



Bien définir les besoins : une nécessité également pour les concessions

Le Conseil d'Etat continue à préciser les conditions d'application de la réforme des contrats de concession.

Dans un arrêt du 15 novembre dernier¹, le Conseil d'Etat illustre le degré de précision attendu de l'autorité délégante dans la définition des besoins au stade la procédure de passation.

La commune du Havre avait lancé une procédure de passation d'un contrat de concession portant sur l'exploitation du réseau de chaleur d'un quartier de la commune. La procédure de consultation demandait aux candidats de présenter :

- Une offre de base relative à l'exploitation du réseau de chaleur dans le quartier déterminé ;
- Une variante n°1 relative à « *un développement de proximité* » du réseau, sans plus précision ;
- Une variante n°2 portant sur d'autres quartiers de la ville, voire sur deux communes limitrophes ;
- Une variante libre, laissant aux candidats la possibilité de présenter un projet d'exploitation sur un périmètre encore plus large ;

Par ailleurs, la commune n'avait fixé qu'une durée maximum du contrat (24 ans) en laissant aux candidats le soin de fixer la « durée effective » du contrat en fonction des solutions envisagées dans leur offre.

Saisi dans le cadre d'une procédure de référé précontractuel, le Conseil d'Etat confirme l'annulation de la procédure de passation au motif que :

- Le périmètre de la concession n'était pas suffisamment défini ;
- Les investissements à réaliser et à amortir ne pouvaient, en conséquence, pas être déterminés avec précision par les candidats ;
- L'incertitude sur le périmètre et sur les investissements à réaliser empêchaient les candidats de fixer la durée de la concession ;

En rappelant l'exigence de définition précise et préalable de ses besoins par l'autorité délégante, le Conseil d'Etat apporte un éclairage utile sur l'utilisation des variantes (1.) et la détermination de la durée (2.) des contrats de concession.

1. L'utilisation des variantes est possible mais ne doit pas palier une imprécision du besoin de la collectivité

Les textes relatifs aux concessions ne traitent qu'indirectement de la possibilité de présenter des variantes, en précisant simplement que :

« l'autorité concédante ne peut pas rejeter une offre au motif qu'elle n'est pas conforme aux spécifications techniques et fonctionnelles, si le soumissionnaire prouve dans son offre, par tout moyen approprié, que les solutions qu'il propose respectent de manière équivalente ces spécifications »².

¹ [CE, 15 novembre 2017, Cne de Havre, n°412644](#)

² [Article 2 du décret n°2016-86 du 1^{er} février 2016 relatif aux contrats de concession](#)

Le Conseil d'Etat reconnaît implicitement la possibilité pour l'autorité délégante de demander la présentation de variantes, mais sanctionne leur imprécision.

En effet, aux termes de l'Ordonnance du 29 janvier 2016, le pouvoir adjudicateur doit définir la nature et l'étendue des besoins avant le lancement de la procédure. Cette définition doit notamment porter sur :

- Les prestations à réaliser, définies en fonction de spécifications techniques et fonctionnelles ;
- L'objet du contrat³ ;
- Le périmètre géographique de réalisation des prestations⁴ ;

2. L'autorité délégante peut fixer une simple durée maximum de la concession, à condition que les candidats disposent des éléments nécessaires pour proposer une durée effective dans leurs offres

Jusqu'à présent, le Conseil d'Etat n'avait accepté que l'indication d'une « fourchette » relative à la durée⁵.

Désormais, il consacre la possibilité pour l'autorité délégante de ne **prévoir qu'une durée maximale dans la procédure de passation**, charge aux candidats de présenter une durée effective dans leur offre.

Toutefois, le Conseil d'Etat rappelle que la durée des concessions doit être :

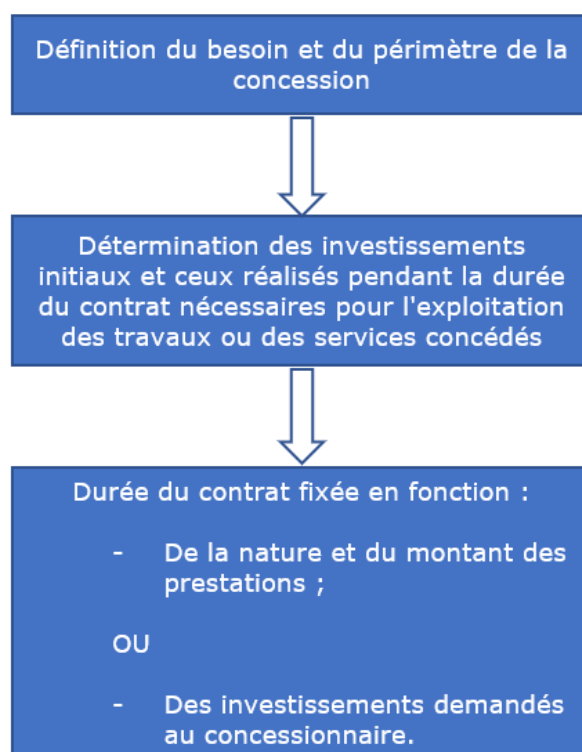
- Limitée dans le temps ;
- Fixée par l'autorité délégante, le cas échéant après proposition des candidats et négociation, en fonction de :
 - o La nature et du montant des prestations **ou**

- o des investissements demandés au concessionnaire⁶ et du temps nécessaire au concessionnaire pour amortir ces investissements avec un retour sur les capitaux investis⁷ ;

La nature des investissements à réaliser comprennent :

- Les investissements initiaux ;
- Ceux à réaliser durant la durée du contrat, nécessaires à l'exploitation des travaux ou du service concédé.

Le Conseil d'Etat estime qu'à défaut de définition préalable précise des besoins par l'autorité délégante, les candidats ne sont pas en mesure de déterminer les investissements à réaliser et, partant, de proposer une durée précise du contrat dans leur offre :



*

Article rédigé par Alexandre Delavay, avocat à la Cour

³ En ce sens : TA Pau, 28 novembre 2016, SAS Casino de Mimizan, req. n° 1602160

⁴ CE, 15 novembre 2017, Cne de Havre, n°412644

⁵ CE, 4 février 2009, Cte Urbaine d'Arras, n°312411

⁶ Article 34 de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession

⁷ Article 6 du décret n°2016-86 du 1^{er} février 2016 relatif aux contrats de concession