrant, *a minima*, toute l'exécution de leurs contrats de concession. Toutefois, cette charge nouvelle est extrêmement variable, eu égard à la liberté reconnue aux autorités concédantes de développer leur propre système d'information, d'en acquérir ou d'en louer un auprès d'un tiers, voire de faire appel à un prestataire de services offrant une plateforme commune, ainsi qu'à la diversité des fonctionnalités ou options techniques possibles d'une telle application.

Dans tous les cas, l'impact de la mise à disposition des données essentielles de tous les contrats de concession sur les autorités concédantes devrait être limité :

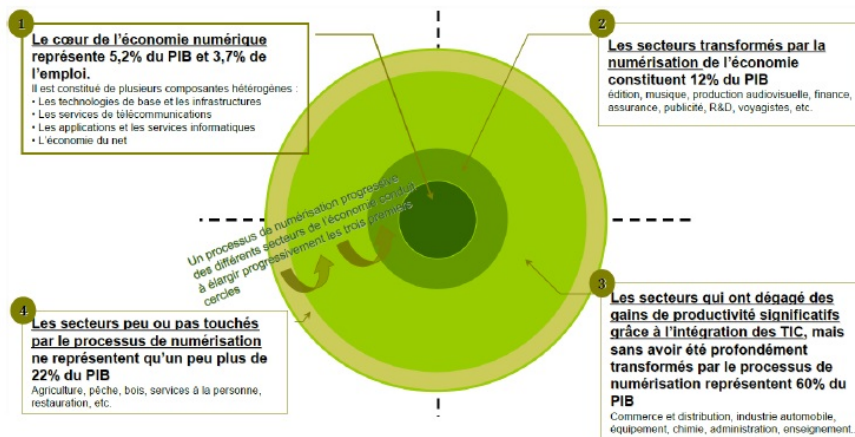
- seules les données essentielles doivent être mises à disposition, ce qui représente en définitive un nombre limité de données ;
- la dématérialisation complète de tout le processus de mise à disposition des données essentielles garantit sa sécurité, sa rapidité et son accessibilité la plus large possible. En outre, la voie électronique constitue un allègement par rapport aux modalités de transparence actuelles ou aux autres modes de diffusion envisageables ;
- pour faciliter son appropriation, le dispositif de mise à disposition applicable aux contrats de type concessif devrait être harmonisé avec la diffusion en *open data* des données essentielles relatives aux marchés publics.

Le décret n'a aucun impact sur les concessionnaires, qui n'ont à supporter aucune charge supplémentaire.

La diffusion de données en *open data* garantit l'accessibilité directe, simple et gratuite à des informations dématérialisées. Elle permet la mise à disposition de tous les acteurs économiques de données numériques leur offrant une vision globale et précise des contrats de type concessif. Surtout, elle favorise la réutilisation de telles données, après ou sans retraitement, par tous les secteurs d'activités. L'article 32 du décret a donc un impact positif sur tous les acteurs intéressés par les concessions, en particulier les acteurs économiques intervenant sur ce marché concurrentiel. L'alimentation de la sphère économique en informations fiables, actualisées et stratégiques favorise l'innovation et la productivité des entreprises, en leur offrant de nouveaux débouchés commerciaux résultant d'investissements publics dans les infrastructures et les services stratégiques pour le citoyen.

Les données diffusées en *open data* peuvent être adaptées et exploitées, y compris à titre commercial, sous réserve de mentionner leur paternité. Les individus, les associations et les entreprises sont ainsi libres de réutiliser les données essentielles des contrats de concession, dans la limite de leur choix, qu'il s'agisse de simples interprétations (graphique, carte, animation, article de blog, etc...) ou de véritables services ou applications commerciaux (site Web, services numériques, logiciel professionnel, etc...). Véritable « technologie générique », l'*open data* se situe au « cœur de l'économie numérique », selon la formule d'un rapport de l'Inspection générale des finances de janvier 2012 sur « *Le soutien à l'économie numérique et à l'innovation* » :

Évaluation du poids de l'économie numérique en France et de l'intensité de l'usage du numérique par les autres acteurs

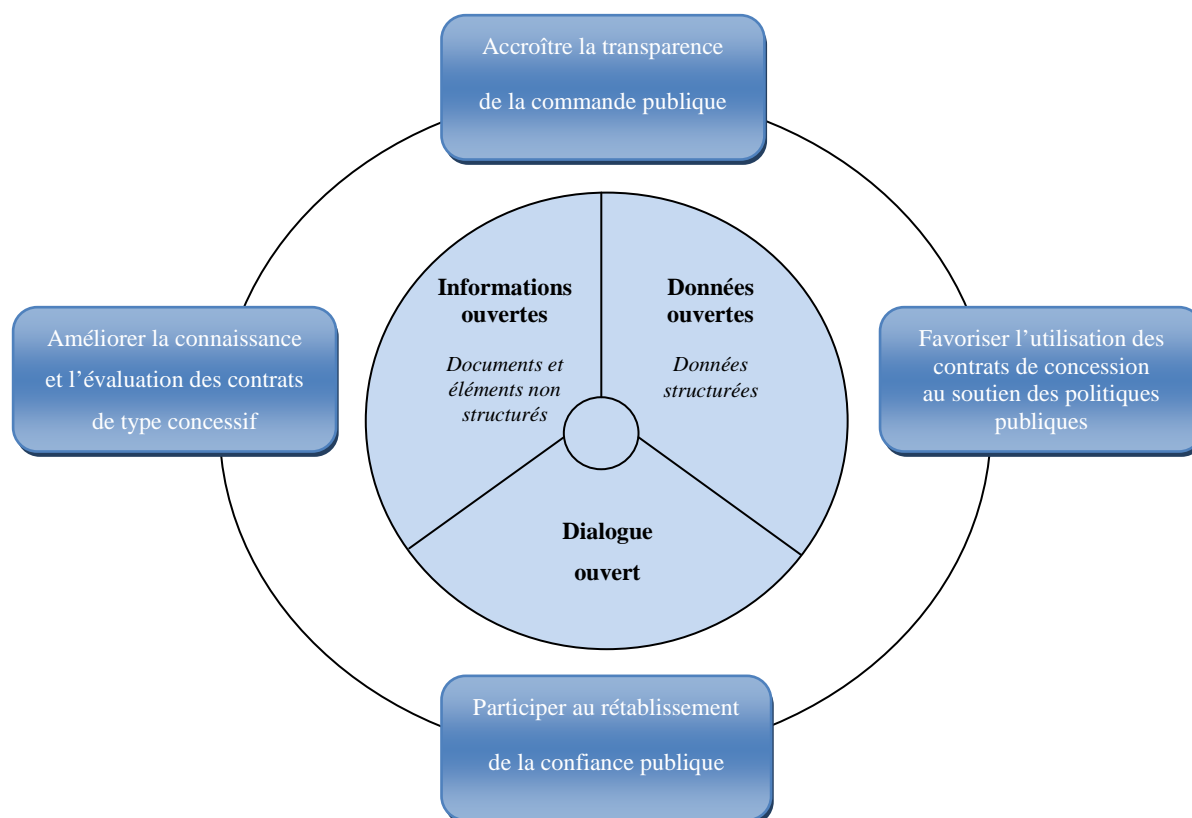


Source : Inspection générale des finances, *Le soutien à l'économie numérique et à l'innovation*, rapport n° 2011-M-060-02, janvier 2012, p. 21.

Le dispositif prévu par le décret a donc un impact positif sur l'économie numérique, en particulier sur les opérateurs économiques spécialisés. Il permet une valorisation intensive des données essentielles des contrats de concession par les entreprises du numérique qui « ont démontré leur capacité à tirer de l'utilisation des données une source de revenus majeure et en forte croissance » (Etude annuelle du Conseil d'Etat, 2014, « *Le numérique et les droits fondamentaux* », première partie, p. 53 à 62). La publicité n'est en effet qu'un mode particulier de valorisation des données, qui peuvent aussi être utilisées pour améliorer les services eux-mêmes.

L'article 32 du décret a un impact positif sur tous les tiers aux contrats de concession, qu'ils soient ou non usagers des ouvrages ou services concédés. Il offre à l'ensemble des citoyens intéressés un accès direct, à distance, gratuit et sécurisé aux données contractuelles les plus importantes via le profil d'acheteur de chaque autorité concédante, qui est déjà connu ou facilement identifiable. Le dispositif fixé par le décret garantit ainsi une véritable transparence des contrats de type concessif et répond aux objectifs de rétablissement de la confiance publique et de contrôle de la probité des responsables publics, fixés par le rapport de Jean-Louis NADAL sur l'exemplarité des responsables publics « *Renouer la confiance publique* » de janvier 2015.

Impacts de la diffusion en *open data* des données essentielles sur les citoyens :



Source : MEIN – Direction des affaires juridiques – Juillet 2015

2.2 L'encadrement du recours à des tiers pour l'exécution d'une partie des services ou travaux concédés.

- Etat des lieux : Une réglementation juridiquement parcellaire et économiquement inégale.

Aucun principe ni aucune jurisprudence, en droit européen comme en droit national, n'interdit à un concessionnaire de confier à un autre opérateur économique, par la conclusion soit d'un marché soit d'une sous-concession, une part des travaux ou services qui lui ont été concédés. Au contraire, les textes en vigueur reconnaissent, implicitement, la possibilité de recourir à des tiers pour l'exécution d'un contrat de concession de travaux publics et la jurisprudence administrative admet, expressément, cette faculté, que le contrat de concession ait pour objet des travaux ou des services publics.

