

On peut aussi relever les différences suivantes entre marché public et délégation de service public :

1. La logique de la délégation de service public sous-entend une plus grande autonomie de l'entreprise dans la gestion et l'organisation du service que dans un marché public. La délégation est un contrat d'objectifs et non de moyens, l'atteinte des objectifs est laissée aux risques et périls du délégataire. La délégation permet, d'une part, à la Collectivité compétente d'être déchargée de la gestion quotidienne du service et ainsi de pouvoir se concentrer sur ses missions de contrôle des prestations rendues par le délégataire et, d'autre part, de bénéficier du savoir-faire de l'entreprise privée.
2. La délégation de service public permet d'inclure des clauses concessives et donc de faire supporter des investissements à l'entreprise privée qui se charge de les financer dans le cadre du contrat. Le recours au marché public d'exploitation ne permet pas de faire financer par l'entreprise privée les investissements nécessaires à la gestion du service.

Par principe, la passation des marchés publics est soumise à une publicité et une mise en concurrence préalables (articles 41 et 42 de l'ordonnance 2015/899 du 23 juillet 2015 et articles 25 à 37 et 66 à 76 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016) selon les procédures suivantes :

- Les procédures formalisées (montant du marché supérieur aux seuils européens de 135 000 € HT pour les marchés de fournitures et de services de l'État ; 209 000 € HT pour les marchés de fournitures et de services des collectivités territoriales ; 418 000 € HT pour les marchés de fournitures et de services des entités adjudicatrices et ceux passés dans le domaine de la défense ou de la sécurité ; 5 186 000 € à 5 225 000 € HT pour les marchés publics de travaux et pour les contrats de concessions) :
 - ✓ 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 (sans négociation) ;
 - ✓ La procédure concurrentielle avec négociation par laquelle un pouvoir adjudicateur négocie les conditions du marché public avec un ou plusieurs opérateurs économiques (pouvoir adjudicateur) ou 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 (entité adjudicatrice) ;
 - ✓ 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 (échange avec les candidats pour trouver des solutions pour répondre au besoin de la personne publique) ;
- La procédure adaptée dont les modalités sont déterminées par l'acheteur (montant du marché inférieur aux seuils européens mais supérieurs au seuil de 25.000 euros HT) ;
- La procédure négociée sans publicité ni mise en concurrence préalables (montant du marché inférieur au seuil européen de 25.000 euros HT).

Depuis la réforme du droit des concessions entrée en vigueur le 1er avril 2016, les contrats de concession sont limités dans leur durée, laquelle doit être déterminée par l'autorité concédante en fonction de la nature et du montant des prestations ou des investissements demandés au concessionnaire (article 34 de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession), étant entendu que, pour les contrats de concession d'une durée supérieure à cinq ans, la durée du contrat ne doit pas excéder le temps raisonnablement escompté par le concessionnaire pour qu'il amortisse les investissements réalisés pour l'exploitation des ouvrages ou services avec un retour sur les capitaux investis, compte tenu des investissements nécessaires à l'exécution du contrat (article 6 du décret n° 2016-86 du 1er février 2016 relatif aux contrats de concession).

Les différentes formes de délégation de service public

La concession

Classiquement, la concession se définit comme :

- Le fait qu'au début de l'exploitation, le concessionnaire fait l'avance des frais de premier établissement du service (construction du réseau et de tous les ouvrages nécessaires au fonctionnement du service) et du fonds de roulement nécessaire à l'exploitation ;
- Le fait que, pendant toute la durée de la concession, le concessionnaire exploite le service "à ses risques et périls", qu'il en assume la direction, qu'il choisit, rémunère et surveille lui-même le personnel du service, qu'il entretient et renouvelle lui-même, à ses frais, les installations et qu'il achète tout l'outillage et le matériel nécessaire à l'exploitation ;
- Le fait qu'en échange de ces services, le concessionnaire est rémunéré par la perception de redevances sur les usagers, lesquelles doivent normalement lui permettre de couvrir les intérêts et l'amortissement du capital qu'il a engagé et de dégager un bénéfice net dont il garde tout le profit pour lui-même.

