

# Règles de passation particulières des concessions

Les efforts, entrepris ces dernières années, de rationalisation des catégories contractuelles et de codification du droit de la commande publique, n'ont abouti qu'à une harmonisation très relative des procédures de passation des concessions. Bien au contraire, coexistent avec la « procédure normale » de droit commun, une multiplicité de régimes spécifiques. Au final, l'état du droit n'est pas toujours lisible et laisse parfois transparaître des disparités de régime étonnantes.

« Pour donner sa pleine mesure à l'objectif de simplification et d'accessibilité du droit, la codification ne se limite pas à une pure juxtaposition des types de contrats existants et des règles qui leur sont applicables mais s'attache, de manière plus ambitieuse (...) à établir, de manière cohérente, les régimes de passation et d'exécution des contrats »<sup>(1)</sup>. Vaste entreprise, donc, qu'a été celle de la codification d'un droit de la commande publique qui (au niveau national surtout), s'était enrichi au fil des ans, ici, d'une nouvelle catégorie de contrat, là, d'une nouvelle procédure de passation<sup>(2)</sup> au prix d'un éclatement de régimes parfois peu lisible.

Les rédacteurs du Code (dans le sillage de la réforme de 2015-2016 qui avait largement préparé le terrain) sont assurément parvenus à atteindre, sur bien des aspects, les objectifs susvisés. Mais dans cet exercice de rationalisation, les simplifications ont côtoyé les vecteurs de complication. Ainsi, la consécration de la concession par la directive 2014/23/UE du 26 février 2014 s'est accompagnée de facteurs de complexité (régimes d'exclusion, hypothèses de contrats mixtes...), qui ont été réceptionnés de manière plus ou moins fluide par le droit interne. De surcroît, pesait sur ce dernier une contrainte supplémentaire : celle de ne pas rompre avec certaines spé-

## Auteur

**François Fourmeaux**  
**Laurent Sery**  
Avocats  
Cabinet ADAMAS

## Références

CE 18 septembre 2019, Communauté de communes de l'Île-Rousse-Balagne, req. n° 430368  
CE 8 novembre 2019, Communauté d'agglomération du Pays Nord Martinique, req. n° 432216

## Mots clés

Concessions • Règles particulières • Procédure allégée • DSP  
• Contrats mixtes • Eau Potable • Transports publics

(1) Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2018-1074 du 26 novembre 2018 portant partie législative du code de la commande publique, *JO* 5 décembre 2018.

(2) Pensons à la consécration de la concession de travaux par le décret n° 2010-406 du 26 avril 2010.

cificités nationales (telle que le régime singulier de la délégation de service public).

C'est dans ce contexte que le Code de la commande publique s'est construit autour d'une procédure de passation de « droit commun » des concessions (qui, de fait, concerne une majorité d'entre elles) mais autour de laquelle gravitent, tantôt des régimes complémentifs (règles spécifiques à la passation des concessions conclues par les collectivités et établissements locaux), tantôt des règles supplétives ou dérogoires. Tel est le cas du chapitre dédié aux « règles particulières à la passation de certains contrats de concession », à propos desquelles le Conseil d'État a apporté quelques éclairages dans ses décisions des 18 septembre et 8 novembre 2019 ; ou encore du livre consacré aux « autres contrats de concession ».

En définitive, la mosaïque des différentes procédures de passation des concessions est plus éclatée qu'il n'y paraît au premier abord.

L'on ne pourra être totalement exhaustif dans la présente analyse, ni envisager toutes les configurations possibles (notamment l'ensemble des règles applicables aux « autres contrats de concessions »). Chaque procédure de passation est par ailleurs susceptible de comprendre des spécificités singulières ; que l'on pense au cas particulier de la constitution d'un groupement d'autorités concédantes<sup>[3]</sup>, qui devra donner lieu à la conclusion d'une convention de groupement ; ou encore à quelques subtilités procédurales ponctuelles, telle que la saisine du Directeur départemental des finances publiques dans le cas où l'autorité concédante envisage de conclure un contrat de plus de vingt ans dans le domaine de l'eau potable, de l'assainissement et des déchets<sup>[4]</sup>.

