

IGD - ORDONNANCE

TRANSPOSITION DE LA DIRECTIVE « CONCESSIONS »

Observations sur les projets d'ordonnance et de décret « Concessions »

MODE D'EMPLOI

- Chaque observation doit faire l'objet d'une ligne (il peut donc y avoir plusieurs lignes pour un même article) ;
- **ATTENTION : Dans les colonnes : TEXTE VISE et TYPE D'ORGANISME – Double cliquer sur « Choisissez un élément » pour faire dérouler le menu de choix**
- La colonne « Texte visé » est à remplir uniquement avec l'un des termes listés dans le menu déroulant ;
- La colonne « Numéro d'article » ne mentionne que le numéro de l'article (les alinéas doivent être indiqués en préalable dans la colonne observations) ;
- La colonne « Type d'organisme » est à remplir uniquement avec l'un des termes listés dans le menu déroulant ;
- La colonne « Nom de l'organisme » ne doit pas contenir de coordonnées ;
- Le format du tableau et la taille de la police ne doivent pas être modifiés.

TEXTE VISE	NUMERO D'ARTICLE	TYPE D'ORGANISME	NOM DE L'ORGANISME	OBSERVATIONS
Ordonnance	4	Autre	IGD	<p>Article 4, I alinéa 2 - Définitions</p> <p><u>Nous proposons de modifier cet article comme suit :</u> « Les contrats de concession sont les contrats conclus par écrit et à titre onéreux, par lequel lesquels une ou plusieurs autorités concédantes soumises à la présente ordonnance confient la gestion d'une activité relevant de sa compétence l'exécution de travaux ou la gestion d'un service à un ou plusieurs opérateurs économiques, dont la rémunération consiste soit dans le droit d'exploiter l'ouvrage ou le service qui fait l'objet du contrat, soit dans ce droit assorti d'un prix.</p> <p>Ils impliquent le transfert au concessionnaire d'un risque lié à l'exploitation de cet ouvrage ou de ce service</p> <p>L'activité concédée peut porter sur des services, des travaux ou des ouvrages ou les trois et inclut les prestations prévues par le contrat.</p> <p>Le concessionnaire assume un risque en tant qu'il n'est pas certain de recouvrer les dépenses qu'il a supportées pour la réalisation des travaux, l'exploitation des ouvrages ou des services. Ce risque peut être limité sans jamais devenir négligeable. »</p> <p><u>Commentaire :</u> La transposition peut être l'occasion de clarifier la définition de la concession afin de mieux l'intégrer au système français.</p>

TEXTE VISE	NUMERO D'ARTICLE	TYPE D'ORGANISME	NOM DE L'ORGANISME	OBSERVATIONS
				<p>En l'état, la définition de la concession donnée par l'article 5 de la directive présente, à la suite de la négociation qui a abouti à cette rédaction, la caractéristique d'être sur certains points : incomplète, ambiguë et inutile.</p> <p>Il s'agit de la rendre plus conforme à l'impératif d'accessibilité de la règle de droit en :</p> <ul style="list-style-type: none"> - complétant le texte de l'article 5 par la prise en compte du préambule de la directive et en particulier : A) du considérant (19) relatif à l'importance du risque – l'absence totale de risque porté par le cocontractant empêchant la qualification du contrat en cause de concession ; et B) du considérant (52) relatif à la notion d'investissement qui est au cœur du contrat de concession ; - levant une ambiguïté portant sur la détermination de l'objet du contrat de concession de service. <p>En effet, la directive (dans sa version française) vise un contrat confiant « la prestation et la gestion de services ». Or, l'alliance des termes « prestation » et « gestion » n'aide pas à la compréhension du texte. Mais l'ambiguïté n'existe que si l'on considère que la notion de prestation renvoie toujours à un service ponctuel. Or, il est parfaitement possible de considérer, comme le fait le droit français, qu'une forme de prestation de service peut être également la gestion du service. A cet égard, il paraît difficile de faire abstraction de ce que le mot « gestion » a été ajouté en cours d'élaboration de la directive et de ce qu'il implique une dimension « managériale », allant au-delà du seul service ponctuel ; le contrat devant alors définir les conditions d'exercice d'une activité.</p> <p>À l'appui de cette interprétation vient aussi le considérant (68) de la directive, qui indique que « les concessions sont généralement des contrats complexes, conclus sur le long terme, dans lesquels le concessionnaire assume des responsabilités et des risques traditionnellement assumés par les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices et relevant normalement de leurs compétences ».</p> <ul style="list-style-type: none"> - ne reprenant pas des passages purement explicatifs, qui ne sont pas normatifs par eux-mêmes. <p>Une partie des dispositions de l'article 5 ne fait qu'expliquer les dispositions proprement normatives du texte. Ne pas reprendre ces explications, pour ne conserver que le normatif, améliore la lisibilité du texte de droit, en évitant de donner à penser que les dispositions correspondantes ajoutent des critères.</p> <p>Tel est notamment le cas de la définition du risque d'exploitation comme celui « comprenant le risque lié à la demande, le risque lié à l'offre ou les deux », ou encore la quantification du risque devant être assumé par le concessionnaire, « La part de risque transférée au concessionnaire implique une réelle exposition aux aléas du marché ». Aucune de ces précisions ne modifie la portée de la directive.</p>

TEXTE VISE	NUMERO D'ARTICLE	TYPE D'ORGANISME	NOM DE L'ORGANISME	OBSERVATIONS
Ordonnance	4	Autre	IGD	<p>Article 4-I., alinéa 3 - Définitions</p> <p><u>Nous proposons de modifier cet article comme suit :</u></p> <p>« ...La part de risque transférée au concessionnaire implique une réelle exposition aux aléas du marché, de sorte que toute perte potentielle supportée par le dans des conditions d'exploitation normales, il n'est pas assuré de recouvrer l'intégralité des investissements et des coûts qu'il a supportés, liés à la réalisation des travaux ou à l'exploitation de l'ouvrage ou la gestion du service. Le risque peut être limité dès l'origine mais la part de risque transférée au concessionnaire ne doit pas être purement nominale ou négligeable. Le concessionnaire assume le risque d'exploitation lorsque, dans des conditions d'exploitation normales, il n'est pas assuré d'amortir les investissements ou les coûts qu'il a supportés, liés à l'exploitation de l'ouvrage ou du service ».</p> <p><u>Commentaire :</u> Conformément à la directive concessions, il convient de préciser que ce n'est pas le risque qui ne doit pas être négligeable, mais la part de risque transférée au concessionnaire. À cet égard, reprenant le considérant 19 de cette directive, il est utile de rappeler que le risque transféré au concessionnaire peut être limité dès l'origine sans pour autant que soit exclue l'attribution du statut de concession. Enfin, l'IGD propose de mentionner les coûts supportés par le concessionnaire à l'occasion de la réalisation des travaux afin de viser également les concessions de travaux.</p>
Ordonnance	4	Autre		<p>Article 4, I alinéa 4 nouveau - Définitions</p> <p><u>Nous proposons l'intégration d'un alinéa 4 nouveau ainsi rédigé:</u></p> <p>« Est un opérateur économique toute personne physique ou morale, publique ou privée, ou tout groupement de personnes doté ou non de la personnalité morale, qui offre sur le marché la réalisation de travaux ou d'ouvrages, la fourniture de produits ou la prestation de services ».</p> <p><u>Commentaire :</u> La notion d'opérateur économique n'est pas définie. Nous proposons d'insérer la définition de l'article 13, alinéa 1, de l'ordonnance n°2015-899 relative aux marchés publics dans un quatrième et nouvel alinéa de l'article 4, I, du projet d'ordonnance.</p>

TEXTE VISE	NUMERO D'ARTICLE	TYPE D'ORGANISME	NOM DE L'ORGANISME	OBSERVATIONS
Ordonnance	5	Autre		<p>Article 5, I - Définitions</p> <p><u>Nous proposons de modifier cet article comme suit :</u> « Les contrats de concession de travaux ont pour objet : 1° Soit l'exécution, soit la conception et l'exécution de travaux dont la liste fixée par le droit de l'Union européenne est reprise par un avis publié au Journal officiel de la République française, concernant un ouvrage dont l'exploitation est confiée au concessionnaire, assortie du droit d'en exploiter l'ouvrage en résultant.</p> <p>2° Soit la réalisation, soit la conception et la réalisation par quelque moyen que ce soit, d'un ouvrage répondant aux exigences fixées par l'autorité concédante, assortie du droit d'exploiter l'ouvrage.»</p> <p><u>Commentaire :</u> Ces dispositions correspondent à la définition du marché public de travaux, or la concession de travaux suppose que le concessionnaire exploite l'ouvrage objet ou résultant de l'objet de la concession. Il est nécessaire de préciser que la concession s'accompagne d'un droit d'exploiter l'ouvrage objet des travaux.</p>
Ordonnance	6	Autre	IGD	<p>Article 6, 1^{er} alinéa - Définitions</p> <p><u>Nous proposons de modifier cet article comme suit :</u></p> <p>« Les autorités concédantes soumises à la présente ordonnance sont :</p> <p>I. - Les pouvoirs adjudicateurs qui sont : 1° Les personnes morales de droit public ; 2° Les personnes morales de droit privé qui ont été créées pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial, dont : a) Soit l'activité est financée majoritairement par un pouvoir adjudicateur ; b) Soit la gestion est soumise à un contrôle par un pouvoir adjudicateur ; c) Soit l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié sont désignés par un pouvoir adjudicateur ; 3° Les organismes de droit privé dotés de la personnalité juridique constitués par des pouvoirs adjudicateurs en vue de réaliser certaines activités en commun.</p> <p>et</p> <p>II. - Les entités adjudicatrices qui sont : 1° Les pouvoirs adjudicateurs qui exercent une des activités d'opérateur de réseaux définies à l'article 6bis de la présente ordonnance ; 2° Lorsqu'elles ne sont pas des pouvoirs adjudicateurs, les entreprises publiques qui exercent</p>