Le titre III de la directive 2004/18/CE du 31 mars 2004, relatif aux règles dans le domaine des concessions de travaux publics, comporte ainsi une disposition spécifique à l'intervention de tiers dans le cadre de l'exécution de tels contrats. Son article 60 dispose :

« *Le pouvoir adjudicateur peut :*

- a) soit imposer au concessionnaire de travaux publics de confier à des tiers des marchés représentant un pourcentage minimal de 30 % de la valeur globale de travaux faisant l'objet de la concession de travaux, tout en prévoyant la faculté pour les candidats de majorer ce pourcentage ; ce pourcentage minimal doit être indiqué dans le contrat de concession de travaux ;*
- b) soit inviter les candidats concessionnaires à indiquer eux-mêmes, dans leurs offres, le pourcentage, lorsqu'il existe, de la valeur globale des travaux faisant l'objet de la concession qu'ils comptent confier à des tiers. »*

Cette disposition, non contraignante, a été transposée en droit interne :

- à l'article L. 1415-6 du CGCT, pour les collectivités territoriales et les établissements publics

locaux ;

- par l'article 7 du décret n°2010-406 du 26 avril 2010, pour l'Etat et ses établissements publics autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial ;
- à l'article 7 de l'ordonnance n°2009-864 du 15 juillet 2009, pour les pouvoirs adjudicateurs relevant de l'ordonnance n°2005-649 du 6 juin 2005.

Si l'autorité concédante décide de confier à des tiers l'exécution ou l'exploitation d'une partie des travaux publics concédés, elle peut actuellement :

« 1° Soit imposer aux candidats de sous-traiter à des tiers un pourcentage, au moins égal à 30 %, de la valeur globale des travaux faisant l'objet du contrat ;

2° Soit inviter les candidats à indiquer dans leurs offres s'ils entendent confier à des tiers une part des travaux faisant l'objet du contrat et, dans l'affirmative, le pourcentage qu'elle représente dans la valeur globale des travaux.

L'exigence mentionnée au 1° ou l'invitation mentionnée au 2° doivent être indiquées dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation. »

Il n'existe pas, aujourd'hui, de dispositif similaire pour les délégations de service public. La loi Sapin et les articles L. 1411-1 à L. 1411-19 du CGCT ne prévoient en effet aucune disposition spécifique en la matière.

Exemples de sous-concessions :

L'article L. 2223-19 du CGCT qualifie le service extérieur des pompes funèbres de mission de service public, qui « peut être assurée par les communes, directement ou par voie de gestion déléguée. » L'article L. 2223-44 du même code précise que, « lorsque la commune du lieu de mise en bière n'est pas celle du domicile du défunt ou du lieu d'inhumation ou de crémation, la régie ou le concessionnaire ou, en l'absence d'organisation du service, toute entreprise ou association de pompes funèbres de l'une ou l'autre de ces communes peut intervenir sur le territoire de celles-ci si la personne qui a qualité pour pourvoir aux funérailles ou son mandataire le décide. » Dans son arrêt du 4 juin 1999, *SARL Maison Dulac* (req. n°155825), le Conseil d'Etat a jugé que « l'exécution de tout ou partie d'un service concédé ne peut être cédé par le concessionnaire à une entreprise tierce sans l'accord de l'autorité concédante ; que, sous réserve de cet accord, les dispositions, précitées, de l'article L. 362-4-1 du code des communes [art. L. 2223-44 du CGCT] ne font pas obstacle à ce que le concessionnaire d'un service extérieur des pompes funèbres cède à une entreprise tierce l'exécution de tout ou partie de ce service ».

Pour les aéroports, le titulaire d'un contrat de concession peut également, « après approbation de l'autorité concédante, sous-traiter l'aménagement, l'entretien et l'exploitation de tout ou partie des ouvrages, installations, matériels et services concédés et la perception des redevances correspondantes. » (article 29 du cahier des charges type applicable aux concessions aéroportuaires, approuvé par le décret n°97-547 du 29 mai 1997 – Réponse ministérielle à la question écrite n°74954 de Mme Marie-Jo ZIMMERMANN, Journal Officiel du 31 mai 2011, p. 5771).

• **Objectif** : L'harmonisation et la sécurisation du cadre juridique applicable à l'ensemble des contrats de type concessif.

- *La mise en œuvre effective d'un dispositif visant à favoriser l'accès des PME à tous les contrats de concession.*

Le I de l'article 33 du décret assure l'application du 1° du II de l'article 42 de l'ordonnance, en précisant le pourcentage minimal de la valeur globale des travaux ou services concédés que l'autorité concédante peut imposer de confier à des petites et moyennes entreprises. Inspiré de la mesure similaire applicable actuellement aux concessions de travaux publics, le dispositif envisagé a

toutefois été ajusté sur différents points :

- dans un souci de simplification et d'harmonisation, le dispositif demeure facultatif mais a été étendu à l'ensemble des contrats de type concessif. En effet, aucun motif ne justifie de restreindre une telle disposition, qui n'est liée ni à l'objet ni au montant du contrat, aux seuls contrats de concession de travaux publics ;
 - les petites et moyennes entreprises sont désormais expressément visées et seules concernées par le dispositif. L'objectif du Gouvernement est d'améliorer l'accès de ces opérateurs économiques, structurellement plus fragiles que les grandes entreprises, aux contrats de concession ;
 - le pourcentage minimal de la valeur globale des travaux ou services concédés que l'autorité concédante peut imposer de confier à des petites et moyennes entreprises est fixé à 10%, et non plus à 30% comme actuellement pour les concessions de travaux publics. Il s'agit d'assurer un équilibre entre un dispositif généralisé, contraignant pour les candidats et strictement encadré pour les autorités concédantes, et les principes de liberté d'accès à la commande publique ou de liberté contractuelle.
- *La transposition d'une obligation de contrôle imposée pour la réalisation de certains travaux ou services par des tiers.*

Le II de l'article 33 du décret constitue la transposition fidèle et complète de l'unique obligation fixée par l'article 42 de la directive 2014/23/UE. En effet, son paragraphe 3 impose, uniquement pour les contrats de concession exécutés dans les locaux de l'autorité concédante et sous sa surveillance, la communication par le concessionnaire des noms et coordonnées des opérateurs tiers participant aux travaux ou services concédés. Il dispose ainsi : « *En ce qui concerne les concessions de travaux et les services qui doivent être réalisés dans les locaux du pouvoir adjudicateur ou de l'entité adjudicatrice sous sa surveillance, après l'attribution de la concession et, au plus tard, au début de l'exécution de la concession, le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice exige du concessionnaire qu'il lui indique le nom, les coordonnées et les représentants légaux de ses sous-traitants participant à ces travaux ou à la prestation de ces services dans la mesure où ces informations sont connues à ce stade. Le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice exige que le concessionnaire lui fasse part de tout changement relatif à ces informations intervenant au cours de la concession ainsi que des informations requises pour tout nouveau sous-traitant qui participe ultérieurement à ces travaux ou à la prestation de ces services.* » Le II de l'article 33 du décret met en œuvre la faculté donnée aux Etats membres d'« *imposer au concessionnaire l'obligation de fournir les informations requises directement.* », prévue au deuxième alinéa du paragraphe 3 de l'article 42 de la directive.

Conformément aux objectifs de simplification et d'allègement des normes poursuivis par le Gouvernement, la possibilité offerte par la directive aux Etats membres « *d'étendre les obligations prévues au premier alinéa* » du paragraphe 3 de son article 42 ou de « *prévoir des dispositions plus sévères en matière de responsabilité dans le cadre de leur droit national* » n'a pas été mise en œuvre.

• **Impacts :**

Le I de l'article 33 du décret est dépourvu d'impact, puisqu'il garantit uniquement la mise en œuvre pratique d'une faculté offerte aux autorités concédantes. La généralisation d'un dispositif semblable réservé actuellement aux seules concessions de travaux publics ne crée aucune obligation nouvelle. En outre, les ajustements introduits, par rapport au dispositif en vigueur, permettent de sécuriser et de favoriser la mise en œuvre d'une mesure, simple, opérationnelle et proportionnée, en faveur des petites et moyennes entreprises.

Le II de l'article 33 du décret introduit une charge nouvelle pour les concessionnaires liée à un devoir d'obligation d'information de l'autorité concédante après l'attribution du contrat et, au plus tard, au début de son exécution, ainsi que tout au long de l'exécution du contrat. Cette charge, difficilement quantifiable, demeure toutefois limitée. Elle concerne en effet l'hypothèse très particulière d'une réalisation des services ou travaux concédés « *dans les locaux de l'autorité concédante sous sa surveillance* ». En outre, les autorités concédantes peuvent déjà exiger, en application du principe de

liberté contractuelle, la production de telles informations de la part du concessionnaire, pour des raisons compréhensibles liées à la sécurité ou à la gestion des accès dans leurs propres locaux.

2.3 La clarification du régime juridique encadrant la modification des contrats de concession en cours d'exécution.

Conformément à l'article 43 de la directive 2014/23/UE, qui instaure un régime précis de la modification des contrats de concession, l'article 45 de l'ordonnance relative aux contrats de concession cristallise la possibilité de modifier les contrats de concession en cours d'exécution, dans les conditions fixées par le présent décret.

- Etat des lieux : Un cadre juridique parcellaire et mouvant, source d'insécurité juridique et d'inefficacité économique.

L'encadrement de la modification des contrats de concession, en cours d'exécution, fait actuellement l'objet d'un encadrement limité et éclaté, tant un niveau européen qu'un niveau national. Cet encadrement varie en fonction de l'objet du contrat, voire selon la qualité de l'autorité concédante.

Au niveau européen, les directives du 31 mars 2004 ne comportent aucune disposition relative aux modifications des contrats de concession de services ou de services publics. L'article 17 de la directive 2004/18/CE prévoit expressément l'exclusion de toutes les concessions de services du champ d'application de cette directive relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services. L'article 18 de la directive 2004/17/CE exclut l'ensemble des concessions de services et de travaux qui sont octroyées par des entités adjudicatrices du champ de cette directive portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux.

Seule la directive 2004/18/CE encadre, dans son titre III, les concessions de travaux publics et prévoit, explicitement, une hypothèse de modification de tels contrats, sans une nouvelle mise en concurrence préalable.

