

PASSATION DES CONVENTIONS DE DELEGATION DE SERVICE PUBLIC

PROBLEME

Avant la publication de la loi du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques (codifiée aux articles L.1411-1 et suivants du code général des collectivités territoriales), la conclusion des conventions de délégation de service public (concessions, affermage, ...) n'était soumise à aucune formalité particulière hormis l'approbation du conseil municipal. Selon la jurisprudence du Conseil d'Etat, ces conventions étaient conclues "intuitus personae" (en considération de la personne). Sans abolir totalement cette caractéristique, la loi précitée, dite loi "SAPIN", a instauré une procédure inspirée de l'appel d'offres restreint.

Longtemps situées en dehors du champ d'application du droit communautaire dérivé, les délégations de service public sont impactées par la Directive n°2014/23/UE du 26 février 2014 relative aux concessions, qui doit faire l'objet d'une transposition en droit interne par Ordonnance. A cet effet, l'article 209 de la Loi n°2015-715 a habilité le gouvernement à prendre par ordonnance, dans un délai de neuf mois, toute mesure nécessaire à la transposition de cette directive et permettant d'unifier et simplifier les règles communes aux différents contrats de la commande publique qui sont des contrats de concession au sens du droit de l'Union européenne.

TEXTES

- Articles L.1411-1 à L.1411-19 du code général des collectivités territoriales ;
- Articles R.1411-1 et suivants du code général des collectivités territoriales.

Les modalités de passation sont définies aux articles L.1411-1, L.1411-4 à L.1411-8 du code général des collectivités territoriales. Elles comportent une procédure normale et une procédure simplifiée applicables en fonction du montant financier de la convention.

A- LA PROCEDURE NORMALE

1. Le vote sur le principe de la délégation

L'article L.1411-4 du code général des collectivités territoriales prévoit que les assemblées délibérantes des collectivités territoriales, de leurs groupements et de leurs établissements publics se prononcent sur le principe de toute délégation de service public local. Elles statuent au vu d'un rapport présentant le document concernant les caractéristiques des prestations que doit assurer le délégataire (ce document peut s'inspirer du cahier des charges du service public dont la délégation est envisagée).

Si aucun texte n'est venu préciser le contenu de ce rapport de présentation, celui-ci doit permettre à l'assemblée délibérante « *de prendre une décision suffisamment éclairée* », et « *comporter au moins une analyse détaillée du contexte dans lequel s'effectue le choix du mode de gestion ainsi que les caractéristiques principales du contrat qu'il est envisagé de conclure* ». Selon le Ministre de l'Intérieur, le juge administratif retient cependant « *une appréciation assez souple* » du contenu de ce rapport (RM n°20660, JOAN du 24 septembre 2013 p. 10104).

A cette occasion, l'avis de la commission consultative des services publics locaux dont la composition figure à l'article L. 1413-1 du CGCT doit avoir été recueilli et présenté à l'assemblée délibérante.

Un nouvel article L.1411-19, inséré au CGCT, prévoit que les assemblées délibérantes des collectivités territoriales et de leurs groupements se prononcent sur le principe de toute délégation de service public à une société publique locale ou à une société d'économie mixte à opération unique, le cas échéant après avoir recueilli l'avis de la commission consultative des services publics locaux prévue à l'article L. 1413-1. Elles statuent au vu d'un rapport qui présente le document contenant les caractéristiques des prestations déléguées.

La jurisprudence administrative précise que cette délibération de principe peut être contestée devant le juge administratif (CE, 24 novembre 2010, *Association fédérale d'action régionale pour l'environnement et a. c/ Communauté urbaine Marseille Provence Métropole*,

n°318342) mais que seuls peuvent être invoqués des moyens relatifs aux vices propres de la délibération et à la légalité du principe du recours à la délégation (CE, 4 juillet 2012, *Communauté urbaine Marseille Provence Métropole c/ Fédération d'action régionale pour l'environnement*, n°350752).

