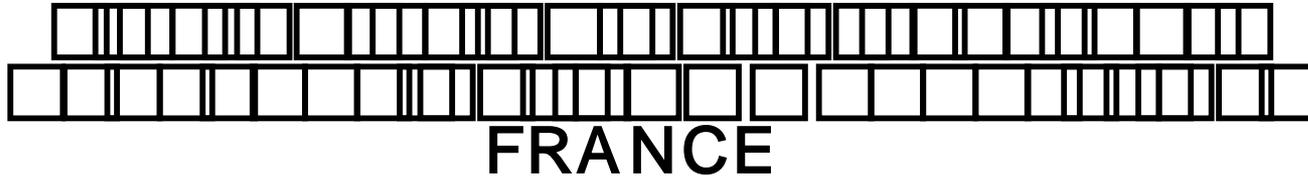


les Matinales FIDAL *en partenariat avec*



Réformes des marchés publics et des concessions, stratégie de choix entre ces outils réformés.

LYON LE 10 MAI 2016

PRÉSENTATION PAR JEAN-LUC ROUCHON AVOCAT ASSOCIÉ

jean-luc.rouchon@fidal.com

Présentation de FIDAL

1^{er}

Cabinet d'avocats
d'affaires en
France

1 350
avocats

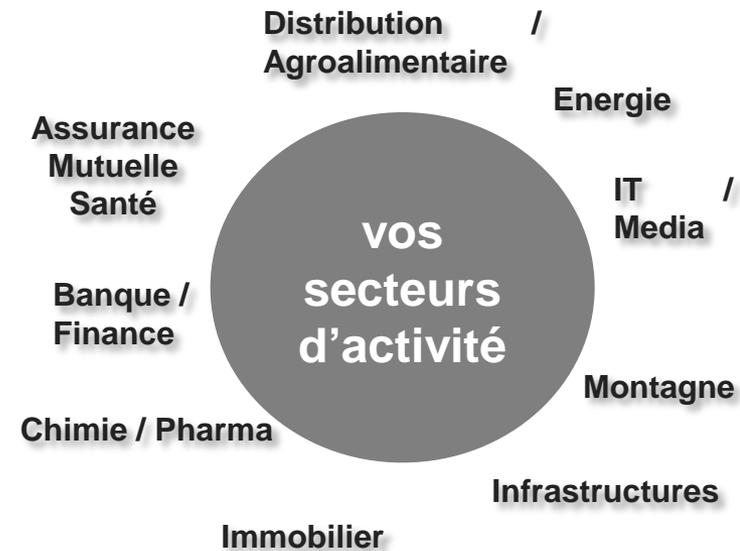


90 bureaux
en France

Une expertise
couvrant l'ensemble
des disciplines
juridiques et fiscales



Un cabinet majeur sur la place Rhône-alpine



Le Département Droit Public



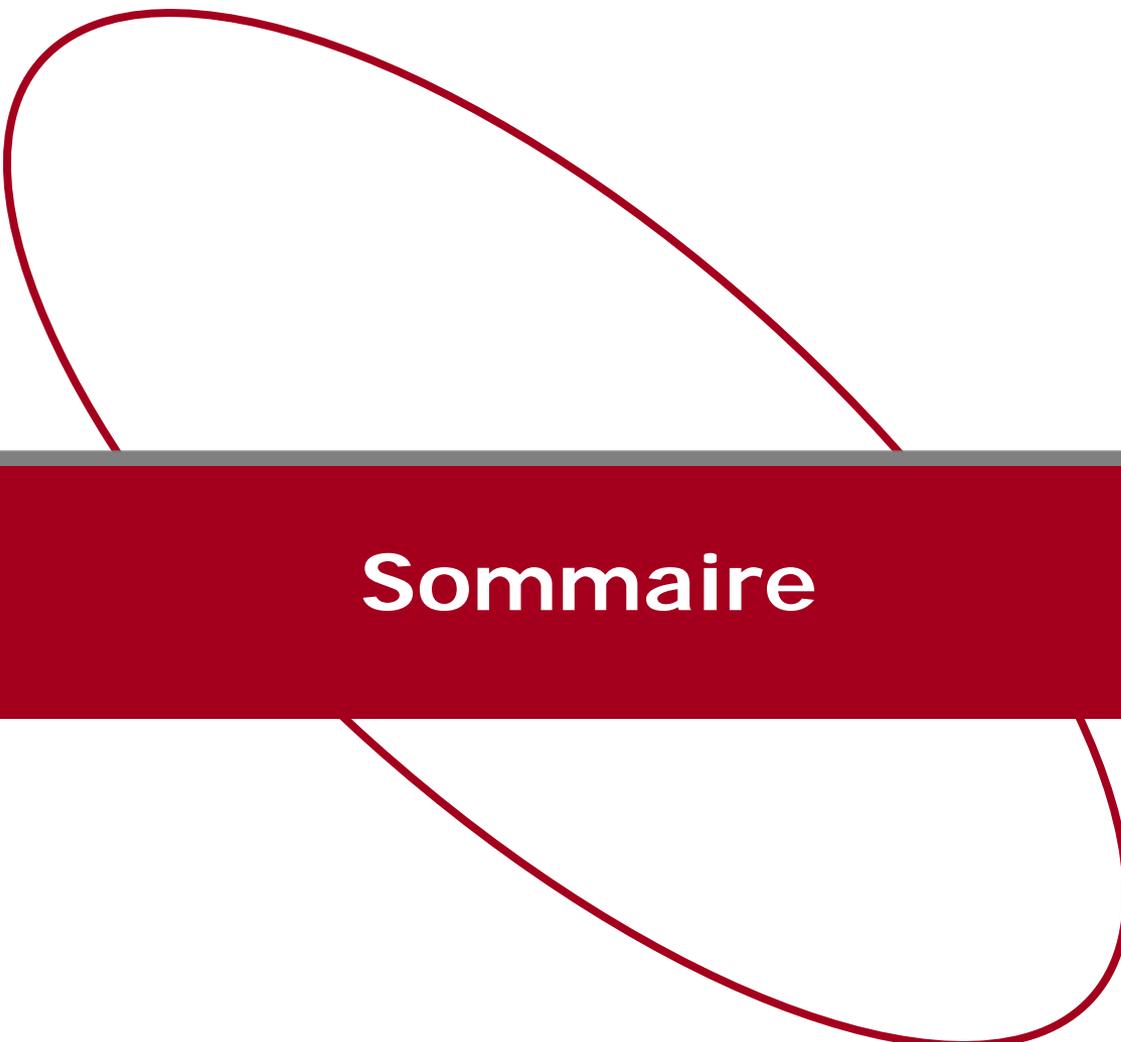
- Transport, voirie et équipements associés
- Equipements sportifs, culturels et de loisirs
- Défense et sécurité
- Santé, social et médico social
- Assurance

- Energie
- Télécommunications
- Education et recherche
- Eau, assainissement et déchets
- Montagne
- Mer
- Aéronautique



- **Fiscalité**
- **Environnement**
- **Immobilier**
- **Propriété intellectuelle**

- **Droit des sociétés**
- **Droit social**
- **Droit de la santé**
- **Droit des OSBL**



Sommaire

1. Rappels des grandes dates de la réforme

2. Objectifs de la réforme

3. Les marchés publics

- Champ d'application et principes
- Procédures de passation
- Exécution
- Les contrats spéciaux

4. Les concessions

- Champ d'application et principes
- Passation
- Exécution



5. Stratégie de choix





Rappels des grandes dates de la réforme

Grandes dates

- Le 26 février 2014 : adoption par l'UE de trois directives relatives à la commande publique :
 - ✓ Directive 2014/23/UE Concessions.
 - ✓ Directive 2014/24/UE marchés publics « secteur classique »,
 - ✓ Directive 2014/25 marchés publics « secteurs spéciaux »,

- Echéance de transposition : 18 avril 2016

Grandes dates

- Décret n° 2014-1097 du 26 septembre 2014 portant mesures de simplification applicables aux marchés publics (partenariat d'innovation) ;
- Ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics ;
- Ordonnance n°2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concessions ;
- Décret n°2016-86 du 1^{er} février 2016 relatif aux contrats de concessions ;
- Décret n°2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics ;

Grandes dates

- Entrée en vigueur des ordonnances et des décrets au 1^{er} avril 2016 pour :
 - ✓ Les MP et les concessions pour lesquels une consultation est engagée ou un AAPC est publié à compter de cette date ;