Encadrement des modifications des contrats de concession par les textes européens :

TYPE DE CONTRATS	DISPOSITIONS APPLICABLES	OBJET DE LA MODIFICATION	CONDITIONS DE LA MODIFICATION	LIMITE FIXEE A LA MODIFICATION
Contrats de concession de services	-	-	-	-
Contrat de concession de services publics	-	-	-	-
Contrats de concession de travaux publics	Article 61 de la directive 2004/18/CE du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services.	Attribution de travaux complémentaires, par des pouvoirs adjudicateurs, au concessionnaire initial.	Les travaux complémentaires doivent : - ne pas figurer dans le projet ou le contrat initial ; - être devenus nécessaires à l'exécution de l'ouvrage, suite à une circonstance imprévue ; - être confiés au concessionnaire initial, pour l'une des raisons suivantes : ▪ ils ne peuvent être techniquement ou économiquement séparés du contrat	Montant cumulé des travaux complémentaires ≤ 50% du montant de l'ouvrage initial.

			initial sans inconvénient majeur ; ▪ bien que séparables du contrat initial, ils sont strictement nécessaires à son perfectionnement.	
--	--	--	--	--

Source : MEIN – Direction des affaires juridiques – Juillet 2015

Au niveau national, les textes en vigueur ne fixent pas de cadre général régissant la modification des contrats de type concessif en cours d'exécution. Ils prévoient et encadrent uniquement quelques hypothèses spécifiques, permettant de modifier de tels contrats sans remise en concurrence, en définissant des conditions ou des limites particulières qui peuvent varier en fonction de l'objet du contrat. En outre, seuls les contrats de concession ayant pour objet un service public ou des travaux publics sont concernés, les normes applicables ne soumettant les concessions portant sur des services qui ne sont pas qualifiables de services publics à aucune règle.

Encadrement des modifications des contrats de concession par les textes nationaux :

TYPE DE CONTRATS	DISPOSITIONS APPLICABLES	OBJET DE LA MODIFICATION	CONDITIONS DE LA MODIFICATION	LIMITE FIXEE A LA MODIFICATION
Contrats de concession de services	-	-	-	-
Contrat de concession de services publics nationaux	Article 40 de la loi Sapin.		- Motifs d'intérêt général ; - Réalisation de nouveaux investissements matériels, sur demande de l'autorité délégante, à la double condition que ces investissements soient : ▪ motivés par la bonne exécution du service public <u>ou</u> l'extension de son champ territorial ; ▪ de nature à modifier l'économie générale du contrat <u>et</u> ne peuvent être amortis d'ici la fin normale du contrat.	- En cas de motifs d'intérêt général, la prolongation ne peut dépasser un an ; - En cas de nouveaux investissements, aucune limite n'est fixée.
Contrat de concession de services publics locaux	Article L. 1411-2 du CGCT.	Prolongation de la durée de la délégation de service public.	+ Sauf pour l'Etat, toute prolongation nécessite l'accord préalable de l'organe délibérant de la personne publique. La réalisation de nouveaux investissements peut aussi être motivée par : ▪ une certaine utilisation des énergies renouvelables ou de récupération ; ▪ une opération	- En cas d'utilisation d'énergies renouvelables ou de récupération, la durée restante du contrat doit être > à 3 ans ; - En cas d'opération liée au dioxyde de carbone, la prolongation ne peut dépasser la durée de

			pilote d'injection et de stockage de dioxyde de carbone.	l'autorisation d'injection et de stockage.
	Article L. 1411-6 du CGCT.	Toute modification, quel que soit son objet, entraînant une augmentation du montant global du contrat > 5%.	- Avis de la commission d'ouverture des plis prévue à l'article L. 1411-5 du CGCT. + - Décision de l'assemblée délibérante, sur la base de cet avis.	-
Contrats de concession de travaux publics	- Articles 13 et 21 du décret n°2010-406 du 26 avril 2010 pour, respectivement, l'Etat ou ses établissements publics ayant un caractère autre qu'industriel et commercial et les pouvoirs adjudicateurs soumis à l'ordonnance n°2005-649 du 6 juin 2005. - Article R. 1415-5 du CGCT, pour les collectivités territoriales et leurs établissements publics.	Attribution de travaux complémentaires, par des pouvoirs adjudicateurs, au concessionnaire initial.	Les travaux complémentaires doivent : - être devenus nécessaires à la réalisation de l'opération, suite à une circonstance imprévue ; - être confiés au concessionnaire initial ; - présenter l'une des caractéristiques suivantes : ▪ ils ne peuvent être techniquement ou économiquement séparés du contrat initial sans inconvénient majeur ; ▪ bien que séparables du contrat initial, ils sont strictement nécessaires à son parfait achèvement.	Montant cumulé des travaux complémentaires ≤ 50% du montant de la part du contrat initial portant sur des travaux.

Source : MEIN – Direction des affaires juridiques – Juillet 2015

En outre, l'hypothèse de modification prévue au b) du paragraphe 1 de l'article 43 de la directive 2014/23/UE a fait l'objet d'une transposition diligente, fin 2014, pour les seuls contrats de concession de travaux publics. Le décret n°2014-1341 du 6 novembre 2014 a modifié le décret n°2010-406 du 26 avril 2010, afin d'y insérer une nouvelle hypothèse de modification d'un contrat en cours d'exécution. Ces dispositions sont en vigueur depuis le 1er janvier 2015 et concernent uniquement les contrats passés par l'Etat et ses établissements publics, autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial. Elles s'appliquent aussi bien aux contrats en cours d'exécution à cette date qu'aux contrats conclus postérieurement à son entrée en vigueur.

Nouvelle hypothèse de modification des contrats de concession de travaux publics introduite en 2014 :

TYPE DE CONTRATS	DISPOSITIONS APPLICABLES	OBJET DE LA MODIFICATION	CONDITIONS DE LA MODIFICATION	LIMITE FIXEE A LA MODIFICATION
Contrats de concession de travaux publics	Article 13-1 du décret n°2010-406 du 26 avril 2010, pour, respectivement, pour l'Etat et ses établissements publics ayant un caractère autre qu'industriel et commercial.	Attribution de travaux ou services supplémentaires, par l'Etat ou certains de ses établissements publics, au concessionnaire initial.	Les travaux ou services supplémentaires doivent : - ne pas figurer dans le contrat initial ; - être devenus nécessaires ; - ne pas entraîner de changement de	Montant de chaque modification ≤ 50% du montant du contrat initial.

			concessionnaire, qui représenterait : <ul style="list-style-type: none"> ▪ soit une impossibilité, pour des raisons économiques ou techniques ; ▪ soit un inconvénient majeur ou une augmentation substantielle des coûts. <p style="text-align: center;">+</p> Obligation de publier, au JOUE, un avis de modification conforme à un modèle.	
--	--	--	---	--

Source : MEIN – Direction des affaires juridiques – Juillet 2015

A défaut d'un cadre juridique général et exhaustif, les juges européens et français ont été amenés à définir des conditions de fond pour toute modification des contrats de concession pendant leur exécution, sans publicité ni mise en concurrence préalables.

Encadrement des modifications des contrats de concession par la jurisprudence européenne :

TYPE DE CONTRATS	DISPOSITIONS APPLICABLES	OBJET DE LA MODIFICATION	CONDITIONS DE LA MODIFICATION	LIMITE FIXEE A LA MODIFICATION
Contrats de concession de services	- Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne : CJUE, 7 décembre 2000, <i>Telaustria</i> , aff. C-324/98.	Toute modification du contrat.	- Règles fondamentales du traité, notamment le principe de non-discrimination en raison de la nationalité. Toutefois, l'obligation de transparence s'applique seulement au cas où le contrat est susceptible d'intéresser une entreprise située dans un État membre autre que celui dans lequel il est passé (intérêt transfrontalier).	Toute modification substantielle, de nature à démontrer la volonté des parties de renégocier les termes essentiels du contrat, nécessite la passation d'un nouveau contrat.
Contrats de concession de travaux publics			+ - Jurisprudence de la CJUE : <ul style="list-style-type: none"> ▪ 19 juin 2008, <i>Presstext Nachrichtenagentur GmbH</i>, aff. C-454/06 ; ▪ 13 avril 2010, <i>Wall AG</i>, aff. C-91/08. 	

			<p>permis l'admission de soumissionnaires autres que ceux initialement admis ou auraient permis de retenir une offre autre que celle initialement retenue ;</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ elle étend le contrat, dans une mesure importante, à des prestations non initialement prévues ; ▪ elle change l'équilibre économique du contrat en faveur du concessionnaire d'une manière qui n'était pas prévue dans le contrat initial. <p>Ne constitue pas une modification substantielle :</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ une modification qui représente, en substance, une simple réorganisation interne du concessionnaire initial ; ▪ une modification qui constitue une simple adaptation ou un ajustement objectif du contrat à des circonstances extérieures modifiées. 	
--	--	--	--	--

Source : MEIN – Direction des affaires juridiques – Juillet 2015

Le Conseil d'Etat a précisé que les dispositions du CGCT, qui autorisent dans certaines hypothèses et sous certaines conditions la prolongation des délégations de service public, n'ont « *ni pour objet ni pour effet de faire obstacle à l'application des règles générales qui régissent les avenants.* » (CE, 19 avril 2005, Section des travaux publics, avis n°371.234). Il a ainsi rappelé les trois critères conditionnant la légalité de toute modification d'un contrat de délégation de service public :

- elle ne peut pas modifier l'objet de la délégation ;
- elle ne peut pas modifier, substantiellement, l'un des éléments essentiels du contrat, tels que sa durée, le volume des investissements mis à la charge du délégataire, la répartition initiale des charges entre le délégant et le délégataire ou le risque d'exploitation du délégataire ;
- elle ne peut avoir pour objet la réalisation d'investissements qui sont normalement à la charge du délégataire, tels les investissements de renouvellement des installations.

En outre, le Conseil d'Etat soumet, de manière constante, la cession ou le transfert à un tiers des délégations de service public aux trois conditions cumulatives suivantes (CE, avis, section des finances, 8 juin 2000, n°364803 ; section de l'administration, 1^{er} décembre 2009, n°383264) :

- le transfert ou la cession d'une délégation de service public doit s'entendre de la reprise pure et simple, par le cessionnaire qui constitue son nouveau titulaire, de l'ensemble des droits et

obligations résultant du précédent contrat ;

- il ne saurait être assorti d'une remise en cause substantielle d'un des éléments essentiels de ce contrat, tels que la durée, le prix, la nature des prestations et le prix demandé aux usagers ;
- il ne peut avoir lieu, même en l'absence de toute clause spéciale du contrat en ce sens, qu'avec l'assentiment préalable de la personne publique cocontractante.