Pour essayer de balayer néanmoins le plus large éventail possible des règles particulières de procédure de passation des concessions, seront successivement abordées les règles spécifiques régissant (i) les contrats mixtes, (ii) la procédure « allégée » de certaines concessions, (iii) les concessions conclues par les collectivités et établissements locaux et enfin (iv) le cas singulier des concessions de service public de transports de voyageurs par chemin de fer. La lisibilité parfois relative de l'état du droit justifie, pour faciliter la lecture, un recours fréquent à des tableaux de synthèse.

## Le méli-mélo de la passation des concessions mixtes

Étudier les règles particulières de passation des contrats de concessions c'est, premièrement, s'intéresser aux multiples hypothèses de contrats « mixtes »<sup>[5]</sup>, et plus spécifiquement pour ce qui nous concerne ici, aux contrats dont l'objet, soit porte en partie seulement sur

des besoins relevant du droit des concessions, soit porte sur des besoins relevant de plusieurs régimes juridiques différents du droit des concessions lui-même.

Ces problématiques ne sont pas totalement nouvelles. Antérieurement à la transposition des nouvelles directives, le droit interne devait déjà proposer des solutions pour déterminer le régime applicable à des concessions dont l'objet revêtait un caractère composite. Par exemple, sur le fondement de l'article 3 de l'ancien décret n° 2010-406 du 26 avril 2010 relatif aux contrats de concession de travaux publics, il était fait application du critère de l'objet principal pour identifier à quelles règles devaient être soumises la passation d'une concession qui portait à la fois sur des services et sur des travaux<sup>[6]</sup>.

Mais depuis l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 et, dans son sillage, le Code de la commande publique, la question rejaillit sous un jour nouveau, avec la consécration textuelle d'une déclinaison de configurations possibles de « mixité » de contrats, et de solutions corrélatives multiples.

### Contrats portant sur des besoins relevant du droit des concessions et sur des besoins n'en relevant pas

Il se peut, tout d'abord, qu'un contrat, quoique portant en partie sur des besoins relevant du droit des concessions, ne soit pas pour autant soumis à la procédure de passation des concessions. Les solutions diffèrent selon que l'autre part des besoins relève ou non de la commande publique. Pour déterminer le corpus juridique applicable, l'état du droit, quelque peu subtil, peut être synthétisé ainsi :

### Concessions portant sur des besoins relevant de différents régimes du droit des concessions

Ensuite, une même concession peut porter sur des besoins relevant de différents régimes juridiques du droit des concessions.

[3] CCP, art. L. 3112-1 à 4.

[4] CCP, art. L. 3114-8 et D. 3114-3.

[5] Sur ce sujet, voir également M. Terraux et S. Flocco, « Les contrats mixtes : un inventaire à la Prévert ? », *Contrats publics - Le Moniteur*, avril 2016, n° 164, p. 27 et s.

[6] CE 26 juin 2015, Société Azur Chaudronnerie Tuyauterie Industrielle et a, req. n° 388867.

| Type de contrat mixte   | Règles applicables  |
|---|---|
| <b>Contrat portant (i) sur des besoins relevant du droit commun des concessions (CCP, art. L. 3100-1 et s.) et (ii) sur des besoins ne relevant pas de la commande publique</b>         |   |
| Besoins objectivement dissociables (CCP, art. L. 1311-2)  | <input type="checkbox"/> Principe : droit commun des concessions<br><input type="checkbox"/> Mais si le contrat a pour objet plusieurs activités dont l'une seulement constitue une activité d'opérateur de réseau : critère de l'objet principal (si celui-ci n'est pas déterminable, application du droit commun des concessions) |
| Besoins objectivement indissociables (CCP, art. L. 1312-2)  | <input type="checkbox"/> Critère de l'objet principal. Si celui-ci n'est pas déterminable, application du droit commun des concessions  |
| <b>Contrat portant (i) sur des besoins relevant du droit commun des marchés ou du droit des marchés de partenariat et (ii) sur des besoins relevant du droit commun des concessions</b> |   |
| Contrat mixte marché-concession portant sur des prestations objectivement dissociables et conclu par un acheteur (CCP, art. L. 1321-1)  | <input type="checkbox"/> Si la valeur des prestations marchés est $\geq$ aux seuils européens des marchés : application du droit des marchés<br><input type="checkbox"/> Dans les autres cas : critère de l'objet principal   |
| Contrat mixte marché-concession portant sur des prestations objectivement dissociables et conclu par une autorité concédante (CCP, art. L. 1321-2)                                      | <input type="checkbox"/> Cf. CCP, art. L. 1321-1<br><input type="checkbox"/> Mais si le contrat a pour objet plusieurs activités dont l'une seulement constitue une activité d'opérateur de réseau : critère de l'objet principal (si celui-ci n'est pas déterminable, application du droit des marchés)                            |
| Contrat mixte marché-concession portant sur des prestations objectivement indissociables et conclu par un acheteur (CCP, art. L. 1322-1)  | <input type="checkbox"/> Critère de l'objet principal (si celui-ci n'est pas déterminable, application du droit des marchés)  |
| Contrat mixte marché-concession portant sur des prestations objectivement indissociables et conclu par une autorité concédante (CCP, art. L. 1322-2)                                    | <input type="checkbox"/> Critère de l'objet principal. Si le contrat porte sur des prestations qui relèvent à la fois du contrat de concession de service et des marchés publics de fournitures, l'objet principal est fonction de la valeur la plus élevée des services ou des fournitures.  |
| Contrat mixte MDS-concessions (CCP, art. L. 1323-1)   | <input type="checkbox"/> Application au choix du droit des MDS ou du droit des concessions  |