TEXTE VISE	NUMERO D'ARTICLE	TYPE D'ORGANISME	NOM DE L'ORGANISME	OBSERVATIONS
				<p>une des activités d'opérateur de réseaux définies à l'article 6bis.</p> <p>Est une entreprise publique au sens de la présente ordonnance tout organisme doté de la personnalité juridique qui exerce des activités de production ou de commercialisation de biens ou de services marchands et sur lequel un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs exercent, directement ou indirectement, une influence dominante en raison de la propriété, de la participation financière ou des règles qui la régissent. L'influence des pouvoirs adjudicateurs est réputée dominante lorsque ceux-ci, directement ou indirectement, détiennent la majorité du capital, disposent de la majorité des droits de vote ou peuvent désigner plus de la moitié des membres de l'organe d'administration, de direction ou de surveillance ;</p> <p>3° Lorsqu'ils ne sont pas des pouvoirs adjudicateurs ou des entreprises publiques, les organismes de droit privé qui bénéficient, en vertu d'une disposition légalement prise, de droits spéciaux ou exclusifs ayant pour effet de leur réserver l'exercice d'une des activités d'opérateur de réseaux définies à l'article 6bis et d'affecter substantiellement la capacité des autres opérateurs économiques à exercer cette activité.</p> <p>Ne sont pas considérés comme des droits spéciaux ou exclusifs au sens du présent 3° les droits d'exclusivité accordés à l'issue d'une procédure permettant de garantir la prise en compte de critères objectifs, proportionnels et non discriminatoires.</p> <p>définis aux articles 10 et 11 de l'ordonnance du XX-XX-2015 susvisée ».</p> <p><u>Commentaire</u> : Afin que l'ordonnance concessions soit autoportante au moins en ce qui concerne la définition des autorités concédantes, l'IGD considère qu'il est utile de réintégrer dans le corps même de l'ordonnance les définitions des pouvoirs adjudicateurs et des entités adjudicatrices.</p>
Ordonnance	6	Autre	IGD	<p>Article 6, 2^{ème} alinéa - Définitions</p> <p><u>Nous proposons de modifier cet article comme suit :</u></p> <p>« I. – Des groupements peuvent être constitués entre des autorités concédantes afin de passer conjointement un ou plusieurs contrats de concession.</p> <p>Un groupement peut également être constitué, aux mêmes fins, entre une ou plusieurs autorités concédantes et une ou plusieurs personnes morales de droit privé qui ne sont pas des autorités concédantes soumises à la présente ordonnance, à condition que chacun des membres du groupement applique, pour les contrats de concession conclus dans le cadre du groupement, les règles prévues par la présente ordonnance.</p> <p>II. – La convention constitutive du groupement, signée par ses membres, définit les règles de fonctionnement du groupement. Elle peut confier à l'un ou plusieurs de ses membres la charge de mener tout ou partie de la procédure de passation ou de l'exécution du contrat de concession au nom et pour le compte des autres membres.</p>

TEXTE VISE	NUMERO D'ARTICLE	TYPE D'ORGANISME	NOM DE L'ORGANISME	OBSERVATIONS
				<p>III. – Lorsque l'attribution et l'exécution d'un contrat de concession sont menées conjointement dans leur intégralité au nom et pour le compte de toutes les autorités concédantes concernées, celles-ci sont solidairement responsables de l'exécution des obligations qui leur incombent en vertu de la présente ordonnance.</p> <p>Lorsque l'attribution et l'exécution d'un contrat de concession ne sont pas menées dans leur intégralité au nom et pour le compte des autorités concédantes concernées, celles-ci ne sont solidairement responsables que des opérations d'attribution ou d'exécution du contrat de concession qui sont menées conjointement. Chaque autorité concédante est seule responsable de l'exécution des obligations qui lui incombent en vertu de la convention constitutive pour les opérations dont elle se charge en son nom propre et pour son propre compte.</p> <p>IV. – Un groupement peut être constitué avec des pouvoirs adjudicateurs ou des entités adjudicatrices d'autres États membres de l'Union européenne, à condition que ce choix n'ait pas été fait dans le but de se soustraire à l'application de dispositions nationales qui intéressent l'ordre public.</p> <p>Nonobstant le III, et sous réserve des stipulations d'accords internationaux, y compris d'arrangements administratifs, entre les États membres dont ils relèvent, les membres du groupement s'accordent sur la répartition des responsabilités ainsi que sur le droit applicable au contrat de concession, choisi parmi les droits des États membres dont ils relèvent ».</p> <p><u>Commentaire</u> : Afin que l'ordonnance concessions soit autoportante, il est utile de réintégrer dans le corps même de l'ordonnance les conditions de constitution des groupements d'autorités concédantes.</p>
Ordonnance	10	Autre	IGD	<p>Article 10 I, 2° et 3° - Quasi-régie</p> <p><u>Nous proposons une modification de l'alinéa I,2° ainsi rédigée:</u></p> <p>2° La personne morale contrôlée réalise l'essentiel de ses activités pour le pouvoir adjudicateur à condition que l'activité concédée figure expressément dans les statuts de l'établissement ou de la société. Pour les concessions soumises à la procédure formalisée, la condition est satisfaite dès lors que la personne morale contrôlée réalise plus de 80% de son activité dans le cadre des tâches qui lui sont confiées par le pouvoir adjudicateur qui la contrôle ou par d'autres personnes morales qu'il contrôle ;</p> <p>3° La personne morale contrôlée ne comporte pas de participation directe de capitaux privés. Toutefois, pour les concessions soumises à la procédure formalisée, sont possibles à l'exception des formes de participation de capitaux privés sans capacité de contrôle ou de blocage requises par la loi, qui ne permettent pas d'exercer une influence décisive sur la personne morale contrôlée.</p> <p>.....</p> <p><u>Commentaire</u> : Cette disposition permettrait de ne pas sur-transposer la directive européenne qui</p>

TEXTE VISE	NUMERO D'ARTICLE	TYPE D'ORGANISME	NOM DE L'ORGANISME	OBSERVATIONS
				exclut les concessions en dessous de 5,186 millions d'euros et les concessions au-dessus de ce seuil dans les secteurs de l'eau et des transports par exemple.
Ordonnance	10	Autre	IGD	<p>Article 10.I.4° nouveau Quasi-régie</p> <p><u>Nous proposons l'intégration d'un 10.I.4° nouveau ainsi rédigé :</u></p> <p>« Les dispositions du présent article s'appliquent dans le respect des dispositions prévues par les articles L 1521-1 et suivants, et par l'article L. 1531-1 du Code Général des Collectivités Territoriales définissant le régime d'intervention et la composition du capital des sociétés d'économie mixte locales et des sociétés publiques locales ».</p> <p><u>Commentaire :</u> Les dispositions actuelles du projet d'ordonnance pourraient permettre aux SEM d'être dispensées de mise en concurrence, alors que la directive n'a pas pour objectif -et ne doit pas avoir pour effet dans le cadre de sa transposition- de remettre en cause les principes de mise en concurrence des contrats concessions susceptibles d'être conclus par des SEM locales auprès de collectivités publiques. Cette exigence de mise en publicité desdits contrats a été rappelée par la décision n° 92-316 –DC du 20 janvier 1993 rendue par le Conseil Constitutionnel. La directive ne s'appliquant pas aux concessions dans les domaines de l'eau et des transports par exemple, il s'agirait de plus d'une sur-transposition non couverte par la primauté du droit européen sur les droits nationaux.</p>
Ordonnance	10	Autre	IGD	<p>Article 10, II - Quasi-régie</p> <p>Nous proposons la rédaction suivante :</p> <p>« Le I s'applique également lorsqu'une personne morale contrôlée qui est un pouvoir adjudicateur, y compris lorsqu'il agit en qualité d'entité adjudicatrice, attribue un contrat de concession soumis à la procédure formalisée : »</p> <p><u>Commentaire :</u> Cette disposition permettrait de ne pas sur-transposer la directive européenne qui exclut les concessions en dessous de 5,186 millions d'euros et les concessions au-dessus de ce seuil dans les secteurs de l'eau et des transports par exemple.</p>

