



Procédure de passation des contrats de concession

La présente note a pour objet de présenter les nouveautés et les grandes étapes de la procédure de passation des contrats de concession, qu'ils soient de services, de service public ou de travaux. Les délégations de service public au sens du Code général des collectivités territoriales sont soumises à ce régime depuis le 1^{er} avril 2016.

La nouvelle notion de concession de service, englobant désormais la délégation de service public, est tirée de la directive 2014/23/UE sur la passation des concessions de service, transposée en droit français par l'ordonnance n°2016-65 du 29 janvier 2016.

Le régime des concessions n'est pas si différent de celui des délégations de service public et s'en inspire même sur certains aspects. Les délégations de service public continuent donc d'exister en tant que catégorie au sein de l'ensemble plus vaste des concessions de service.

Désormais, la collectivité doit se référer à plusieurs sources législatives et réglementaires :

- [Code général des collectivités territoriales modifié](#)
- [Ordonnance n°2016-65 du 29 janvier 2016](#)
- [Décret n°2016-86 du 1er février 2016](#)

La phase de la procédure de passation est modifiée et désormais plus encadrée.

1- Concessions : un choix entre deux procédures de passation

- Procédure formalisée
- Procédure simplifiée

Le choix entre ces deux procédures repose sur un nouveau seuil européen fixé à :

5 225 000 euros

Il correspond à la valeur estimée du contrat soit le chiffre annuel hors taxes sur la durée totale de la concession

Attention : l'ancien seuil de 106 000 euros dit des « petites délégations » posé par l'ancien article L. 1411-12 du CGCT est supprimé

1. Procédure formalisée

La procédure est formalisée :

- **au-dessus** du seuil de 5 225 000 euros.

Ses principales caractéristiques sont :

- la consignation des étapes de la procédure ([article 13 du décret du 1er février 2016](#)),
- la hiérarchisation des critères d'attribution,
- l'avis de concession selon [modèle du règlement communautaire du 11 novembre 2015](#),
- la publication de l'avis de concession au JOUE, au BOAMP (ou autre JAL), dans une publication spécialisée,
- la réception des candidatures et des offres dans un délai de 30 jours minimum (ou 25 jours si remise des offres par voies électroniques),
- la notification aux candidats évincés du rejet de leur candidature,
- la publication de l'avis d'attribution.

2. Procédure simplifiée

La procédure est simplifiée :

- **en-dessous** du seuil de 5 225 000 euros,
- pour le secteur de l'eau,
- pour le secteur des transports,
- pour les services sociaux et spécifiques ([Liste](#)).

Ses principales caractéristiques sont :

- la rédaction de l'avis de concession selon [l'arrêté du 23 mars 2016](#),
- la publication de l'avis de concession au BOAMP ou autre JAL,
- la réception des candidatures et des offres dans un délai raisonnable.

S'agissant de la consignation des étapes de la procédure, si elle est obligatoire en procédure formalisée, elle est conseillée en procédure simplifiée et ce « *par tout moyen approprié* » (article 13 du décret du 1^{er} février 2016).

Pour assurer la régularité du contrat, il est fondamental de bien maîtriser la valeur du contrat qui détermine le choix de la procédure.

La fiche « *phase préparatoire* » de l'AMF comprend un développement à cet effet.

2- Le rapport au conseil municipal

Le maire doit préparer un rapport présentant l'objet de la concession ainsi que ses caractéristiques. Les différents modes de gestion doivent être décrits, ainsi que les **raisons du choix de la concession** comme étant le plus pertinent, mais aussi :

- la justification de la durée,
- le chiffrage du contrat,
- le travail réalisé en amont sur la détermination des besoins est présenté sous la forme du rapport,
- la question du risque est développée, en justifiant notamment que le délégataire supporte un risque réel, et non seulement marginal ou théorique,
- les modalités de rémunération du concessionnaire sont aussi abordées.