| Type de concession mixte   | Règles applicables   |
|--|--|
| <b>Contrat portant sur des besoins relevant (i) du droit commun des concessions (CCP, art. L. 3100-1 et s.) et (ii) du régime applicable aux « autres contrats de concession » (CCP, art. L. 3200-1 et s.)</b> |  |
| Besoins objectivement dissociables (CCP, art. L. 3000-1)   | <input type="checkbox"/> Droit commun des concessions<br><input type="checkbox"/> Mais si le contrat couvre plusieurs activités dont l'une seulement constitue une activité d'opérateur de réseau : critère de l'objet principal (si celui-ci n'est pas déterminable, application du droit commun des concessions) |
| Besoins objectivement indissociables (CCP, art. L. 3000-2)   | <input type="checkbox"/> Critère de l'objet principal (si celui-ci n'est pas déterminable, application du droit commun des concessions)  |

### Autres hypothèses

|  |   |
|--|---|
| Concession portant sur plusieurs activités dont au moins une activité d'opérateurs de réseaux, et dont l'objet principal ne peut être déterminé (CCP, art. L. 3000-3)  | <input type="checkbox"/> Si le contrat porte sur une activité d'opérateurs de réseaux autre que celle mentionnée au 1° c ou au 4° de l'article L. 1212-3 du CCP et une autre activité qui n'est pas une activité d'opérateurs de réseaux, critère de l'objet principal<br><input type="checkbox"/> Si le contrat porte sur une activité d'opérateurs de réseaux mentionnée au 1° c ou au 4° de l'article L. 1212-3 du CCP et une autre activité qui n'est pas une activité d'opérateurs de réseaux : soumission aux dispositions applicables aux pouvoirs adjudicateurs |
| Concession portant sur une activité d'opérateurs de réseaux et sur une activité qui n'est pas une activité d'opérateurs de réseaux, et pour lequel il est objectivement impossible d'établir à quelle activité il est principalement destiné (CCP, art. L. 3000-4) | <input type="checkbox"/> Dispositions de l'article L. 3100-1 et s. du CCP applicables aux pouvoirs adjudicateurs.   |
| Concession portant à la fois sur des services sociaux ou spécifiques (CCP, art. R. 3126-1 2° b) et sur une autre activité de services (CCP, art. R. 3126-2)  | <input type="checkbox"/> Critère de l'objet principal si l'autre activité ne relève pas du régime particulier de passation des art. R. 3126-1 à -14. L'objet principal est déterminé en fonction de la valeur estimée la plus élevée des activités respectives<br><input type="checkbox"/> Règles applicables aux contrats qui relèvent du R. 3126-1 2° b si l'autre activité est également visée au même article.  |

## Les « règles particulières à la passation de certains contrats de concessions » (procédure allégée)

Deuxièmement, il convient d'analyser les règles ad hoc prévues par le Code (au sein du Livre 1<sup>er</sup> « dispositions générales »), pour certaines concessions particulières.

### Champ d'application

Les « règles particulières à la passation de certains contrats de concessions » sont déterminées aux articles L. 3126-1 à 3 du Code et aux dispositions régle-

mentaires correspondantes<sup>[7]</sup>. Les contrats concernés, énoncés à l'article R. 3126-1, recouvrent quatre catégories de contrats qui, en substance, relèvent d'exclusions du champ d'application de la directive 2014/23/UE du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession. Outre les concessions qui, quel que soit leur objet, sont d'un montant inférieur aux seuils européens, sont visées certaines concessions - quelle que soit leur valeur - en raison de leurs objets.