TEXTE VISE	NUMERO D'ARTICLE	TYPE D'ORGANISME	NOM DE L'ORGANISME	OBSERVATIONS
Ordonnance	10	Autre	IGD	<p>Article 10, III -2° - Quasi-régie</p> <p><u>Nous proposons de modifier cet article comme suit :</u></p> <p>« La personne morale contrôlée réalise l'essentiel de ses activités pour le pouvoir adjudicateur, à condition que l'activité concédée figure expressément dans les statuts de l'établissement ou de la société. Pour les concessions soumises à la procédure formalisée, la condition est satisfaite dès lors que la personne morale contrôlée réalise plus de 80% de son activité dans le cadre des tâches qui lui sont confiées par les pouvoirs adjudicateurs qui la contrôlent ou par d'autres personnes morales contrôlées par les mêmes pouvoirs adjudicateurs ».</p> <p><u>Commentaire :</u> Cette disposition permettrait de ne pas sur-transposer la directive européenne qui exclut les concessions en dessous de 5,186 millions d'euros et les concessions au-dessus de ce seuil dans les secteurs de l'eau et des transports par exemple.</p>
Ordonnance	10	Autre	IGD	<p>Article 10, III-3° - Quasi-régie</p> <p><u>Nous proposons de modifier cet article comme suit :</u></p> <p>« La personne morale contrôlée ne comporte pas de participation directe de capitaux privés à l'exception. Toutefois, pour les concessions soumises à la procédure formalisée sont possibles des formes de participation de capitaux privés sans capacité de contrôle ou de blocage requises par la Loi qui ne permettent pas d'exercer une influence décisive sur la personne morale contrôlée. »</p> <p><u>Commentaire :</u> Cette disposition permettrait de ne pas sur-transposer la directive européenne qui exclut les concessions en dessous de 5,186 millions d'euros et les concessions au-dessus de ce seuil dans les secteurs de l'eau et des transports par exemple.</p>
Ordonnance	10	Autre	IGD	<p>Article 10, IV - Quasi régie</p> <p><u>Nous proposons de modifier cet article comme suit :</u></p> <p>« Le pourcentage d'activité est déterminé en prenant en compte le dans une approche en coûts complets où chaque activité se voit affecter le coût de l'ensemble des ressources qu'elle a consommées –coûts directs et indirects, frais généraux inclus. Sous cette réserve, il pourra être tenu compte du chiffre d'affaire total moyen ou tout autre paramètre approprié fondé sur les activités, tel que les coûts complets supportés au cours des trois exercices comptables précédant l'attribution du contrat.</p>

TEXTE VISE	NUMERO D'ARTICLE	TYPE D'ORGANISME	NOM DE L'ORGANISME	OBSERVATIONS
				<p>Lorsque ces éléments ne sont pas disponibles ou ne sont plus pertinents, en raison de la date de création ou de début des activités de la personne morale ou de réorganisation de ses activités, le pourcentage d'activités est déterminé sur la base d'une estimation vraisemblable.</p> <p>La personne morale contrôlée publie tous les ans, en annexe de ses comptes annuels certifiés, un état synthétique des moyens mobilisés ou affectés, en distinguant ses produits et ses charges entre activité réalisée dans le cadre des missions qui lui sont confiées par le pouvoir adjudicateur qui la contrôle au sens du présent article d'une part, et activités réalisées avec des tiers d'autre part.</p> <p>Cet état fait l'objet d'une attestation spécifique par le commissaire aux comptes ou un expert-comptable»</p> <p><u>Commentaire:</u> L'article 17-5 alinéa 2 de la directive limite l'hypothèse dans laquelle les éléments permettant de déterminer le pourcentage d'activité ne sont pas disponibles ou pertinents à des situations définies de manière restrictive : la date de création ou début des activités de la personne morale ou réorganisation de ses activités. Il importe de mettre cet article en cohérence avec celui de la directive.</p> <p>De plus, la détermination du pourcentage d'activités doit faire l'objet de dispositions de nature à en permettre l'application et le contrôle.</p> <p>Il est donc indispensable d'imposer l'établissement d'un bilan comptable certifié ou tout autre document de nature à permettre l'établissement des coûts de revient réels en cas d'intervention sur le marché concurrentiel.</p> <p>En effet, plusieurs chambres régionales des comptes ont mis en cause la gestion des entreprises publiques locales dans ce domaine (Les chambres régionales et territoriales des comptes et le contrôle des entreprises publiques locales, AJDA 2015, p. 568).</p> <p>Enfin, une telle obligation serait conforme à la jurisprudence du Conseil d'État relative aux candidatures de personnes publiques aux marchés publics (CE, 30 décembre 2014, Société Armor SNC, n° 355563). Cette décision précise que ces candidatures ne doivent pas fausser les conditions de la concurrence : en particulier, « <i>le prix proposé est déterminé en prenant en compte l'ensemble des coûts directs et indirects concourant à sa formation, sans que la collectivité bénéficiaire, pour le déterminer, d'un avantage découlant des ressources ou des moyens qui lui sont attribués au titre de ses missions de service public et à condition qu'elle puisse, si nécessaire, en justifier par ses documents comptables ou tout autre moyen d'information approprié</i> ».</p> <p>Il est essentiel d'étendre cette obligation de fournir des documents comptables certifiés aux entités</p>

TEXTE VISE	NUMERO D'ARTICLE	TYPE D'ORGANISME	NOM DE L'ORGANISME	OBSERVATIONS
				entreprises liées amenées à intervenir dans le champ concurrentiel.
Ordonnance	10		IGD	<p>Article 10.VI nouveau – Quasi régie</p> <p>Nous proposons l'intégration d'un alinéa VI nouveau ainsi rédigé: « En cas de non atteinte du pourcentage d'activité réalisé par la personne morale contrôlée dans le cadre des missions qui lui sont confiées par le pouvoir adjudicateur qui la contrôle, visé au I 2° et III 2,° ce dernier dispose d'un délai maximal de 3 mois courant à compter de la date de la publication annuelle pour engager une procédure de mise en concurrence du contrat de concession confié à la personne morale contrôlée. Le contrat existant deviendra caduc de plein droit à la date de mise en application du contrat issu de cette procédure et au plus tard dans un délai de 12 mois suivant la date de dépassement du seuil ».</p> <p><u>Commentaire</u> : Il est indispensable que le texte prévoie les conséquences du dépassement du seuil en cours de contrat.</p> <p>De même, il importe que soient précisées les sanctions applicables en cas de non-respect des seuils lors de la conclusion du contrat</p>
Ordonnance	11	Autre	IGD	<p>Article 11 - Coopération entre pouvoirs adjudicateurs</p> <p>Nous proposons de modifier cet article comme suit : « La présente ordonnance ne s'applique pas qu'aux contrats de concession soumis à la procédure formalisée, par lesquels les pouvoirs adjudicateurs, y compris lorsqu'ils agissent en qualité d'entité adjudicatrice, établissent ou mettent en œuvre une coopération dans le but de garantir que les services publics dont ils ont la responsabilité sont réalisés en vue d'atteindre les objectifs qu'ils ont en commun, à condition que la mise en œuvre de cette coopération n'obéisse qu'à des considérations d'intérêt général et que les pouvoirs adjudicateurs concernés réalisent sur les marchés concurrentiels moins de 20% des activités concernées par la coopération. ».</p> <p><u>Commentaire</u> : Cette disposition permettrait de ne pas sur-transposer la directive européenne qui exclut les concessions en dessous de 5,186 millions d'euros et les concessions au-dessus de ce seuil dans les secteurs de l'eau et des transports par exemple.</p>

TEXTE VISE	NUMERO D'ARTICLE	TYPE D'ORGANISME	NOM DE L'ORGANISME	OBSERVATIONS
Ordonnance	12	Autre	IGD	<p>Article 12.I - Contrats de concession attribués par une entité adjudicatrice à une entreprise liée</p> <p><u>Nous proposons de modifier cet article comme suit :</u></p> <p>« Dans les hypothèses précisées au II, la présente ordonnance ne s'applique pas aux contrats de concession soumis à la procédure simplifiée conclus :</p> <p><u>Commentaire :</u> Cette disposition permettrait de ne pas sur-transposer la directive européenne qui exclut les concessions en dessous de 5,186 millions d'euros et les concessions au-dessus de ce seuil dans les secteurs de l'eau et des transports par exemple.</p>
Ordonnance	12	Autre	IGD	<p>Article 12.II.2° alinéa 2 - Contrats de concession attribués par une entité adjudicatrice à une entreprise liée</p> <p><u>Nous proposons de modifier cet article comme suit :</u></p> <p>« ...Lorsque l'entreprise liée a été créée ou a commencé à exercer son activité de travaux ou de services pour le compte de l'entité adjudicatrice moins de trois ans avant l'année de passation du contrat de concession, elle peut se borner à démontrer, notamment par des projections d'activités, que la réalisation de son chiffre d'affaires dans les conditions prévues aux 1°et 2° ci-dessus est vraisemblable »</p>
Ordonnance	12	Autre	IGD	<p>Article 12.II.2° nouvel alinéa - Contrats de concession attribués par une entité adjudicatrice à une entreprise liée</p> <p><u>Nous proposons d'ajouter à la fin du II un nouvel alinéa:</u></p> <p>« Pour la détermination du pourcentage d'activités, il est fait application de l'article 10 IV de la présente ordonnance »</p> <p><u>Commentaires :</u> L'article 17-5 alinéa 2 de la directive limite l'hypothèse dans laquelle les éléments permettant de déterminer le pourcentage d'activité ne sont pas disponibles ou pertinents à des situations définies de manière restrictive : la date de création ou début des activités de la personne morale ou réorganisation de ses activités. Il importe de mettre cet article en cohérence avec celui de la directive.</p> <p>De plus, la détermination du pourcentage d'activités doit faire l'objet de dispositions de nature à en permettre l'application et le contrôle.</p>