3- Le choix du délégataire

La procédure menant au choix du concessionnaire peut se décomposer selon les grandes étapes suivantes :

- 1- Avis de concession
- 2- Réception des candidatures
- 3- Commission pour l'ouverture des candidatures
- 4- Commission pour l'examen de ces candidatures
- 5- Publication du dossier de consultation des entreprises
- 6- Réception des offres
- 7- Commission pour l'ouverture des offres
- 8- Commission pour l'examen des offres
- 9- Négociations
- 10- Finalisation : choix, attribution et concurrents non retenus
- 11- Sécurité juridique et risques de recours

1- L'avis de concession

L'ancien « avis d'appel public à la concurrence » prend désormais le nom d' « avis de concession ». Cet avis diffère légèrement suivant que la procédure soit simplifiée ou formalisée.

- Avis de concession en procédure simplifiée

Le modèle a été posé par [l'arrêté du 21 mars 2016](#). Ce modèle est inspiré de celui imposé par la Commission européenne mais plusieurs rubriques ont disparu. Ainsi, ce modèle comprend seulement les rubriques absolument nécessaires.

L'arrêté rappelle, de manière indirecte et par le biais habituel de renvois à de multiples textes, que ce modèle s'applique uniquement pour les concessions à procédure simplifiée telles que [l'article 10 du décret du 1er février 2016](#) les entend, c'est-à-dire aux concessions de moins de 5 225 000 euros, ou dont l'objet est lié aux transports, à l'eau potable, ou encore à des services spéciaux et sociaux.

[L'article 15 du décret du 1er février 2016](#) précise que la publication de l'avis de concession se fait par le biais des supports suivants :

- le Bulletin officiel d'annonces des marchés publics (BOAMP) ;
- ou bien un journal d'annonces légales.

L'article précise que l'autorité délégante peut parfaitement publier l'avis, en outre, dans une revue spécialisée ou au Journal officiel de l'Union européenne (JOUE).

- **Avis de concession en procédure formalisée**

S'agissant de sa publication, elle doit être conforme au modèle du règlement communautaire, comme le prévoit [l'article 14 du décret du 1er février 2016](#).

Ce modèle reprend l'intégralité des rubriques du modèle européen fixé par le règlement d'exécution de la Commission européenne. Il précise la description de la délégation et les conditions de participation.

En procédure formalisée, les obligations liées à la publication sont plus nombreuses et doivent être scrupuleusement respectées. Trois supports sont identifiés par [le I. de l'article 15 du décret du 1er février 2016](#) :

- le Journal Officiel de l'Union Européenne (JOUE) ;
- le Bulletin Officiel des Annonces des Marchés Publics (BOAMP) ;
ou bien un journal d'annonces légales ;
- une publication spécialisée.

2- Réception des candidatures

Le principal point de vigilance lors de la réception des candidatures est le respect d'un délai minimum de réception ([article 18 du décret du 1er février 2016](#)).

Bien sûr, ce délai n'est pas le même suivant qu'on soit en procédure simplifiée ou formalisée, ou encore qu'il s'agisse d'une réception de courriers ou d'envois dématérialisés.

- **Procédure simplifiée**

Le concédant fixe un délai de réception. Aucun minimum n'est posé par le décret. Toutefois, ledit délai doit être raisonnable.

En pratique, il peut être judicieux, ou du moins prudent, de se rapprocher du délai obligatoire en procédure formalisée.

- **Procédure formalisée**

En procédure formalisée, le délai est fixé par l'article 18 du décret ci-avant mentionné.

Ainsi, le délai de réception des candidatures est au moins égal à **trente jours francs** à compter de la date d'envoi de l'avis de concession.

Ce délai est rapporté à vingt-cinq jours si la transmission des candidatures est autorisée par voie électronique.

Le délai commence à courir à compter de la date d'envoi de l'avis concession au service des publications du JOUE.

