

Les concessions d'aménagement

Les directives 2014/23/UE du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession et 2014/24/UE du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics ont été transposées en droit interne par :

- L'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 et le décret n° 2016-86 du 1er février 2016 relatifs aux contrats de concession
- L'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 et le décret n°2016-360 du 25 mars 2016 relatifs aux marchés publics

Principe général

La notion de risque économique a été conservée des textes antérieurs

Dans le cas où l'exécution du contrat comporte un risque économique, l'ordonnance n°2016-65 et le décret n°2016-86 relatifs aux contrats de concession s'appliquent. Plus précisément :

- Si la valeur du contrat estimée hors taxe est supérieure à 5 225 000 euros HT , la procédure de passation du contrat fait l'objet d'une procédure formalisée (contrats visés au 1° de l'article 9 de l'ordonnance).
- Si la valeur du contrat est inférieure à ce seuil, la procédure de passation fait l'objet d'une procédure simplifiée (contrats visés à l'article 10 de l'ordonnance).

Dans le cas où l'exécution du contrat ne comporte pas de risque économique :

- Si le montant total des produits de l'opération d'aménagement est égal ou supérieur à 5 225 000 euros HT , l'ordonnance n° 2015-899 et le décret n°2016-360 relatifs aux marchés publics sont applicables aux contrats passés par l'Etat ou un de ces établissements publics. Pour les contrats passés par les collectivités territoriales, leurs établissements publics et les EPCI, les articles L.1414-1 à L. 1414-4 du code général des collectivités territoriales sont applicables (article 9 du décret).
- Si ce montant est inférieur à ce seuil, la concession fait l'objet d'une publicité ou d'une procédure adaptée dont les modalités sont fixées par le concédant en fonction de la nature et des caractéristiques du besoin à satisfaire, du nombre ou de la localisation des opérateurs économiques susceptibles d'y répondre ainsi que des circonstances du lancement de la procédure (R. 300-11-3 du code de l'urbanisme).

Articulation entre ordonnance/décret et code de l'urbanisme

L'ordonnance n°2016-65 et le décret n°2016-86 relatifs aux contrats de concession ainsi que l'ordonnance n°2015-899 et le décret n°2016-360 relatifs aux marchés publics constituent le socle des dispositions applicables aux contrats de concessions d'aménagement.

Au regard des textes antérieurs, le code de l'urbanisme ne comporte plus que des dispositions spécifiques supplémentaires applicables aux concessions d'aménagement (L. 300-4 à L. 300-5-1 et R. 300-1 à R. 300-13).

Mise en concurrence des concessions d'aménagement

S'agissant des contrats de concession, l'article 36 de l'ordonnance n°2016-65 prévoit que l'autorité concédante organise librement la procédure qui conduit au choix du concessionnaire dans le respect des principes énoncés à l'article 1er de l'ordonnance et des garanties procédurales fixées par voie réglementaire. Ces garanties procédurales peuvent varier en fonction de la valeur estimée hors taxe du

besoin ou de l'objet du contrat.

S'agissant des contrats de marchés publics, l'article 42 de l'ordonnance n° 2015-899 prévoit que lorsque la valeur estimée hors taxe du besoin est égale ou supérieure à 5 225 000 euros, le contrat est passé selon l'une des procédures formalisées suivantes:

- La procédure d'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;
- La procédure concurrentielle avec négociation, par laquelle un pouvoir adjudicateur négocie les conditions du marché public avec un ou plusieurs opérateurs économiques;
- La procédure négociée avec mise en concurrence préalable, par laquelle une entité adjudicatrice négocie les conditions du marché public avec un ou plusieurs opérateurs économiques;
- La procédure de dialogue compétitif dans laquelle l'acheteur 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;

Lorsque la valeur estimée hors taxe du besoin est inférieure à ce seuil, le contrat est passé selon une procédure adaptée (cf. supra). Enfin, dans certains cas, il peut être passé selon une procédure négociée sans publicité ni mise en concurrence préalables.

Précisions apportées sur la quasi-régie

Les ordonnances n°2016-65 (article 16) et n° 2015-899 (article 17) ne sont pas applicables aux concessions d'aménagement attribués par un pouvoir adjudicateur à une personne morale de droit public ou de droit privé lorsque les conditions suivantes sont réunies :

- Le pouvoir adjudicateur exerce sur la personne morale concernée, seul ou conjointement avec d'autres pouvoirs adjudicateurs, un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services, c'est-à-dire s'il exerce une influence décisive à la fois sur les objectifs stratégiques et sur les décisions importantes de la personne morale contrôlée. Ce contrôle peut également être exercé par une autre personne morale, qui est elle-même contrôlée de la même manière par le pouvoir adjudicateur.
- 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.
- La personne morale contrôlée ne comporte 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.