[7] CCP, art. R. 3126-1 à 14.

|  | Concessions ≤ aux seuils, quel que soit leur objet | Concessions ayant les objets suivants, quelle que soit leur valeur  |   |   |
|--|--|---|---|---|
|  |  | Activités relevant de l'article L. 1212-3 1° c du CCP (eau potable) | Services sociaux et autres services spécifiques   | Exploitation de services de transport de voyageurs relevant de l'article L. 3126-3 du CCP |
| Dispense de consignation des étapes de la procédure (CCP, art. L. 3126-2)  | X  | X   | X   | X   |
| Avis de concession de l'article R. 3126-3 du CCP   | X  | X   | X   | X   |
| Possibilité de ne renseigner que les informations minimales visées à l'art. 1er de l'arrêté du 22 mars 2019 <sup>(1)</sup> fixant le modèle d'avis pour la passation des contrats de concession, annexé au CCP | X  | X   | X<br>sauf si contrat ≥ aux seuils   | X   |
| Modalités allégées de support de publication de l'avis de concession : BOAMP ou JAL et le cas échéant JOUE ou revue spécialisée si nécessaire (CCP, art. R. 3126-4 ; art. 2 de l'arrêté du 22 mars 2019)       | X  | X   | X<br>sauf si contrat ≥ aux seuils : JOUE + BOAMP ou JAL (R.3126-5)                        | X   |
| Non application de l'article R. 3122-5 relatif à la chronologie de publication sur les différents supports (CCP, art. R. 3126-6)   | X  | X   | X<br>sauf si contrat ≥ aux seuils   | X   |
| Modalités de communications et d'échanges d'information de l'article R. 3126-7   | X  | X   | X   | X   |
| Délai de remise des candidatures à l'appréciation de l'autorité (CCP, art. R. 3126-8)  | X  | X   | X   | X   |
| Délais de remise des offres à l'appréciation de l'autorité (CCP, art. R. 3126-9)   | X  | X   | X   | X   |
| Absence d'obligation de hiérarchisation des critères prévue à l'art. R. 3124-5 (CCP, art. R.3126-10)   | X  | X   | X   | X   |
| Dispense d'application des art. R. 3125-1 à -4 : information des candidats évincés, délai de stand still, information d'une déclaration sans suite (CCP, art. R. 3126-11)                                      | X  | X   | X<br>sauf si contrat ≥ aux seuils   | X   |
| À la demande du candidat, communication dans les 15 jours des motifs du rejet de la candidature ou de l'offre (CCP, art. R. 3126-12)   | X  | X   | X   | X   |
| Non application des R. 3125-5 à R. 3125-7 relatifs à l'avis d'attribution (CCP, art. R. 3126-13)   | X  | X   | X<br>sauf si contrat ≥ aux seuils (avec possibilité d'envoyer un avis global trimestriel) | X   |

(1) NOR : ECOM1830229A

D'abord, ce régime particulier s'applique aux concessions ayant pour objet les activités relevant de l'article L. 1212-3 1° c), lequel dispose que « sont des activités d'opérateur de réseaux : / 1° La mise à disposition, l'exploitation ou l'alimentation de réseaux fixes destinés à fournir un service au public dans le domaine de la production, du transport ou de la distribution : (...) c) D'eau potable. / L'alimentation de réseaux comprend la production, la vente en gros et la vente de détail (...) ».

L'origine de ce traitement singulier, alors pourtant qu'il est question d'activités de première importance dans un secteur hautement concurrentiel, résulte d'une conciliation entre, d'une part, « les exclusions spécifiques dans le domaine de l'eau » prévues par la directive 2014/23/UE<sup>[8]</sup> (pour des motifs en réalité essentiellement « politiques »<sup>[9]</sup>), et d'autre part une tradition nationale de mise en concurrence de ces activités, principalement au travers des délégations de service public<sup>[10]</sup>.