Consacrant la spécificité des contrats de type concessif par rapport aux marchés publics, le juge administratif considère que « *la légalité d'un avenant à une délégation de service public doit s'apprécier uniquement au regard de l'absence de modification d'un élément substantiel de la délégation et non du bouleversement de son économie* » (CAA de Paris, 17 avril 2007, Département de Paris c/ Société Kéolis, n°06PA02278 ; CAA de Marseille, 28 avril 2014, Communauté d'agglomération du pays d'Aubagne et de l'Etoile, n°12MA00238). Reconnaisant la nécessité de permettre la mutabilité des services publics, et de ses conventions supports, il privilégie une approche plus qualitative qui tient compte de l'importance des clauses contractuelles pour les parties. L'interdiction de « *modifier, substantiellement, l'un des éléments essentiels* » du contrat présente davantage de souplesse que le cadre régissant les marchés publics (article 20 du CMP).

• **Objectifs** : Un régime juridique unique et simple, garant des spécificités et de la mutabilité des contrats de concession.

La possibilité reconnue aux parties de modifier les contrats qui les lient, au cours de leur exécution, constitue l'une des principales illustrations de la liberté reconnue aux cocontractants et du principe de mutabilité des contrats. Elle permet ainsi soit de prévenir d'éventuels contentieux liés à des anomalies originelles, soit d'adapter les clauses contractuelles aux éventuels changements du contexte ou des conditions initiaux.

Dans tous les cas, la mise en œuvre de la faculté de modifier directement les contrats de concession démontre et favorise la volonté de consensus et de pacification des relations contractuelles exprimée par les parties. Elle atteste de l'intention de celles-ci de ne pas renégocier les conditions essentielles du contrat initial. Elle s'avère particulièrement utile dans le cadre de montages contractuels complexes ou pour des contrats de longue durée, comme c'est généralement le cas pour les contrats de type concessif.

➤ *La transposition du nouveau cadre juridique régissant la modification des contrats de type concessif d'un montant supérieur au seuil européen.*

Les articles 34 et 35 du décret assurent la transposition, fidèle et complète, de l'article 43 de la directive 2014/23/UE. La directive du 26 février 2014 définit en effet, de manière inédite, les hypothèses dans lesquelles les contrats de concession, dont la valeur estimée est égale ou supérieure au seuil européen (5 186 000 €), peuvent être modifiés en cours d'exécution, sans une nouvelle procédure d'attribution préalable.

Les nouvelles dispositions européennes étant claires, précises et inconditionnelles, le Gouvernement ne dispose d'aucune marge de manœuvre pour leur transposition et doit s'y conformer strictement. Le maintien ou la création de normes supplémentaires constituerait une sur-transposition et aurait pour effet de complexifier le régime juridique applicable.

La liste des hypothèses autorisées de modification, sans remise en concurrence, est exhaustive et d'interprétation stricte. Le paragraphe 5 de l'article 43 précise ainsi qu'« *Une nouvelle procédure d'attribution de concession conforme à la présente directive est requise pour des modifications des dispositions d'une concession en cours autres que celles prévues* » par la directive. L'instauration d'hypothèses purement nationales serait dès lors contraire au droit européen.

Au total, l'article 43 de la directive 2014/23/UE fixe six cas dans lesquels des modifications peuvent librement être apportées à une concession en cours d'exploitation :

Hypothèses de modification des contrats de concession prévues par la directive 2014/23/UE :

OBJET DE LA MODIFICATION	CONDITIONS DE LA MODIFICATION	LIMITES DE LA MODIFICATION	EXIGENCES PARTICULIERES
Toute modification du contrat.	<ul style="list-style-type: none"> - Présence de clauses dans les documents contractuels initiaux, sous la forme de clauses de réexamen ou d'options claires, précises et sans équivoque. <li align="center">+ - Ces clauses doivent comporter, impérativement, les précisions suivantes : <ul style="list-style-type: none"> ▪ Champ d'application des modifications ou des options envisageables ; ▪ Nature des modifications ou options envisageables ; ▪ Conditions dans lesquelles les modifications ou options peuvent être mises en œuvre. 	<ul style="list-style-type: none"> - Impossibilité de changer la nature globale du contrat de concession. - Aucune limite de montant. 	-
Attribution de travaux ou services supplémentaires, par les pouvoirs adjudicateurs ou les entités adjudicatrices, au concessionnaire initial.	<p>Les travaux ou services supplémentaires doivent :</p> <ul style="list-style-type: none"> - ne pas figurer dans le contrat initial ; - être devenus nécessaires ; - ne pas entraîner de changement de concessionnaire, qui représenterait : <ul style="list-style-type: none"> ▪ soit une impossibilité, pour des raisons économiques ou techniques ; ▪ soit un inconvénient majeur ou une multiplication substantielle des coûts. 	<ul style="list-style-type: none"> - Pour les pouvoirs adjudicateurs : montant de chaque modification \leq 50% du montant du contrat initial. <li align="center">+ - Absence de contournement des règles fixées par le droit européen. 	Obligation de publier, au JOUE, un avis de modification contenant toutes les informations fixées par l'Annexe XI de la directive.
Toute modification du contrat.	<p>Modification rendue nécessaire par des circonstances qu'une autorité concédante diligente ne pouvait pas prévoir lors de la passation du contrat initial.</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Impossibilité de changer la nature globale du contrat de concession. <li align="center">+ - Pour les pouvoirs adjudicateurs : montant de chaque modification \leq 50% du montant du contrat initial. <li align="center">+ - Absence de contournement des règles fixées par le droit européen. 	Obligation de publier, au JOUE, un avis de modification contenant toutes les informations fixées par l'Annexe XI de la directive.
Changement de concessionnaire.	<ul style="list-style-type: none"> - Application d'une clause de réexamen ou d'une option claire, précise et sans équivoque. <u>ou</u> - En conséquence d'une cession totale ou partielle, résultant d'opérations de restructuration, si le nouveau concessionnaire justifie de toutes les capacités exigées 	<ul style="list-style-type: none"> - Absence d'autre modification substantielle du contrat initial. <li align="center">+ - Absence de contournement des règles fixées par le droit européen. 	-

	<p>initialement. <u>ou</u> - Reprise, par l'autorité concédante, de toutes les obligations du concessionnaire initial.</p>		
Toute modification du contrat.	<p>- La modification ne doit pas rendre les caractéristiques du contrat substantiellement différentes de celles prévues initialement. + - Une modification est toujours considérée comme substantielle dans l'un des quatre cas suivants :</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ elle introduit des conditions qui, si elles avaient figuré dans la procédure initiale, auraient permis l'admission de candidats autres que ceux initialement admis <u>ou</u> l'acceptation d'une offre autre que celle initialement retenue <u>ou</u> auraient attiré davantage de participants ; ▪ elle modifie l'équilibre économique du contrat en faveur du concessionnaire d'une manière qui n'était pas prévue dans le contrat initial ; ▪ elle étend considérablement le champ du contrat ; ▪ un nouveau concessionnaire remplace le concessionnaire initial, dans d'autres cas non prévus par l'hypothèse spécifique au changement de concessionnaire. 	Aucune limite de montant.	-
Toute modification du contrat.	<p>Le montant de la modification doit être inférieur aux deux montants suivants :</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ au seuil européen (5 186 000 €) ; <p><u>et</u></p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ 10% du montant du contrat de concession initial. 	<p>- Impossibilité de changer la nature globale du contrat de concession. + - En cas de modifications successives, le montant à prendre en compte est le montant cumulé de toutes les modifications.</p>	-

Source : MEIN – Direction des affaires juridiques – Juillet 2015

La directive 2014/23/UE permet aux autorités concédantes et aux opérateurs économiques de bénéficier d'un encadrement souple et clair, tenant compte des réalités contractuelles et des exigences opérationnelles. En offrant la flexibilité d'apporter des modifications entraînant une variation mineure de certaines de ses clauses ou de son montant, elle préserve la spécificité des contrats de type concessif qui «*font généralement intervenir des mécanismes techniques et financiers complexes et de long terme qui sont souvent soumis à un contexte évolutif*». Elle garantit ainsi l'efficacité économique et la sécurité juridique de l'exécution de tels contrats.

En particulier, la nouvelle hypothèse de modification autorisée fixée au paragraphe 2 de l'article 45

qui autorise, sans examen ni condition, toute modification dès lors qu'elle ne change pas la nature globale du contrat et que son montant respecte le double seuil de 5 186 000 d'euros et de 10 % du montant du contrat de concession initial. Ces seuils, obtenus par les autorités françaises au cours de la négociation des nouvelles directives « commande publique », présentent un caractère *de minimis* : une modification au-delà des limites fixées demeure possible sans nouvelle mise en concurrence dès lors qu'elle correspond à l'une des hypothèses fixées au paragraphe 1 de l'article 43, notamment lorsqu'elle ne constitue pas une modification substantielle.

- *L'unification des règles encadrant la modification des contrats de concession en cours d'exécution, par la généralisation des souplesses introduites par le droit européen.*

La transposition de la directive 2014/23/UE est l'occasion de mettre un terme à l'éclatement qui caractérise, jusqu'à présent, le régime juridique des modifications des contrats de concession. Les dispositions actuelles, éclatées en trois textes distincts, sont désormais incomplètes au regard du droit européen. L'harmonisation des règles applicables à tous les contrats de type concessif garantit la transparence et la bonne gestion des deniers publics tout au long de leur exécution, tout en favorisant leur utilisation comme levier de croissance.

La définition d'un cadre unique, approprié, équilibré et flexible, est source de simplification et d'allègement des normes. Elle permet de sécuriser juridiquement et d'assurer l'efficacité économique de l'exécution des contrats de concession :

- en mettant fin au vide juridique existant pour les contrats de concession de services qui n'ont pas pour objet l'exploitation ou la gestion d'un service public ;
- en cristallisant et en clarifiant la jurisprudence actuelle, qui varie en fonction de l'objet du contrat, n'est pas totalement harmonisée aux niveaux européen et national et utilise certaines notions sujettes à interprétation ;
- en procédant à la mise en cohérence des différents textes en vigueur, applicables aux délégations de service public et aux concessions de travaux publics ;
- en couvrant toutes les hypothèses de modification des contrats de concession aujourd'hui autorisées, tant par les textes que par la jurisprudence.