3- Commission de concession : ouverture des candidatures

[L'article L. 1411-5 du Code général des collectivités territoriales](#), modifié par [l'article 58 de l'ordonnance du 29 janvier 2016](#), pose le principe selon lequel :

« Une commission ouvre les plis contenant les candidatures ».

La réunion de la commission concession pour l'ouverture des candidatures est une nouveauté par rapport à l'ancien régime des délégations de service public qui disposait seulement que :

« Les plis contenant les offres sont ouverts par une commission » **(abrogé)**.

Aux termes de [l'article 23 du décret du 1er février 2016](#), la régularisation des candidatures peut se faire, si l'autorité concédante le décide, après la réunion de cette commission concession pour l'ouverture des candidatures :

« L'autorité concédante [c'est-à-dire la commission citée supra à l'article L. 1411-5] qui constate que des pièces ou informations dont la production était obligatoire conformément aux articles 19, 20 et 21 [conditions de candidatures] peuvent demander aux candidats concernés de compléter leur dossier de candidature dans un délai approprié ».

Mais, logiquement, *« avant de procéder à l'examen des candidatures »*, qui fait l'objet d'une autre réunion de la commission concession.

Cet article 23 pose la régularisation comme une faculté pour l'autorité concédante. Il rappelle également le principe de transparence de la procédure, en précisant que :

« Elle informe alors les autres candidats de la mise en œuvre de la présente disposition ».

La collectivité ne doit pas oublier de préciser un délai, raisonnable, quant à cette régularisation.

Sur la nécessité de réunir la commission « candidatures » une fois pour l'ouverture et une fois pour l'examen

Il apparaît à l'AMF que la commission concession, au stade « candidatures », doit, au regard des textes, se réunir deux fois, du moins lorsqu'une possibilité de régularisation des candidatures est offerte par la collectivité.

Cette pratique est contraignante pour les collectivités mais le bénéfice d'une possibilité de régularisation des candidatures est réel pour garantir la pluralité des offres.

Ainsi, au regard de ces deux textes, il semble nécessaire, ou du moins prudent, de réunir la commission concession :

- une fois pour l'ouverture des plis contenant les candidatures : vérification de la complétude des candidatures et éventuellement appel à la régularisation ;

- une autre fois pour l'examen des candidatures : hiérarchisation des candidatures complètes en vue de les sélectionner pour le passage à la phase « offres » de la procédure.

4- Commission de concession : examen des candidatures

La commission concession se réunit donc une deuxième fois pour examiner, c'est-à-dire pour sélectionner, les candidatures.

Ainsi, [l'article 45 de l'ordonnance du 29 janvier 2016](#) précise notamment que l'autorité concédante apprécie :

« L'aptitude des candidats à assurer la continuité du service public et l'égalité des usagers devant le service public ».

Et [l'article 21 du décret du 1er février 2016](#) de compléter :

« L'autorité concédante vérifie les conditions de participation relatives aux capacités et aux aptitudes des candidats nécessaires à la bonne exécution du contrat de concession ».

Cet article, mais aussi [l'article 19 dudit décret](#), apporte de nombreuses informations aux collectivités sur les critères à mettre en œuvre pour sélectionner les candidatures.

Enfin, *« après examen de leurs capacités et de leurs aptitudes, l'autorité concédante dresse la liste des candidats admis à participer à la suite de la procédure de passation du contrat de concession »* (article 45 précité de l'ordonnance). C'est alors le début de la phase « offres ».

5- Publication du dossier de consultation des entreprises

Pour paraphraser [l'article 4 du décret du 1er février 2016](#) :

Les documents de la consultation sont constitués de l'ensemble des documents fournis par l'autorité concédante ou auxquels elle se réfère, pour définir :

- l'objet,

- les spécifications techniques et fonctionnelles,
- les conditions de passation
- les conditions d'exécution du contrat de concession,
- le délai de remise des candidatures ou des offres
- s'il y a lieu, les conditions de tarification du service rendu à l'utilisateur.

