

COMMANDE PUBLIQUE

Nouveau droit des concessions (2/3) : vers l'unification des régimes de la commande publique

Par Par Nicolas Charrel, avocat associé, cabinet Charrel Associés - LE MONITEUR.FR - Publié le 04/02/2016 à 9:45

Le régime des concessions revisité par Bruxelles et Bercy entrera en vigueur le 1er avril 2016, en même temps que la réforme des marchés publics. Voici le deuxième épisode de notre décryptage détaillé des nouvelles règles.



© Phovoir.com - Vers une unification des régimes de la commande publique

Un nouveau droit des concessions est né, fondé sur l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 et son décret d'application n° 2016-86 du 1er février 2016.

Les nouvelles règles sont présentées en trois parties :

- 1er épisode : la délégation de service public survit à la réforme
- 2e épisode : vers l'unification des régimes de la commande publique (ci-dessous)
- 3e épisode : spécificités de l'exécution des concessions

Plusieurs caractéristiques du nouveau régime des concessions, tant dans l'ordonnance que dans son décret d'application, démontrent à quel point le droit européen et sa transposition participent à la création d'un tronc commun d'une commande publique unifiée et clarifiée.

Cette unification se trouve néanmoins quelque peu contrariée par la volonté française de maintenir en vigueur des règles de mise en concurrence pour certains secteurs d'activité pourtant exclus du droit des concessions européennes. Voire de maintenir pour l'essentiel le régime de la loi Sapin, éponyme de notre actuel ministre des Finances, qu'il ne fallait peut-être pas – encore – sacrifier sur l'autel du Parlement européen.

Les autorités délégantes vont devoir en pratique gérer, d'une part, le nouveau régime des concessions, d'autre part, l'ancien régime des délégations de service public (DSP) en partie modifié, bien que cela puisse ne pas représenter de grandes difficultés au regard de l'unification des règles de procédure de passation et d'exécution opéré par l'article 39 du décret, comme déjà évoqué.

La distinction entre pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices

A l'instar des marchés publics, l'ordonnance du 29 janvier reprend naturellement la distinction entre les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices, avec application de règles spécifiques pour les secondes. Les problématiques de délimitation des frontières entre les deux catégories restent évidemment d'actualité au regard de la jurisprudence nationale concernant notamment les transports publics ou les aéroports.

Le champ d'application fonctionnel de l'ordonnance du 29 janvier 2016 est également un peu élargi par rapport aux obligations communautaires. De sorte que la France continue de se doter d'un régime de mise en concurrence contraignant par rapport aux obligations auxquelles doivent adhérer nos partenaires européens.

Il faut, en effet, rappeler que suite aux négociations, certains domaines traditionnels d'activité, qui ont d'ailleurs motivé le choix d'une plus grande transparence dans la mise en œuvre d'une concurrence formalisée avec la loi Sapin, se trouvent totalement exclus des obligations de concurrence communautaires. En particulier, la directive concessions distingue les activités exercées par les entités adjudicatrices visées à son article 7 et soumises aux règles de mise en concurrence (voir annexe II de ladite directive), des autres activités expressément exclues.

Communications électroniques – La directive ne s'applique pas « aux concessions qui ont principalement pour objet de permettre aux pouvoirs adjudicateurs la mise à disposition ou l'exploitation de réseaux de communications publics ou la fourniture au public d'un ou de plusieurs services de communications électroniques ».

Cette activité fait expressément partie désormais des exclusions d'application de l'ordonnance (article 13-12°). La question reste de savoir si certains n'y verront pas la nécessité de maintenir l'application de la loi Sapin en raison d'une éventuelle DSP, et donc des règles de passation de l'ordonnance et du décret relatif aux concessions, alors même que par principe, ces activités en sont exclues. Les contrats relatifs à la création de nouveaux réseaux d'initiative publique pour le très haut débit (THD) pourraient ainsi continuer à être mis en concurrence, ce qui est une bonne chose, étant entendu qu'il est toujours possible d'y recourir afin d'obtenir des offres concurrentes, mais avec un moindre formalisme.

