

(Version de septembre 2019)

## 1. La notion de concession

### 1.1. La notion de concession

Le droit de l'Union européenne ne connaît que deux catégories de contrats en matière de commande publique : les **marchés publics**, régis par les directives [2014/24/UE](#), [2014/25/UE](#) et [2009/81/CE](#), et les **contrats de concession**, régis par la directive [2014/23/UE](#).

La directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession (Journal Officiel de l'Union européenne du 28 Mars 2014) reconnaît pour la première fois la spécificité des concessions en leur consacrant un texte de droit dérivé. En effet, les concessions de travaux étaient jusqu'à présents soumises à des dispositions de base des directives relatives aux marchés publics.

La directive [2014/23/UE](#) a été transposée en droit interne par l'ordonnance [n° 2016-65](#) du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession et le décret [n° 2016-86](#) du 1<sup>er</sup> février 2016 relatif aux contrats de concession. Ces textes ont été ensuite codifiés au sein du code de la commande publique, qui est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> avril 2019.

L'article L. 1121-1 du code de la commande publique définit les **contrats de concession** comme les contrats conclus par écrit, par lesquels une ou plusieurs autorités concédantes soumises au code confient l'exécution de travaux ou la gestion d'un service à un ou plusieurs opérateurs économiques, à qui est transféré un risque lié à l'exploitation de l'ouvrage ou du service, en contrepartie soit du droit d'exploiter l'ouvrage ou le service qui fait l'objet du contrat, soit de ce droit assorti d'un prix. Il précise que : *« La part de risque transférée au concessionnaire implique une réelle exposition aux aléas du marché, de sorte que toute perte potentielle supportée par le concessionnaire ne doit pas être purement théorique ou négligeable. Le concessionnaire assume le risque d'exploitation lorsque, dans des conditions d'exploitation normales, il n'est pas assuré d'amortir les investissements ou les coûts qu'il a supportés, liés à l'exploitation de l'ouvrage ou du service, qu'il a supportés. »*

Il existe **deux types de contrats** de concession : les contrats de concession de travaux et les contrats de concession de services.

**Les contrats de concession de travaux** ont pour objet soit l'exécution, soit la conception et l'exécution de travaux dont la liste figure dans un avis annexé au code ou soit la réalisation, soit la conception et la réalisation, par quelque moyen que ce soit, d'un ouvrage répondant aux exigences fixées par l'autorité concédante (article L. 1121-2 du code de la commande publique).

**Les contrats de concession de services** ont pour objet la gestion d'un service (article L. 1121-3 du code de la commande publique). Ils peuvent consister à concéder la gestion d'un service public. Dans ce cas,

et lorsqu'ils sont conclus par une collectivité territoriale ou un établissement public local, ils sont qualifiés de « contrats de délégation de service public » (article [L. 1411-1](#) du code général des collectivités territoriales, ci-après CGCT). Certains services publics ne peuvent être délégués et doivent être assurés en régie directe [v. fiche « *Gestion en régie directe* »]. Un contrat de mobilier urbain a été qualifié, compte tenu de ses stipulations, de contrat de concession de services (CE, 5 février 2018, Ville de Paris et société des mobiliers urbains pour la publicité et l'information, n° 416581 et autres).

Le concessionnaire peut être chargé de construire un ouvrage ou d'acquérir des biens nécessaires au service.

Lorsqu'un contrat de concession porte à la fois sur des travaux et des services, il est un contrat de concession de travaux si son objet principal est de réaliser des travaux (article L. 1121-4 du code de la commande publique).

De manière générale, le contrat de concession se distingue d'un marché public par le **transfert du risque lié à l'exploitation de l'ouvrage ou du service** au concessionnaire. La part de risque transférée implique une exposition réelle aux aléas du marché : le concessionnaire n'est pas assuré d'amortir les investissements ou les coûts liés à l'exploitation de l'ouvrage ou du service qu'il a supportés. En particulier, le contrat de concession ne doit pas être confondu avec un marché de partenariat (v. fiche « *Marchés publics* »).