TEXTE VISE	NUMERO D'ARTICLE	TYPE D'ORGANISME	NOM DE L'ORGANISME	OBSERVATIONS
				<p>Il est donc indispensable d'imposer l'établissement d'un bilan comptable certifié ou tout autre document de nature à permettre l'établissement des coûts de revient réels en cas d'intervention sur le marché concurrentiel.</p> <p>En effet, plusieurs chambres régionales des comptes ont mis en cause la gestion des entreprises publiques locales dans ce domaine (Les chambres régionales et territoriales des comptes et le contrôle des entreprises publiques locales, AJDA 2015, p. 568).</p> <p>Enfin, une telle obligation serait conforme à la jurisprudence du Conseil d'État relative aux candidatures de personnes publiques aux marchés publics (CE, 30 décembre 2014, Société Armor SNC, n° 355563). Cette décision précise que ces candidatures ne doivent pas fausser les conditions de la concurrence : en particulier, « <i>le prix proposé est déterminé en prenant en compte l'ensemble des coûts directs et indirects concourant à sa formation, sans que la collectivité bénéficie, pour le déterminer, d'un avantage découlant des ressources ou des moyens qui lui sont attribués au titre de ses missions de service public et à condition qu'elle puisse, si nécessaire, en justifier par ses documents comptables ou tout autre moyen d'information approprié</i> ».</p> <p>Il est essentiel d'étendre cette obligation de fournir des documents comptables certifiés aux entités entreprises liées amenées à intervenir dans le champ concurrentiel</p>
Ordonnance	12	Autre	IGD	<p>Article 12, II nouvel alinéa- Contrats de concession attribués par une entité adjudicatrice à une entreprise liée</p> <p>Nous proposons l'intégration d'un nouvel alinéa ainsi rédigé:</p> <p>« En cas de dépassement du pourcentage d'activité visé au 1^o et 2, il sera fait application du dernier alinéa du VI de l'article 10 »</p> <p><u>Commentaire :</u></p> <p>Il est indispensable que le texte prévoie les conséquences du dépassement du seuil en cours de contrat. De même, il importe que soient précisées les sanctions applicables en cas de non-respect des seuils lors de la conclusion du contrat</p>

TEXTE VISE	NUMERO D'ARTICLE	TYPE D'ORGANISME	NOM DE L'ORGANISME	OBSERVATIONS
Ordonnance	12	Autre	IGD	<p>12. IV nouveau - Contrats de concession attribués par une entité adjudicatrice à une entreprise liée</p> <p><u>Nous proposons l'intégration d'un article 12.IV nouveau ainsi rédigé:</u></p> <p>« Les dispositions du présent article s'appliquent dans le respect des dispositions prévues par les articles L 1521-1 et suivants, et par l'article L. 1531-1 du Code Général des Collectivités Territoriales définissant le régime d'intervention et la composition du capital des sociétés d'économie mixte locales et des sociétés publiques locales »</p> <p><u>Commentaire :</u> Cette disposition ne doit pas avoir pour effet de modifier le régime en vigueur des Sociétés Publiques Locales et de faire échec aux principes d'activité exclusive au bénéfice des collectivités territoriales actionnaires et de cantonnement territorial de leur intervention, prévues par la Loi 2010-559 du 28 mai 2010.</p>
Ordonnance	15	Autre	IGD	<p>Article 15, I - Contrats mixtes</p> <p><u>Nous proposons de modifier cet article comme suit :</u> « Lorsque le contrat comporte des éléments objectivement dissociables Si le contrat porte majoritairement sur des prestations qui relèvent des marchés publics, il est soumis aux dispositions de l'ordonnance du XX XXXX 2015 »»</p> <p><u>Commentaire:</u> Cette disposition fait peser un risque d'insécurité juridique car il n'est pas clairement précisé que c'est l'activité prépondérante qui définit le mode de passation. Le caractère indissociable doit être basé sur des critères techniques ou économiques qui justifient le regroupement des activités.</p>
Ordonnance	18	Autre	IGD	<p>Article 18 - Définition préalable des besoins</p> <p><u>Nous proposons de modifier l'article comme suit :</u></p> <p>« La nature et l'étendue des besoins à satisfaire sont déterminés avec précision avant le lancement de la consultation en prenant en compte des objectifs de développement durable dans ses dimensions économique, sociale et environnementale. »</p>

TEXTE VISE	NUMERO D'ARTICLE	TYPE D'ORGANISME	NOM DE L'ORGANISME	OBSERVATIONS
				<p><u>Commentaire</u> : L'expression « avec précision » est issue de l'ordonnance marchés publics, ne découle pas de la directive et est difficilement applicable aux concessions.</p>
Ordonnance	19	Autre	IGD	<p>Article 19 - Définition préalable des besoins</p> <p><u>Nous proposons de modifier cet article comme suit</u> :</p> <p>« Les prestations à réaliser d'un contrat de concession Les caractéristiques requises des travaux et des services qui font objet du contrat de concession sont définies par référence à des spécifications techniques et ou fonctionnelles</p> <p><u>Commentaire</u> : Le terme prestations est trop vague et fait référence aux marchés publics. Il serait préférable de le remplacer par les termes « travaux et services objet du contrat de concession » en cohérence avec le texte de l'article 36 de la directive et l'article 2 du décret qui reprend les termes « <i>les caractéristiques requises des travaux ou des services</i> ».</p>
Ordonnance	23	Autre	IGD	<p>Article 23 - Contenu du contrat de concession</p> <p><u>Nous proposons de modifier cet article comme suit</u> :</p> <p>« Les contrats de concession sont limités dans leur durée. Celle-ci est déterminée par l'autorité concédante en fonction des prestations travaux, des services ou et des investissements demandés au concessionnaire et des conditions d'exécution du contrat, visées à l'article 22 ci-dessus ».</p> <p><u>Commentaire</u> : Le terme prestations est trop vague il serait préférable de le remplacer par les termes « travaux et services ».</p> <p>Les investissements effectués sur les ouvrages ou des équipements doivent également être pris en compte pour déterminer la durée du contrat.</p>
Ordonnance	24	Autre	IGD	<p>Article 24 - Évaluation préalable du mode de réalisation du projet</p> <p><u>Nous proposons de modifier cet article comme suit</u> :</p> <p>« Lorsqu'un contrat de concession, autre que de défense ou de sécurité, porte sur des investissements dont le montant hors taxe est égal ou supérieur à un seuil fixé par voie réglementaire, l'autorité concédante réalise, avant le lancement de la procédure de passation, une évaluation ayant pour objet de comparer les différents modes envisageables de réalisation du projet. Cette évaluation comporte</p>

TEXTE VISE	NUMERO D'ARTICLE	TYPE D'ORGANIS ME	NOM DE L'ORGANISME	OBSERVATIONS
				<p>une analyse en coût complet et de tout élément permettant d'éclairer l'autorité concédante dans le choix du mode de réalisation de ce projet. »</p> <p><u>Commentaire</u> : La détermination du seuil de 100.000.000 € HT au-dessus duquel est prévue l'évaluation préalable ne doit pas être confondu avec le « <i>coût complet</i> » de l'opération visé dans la disposition ne concernant que l'évaluation. Cette clarification est nécessaire dans la mesure où l'étude d'impact crée une confusion en évoquant « les contrats de concession dont le montant est supérieur à 100 M€ » (point 2.2.4 en page 26 et page 27).</p>
Ordonnance	24	Autre	IGD	<p>Article 24, nouvel alinéa 2nd :</p> <p><u>Nous proposons l'intégration d'un deuxième alinéa ainsi rédigé :</u></p> <p>« Dans le cadre de l'application de l'article L. 1411-4 du code général des collectivités territoriales, lorsque le seuil visé à l'alinéa précédent du présent article est atteint ou dépassé, l'évaluation préalable remplace le rapport visé à l'article L. 1411-4 susvisé ».</p> <p><u>Commentaire</u> : l'article L. 1411-4 du code général des collectivités territoriales prévoit déjà par ailleurs que les assemblées délibérantes des collectivités territoriales, de leurs groupements et de leurs établissements publics, se prononcent sur le principe de toute délégation de service public local « au vu d'un rapport présentant le document contenant les caractéristiques des prestations que doit assurer le délégataire ».</p> <p>Afin d'éviter un doublon de rapports ayant le même objet et en vue de se conformer à l'objectif de simplification recherché par le projet d'ordonnance, il convient lorsque le présent article 24 et l'article L. 1411-4 du code général des collectivités territoriales viennent à s'appliquer concomitamment, de remplacer le rapport visé par l'article L. 1411-4 susvisé par l'évaluation préalable.</p>
Ordonnance	28	Autre		<p>Article 28.II - Confidentialité</p> <p><u>Nous proposons de supprimer cette disposition.</u></p> <p>H. — Toutefois, à la demande d'une autorité concédante, un opérateur économique peut donner son accord à la communication d'informations confidentielles qu'il a fournies. Cet accord ne revêt pas la forme d'une renonciation générale mais précise les informations dont la communication est envisagée.</p>