Ils comprennent notamment :

- l'avis de concession,
- le cahier des charges de la concession
- le cas échéant, l'invitation à présenter une offre.

L'article 4 précise également que :

*« L'autorité concédante communique, **au plus tard six jours avant la date limite** fixée pour la réception des candidatures ou des offres, les renseignements complémentaires sur les documents de la consultation sollicités en temps utile par les candidats ou soumissionnaires ».*

S'agissant du procédé dématérialisé posé par [l'article 5 du décret du 1er février 2016](#), l'autorité concédante doit désormais mettre en ligne un grand nombre d'informations :

En effet, la collectivité doit se créer un profil d'acheteur.

Un arrêté du ministre chargé de l'économie déterminera les fonctionnalités et les exigences minimales qui s'imposent aux profils d'acheteur. Cet arrêté est toujours [en cours d'élaboration](#) par la Direction des affaires juridiques du Ministère.

Ce profil doit permettre « *un accès gratuit, libre, direct et complet aux documents de la consultation* » et ce « *à compter de la date de publication d'un avis de concession ou de la date d'envoi de l'invitation à présenter une offre* » (article 5 du décret du 1^{er} février 2016)

Enfin, « *après examen de leurs capacités et de leurs aptitudes, l'autorité concédante dresse la liste des candidats admis à participer à la suite de la procédure de passation du contrat de concession* » ([article 45 de l'ordonnance du 29 janvier 2016](#)), c'est-à-dire à présenter une offre.

6- Réception des offres

S'agissant de la procédure formalisée :

« Le délai de réception des offres ne peut être inférieur à vingt-deux jours à compter de la date d'envoi de l'invitation à présenter une offre » (article 18 du décret du 1^{er} février 2016).

Ces délais peuvent être réduits à dix-sept jours lorsque la collectivité accepte la transmission par voie électronique.

S'agissant de la procédure simplifiée, les délais ne sont pas imposés mais doivent être raisonnables. Ils peuvent donc s'inspirer des délais mentionnés ci-avant.

7- Commission de concession : ouverture des offres

Au vu de [l'article L. 1411-5 du Code général des collectivités territoriales](#), est posée une obligation d'ouverture des offres par la commission concession :

« Une commission ouvre les plis contenant [...] les offres ».

Si l'ouverture des candidatures permettait de demander une régularisation avant leur examen, et laisser donc penser que l'examen des candidatures ferait l'objet d'une réunion distincte, l'exigence d'une réunion dont l'objet serait exclusivement l'ouverture des offres n'est pas claire.

Aussi, peut-on comprendre que la commission qui ouvre les offres peut, lors de la même réunion, examiner lesdites offres si elle n'entend pas offrir une possibilité de régularisation des offres.

Si une telle régularisation est possible, il devient alors nécessaire de réunir la commission une dernière fois, pour l'examen des offres.

S'agissant de la régularisation des offres, force est de constater le silence des nouveaux textes.

Il reste que la jurisprudence du Conseil d'Etat trouverait logiquement encore à s'appliquer. A ce titre, le juge administratif a autorisé la régularisation de l'offre si son insuffisance :

- *« d'une part, ne fait pas obstacle à ce que soit appréciée la conformité de l'offre aux exigences du cahier des charges » ;*
- *« et, d'autre part, n'est pas susceptible d'avoir une influence sur la comparaison entre les offres et le choix des candidats qui seront admis à participer à la négociation ».*

([Conseil d'État, 15 décembre 2006, « Société Corsica Ferries », n° 298618 ; et son communiqué](#))

8- Commission de concession : examen des offres

Le décret du 1^{er} février 2016, [à son article 25](#), donne quelques indices sur la manière d'analyser les offres et surtout d'écarter celles qui semblent inappropriées pour ne garder que celles qui mèneront à la phase négociation :

« Est inappropriée l'offre qui est sans rapport avec l'objet de la concession parce qu'elle n'est manifestement pas en mesure, sans modifications substantielles, de répondre aux besoins et aux exigences de l'autorité concédante spécifiés dans les documents de la consultation ».