Insertion systématique dans une publication spécialisée

Cette disposition est conservée des textes antérieurs

Une publication de l'avis de concession dans une publication spécialisée dans les domaines de l'urbanisme, des travaux publics ou de l'immobilier est systématiquement requise pour les concessions d'aménagement (R. 300-5 pour les contrats de concessions et R. 300-11-2 pour les marchés publics). Pour rappel, cette publication n'est que facultative pour les autres concessions et marchés publics.

Indication des caractéristiques essentielles de la concession d'aménagement

Ces dispositions sont reprises des textes antérieurs

Pour les contrats de concession, le concédant adresse à chacun des candidats un document précisant les caractéristiques essentielles de la concession d'aménagement et indiquant le programme global prévisionnel des équipements et des constructions projetés ainsi que les conditions de mise en œuvre de l'opération (R.300-7).

Pour les marchés publics, le programme fonctionnel, établi dans le cadre d'un dialogue compétitif, doit

indiquer ces mêmes éléments (R. 300-11-2). Ces dispositions sont partiellement reprises des textes antérieurs.

Modification du contrat en cours d'exécution

A la suite de différentes jurisprudences communautaires, les deux ordonnances consacrent la règle générale selon laquelle les contrats de concessions (article 55) et les marchés publics (article 17) peuvent faire l'objet de modification en cours d'exécution.

Les décrets viennent préciser les cas dans lesquels un contrat de concession (article 36) ou de marché public (articles 139 et 140) peut être modifié (exemples : modifications prévues dans le contrat initial, modifications non substantielles).

Contrat de concession : rapport prévu à l'article 52 de l'ordonnance n° 2016-65

L'article 75 de l'ordonnance n°2016-65 prévoit une exemption, pour les contrats de concession, de l'obligation de produire chaque année le rapport prévu à l'article 52 (rapport comportant notamment les comptes retraçant la totalité des opérations afférentes à l'exécution du contrat de concession et une analyse de la qualité des ouvrages ou des services).

Marchés publics : précisions sur certaines spécificités applicables aux concessions d'aménagement (R.300-11-2 du code de l'urbanisme)

Plusieurs dispositions du régime général ne sont pas applicables aux concessions d'aménagement :

- article 32 de l'ordonnance relatif à l'allotissement (uniquement facultatif)
- articles 59 à 64 de l'ordonnance relatifs au régime financier, à la sous-traitance et aux sous-contrats, et au contrôle des coûts de revient.

Par ailleurs, d'autres dispositions viennent préciser certaines règles relatives aux concessions d'aménagement. Ces dispositions sont reprises des textes antérieurs :

- Les critères d'attribution sont définis et appréciés de manière :
 - a) à tenir compte du coût global de l'opération au regard de son bilan prévisionnel intégrant la totalité des recettes et des dépenses
 - b) à prendre en considération le respect des exigences de développement durable exprimées par la personne publique, notamment en matière de qualité architecturale, de performance environnementale, de mixité sociale et de diversité des fonctions urbaines ;
- La commission d'appel d'offres est composée conformément aux dispositions de l'article R.300-9 du code de l'urbanisme ;

A noter : Le projet de loi de ratification de l'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, qui a été déposé le 21 octobre 2015 au Sénat, a fait l'objet de modifications par la commission des lois du Sénat.

Alors que le Gouvernement prévoyait une ratification "sèche", il apparaît que le Sénat souhaite apporter plusieurs modifications à l'ordonnance adoptée en juillet dernier, parmi lesquelles : supprimer l'évaluation préalable du mode de réalisation du projet (article 40).

Dispositions transitoires (pour les contrats de concession et les marchés publics)

Les nouvelles dispositions sont entrées en vigueur le 1er avril 2016. Elles s'appliquent aux concessions d'aménagement pour lesquels une consultation est engagée ou un avis de concession ou un appel d'avis à la concurrence est envoyé à la publication à compter de cette date.

Toutefois, concernant plus précisément les contrats de concession, l'article 55 de l'ordonnance n° 2016-65 s'applique également à la modification des contrats qui sont des contrats de concession au sens de la présente ordonnance et qui ont été conclus ou pour lesquels une procédure de passation a été engagée ou un avis de concession a été envoyé à la publication avant le 1er avril 2016.