

FICHE

Les modalités de mise en concurrence des contrats de concession

Depuis l'[ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016](#) et son [décret d'application n° 2016-86 du 1^{er} février 2016](#) qui transposaient, en droit interne, la [directive 2014/23/UE du 26 février 2014 sur l'attribution des contrats de concession](#), l'architecture du droit des contrats de concession a été simplifiée et rationalisée. Les règles procédurales régissant tous les contrats constituant des concessions¹ au sens du droit de l'Union européenne ont ainsi été rassemblées au sein d'un corpus juridique unique². Ces règles figurent désormais dans la troisième partie du code de la commande publique.

A l'instar du droit de l'Union européenne, ce dernier distingue deux grandes catégories de concessions : les concessions de travaux et les concessions de services.

Les contrats de concession sont soumis à des dispositions communes. Toutefois, des règles particulières s'appliquent en fonction de l'objet ou du montant du contrat.

Les autorités concédantes doivent par ailleurs veiller à appliquer, lorsqu'elle existe, la réglementation spécifique applicable à leur contrat de concession. Des règles complémentaires applicables à certains contrats de concession « sectoriels » peuvent ainsi être présentes dans d'autres codes régissant les secteurs visés³.

¹ Voir en ce sens le point 2.1 de la [fiche technique relative aux marchés publics et autres contrats](#).

² Il a ainsi été mis fin à la dualité des régimes procéduraux internes relatifs aux délégations de service public et aux concessions de travaux, qui étaient jusqu'alors respectivement soumis à la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique des procédures publiques, dite « Loi Sapin » et à l'ordonnance n° 2009-864 du 15 juillet 2009 relative aux contrats de concession de travaux publics.

³ L'on trouvera par exemple des règles applicables aux concessions autoroutières dans le code de la voirie routière, des règles applicables aux concessions de remontées mécaniques dans le code du tourisme ou encore des règles applicables aux concessions hydroélectriques dans le code de l'énergie.

1. Des modalités de mise en concurrence adaptées à la spécificité des contrats de concession

1.1. La définition d'un socle procédural commun aux contrats de concession

L'autorité concédante dispose d'une liberté de principe dans le choix et l'organisation de la procédure de passation⁴. Seules certaines dispositions encadrent cette liberté en fixant des exigences procédurales minimales, issues de la directive, et étendues, compte tenu de l'importance de ces articles, à l'ensemble des contrats de type concessif. Ces dispositions constituent un socle commun de règles inhérentes à la passation de tout contrat de concession⁵. Il s'agit de garanties procédurales dont l'autorité concédante ne peut se départir et qui jalonnent chaque étape de la procédure de passation du contrat de concession.

Garanties procédurales minimales

	Code de la commande publique – Partie législative	Code de la commande publique – Partie réglementaire
Publicité et mise en concurrence	Publicité préalable Article L. 3122-1	Publication d'un avis de concession Article R. 3122-1 et R. 3126-3
	Mise en concurrence Article L. 3121-1	Détermination des règles de procédure Article R. 3121-5
Examen des candidatures	Motifs d'exclusion de la procédure Articles L. 3123-1 à L. 3123-17	-
	Sélection des candidats Articles L. 3123-18 à L. 3123-21	Examen des candidats Articles R. 3123-20 et R.3123-21
Choix de l'offre	Faculté de négocier Article L. 3124-1	Faculté de négocier Article R. 3124-1
	Sélection des offres Article L. 3124-5	Examen des offres Articles R. 3124-4 à R. 3124-6
Achèvement de la procédure	Information à la demande des candidats et soumissionnaires évincés Article L. 3125-1	Information à la demande des candidats et soumissionnaires évincés Articles R. 3125-3 et R. 3126-12

1.2. Des règles procédurales variables selon l'objet ou le montant du contrat de concession

En fonction de leur objet ou de leur montant, certains contrats de concessions sont soumis à des règles particulières. Il convient ainsi de distinguer :

- **les contrats de concession soumis au droit commun** : il s'agit des contrats dont la valeur estimée est égale ou supérieure au seuil européen. Ces contrats relèvent du champ d'application de la directive⁶ et leurs règles de passation constituent la reprise stricte et fidèle des exigences procédurales fixées par la directive.
- **les contrats de concession de l'article R. 3126-1** : il s'agit des contrats de concession dont la valeur estimée est inférieure au seuil européen et des contrats conclus, quelle que soit leur valeur estimée, dans le secteur de l'eau⁷, du transport public de voyageurs ou ayant pour objet un des services sociaux ou autres services spécifiques dont la liste est publiée au Journal Officiel de la République française⁸.