Eau potable – La directive concessions ne s'applique pas à (article 12) : « a) la mise à disposition ou l'exploitation 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; b) l'alimentation de ces réseaux en eau potable ». Elle « ne s'applique pas non plus aux concessions portant sur l'un des objets suivants ou sur les deux lorsqu'elles concernent une activité visée au paragraphe 1: a) des projets de génie hydraulique, d'irrigation ou de drainage, pour autant que le volume d'eau destiné à l'alimentation en eau potable représente plus de 20 % du volume total d'eau mis à disposition par ces projets ou ces installations d'irrigation ou de drainage; ou b) l'évacuation ou le traitement des eaux usées ».

Cette activité est pourtant expressément mentionnée au titre des activités des opérateurs de réseaux à l'article 11-3° de l'ordonnance du 29 janvier 2016, ne faisant pas partie des exclusions d'application. De sorte qu'en France tout au moins, les concessions de service public d'eau potable restent pleinement incluses dans le champ d'application des obligations de mise en concurrence créées par l'ordonnance du 29 janvier, et au demeurant, dans le champ d'application rénové de la loi Sapin dans ses dispositions codifiées dans le Code général des collectivités territoriales (CGCT).

L'exclusion des concessions de coopération, des délégations et transferts de compétence et des relations « in house »

Outre une longue liste d'exclusions (art. 13, 14, 15 de l'ordonnance concessions) très comparables à celles applicables au droit des marchés publics ([ordonnance du 23 juillet 2015](#)), le droit des concessions consacre les relations de coopération entre autorités concédantes à plusieurs niveaux. Il reprend ce faisant le dispositif existant dans le nouveau régime des marchés publics, tout en rajoutant une spécificité liée aux problématiques très actuelles de transferts ou délégations de compétences.

L'exclusion des délégations et transferts de compétences – En vue de l'exercice de missions d'intérêt général, l'ordonnance concessions précise le régime particulier de l'exclusion du champ d'application du régime de concurrence des délégations et transferts de compétences entre autorités publiques. Elle précise que ces délégations et transferts de compétence doivent se faire « sans rémunération de prestations contractuelles » (art. 7-1°), mais avec des possibilités de subventions dès lors que celles-ci ne constituent pas un prix déguisé.

Cette exclusion est renforcée par la création dans le CGCT d'un chapitre préliminaire avant le chapitre consacré aux DSP, intitulé « Règles générales applicables aux contrats de concession » (art. L.1410-1 à 3). Nul doute que les conditions et la portée de cette exclusion seront analysées précisément dans le cadre des refondations pouvant intervenir, suite à la loi NOTRe, de l'exercice des compétences, comme cela pourra être le cas dans le domaine des transports entre les régions et les départements au titre d'une délégation d'autorité organisatrice de second rang.

L'exclusion des concessions confiées à une quasi-régie (« in house ») – En outre, doit être prise en compte l'exclusion prévue pour des contrats de concession générant des rémunérations, mais conclus avec des organismes sur lesquels les autorités concédantes disposent d'un contrôle analogue à celui qu'elles exercent sur leurs propres services. L'ordonnance reprend ainsi, tout en l'étendant, l'exception de mise en concurrence au bénéfice en particulier des sociétés publiques locales. Le régime (art. 16) est au demeurant étendu, pour les entités adjudicatrices, aux entreprises liées (art. 18).

L'exclusion des actions de coopération – Enfin, l'article 17 de l'ordonnance reprend le même dispositif concernant la « coopération entre pouvoir adjudicateurs » que celle consacrée par l'article 18 de l'ordonnance marchés publics, cette exclusion impliquant une démarche de réelle coopération, telle qu'imposée par la jurisprudence communautaire.

Consécration des groupements de commandes de concessions

Alors que la notion de groupement de commandes avait pu être consacrée dans les marchés publics et même dans les contrats de partenariat, aucune disposition légale ne permettait de sécuriser la mise en œuvre d'une procédure de DSP au bénéfice de plusieurs autorités déléguées, au titre de la loi Sapin.