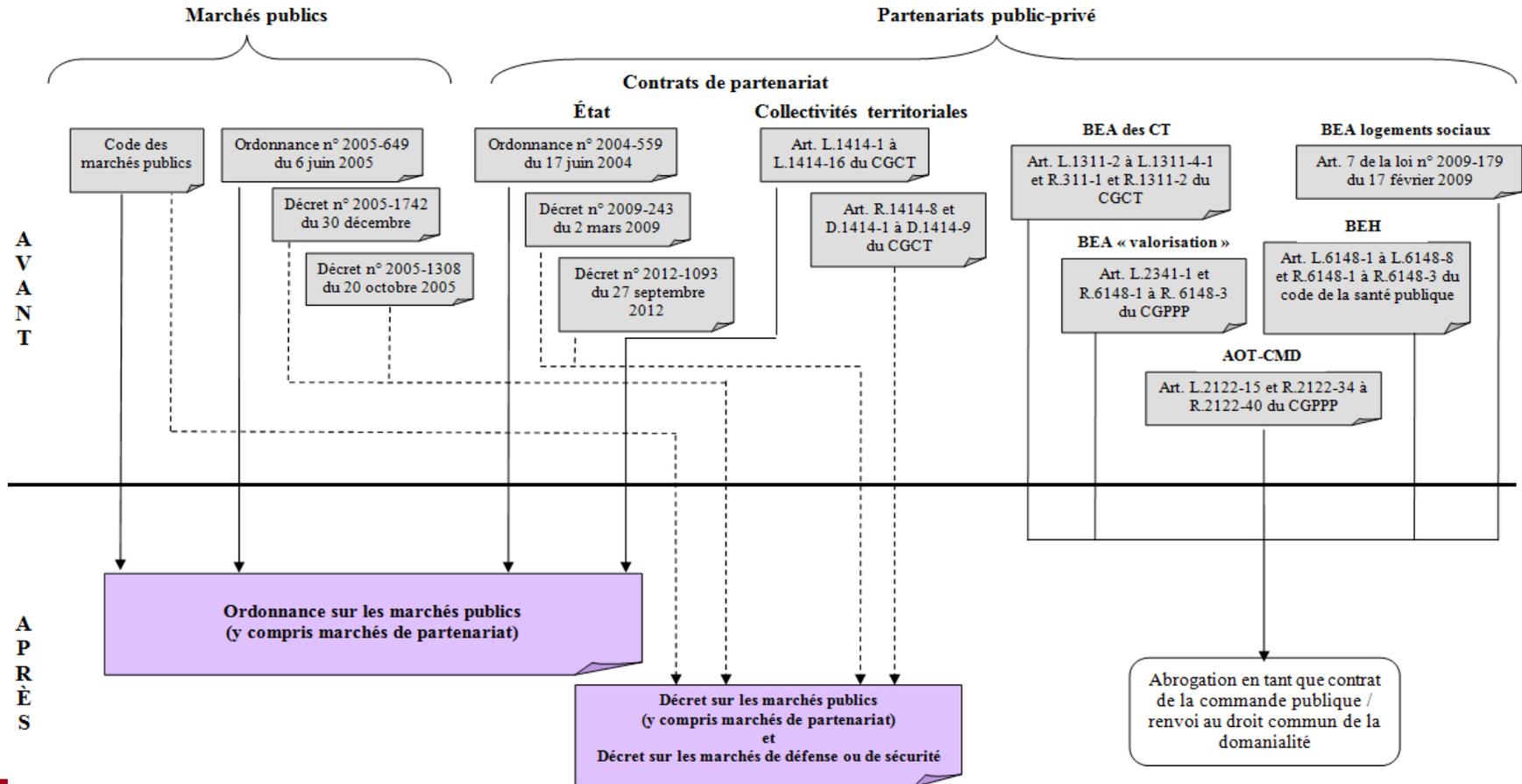
- Exception concernant les concessions : application de l'article 55 relatif à la modification du contrat de concession aux contrats en cours à la date d'entrée en vigueur de l'ordonnance.



Objectifs de la réforme

- Concernant les marchés publics :
 - ✓ Simplifier l'achat public.
 - ✓ Favoriser l'accès des PME à la commande publique.
 - ✓ Promouvoir l'achat vert, social et innovant.
 - ✓ Faciliter la passation des marchés publics.
- Comment ?
 - ✓ En mettant fin à la dichotomie entre les acheteurs soumis au code des marchés publics (CMP) et ceux soumis à l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005.
 - ✓ En simplifiant les textes et en réduisant leur volume d'environ 40 %.

TRANSPOSITION DES DIRECTIVES MARCHÉS PUBLICS



- Concernant les concessions :
 - ✓ Déterminer des règles claires et uniformes pour les différents contrats de concessions.
 - ✓ Favoriser l'accès des PME à la commande publique.

- Comment ?
 - ✓ En adoptant un cadre général ayant vocation à régir :
 - Les concessions de travaux.
 - Les concessions d'aménagement.
 - Les concession de services.
 - ✓ Tout en laissant subsister les délégations de service public au sens de la Loi Sapin.



Réforme des marchés publics

Champ d'application et principes



Les articles 9,10 et 11 de l'ordonnance précisent les « acheteurs » soumis à l'ordonnance. Ce sont les pouvoirs adjudicateurs définis comme suit :

- Les personnes morales de droit public
- Les personnes morales de droit privé créées pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial dont.
 - Soit l'activité est financée majoritairement par un pouvoir adjudicateur ;
 - Soit la gestion est soumise à un contrôle par un pouvoir adjudicateur ;
 - 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 ;
- Les organismes de droit privé dotés de la personnalité juridique constitués par des pouvoirs adjudicateurs en vue de réaliser certaines activités en commun

Champ d'application et principes

 **Ce sont également les entités adjudicatrices :**

- Pouvoirs adjudicateurs qui exercent une activité d'opérateur de réseaux.
- Entreprises publiques qui exercent une activité d'opérateur de réseaux.
 - Gaz
 - Electricité
 - Eau potable
 - Transport
 - ...

Champ d'application et principes

Qualification du contrat et clarification du contentieux



Tous les marchés relevant de l'ordonnance sont définis comme des «marchés publics» indépendamment de la personnalité de droit public ou de droit privé de l'acheteur.

Mais clarification la répartition du contentieux : si le marché est passé par :

- ❖ une personne morale de droit public, il s'agira d'un contrat administratif relevant de la compétence du **juge administratif**,
- ❖ une personne morale de droit privé, il s'agira d'un contrat privé relevant de la compétence du **juge judiciaire**.

Champ d'application et principes

 Les marchés publics soumis à l'ordonnance sont :

1. Les marchés : « *Les marchés sont les contrats conclus à titre onéreux par un ou plusieurs acheteurs soumis à la présente ordonnance avec un ou plusieurs opérateurs économiques, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services* ».
2. Les accords-cadres : « *Les accords cadres sont les contrats conclus par un ou plusieurs acheteurs soumis à la présente ordonnance avec un ou plusieurs opérateurs économiques ayant pour objet d'établir les règles relatives aux **bons de commande** à émettre ou les termes régissant les **marchés subséquents** à passer au cours d'une période donnée, notamment en ce qui concerne les prix et, le cas échéant, les quantités envisagées.*
3. Les marchés de partenariat : cf partie spécifique.

Champ d'application et principes

 **Les contrats subventionnés (art 21)** : Les contrats passés par des personnes de droit privé qui ne sont pas des acheteurs soumis à l'ordonnance et qui sont subventionnés directement à plus de 50 % par un pouvoir adjudicateur sont soumis à l'ordonnance lorsque :

- La valeur estimée hors taxe du besoin est égale ou supérieure aux seuils européens mentionnés à l'article 42 ;
- L'objet du contrat correspond à l'une des activités suivantes :
 - Des activités de génie civil figurant sur la liste mentionnée au 1° du I de l'article 5 ;
 - Des travaux de construction relatifs aux hôpitaux, aux équipements sportifs, récréatifs et de loisirs, aux bâtiments scolaires et universitaires ainsi qu'aux bâtiments à usage administratif ;
 - Des prestations de services liés aux travaux mentionnés au présent article.

Champ d'application et principes



Ne sont pas des marchés publics soumis à l'ordonnance :

1. Les transferts de compétences ou de responsabilités entre acheteurs soumis à l'ordonnance en vue de l'exercice de missions d'intérêt général sans rémunération de prestations contractuelles.
2. Les subventions au sens de l'article 9-1 de la loi du 12 avril 2000.
3. Les contrats de travail.

Champ d'application et principes

- **Les marchés exclus en raison de leur objet reprises des exclusions antérieures (art.14)**
 - Acquisition et location immobilière : en revanche les mandats de vente et les mandats de recherche sont des marchés ;
 - Services juridiques : mais le conseil juridique et la représentation en justice reste concernés ;

- **Les marchés exclus en raison des liens organiques (art.17 et suivants)**
 - La quasi-régie ou « in house » ;
 - La coopération entre pouvoirs adjudicateurs ;

Champ d'application et principes

La quasi régie

L'ordonnance ne s'applique pas aux marchés publics attribués par un pouvoir adjudicateur (ou une entité adjudicatrice) à une personne morale de droit public ou de droit privé sous **trois conditions** :

1° le pouvoir adjudicateur exerce sur la personne morale concernée un **contrôle analogue** à celui qu'il exerce sur ses propres services ;

Contrôle analogue :

- Influence décisive sur les objectifs stratégiques
- Influence décisive sur les décisions importantes

Champ d'application et principes

2° 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.

Le « seuil de contrôle » est désormais fixé à 80 %. Sous le CMP 2006 notion « d'essentiel »

3° Pas de participation directe de capitaux privés, **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.