Les articles 34 et 35 du décret constituent l'unique solution pour tirer le meilleur profit de toutes les souplesses offertes par la directive 2014/23/UE, en en étendant le bénéfice à l'ensemble des contrats de concession, quel que soit leur objet. Il ne serait en effet ni logique ni opportun de maintenir en droit français des dispositifs plus contraignants que les nouvelles mesures européennes, au détriment de contrats dont le montant est plus faible que ceux entrant dans le champ de la directive.

Tous les contrats de concession doivent pouvoir bénéficier des souplesses de la directive, totalement nouvelles ou seulement clarifiées, qui répondent particulièrement aux caractéristiques des contrats de type concessif. Il est indispensable de permettre l'adaptation de ces contrats de longue durée aux nécessités des travaux et services concédés afin de garantir, tout au long de leur exploitation, leur qualité et leur performance. En particulier, les contrats de concession ayant pour objet un service public doivent pouvoir s'adapter aux évolutions des besoins que le service public tend à satisfaire, puisqu'ils ne peuvent d'emblée prévoir toutes les variations ou bouleversements des circonstances.

L'extension des dispositions de l'article 43 de la directive à tous les contrats de concession correspond à l'évolution constante de la jurisprudence, tant européenne que nationale. Depuis 2005, la position des juridictions administratives sur les modifications des contrats en cours d'exécution a ainsi fait l'objet d'un net assouplissement, eu égard aux spécificités des contrats de type concessif par rapport aux marchés publics.

Outre la création de deux nouvelles hypothèses de modification des contrats de concession, sans une nouvelle mise en concurrence préalable, le décret apporte plusieurs assouplissements aux dispositions actuellement applicables :

Souplesses de la directive 2014/23/UE étendues à tous les contrats de concession :

DISPOSITIONS APPLICABLES		
TYPE DE CONTRATS	Avant	Après <i>- Extension à tous les contrats de concession -</i>
Contrats de concession de services publics	Encadrement <u>direct</u> de toute prolongation de la durée de la délégation de service public, autorisée uniquement pour : - Des motifs d'intérêt général, avec une limitation de la prolongation à un an ; - La réalisation de nouveaux investissements matériels demandés par l'autorité délégante, sous réserve du respect de conditions strictes.	Encadrement <u>indirect</u> de la modification de la durée des contrats de concession : - la durée de tous les contrats de type concessif, quel que soit leur objet, peut être modifiée, <u>réduite ou prolongée</u> ; - toute modification d'une telle durée doit <u>s'inscrire dans l'un des 6 cas de modification autorisée</u> , fixés par les articles 34 et 35 du décret, et respecter strictement les conditions de validité qu'ils fixent.
Contrats de concession de travaux	Attribution de <u>travaux</u> complémentaires par les pouvoirs adjudicateurs.	Attribution de travaux <u>ou de services</u> supplémentaires par des pouvoirs adjudicateurs <u>ou des entités adjudicatrices</u> .
	Nécessité des travaux complémentaires résultant de la survenance d'une <u>circonstance imprévue</u> .	- Suppression de la condition liée à la survenance d'une circonstance imprévue. - L'apparition de circonstances extérieures imprévisibles constitue une hypothèse à part entière de modification des contrats de concession.
	Montant <u>cumulé</u> des travaux complémentaires ≤ 50% du montant de la part du contrat initial portant sur des travaux.	- Montant de la modification ≤ 50% du montant du contrat initial. - En cas de modifications successives, cette limite s'applique au <u>montant de chaque modification</u> . - Cette limite ne s'applique pas aux contrats passés par des entités adjudicatrices.
Contrats de concession - quel que soit leur objet -	Liberté de prévoir, dans le contrat initial, sa modification dans le cadre d'une des hypothèses encadrées par les textes en vigueur.	Possibilité de prévoir les modifications des contrats de concession, quel que soit leur montant, dans les documents contractuels initiaux, sous la forme de clauses de réexamen ou d'options claires, précises et sans équivoque.
	-	Possibilité de modifier les contrats de concession, quelle qu'en soit la cause, dès lors que le montant de la modification est inférieur aux deux montants suivants : ▪ au seuil européen (5 186 000 €) ; <u>et</u> ▪ 10% du montant du contrat de concession initial.

Source : MEIN – Direction des affaires juridiques – Juillet 2015

• **Impacts :**

- *Le nouveau cadre juridique régissant la modification des contrats de concession, défini par le décret, a un impact juridique neutre.*

Juridiquement, les articles 34 et 35 du décret n'imposent pas de charge supplémentaire aux autorités concédantes ou aux concessionnaires. Au contraire, ils leur reconnaissent expressément la faculté de

modifier, sans une nouvelle mise en concurrence préalable, les contrats qui les lient, d'un commun accord et sous certaines conditions. Aucune obligation n'est créée puisque la modification des contrats en cours d'exécution demeure une simple possibilité pour les parties.

Le décret assure la stabilité des règles applicables : la modification des contrats de concession est toujours possible, mais seules des variations mineures sont autorisées et aucun changement ne peut avoir pour effet d'altérer la nature de l'ensemble de la concession. La majorité des hypothèses prévues par l'article 43 de la directive 2014/23/UE reprend des cas de modification directe qui existent déjà actuellement, tant en droit européen que dans le droit national. Pour quatre des six hypothèses listées, la directive ne fait en effet que cristalliser les cas déjà prévus par les textes en vigueur (travaux supplémentaires et circonstance imprévue) ou codifier les cas fixés par la jurisprudence actuelle (modification non substantielle et changement de concessionnaire). Seules les deux hypothèses liées aux clauses contractuelles initiales et au montant des modifications constituent de nouveaux cas par rapport aux règles applicables.

**Hypothèses de modification autorisée couvertes par le décret
par rapport aux hypothèses jusqu'à présent autorisées par les textes et la jurisprudence :**

AVANT		APRES
Contrats de concession de services publics	Contrat de concession de travaux publics	Contrats de concession - quel que soit leur objet -
Loi Sapin / CGCT : prolongation de la durée des délégations de service public.	-	<u>Art. 34-1°</u> : modifications prévues dans le contrat de concession initial.
	<u>Décret 2010 / CGCT</u> : travaux complémentaires devenus nécessaires en raison d'une circonstance imprévue. <u>Jurisprudence européenne</u> : simple adaptation ou un ajustement objectif du contrat à des circonstances extérieures modifiées.	<u>Art. 34-2°</u> : travaux ou services supplémentaires devenus nécessaires. <u>Art. 34-3°</u> : modifications nécessaires suite à des circonstances imprévisibles.
	<u>Jurisprudences nationale et européenne</u> : transfert ou cession total d'une délégation de service public.	<u>Art. 34-4°</u> : substitution d'un nouveau concessionnaire au titulaire du contrat de concession initial.
	<u>Loi sapin / CGCT</u> : prolongation de la durée des délégations de service public. <u>Jurisprudences nationale et européenne</u> : absence de modification substantielle d'un des éléments essentiels de la délégation de service public.	<u>Jurisprudence européenne</u> : absence de modification substantielle du contrat initial. <u>Art. 34-5°</u> : modifications non substantielles.
-	-	<u>Art. 34-6°</u> : modifications dont le montant est inférieur à un double seuil.

Source : MEIN – Direction des affaires juridiques – Juillet 2015

Le cadre juridique régissant les modifications des contrats de concession en cours d'exécution, fixé par les articles 34 et 35 du décret, couvre toutes les hypothèses autorisées de modification prévues actuellement par les textes nationaux :

- pour les délégations de service public, le décret, comme l'article 43 de la directive 2014/23/UE, ne prévoit aucun cas de modification spécifique à la prolongation de la durée d'un contrat de concession. Bien qu'une telle prolongation ne constitue pas, en soi et expressément, une hypothèse de modification autorisée, aucun principe ni aucune disposition de transposition n'interdit de prolonger la durée d'un contrat de type concessif. La durée d'un contrat de concession peut toujours être modifiée dès lors qu'une telle évolution est strictement conforme à l'un des cas désormais autorisé par les articles 34 et 35 du décret. Par exemple, elle pourra être modifiée si la prolongation est, en tant que telle, prévue initialement, « sous la forme de clauses de réexamen ou d'options claires, précises et sans équivoque » ou ne présente pas de caractère substantiel, ou la conséquence de travaux ou de

services supplémentaires ou bien de la survenance de circonstances imprévues ;

- pour les concessions de travaux publics, le décret reprend, en les assouplissant et clarifiant, toutes les hypothèses de modification prévues par les articles 13, 13-1 et 21 du décret n°2010-406 du 26 avril 2010 ainsi que par l'article R. 1415-5 du CGCT :
 - le 2° de l'article 34 du décret permet l'attribution directe de travaux ou de services supplémentaires tout au long de l'exécution du contrat, sans qu'ils soient désormais devenus nécessaires en raison d'une circonstance imprévue ;
 - le 3° de l'article 34 du décret reconnaît expressément la possibilité de modifier le contrat dès lors que les autorités concédantes se trouvent confrontées à des circonstances extérieures qu'elles ne pouvaient prévoir, de manière diligente, au moment de son attribution. La survenance d'une circonstance imprévue fait désormais l'objet d'une hypothèse de modification spécifique, détachée de tout travail ou service supplémentaire.

Toutes les dispositions spécifiques aux collectivités territoriales et à leurs établissements publics sont maintenues, telles qu'elles, dans le CGCT, garantissant ainsi les compétences des organes locaux :

- le 4° de l'article 55 de l'ordonnance relative aux contrats de concession assure la préservation de l'alinéa conditionnant toute prolongation d'une délégation de service public à un vote de l'assemblée délibérante. Cette obligation est étendue à l'ensemble des modifications des contrats de concession de service public, qu'elles aient ou non pour objet la prolongation de leur durée. Figurant actuellement à l'article L. 1411-2 du CGCT, que l'article 60 de la même ordonnance abroge, elle est transférée à l'article L. 1411-6 du même code qui traite déjà des avenants aux délégations de service public ;
- les dispositions de l'article L. 1411-6 du CGCT ne sont nullement impactées par l'ordonnance relative aux contrats de concession. Est donc conservée la double obligation relative à « *Tout projet d'avenant à une convention de délégation de service public entraînant une augmentation du montant global supérieure à 5%* » :
 - la saisine pour avis de la commission d'ouverture des plis prévue à l'article L. 1411-5 du même code ;
 - l'accord de l'assemblée délibérante, « *préalablement informée de cet avis* ».