TEXTE VISE	NUMERO D'ARTICLE	TYPE D'ORGANISME	NOM DE L'ORGANISME	OBSERVATIONS
				<p><u>Commentaire</u> : Ces dispositions vont au-delà de ce qui est prévu dans l'article 28 de la directive concessions et la sur-transposent.</p> <p>Elles peuvent conduire à une pression sur l'opérateur économique, qui se sentirait obligé de donner des informations normalement couvertes par le secret des affaires notamment lorsqu'il est candidat à un appel d'offres.</p> <p>Ces dispositions sont d'autant plus préoccupantes que les présents projets d'ordonnance et de décret sur les données essentielles des contrats de concession prévoient une diffusion très large de ces données, avec une possible utilisation commerciale, sans même mentionner l'obligation pour l'autorité concédante de respecter le secret commercial et industriel.</p> <p>Il convient par ailleurs de rappeler qu'il existe des échanges très réguliers entre les autorités compétentes et leurs opérateurs pendant toute la durée du contrat et que des informations confidentielles sont transmises aux autorités publiques à ce titre.</p>
Ordonnance	33	Autre		<p>Article 33.I - Incidences d'un changement de situation des opérateurs économiques au regard des interdictions de soumissionner II alinéa 1</p> <p><u>Nous proposons de modifier cet article comme suit :</u></p> <p>« Lorsque l'opérateur économique se trouvait, lors de l'attribution du contrat de concession, dans un cas d'interdiction de soumissionner ou lorsqu'il est entré, en cours d'exécution du contrat de concession, dans un tel cas, le contrat de concession peut être résilié ».</p> <p><u>Commentaire</u> : La directive ne régit pas le changement de situation du concessionnaire « <i>en cours d'exécution du contrat</i> ». Cette possibilité de résilier laissée à l'autorité concédante, sans encadrement des modalités de mise en œuvre, introduit un risque d'arbitraire qui fragilise le contrat. Nous proposons donc de supprimer cette hypothèse de résiliation.</p>
Ordonnance	34	Autre		<p>Article 34.I - Hypothèse des groupements d'opérateurs économiques et des travaux ou services confiés à des tiers</p> <p><u>Nous proposons de modifier cette disposition comme suit :</u></p> <p>I. – « Lorsque le motif d'exclusion de la procédure de passation concerne un membre d'un groupement d'opérateurs économiques, l'autorité concédante exige son remplacement par une personne qui ne fait pas l'objet d'un motif d'exclusion dans un délai de dix jours raisonnable fixé par l'autorité concédante à compter de la réception de cette demande, sous peine d'exclusion du</p>

TEXTE VISE	NUMERO D'ARTICLE	TYPE D'ORGANISME	NOM DE L'ORGANISME	OBSERVATIONS
				<p>groupement de la procédure ».</p> <p><u>Commentaire</u> : Aucun délai de remplacement d'un membre du groupement n'est prévu dans la directive. Or, un tel délai de 10 jours est très court et ne permet pas, en pratique, de remplacer le membre du groupement défaillant. Nous proposons donc de remplacer la mention du délai de dix jours par la mention « dans un délai fixé par l'autorité concédante ».</p>
Ordonnance	36	Autre	IGD	<p>Article 36 - Offres</p> <p><u>Nous proposons de modifier cette disposition comme suit :</u></p> <p>« Les autorités concédantes sont libres d'organiser organisent librement une négociation avec les soumissionnaires.</p> <p>La négociation peut se dérouler en phases successives et donner lieu à réduction du nombre d'offres à négocier.</p> <p>L'autorité concédante indique, dans l'avis de concession, l'invitation à présenter une offre ou dans un autre document de la consultation, si elle fera usage de cette possibilité. »</p> <p><u>Commentaire</u> : Il existe une distorsion entre l'étude d'impact et les projets d'ordonnance et de décret. L'étude d'impact précise que la négociation est la procédure de principe et qu'elle doit être menée avec tous les soumissionnaires. Le projet d'ordonnance ne reprend pas ces éléments.</p>
Ordonnance	37	Autre	IGD	<p>Article 37. I alinéa 2 nouveau - Offres</p> <p><u>Nous proposons l'intégration d'un 37, I-2 nouveau ainsi rédigé :</u></p> <p>... et liées à l'objet du contrat de concession »</p> <p>« Le concédant peut prévoir que les modalités de financement indiquées le cas échéant dans l'offre présentent un caractère ajustable. Ces ajustements ne sauraient avoir pour effet de remettre en cause les conditions de mise en concurrence en exonérant le concédant de l'obligation de respecter le principe du choix de l'offre économiquement la plus avantageuse ni de permettre au candidat pressenti de bouleverser l'économie de son offre ».</p>

TEXTE VISE	NUMERO D'ARTICLE	TYPE D'ORGANISME	NOM DE L'ORGANISME	OBSERVATIONS
				<u>Commentaire</u> : Il conviendrait de prévoir la possibilité d'introduire le caractère adaptable des modalités de financement complémentaire, à l'instar de l'article 82 de l'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015, concernant les marchés de partenariat.
Ordonnance	43	Autre	IGD	<p>Article 43 - Mise à disposition des données essentielles</p> <p><u>Nous proposons la rédaction suivante :</u></p> <p>« Sous réserve des dispositions de l'article 28, les autorités concédantes rendent accessibles aux citoyens dans le respect du secret industriel et commercial, sous un format ouvert dématérialisé et librement réutilisable, les données essentielles du contrat de concession et dans les conditions fixées par voie réglementaire et au plus tard le 18 octobre 2018. »</p> <p><u>Commentaire :</u></p> <p>Il existe une réelle différence entre données publiques et données en open data, ces dernières supposent une réutilisation par des tiers. Une distinction doit être faite entre les données qui intéressent le public –citoyens et utilisateurs des services publics- et les données qui peuvent être exploitées notamment à des fins commerciales par des développeurs.</p>
Ordonnance	Article 44	Autre	IGD	<p>Article 44.II.1° - Exécution du contrat de concession par des tiers</p> <p><u>Nous proposons de modifier cet article comme suit:</u></p> <p>II- «L'autorité concédante peut imposer au concessionnaire :</p> <p>1° De confier à des petites et moyennes entreprises une part des travaux ou services faisant l'objet du contrat de concession, qui ne peut être inférieure à un pourcentage de la valeur globale de ces travaux ou services fixé par voie réglementaire. »</p> <p><u>Commentaire :</u> La fixation d'un seuil n'est pas utile dès lors que les parties prenantes convergent notamment sur l'intérêt de recourir aux PME (et notamment aux ressources locales des entreprises). Le principe d'un seuil n'est pas non plus adapté à la grande diversité des situations et aux variations constatées selon les secteurs d'activité et la localisation territoriale.</p> <p>Il n'est pas pertinent non plus de contraindre à un seuil, dès lors que l'autorité concédante décide de confier une part des travaux ou services à des PME : elle doit pouvoir mener cette réflexion dans le</p>

TEXTE VISE	NUMERO D'ARTICLE	TYPE D'ORGANISME	NOM DE L'ORGANISME	OBSERVATIONS
				cadre de l'élaboration de son cahier des charges, de ses attentes spécifiques et des possibilités offertes par le secteur d'activité et la zone géographique concernée.
Ordonnance	45	Autre	IGD	<p>Article 45 alinéa premier - Modification du contrat de concessions</p> <p><u>Nous proposons de modifier cette disposition comme suit :</u></p> <p>« Les conditions dans lesquelles un contrat de concession peut être modifié sans nouvelle procédure d'attribution sont fixées par voie réglementaire. Toutefois, ces modifications ne peuvent changer la nature globale du contrat de concession ».</p> <p><u>Commentaire :</u> Cette disposition relative aux avenants concerne les conditions dans lesquelles un contrat de concession peut être modifié en cours d'exécution sans nouvelle mise en concurrence.</p>
Ordonnance	45	Autre		<p>Article 45, Alinéa 2 - Modification du contrat de concessions</p> <p><u>Nous proposons de modifier cette disposition comme suit :</u></p> <p>« L'autorité concédante a la possibilité de résilier une concession en cours lorsqu'une modification de la concession a eu lieu, laquelle aurait requis une nouvelle procédure d'attribution de concession conformément à l'article 46 de la présente ordonnance. ».</p> <p><u>Commentaire :</u> Nous relevons que le texte de la transposition de l'article 44, a), n'est pas identique au texte de la directive. Au demeurant, cette possibilité de résiliation anticipée pourrait poser des problèmes de preuve de la modification substantielle du contrat, et exposer le concessionnaire à un risque d'arbitraire. Nous souhaitons donc que la directive soit transposée à l'identique sur ce point.</p>
Ordonnance	46	Autre	IGD	<p>Article 46.I et II- Modalités particulières d'indemnisation du concessionnaire</p> <p><u>Nous proposons de modifier cet article comme suit :</u></p> <p>I.- « En cas d'annulation, de résolution ou de résiliation du contrat de concession par le juge ou à l'initiative du juge, le concessionnaire peut prétendre à l'indemnisation des dépenses qu'il a engagées conformément au contrat pour l'exécution et qui ont été utiles à l'autorité concédante, parmi lesquelles peuvent figurer figurent, s'il y a lieu, les frais financiers qu'il a mobilisés pour l'exécution reliés au financement mis en place dans le cadre des travaux ou services confiés au concessionnaire, y compris, le cas échéant, les coûts liés à la rupture des emprunts et des</p>