Champ d'application et principes

Cette notion de quasi-régie recoupe trois types de d'exclusions verticales :

1. « In house » descendant
 - Descendant direct
 - Descendant indirect : contrôle analogue exercé par une autre personne morale qui est elle-même contrôlée de la même manière par le pouvoir adjudicateur,

2. « In house » ascendant
 - Ascendant direct : attribution du marché par la personne morale contrôlée au pouvoir adjudicateur
 - Ascendant indirect : attribution du marché par la personne morale contrôlée à une autre personne morale qui est elle-même contrôlée de la même manière par le pouvoir adjudicateur

Champ d'application et principes

3. « In house » contrôle analogue conjoint, exclusion si les conditions suivantes sont remplies :

- Contrôle conjoint :
 - Représentation au sein des organes décisionnels de tous les pouvoirs adjudicateurs,
 - En mesure d'exercer conjointement une influence décisive (objectifs stratégiques et décisions importantes),
 - Absence de poursuites d'intérêts contraires à ceux des PA qui la contrôle.
- Activité : minimum 80% avec les autorités exerçant le contrôle ou par des personnes morales contrôlées par le pouvoir adjudicateur.
- Pas de participation privée directe au capital avec exception identique aux autres cas de figure.

Champ d'application et principes

Les coopérations entre pouvoirs adjudicateurs

L'ordonnance ne s'applique pas aux marchés publics par lesquels les pouvoirs adjudicateurs (ou les entités adjudicatrices) mettent en œuvre une coopération afin que les services publics dont ils ont la responsabilité soient réalisés en vue d'atteindre les objectifs qu'ils ont en commun sous deux conditions :

1° la mise en œuvre de cette coopération n'obéit qu'à des considérations d'intérêt général,

2° les pouvoirs adjudicateurs concernés réalisent sur le marché concurrentiel moins de 20 % des activités concernées par cette coopération.

Il s'agit d'une coopération contractuelle entre pouvoirs adjudicateurs.

Elle se distingue de la quasi-régie du fait qu'il n'existe aucun contrôle exercé par l'une des entités sur une autre.

Champ d'application et principes

Le recours à l'allotissement demeure le principe (Articles 32 de l'ordonnance et 12 du décret)

Les acheteurs peuvent ne pas allotir un marché alors que sont identifiées des prestations distinctes :

- ✓ s'ils ne sont pas en mesure d'assurer par eux-mêmes les missions d'organisation, de pilotage et de coordination,
- Ou* ✓ si la dévolution en lots séparés est de nature à restreindre la concurrence,
- Ou* ✓ si la dévolution en lots séparés risque de rendre techniquement difficile ou financièrement plus coûteuse l'exécution des prestations.

En cas de refus d'allotir :

- ✓ Les acheteurs pouvoirs adjudicateurs devraient mentionner les raisons de leur choix de ne pas allotir dans les documents de la consultation
- ✓ Les acheteurs entités adjudicatrices devraient seulement avoir à conserver ces justifications.

Champ d'application et principes

Allotissement

➤ La faculté de moduler l'attribution des lots en amont



- ✓ L'acheteur peut limiter le nombre de lots pour lesquels un opérateur économique peut présenter une offre ;
- ✓ L'acheteur peut limiter le nombre de lots qui peuvent être attribués à un même opérateur économique.
- ✓ **L'acheteur peut autoriser les opérateurs économiques à présenter des offres variables selon le nombre de lots qu'ils sont susceptibles d'obtenir. Dans le cas inverse, les offres restent appréciées lot par lot.**

Champ d'application et principes

Prenons une consultation portant sur deux lots à laquelle candidatent trois entreprises :

	Lot 1	Lot 2	Lots 1 et 2
Entreprise A	850	2000	2800
Entreprise B		1900	
Entreprise C	900		

Voici les cinq propositions résultant des différentes **combinaisons** possibles :

Proposition 1	Offre de A sur le lot 1 + offre de B sur le lot 2
Proposition 2	Offre de A sur le lot 2+ offre de C sur le lot 1
Proposition 3	Offre variable de A sur les lots 1 et 2
Proposition 4	Offre de C sur le lot 1 + offre de B sur le lot 2
Proposition 5	Offre de A sur le lot 1 + offre de A lot sur le lot 2

Et le classement final sur le critère prix à pondérer : (le décret n'apporte aucune précision sur la prise en charge des offres variables).

Classement	Proposition	Détails
1	Proposition n°1	850 + 1900 = 2750
2	Proposition n°3	2800
	Proposition n°4	900 + 1900 = 2800
3	Proposition n°5	850 + 2000 = 2850
4	Proposition n°2	2000 + 900 = 2900

ATTENTION : Le décret est muet sur la mise en œuvre !

Champ d'application et principes

L'obligation de **dématérialisation de l'ensemble des procédures** (y compris en deçà du seuil européen) est fixée :

- ✓ Pour les centrales d'achat au **1^{er} avril 2017**
- ✓ Pour tous les autres acheteurs au **1^{er} octobre 2018**

Avant ces dates c'est une option (sauf pour les marchés informatiques) et en tout état de cause les acheteurs publics ne peuvent refuser de recevoir les candidatures et les offres transmises par voie électronique.

Après cette date l'absence de dématérialisation ne pourra être justifiée que par le caractère spécifique des applications, fichiers, et équipements (...) nécessaires – notion de matériel communément disponible.



Procédures de passation

Procédures de passation

Opérations préalables

L'évaluation préalable



Lorsqu'un marché public porte sur des investissements dont le montant HT est égal ou supérieur à 100 millions d'euros (article 24 du décret), l'acheteur doit réaliser :

- ✓ avant le lancement de la procédure de passation,
- ✓ **une évaluation préalable** afin de comparer les différents montages contractuels de réalisation du projet (marché simple, marché de partenariat...).

Procédures de passation

Opérations préalables

Le sourcing

La consécration d'une nouvelle technique dans la définition du besoin : les études et échanges préalables avec les opérateurs économiques

« Afin de préparer la passation d'un marché public, l'acheteur peut effectuer des consultations ou réaliser des études de marché, solliciter des avis ou informer les opérateurs économiques de son projet et de ses exigences.

Les résultats de ces études et échanges préalables peuvent être utilisés par l'acheteur, à condition qu'ils n'aient pas pour effet de fausser la concurrence et n'entraînent pas une violation des principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures. » (article 4 du décret)

Ces échanges consistent en la recherche et l'évaluation d'opérateurs économiques innovants et de leur mise en relation avec des acheteurs.

Cela permet à l'acheteur d'une part, d'acquérir une meilleure connaissance du marché et, d'autre part, de définir au mieux ses besoins.

Procédures de passation

Opérations préalables

La participation d'un opérateur économique à la préparation du marché public :

« L'acheteur prend les mesures appropriées pour que la concurrence ne soit pas faussée par la participation à la procédure de passation du marché public d'un opérateur économique qui aurait eu accès, du fait de sa participation préalable directe ou indirecte à la préparation de cette procédure, à des informations ignorées des autres candidats ou soumissionnaires. Cet opérateur n'est exclu de la procédure de passation que lorsqu'il ne peut être remédié à cette situation par d'autres moyens, conformément aux dispositions du 3° de l'article 48 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 susvisée. » (Article 5 du décret)

Le principal risque accompagnant cette technique réside à ce que la mise en concurrence du marché soit faussée et l'acheteur doit veiller à ce que les principes de la commande publique restent garantis. La limite est le délit de favoritisme.

L'exclusion reste l'exception.

Procédures de passation

Abandon de la distinction entre services prioritaires et services non prioritaires

La distinction entre les services prioritaires de l'article 29 et les non prioritaires de l'article 30 du code des marchés publics est abandonnée. Le principe est désormais que tous les marchés publics de services sont soumis aux règles classiques posées par l'ordonnance et le décret (procédure formalisée au delà des seuils).

Exception : les marchés publics de services sociaux (et autres services spécifiques), de même que les marchés de services juridiques de représentation en justice sont soumis à un régime allégé (Articles 28 et 29 du décret). Les acheteurs peuvent recourir à la procédure adaptée pour ces marchés quel que soit leur montant.

Les procédures

Le marché public (art 42) est passé :

1° lorsque la valeur estimée du besoin est égale ou supérieure aux seuils européens selon l'une des procédures formalisées suivantes :

- ✓ **l'appel d'offres, ouvert ou restreint**, par laquelle l'acheteur choisit l'offre économiquement la plus avantageuse, sans négociation, sur la base de critères objectifs préalablement portés à la connaissance des candidats, c'est la procédure de mise en concurrence de principe (aucune condition d'accès).
- ✓ **la procédure concurrentielle avec négociation** : le pouvoir adjudicateur négocie les conditions du marché avec un ou plusieurs opérateurs économiques.