2. La publicité et le recueil des candidatures

L'article L.1411-5 du code général des collectivités territoriales indique qu'après décision sur le principe de la délégation, il est procédé à une publicité et un recueil d'offres.

La Direction des Affaires Juridiques a proposé un modèle d'avis de publicité relatif à la passation d'une convention de délégation de service public (<http://www.economie.gouv.fr/daj>).

La publicité est celle qui est prévue par le 2^{ème} alinéa de l'article L.1411-1 qui permet la présentation de plusieurs offres concurrentes. Le décret n°93-471 du 24 mars 1993 portant application de l'article 38 de la loi n°93-122 du 29 janvier 1993 codifié à l'article R.1411-1 CGCT prévoit que l'insertion est faite dans une publication habilitée à recevoir des annonces légales et dans une publication spécialisée correspondant au secteur économique concerné. Cette insertion précise la date limite de présentation des offres de candidature, qui doit être fixée un mois au moins après la date de la dernière publication.

Cette insertion précise également les modalités de présentation de ces offres et mentionne les caractéristiques essentielles de la convention envisagée notamment son objet et sa nature, auxquelles il est prudent d'ajouter la durée et les critères d'appréciation des offres.

L'avis d'appel à la candidature peut se contenter d'indiquer seulement la durée potentielle du contrat projeté (CE, 4 février 2009, *Communauté urbaine d'Arras*, n° 321411), mais doit en revanche mentionner les critères de sélection des offres (CE, 23 décembre 2009, *Etablissement public du Musée et du Domaine National de Versailles*, req. n° 330054),

Puis, selon les alinéas 3 et 4 de l'article L.1411-1, la collectivité dresse la liste des candidats admis à présenter une offre après examen de leurs garanties professionnelles et financières, de leur respect de l'obligation d'emploi des travailleurs handicapés prévue aux articles L. 5212-1

à L. 5212-4 du code du travail et de leur aptitude à assurer la continuité du service public et l'égalité des usagers devant le service public.

Depuis 2002, c'est la commission d'ouverture des plis qui dresse la liste des candidats admis à présenter une offre.

La loi du 2 janvier 2002 tendant à moderniser le statut des sociétés d'économie mixte locales a prévu, en son article 6, que ces garanties professionnelles étaient appréciées notamment dans la personne des associés et au vu des garanties réunies en son sein. Les sociétés en cours de constitution ou nouvellement créées peuvent être admises à présenter une offre dans les mêmes conditions que les sociétés existantes.

3. La sélection des offres

La collectivité adresse à chacun des candidats un document définissant les caractéristiques quantitatives et qualitatives des prestations ainsi que, s'il y a lieu, les conditions de tarification du service rendu à l'utilisateur.

Au terme d'un délai raisonnable, l'article L.1411-5 précise que les plis contenant les offres sont ouverts par une commission, lorsqu'il s'agit d'une commune de moins de 3 500 habitants, composée du Maire ou son représentant, en qualité de président, et par trois membres du conseil municipal élus à la représentation proportionnelle au plus fort reste. Pour les autres collectivités et établissements publics (groupements de communes par exemple), cette commission est présidée par l'autorité habilitée à signer la convention de délégation de service public ou son représentant, Président, et par cinq membres de l'assemblée délibérante élus en son sein à la représentation proportionnelle au plus fort reste. Des suppléants sont élus en nombre égal à celui des membres titulaires, et le comptable de la collectivité et un représentant du Ministre chargé de la concurrence (DDCCRF) siègent également à la commission avec voix consultative.