La cristallisation de règles générales encadrant les modifications de tous les contrats de concession est compensée par l'amélioration de l'accessibilité et de l'intelligibilité du droit ainsi que par la sécurisation des relations contractuelles apportées par l'instauration d'un cadre juridique unifié. En particulier, la fin de l'éclatement des régimes concessifs applicables et du vide juridique concernant les contrats de concession de service ne peut avoir qu'un impact positif sur tous les acteurs concernés. L'intégration des dispositions générales applicables à l'ensemble des contrats de type concessif, dans un seul corpus juridique, permet d'éviter une redondance et l'inflation des normes, tout en garantissant leur lisibilité.

➤ *L'impact des articles 34 et 35 du décret est toutefois, d'un point de vue opérationnel ou économique, positif pour les autorités concédantes et les opérateurs économiques.*

Le droit national comportant déjà un encadrement pour les concessions de travaux publics et les concessions de service portant sur la gestion d'un service public, l'impact du décret est globalement neutre pour les autorités concédantes et les opérateurs économiques. Ses articles 34 et 35 ne font pas peser davantage de charges, notamment financières, sur les parties à un contrat de concession.

Toutefois, les dispositions du décret clarifient les règles applicables aux modifications des contrats de concession, sans une nouvelle remise en concurrence. Elles simplifient substantiellement le corpus juridique national avec, au total : un seul régime juridique unique, uniquement deux textes supports et seulement trois dispositions en vigueur. Il résulte de l'harmonisation des règles européennes et nationales et de l'unification des dispositions communes régissant les modifications des contrats de type concessif :

- un encadrement nouveau des contrats de concession de service qui n'ont pas pour objet l'exploitation ou la gestion d'un service public, imposé par la directive mais simple (un seul texte et deux dispositions applicables) ;
- une stabilité des normes régissant les contrats de concession de service public, en unifiant les règles générales dans un corpus simple (un seul texte et deux dispositions applicables) et en maintenant les spécificités des collectivités territoriales et de leurs établissements publics (une disposition particulière dans le CGCT) ;
- une nette simplification du corpus régissant les contrats de concession de travaux publics, avec exclusivement un texte et deux dispositions en remplacement de deux textes distincts et de quatre articles aujourd'hui.

Nombre de textes et d'articles distincts applicables aux contrats de concession avant et après la transposition de la directive 2014/23/UE :

TYPE DE CONTRATS	NOMBRE DE TEXTES DIFFERENTES APPLICABLES		NOMBRE DE DISPOSITIONS DIFFERENTES APPLICABLES	
	Avant	Après	Avant	Après
Contrats de concession de services	0	1 <i>Décret Concessions</i>	0	2 <i>Art. 34 et 35 décret Concessions</i>
Contrats de concession de services publics	2 <i>Loi Sapin + CGCT</i>	2 <i>Décret Concessions + CGCT</i>	3 <i>Art. 40 Loi Sapin + Art. L. 1411-2 et L. 1411-6 CGCT</i>	3 <i>Art. 34 et 35 décret Concessions + Art. L. 1411-6 CGCT</i>
Contrats de concession de travaux	2 <i>Décret du 26 avril 2010 + CGCT</i>	1 <i>Décret Concessions</i>	3 <i>Art. 13, 13-1 et 21 décret du 26 avril 2010 + Art. R. 1415-5 CGCT</i>	2 <i>Art. 34 et 35 décret Concessions</i>
Total	3	2 <i>- dont 1 spécifique aux contrats de concession de services publics -</i>	7	3 <i>- dont 1 spécifique aux contrats de concession de services publics -</i>

Source : MEIN – Direction des affaires juridiques – Juillet 2015

Le régime des modifications des contrats de concession a un impact positif en termes économiques et opérationnels. La fragmentation des règles nationales est susceptible de se traduire par une perte de débouchés commerciaux pour les acteurs économiques. D'un point de vue opérationnel, elle constitue un risque de rigidité des contrats, incompatible avec l'exigence d'adapter les contrats complexes et de longue durée tout au long de leur exécution. Conformément au principe de mutabilité, le décret garantit aux parties la possibilité de modifier les contrats de concession pour les ajuster aux besoins et au contexte économiques, qui sont par nature évolutifs.

L'instauration d'un cadre juridique unifié facilite l'utilisation des contrats de type concessif comme instruments majeurs du développement à long terme d'infrastructures et de services stratégiques pour le citoyen. La faculté de modifier ces contrats à chaque instant, sous certaines conditions, est source d'efficacités économiques, favorise les investissements publics et constitue un levier de croissance.

Exemples de modifications possibles des contrats de concession en cours d'exécution :

Les cas de modification prévus par l'article 43 de la directive 2014/23/UE permettent de couvrir les hypothèses rencontrées dans le cadre de l'exécution de contrats de concession de remontées mécaniques. Le considérant 75 de la directive précise ainsi que sont autorisées : « des modifications devenues nécessaires pour tenir compte de demandes des pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices en ce qui concerne la sécurité, eu égard aux spécificités d'activités telles

que l'exploitation d'infrastructures touristiques et sportives en montagne lorsque la législation est susceptible d'évoluer pour prendre en considération les risques afférents, dans la mesure où de telles modifications respectent les conditions pertinentes fixées dans la présente directive. »

A titre illustratif, les hypothèses de modification des contrats concessions pourront ainsi trouver des applications opérationnelles dans le secteur des remontées mécaniques.

Les modifications pouvant être fixées par le contrat de concession lui-même, sous la forme de clauses de réexamen ou d'options claires, précises et sans équivoque, peuvent porter sur des indexations de prix ou « *garantir, par exemple, que des équipements de communication devant être livrés sur une période de temps donnée restent appropriés également en cas de modification de protocoles de communication ou d'autres modifications technologiques* ». Il est également possible, par telles clauses contractuelles, de « *prévoir des adaptations de la concession rendues nécessaires par des difficultés techniques apparues pendant l'utilisation ou l'entretien* ».

Les articles 34 et 35 du décret constituent un équilibre entre la nécessité d'adapter la gestion des services ou travaux concédés aux circonstances ou au contexte, expression de la liberté contractuelle des parties, et l'interdiction de remettre substantiellement en cause les conditions initiales de la mise en concurrence ou de porter atteinte aux principes fondamentaux de la commande publique. La faculté de modifier tous les contrats de type concessif, tout au long de leur exécution, est ainsi expressément reconnue et assouplie, tout en étant clairement et précisément encadrée.

3. Le texte assure une conciliation entre l'objectif de simplification du droit et la préservation des spécificités propres à certains secteurs d'activités.

Le texte met en cohérence le régime juridique des contrats concessifs tout en maintenant la spécificité propre à certains secteurs⁴.

Tel est notamment le cas des **concessions d'aménagement** dont le régime est prévu actuellement par le code de l'urbanisme. Les dispositions règlementaires doivent donc être rendues, pour certaines d'entre elles, compatibles avec les exigences de la directive, reprises, en droit interne, dans les textes de transposition.

Au-delà de la nécessaire mise en cohérence du cadre juridique applicable aux contrats de concession, la transposition de la directive « Concession » s'inscrit dans la perspective plus ambitieuse de simplification et de rationalisation du droit interne des contrats de nature concessive. Dans cette optique, un renvoi général à l'ordonnance « Concessions » et à son décret d'application est opéré à l'article R*300-4 du code de l'urbanisme : le régime des concessions d'aménagement emportant transfert d'un risque d'exploitation sera aligné, à l'issue de la transposition, sur le régime général des contrats de concession tel qu'exigé par la directive. Cette modification est rendue nécessaire par l'exigence de conformité avec le droit de l'Union européenne (tel est le cas notamment des articles R*300-7 et R*300-8) et l'objectif de simplification du droit des concessions.

Cette modification intervient dans le respect des spécificités des concessions d'aménagement.

Dans cette optique de simplification, l'article R*300-11-7 du code de l'urbanisme établissant, pour les concessions d'aménagement d'un montant inférieur au seuil européen, un régime de procédure et de publicité adaptés aux caractéristiques de chaque contrat, a été abrogé. La souplesse procédurale permise par cet article est toutefois maintenue dans la mesure où ces concessions seront régies, à l'issue de la transposition, par la procédure simplifiée du décret « Concessions ».

⁴ Voir Etude d'impact de l'ordonnance relative aux contrats de concession, point 3 « Maintien des dispositions propres à certains secteurs d'activités, conformes au droit de l'Union européenne ».