Les procédures

- ✓ la procédure négociée avec mise en concurrence préalable, par laquelle une entité adjudicatrice (opérateur de réseaux) négocie les conditions du marché avec un ou plusieurs opérateurs économiques
- ✓ La procédure de dialogue compétitif dans laquelle l'acheteur (pouvoir ou entité) dialogue avec les candidats admis à participer à la procédure en vue de définir ou développer les solutions de nature à répondre à ses besoins et sur la base desquelles ces candidats sont invités à remettre une offre

Les procédures

2° selon une procédure adaptée, dont les modalités sont déterminées par l'acheteur dans le respect des principes fondamentaux de liberté d'accès, d'égalité de traitement et de transparence, lorsque la valeur estimée du besoin est inférieure aux seuils européens ou en fonction de l'objet du marché.

« Lorsque des négociations sont prévues, l'acheteur peut attribuer le marché public sur la base des offres initiales sans négociation, à condition d'avoir indiqué dans les documents de la consultation qu'il se réserve la possibilité de le faire. » CE, 18/09/2015 Société AXCESS n° 380821

En dessous de 25 000 €HT pas de publicité ni de mise en concurrence.

3° selon une procédure négociée sans publicité ni mise en concurrence préalables (conditions de recours semblables aux actuelles).

Les procédures

Conditions alternatives de recours aux procédures de dialogue compétitif et concurrentielle avec négociation (art 25 décret).

- ✓ 1° Lorsque le besoin ne peut être satisfait sans adapter des solutions immédiatement disponibles ;
- ✓ 2° Lorsque le besoin consiste en une *solution innovante*. Sont innovants les travaux, fournitures ou services nouveaux ou sensiblement améliorés. Le caractère innovant peut consister dans la mise en œuvre de nouveaux procédés de production ou de construction, d'une nouvelle méthode de commercialisation ou d'une nouvelle méthode organisationnelle dans les pratiques, l'organisation du lieu de travail ou les relations extérieures de l'entreprise ;
- ✓ 3° Lorsque le marché public comporte des *prestations de conception* ;
- ✓ 4° Lorsque le marché public ne peut être attribué *sans négociation préalable du fait de circonstances particulières liées à sa nature, à sa complexité ou au montage juridique et financier ou en raison des risques qui s'y rattachent* ;

Les procédures

- ✓ 5° Lorsque le pouvoir adjudicateur *n'est pas en mesure de définir les spécifications techniques avec une précision suffisante en se référant à une norme, une évaluation technique européenne, une spécification technique commune ou un référentiel technique* ;
- ✓ 6° Lorsque, dans le cadre d'un appel d'offres, seules des offres irrégulières ou inacceptables, au sens de l'article 59, ont été présentées pour autant que les conditions initiales du marché public ne soient pas substantiellement modifiées. Le pouvoir adjudicateur *n'est pas tenu de publier un avis d'appel public à la concurrence s'il ne fait participer à la procédure que le ou les soumissionnaires qui ont présenté des offres conformes aux exigences formelles de l'appel d'offres.* »

A priori et sauf interprétation très restrictive de la jurisprudence, un recours facilité aux procédures négociées.

Les procédures

La procédure concurrentielle avec négociation est décrite aux articles 71 et suivants du décret.

- Il appartient au pouvoir adjudicateur de fixer dans le DCE **les exigences minimales** que doivent respecter les offres.
- Un DCE suffisamment précis est exigé pour permettre aux opérateurs économiques de se prononcer sur la nature et la portée du MP et l'opportunité de participer à la procédure .
- Délai de 30 jours pour la réception des candidatures (15 jours en cas d'urgence).
- Délai de 30 jours pour la réception des offres (10 jours en cas d'urgence).
- Les offres initiales et ultérieures sont ensuite négociées.
- **Mais attention les négociations ne pourront pas porter sur les exigences minimales et les critères d'attribution et ne pourront pas concerner les offres finales.**

Les procédures

Les techniques particulières d'achat et les marchés publics particuliers (Articles 77 et suivants du décret) :

Le décret décrit ensuite les marchés à tranche, les accords-cadres (MABC et AC).

Le concours et le système d'acquisition dynamique ne sont plus présentés comme des procédures de passation mais comme des « techniques particulières d'achat ».

Le concours (article 88 du décret) devrait néanmoins demeurer le mode de sélection de principe des titulaires des marchés de maîtrise d'œuvre (article 90 du décret), sauf dérogations. Rappelons que les marchés de maîtrise d'œuvre ne sont pas prévus par la directive 2014/24/UE.

Sont également décrits ici les marchés de conception-réalisation, les partenariats d'innovation...

L'accélération des procédures

Une réduction généralisée des délais de présentation des candidatures et des offres

Réduction des délais en procédure d'appel d'offre ouvert :

- Le délai minimum de réception des candidatures et des offres passe de 52 jours à compter de la date d'envoi de l'AAPC (réductible sous condition) à **35 jours** (réductible sous condition) (Article 67 du décret)

Réduction des délais en procédure d'appel d'offre restreint :

- Pour les marchés des pouvoirs adjudicateurs, le délai minimum de réception des candidatures passe de 37 jours à compter de la date d'envoi de l'AAPC ou de l'invitation à confirmer l'intérêt (réductible sous condition) à **30 jours** (réductible sous condition) (Article 69 du décret) ; le délai minimum de réception des offres passe de 40 jours à **30 jours** (réductible sous condition) (Article 70 du décret)

La simplification des mesures de publicité par l'avis de pré-information

En matière d'appel d'offres restreint et de procédure concurrentielle avec négociation, les pouvoirs adjudicateurs (hors certaines autorités publiques centrales dont une liste devrait être publiée prochainement), les pouvoirs adjudicateurs pourraient désormais utiliser un avis de pré-information en lieu et place d'un avis d'appel public à la concurrence sous réserve que l'avis remplisse les conditions suivantes (Article 31 du décret) :

- « 1° Il fait référence spécifiquement aux travaux, aux fournitures ou aux services qui feront l'objet du marché public à passer ;*
- 2° Il mentionne que ce marché public sera passé selon une procédure d'appel d'offres restreint ou une procédure négociée sans publication ultérieure d'un avis d'appel public à la concurrence et invite les opérateurs économiques intéressés à manifester leur intérêt ;*
- 3° Il a été envoyé pour publication entre trente-cinq jours et douze mois avant la date d'envoi de l'invitation à confirmer l'intérêt. »*

Les procédures

L'ordonnance a complété la liste des **interdictions de soumissionner**.

Elles sont désormais scindées en deux catégories :

- ✓ les interdictions de soumissionner **obligatoires et générales** (**article 45 de l'ordonnance**),
- ✓ les interdictions de soumissionner **facultatives**, laissées à l'appréciation des acheteurs (**article 48 de l'ordonnance**).

Les interdictions de soumissionner **concerne les cotraitants et les sous-traitants** (**article 50**), les modalités de remplacement sont prévues dans cet article (délai de 10 jours).

Les procédures

- Interdictions de soumissionner obligatoires et générales (article 45)

Sont exclues de la procédure de passation des marchés publics :

1. les personnes qui ont fait l'objet d'une condamnation définitive pour l'une des infractions visées notamment au code pénal ou au code général des impôts (ex. escroquerie, détournement, blanchiment, corruption, non-paiement d'impôts, infractions à la législation fiscale ...ou procédure équivalente en droit étranger)
2. les personnes qui n'ont pas souscrit les déclarations en matière fiscale ou sociale ou n'ont pas acquitté les impôts et cotisations afférentes.
3. Liquidation / redressement judiciaire (...)

Les procédures



Les acheteurs peuvent à titre exceptionnel autoriser un opérateur, qui serait interdit de soumissionner (article 45), à participer à une procédure à condition que :

- ✓ cela soit justifié par **des raisons impérieuses d'intérêt général**
- ✓ le marché en cause **ne peut être confié qu'à cet opérateur économique uniquement,**
- ✓ et qu'un jugement définitif d'une juridiction d'un Etat membre de l'Union européenne **n'exclut pas expressément l'opérateur concerné des marchés publics.**

Conditions cumulatives

Les procédures



Nouvelles interdictions de soumissionner dites facultatives (article 47)

Peuvent être exclues :

1° les personnes qui, au cours des 3 années précédentes, ont été sanctionnées du fait d'un **manquement grave ou persistant** à leurs obligations contractuelles lors de l'exécution d'un marché public antérieur ou d'une concession (*versement de dommages et intérêts, résiliation ou sanction comparable*) ,

2° les personnes ayant entrepris **d'influer le processus décisionnel** de l'acheteur ou d'obtenir des informations confidentielles (lui fournissant un avantage indu lors de la procédure) ou ont fourni des informations trompeuses (pouvant avoir une influence déterminante sur les décisions d'exclusion, de sélection ou d'attribution),

3° les personnes qui, par leur participation préalable directe ou indirecte à la préparation de la procédure de passation ont eu accès à des informations susceptibles de créer une distorsion de concurrence

Les interdictions de soumissionner

Nouvelles interdictions de soumissionner dites facultatives (article 47)

4° les personnes à l'égard desquelles l'acheteur dispose d'éléments suffisamment probants ou constituant un faisceau d'indices graves, sérieux et concordants pour en déduire qu'elles ont conclu une **entente** avec d'autres opérateurs économiques en vue de fausser la concurrence.