4. Le choix de l'entreprise

Selon le dernier alinéa de l'article L.1411-5, cette commission rend un avis au vu duquel l'autorité (en principe le maire de la commune ou le président du groupement de communes)

habilitée à signer la convention engage librement toute discussion utile avec une ou des entreprises ayant présenté une offre. La Haute Juridiction considère par ailleurs qu'« aucune règle n'encadre les modalités de l'organisation des négociations par la personne publique, qui n'est en particulier pas tenue de fixer un calendrier préalable de négociations ni de faire connaître son choix de ne pas poursuivre les négociations avec l'un des deux candidats » (CE, 18 juin 2010, Communauté urbaine de Strasbourg, req. n°336120). Elle saisit l'assemblée délibérante du choix de l'entreprise auquel elle a procédé. Elle lui transmet le rapport de la commission présentant notamment la liste des entreprises admises à présenter une offre et l'analyse des propositions de celles-ci, ainsi que les motifs du choix de la candidature et l'économie générale du contrat.

L'article L.1411-7 impose un délai minimum de deux mois entre la saisine de la commission d'ouverture des plis et la décision de l'assemblée délibérante sur le choix du délégataire et le contrat de délégation. La loi prévoit en outre que les documents sur lesquels se prononce l'assemblée délibérante doivent lui être transmis 15 jours au moins avant sa délibération.

B- LA PROCEDURE SIMPLIFIEE

Lorsque le montant des sommes dues au délégataire pour toute la durée de la convention n'excède pas 106 000 euros ou que la convention couvre une durée non supérieure à trois ans et porte sur un montant n'excédant pas 68 000 euros par an, le projet de délégation est seulement soumis à une publicité préalable (article L.1411-12.c).

Cette publicité consiste soit en une insertion dans une publication spécialisée correspondant au secteur économique concerné, soit en une insertion dans une publication habilitée à recevoir des annonces légales.

Cette insertion précise le délai de présentation des offres qui ne peut être inférieur à quinze jours à compter de la date de publication. Elle précise également les modalités de présentation de ces offres et mentionne les caractéristiques essentielles de la convention envisagée, notamment son objet et sa nature (décret n°95-225 du 1er mars 1995 codifié à l'article R.1411-2 du CGCT).

C – LA PROCEDURE OUVERTE

Depuis l'arrêt du Conseil d'Etat du 15 décembre 2006, les collectivités peuvent recourir à une procédure dite « ouverte », qui permet une remise des offres concomitante à celle des candidatures (CE, 15 décembre 2006, Corsica Ferries, req. n°298618).

Cette procédure permet notamment de réduire le délai global de consultation.

D- LA PROCEDURE INFRUCTUEUSE ET LA CONCLUSION DES AVENANTS

Il convient de noter que l'article L.1411-8 prévoit que le recours à une procédure de négociation directe avec une entreprise déterminée n'est possible que dans le cas où, après mise en concurrence, aucune offre n'a été proposée ou n'est acceptée par la collectivité publique.

Tout projet d'avenant à une convention de délégation de service public entraînant une augmentation du montant global supérieure à 5 % est soumis pour avis à la commission visée à l'article L.1411-5 du code général des collectivités territoriales (Commission d'ouverture des plis). L'assemblée délibérante qui statue sur le projet d'avenant est préalablement informée de cet avis (article L.1411-6).

E- LES DEROGATIONS

Cet ensemble de dispositions est applicable aux groupements des collectivités territoriales et aux autres établissements publics de ces collectivités (article L.1411-10). Mais l'article L.1411-12 indique que les règles des articles L.1411-1 à L.1411-11 du CGCT ne s'appliquent pas aux délégations de service public local lorsque la loi a institué un monopole au profit d'une entreprise ou lorsque ce service est confié à un établissement public ou à une société publique locale sur lesquels la personne publique exerce un contrôle comparable à celui

qu'elle exerce sur ses propres services et qui réalisent l'essentiel de leurs activités pour elle, ou le cas échéant les autres personnes publiques qui contrôlent la société, et à condition que l'activité déléguée figure expressément dans les statuts de l'établissement ou de la société (exemple : une régie communale dotée de la personnalité morale et de l'autonomie financière pour la délégation du service public de remontées mécaniques de sa commune de rattachement).