Le Conseil d'Etat a ainsi estimé, à propos d'un contrat prévoyant que le titulaire assurerait à titre gratuit l'exploitation, la maintenance et l'entretien de mobiliers urbains destinés notamment à l'information municipale et qu'il serait rémunéré par les recettes tirées de la vente d'espaces à des annonceurs publicitaires, que ce titulaire est exposé aux aléas de toute nature susceptibles d'affecter le volume et la valeur de la demande d'espaces de mobilier urbain par les annonceurs publicitaires sur le territoire de la commune, sans qu'aucune stipulation du contrat ne prévoie la prise en charge, totale ou partielle, par la commune des pertes qui pourraient en résulter. Il en a déduit que ce contrat constituait un contrat de concession et non un marché public (CE, 25 mai 2018, Société Philippe Védiaud Publicité et Commune de Saint-Thibault-des-Vignes, n° 416825, 416947).

## 1.2. Les règles actuelles s'imposant aux autorités concédantes

Posées à l'origine par la loi du 20 janvier 1993 pour les délégations de service public et par l'ordonnance du 15 juillet 2009 pour les concessions de travaux publics, les règles applicables à l'ensemble des contrats de concession sont fixées aujourd'hui par le code de la commande publique. Certaines règles spécifiques relatives aux contrats de concession passés par les collectivités territoriales et leurs groupements, et en particulier aux délégations de service public, sont prévues également par les articles [L. 1410-1](#) et [suivants](#) du CGCT. Des règles complémentaires spécifiques à certains domaines (concessions de transport, concessions d'aménagement....) peuvent également être posées par d'autres textes.

Le code de la commande publique n'inclut pas dans son champ d'application les contrats conclus dans le cadre de relations internes au secteur public (quasi-régies, entreprises liées, etc...).

Les contrats de concession doivent en principe faire l'objet d'une **procédure de publicité préalable** permettant la présentation de plusieurs offres concurrentes, l'avis devant être publié, pour les concessions entrant dans le champ de la directive [2014/23/UE](#), au Journal officiel de l'Union européenne, au BOAMP ou dans un JAL, ainsi que dans une publication spécialisée. Les obligations procédurales imposées aux autorités concédantes varient selon le montant et l'objet du contrat. (sur ce point, il est possible de se référer à la fiche technique relative aux modalités de publicité applicables à la passation des contrats de concession de la direction des affaires juridiques du ministère de l'économie et des finances, qui est mise

en ligne sur le site de la DAJ : <https://www.economie.gouv.fr/daj/modalites-publicite-contrats-concessions-2019> (mise à jour le 1<sup>er</sup> avril 2019).

En particulier, au-dessus du seuil européen (5 548 000 € HT), l'autorité concédante est tenue non seulement d'indiquer les critères d'attribution du contrat de concession mais aussi de les hiérarchiser et de publier à l'issue de la procédure de sélection du concessionnaire un avis d'attribution (articles R. 3124-4 et -5 du code de la commande publique).

L'autorité concédante doit indiquer de manière suffisamment précise la nature et l'étendue des besoins à satisfaire (cf. à propos d'un règlement de consultation se bornant, d'une part, à indiquer que la concession portant sur l'exploitation d'un réseau public de chaleur pourra comprendre l'exploitation de ce réseau dans un seul quartier de la commune ou un ou plusieurs quartiers de la commune voire de deux communes voisines ou éventuellement un périmètre encore plus large et, d'autre part, à fixer une durée maximale : CE, 15 novembre 2017, Commune du Havre, n° 412644).

L'autorité concédante peut recourir à la négociation.

Le contrat de concession est attribué au soumissionnaire qui a présenté la meilleure offre au regard de l'avantage économique global pour l'autorité concédante sur la base de plusieurs critères objectifs, précis et liés à l'objet du contrat de concession ou à ses conditions d'exécution. Lorsque la gestion d'un service public est concédée, l'autorité concédante se fonde également sur la qualité du service rendu aux usagers.