La question s'est cependant posée de retenir ou non une interprétation restrictive de la référence aux activités de l'article L. 1212-3 1° c). Comme l'expliquait le rapporteur public Gilles Pellissier dans ses conclusions sous la décision Communauté de communes de l'Île-Rousse-Balagne, deux approches étaient possibles<sup>[11]</sup> :

- soit considérer que ne seraient visés que les contrats relevant de l'exercice d'une activité d'opérateur de réseaux - comme c'est le cas pour déterminer le champ d'application de l'article L. 1212-3<sup>[12]</sup> - interprétation qui, dans les faits, reviendrait à ne soumettre aux règles particulières de passation que les seules concessions « passées par des personnes déjà concessionnaires du réseau », agissant comme entités adjudicatrices ;
- soit revenir à la « finalité » de la soumission aux règles particulières et considérer que sont visées les concessions qui se rattachent à l'exclusion, dans les directives, du domaine de l'eau, et donc les concessions qui ont pour objet l'une des activités visées au L. 1212-3.

C'est cette deuxième solution qui a été retenue par le Conseil d'État, à deux reprises<sup>[13]</sup>, en jugeant que le champ d'application de l'article 10 2° a) du décret n° 2016-86 du 1<sup>er</sup> février 2016<sup>[14]</sup> visait les contrats « relatifs à la mise à disposition, à l'exploitation ou à l'alimentation de réseaux fixes destinés à fournir un service au

public dans le domaine de la production, du transport ou de la distribution d'eau potable, quelle que soit leur valeur estimée et qu'ils soient conclus par un pouvoir adjudicateur ou une entité adjudicatrice ». Dans ces deux affaires, portant l'une sur une concession de fourniture d'eau potable ayant pour objet l'exploitation des installations de production, de stockage et de distribution d'eau potable, l'autre sur une délégation de service public de fourniture d'eau potable, le juge fait donc application des « règles particulières à la passation de certains contrats de concession ».

Ensuite, sont visés les contrats ayant pour objet « un des services sociaux ou des autres services spécifiques »<sup>[15]</sup>, tels que listés au paragraphe IV de l'avis du 31 mars 2019<sup>[16]</sup> annexé au Code (les concessions de ces services n'étant que partiellement soumises à la directive 2014/23/UE<sup>[17]</sup>). On y retrouve, entre autres, les services sanitaires et sociaux, postaux, juridiques, ou encore d'hôtellerie et de restauration.

Enfin, sont concernées les concessions ayant pour objet « l'exploitation de services de transport de voyageurs relevant de l'article L. 3126-3 »<sup>[18]</sup>, lesquels services sont exclus du champ d'application de la directive 2014/23/UE en vertu de son article 10.3. Sont ainsi visées les concessions de transports qui relèvent de l'article 5§3 du règlement n° 1370/2007 du 23 octobre 2007 (c'est-à-dire les contrats de service public attribués par voie de mise en concurrence dès lors que l'autorité de transport recourt à un tiers autre qu'un opérateur interne) à l'exception toutefois des concessions de transport par chemin de fer mentionnées aux articles L. 2121-1 à L. 2121-13-1 du Code des transports et dont le régime spécifique sera étudié ci-après.

## Spécificités de la procédure allégée

Comme l'énonce le dernier alinéa de l'article R. 3126-1, les concessions bénéficiant de la procédure allégée restent soumises au droit commun de la passation des concessions, sous réserve, précisément, des règles particulières définies aux articles R. 3126-1 à 14. Ne seront donc répertoriées ci-après que les seules spécificités de la procédure allégée :

Ce régime spécifique n'est pas sans susciter quelques interrogations, puisque l'on peut légitimement s'étonner

[8] Directive 2014/23, art. 12 et considérant 40 du préambule

[9] Voir sur ce point L. Richer et F. Lichère, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 11<sup>e</sup> éd., p. 586

[10] Comme le rappelle G. Pellissier dans ses conclusions sous la décision du 18 septembre 2019, « le droit français, sans exclure aussi radicalement un secteur qu'il soumettait depuis longtemps à des règles de passation, n'a pas pour autant voulu le soumettre au droit commun des contrats auxquels la directive est applicable ».

[11] G. Pellissier, conclusions sous CE 18 septembre 2019, req. n° 430368.

[12] CE 14 décembre 2009, Département du Cher, req. n° 330052 ; CE 23 novembre 2011, Société GHP Lorraine Transports, req. n° 349746.

[13] CE 18 septembre 2019, req. n° 430368 et CE 8 novembre 2019, req. n° 432216.

[14] Actuel article R. 3126-1 2° a) du CCP.

[15] CCP, art. R. 3126-1 2° b).

[16] NOR : ECOM1831822V.