TEXTE VISE	NUMERO D'ARTICLE	TYPE D'ORGANISME	NOM DE L'ORGANISME	OBSERVATIONS
				<p>instruments de couverture de taux mis en place en accord avec l'acheteur. , à condition qu'elles aient été utiles à l'autorité concédante. Cette prise en compte des frais financiers est subordonnée à la mention, dans les annexes du contrat de concession, des principales caractéristiques des financements à mettre en place pour les besoins de l'exécution de la concession clauses liant le concessionnaire aux établissements bancaires.</p> <p>Il Lorsqu'une clause du contrat de concession fixe les modalités d'indemnisation du concessionnaire en cas d'annulation, de résolution ou de résiliation du contrat de concession par le juge ou à l'initiative du juge, elle est réputée divisible des autres stipulations du contrat et conserve ses effets nonobstant l'annulation, la résolution ou la résiliation du contrat. »</p> <p><u>Commentaire :</u> En l'état, la rédaction de l'article 46 ne peut pas être considérée comme suffisante par les établissements financiers et les investisseurs institutionnels et manque donc l'objectif qui lui est assigné, à savoir d'apporter au créancier financier une visibilité et une sécurité juridiques suffisantes pour permettre des tirages sur la dette ou la libération fractionnée dans le cadre d'un financement obligataire en cas de recours contre le contrat principal.</p>
Ordonnance	57	Autre		<p>Article 57, 3°, e</p> <p><u>Nous proposons de modifier cet article comme suit :</u></p> <p>e) La première phrase du dernier alinéa est remplacée par la phrase suivante : « Au vu de l'avis de la commission, l'autorité habilitée à signer la convention est libre d'engager engage librement une négociation avec les soumissionnaires. » ;</p> <p><u>Commentaire :</u> Il existe une distorsion entre l'étude d'impact et les projets d'ordonnance et de décret. L'étude d'impact précise que la négociation est la procédure de principe et qu'elle doit être menée avec tous les soumissionnaires. Le projet d'ordonnance ne reprend pas ces éléments.</p>
Ordonnance	63	Autre		<p>Article 63.II alinéa 2 - Dispositions transitoires finales</p> <p><u>Nous proposons de modifier cet article comme suit :</u></p> <p>« L'article 45 Les articles 45 et 46 de la présente ordonnance s'appliquent également aux contrats qui sont des contrats de concession au sens de la présente ordonnance et qui ont été conclus ou pour</p>

TEXTE VISE	NUMERO D'ARTICLE	TYPE D'ORGANISME	NOM DE L'ORGANISME	OBSERVATIONS
				lesquels une procédure de passation a été engagée ou un avis de concession a été envoyé à la publication avant la date d'entrée en vigueur de la présente ordonnance »
Décret	5	Autre	IGD	<p>Article 5, II - Durée</p> <p>Nous proposons de modifier cet article comme suit :</p> <p>« (...) II. Pour les contrats de concession d'une durée supérieure à cinq ans, la durée maximale du contrat n'excède pas le temps nécessaire à la réalisation des obligations contractuelles à la charge du concessionnaire en matière d'investissements matériels ou immatériels et de travaux de renouvellement. La durée fixée doit permettre au concessionnaire de recouvrer les dépenses estimées raisonnablement escompté par le concessionnaire pour qu'il recouvre les investissements réalisés pour l'exploitation des ouvrages ou services avec un retour sur les capitaux investis, compte tenu des investissements nécessaires pour réaliser ces obligations compte tenu des les objectifs contractuels et tout en préservant une juste rémunération du concessionnaire.</p> <p><u>Commentaire</u> : Dans l'étude d'impact relative au décret de transposition, le Gouvernement précise qu'un des objectifs concernant la durée est « d'assurer la stabilité du modèle économique des secteurs qui recourent au contrat d'affermage ».</p> <p>Or, en l'état, l'article 5 du projet de décret, relatif à la durée des contrats, ne mentionne ni les travaux de renouvellement ni la juste rémunération du concessionnaire.</p> <p>Sur la base de cette rédaction, il pourrait être soutenu qu'aucun de ces deux éléments ne doit entrer en ligne de compte dans le calcul de la durée. Cela aboutirait à une remise en cause extrêmement importante des contrats d'affermage, qui devraient être limités à cinq ans, et contreviendrait donc à l'objectif poursuivi par le Gouvernement.</p>
Décret	5	Autre	IGD	<p>Article 5, II-2eme alinéa - Durée</p> <p><u>Nous proposons de modifier cet article comme suit :</u></p> <p>« Au sens du présent article, les investissements s'entendent comme les investissements initiaux ainsi que ceux réalisés pendant la durée du contrat de concession, nécessaires pour l'exploitation des travaux ou des services concédés. Sont notamment considérés comme tels, les dépenses liées aux infrastructures, aux droits d'auteurs, aux brevets, aux équipements, à la logistique, au recrutement et à la formation à la gestion du personnel ainsi que les frais initiaux. »</p>

TEXTE VISE	NUMERO D'ARTICLE	TYPE D'ORGANISME	NOM DE L'ORGANISME	OBSERVATIONS
Décret	6	Autre	IGD	<p>Article 6 - Estimation de la valeur de la concession</p> <p><u>Nous proposons la rédaction suivante :</u> « La valeur estimée du contrat de concession est calculée selon une méthode objective, précisée dans les documents de la consultation mentionnés à l'article 4. Elle correspond au chiffre d'affaires total hors taxes du concessionnaire pendant la durée du contrat, eu égard à la nature des prestations qui font l'objet de la concession.</p> <p>Pour estimer la valeur du contrat de concession, l'autorité concédante prend notamment en compte : 1° La valeur de toute forme d'option et les éventuelles prolongations de la durée du contrat de concession ; 2° Les recettes provenant du paiement de redevances et d'amendes par les usagers des ouvrages ou des services, autres que celles collectées pour le compte de l'autorité concédante ou de tiers ; »</p> <p><u>Commentaire :</u> c'est le cas, par exemple, pour le secteur de l'eau des redevances des agences de l'eau.</p>
Décret	8	Autre	IGD	<p>Article 8.I - Évaluation du mode de réalisation du projet d'investissement</p> <p><u>Nous proposons la rédaction suivante :</u></p> <p>I- « Le seuil mentionné à l'article 24 de l'ordonnance du XX XXXX 2016 susvisée, à partir duquel la procédure de passation du contrat de concession doit être précédée d'une évaluation du mode de réalisation du projet, est fixé à 100 millions d'Euros HT d'investissement. Pour le calcul du seuil fixé à l'alinéa précédent, le montant d'investissement à prendre en compte est constitué de l'ensemble des dépenses de travaux et d'études effectuées par pour la réalisation du projet. »</p> <p><u>Commentaire :</u> Cette rédaction permettra une mise en cohérence avec l'article 24 de l'Ordonnance.</p>
Décret	9	Autre	IGD	<p>Article 9 - Choix de la procédure</p> <p><u>Nous proposons la rédaction suivante :</u> « I. Sous réserve des exceptions prévues au II de l'article 10, les contrats de concession dont la valeur estimée est égale ou supérieure au seuil fixé dans l'avis prévu par l'article 26 de l'ordonnance du XX</p>

TEXTE VISE	NUMERO D'ARTICLE	TYPE D'ORGANISME	NOM DE L'ORGANISME	OBSERVATIONS
				<p>XXXX 2016 susvisée sont passés selon la procédure formalisée.</p> <p>II. Pour tous les contrats de concession, et sous réserve du respect de l'article 28 de l'ordonnance du XX XXXX 2016 susvisée, l'autorité concédante garantit une consignation adéquate des étapes de la procédure de passation selon les moyens qu'elle juge appropriés, sous réserve du respect de l'article 28 de l'ordonnance du XXX 2016 susvisée.</p> <p>Elle établit à cet effet un registre dont elle détermine librement la forme et comportant a minima :</p> <ul style="list-style-type: none"> - les avis de publicité ; - les documents de consultation remis aux candidats et soumissionnaires ; - le contrat de concession et ses annexes ; - les renseignements, attestations et déclarations relatifs à la candidature déposée par le candidat retenu ; - l'ensemble des délibérations de l'assemblée délibérante relative au contrat, notamment celles sur le principe de la concession et l'attribution du contrat ; - les procès-verbaux et rapports de la commission prévue à l'article L. 1411-5 du code général des collectivités territoriales, ainsi que les convocations des membres de la commission ; - les procès-verbaux et compte-rendus des réunions de négociation, ainsi que les courriers échangés avec les candidats au cours de la procédure notamment pour la confirmation des propositions effectuées oralement ; - les documents par lesquels l'autorité habilitée à signer la convention informe l'assemblée délibérante du choix de l'entreprise ; - le cas échéant, les avis de la commission consultative des services publics locaux, du comité technique paritaire et du Directeur Départemental des Finances Publiques. » <p><u>Commentaire :</u> Comme le souligne l'étude d'impact, l'obligation de consignation est une innovation par rapport à l'état du droit antérieur. Le Gouvernement relève en outre que : « 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 » (étude d'impact, p. 29).</p> <p>Il reste qu'en l'état du projet de décret, il est impossible de savoir à quoi correspond concrètement l'obligation de consignation. Cela est très préjudiciable en termes de sécurité juridique.</p> <p>Il convient par ailleurs d'étendre cette obligation à l'ensemble des contrats, y compris ceux conclus sous le régime de la procédure simplifiée.</p> <p>Nous proposons une rédaction plus détaillée. Elle est inspirée de l'article R. 2131-5 du code général</p>