Contraintes nouvelles	Allègements et simplifications
Préparation de la procédure	
Obligation de procéder à une évaluation préalable à la procédure d'attribution du contrat pour les contrats de concessions supérieurs à 100 millions d'euros.	Marge d'erreur de 20% dans l'estimation de la valeur du contrat dès lors qu'elle n'implique pas le dépassement du seuil d'application de la procédure formalisée.
Procédure de passation	
Publication d'un avis de concession au JOUE pour les contrats de concessions conclus selon la procédure formalisée.	Unification du régime de passation des contrats de concession, quel que soit leur objet (service, travaux et service public).
Hiérarchisation des critères d'attribution pour les contrats passés selon la procédure formalisée.	Consécration de la négociation comme procédure d'attribution de droit commun pour tous les contrats de concession.
Publication d'un avis d'attribution pour les concessions ayant pour objet des services sociaux ou autres services spécifiques et pour les contrats de concession passés selon la procédure formalisée au JOUE.	Production d'une déclaration sur l'honneur des candidats précisant qu'ils ne font pas l'objet d'une interdiction de soumissionner et que les renseignements fournis relatifs aux à leurs capacités et aptitudes sont exacts.
Accès dématérialisé aux documents de la consultation au profit des opérateurs économiques	Adaptation des délais de réception des candidatures et des offres dans le cadre de la procédure simplifiée.
Utilisation généralisée du profil d'acheteur comme support de publicité	Possibilité de modifier l'ordre des critères d'attribution si une solution innovante est présentée.
	Simplification des obligations en matière de publicité
Exécution	
Obligation de mise à disposition du public des données essentielles des contrats de concession par les autorités concédantes en les publiant sur leur profil d'acheteur.	
Obligation de publicité pour la conclusion de certains types d'avenants	

Stabilité dans le temps

Joindre le texte consolidé, avec modifications apparentes

- Textes modifiés ou abrogés :

↳ Textes abrogés :

Sont abrogés :

1° Les articles R. 1411-1 à R. 1411 2-2, R. 1411-7 et R. 1415-1 à R. 1415-10 du code général des collectivités territoriales ;

2° Les articles R.* 300-5, R.* 300-6, R.* 300-8, R.* 300-9-1, R.* 300-10, R.* 300-11, R.* 300-11-7 et R. 300-11-8 du code de l'urbanisme ;

3° Le décret n°93-471 du 24 mars 1993 portant application de l'article 38 de la loi n°93-122 du 29 janvier 1993 relatif à la publicité des délégations de service public ;

4° Le décret n°95-225 du 1^{er} mars 1995 pris pour l'application de l'article 41 (c) 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, concernant les modalités de publicité des délégations de service public ;

5° Le décret n°2005-236 du 14 mars 2005 relatif au rapport annuel du délégataire de service public local et modifiant le code général des collectivités territoriales (partie Réglementaire) ;

6° Le décret n°2010-406 du 26 avril 2010 relatif aux contrats de concession de travaux publics et portant diverses dispositions en matière de commande publique.

7° Le décret n°2015-815 du 3 juillet 2015 relatif à la procédure d'attribution des contrats de revitalisation artisanale et commerciale.

↳ Textes modifiés :

(Tableau à venir : les nouvelles dispositions seront indiquées en rouge dans la version consolidée)


- Date de la dernière modification :

Fondement juridique

Dispositions nouvelles	Articles	Transposition d'une directive / application d'un règlement UE <i>préciser</i>	Application de la loi <i>préciser</i>	Conséquence d'une décision de justice <i>préciser</i>	Mesure non commandée par la norme supérieure <i>préciser : simplification, retour d'expérience</i>
Titre II – PASSATION DES CONTRATS DE CONCESSION					
Définition des besoins et spécifications techniques	2	Directive 2014/23/UE du 26 février 2014 Article 36			
Concessions réservées	3	Directive 2014/23/UE du 26 février 2014 Article 24			
Documents de la consultation	4	Directive 2014/23/UE du 26 février 2014			

		Articles 5 et 34			
Calcul de la durée des contrats	5	Directive 2014/23/UE du 26 février 2014 Article 18			- Simplification : définition d'un cadre général unique pour tous les contrats de concession ; - Sécurisation : reprise des acquis de la loi Sapin, connus et actuellement mis en œuvre.
Estimation de la valeur du contrat	6 et 7	Directive 2014/23/UE du 26 février 2014 Article 8			
Evaluation du mode de réalisation du projet d'investissement	8				Garantie supplémentaire pour assurer la bonne gestion des deniers publics. Sécurisation du recours à un contrat de la commande publique portant sur des montants très importants. Mise en place d'un outil d'aide à la décision, à la disposition des autorités concédantes, en cohérence avec le dispositif existant pour les autres contrats de la commande publique.
Procédure formalisée	9	Directive 2014/23/UE du 26 février 2014 Articles 1, 8, 31 et 37			
Procédure simplifiée	10				✓ Simplification par la mise en œuvre d'une procédure reprenant les acquis de la loi Sapin pour : - tous les contrats de concession exclus du champ d'application de la directive en raison de leur valeur inférieure au seuil européen, qui sont

					à ce jour soumis à la loi Sapin ou à l'ordonnance n°2009-864 du 15 juillet 2009 relative aux contrats de concession de travaux publics ; - les contrats de concession relevant de secteurs exclus du champ d'application de la directive indifféremment de leur valeur, qui relèvent actuellement de la loi Sapin.
Publicité	12 à 15	Directive 2014/23/UE du 26 février 2014 Articles 31 et 33			Simplification des obligations en matière de publicité
Communication et échanges d'information	16	Directive 2014/23/UE du 26 février 2014 Article 29			
Délai de réception des candidatures ou des offres	17	Directive 2014/23/UE du 26 février 2014 Article 39			
Examen des candidatures	18 à 21	Directive 2014/23/UE du 26 février 2014 Article 39			
Examen des offres	23 à 27	Directive 2014/23/UE du 26 février 2014 Articles 37 et 41			
Information des candidats et soumissionnaires non retenus	28 et 29	Directive 2014/23/UE du 26 février 2014 Article 40			
Avis d'attribution	30	Directive 2014/23/UE du 26 février 2014 Article 32			
Titre III : EXECUTION DES CONTRATS DE CONCESSION					
Rapport d'information	31				Reprise des acquis de la loi Sapin. Meilleure transparence sur la gestion des concessions de service public
Publication des données essentielles du contrat	32				-Mise en œuvre proportionnée des principes de

					<p>transparence et de droit à l'information des citoyens.</p> <p>-Moralisation de la commande publique et, plus généralement, de la vie publique.</p> <p>-Amélioration de la connaissance et de l'évaluation de l'impact économique des contrats de concession.</p>
Exécution du contrat par des tiers	33	<p>Directive 2014/23/UE du 26 février 2014</p> <p>Article 42</p>			<p>Utilisation des contrats de concession comme levier de politique publique :</p> <p>favoriser l'accès des PME et TPE à tous les contrats de type concessif.</p>
Modification du contrat	34 et 35	<p>Directive 2014/23/UE du 26 février 2014</p> <p>Article 43</p>			<p>Simplification :</p> <ul style="list-style-type: none"> - cristallisation de la souplesse offerte actuellement par la jurisprudence ; ; - unification d'un cadre juridique unique pour tous les contrats de concession, quel que soit leur objet.
Titre IV : DISPOSITIONS RELATIVES A L'OUTRE-MER					
					

II. CONCERTATION PREALABLE ET CONSULTATIONS

Organisme	Date	Avis exprimés et prise en compte par le projet
Concertation avec les collectivités territoriales et les associations d'élus		
		En cours d'élaboration
Concertation avec les entreprises et organisations professionnelles représentatives		
		En cours d'élaboration
Commissions consultatives		
		En cours d'élaboration
Autres (services, autorités indépendantes...)		
		En cours d'élaboration
Consultations ouvertes sur internet Préciser le fondement juridique		
Fondement		En cours d'élaboration
Notifications à la Commission européenne Préciser le fondement juridique : directive 98/34/CE (normes et réglementations techniques) ou directive 2006/123/CE (services dans le marché intérieur) et joindre les avis rendus par la Commission et les Etats membres		
Fondement		En cours d'élaboration
Test PME Joindre la grille de critères d'éligibilité et la fiche de restitution du test PME		
Impacts et complexité du texte pour les PME		En cours d'élaboration
Justifier de la réalisation ou non-réalisation d'un test PME		

III. EVALUATION DES IMPACTS FINANCIERS DU PROJET DE TEXTE

Un manuel et un tableur sous format Excel d'aide au calcul des impacts financiers de la réglementation sont mis à votre disposition sur le site extraqual (<http://extraqual.pm.ader.gouv.fr/simplification>) pour faciliter le renseignement des rubriques ci-dessous. Joindre le tableur à la fiche d'impact.

En cours d'élaboration

Impacts financiers globaux						
Moyenne annuelle calculée sur 3 ans						
	Particuliers	Entreprises	Collectivités territoriales et EPL	Etat	Autres organismes administratifs	Total
Charges nouvelles						
Gains et économies						
Impact net						

Secteurs d'activité et caractéristiques des entreprises concernées	Par catégorie, nombre d'entreprises concernées				
	TPE	PME	ETI	Grandes entreprises	Total
Secteur d'activité (préciser)					
Secteur d'activité (préciser)					
Secteur d'activité (préciser)					
Nombre total d'entreprises concernées					

Détails des impacts sur les entreprises					
Moyenne annuelle calculée sur 3 ans					
	Produits (chiffre d'affaire, subvention...)	Investissement	Fonctionnement	Total	ETP
Charges nouvelles					
Gains et économies					
Impact net					

Détails des impacts sur les particuliers					
Moyenne annuelle calculée sur 3 ans					
	Revenus perçus	Investissement	Fonctionnement	Total	Nombre de personnes concernées
Charges nouvelles					
Gains et économies					
Impact net					

Répartition des impacts entre collectivités territoriales				
Moyenne annuelle calculée sur 3 ans				
	Communes et EPCI	Départements	Régions	Total
Charges nouvelles				

Gains et économies				
Impact net				

Détails des impacts sur les collectivités territoriales					
Moyenne annuelle calculée sur 3 ans					
	Dépenses d'intervention	Investissement	Fonctionnement	Total	ETP
Charges nouvelles					
Gains et économies					
Impact net					

Répartition des impacts entre les administrations (hors collectivités locales)				
Moyenne annuelle calculée sur 3 ans				
	Administrations centrales	Services déconcentrés	Total Etat	Autres organismes administratifs
Charges nouvelles				
Gains et économies				
Impact net				

Détail des impacts sur les administrations (hors collectivités locales)					
Moyenne annuelle calculée sur 3 ans					
	Dépenses d'intervention, prestations versées	Investissement	Fonctionnement	Total	ETP
Charges nouvelles					
Gains et économies					
Impact net					

Répartition des impacts totaux dans le temps (tous acteurs)					
	Année 1	Année 2	Année 3	Année 4 <i>(si cette précision est jugée nécessaire)</i>	Année 5 <i>(si cette précision est jugée nécessaire)</i>
Charges nouvelles					
Gains et économies					
Impact net					

Répartition des impacts dans le temps sur les collectivités locales					
	Année 1	Année 2	Année 3	Année 4 <i>(si cette précision est jugée nécessaire)</i>	Année 5 <i>(si cette précision est jugée nécessaire)</i>
Charges nouvelles					
Gains et économies					
Impact net					

IV. APPLICATION DU MORATOIRE DE LA REGLEMENTATION

Conformément à la circulaire du Premier ministre du 17 juillet 2013, le moratoire de la réglementation ou « 1 pour 1 » s'applique aux textes réglementaires (projets d'ordonnances, de décrets et d'arrêtés) soumis à étude d'impact, créant des charges nouvelles pour les collectivités territoriales, les entreprises et le public. Celui-ci ne concerne néanmoins que les mesures non commandées par la norme supérieure, à l'exclusion des mesures de transposition d'une directive, d'application d'un règlement communautaire ou d'application de la loi. Une fiche technique décrivant les modalités de mise en œuvre du moratoire est mise à votre disposition sur le site extraqual (<http://extraqual.pm.ader.gouv.fr/simplification>).