De plus, les installations sont remises gratuitement à la Collectivité en fin de contrat.

L'avantage de la concession est qu'elle permet à la Collectivité de mettre en œuvre des programmes de travaux neufs ou de renouvellement en les laissant à la charge du délégataire. Cela nécessite une définition très précise des travaux d'où une perte de souplesse (programmation à faire sur la durée du contrat et non annuellement). Les contrats de concession peuvent devenir intéressants si la Collectivité ne peut (faute de moyens internes suffisants) ou ne souhaite pas financer les travaux de premier établissement ou si elle attend des économies conséquentes du fait que le concessionnaire, constructeur, financeur et exploitant, choisisse la solution technique qui lui garantisse le meilleur coût sur la globalité du projet (arbitrages investissement / exploitation notamment).



Le contrat de concession est évoqué ici à seule fin d'exhaustivité, ce n'est pas en soi un "pur" contrat d'exploitation, c'est aussi un contrat de conception – financement – réalisation.

L'affermage

L'affermage est une délégation de service public dans laquelle la Collectivité assume les dépenses de premier établissement et la construction des ouvrages. Autrement dit, le fermier reçoit un outil prêt à servir et il n'a à faire que l'avance du seul fonds de roulement (CE, 3 juin 1987, Sté Nîmoise de tauromachie et de spectacles).

La Loi Barnier votée le 2 Février 1995 fixe la durée maximale des contrats à 20 ans, obligation que l'arrêt Olivet du Conseil d'Etat du 8 avril 2009 est venu renforcer. La Loi Mazeaud du 8 Février 1995 impose plus de transparence aux délégataires sur la performance de l'exploitation. La récente Loi sur l'eau et les milieux aquatiques (LEMA) du 30 Décembre 2006 renforce encore le contrôle sur les délégataires. L'affermage est donc aujourd'hui un contrat très encadré.

L'affermage se distingue donc de la concession n'ayant pour objet que de confier à une personne l'exploitation d'un service public, à l'exclusion donc de toute autre prestation, notamment la réalisation des travaux d'établissement nécessaires à l'exploitation du service public, alors que ces derniers sont à la charge du titulaire dans le contrat de concession. Le fermier n'a d'autre charge que les travaux d'entretien courant et de renouvellement des ouvrages et installations qui lui ont été confiés par la collectivité affermante. Cela dit, il est possible d'avoir dans le contrat des "clauses concessives" par lesquelles le délégataire est tenu de réaliser certains ouvrages.

Le fermier est rémunéré comme le concessionnaire par des redevances perçues auprès des usagers. Toutefois, cette rémunération étant établie en tenant compte uniquement des charges afférentes à l'exploitation du service public affermé, il ne conserve pas la totalité des sommes perçues sur les usagers du service. Il verse en principe à la collectivité une redevance (CE, 29 avril 1987, Commune d'Elancourt). En effet, la collectivité affermante, pour payer les intérêts et rembourser les annuités des emprunts qu'elle a dû contracter pour construire les ouvrages, peut demander à son fermier d'encaisser pour son compte une "surtaxe" auprès des usagers du service. C'est la différence entre les recettes que le fermier percevra et les sommes qu'il reversera à la collectivité qui représentera sa rémunération.

L'affermage se caractérise généralement par une durée plus courte que la concession (10 à 12 ans en moyenne aujourd'hui). En effet, n'ayant pas réalisé les ouvrages et installations qu'il exploite, le fermier n'a pas de capitaux importants à amortir. De ce fait, la prise de risques financiers par le fermier est considérablement atténuée par rapport à la concession (cf. 0).

Toutefois, il est possible de rencontrer des contrats d'affermage dans lesquels il a été prévu une durée plus longue, du fait de clauses concessives qui nécessitent d'amortir les investissements. Le contrat d'affermage peut apparaître comme la suite naturelle de la concession lorsqu'il s'agit