Les critères d'attribution n'ont pas pour effet de conférer une liberté de choix illimitée à l'autorité concédante et garantissent une concurrence effective.

Un contrat de concession peut toutefois, conformément à l'article L. 3121-2 du code de la commande publique, être conclu **sans publicité ni mise en concurrence préalables** lorsque en raison notamment de l'existence d'une première procédure infructueuse ou d'une urgence particulière, le respect d'une telle procédure est inutile ou impossible ou manifestement contraire aux intérêts de l'autorité concédante. (par exemple lorsque le contrat ne peut être attribué qu'à un opérateur économique déterminé pour des raisons techniques, artistiques ou tenant à la protection de droits d'exclusivité ou lorsqu'aucune candidature ou aucune offre n'a été reçue ou lorsque seules des candidatures irrecevables ou des offres inappropriées ont été déposées).

Sous l'empire de dispositions antérieures, le Conseil d'Etat a jugé que : « *En cas d'urgence résultant de l'impossibilité soudaine dans laquelle se trouve la personne publique, indépendamment de sa volonté, de continuer à faire assurer le service par son cocontractant ou de l'assurer elle-même, elle peut, lorsque l'exige un motif d'intérêt général tenant à la continuité du service public, conclure, à titre provisoire, un nouveau contrat de délégation de service public sans respecter au préalable les règles de publicité prescrites* » (CE, 4 avril 2016, *communauté d'agglomération du centre de la Martinique*, n°396191). Le Conseil d'Etat a confirmé cette jurisprudence en précisant que la durée du contrat conclu à titre provisoire ne peut excéder celle requise pour mettre en œuvre une procédure de publicité et de mise en concurrence, si la personne publique entend poursuivre l'exécution de la concession, ou, au cas contraire, lorsqu'elle a la faculté de le faire, pour organiser les conditions de sa reprise en régie ou pour en redéfinir la consistance (CE, 14 février 2017, *Société de manutention portuaire d'Aquitaine et Grand Port Maritime de Bordeaux*, n° 405157, 405183).

Par ailleurs, les concessions doivent être **limitées dans leur durée**. Cette durée est déterminée par l'autorité concédante en fonction de la nature et du montant des prestations ou des investissements demandés au concessionnaire (article L. 3114-7 du code de la commande publique). Les investissements s'entendent comme les investissements initiaux ainsi que ceux devant être réalisés pendant la durée du contrat de concession, nécessaires pour l'exploitation des travaux ou des services concédés. Sont notamment considérés comme tels les travaux de renouvellement, les dépenses liées aux infrastructures, aux droits d'auteur, aux brevets, aux équipements, à la logistique, au recrutement et à la formation du personnel. Pour les contrats de concession d'une durée supérieure à cinq ans, la durée du contrat n'excède pas 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. Dans le domaine de l'eau potable, de l'assainissement, des ordures ménagères et autres déchets, les contrats de concession ne peuvent avoir une durée supérieure à vingt ans sauf examen préalable par l'autorité compétente de l'Etat, à l'initiative de l'autorité concédante, des justificatifs de dépassement de cette durée (pour aller plus loin, voir la fiche technique relative à la détermination de la valeur estimée et de la durée des concessions de la direction des affaires juridiques du ministère de l'économie et des finances : <https://www.economie.gouv.fr/daj/determination-valeur-estimee-duree-contrats-concessions-2019>).

Dans une logique d'« open data », les « **données essentielles** » du contrat de concession doivent, sauf exceptions, être rendues **accessibles au public** (article L. 3131-1 du code de la commande publique).

## 2. La concession de services permet d'externaliser une activité économique

---

Les concessions de services ne concernent pas nécessairement un service public. Toutefois, c'est le plus souvent l'exploitation de services tels que la distribution d'eau potable, les parcs de stationnement, les pompes funèbres, les abattoirs... qui est déléguée.