5° les personnes qui par leur candidature créent une situation de **conflit d'intérêts**. Il s'agit de toute situation dans laquelle une personne qui participe ou qui est susceptible d'influencer le déroulement de la procédure a, directement ou indirectement, un intérêt financier, économique ou tout autre intérêt personnel qui pourrait compromettre son impartialité ou son indépendance dans le cadre de la procédure.

Les interdictions de soumissionner

Procédure d'exclusion

Un opérateur économique ne peut être exclu pour ces motifs que :

- ✓ s'il a été mis à même par l'acheteur d'établir dans un délai raisonnable et par tout moyen, que son professionnalisme et sa fiabilité ne peuvent plus être remis en cause
- ✓ et, le cas échéant, que sa participation à la procédure de passation du marché public n'est pas susceptible de porter atteinte à l'égalité de traitement.

Choix de l'offre économiquement la plus avantageuse

Le recours au critère **unique** d'attribution du marché :

- Soit le critère unique du prix pour des achats standards ;
- Soit le critère unique du « coût » (approche globale qui peut être fondée sur le coût du cycle de vie) ;

Article 63 du décret :

« 1. – Le coût du cycle de vie couvre, dans la mesure où ils sont pertinents, tout ou partie des coûts suivants du cycle de vie d'un produit, d'un service ou d'un ouvrage :

1° Les coûts supportés par l'acheteur ou par d'autres utilisateurs, tels que:

- a) Les coûts liés à l'acquisition ;*
- b) Les coûts liés à l'utilisation comme la consommation d'énergie et d'autres ressources ;*
- c) Les frais de maintenance ;*
- d) Les coûts liés à la fin de vie comme les coûts de collecte et de recyclage.*

2° Les coûts imputés aux externalités environnementales liés au produit, au service ou à l'ouvrage pendant son cycle de vie, à condition que leur valeur monétaire puisse être déterminée et vérifiée. Ces coûts peuvent inclure le coût des émissions de gaz à effet de serre et d'autres émissions polluantes ainsi que d'autres coûts d'atténuation du changement climatique. »

Les procédures

■ Soit une pluralité de critères

Une plus grande liberté dans le choix des critères d'attribution (Article 38 de l'ordonnance n°2015-899) :

Les critères d'attribution utilisés par l'acheteur doivent être non discriminatoires et liés à l'objet du marché ou à ses conditions d'exécutions, ces liens étant désormais entendu largement :

« Sont réputées liées à l'objet du marché public les conditions d'exécution qui se rapportent aux travaux, fournitures ou services à fournir en application du marché public, à quelque égard que ce soit et à n'importe quel stade de leur cycle de vie, y compris les facteurs intervenant dans le processus spécifique de production, de fourniture ou de commercialisation de ces travaux, fournitures ou services ou un processus spécifique lié à un autre stade de leur cycle de vie, même lorsque ces facteurs ne ressortent pas des qualités intrinsèques de ces travaux, fournitures ou services.

Pour l'application du présent I, le cycle de vie est l'ensemble des étapes successives ou interdépendantes, y compris la recherche et le développement à réaliser, la production, la commercialisation et ses conditions, le transport, l'utilisation et la maintenance, tout au long de la vie du produit ou de l'ouvrage ou de la fourniture d'un service, depuis l'acquisition des matières premières ou la production des ressources jusqu'à l'élimination, la remise en état et la fin du service ou de l'utilisation.»

Cela devrait permettre aux acheteurs de prendre plus aisément en compte des problématiques de développement durable.

Les procédures

Des exemples nombreux de critères d'attribution posés par le décret (Article 62 du décret) :

Exemples de critères d'attribution :

- la qualité, y compris la valeur technique et les caractéristiques esthétiques ou fonctionnelles, l'accessibilité, l'apprentissage, la diversité, les conditions de production et de commercialisation, le caractère innovant, les performances en matière de protection de l'environnement, de développement des approvisionnements directs de produits de l'agriculture, d'insertion professionnelle des publics en difficulté, la biodiversité, le bien-être animal ;
- les délais d'exécution, les conditions de livraison, le service après-vente et l'assistance technique, la sécurité des approvisionnements, l'interopérabilité et les caractéristiques opérationnelles ;
- l'organisation, les qualifications et l'expérience du personnel assigné à l'exécution du marché public lorsque la qualité du personnel assigné peut avoir une influence significative sur le niveau d'exécution du marché public.

Cette liste n'est pas limitative.

Le traitement des offres anormalement basses

Comme auparavant l'acheteur exige des explications lorsqu'il estime que le prix ou les coûts semblent anormalement bas (article 60 du décret).

Le candidat va alors fournir des justifications qui sont analysées par l'acheteur.

Le décret précise les justifications pouvant être prise en considération dans l'analyse du caractère anormalement bas de l'offre : mode de fabrication des produits, originalité de l'offre, réglementation applicable en matière environnementale, sociale du travail en vigueur sur le lieu d'exécution des prestations...

La part sous-traitée du marché sera également susceptible de contrôle au regard des offres anormalement basses, dans ce cas soit rejet de l'offre, soit rejet du sous traitant si la sous traitance est présentée après le dépôt de l'offre.

Les obligations d'information à l'achèvement de la procédure (art 55 et 56 de l'ordonnance)

- ✓ L'obligation d'information à l'issue du choix s'impose également en MAPA (article 99 du décret).
- ✓ Les acheteurs devront doivent rendre public leur choix sous un format ouvert librement réutilisable → **Transparence accrue – Open data**



Exécution



La sous-traitance peut être limitée (art.62)

- ✓ Elle peut être limitée par le pouvoir adjudicateur quant à son étendue tandis que dans le Code des marchés publics actuel, seule la sous-traitance totale est interdite.
- ✓ En effet, pour les marchés publics de travaux ou de services ainsi que pour les marchés publics de fournitures comportant des services ou des travaux de pose ou d'installation dans le cadre d'un marché public de fournitures, les acheteurs peuvent exiger que **certaines tâches essentielles** soient effectuées directement par le titulaire.
- ✓ Et contrôle du prix anormalement bas du sous traitant.

- **Les marchés publics pourront être modifiés en cours d'exécution lorsque des clauses de réexamen auront été stipulées initialement (Article 139 1° du décret)**

« Le marché public peut être modifié (...) 1° Lorsque les modifications, quel qu'en soit le montant, ont été prévues dans les documents contractuels initiaux sous la forme de clauses de réexamen, dont des clauses de variation du prix ou d'options claires, précises et sans équivoque.

Ces clauses indiquent le champ d'application et la nature des éventuelles modifications ou options ainsi que les conditions dans lesquelles il peut en être fait usage ; »

Les clauses de réexamen permettent aux parties de modifier le marché, sans avoir à respecter de conditions de seuils.

Il s'agirait de stipuler dans le marché que ce dernier est susceptible d'être modifier en cours d'exécution et de définir les conditions de cette éventuelle modification future.

- **Justifie la modification d'un marché en cours d'exécution la nécessité de prestations supplémentaires imprévues initialement (Article 139 2° du décret) :**

Les conditions :

Des prestations supplémentaires sont devenues nécessaires pour exécuter le marché ;

Un changement de contractant emporterait des difficultés sérieuses en ce que :

1° ce changement serait impossible pour des raisons économiques ou techniques (ex : l'obligation d'interchangeabilité ou d'interopérabilité avec les équipements, logiciels, services ou installations existants achetés dans le cadre du marché public initial)

et

2° ce changement présenterait un inconvénient majeur ou entraînerait une augmentation substantielle des coûts pour l'acheteur.

Une limite pour les pouvoirs adjudicateurs : l'augmentation de prix ne peut pas être supérieure à 50 % de la valeur du marché public initial (art 140 du décret)

Dans ce cas et c'est nouvelle obligation de publier un avis de modification pour les marchés passés en procédure formalisée (art 140 du décret).

- **Justifie la modification d'un marché en cours d'exécution la nécessité de prestations supplémentaires imprévisibles (Article 139 3° du décret) :**

Dans cette hypothèse, comparativement à celle prévue au 2° de l'article 139 2° du décret, la modification du marché est rendue nécessaire en raison d'un évènement « *qu'un acheteur diligent ne pouvait pas prévoir* », autrement dit imprévisible.

Une limite pour les pouvoirs adjudicateurs : l'augmentation de prix ne peut pas être supérieure à 50 % de la valeur du marché public initial.