L'uniformisation du droit de la commande publique permet désormais l'émergence de ce type de groupement d'autorités concédantes (art. 26), avec le même souci de mutualisation que dans le droit des marchés publics. Les concessions sont des instruments contractuels pouvant faire l'objet de procédures communes et uniques, quitte d'ailleurs à ouvrir davantage à des allotissements. De grands périmètres de services publics, encore élargis par l'émergence des grandes régions, des métropoles (on pense à Marseille et Lyon) conduisent déjà à penser à des allotissements géographiques de certaines concessions (eau, assainissement, transport). A l'inverse, des structures non encore fusionnées pourraient ne plus devoir passer par la création de nouveaux véhicules institutionnels, comme des syndicats mixtes, pour concevoir des concessions de service public dont les périmètres d'intervention correspondraient plus à une pertinence technique et financière liée à un bassin de vie par exemple, en s'affranchissant des frontières purement administratives grâce à la création de groupements de commandes de concessions.

Procédure de passation comparable aux marchés publics

Définition des besoins et prise en compte du développement durable notamment

A l'occasion de la réécriture de l'article L. 1411-1 du CGCT, le « document définissant les caractéristiques quantitatives et qualitatives des prestations ainsi que, s'il y a lieu, les conditions de tarification du service rendu à l'utilisateur », disparaît au profit d'une définition préalable des besoins empruntée non pas au droit européen, mais au Code des marchés publics.

Si les conditions de saisine préalable de la commission consultative des services publics locaux et le vote sur le principe de la délégation par les assemblées des collectivités relevant du CGCT ne sont pas remises en cause (art. 1411-5), la formalisation du besoin risque de devoir muter en un véritable cahier des charges, avec la sanction contentieuse traditionnelle en matière de marché public, en cas d'insuffisance.

Au titre de la passation, l'ordonnance, à l'instar de celle du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, prévoit la possibilité de réserver des contrats de concession aux opérateurs économiques qui emploient des travailleurs handicapés ou défavorisés, à un niveau au moins égal à 50% du nombre de travailleurs (art. 3 du décret) au titre de l'insertion par l'activité économique (art. 29 de l'ordonnance). Mais elle n'intègre toutefois pas les possibilités de réservation de concessions au bénéfice des entreprises de l'économie sociales et solidaires pourtant ouvertes par l'article 37 de l'ordonnance marchés publics, dans les domaines des services de la santé, sociaux ou culturels.

Au titre du contenu du contrat (art. 33), l'ordonnance donne la « possibilité » de prendre en compte des considérations relatives à l'économie, l'innovation, l'environnement, au domaine social ou à l'emploi, à condition qu'elles soient liées à l'objet du contrat de concession, considérations que l'on pourra retrouver dans le choix des critères d'attribution.

Modalités de mise en concurrence constituant le cœur du tronc commun de la commande publique

Les principes généraux de publicité, de conditions de participation et d'exclusion (art. 39 à 42 de l'ordonnance) sont identiques aux nouvelles dispositions de l'ordonnance du 23 juillet 2015 sur les marchés publics (art. 45 à 49). Et très

comparables concernant la sélection des candidats, dont le régime précisé par le décret est également totalement similaire aux marchés publics actuels et probablement futurs (art. 19 à 23 du décret), avec notamment l'abrogation du décret de 1997 applicable aux DSP et l'harmonisation induite notamment pour les délais de compléments de candidatures antérieurement limités à 48 heures.

La reconnaissance de groupements d'entreprises attributaires (art. 12 de l'ordonnance), qui n'existait pas auparavant formellement dans l'ancien dispositif, contribue également à ce mouvement d'uniformisation.