### 2.1. La concession de services peut revêtir plusieurs formes

Le premier usage économique de la concession de services consiste à externaliser une activité économique d'une personne publique. Le choix de l'externalisation peut résulter de la technicité de l'activité, du manque de moyens matériels et humains à la disposition de la collectivité pour l'assurer ou de la volonté de prémunir cette dernière du risque d'exploitation que cette activité représente pour son équilibre budgétaire.

La collectivité publique conserve, néanmoins, la maîtrise du service, dans la mesure où l'opérateur économique est tenu de rendre compte de sa gestion sur les plans technique et financier.

Cette externalisation est plus ou moins importante en fonction du type de contrat de concession qui est privilégié. Les critères de distinction entre ces différents types de contrats ont été posés par la jurisprudence. Ils correspondent notamment aux modalités de rémunération du concessionnaire et à l'obligation ou non pour celui-ci de réaliser des investissements.

Ainsi, il peut être demandé au concessionnaire non seulement de gérer le service mais également de réaliser les investissements nécessaires. L'activité est donc entièrement externalisée. C'est ce type de

contrat que la jurisprudence désignait autrefois, lorsqu'un service public était délégué, comme une « concession » (CE, 30 mars 1916, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*, [n° 59928](#)).

**L'affermage** se distingue du procédé précédent, les équipements nécessaires à l'exploitation du service concédé étant fournis au « fermier » (le cocontractant) par l'autorité concédante. Le fermier est ainsi simplement chargé de l'exploitation du service. Le contrat peut néanmoins prévoir que certains travaux de maintenance ou de rénovation sont à la charge du fermier (CE, 29 avril 1987, *Commune d'Elancourt*, [n° 51022](#)). La rémunération du fermier est tirée de l'exploitation du service mais le fermier est tenu de verser une contribution à la personne publique en contrepartie de la fourniture de l'ouvrage. La durée des conventions d'affermage est en général plus courte que celle des « concessions » au sens jurisprudentiel.

**La régie intéressée** est un mode de délégation mixte d'un service par lequel le cocontractant est chargé de faire fonctionner ce service, mais il est rémunéré par la collectivité, qui demeure responsable de la direction du service. Ainsi, la rémunération du cocontractant est composée d'une partie fixe versée par la collectivité (« redevance ») et d'une partie indexée sur les résultats d'exploitation. En fonction du niveau de risque assumé par le concessionnaire, la régie intéressée pourra être qualifiée de marché public ou de concession de service (v. par exemple, sous l'empire de la loi du 29 janvier 1993, CE 30 juin 1999, *Syndicat mixte du traitement des ordures ménagères centre ouest Seine-et-Marnais*, [n° 198147](#)).

**La gérance** repose sur les mêmes principes que la régie intéressée. Toutefois, le contrat de gérance se distingue de la régie intéressée par le fait que la collectivité décide seule de la fixation des tarifs applicables aux usagers. De plus, le risque financier est assumé par la collectivité, puisque celle-ci conserve le bénéfice ou, en cas de déficit, rembourse celui-ci au gérant qui perçoit une rémunération forfaitaire. Le contrat de gérance s'apparente ainsi à un marché de services (CE, 7 avril 1993, *Commune de Guilhaum-Granges*, [n° 156008](#)).

Lorsqu'un contrat procède à la concession de travaux ou de services tout en emportant occupation du domaine public, il vaut autorisation d'occupation de ce domaine pour sa durée. Les règles applicables sont alors celles applicables aux contrats de concession. Le juge administratif en avait déjà jugé ainsi, sous le régime de la loi du 29 janvier 1993, pour les concessions d'outillage public (CE, 20 décembre 2000, *Chambre de commerce et d'industrie du Var*, [n° 217639](#)) ou les sous-concessions de plage dans lesquelles le sous-concessionnaire doit veiller à la salubrité et à la sécurité de la baignade (CE, 21 juin 2000, *SARL Plage chez Joseph*, [n° 212100](#)). Le Conseil d'Etat a jugé qu'une convention de terminal conclue dans le cadre de l'article R. 5312-84 du code des transports entre le grand port maritime de Bordeaux et une société, confiant à cette dernière le soin de réaliser les investissements nécessaires, d'assurer la pérennité de l'exploitation et de permettre le développement de l'activité conteneurs d'un terminal portuaire, devait être regardée, compte tenu des engagements réciproques des parties, non comme une simple convention d'occupation du domaine public, mais comme une convention de services (CE, 14 février 2017, *Société de manutention portuaire d'Aquitaine et Grand Port Maritime de Bordeaux*, n° 405157, 405183).