TEXTE VISE	NUMERO D'ARTICLE	TYPE D'ORGANISME	NOM DE L'ORGANISME	OBSERVATIONS
				des collectivités territoriales relatif aux documents à adresser au contrôle de légalité dans le cadre de la passation de marchés publics, ainsi que des circulaires pouvant exister sur la question de la transmission au préfecture des actes relatifs aux délégations de service public (voir notamment circulaire de la préfecture de Loire-Atlantique en date du 28 mai 2015 et relative à la centralisation de la réception des actes soumis au contrôle de légalité et au contrôle budgétaire en préfecture ; circulaire de la préfecture du Puy-de-Dôme en date du 5 juin 2013 et relative aux modalités de transmission des actes au contrôle de légalité).
Décret	10	Autre	IGD	<p>Article 10.II, a). - Choix de la procédure</p> <p><u>Nous proposons la rédaction suivante :</u></p> <p>« Sont également passés selon cette procédure les contrats de concession qui ont, quelle que soit leur valeur estimée, pour objet :</p> <p>a) L'exploitation, la mise à disposition et l'alimentation de réseaux fixes destinés à fournir un service au public dans le domaine de la production, du transport ou de la distribution d'eau potable, ainsi que de l'évacuation ou du traitement des eaux usées.</p> <p>Sont également soumises à la procédure simplifiée d'une part les activités mentionnées à l'alinéa précédent qui sont liés à des projets de génie hydraulique, d'irrigation, de drainage, pour autant que le volume d'eau utilisé pour l'alimentation en eau potable représente plus de 20 % du volume total d'eau utilisé pour ces projets, ou à l'évacuation d'autre part, la collecte ou au le traitement des eaux usées ».</p> <p><u>Commentaire :</u> Cette rédaction permet de clarifier la formulation de l'article 12 et du considérant 40 de la directive 2014/23/UE et met en cohérence cet article avec l'étude d'impact qui évoque de manière large l'exclusion du « secteur de l'eau ».</p>
Décret	13	Autre	IGD	<p>Article 13, b) - Règles de passation,</p> <p><u>Nous proposons la rédaction suivante :</u></p> <p>« ... Est inappropriée :</p> <p>b) L'offre qui apporte une réponse sans rapport avec le besoin de l'autorité concédante et qui peut en conséquence être assimilée à une absence d'offre avec la concession parce qu'elle</p>

TEXTE VISE	NUMERO D'ARTICLE	TYPE D'ORGANISME	NOM DE L'ORGANISME	OBSERVATIONS
				<p>n'est manifestement pas en mesure, sans modifications substantielles, de répondre aux besoins et aux exigences du pouvoir adjudicateur ou de l'entité adjudicatrice spécifiés dans les documents de concession.</p> <p><u>Commentaire</u> : Il conviendrait d'utiliser la même définition que l'article 31 de la directive pour les offres inappropriées afin d'éviter les contentieux afférents à la passation des contrats</p>
Décret	14	Autre	IGD	<p>Article 14, II - Modalités de publicité</p> <p><u>Nous proposons la rédaction suivante</u> :</p> <p>II. « Pour les contrats de concession passés selon la procédure simplifiée, l'autorité concédante publie l'avis de concession mentionné à l'article 12 sur son profil d'acheteur et, s'il l'estime nécessaire pour assurer une publicité conforme aux principes fondamentaux de la commande publique, dans le Bulletin officiel des annonces des marchés publics, ou dans un journal habilité à recevoir des annonces légales ou dans une publication spécialisée correspondant au secteur économique concerné. Le choix du support de publicité est effectué de manière à garantir l'information des opérateurs économiques raisonnablement vigilants pouvant être intéressés par le contrat de concession compte tenu de la nature et des caractéristiques du besoin. Elle peut en outre publier cet avis sur son profil d'acheteur ».</p> <p><u>Commentaire</u> : Dans un souci de transparence et de sécurité juridique, les contrats de concession de service public pouvant porter sur des montants élevés, il est nécessaire que les avis de publicité, y compris pour la procédure simplifiée, soient obligatoirement publiés dans le BOAMP ou dans un journal d'annonces légales ou dans une publication spécialisée correspondant au secteur économique concerné.</p>
Décret	22	Autre		<p>Article 22 - Groupements d'opérateurs économiques</p> <p>Troisième alinéa nouveau</p> <p><u>Nous proposons l'intégration d'un troisième alinéa ainsi rédigé</u> :</p> <p>« Les documents de la consultation fixent les conditions dans lesquelles la composition du groupement candidat peut évoluer, dans le respect des dispositions du présent décret. »</p> <p><u>Commentaire</u> : cette proposition a pour but de consacrer ce qui peut déjà être mis en œuvre en pratique dans l'attribution des concessions. Elle vise également à faire bénéficier les contrats de concessions de la possibilité introduite, pour les marchés de partenariat, à l'article 81 de l'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics.</p>

TEXTE VISE	NUMERO D'ARTICLE	TYPE D'ORGANISME	NOM DE L'ORGANISME	OBSERVATIONS
Décret	23	Autre	IGD	<p>Article 23 - Offres</p> <p><u>Nous proposons la rédaction suivante :</u></p> <p>« Lorsque l'autorité concédante organise une négociation avec les soumissionnaires, celle-ci La négociation organisée par l'autorité concédante avec les soumissionnaires ne peut porter sur l'objet de la concession, les critères d'attribution ou les conditions et caractéristiques minimales indiquées dans les documents de consultation »</p> <p><u>Commentaire :</u> mise en cohérence avec la nouvelle rédaction de l'article 36 de l'ordonnance et rappel que la négociation est la procédure de principe des concessions.</p>
Décret	24	Autre	IGD	<p>Article 24 - Offres</p> <p><u>Nous proposons de modifier cet article comme suit :</u></p> <p>« Les offres inappropriées ou qui ne respectent pas les conditions et caractéristiques indiquées dans les documents de la consultation sont éliminées ; toutefois, l'autorité concédante qui constate que des pièces dont la production était réclamée sont absentes ou incomplètes peut demander aux candidats ou soumissionnaires concernés de compléter leur candidature ou leur offre dans un délai identique pour tous. »</p> <p><u>Commentaire :</u> L'article 52 du CMP permet aux pouvoirs adjudicateurs de demander aux candidats de régulariser, sur la forme, des candidatures incomplètes.</p> <p>Le Conseil d'État est allé plus loin en jugeant que la négociation devait permettre la régularisation tant des candidatures que des offres : « (...) le pouvoir adjudicateur qui, dans le cadre d'une procédure adaptée, décide de recourir à une négociation, peut librement choisir les candidats avec lesquels il souhaite négocier et peut en conséquence, dans le respect du principe d'égalité de traitement entre les candidats, admettre à la négociation les candidats ayant remis des offres inappropriées, irrégulières ou inacceptables et ne pas les éliminer d'emblée ; qu'il doit cependant, à l'issue de la négociation, rejeter sans les classer les offres qui sont demeurées inappropriées, irrégulières ou inacceptables ; (...) » (Conseil d'État, 30 novembre 2011, Ministre de la Défense, n° 353121).</p> <p>Il est nécessaire de modifier le texte figurant de l'article 24 du décret. En effet, en indiquant que « Les offres inappropriées ou qui ne respectent pas les conditions et caractéristiques indiquées dans les documents de la consultation sont éliminées », cet article risque d'être interprété comme</p>

TEXTE VISE	NUMERO D'ARTICLE	TYPE D'ORGANISME	NOM DE L'ORGANISME	OBSERVATIONS
				interdisant la régularisation des candidatures et des offres. Il apparaît dans ce cadre indispensable de prévoir explicitement cette faculté de régularisation.
Décret	28	Autre	IGD	<p>Article 28, I, 1° - Information des candidats et soumissionnaires non retenus</p> <p><u>Nous proposons la rédaction suivante :</u></p> <p>I.1° « Pour les contrats de concession passés selon une procédure formalisée ou les contrats visés au b) du II de l'article 10 et au c) du II de l'article 10 dont la valeur est estimée égale ou supérieure (...).</p> <p>Cet article prévoit que pour les procédures formalisées, l'autorité concédante dès lors qu'elle a fait son choix pour une candidature ou une offre, notifie à tous les autres candidats et soumissionnaires le rejet de leur candidature ou de leur offre. Une procédure d'information est ainsi prévue à la charge de la collectivité concédante.</p> <p>Afin de renforcer la transparence, l'égalité entre les candidats et la non-discrimination, il convient d'étendre les dispositions prévues aux points I et II de l'article 28 aux procédures simplifiées.</p>
Décret	29	Autre	IGD	<p>Article 29, II - Information des candidats et soumissionnaires non retenus</p> <p><u>Nous proposons la rédaction suivante :</u></p> <p>« II. L'autorité concédante est tenue de communiquer aux soumissionnaires ayant présenté une offre qui n'a pas été éliminée en application de l'article 24 les caractéristiques (...) d'une demande à cette fin. Elle peut leur verser une prime en contrepartie des dépenses engagées pour l'élaboration de leur offre. Les modalités de fixation et d'attribution de cette prime sont indiquées dans les documents de consultation »</p> <p><u>Commentaire :</u> Les coûts de préparation des offres sont généralement importants, ce qui ne contribue pas à permettre l'égal accès à la commande publique des petites ou moyennes entreprises. Le versement d'une prime par l'autorité concédante aux soumissionnaires non retenus ayant remis une offre conforme pourrait être prévu.</p>