[17] Directive 2014/23/UE du 26 février 2014, art. 19.

[18] CCP, art. R. 3126-1 2° c) : « Sans préjudice des dispositions du 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 modifié, les contrats de concession, à l'exception de ceux relatifs au transport de voyageurs par chemin de fer mentionnés au chapitre Ier du titre II du livre Ier de la deuxième partie du code des transports relevant de son article 5, paragraphe 3 sont soumis aux dispositions des titres Ier et II, à l'exception des articles L. 3113-1 à L. 3113-3, du second alinéa de l'article L. 3114-1 et des articles L. 3114-2, L. 3114-3 et L. 3114-7 à L. 3114-10 ».

d'assouplissements significatifs (absence de traçabilité de la procédure, absence d'obligation de hiérarchisation des critères) s'agissant de contrats qui, pour certains d'entre eux (eau, transports de voyageurs) sont de première importance.

C'est surtout au stade de l'achèvement de la procédure, et corrélativement sur le terrain des possibilités offertes aux candidats évincés de nouer un contentieux relatif à la passation de la concession, que la différence avec la procédure de droit commun apparaît la plus notable. En étant dispensée de l'application des articles R. 3125-1 à 4 du Code, l'autorité concédante n'a pas à informer spontanément les candidats (mais uniquement sur demande) du rejet de leurs candidatures ou de leurs offres, ni à respecter un délai de stand still ni, enfin, à publier un avis d'attribution.

Le Conseil d'État a sèchement balayé toute critique dans sa décision du 8 novembre 2019 en jugeant que la dispense d'obligation d'information des candidats évincés pour les concessions soumises à des règles particulières « n'est contraire ni au principe d'égalité devant la loi ni aux principes du droit de la commande publique ni au droit à un recours effectif ».

Les enjeux sont pourtant de taille. D'une part, bien sûr, l'absence d'information et de délai de suspension de signature rendent difficile l'exercice effectif d'un référé précontractuel qui, s'il est introduit, aura bien des chances de l'être postérieurement à la signature du contrat, et donc d'être dépourvu d'objet. C'est ce qui est arrivé dans l'espèce de la décision du 8 novembre 2019. D'autre part, reste alors, il est vrai, la possibilité de basculer sur un référé contractuel. Comme le juge le Conseil d'État dans cette affaire, « un soumissionnaire qui a engagé un référé précontractuel postérieurement à la signature d'un contrat de concession ayant pour objet les activités relevant du 3° du I de l'article 11 de l'ordonnance du 29 janvier 2016, qui [...] n'est pas soumise à l'obligation de notifier aux soumissionnaires la décision d'attribution du contrat, est recevable à saisir le juge du référé contractuel d'une demande dirigée contre cette concession lorsque le pouvoir adjudicateur n'a pas rendu publique son intention de conclure le contrat dans les conditions prévues par l'article R. 551-7-1 du CJA et n'a pas observé, avant de le signer, le délai d'au moins onze jours entre la date de publication de l'avis et la date de conclusion du contrat prévu par cet article ». Mais alors les moyens susceptibles d'être soulevés pour obtenir la nullité du contrat sont drastiquement réduits : si l'on reprend les quelques cas limitativement listés à l'article L. 551-18 du CJA, seule l'invocation de l'absence totale de mesures de publicité pour la passation pourrait prospérer s'agissant d'une concession relevant des règles particulières de passation (ou, éventuellement, une méconnaissance de suspension de la signature si un référé précontractuel avait pu être introduit en temps utile).

Les voies de recours sont également tributaires du choix de l'autorité concédante de se soumettre volontairement à certaines obligations. D'une part, en publiant un avis d'attribution, elle pourra faire courir le point de départ du contentieux d'un recours Tarn-et-Garonne, lequel peut

être introduit dans un délai de deux mois « à compter de l'accomplissement des mesures de publicité appropriées »<sup>(19)</sup>. D'autre part si, en l'absence d'avis d'attribution, le référé contractuel peut être introduit jusque dans un délai de six mois à compter du lendemain du jour de la conclusion du contrat<sup>(20)</sup>, en revanche, ce recours ne peut être exercé à l'égard des « contrats soumis à publicité préalable auxquels ne s'applique pas l'obligation de communiquer la décision d'attribution aux candidats non retenus » (ce qui est le cas des concessions relevant de la procédure allégée) si l'autorité concédante « a, avant la conclusion du contrat, rendu publique son intention de le conclure et observé un délai de onze jours après cette publication »<sup>(21)</sup>.