Evaluation du seuil et types de procédures – Le nouveau dispositif reprend le principe applicable aux marchés publics des procédures formalisées (pour les concessions supérieures au seuil européen) et des procédures adaptées pour les concessions d'une valeur inférieure au seuil européen de 5 225 000 € HT ainsi que les concessions d'eau potable, d'exploitation de transport de voyageurs et certains services sociaux, quel que soit leur montant (art. 10 du décret). L'évaluation de ce seuil se fait sur la base des éléments de rémunération précisés par l'article 7 du décret (en principe, chiffre d'affaires hors taxe sur la durée totale du contrat), avec toutefois une clause de sauvegarde concernant cette évaluation nécessaire à la détermination du type de procédure, à hauteur de 20% de l'estimation faite au moment de l'envoi de l'avis d'appel public à concurrence (art. 8 du décret).

Publicité – Concernant les concessions inférieures au seuil européen, la publicité peut être uniquement nationale (BOAMP, journal d'annonces légales [JAL] et si nécessaire dans une revue spécialisée) et selon un modèle d'avis différencié par rapport au modèle européen.

Pour les concessions d'un montant supérieur au seuil européen, la publicité devra se faire au BOAMP ou dans un JAL, ainsi que dans une revue spécialisée et au JOUE, avec une rédaction d'avis conforme au modèle du règlement du 11 novembre 2015 (art. 14 et 15).

Procédure négociée restreinte – L'ordonnance (art. 46) ne remet pas en cause le principe de la procédure négociée pour le choix de l'offre, ce qui a toujours fait la particularité des procédures de DSP relevant de la loi Sapin, et non remise en cause par la directive concessions. Les modalités de la procédure sont précisées par son décret d'application.

Il en découle le principe d'une procédure restreinte fondée sur la sélection de candidatures avec la possibilité de prévoir un nombre maximal de candidats (art. 22 du décret), sans plancher, ce que n'avait pas autorisé la jurisprudence en matière de DSP.

En revanche, il aurait été précieux d'autoriser réglementairement les procédures ouvertes de concession, ce que permet la jurisprudence en matière de DSP. Il faudra de nouveau s'interroger sur la validité de ce choix non seulement pour les DSP, mais également pour les autres concessions qui n'emportent aucune délégation de service public.

Les délais ne peuvent être inférieurs à 30 jours à compter de la date d'envoi de l'AAPC pour les candidatures et 22 jours à compter de la date d'envoi du dossier de consultation pour les offres, réductibles de 5 jours en cas de dématérialisation.

Les délais doivent être adaptés en cas de visite des lieux ou de prise de connaissance de documents sur place.

Enfin, à l'instar du droit des marchés publics, l'élimination sélective pour la négociation est également prévue par le décret, sur la base des critères d'attribution (art. 26).

Dématérialisation – L'accès aux documents de la consultation est dématérialisé dès le 1er avril 2016 (art. 5 du décret), et ce conformément aux dispositions de l'article 34 de la directive. Les données essentielles de la concession attribuée devront être disponibles également de manière dématérialisée au plus tard au 1er octobre 2018 (art. 34 du décret).

Critères d'attribution – Tenant à la particularité des objets des contrats de concession, l'article 47 de l'ordonnance consacre non pas le choix de l'«offre économiquement la plus avantageuse» (applicable aux marchés publics, art. 52 Ord. MP), mais le choix de «la meilleure offre au regard de l'avantage économique global pour l'autorité concédante» (art. 47 Ord. conc.). La nuance n'est évidemment pas de style, tant les motifs du choix d'un concessionnaire peuvent être plus globaux, justement, que ceux présidant au choix du titulaire d'un marché public (à l'exception toutefois des cas particuliers des contrats complexes de type REM et CREM et contrats de partenariat).

Contrairement aux marchés publics, les critères n'ont pas à être pondérés (art. 27 du décret). Pouvant prendre en compte des critères sociaux, environnementaux et, en cas de délégation de service public, la qualité du service rendu aux usagers, ils doivent être hiérarchisés par ordre décroissant d'importance. Le décret ne reprend malheureusement pas à son compte la procédure de modification des critères en cas d'offre particulièrement innovante décrite à l'article 41.3. al. 2 de la directive concessions.