La commission concession rend, à ce stade, un avis, qui permettra à l'exécutif de la collectivité de lancer les négociations :

« Au vu de l'avis de la commission, l'autorité habilitée à signer la convention peut organiser librement une négociation avec un ou plusieurs soumissionnaires » ([article L. 1411-5 du Code général des collectivités territoriales](#)).

L'avis de la commission prend la forme d'un rapport qui présente une véritable analyse des propositions des candidats que l'exécutif utilisera ensuite (article L. 1411-5 précité).

9- Négociation

La négociation et sa libre organisation sont des principes attachés à la conception française de la délégation de service public.

Le principe de la libre négociation est rappelé dans chacun des trois nouveaux textes.

Ainsi, outre l'article L. 1411-5 du Code précité, l'article 46 de l'ordonnance du 29 janvier 2016 précise que :

« Les autorités concédantes peuvent organiser librement une négociation avec un ou plusieurs soumissionnaires ».

Il doit être souligné que la collectivité peut décider de limiter le nombre de soumissionnaires admis à participer à la négociation (article 26 du décret du 1^{er} février 2016) et que la négociation **ne peut pas** porter sur l'objet de la concession, sur les critères d'attribution ou les conditions minimales indiquées dans les documents (article 46 précité de l'ordonnance).

10-Fin de la procédure : choix, attribution, candidats évincés

- Le choix

L'exécutif de la collectivité choisit le concessionnaire parmi les candidats, en choisissant la meilleure offre au regard de l'avantage économique du contrat et ce sur la base de plusieurs critères ([article 47 de l'ordonnance du 29 janvier 2016](#)) qui apparaissent dans l'avis de concession, l'invitation à présenter une offre ou dans d'autres documents de la consultation ([article 27 du décret du 1er février 2016](#)).

Ces critères doivent être :

- objectifs,
- précis,
- liés à l'objet du contrat,
- liés aux conditions d'exécution. (article 47 de l'ordonnance)

Les critères peuvent être par exemple :

- environnementaux,
- sociaux,
- relatifs à l'innovation,
- relatifs à la qualité du service rendu aux usagers. (article 27 du décret)

Attention en procédure formalisée !

Les critères doivent être classés par ordre **décroissant** d'importance (article 27 du décret).

Les offres sont classées par ordre décroissant sur la base des critères et l'offre la mieux classée est retenue ([article 28 du décret du 1er février 2016](#)).

- **Délibération de l'assemblée**

Au titre de l'[article L. 1411-5 du Code général des collectivités territoriales](#), l'exécutif saisit l'assemblée délibérante du choix de l'entreprise.

Il lui transmet 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.

C'est bien l'assemblée délibérante qui a le dernier mot dans le choix du concessionnaire et délibère en ce sens. La délibération est ensuite transmise au Préfet.

Rappel – [article L. 1411-7 du Code général des collectivités territoriales](#) :

*« **Deux mois au moins** après la saisine de la commission prévue à l'article L. 1411-5 [commission concession d'ouverture des plis contenant les candidatures], l'assemblée délibérante se prononce sur le choix du délégataire et le contrat de délégation.*

*Les documents sur lesquels se prononce l'assemblée délibérante doivent lui être transmis **quinze jours [francs] au moins** avant sa délibération ».*

- **Information des candidats non retenus**

Selon [l'article 48 de l'ordonnance du 29 janvier 2016](#), les candidats et soumissionnaires non retenus sont informés du choix.

Cette notification et son délai sont particulièrement importants pour déterminer le point de départ du délai de recours contentieux.