A l'exception des contrats de concession portant sur des services sociaux et autres services spécifiques dont la valeur estimée est égale ou supérieure au seuil européen, les contrats relevant de l'article [R. 3126-1](#) sont exclus du champ d'application de la directive⁹. Avant

⁴ Article L. 3121-1 du CCP : « L'autorité concédante organise librement la procédure de publicité et mise en concurrence qui conduit au choix du concessionnaire dans le respect des dispositions des chapitres I à V du présent titre et des règles de procédure fixées par décret en Conseil d'Etat. ».

⁵ Article R. 3121-5 du CCP : « Les contrats de concession sont passés dans le respect des règles de procédure prévues par les chapitres Ier à V du présent titre, sous réserve des règles particulières propres aux contrats de concession relevant du chapitre VI du présent titre. ».

⁶ Art. 8 de la [directive 2014/23/UE sur l'attribution des contrats de concession](#) : « 1. La présente directive s'applique aux concessions dont la valeur est égale ou supérieure à 5 548 000 € ». Ce seuil européen a été modifié depuis le 1^{er} janvier 2018 et s'élève désormais à 5 548 000 € HT - Avis relatif aux seuils de procédure et à la liste des autorités publiques centrales en droit de la commande publique (II de l'avis).

⁷ Activités relevant du c du 1^o de [l'article L. 1212-3 du CCP](#).

⁸ Avis relatif aux contrats de la commande publique ayant pour objet des services sociaux et autres services spécifiques.

⁹ Art. 10.3 et 12 de la [directive 2014/23/UE du 26 février 2014 sur l'attribution des contrats de concession](#).



DIRECTION DES AFFAIRES JURIDIQUES

ESPACE COMMANDE PUBLIQUE

Rubrique Conseil aux acheteurs et
aux autorités concédantes / Fiches
techniques

l'adoption de la directive, ces contrats relevaient, toutefois, d'un régime procédural bien identifié en droit interne. En effet, les contrats de concession relatifs à l'exploitation de service de transport de voyageurs étaient régis par les dispositions de la loi Sapin¹⁰ et du [règlement \(CE\) n°1370/2007 du 23 octobre 2007](#)¹¹. Les autres contrats de l'[article R. 3126-1](#) relevaient, avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession, soit de la loi Sapin, soit de l'ordonnance n° 2009-864 du 15 juillet 2009 relative aux contrats de concession de travaux publics, selon qu'ils s'analysaient, compte tenu de leur objet principal, comme une concession de travaux ou de services.

Sans être soumis au régime de passation prévu par la directive 2014/23/UE, les contrats de concession mentionnés à l'[article R. 3126-1](#) bénéficient de règles de passation allégées. Ces règles permettent aux autorités concédantes d'adapter la procédure de passation du contrat à l'objet, à la nature et aux caractéristiques des prestations demandées aux concessionnaires.

Pour les contrats de concession relatifs aux services sociaux et autres services spécifiques dont la valeur estimée est égale ou supérieure au seuil européen, l'article 19 de la directive 2014/23/UE, se limite à imposer trois exigences procédurales : la publication d'un avis de pré-information au JOUE¹², la publication d'un avis d'attribution¹³ et l'information immédiate des candidats évincés¹⁴. Néanmoins, dans une logique de simplification, l'avis de pré-information a été remplacé par un avis de concession, commun à l'ensemble des contrats de type concessif. En dehors de ces obligations, ces contrats demeurent soumis, quel que soit leur montant, au régime de passation des contrats relevant de l'[article R. 3126-1](#).

¹⁰ CE, 1^{er} avril 2009, *Communauté urbaine de Bordeaux et Sté Kéolis*, n° 323585 : application, par le juge administratif, des dispositions de la loi Sapin, codifiées, pour partie, dans le code général des collectivités territoriales.