## 2.2. La concession, mode temporaire de gestion

Comme indiqué au 1.2., la durée de la concession est nécessairement limitée. A l'expiration du contrat de concession, la collectivité peut décider de conclure un nouveau contrat, le cas échéant avec le concessionnaire, sous réserve du respect des règles de mise en concurrence, ou de reprendre la gestion du service en régie directe.

Il peut également être mis fin, à titre de sanction ou pour un motif d'intérêt général, à un contrat de concession avant le terme prévu. Dans le second cas, la collectivité concédante doit indemniser son cocontractant.

→ **Pour approfondir** Pour la question de la reprise en régie directe de la gestion d'un service public, v. fiche « *Gestion en régie directe* ».

### 2.3. Les activités non déléguables

Un service public est en principe déléguable, qu'il présente un caractère administratif ou industriel et commercial, « *sous réserve toutefois que le service ne soit pas au nombre de ceux qui, par leur nature ou par la volonté du législateur, ne peuvent être assurés que par la collectivité territoriale* » (CE, avis du 7 octobre 1986, n° [340609](#)).

Ainsi, la gestion de certaines activités de service public ne peut être déléguée, comme les activités de « *police administrative générale inhérentes à l'exercice de la 'force publique' nécessaire à la garantie des droits* » (CC, déc. n° [2011-625](#) DC du 10 mars 2011 sur la loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure, cons. 19).

## 3. La concession peut également être utilisée comme un instrument de politique économique

---

### 3.1. Cadre général

Cette **utilisation stratégique des concessions** est désormais envisagée au niveau européen par la directive [2014/23/UE](#) .

Le recours aux concessions « *joue un rôle essentiel parmi les instruments de politique économique pour parvenir à une croissance intelligente, durable et inclusive tout en garantissant une utilisation optimale des deniers publics* » (cf. [communication](#) de la Commission européenne du 3 mars 2010 intitulée « Europe 2020, pour une croissance intelligente, durable et inclusive »).

Les modifications apportées par la directive doivent ainsi permettre :

- d'améliorer les possibilités d'accès des petites et moyennes entreprises aux marchés des concessions (directive [2014/23/UE](#), 26 février 2014, cons. 1, 4 et 63) ;
- de favoriser le développement de l'innovation (même directive, cons. 3) ;
- d'inclure, parmi les critères d'attribution, des critères sociaux ou environnementaux (même directive, cons. 73).

Le code de la commande publique, qui transpose la directive, prévoit (articles L. 3111-1 et suivants) que la nature et l'étendue des besoins à satisfaire sont déterminées avant le lancement de la consultation en prenant en compte des objectifs de développement durable dans leurs dimensions économique, sociale et environnementale. Il précise que les prestations à réaliser sont définies par référence à des spécifications techniques et fonctionnelles. Pour attribuer le contrat de concession, l'autorité concédante se fonde sur une **pluralité de critères non discriminatoires**, parmi lesquels peuvent figurer notamment des **critères environnementaux, sociaux, relatifs à l'innovation** (article R. 3124-4). Les conditions d'exécution d'un contrat de concession peuvent prendre en compte des considérations

relatives à l'économie, à l'innovation, à l'environnement, au domaine social ou à l'emploi, à condition qu'elles soient liées à l'objet du contrat de concession.(article L. 3114-2).

Il est également à noter que l'article L. 3112-1 du code de la commande publique admet que des groupements soient constitués entre des autorités concédantes ou entre une ou plusieurs autorités concédantes et une ou plusieurs personnes morales de droit privé qui ne sont pas des autorités concédantes soumises au code afin de passer conjointement un ou plusieurs contrats de concession.