▣ NOTA

Aux termes de l'article L.1411-9 du code général des collectivités territoriales, les conventions de délégation de service public des communes et des EPCI sont transmises au Préfet dans un délai de 15 jours à compter de leur signature. Le Maire certifie, par une mention apposée sur la convention notifiée au titulaire de la délégation que celle-ci a bien été transmise, en précisant la date de cette transmission. Le Maire informe, dans un délai de 15 jours, le Préfet ou le Sous-Préfet de la date de notification de cette convention.

En outre, le code général des collectivités territoriales prévoit que le dispositif des délibérations approuvant une convention de délégation de service public, fait l'objet d'une insertion dans une publication locale diffusée dans la commune (article L.2121-24).

Enfin, lorsque la passation du contrat n'est pas soumise à publicité préalable, l'article R. 1411-2-1, combiné à l'article L. 551-15 du Code de justice administrative, prévoit que la convention de délégation de service public ne pourra faire l'objet d'un référé contractuel si l'autorité délégante publie au BOAMP un avis faisant connaître son intention de conclure le contrat au moins onze jours avant la conclusion dudit contrat.

Le Conseil d'Etat a cependant précisé que les contrats de délégation de service public ne sont pas soumis à l'obligation de notifier aux opérateurs économiques ayant présenté une offre la décision d'attribution du contrat avant sa signature, et qu'en conséquence seule l'hypothèse d'une absence totale de publicité ou une absence de publicité au JOUE lorsque celle-ci est requise, sont susceptibles d'entraîner l'annulation de la convention de délégation de service public par le juge des référés contractuels (CE, 25 octobre 2013, req. n°370393).

De la même manière, l'article R. 1411-2-2 du CGCT impose à l'autorité délégante de publier au BOAMP un avis d'attribution de la convention de délégation de service public. En l'absence d'une telle publication, la convention peut faire l'objet d'un référé contractuel jusqu'à l'expiration d'un délai de six mois à compter du lendemain du jour de sa conclusion.

Enfin, aux termes de l'article L.1411-2 du CGCT, une convention de délégation de service public doit être limitée dans sa durée, celle-ci étant déterminée par la collectivité en fonction des prestations demandées au délégataire. Lorsque les installations sont à la charge du délégataire, la convention de délégation doit tenir compte, pour la détermination de sa durée, de la nature et du montant de l'investissement à réaliser et ne peut dans ce cas dépasser la durée normale d'amortissement des installations mises en œuvre. Le Conseil d'Etat, dans une décision du 7 mai 2013, a considéré qu'en l'espèce, eu égard à l'impératif d'ordre public imposant de garantir, par une remise en concurrence périodique, la liberté d'accès des opérateurs économiques aux contrats de délégation de service public et la transparence des procédures de passation, la nécessité de mettre fin à une convention dépassant la durée prévue par la loi d'une délégation de service public constituait un motif d'intérêt général justifiant la résiliation unilatérale par la personne publique, sans qu'il soit besoin qu'elle saisisse le juge au préalable (CE, 7 mai 2013, req n° 365043).

La délégation de service public ne peut être prorogée que pour une durée d'un an maximum pour des motifs d'intérêt général ou lorsque le délégataire est contraint, à la demande du délégant, de réaliser des investissements matériels non prévus au contrat initial de nature à modifier l'économie générale de la délégation et qui ne pourraient être amortis pendant la durée de la convention restant à courir que par une augmentation de prix manifestement excessive. Ces dispositions s'appliquent lorsque les investissements matériels sont motivés par la bonne exécution du service public ; par l'extension du champ géographique de la délégation ; par l'utilisation nouvelle ou accrue d'énergies renouvelables ou de récupération, si la durée de la convention restant à courir avant son terme est supérieure à 3 ans ; par la réalisation d'une opération pilote d'injection et de stockage de dioxyde de carbone, à la condition que la prolongation n'excède pas la durée restant à courir de l'autorisation d'injection ou de stockage. La prolongation ne peut intervenir qu'après un vote de l'assemblée délibérante.