¹¹ [Règlement \(CE\) n° 1370/2007 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2007 relatif aux services publics de transport de voyageurs par chemin de fer et par route, abrogeant les règlements \(CEE\) n° 1191/69 et \(CEE\) n° 1107/70 du Conseil.](#)

¹² Art. 31, paragraphe 3, de la [directive 2014/23/UE du 26 février 2014 sur l'attribution des contrats de concession](#).

¹³ Art. 32 de la [directive 2014/23/UE du 26 février 2014 sur l'attribution des contrats de concession](#).

¹⁴ Art. 46 et 47 [de la directive 2014/23/UE du 26 février 2014 sur l'attribution des contrats de concession](#).

Garanties procédurales spécifiques applicables aux contrats de concession

	Contrats de concession relevant du droit commun (≥ 5 548 000 € HT)	Contrats de concession relevant de l'article R. 3126-1 (< 5 548 000 € H. : secteurs eau, transports publics, services sociaux et autres services spécifiques)
Traçabilité	Une obligation pour l'autorité concédante <i>Article L.3122-2</i>	Une faculté pour l'autorité concédante <i>Article L. 3126-2</i>
Modalités de publicité¹⁵	Avis de concession : Formulaire européen <i>Article R. 3122-1</i>	Avis de concession : Formulaire simplifié, sauf pour les contrats de concession portant sur des services sociaux et autres services spécifiques dont la valeur estimée est égale ou supérieure au seuil européen <i>Article R. 3126-3 - Arrête¹⁶</i>
	3 supports de publicité imposés <i>Article R. 3122-2</i>	Un seul support imposé, à l'exception des services sociaux et autres services spécifiques dont la valeur estimée est égale ou supérieure au seuil européen <i>Article R. 3126-4 et R. 3126-5</i>
Délai de réception des candidatures et des offres	Des délais de réception des candidatures et des offres minimums et encadrés <i>Articles R. 3123-14 et R. 3123-15 pour les candidatures</i> <i>Articles R. 3124-2 et R. 3124-3 pour les offres</i>	Des délais de réception des candidatures et des offres adaptés aux caractéristiques de la concession <i>Article R. 3126-8 pour les candidatures et R. 3126-9 pour les offres</i>
Critères d'attribution	Une obligation de publier et de hiérarchiser les critères d'attribution <i>Articles R. 3124-4 et R. 3124-5</i>	La simple publication des critères de sélection des offres est suffisante <i>Article 3124-4 (l'article R. 3124-5 ne s'applique pas)</i>
Information préalable des candidats et soumissionnaires évincés (délai de stand-still)	Une obligation pour l'autorité concédante qui doit informer spontanément les candidats et soumissionnaires évincés <i>Articles R. 3125-1 et R. 3125-2</i>	Une faculté pour l'autorité concédante, sauf pour les contrats portant sur des services sociaux et autres services spécifiques dont la valeur estimée est égale ou supérieure au seuil européen <i>Article R. 3126-11</i>
Avis d'attribution¹⁷	Une obligation pour l'autorité concédante <i>Article R. 3125-6 et R. 3125-7</i>	Une faculté pour l'autorité concédante, sauf pour les contrats portant sur des services sociaux et autres services spécifiques dont la valeur estimée est égale ou supérieure au seuil européen <i>Article R. 3126-13</i>

¹⁵ Voir en ce sens le point 1 de la fiche technique relative aux modalités de publicité applicables aux contrats de concession.

¹⁶ [Arrêté du 22 mars 2019](#) relatif au fonctionnement et à la composition de l'observatoire économique de la commande publique.

¹⁷ Voir en ce sens le point 2 de la fiche technique relative aux modalités de publicité applicables aux contrats de concession.

2. La négociation, une liberté procédurale mieux encadrée

2.1. La reconnaissance de la faculté de négocier

L'article [L. 3121-1](#) du CCP consacre la liberté laissée aux autorités concédantes de procéder à une négociation¹⁸. [L'article L. 3124-1](#) du même code prévoit qu'elles sont libres d'organiser les modalités de cette négociation.

Le recours à la négociation peut favoriser la concurrence : il permet de retenir l'offre la plus compétitive et la mieux adaptée aux besoins de l'autorité concédante tout en garantissant une bonne utilisation des deniers publics.