A ce titre, il est important de noter qu'un **délai d'au moins seize jours** (onze par voie électronique) est respecté entre la date d'envoi de la notification et la date de conclusion du contrat de concession ([article 29 du décret du 1er février 2016](#)).

- **Signature et information au Préfet**

L'autorité habilitée par la délibération de l'assemblée peut signer le contrat de concession après seize jours francs, comme vu *supra*.

Le Préfet est informé dans un délai de quinze jours courant à compter de la signature du contrat ([l'article L. 1411-9 du Code général des collectivités territoriales](#)).

Le contrat, retourné par la préfecture, est alors notifié au concessionnaire.

Enfin, le Préfet est à nouveau informé de la notification au concessionnaire, dans les quinze jours.

- Publicité

En procédure formalisée, la collectivité doit publier l'avis d'attribution ([article 32 du décret du 1er février 2016](#)), notamment au Journal officiel de l'Union européenne, comme l'a été l'avis de concession, et ce dans un délai de seulement quarante-huit heures à compter de la notification du contrat de concession.

Enfin, il doit être rappelé l'application de l'article 2121-24 du Code général des collectivités territoriales, dans la partie relative au fonctionnement de l'assemblée délibérante, qui dispose, notamment, que :

« Le dispositif [...] des délibérations approuvant une convention de délégation de service public, fait l'objet d'une insertion dans une publication locale diffusée dans la commune.

Dans les communes de 3 500 habitants et plus, le dispositif des délibérations à caractère réglementaire est publié dans un recueil des actes administratifs [...] ».

11-Sécurité juridique et risques de recours

La procédure de passation est un moment périlleux pour la sécurité juridique de la concession.

Un candidat ou soumissionnaire non retenu peut fonder, à titre d'exemple, une éventuelle action sur :

- la légalité de la procédure choisie,
- le respect des règles de passation, objet de cette note,
- le caractère suffisant des délais, notamment en procédure simplifiée, où ils sont libres à condition d'être raisonnables,
- la transparence des informations,
- l'égalité de traitement des candidats,
- la régularité des critères de sélection, et leur caractère non-discriminant,
- etc...

Les recours sont divers et peuvent être mis en œuvre selon des procédures d'urgence, comme le référé précontractuel et le référé contractuel, ou selon une procédure au fond, comme le recours dit « Tropic II ».

4- Recommandations générales

- Traiter tous les candidats de la même manière (Cour de justice de l'Union européenne, 29 mars 2012, [SAG ELV Slovensko a. s. , affaire C-599/10](#)).
- Prévoir des délais raisonnables eu égard au travail de préparation des candidatures et des offres.
- Ne pas retenir de l'information, insister avec zèle sur la transparence.
- Sur la question de savoir si deux réunions distinctes ouverture/examen, que ce soit en candidatures ou en offres sont nécessaires pour garantir la sécurité juridique de la procédure, il est préférable de se plier à cet exercice et, même si cela n'est pas obligatoire, d'inviter à la régularisation des candidatures et des offres.

Textes de références :

- [Code général des collectivités territoriales modifié](#)
 - Nouveaux chapitres relatifs aux règles générales applicables aux contrats de concession :
[Articles L. 1410-1 à -3](#)
[Articles R. 1410-1 et -2](#)
 - Chapitres relatifs aux délégations de service public :
[Articles L. 1411-1 et suivants](#)
[Articles R. 1411-1 et suivants](#)
- [Ordonnance n°2016-65 du 29 janvier 2016](#)
- [Décret n°2016-86 du 1er février 2016](#)

A ces trois textes de référence, s'ajoutent un arrêté et une série d'avis publié au journal officiel n°0074 le 27 mars 2016 dont un avis intéressant les concessions :

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

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

Autres notes sur le même sujet :

[Présentation de la réforme des concessions de service et délégations de service public](#)
[Phase préparatoire des contrats de concessions et de délégations de service public](#)