Obligation de publier un avis de modification pour les marchés passés en procédure formalisée

- **Le marché public peut être modifié en cas de substitution de cocontractant (Article 139 4° du décret) :**

La substitution de cocontractant peut intervenir dans deux cas :

- Lorsqu'il est fait application d'une clause de réexamen ou d'une option ;
- Dans le cas d'une cession du marché public, à la suite d'une opération de restructuration du titulaire initial, à condition que cette cession n'entraîne pas d'autres modifications substantielles et ne soit pas effectuée dans le but de soustraire le marché public aux obligations de publicité et de mise en concurrence. Le nouveau titulaire doit remplir les conditions qui avaient été fixées par l'acheteur pour la participation à la procédure de passation du marché public initial ;

➤ **Les modifications non substantielles du marché sont permises (Article 139 5° du décret) :**

Les hypothèses de modification substantielle sont listées par le décret :

- Une modification est considérée comme substantielle lorsqu'elle change la nature globale du marché public. En tout état de cause, une modification est substantielle lorsqu'au moins une des conditions suivantes est remplie :
 - a) Elle introduit des conditions qui, si elles avaient été incluses dans la procédure de passation initiale, auraient attiré davantage d'opérateurs économiques ou permis l'admission d'autres opérateurs économiques ou permis le choix d'une offre autre que celle retenue ;
 - b) Elle modifie l'équilibre économique du marché public en faveur du titulaire d'une manière qui n'était pas prévue dans le marché public initial ;
 - c) Elle modifie considérablement l'objet du marché public ;
 - d) Elle a pour effet de remplacer le titulaire initial par un nouveau titulaire en dehors des hypothèses prévues au 4° ;

- **Le montant de la modification est peu important (Article 139 6° du décret) :**

Est possible la modification dont le montant est :

- Inférieur aux seuils européens
- Et à 10 % du montant initial du marché (marchés FCS)
- Ou à 15 % du montant initial du marché (marchés Tw), sans qu'il soit besoin d'analyser si la modification puisse être qualifiée de substantielle.

Dans ce cas lorsque plusieurs modifications successives sont effectuées l'acheteur prend en compte le montant cumulé des modifications.

En revanche dans les cas 2° et 3° la limite de 50% s'applique au montant de chaque modification.



Les contrats spéciaux

Les marchés globaux

Les marchés globaux comprennent trois types de contrat :

- ✓ les marchés de conception-réalisation
- ✓ les marchés globaux de performance
- ✓ les marchés globaux sectoriels

L'interdiction du paiement différé est confirmée dans les contrats globaux

Les marchés globaux

Les marchés de conception réalisation

Les marchés publics de conception-réalisation sont des marchés de travaux qui permettent de confier à un opérateur économique une mission portant à la fois sur l'établissement des études et l'exécution des travaux. Les acheteurs soumis à la loi MOP ne peuvent recourir à un tel marché quel qu'en soit le montant :

- ✓ uniquement si des motifs d'ordre technique,
- ✓ ou un engagement contractuel sur un niveau d'amélioration de l'efficacité énergétique

rendent nécessaire l'association de l'entrepreneur aux études de l'ouvrage.

Un tel marché est confié à un groupement d'opérateurs économiques. Il peut toutefois être confié à un seul opérateur économique pour les ouvrages d'infrastructures.

Les marchés globaux

Les marchés globaux de performance

Les acheteurs peuvent également conclure des marchés publics globaux de performance qui associent :

- ✓ l'exploitation ou la maintenance,
- ✓ à la réalisation ou à la conception-réalisation de prestations afin de remplir des objectifs chiffrés de performance définis en termes de niveau d'activité, de qualité de service, d'efficacité énergétique ou d'incidence écologique.

Ces marchés comportent des engagements de performance **mesurables**.

Les marchés globaux

Les marchés globaux sectoriels

Les acheteurs peuvent confier à un opérateur économique une mission globale portant sur la conception, la construction, l'aménagement, l'entretien et la maintenance :

- ✓ des immeubles affectés à la police nationale, à la gendarmerie nationale, aux armées ou aux services du ministère de la défense, des établissements pénitentiaires, des centres de rétention, **des établissements publics de santé**, ...

Les marchés de partenariat

Le marché de partenariat devient l'unique forme de PPP.

Le bail emphytéotique en montage aller-retour est absorbé dans le marché de partenariat

Le marché de partenariat est soumis :

- ✓ aux dispositions de la première partie de l'ordonnance (dispositions générales) sauf en ce qui concerne l'allotissement (**article 32**), les règlements, avances et acomptes (**article 59**), la clause de paiement différé (**article 60**) et la sous-traitance (**article 62**),
- ✓ ainsi qu'aux dispositions des articles **66 à 90** de l'ordonnance et **143 à 166** du décret, dont l'engagement de confier à des PME une part minimale de l'exécution du contrat (10%).

Les marchés de partenariat

Le marché de partenariat permet à une personne publique de confier à un opérateur économique ou un groupement d'opérateurs économiques une mission globale ayant pour objet la « *La construction, la transformation, la rénovation, le démantèlement ou la destruction d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels nécessaires au service public ou à l'exercice d'une mission d'intérêt général* », ainsi que « *tout ou partie de leur financement* ».

La mission globale peut également avoir pour objet tout ou partie de « *la conception des ouvrages, équipements ou biens immatériels, l'aménagement, l'entretien, la maintenance, la gestion ou l'exploitation de ces ouvrages, équipements ou bien immatériels ou une combinaison de ces éléments* » et la « *gestion d'une mission de service public* » (article 67)

Le marché de partenariat se différencie des marchés publics globaux essentiellement par le financement privé des projets, le paiement différé et la maîtrise d'ouvrage privée.

Les marchés de partenariat

Les **critères de l'urgence ou de la complexité** des projets ont disparu, Le recours au marché de partenariat doit répondre à deux conditions (**article 75**) :

- ✓ le respect, par secteur de marché, des seuils suivants (**article 151 du décret**) :
 - ✓ 2 M€ pour les biens immatériels, des SI ou des équipements autres que des ouvrages
 - ✓ 5 M€ pour les ouvrages d'infrastructure de réseau (énergie, assainissement..) ou des ouvrages de bâtiment (sans entretien ou mission de service public..)
 - ✓ 10 M€ pour tous les autres ouvrages.Ces montants ont été réduit de moitié par rapport au projet de décret.
- ✓ une évaluation préalable qui conduit au choix du mode de réalisation du projet et fait apparaître « ***les motifs de caractère économique, financier, juridique et administratif qui conduisent l'acheteur à opter pour la passation d'un marché de partenariat*** ».

Cette évaluation préalable doit comporter également une étude de soutenabilité budgétaire.



Réforme des concessions

Champ d'application et principes

Application des principes de la commande publique

- Les contrats de concession soumis à la présente ordonnance respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures.
Ces principes permettent d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics. (art.1)

Champ d'application et principes

Libre administration

- Les autorités concédantes, définies à l'article 8, sont libres de décider du mode de gestion qu'elles estiment le plus approprié pour exécuter des travaux ou gérer des services. Elles peuvent choisir d'exploiter leurs services publics en utilisant leurs propres ressources ou en coopération avec d'autres autorités concédantes, ou de les concéder à des opérateurs économiques.
Le mode de gestion choisi permet d'assurer notamment un niveau élevé de qualité, de sécurité et d'accessibilité, l'égalité de traitement ainsi que la promotion de l'accès universel et des droits des usagers en matière de services publics.

Champ d'application et principes

Définition

- Les contrats de concession sont les contrats conclus par écrit, par lesquels une ou plusieurs autorités concédantes soumises à la présente ordonnance confient l'exécution de travaux ou la gestion d'un service à un ou plusieurs opérateurs économiques, à qui est transféré un risque lié à l'exploitation de l'ouvrage ou du service, en contrepartie soit du droit d'exploiter l'ouvrage ou le service qui fait l'objet du contrat, soit de ce droit assorti d'un prix.

Champ d'application et principes

Notion de Risque

- La part de risque transférée au concessionnaire implique une réelle exposition aux aléas du marché, de sorte que toute perte potentielle supportée par le 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.

Champ d'application et principes

Définition (suite)

I. - Les contrats de concession de travaux ont pour objet :
1° Soit l'exécution, soit la conception et l'exécution de travaux dont la liste est publiée au Journal officiel de la République française ;
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.

Un ouvrage est le résultat d'un ensemble de travaux de bâtiment ou de génie civil destiné à remplir par lui-même une fonction économique ou technique.

II. - Les contrats de concession de services ont pour objet la gestion d'un service. **Ils peuvent consister à déléguer la gestion d'un service public.** Le concessionnaire peut être chargé de construire un ouvrage ou d'acquérir des biens nécessaires au service.

(...)