Dans tous les cas, il en résulte un régime contentieux assez peu protecteur des intérêts des candidats évincés, s'agissant pourtant de contrats parfois très significatifs.

## Les spécificités de passation des concessions des collectivités territoriales, de leurs groupements et de leurs établissements publics

Parmi les règles particulières de passation, l'on identifie également celles qui s'appliquent spécifiquement aux acteurs locaux et qu'il faut aller puiser dans le Code général des collectivités territoriales.

En disposant en son article L. 1410-3 que les « articles L. 1411-5, L. 1411-5-1, L. 1411-9 et L. 1411-18 s'appliquent aux contrats de concession des collectivités territoriales, de leurs groupements et de leurs établissements publics », le CGCT complète le corpus juridique applicable à la passation des concessions conclues au niveau local, tout en étendant le champ d'application de règles autrefois propres aux seules délégations de service public ; lesquelles continuent toutefois de conserver des singularités.

Le tableau suivant récapitule ces règles, qui sont indépendantes, par ailleurs, du recours à la procédure « normale » ou à la procédure « allégée ».

(19) Sur la notion de « mesures de publicité appropriées » permettant de faire partir le délai de recours Tarn-et-Garonne, voir CE 3 juin 2020, Centre hospitalier d'Avignon, req. n° 428845.

(20) CJA, art. R. 551-7.

(21) CJA, art. L. 551-15.

|  | CONCESSIONS CONCLUES PAR LES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES, LEURS GROUPEMENTS ET LEURS ÉTABLISSEMENTS PUBLICS |  |
|--|---|--|
|  | Délégations de service public (tant en procédure normale qu'allégée)  | Autres concessions (tant en procédure normale qu'allégée)  |
| Saisine de la CCSPL* (CGCT, art. L.1413-1 et L.1411-4)   | X   |  |
| Saisine du comité social territorial (ex-comités techniques) (art. 33 de la loi n° 84-53 du 26 janv. 1984)   | X<br>(le cas échéant)**   | X<br>(le cas échéant)**  |
| Délibération sur le principe d'une DSP (CGCT, art. L.1411-4)   | X   |  |
| Analyse des candidatures et établissement de la liste des candidats admis à présenter une offre par la commission de l'article L. 1411-5*** du CGCT (examen des garanties professionnelles et financières, de respect de l'obligation d'emploi des travailleurs handicapés et de l'aptitude à assurer la continuité du service public et l'égalité des usagers devant le service public) | X   | X<br>(toutefois l'analyse de l'aptitude à assurer la continuité du service public et l'égalité des usagers sera probablement sans objet) |
| Appréciation des conditions de participation des candidats sur l'aptitude à assurer la continuité du service public et l'égalité des usagers devant le service public (CCP, art. L. 3123-18)   | X   |  |
| Obligation d'analyser notamment les offres sur « la qualité du service rendu aux usagers » (CCP, art. L. 3124-5)   | X   |  |
| Organisation libre d'une négociation par l'autorité habilitée à signer la convention (CGCT, art. L. 1411-5 I.)   | X   | X  |
| Délai minimal de 2 mois entre la saisine de la commission du L.1411-5 et l'approbation du choix du concessionnaire par l'assemblée délibérante (CGCT, art. L. 1411-7)  | X   |  |
| Transmission du contrat au représentant de l'État (CGCT, art. L.1411-9 ; L. 2131-2 4°)   | X   | X  |

\* Pour les collectivités de plus de 10 000 habitants (cf. CGCT, art. L. 1413-1)

\*\* C'est-à-dire dans l'hypothèse où la conclusion de la concession affecterait l'organisation, le fonctionnement des services ou l'évolution des administrations. Pour des illustrations en matière de passation des DSP, voir notamment : CAA Bordeaux 3 mars 2009, req. n° 07BX02078 ; CE 27 janvier 2011, Commune de Ramatuelle, req. n° 338285 ; CAA Marseille 9 mai 2016, Commune des Baux-de-Provence, req. n° 15MA01074 ; TA Nîmes 26 septembre 2016, SA des crématoriums de France, req. n° 1402435. Il conviendra de voir si la modification de la rédaction de l'article 33 de la loi du 26 janvier 1984 par la loi n° 2019-828 du 6 août 2019, quant à la nature des questions dont connaissent les comités sociaux territoriaux, aura une influence sur la jurisprudence rendue jusqu'alors..