L'autorité concédante peut ainsi utiliser la concession comme **levier d'action économique** à plusieurs stades :

- *en amont de la passation* : identification des leviers économiques potentiels ; possibilité d'un dialogue très en amont avec les entreprises afin d'exprimer les besoins des personnes publiques grâce à différentes plateformes et d'orienter l'offre des entreprises (organisation de forums/salons dédiés, consultation des organismes représentatifs du marché, communication dédiée...);
- *au stade de la définition des modalités de candidature* : adaptation des modalités de candidature afin de faciliter l'accès de certaines catégories d'entreprises aux contrats de concession ;
- *au stade de la rédaction des critères de sélection* : rédaction et hiérarchisation des critères de sélection de manière à orienter l'offre des soumissionnaires vers des objectifs préalablement définis.

### **3.2. Faciliter l'accès de certaines entreprises, notamment les PME, aux contrats de concession**

Il revient aux autorités concédantes d'identifier les **catégories d'entreprises à cibler en priorité** (PME, entreprises innovantes, entreprises issues de l'économie sociale et solidaire...). En facilitant l'accès de certaines catégories d'entreprises aux contrats de concession, l'autorité concédante doit rester vigilante quant aux risques de violation des principes d'égalité d'accès à la commande publique et de traitement équitable des candidats.

L'importance stratégique du **soutien des petites et moyennes entreprises (PME)** pour l'économie a notamment été affirmée à plusieurs reprises par les institutions de l'Union européenne, notamment par la communication de la Commission appelant à un « *small business act* pour l'Europe » ([communication](#) de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au comité économique et social européen et au comité des régions du 25 juin 2008, *Think small first : priorité aux PME, un 'small business act' pour l'Europe*).

La catégorie des petites et moyennes entreprises regroupe les entreprises employant moins de 250 personnes et ayant un chiffre d'affaires annuel n'excédant pas 50 millions d'euros ou un total de bilan n'excédant pas 43 millions d'euros ([art. 3](#) du décret n° 2008-1354 du 18 décembre 2008 relatif aux critères permettant de déterminer la catégorie d'appartenance d'une entreprise pour les besoins de l'analyse statistique et économique).

Plusieurs procédés sont envisageables.

#### **3.2.1. Agir en amont de la procédure de passation**

Noier un **dialogue avec les catégories d'entreprises ciblées** en amont du processus de sélection des candidats permet de faciliter l'accès de ces entreprises aux contrats. Il s'agit, à ce titre, de diffuser une information spécifique à destination des PME, à la fois sur les modalités de présentation des candidatures et sur les besoins des autorités concédantes. L'organisation d'un dialogue permet à la fois

de transmettre des informations aux entreprises et d'identifier les freins de ces entreprises à l'accès aux contrats.

### **3.2.2. Adapter aux caractéristiques des PME les garanties exigées des candidats**

La commission des délégations de service public de la collectivité territoriale délégante dresse une liste des candidats admis à présenter une offre après avoir examiné leurs garanties financières et professionnelles ([art. L. 1411-5](#) du CGCT). Concernant les garanties financières, peuvent être pris en compte différents éléments comme le chiffre d'affaires (CE, 21 juin 2000, *Syndicat intercommunal Côte d'Amour et presque île guérandaise*, n° 209319) ou le taux d'endettement. De tels critères conduisent souvent à privilégier *de facto* les grandes entreprises, au détriment des PME. **Favoriser l'accès des PME aux concessions** implique donc de prendre en compte d'autres critères.

### **3.2.3. Contracter avec des groupements d'entreprises**

Des **groupements d'opérateurs économiques** sont autorisés à se porter candidats (article R. 3123-9). L'autorité concédante est tenue d'indiquer aux entreprises candidates de quelle manière les groupements d'entreprises doivent remplir les garanties imposées aux opérateurs économiques candidatant à titre individuel.