Champ d'application et principes

- **Principes identiques à ceux des marchés publics**
- Actes qui ne sont pas des concessions (transfert de compétence, subventions) ;
- Définitions et en particulier celles de pouvoirs adjudicateurs et d'entités adjudicatrices ;
- Contrats exclus, notamment **quasi-régie, coopération entre pouvoirs adjudicateurs** ;
- Groupement d'autorités concédantes, définition préalable des besoins, contrats réservés ;

Champ d'application et principes

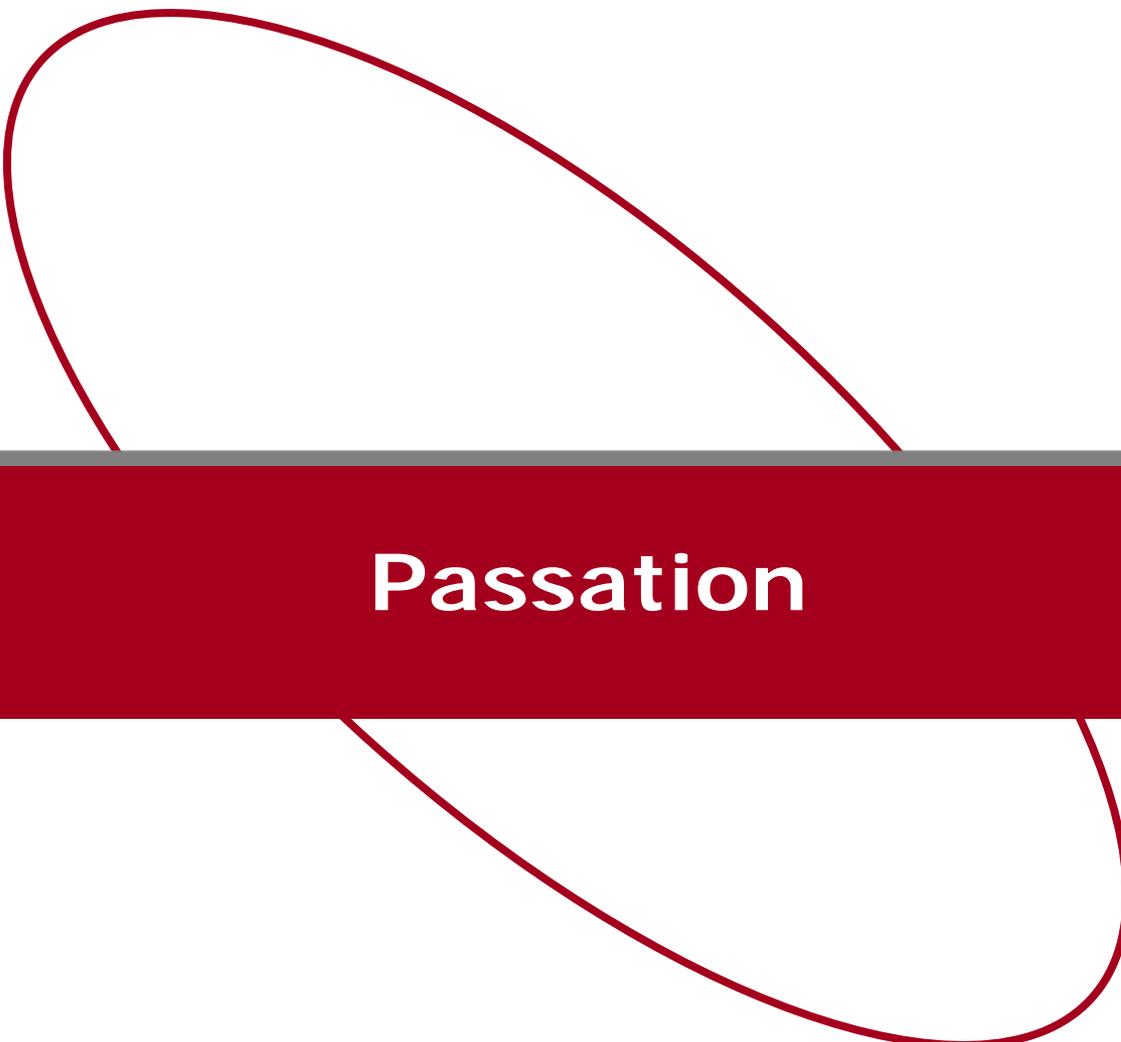
- **Contenu des contrats de concession**
- Pas de prise en charge par le concessionnaire de paiement étranger (ou de travaux ou de services) à l'objet de la concession ;
- Les éventuels droits d'entrée et les redevances versées par le concessionnaire doivent être justifiés dans le contrat (hors concessions eau et déchets) ;
- Le contrat détermine les tarifs :
- La durée est limitée et est fixée par l'autorité concédante en fonction de la nature des prestations ou des investissements demandés par le concessionnaire ;

Champ d'application et principes

- **Articulation avec la DSP**
- L'article L.1410-1 du Code général des collectivités territoriales précise : « *Le présent chapitre s'applique aux contrats de concession des collectivités territoriales, de leurs groupements et de leurs établissements publics, tels que définis dans l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession. Ces contrats sont passés et exécutés conformément aux dispositions de cette même ordonnance.* »
- L'article L.1411-1 du Code général des collectivités territoriales poursuit : « *Une délégation de service public est un contrat de concession au sens de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession, conclu par écrit, par lequel une autorité délégante confie la gestion d'un service public à un ou plusieurs opérateurs économiques, à qui est transféré un risque (même définition que l'ordonnance).*
- *Le délégataire peut être chargé de construire des ouvrages, de réaliser des travaux ou d'acquérir des biens nécessaires au service public.*

Champ d'application et principes

- **Articulation avec la DSP**
- Si l'article R1411-1 du Code général des collectivités territoriales renvoi au décret n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relatif aux contrats de concession pour la passation et l'exécution des DSP les autres articles du Code général des collectivités territoriales conservent les spécificités de la procédure de DSP telle qu'issues de la Loi Sapin (commission de DSP et composition, délibération de l'autorité délégante, avis de la CDSP si l'avenant entraîne une augmentation de + de 5% ...).
- En voulant sauvegarder en partie la Loi Sapin les risques juridiques sont probablement plus importants.



Passation

- **Estimation de la Valeur de la concession – principe nouveau (article 7 du décret)**
- *1. 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.*
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 perçues sur les usagers des ouvrages ou des services, autres que celles collectées pour le compte de l'autorité concédante ou d'autres personnes ;*
 - 3° *Les paiements effectués par l'autorité concédante ou toute autre autorité publique ou tout avantage financier octroyé par l'une de celles-ci au concessionnaire ;*

- **Estimation de la Valeur de la concession – principe nouveau**
- *4° La valeur des subventions ou de tout autre avantage financier octroyés par des tiers pour l'exploitation de la concession ;*
- *5° Les recettes tirées de toute vente d'actifs faisant partie de la concession ;*
- *6° La valeur de tous les fournitures et services mis à la disposition du concessionnaire par l'autorité concédante, à condition qu'ils soient nécessaires à l'exécution des travaux ou à la prestation des services ;*
- *7° Toutes primes ou tous paiements au profit des candidats ou des soumissionnaires.*
- *II. - Lorsque l'ouvrage ou le service concédé peut donner lieu à l'attribution de contrats de concession en lots séparés, est prise en compte la valeur globale estimée de la totalité de ces lots. (...)*
- *III. - Le choix de la méthode de calcul utilisée par l'autorité concédante ne peut avoir pour effet de soustraire le contrat aux dispositions du présent décret qui lui sont applicables, notamment en scindant les travaux ou services.*

- Cette nouvelle obligation relative à la valeur de la concession est source de difficulté.

➤ Procédure

- En fonction du montant estimé qui aura été calculé, la concession fait l'objet de mesures de publicité et de délais minimum différents pour la réception des candidatures et des offres ;
- Pour les concessions dont le montant estimé est supérieur à 5 225 K€ publicité au JOUE + publication spécialisée et délais minimum de 30 jours pour les candidatures et 22 jours pour les offres.
- Pour les concessions inférieures à 5 225 K€ et celles relatives aux services d'eau, d'assainissement, de transport et sociaux, la publicité s'effectue au BOAMP et sur option dans une publication spécialisée, pas de délai minimum
- La procédure d'attribution des concessions est une procédure **négociée**

- **Rapprochement avec les marchés publics**
- **Nouveauté : Utilisation de critères d'attribution**
 - Les critères (sociaux, environnementaux, relatifs à l'innovation ou se fondant sur la qualité du service public délégué) sont hiérarchisés.
 - Les offres sont classées, l'offre la mieux classée est retenue.
- **Nouveauté : un délai de stand-still doit être respecté (article 29 du décret) ;**



Exécution

➤ Exécution par des tiers

- Le concessionnaire peut faire réaliser une part de la concession par des tiers (aucune autorisation n'est requise, la sous concession totale est exclue) article 54 de l'ordonnance.
- Surtout l'article 54 poursuit : « *II. - L'autorité concédante peut imposer aux soumissionnaires :*
 - 1° *De confier à des petites et moyennes entreprises une part minimale – au **minimum 10 %** - des travaux ou services faisant l'objet du contrat de concession fixée par voie réglementaire ;*
 - 2° *De confier à des tiers une part minimale des travaux ou services faisant l'objet du contrat de concession fixée par voie réglementaire ;*
 - 3° *D'indiquer dans leur offre s'ils entendent confier à des tiers une part des travaux ou services faisant l'objet du contrat de concession et, dans l'affirmative, le pourcentage qu'elle représente dans la valeur estimée de la concession.*

Cette exigence doit être indiquée dans les documents de la consultation.