En cours d'élaboration

Bilan des impacts pour le moratoire Moyenne annuelle calculée sur 3 ans			
	Pour mémoire : Mesures de transposition	Pour mémoire : Mesures d'application de la loi	Application du moratoire : Mesures non commandées par la règle supérieure
Charges nouvelles			
Gains et économies			
Impact net			

- Mesures de simplification adoptées pour le moratoire « 1 texte créé, 1 texte simplifié »	
Justifier ici de la compensation du projet de texte créant des charges nouvelles par une simplification ou un allègement de charges. Préciser le titre du texte et son NOR s'il s'agit d'un texte distinct. Joindre le projet de texte de simplification et son étude d'impact.	
Mesures de simplification ou d'allègement	
Destinataires	
Justification des mesures	

V. EVALUATION QUALITATIVE DES IMPACTS

Description des impacts		
	Contraintes nouvelles	Allègements et simplifications
Impacts sur les entreprises, notamment les PME et TPE		<ul style="list-style-type: none"> • Consécration de la possibilité pour les opérateurs de recourir aux groupements pour s'appuyer sur les capacités d'autres opérateurs. • Possibilité pour les autorités concédantes de faire exécuter une partie du contrat par un ou plusieurs tiers. • Accroissement de la transparence dans les relations avec les autorités concédantes.
Impacts sur la compétitivité et l'innovation		<ul style="list-style-type: none"> • Accroissement de la compétitivité des entreprises, notamment des PME par l'accès à des contrats publics de long terme dans l'ensemble des Etats membres, y compris par l'exécution d'une partie du contrat de concession en qualité de tiers. • Souplesse dans l'ordre de hiérarchisation des critères d'attribution en cas de solution exceptionnellement innovante.
Impacts sur la production		
Impacts sur le commerce et l'artisanat		
Impacts sur les clients ou usagers des entreprises et administrations concernées		<ul style="list-style-type: none"> • Accroissement de la transparence de l'emploi des deniers publics grâce à la mise à disposition du public des données essentielles des contrats de concession et par le biais de la production du rapport annuel, au profit de l'utilisateur.
Impacts sur le public, notamment les publics défavorisés		<ul style="list-style-type: none"> • Faculté de réserver des contrats de concession aux opérateurs économiques qui emploient plus de 50% de travailleurs handicapés ou

		défavorisés.
Impacts sur la société (santé, sécurité, cohésion sociale, parité, éducation, environnement)		<ul style="list-style-type: none"> • Accroissement de la transparence de l'emploi des deniers publics grâce à la mise à disposition du public des données essentielles des contrats de concession et par le biais de la production du rapport annuel, au profit de l'utilisateur. . Possibilité de prendre des critères environnementaux ou sociaux, liés à l'objet du contrat comme critère d'attribution du contrat.
Impacts sur les collectivités territoriales, notamment les petites collectivités	<ul style="list-style-type: none"> • Mise en place d'un nouvel encadrement pour la procédure de passation des concessions de services qui n'ont pas pour objet l'exploitation d'un service public. • Obligation de procéder à une évaluation préalable à la procédure d'attribution du contrat pour les contrats de concessions supérieurs à un certain montant. 	<ul style="list-style-type: none"> • Recours à la procédure simplifiée pour les contrats de concession dont le montant estimé est inférieur au seuil européen ou conclu dans un secteur d'activité spécifique. • Renforcement de la sécurité juridique et financière des contrats de concession. • Assouplissement des conditions de recours aux avenants.
Impacts sur les services chargés de l'application et du contrôle	Administrations centrales	<ul style="list-style-type: none"> • Obligation de procéder à une évaluation préalable du projet pour les contrats de plus de 100 millions d'euros.
	Services déconcentrés	
	Autres organismes administratifs	

VI. NECESSITE ET PROPORTIONNALITE

Justification des choix retenus	
En cas de transposition de directive, joindre le tableau de concordance	
<p>Marge de manœuvre offerte par la règle supérieure (options, seuils, délais, etc.). Si oui, justifier le choix effectué</p>	<p>Une directive européenne lie les Etats membres en ce qui concerne le résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales le choix de la forme et des moyens adoptés pour atteindre les objectifs du droit de l'Union européenne. Pour produire ses effets, la directive « Concessions » doit donc être transposée dans l'ordre juridique français au plus tard le 18 avril 2016.</p> <p>A défaut de transposition de la directive dans ce délai, l'Etat est susceptible de faire l'objet d'un recours en manquement et serait exposé à un risque élevé de condamnation de la CJUE, qui se répercuterait de manière significative sur les finances publiques.</p>
<p>Alternatives à la réglementation Renvoi à des dispositifs volontaires, instruments incitatifs</p>	<p>La directive doit être transposée dans une norme de droit interne. Cette transposition s'impose à l'Etat, dans le cadre de son obligation loyale énoncée à l'article 4 du Traité sur l'Union européenne.</p>
<p>Comparaison internationale Mesures équivalentes dans d'autres Etats membres de l'Union Européenne</p>	-

Proportionnalité	
<p>Mesures d'adaptation prévues pour certains publics (PME et TPE, petites collectivités, publics défavorisés).</p>	<p>Le décret prévoit des mesures d'adaptations propres à certains publics et consacre les contrats de concession comme leviers de politique publique :</p> <ul style="list-style-type: none"> - Afin de favoriser l'emploi et l'intégration sociale des personnes handicapées et défavorisées, l'article 3 du décret prévoit la faculté pour les autorités concédantes de procéder à la réservation de leurs contrats de concession à des structures employant au minimum 50% de travailleurs handicapés ou de personnes défavorisées ; - Une procédure simplifiée est prévue à l'article 10 du décret pour les contrats de concession dont la valeur estimée est inférieure à 5 186 000 € HT, ou pour certains secteurs particuliers. Celle-ci pourra ainsi être utilisée par des autorités concédantes, telles que les collectivités de petite taille ou de taille moyenne, en vue de la satisfaction de leurs besoins de faibles montants ; - La démarche facultative de dématérialisation de la procédure de passation des contrats de concession, en dehors des obligations de dématérialisation prévues par la directive elle-même, permet aux collectivités et entreprises concernées de choisir librement le mode de communication le plus adapté au contrat. Cela n'engendrera pas, pour elles, de coûts supplémentaires. - L'article 33 du décret favorise enfin l'accès des entreprises spécialisées, PME et TPE aux contrats de concession, en autorisant expressément le recours des concessionnaires à des tiers, voire des tiers à d'autres tiers, et en permettant à l'autorité concédante d'imposer au concessionnaire de confier à des tiers un pourcentage de la valeur globale des travaux ou services concédés, qui sera fixé par voie réglementaire.
<p>Nécessité de mesures réglementaires ou individuelles d'application Si oui, justifier les marges d'appréciation laissées pour la</p>	<p>Oui (arrêtés).</p>

mise en œuvre	
Adaptation dans le temps Délais d'entrée en vigueur (dates communes ou différés)	Le présent décret entrera en vigueur au plus tard le 18 avril 2016. Pour l'application de l'article 41 de l'ordonnance, la mise à disposition des données essentielles du contrat prévue à l'article 32 du décret entrera en vigueur au plus tard le 18 octobre 2018.

Mesures d'accompagnement	
Expérimentations	Non.
Information des destinataires (guides pratiques, brochures, sites internet...)	Un guide de bonnes pratiques et des fiches techniques seront publiés sur le site internet de la direction des affaires juridiques des ministères économiques et financiers.
Accompagnement des administrations (formations, FAQ, ...)	Les documents mentionnés ci-dessus ont vocation à accompagner les administrations. Le bureau du conseil aux acheteurs de la direction des affaires juridiques des ministères financiers a également vocation à répondre aux interrogations éventuelles des administrations sur la mise en œuvre du dispositif.
Obligations déclaratives (formulaires homologués, télé-déclarations, test de redondance...)	La directive prévoit la transmission de plusieurs formulaires qui devront être établis par les services de la Commission européenne (avis de concession, avis de modification, avis d'attribution,...).
Evaluations ex-post Si oui, préciser l'échéance	Non. En tout état de cause, la publication des éléments essentiels des contrats de concession permettront d'établir des statistiques sur l'application des textes de transposition.

VII. PRECISIONS METHODOLOGIQUES

*Veillez utiliser cet espace pour **expliquer la méthodologie** que vous avez retenue pour estimer des coûts et économies figurant dans cette fiche d'impact.*

Il s'agit d'une exigence essentielle, notamment pour la commission consultative d'évaluation des normes (CCEN) qui souhaite disposer de précisions méthodologiques sur le calcul des coûts et économies pour les collectivités territoriales induits par les nouvelles réglementations qui figurent dans le présent document (conformément à l'article R. 1213-3 du code général des collectivités territoriales). Cette exigence s'applique également lorsque les montants inscrits sont nuls (en application de l'article L.1211-4-2 du même code).

Veillez également justifier vos choix méthodologiques et préciser la marge d'erreur ainsi que les incertitudes présentes dans vos calculs.

Enfin, veuillez joindre le tableur Excel grâce auquel les estimations des coûts et économies figurant dans cette fiche d'impact ont été calculées.

En cours d'élaboration

VII. ANNEXE

Dispositions en vigueur	Projet	Simplification(s) ou obligations(s) nouvelle(s) identifiée(s)