TEXTE VISE	NUMERO D'ARTICLE	TYPE D'ORGANISME	NOM DE L'ORGANISME	OBSERVATIONS
Décret	31	Autre	IGD	<p>Article 31,1° d) et 2° - Information de l'autorité concédante</p> <p><u>Nous proposons la rédaction suivante :</u></p> <p><u>Nouvelle rédaction</u> Ce rapport comprend : 1° d) Un état des autres dépenses de renouvellement réalisées dans l'année conformément aux obligations contractuelles ;</p> <p>2° Une analyse de la qualité des ouvrages ou des services demandés au concessionnaire, comportant tout élément qui permette d'apprécier la qualité des ouvrages ou des services exploités et les mesures proposées par le concessionnaire l'autorité concédante pour une meilleure satisfaction des usagers. La qualité des ouvrages ou des services est notamment appréciée à partir d'indicateurs, proposés par le concessionnaire ou demandés par l'autorité concédante et définis par voie contractuelle ».</p> <p><u>Commentaire :</u> Cette rédaction nous semble moins sujette à interprétation.</p>
Décret	32	Autre	IGD	<p>Article 32 alinéa 1 - Mise à disposition de données essentielles</p> <p><u>Nous proposons la rédaction suivante :</u> « A l'exception des informations dont la divulgation serait contraire au secret industriel et commercial et à l'ordre public, l'autorité concédante rend accessibles aux citoyens sur son profil d'acheteur, un accès libre, direct et complet notamment aux sous un format dématérialisé les données essentielles du contrat de concession suivantes : »</p> <p><u>Commentaire :</u> Il est indiqué dans le projet de décret que l'accès aux données essentielles des contrats de concession <i>serait libre, direct et complet</i>.</p> <p>Une transmission des données essentielles des contrats de concessions en open data ne se justifie pas et irait même à l'encontre d'une bonne information des citoyens.</p> <p>Il paraît fondamental également de rappeler que les autorités concédantes sont soumises au secret commercial et industriel et que les données essentielles du contrat ne pourront enfreindre ce principe.</p> <p>Un projet de loi numérique devrait être prochainement présenté et qu'il serait souhaitable qu'une</p>

TEXTE VISE	NUMERO D'ARTICLE	TYPE D'ORGANISME	NOM DE L'ORGANISME	OBSERVATIONS
				<p>cohérence soit assurée entre les diverses propositions, ce qui est d'autant plus important que l'open data n'est pas prévu dans la directive Concessions.</p> <p>On relève en outre que la liste des données essentielles, prévue à l'article 32 est déjà une liste conséquente et précise. Tout ajout à cette liste nous paraît rentrer dans le détail des contrats et aller au-delà des « informations essentielles ». Nous demandons donc la suppression du terme : « notamment ».</p>
Décret	32	Autre	IGD	<p>Article 32, 1° f) - Mise à disposition de données essentielles</p> <p><u>Nous proposons la rédaction suivante :</u> « La valeur globale et les principales dispositions financières du contrat. »</p> <p><u>Commentaire:</u> il est indiqué que les citoyens auront accès à la valeur et aux principales conditions financières du contrat. Il convient de rappeler que cet accès est déjà encadré, notamment par la Commission d'Accès aux Documents Administratifs et que le secret commercial et industriel doit impérativement être respecté en la matière.</p>
Décret	32	Autre	IGD	<p>Article 32, 2°, b - Mise à disposition de données essentielles</p> <p><u>Nous proposons la rédaction suivante :</u> « Les principaux tarifs à la charge payés par les usagers et leur évolution par rapport à l'année précédente »</p> <p><u>Commentaire :</u> L'IGD tient à souligner que selon les secteurs, il peut être très complexe de mettre à disposition l'intégralité de la gamme tarifaire des services offerts aux usagers et de son évolution titre par titre. Ainsi, dans le secteur des transports publics urbains, les gammes tarifaires vont généralement de 40 à 150 titres, comprenant les pleins tarifs, les tarifs selon la durée des transports, les différentes sortes de tarifs réduits : famille nombreuse, enfant de moins de 4 ans, étudiants, jeunes, scolaires, apprentis, personnes handicapées, personnes âgées ...</p> <p>La formulation « à la charge des usagers » ne paraît pas très opportune surtout dans des secteurs, où les usagers ne paient qu'une partie du service public, comme c'est le cas dans les transports publics urbains.</p>

TEXTE VISE	NUMERO D'ARTICLE	TYPE D'ORGANISME	NOM DE L'ORGANISME	OBSERVATIONS
Décret	33	Autre	IGD	<p>Article 33.I - Exécution du contrat de concession par des tiers</p> <p>Nous proposons de supprimer cette disposition comme suit :</p> <p>I. – « La part des services ou travaux que le soumissionnaire doit peut confier à des petites et moyennes entreprises en application de l'article 44 de l'ordonnance du XX XXXX 2016 susvisée ne peut être inférieure à 10 % de la valeur globale du contrat de concession. En application de l'article 44 de l'ordonnance XX XXXX 2016 susvisée et en cas de décision de l'autorité concédante d'imposer cette obligation, la part des services ou travaux que le soumissionnaire doit confier à des petites et moyennes entreprises est fixée dans le cahier des charges de la concession qui a pu faire l'objet de négociations sur ce point au moment de la procédure d'attribution du contrat. »</p> <p><u>Commentaire</u> : Mettre en cohérence le décret avec l'article 44 de l'ordonnance qui prévoit que la part des travaux ou services à confier aux petites et moyennes entreprises par le soumissionnaire relève d'une faculté proposée à l'autorité concédante. La détermination du pourcentage minimum relevant également de l'appréciation de l'autorité concédante.</p>
Décret	34	Autre	IGD	<p>Article 34, premier alinéa - Modification du contrat de concession</p> <p><u>Nous proposons la rédaction suivante</u> :</p> <p>« Le contrat de concession peut être modifié sans nouvelle procédure d'attribution dans les cas suivants : »</p> <p><u>Commentaire</u> : En cohérence avec l'observation formulée sur l'article 45 du projet d'ordonnance il convient de préciser que le contrat de concession peut être modifié sans nouvelle procédure d'attribution.</p>
Décret	34	Autre	IGD	<p>Article 34,4^o,b) - Modification du contrat de concession</p> <p>Nous proposons la rédaction suivante :</p> <p>« Dans le cas d'une cession intra-groupe du contrat de concession, ou à la suite d'opérations de restructuration du concessionnaire initial. Le nouveau concessionnaire justifie des capacités économiques, financières, techniques et professionnelles fixées initialement par l'autorité concédante. Cette cession ne peut être effectuée dans le but de soustraire le contrat de concession aux obligations de publicité et de mise en concurrence » ;</p>

TEXTE VISE	NUMERO D'ARTICLE	TYPE D'ORGANISME	NOM DE L'ORGANISME	OBSERVATIONS
				<u>Commentaire</u> : La rédaction actuelle de l'article 34, 4°, b) du décret ne précise pas si les opérations de restructuration doivent être entendues tant comme des opérations de restructuration internes qu'externes. Aussi, nous proposons de viser explicitement le cas des cessions intra-groupes.
Décret	34	Autre	IGD	<p>Article 34, 5° d) - Modification du contrat de concession</p> <p>Nous proposons la rédaction suivante : « Elle a pour effet de remplacer le concessionnaire auquel l'autorité concédante a initialement attribué le contrat de concession par un nouveau concessionnaire, en dehors des hypothèses visées au 4°</p> <p>Le contrat de concession fixe les conditions dans lesquelles l'actionnariat du concessionnaire, lorsque celui-ci est constitué en société dédiée à la réalisation du projet, peut être modifié. »</p> <p><u>Commentaire</u> : cette proposition a pour but de consacrer ce qui peut déjà être mis en œuvre en pratique dans l'attribution des concessions. Elle vise également à faire bénéficier les contrats de concessions de la possibilité introduite, pour les marchés de partenariat, à l'article 81 de l'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics.</p>
Décret	34	Autre	IGD	<p>Article 34. 7° nouveau - Modification du contrat de concession</p> <p><u>Nous proposons l'intégration d'un 7° nouveau ainsi rédigé</u> :</p> <p>7° nouveau « La durée de la concession peut être prolongée pour des motifs d'intérêt général. La durée de la prolongation ne peut alors excéder un an. »</p> <p><u>Commentaire</u> : Il conviendrait d'ajouter au point 6 le cas de prolongation pour une durée maximale de un an pour motif d'intérêt général, comme cela est aujourd'hui stipulé dans l'article 40 a de la loi Sapin.</p>