- **Modification du contrat de concession – article 36 du décret – point dur**
- A l’instar des marchés publics les contrats de concession , y compris les contrats de concession en vigueur au 1^{er} avril 2016, peuvent être modifiés
- 1° *[en application d’une clause de réexamen]*
- 2° *Lorsque, sous réserve de la limite fixée au I de l'article 37, des travaux ou services supplémentaires sont devenus nécessaires et ne figuraient pas dans le contrat de concession initial, à la double condition qu'un changement de concessionnaire :*
 - a) *Soit impossible pour des raisons économiques ou techniques tenant notamment aux exigences d'interchangeabilité ou d'interopérabilité avec les équipements, services ou installations existants acquis dans le cadre de la concession initiale ;*
 - b) *Présenterait pour l'autorité concédante un inconvénient majeur ou entraînerait pour lui une augmentation substantielle des coûts ;*
- 3° *Lorsque, sous réserve de la limite fixée au I de l'article 37, la modification est rendue nécessaire par des circonstances qu'une autorité concédante diligente ne pouvait pas prévoir ; (...)*

➤ L'article 37 I du décret précise :

- *I. - Lorsque le contrat de concession est conclu par un pouvoir adjudicateur, le montant des modifications prévues aux 2° et 3° de l'article 36 ne peut être supérieur à 50 % du montant du contrat de concession initial. Lorsque plusieurs modifications successives sont effectuées dans le respect des dispositions du présent article, cette limite s'applique au montant de chaque modification.*

Ces modifications consécutives ne doivent pas avoir pour objet de contourner les obligations de publicité et de mise en concurrence.

- A notre sens les juges retiendront, comme aujourd'hui, une interprétation restrictive du texte et ainsi les avenants légaux emportant travaux supplémentaires ou imprévisibles ne seront que très peu nombreux.
- A la difficulté d'entrer dans les cas permettant le recours à ces avenants (qui entraîneront prorogation de la durée de la concession), s'ajoute celle du calcul du montant du contrat de concession initial en application des règles évoquées plus haut concernant l'évaluation du montant de la concession.



Stratégie de choix

Deux grandes questions

La réalisation d'un nouvel équipement communautaire conduit à se poser deux grandes questions relatives:

- Au risque lié à l'exploitation de l'équipement à réaliser,
- Au financement de ce nouvel équipement.

1. Le risque d'exploitation

➤ La question à se poser :

Ma communauté souhaite-t-elle conserver le risque d'exploitation de l'équipement à créer ?

➤ Exemple : ma communauté souhaite créer un équipement communautaire, mais veut-elle conserver les risques liés à sa fréquentation et à son exploitation ?

Définition du risque d'exploitation

- Art. L. 1411-1 Code général des collectivités territoriales, article 5 de l'ordonnance.

- 2 critères pour caractériser le risque d'exploitation:
 - L'exposition aux aléas du marché et donc à une perte non négligeable;

 - L'absence d'assurance de l'amortissement des investissements réalisés.

L'exposition aux aléas du marché:

- Les pertes supportées par le délégataire ne doivent pas être purement nominales ou négligeables;
 - Le texte reste silencieux sur le moment où cette perte doit être constatée;
 - La notion d'aléas du marché peut renvoyer à un risque lié :
 - à la demande des usagers du service, ce qui est classique en concession;
 - à un autre aléa non défini tel que la concurrence d'autres équipements, la hausse des prix de l'énergie...
-  ➤ **Cette notion reste donc sujette à interprétation**

L'absence d'assurance de l'amortissement des investissements réalisés :

- Ce risque doit être quantifié dans le cadre de conditions normales d'exploitation de l'équipement;
- Ce risque doit prendre en compte des éléments principalement internes à l'exploitation de l'équipement et non des éléments externes qui concernent plutôt le risque de perte précité;
- **Là encore, cette notion reste sujette à discussion.**

2. Le financement

➤ La question à se poser :

Ma communauté souhaite-t-elle ou peut-elle financer l'équipement à créer ?

- Exemple : ma communauté souhaite créer un équipement communautaire mais souhaite-t-elle ou a-t-elle la capacité financière pour le réaliser ?

- Déterminer la capacité d'endettement,
- Les possibilités et projets d'emprunt.

Combinaison des réponses

Trois combinaisons possibles des réponses aux grandes questions posées ci-avant:

- La communauté souhaite assumer le risque d'exploitation et le financement de l'équipement à créer,
- La communauté souhaite assumer le risque d'exploitation mais non le financement de l'équipement à créer,
- La communauté souhaite externaliser le risque d'exploitation et le financement de l'équipement à créer.

**La communauté conserve le risque
d'exploitation et le financement de
l'équipement.**

Un seul outil : le marché public

Mais plusieurs questions à se poser

Quel type de marché choisir?

Marché classique ou marché global sans transfert de financement

➤ **Marché classique**

La communauté passe à la fois des marchés de maîtrise d'œuvre puis des marchés de travaux pour construire l'équipement. Ensuite, elle passe des marchés de service pour l'exploiter.

➤ **Marché public de conception-réalisation**

La communauté estime que des motifs d'ordre technique justifient de recourir à un contrat global de conception-réalisation pour réaliser son équipement. Son exploitation sera ensuite confiée par marché de service.

➤ **Marché public globaux de performance (ex contrat CREM/REM)**

La communauté souhaite que l'équipement à réaliser remplisse des critères de performance particuliers (niveau d'activité, efficacité énergétique...) et utilise donc à cette fin un marché global de performance pour la réalisation et l'exploitation ou la maintenance de celui-ci.

➤ **Marchés sectoriels, pour mémoire.**

Quelle technique d'achat?

Achat classique ou technique particulière d'achat?

➤ Achat classique

➤ Accord-cadre

La communauté ne connaît pas l'étendu précise de son besoin.

➤ Marché à tranche

La communauté ne veut pas s'engager sur la totalité d'une prestation.

Quelle procédure utiliser?

- MAPA

En dessous des seuils des procédures formalisées.

- Appel d'offres

Ouvert ou restreint selon les cas.

- Procédure concurrentielle avec négociation ou Dialogue compétitif

Lorsque certaines conditions sont remplies

**La communauté conserve le risque
d'exploitation mais non le financement de
l'équipement.**

Un outil utilisable: le marché de partenariat

Plusieurs points de vigilance

Conditions d'utilisation

2 conditions à respecter pour utiliser le marché de partenariat:

- Démontrer que le recours à ce type de contrat présente un bilan plus favorable que celui d'autres modes de réalisation de l'équipement,
- Concerner un marché dont la valeur est supérieure à:
 - 2 million d'€ HT lorsque l'objet du marché porte sur des biens immatériels et des équipements autres que des ouvrages ainsi que lorsqu'il comporte des objectifs de performance énergétique;
 - 5 millions d'€ HT pour un marché d'ouvrage d'infrastructure de réseau, ou d'ouvrage de bâtiment dans certains cas;
 - 10 millions d'€ HT pour les autres cas.

Contenu obligatoire limité

- Le nouveau marché de partenariat a gagné en souplesse.
- Il doit confier obligatoirement *a minima*:
 - La construction de l'équipement,
 - Une partie de son financement.
- S'ajoute sur option la maintenance, l'exploitation, la gestion d'un service public.
- Le marché de partenariat est donc d'un recours plus souple et d'un contenu plus à la carte que l'ancien contrat de partenariat.

**La communauté externalise le risque
d'exploitation et le financement de
l'équipement.**

Un outil utilisable: la concession

Plusieurs points de vigilance

Les types de concession

2 types de concession:

- **Les concessions de travaux qui ont pour objet:**
 - « *Soit l'exécution, soit la conception et l'exécution de travaux dont la liste est publiée au Journal officiel de la République française ;*
 - *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 ».*

- **Les concessions de services qui ont pour objet:**
 - La gestion d'un service, public ou non.
 - « *Le concessionnaire peut être chargé de construire un ouvrage ou d'acquérir des biens nécessaires au service ».*

- **Dans le cas de contrats portant à la fois sur des travaux et des services, il convient de regarder l'objet principal de la concession pour déterminer si elle est de service ou de travaux.**

- Il ne peut y avoir de concessions mixtes

La place de la DSP

- Le droit de l'Union ne connaissant pas la notion de service public telle que reconnue en France, il est normal qu'il ne mentionne que les concessions de service et non les concessions de service public.
- A ce titre, l'article 6 de l'ordonnance concession prévoit que la délégation de service public n'est plus qu'une sous catégorie de la concession de services.
- Il peut donc y avoir des concessions de services mais sans service public. Ainsi, le périmètre de la concession de services est fortement élargi.

Les concessions particulières

2 types de concessions particulières:

➤ Les concessions d'aménagement.

Elles sont prévues par le code de l'urbanisme et suivent le régime prévu par celui-ci. Le pouvoir adjudicateur dispose du choix, en fonction du montage et surtout du risque transféré ou non, de soumettre sa concession d'aménagement au régime des concessions ou bien à celui des marchés publics.

➤ Les concessions de remontées mécaniques.

Elles font application non pas des règles imposées aux concessions classiques mais de celles du Code du tourisme.

MERCI DE VOTRE ATTENTION

Contact :



Jean-Luc ROUCHON
Avocat Associé
Département Droit Public
Tel : 04.72.85.70.43 (ld)
Portable : 07 89 06 68 21
jean-luc.rouchon@fidal.com