### **3.2.4. Imposer au soumissionnaire de confier une part minimale des travaux ou services à des PME**

Le concessionnaire peut confier à des tiers l'exécution d'une part des services et des travaux, même s'il demeure personnellement responsable de l'exécution de toutes les obligations résultant du contrat de concession. L'article L. 3114-9 du code de la commande publique prévoit que l'autorité concédante peut imposer aux soumissionnaires de **confier à des petites et moyennes entreprises une part minimale des travaux ou services** faisant l'objet du contrat de concession. Cette part ne peut alors être inférieure à 10 % de la valeur globale estimée du contrat de concession (article R. 3114-5 du code de la commande publique).

## **3.3. Privilégier les offres technologiquement innovantes**

Outre l'établissement d'un dialogue avec les entreprises en amont de la procédure de sélection des candidats, qui permet aux autorités concédantes d'exprimer leurs besoins et d'attirer l'attention des opérateurs sur le développement d'innovations technologiques pertinentes, les deux instruments suivants peuvent être utilisés.

### **3.3.1. Inclure, dans les avis de concession, des variantes**

Ces variantes peuvent permettre à certains candidats de présenter des **solutions technologiquement innovantes**. L'abandon d'une variante durant la procédure ne constitue pas nécessairement une irrégularité au regard des obligations de mise en concurrence (décision *Syndicat intercommunal Côte d'Amour et presque île guérandaise*, préc.).

Les candidats sont également autorisés à présenter des **variantes spontanées**, à condition qu'elles ne bouleversent pas l'économie du contrat.

### **3.3.2. Pendre en compte l'innovation technologique dans les critères de sélection**

L'autorité concédante peut faire figurer des **éléments technologiques** parmi les critères de sélection du candidat.



Selon l'article R. 3124-5 du code de la commande publique, l'autorité concédante fixe les **critères d'attribution par ordre décroissant d'importance** mais elle peut modifier, à titre exceptionnel, l'ordre des critères pour tenir compte du caractère innovant d'une solution présentée dans une offre. Une telle modification ne doit pas être discriminatoire. Une offre est considérée comme présentant une solution innovante lorsqu'elle comporte des **performances fonctionnelles d'un niveau exceptionnel** et qu'elle ne pouvait être prévue par une autorité concédante diligente. L'autorité concédante publie alors un nouvel avis de concession ou envoie une nouvelle invitation à présenter une offre, en fonction de l'organisation de la procédure d'attribution qu'elle a retenue.

En dépit de cette possibilité d'intégrer des éléments technologiques dans les critères de sélection, il n'est pas possible pour la collectivité délégante de retenir un candidat présentant une offre structurellement et manifestement déficitaire. Un tel choix constituerait une erreur manifeste d'appréciation, justifiant l'annulation de la concession (pour une illustration dans la jurisprudence : CAA Lyon, 12 juin 2014, *Société Semerap*, n° 13LY01340).

### **3.4. Inclure des clauses sociales et environnementales dans les contrats de concession**

Des **clauses sociales et environnementales**, reconnues pour les marchés publics[v. fiche « *Marchés publics* »] peuvent être également incluses dans des contrats de concession, à condition qu'elles soient liées à l'objet du contrat de concession.

De telles clauses sont susceptibles d'imposer, par exemple :

- l'insertion par l'activité économique de personnes rencontrant des difficultés sociales, définie notamment à l'article [L. 5132-1](#) du code du travail ;
- le respect d'exigences ayant trait au développement durable (traitement des déchets, économie d'énergie...);
- le recours à des acteurs économiques issus de l'économie sociale et solidaire, comme définie à l'article [1<sup>er</sup>](#) de la loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire.

Il convient néanmoins de ne pas poursuivre plusieurs objectifs simultanément, afin d'éviter qu'ils n'entrent en contradiction les uns avec les autres ou nuisent à l'évaluation de l'efficacité de la procédure engagée pour les atteindre (règle du « un outil-un objectif »).

La durée, souvent assez longue, du contrat de concession, rend ce levier d'action économique particulièrement utile.