La liberté laissée aux autorités concédantes dans le choix de leur procédure permet de prendre en considération la diversité des contrats de concession. À cet égard, la jurisprudence applicable aux marchés publics passés selon une procédure adaptée pourrait être transposée aux contrats de concession¹⁹. Il est donc recommandé que le recours à la négociation soit annoncé dès le lancement de la procédure, dans les documents de la consultation, notamment dans l'avis de concession ou dans l'invitation à présenter une offre. Si l'autorité concédante indique, sans ambiguïté, son choix de négocier ou, au contraire, son choix de renoncer à cette faculté, elle devra respecter son choix²⁰. Si celle-ci indique, en revanche, se réserver le choix de négocier ou de ne pas négocier, elle sera libre de recourir ou non à une négociation, au vu notamment de la teneur des offres.

L'autorité concédante peut négocier avec un ou plusieurs soumissionnaires, conformément à l'article [R. 3124-1](#) du CCP. Cette faculté caractérise la souplesse donnée à la procédure concessive et offre la possibilité de négocier, lorsque les soumissionnaires s'avèrent trop nombreux, uniquement avec ceux présentant les offres initiales les plus adaptées aux besoins de l'autorité. Dans une telle hypothèse, l'autorité concédante doit sélectionner les soumissionnaires admis à participer à la négociation à partir de de leurs offres initiales, en appliquant les critères de sélection indiqués dans les documents de la consultation²¹.

La négociation devra, en tout état de cause, être menée méthodiquement afin de garantir l'égalité de traitement des candidats et d'assurer la transparence de la procédure.

2.2. L'encadrement du champ matériel de la négociation

L'article [L. 3124-1](#) du CCP reprend expressément les limitations, apportées par la directive, à la négociation et prohibe toute négociation portant sur :

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

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

Si la négociation ne permet pas de modifier les caractéristiques principales du contrat, elle laisse toutefois à l'autorité concédante la possibilité de négocier librement sur les autres éléments tels que, par exemple, les délais de livraison, le niveau de qualité ou encore sur l'adaptation de la tarification appliquée aux usagers.

Modifications admises dans le cadre de la négociation²²

La prise en charge de travaux supplémentaires de faible montant (3%) et l'augmentation de la durée initiale du contrat de 6 mois supplémentaires, nouveaux éléments introduits au cours de la phase de négociation, ont été admis par le juge administratif ([CE, 21 juin 2000, Syndicat intercommunal de la côte d'amour et de la presqu'île québécoise, n° 209319](#)).

Modifications prohibées dans le cadre de la négociation

L'ajout, à l'issue de la négociation, d'une clause ayant pour effet, en cas de recours administratif ou contentieux, non purgé dans un délai de 4 ans, de permettre au délégataire de réduire de 25 à 4 ans la durée de son engagement ainsi que le périmètre des investissements à réaliser sur cette durée présente une atteinte excessive à l'économie générale du contrat et constitue un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence ([CE, 21 février 2014, Sté Dalkia France, n° 373159](#)).

L'abandon de l'exploitation d'une usine de cogénération qui faisait partie intégrante des différentes sources de production de chaleur envisagées par une délégation de service public modifie l'objet même du contrat, dans la mesure où l'exploitation de l'usine constituait un élément essentiel de la

¹⁸ 6. de l'article rt. 37 de la directive [2014/23/UE du 26 février 2014 sur l'attribution des contrats de concession](#) : « Le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice est libre d'organiser une négociation avec les candidats et les soumissionnaires. L'objet de la concession, les critères d'attribution et les exigences minimales ne sont pas modifiés au cours des négociations ».

¹⁹ [CE, 18 septembre 2015, Société Access, n° 380821](#).

²⁰ L'autorité concédante est tenue de respecter les modalités de négociation et le calendrier qu'elle fixe dans le règlement de la consultation ([CE, 8 novembre 2017, Société Transdev, n° 412859](#)).

²¹ Articles [R. 3124-4](#) et [R. 3124-5](#) du CCP.

²² Ces jurisprudences rendues avant l'adoption de la directive 2014/23/UE demeurent valables sous l'empire de la nouvelle législation.



DIRECTION DES AFFAIRES JURIDIQUES

ESPACE COMMANDE PUBLIQUE

Rubrique Conseil aux acheteurs et
aux autorités concédantes / Fiches
techniques

structure de la délégation et que la perspective d'avoir à assumer cette exploitation a pu dissuader des candidatures ([CAA de Douai, 9 juin 2015, n° 13DA01518](#)).