

Bureau du contrôle de la
légalité et du conseil aux
collectivités

CONCESSIONS

Définition et cadre juridique

Défini aux articles L. 1121-1 et L. 3114-1 du code de la commande publique (CCP), un contrat de concession :

- confie au concessionnaire l'exécution de travaux ou la gestion d'un service,
- lui transfère une part de risque liée à l'exploitation de l'ouvrage ou du service,
- lui confère, en contrepartie de ce risque, soit le droit d'exploiter l'ouvrage ou le service qui fait l'objet du contrat, soit de ce droit assorti d'un prix.

Les contrats de concessions regroupent les contrats de concession de travaux et les contrats de concession de services, ces derniers se divisant en contrats de concession de service public ou délégations de service public (DSP) et en contrat de concession de services "simples".

Les DSP sont donc des sous-catégories des concessions de services (concession délégrant la gestion d'un service public).

La préparation du contrat et la détermination des règles procédurales applicables

La nature et l'étendue des besoins à satisfaire sont déterminées avant le lancement de la consultation.

La valeur d'une concession doit être estimée en amont, avant le lancement de la procédure pour déterminer les règles applicables pour la passation du contrat. Une méthodologie stricte est à appliquer pour réaliser cette estimation (articles R. 3121-1 à R. 3121-4 du CCP).

De la bonne estimation de cette valeur prévisionnelle dépendent les règles de procédure à mettre en œuvre. Elles diffèrent selon que le montant du contrat de concession atteint ou non un seuil de publicité européenne (5 538 000 € HT au 1^{er} janvier 2024).

Les mesures de publicité obligatoires

⊗ **Pour les contrats dont la valeur estimée HT est supérieure ou égale au seuil européen**

Publication :

- ◇ au Journal officiel de l'Union européenne (JOUE) ;
- ◇ **et** au Bulletin officiel des annonces des marchés publics (BOAMP) ou dans un journal d'annonces légales (JAL) ;
- ◇ **ainsi que** dans une publication spécialisée correspondant au secteur économique concerné.

Suivre le modèle d'avis européen, à transmettre par voie électronique.

⊖ Attention, la publication au BOAMP ne peut intervenir avant celle au JOUE.

⊗ **Pour les contrats dont la valeur estimée HT est inférieure au seuil européen** et les contrats conclus, quelle que soit leur valeur estimée, dans le domaine de l'eau, de l'exploitation de services de transport de voyageur ou ayant pour objet un des services sociaux ou des autres services spécifiques dont la liste a été publiée au Journal officiel de la République française

Publication :

◇ au BOAMP ou dans un JAL

◇ et éventuellement dans une revue spécialisée correspondant au secteur économique concerné ou au JOUE selon la nature ou le montant des services ou des travaux en cause, si la collectivité l'estime nécessaire.

La durée du contrat de concession

Le principe d'une durée limitée, calculée en fonction de la nature et du montant des prestations ou des investissements, est posée par les textes.

Pour les contrats de concession d'une durée supérieure à cinq ans, la durée du contrat ne doit pas excéder le temps raisonnablement escompté par le concessionnaire pour qu'il amortisse les investissements réalisés.

Les contrats de concession dans le domaine de l'eau potable, de l'assainissement, des ordures ménagères et autres déchets ne peuvent avoir une durée supérieure à 20 ans, sauf examen préalable par le directeur départemental des finances publiques, à l'initiative de l'autorité concédante, des justificatifs de dépassement de cette durée.

Φ La notion d'investissement : l'investissement est défini de manière très large et englobe ainsi "*les investissements initiaux ainsi que ceux devant être réalisés pendant la durée du contrat de concession, lorsqu'ils sont nécessaires pour l'exploitation des travaux ou des services concédés*".

⊗ Attention, les modalités de prolongation de la durée du contrat sont régies par les dispositions relatives aux modifications du contrat, prévues aux articles L. 3135-1 et 2 et R. 3135-1 à -9 du CCP.

La négociation

Les autorités concédantes sont libres d'organiser les modalités de la négociation au mieux de leurs intérêts. Cette liberté leur confère une grande souplesse et permet de prendre en considération la diversité des contrats de type concessif.

Il est toutefois interdit que la négociation porte sur :

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

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

Φ Il est recommandé d'annoncer le recours à la négociation dès le lancement de la procédure, dans les documents de la consultation, notamment dans l'avis de concession ou dans l'invitation à présenter une offre :

- si l'autorité concédante indique, sans ambiguïté, son choix de négocier ou, au contraire, son choix de renoncer à cette faculté, elle devra respecter ce choix ;
- si celle-ci indique, en revanche, se réserver le choix de négocier ou de ne pas négocier, elle sera libre de recourir ou non à une négociation, au vu notamment de la teneur des offres.

Rappel : organe compétent pour prendre les décisions en matière de concessions

Contrairement aux marchés publics, les décisions concernant la préparation, la passation, l'exécution des contrats de concessions, ainsi que toute décision concernant leurs modifications, ne font pas partie des matières pouvant être déléguées (énoncées à l'article L. 2122-22 du code général des collectivités territoriales (CGCT)).

En conséquence, l'assemblée délibérante se prononce :

- sur le lancement de la procédure et sur le principe de délégation (lorsqu'il s'agit d'une DSP) ;
- sur le choix du concessionnaire ainsi que le contrat de concession à l'issue de la procédure de passation ;
- tout projet d'avenant aux conventions de concession (articles L. 1411-6 du CGCT).

Rôle de la Commission de Délégation de Service Public (CDSP)

Les attributions de la CDSP sont prévues par les dispositions de l'article L. 1411-5 du CGCT.

La CDSP analyse les dossiers de candidatures et dresse la liste des candidats admis à présenter une offre.

En outre, la commission analyse les offres. Au terme de cette analyse, elle émet un avis.

Depuis l'entrée en vigueur de la loi relative à l'engagement dans la vie locale et à la proximité de l'action publique n° 2019-1461 du 27 décembre 2019, le champ d'intervention de la CDSP a été modifié : il n'est plus prévu que la CDSP ouvre les plis contenant les candidatures ou les offres (ouverture se faisant désormais par les services).

⊗ ***Pour plus d'informations sur les modalités de composition et d'élection, se reporter à la fiche relative à la commission de délégation de service public.***

Références juridiques :

- articles L. 1411-1 à L. 1411-19 du CGCT;
- détermination des besoins - article L. 3111-1 du CCP ;
- supports de publicité - articles R. 3126-3 à R. 3126-6, R. 3122-2 à R. 3122-11, R. 3122-5 du CCP ;
- durée et investissement - articles L. 3114-7 à L. 3114-8 et R. 3114-1 à R. 3114-3 du CCP ;
- négociation - article L. 3124-1 du CCP

⊗ ***Consulter les fiches de la direction des affaires juridiques du ministère de l'économie :***

- ***Détermination de la valeur estimée et de la durée des contrats de concession***
- ***Les modalités de mise en concurrence des contrats de concession***
- ***Les modalités de publicité applicables à la passation des contrats de concession***