\*\*\* Ou commission de l'article L 1411-5-1 du CGCT en cas de groupement d'autorités concédantes

## Le cas particulier des concessions de transport de voyageurs par chemin de fer

Reste enfin à étudier le régime singulier des contrats de service public de transport de voyageurs par chemin de fer. Le casse-tête étant de mise, un tableau vaudra là aussi mieux qu'un long discours.

En définitive, l'entreprise unificatrice de codification n'aura pas totalement mis un terme, d'une part, à la diversité des régimes de passation des concessions - au sein même du Code -, d'autre part, à un éclatement du corpus juridique applicable, par le jeu de renvois à d'autres législations. Nul doute par ailleurs que la jurisprudence des prochaines années sera encore riche d'apports sur les spécificités de ces différents régimes de passation.

### AUTRES CONTRATS DE CONCESSIONS (LIVRE II DE LA 3<sup>E</sup> PARTIE DU CODE)

#### Champ d'application (entre autres)

Services relatifs au transport de voyageurs par chemin de fer mentionnés aux art. L.2121-1 à L.2121-13-1 du Code des transports, relevant de l'article 5 § 3 du règlement n° 1370/2007 du 23 octobre 2007 (CCP, art. L. 3112-4 11°)

#### Règles de passation applicables

- Article L.2121-17-1 du Code des transports (renvoi opéré par l'art. L. 3222-1 du CCP)
- Décret n° 2019-1083 du 24 octobre 2019 (renvoi opéré par l'art. R. 3222-1 du CCP)

#### Principe

- Application du droit commun de la passation des concessions (Code des transports, art. L. 2121-17-1 3° ; art. 2 I. du décret n°2019-1083)
- Et, pour les contrats des collectivités territoriales et de leurs groupements, application également des dispositions suivantes (cf. Code des transports, art. L. 2121-17-2 2° et 3°) :
  - CGCT, art. L. 1411-4 (délibération sur le principe)
  - CGCT, art. L. 1411-5 (intervention de la commission prévue audit article)
  - CGCT, art. L. 1411-7 (délai minimal de 2 mois entre la saisine de la commission et l'approbation du choix du titulaire)
  - CGCT, art. L. 1411-9 (transmission du contrat au contrôle de légalité)

#### Adaptations et dérogations

- Non application des art. R. 3121-3 et -4 du CCP (certaines règles de calcul de la valeur estimée de la concession) (art. 2 I. décret n° 2019-1083)
- Non application de l'article R. 3121-6 1° du CCP (dispense de procédure de mise en concurrence des contrats ne pouvant être confiés qu'à un opérateur déterminé) (art. 2 I du décret n° 2019-1083)
- Modalités de mise à disposition du DCE : renvoi au CCP (art. R.3122-7 et s. notamment), sous réserve des art. 7, 10 et 11 du décret n° 2019-851 du 20 août 2019 (art. 2 II. décret n° 2019-1083)
- Le DCE peut prévoir que la procédure de passation, avant éventuelle négociation, soit structurée en une ou plusieurs étapes successives permettant à l'autorité organisatrice de dialoguer avec les candidats admis à participer, pour définir ou développer les solutions de nature à répondre à ses besoins et sur la base desquelles ces candidats seront invités à remettre une offre (Code des transports, art. L. 2121-17-1 3°). En ce cas, application des art. R. 2161-24, R. 2161-26 et R. 2161-27 du CCP, relatifs au dialogue compétitif (art. 2 IV. décret n° 2019-1083)
- Si s'applique l'article L. 2121-20 du Code des transports (transfert des contrats de travail), l'autorité organisatrice s'assure que le délai entre l'attribution du contrat de service public et la date de changement effectif d'attributaire est compatible avec les délais associés à la procédure de transfert (Code des transports, art. L. 2121-17-1 5°)
- Publication d'un avis d'attribution dans un délai maximal de 48h (art. 1<sup>er</sup> II décret n°2019-1083)
- Information des candidats évincés : application du R. 3125-1 (sauf al. 2, 2<sup>e</sup> phrase) et du R. 3125-3 du CCP (art. 2 V. décret n° 2019-1083)

Nota : le décret n° 2019-1083 ne s'applique pas aux contrats attribués à SNCF Mobilités dans le cadre de son monopole (art. 5).