

2313

L'efficacité de la commande publique, introduction

Actes de colloque

Olivier GOUT,

professeur à l'université Jean Moulin Lyon 3,
doyen de la Faculté de droit

François LICHÈRE,

professeur agrégé de droit public –
université Jean Moulin Lyon 3 –
directeur de la Chaire de droit des contrats publics



Il m'est particulièrement agréable de présenter cette manifestation pour deux raisons.

D'abord parce que ce colloque, s'inscrit dans le cadre de la chaire de droit des contrats publics dont le professeur François Lichère est le directeur. Cette chaire, disons-le d'emblée, symbolise ce qui se fait de mieux à l'Université puisqu'elle a pour objet de mettre en place un réseau composé d'universitaires et de praticiens pour que chacun puisse partager son expertise et mettre ses compétences et connaissances au service des autres (<https://chairedcp.univ-lyon3.fr>). C'est un lieu de recherche et de dialogue qui entend influencer sur les pratiques ou du moins les rendre plus adaptées aux préoccupations des différents acteurs.

Souvent, les juristes universitaires éprouvent des difficultés à expliquer ou à faire entendre en quoi consiste la recherche en droit et à quoi elle sert. Cette chaire en est l'illustration par excellence puisqu'elle met en évidence l'idée que la recherche universitaire pourra peser sur les pratiques, voire, puisque c'est un des objectifs de la chaire, prévenir des litiges.

Ensuite parce que les colloques sont des outils de diffusion des connaissances. Ils sont un vecteur permettant de nourrir et d'enrichir la pensée par la mise à disposition au public des réflexions que chacun mène dans le cadre de ses travaux individuels ou dans le cadre collectif des unités de recherches.

Cette manifestation est le fruit d'une collaboration entre la chaire de droit des contrats publics, mais aussi l'équipe de droit public de Lyon, l'institut d'Études administratives et France urbaine. Elle est dirigée scientifiquement par les professeurs François Lichère et Laurent Richer. Elle porte sur « *L'efficacité de la commande publique* ». Ainsi formulé de façon affirmative, l'intitulé peut paraître un brin provocateur pour ceux qui pratiquent les marchés publics, et qui relèvent de la commande publique, comme les universités. Qui parmi nous n'a pas pesté contre ces marchés qui se révèlent contraignants et parfois peu avantageux une fois qu'ils ont été passés ? Mais bien sûr, ce n'est pas moi, un professeur de droit privé, qui vais vous faire la leçon et qui est le plus autorisé pour en juger. De surcroît cette journée de réflexion est, lorsqu'on découvre le programme, dédiée notamment à expertiser cette efficacité. Et le lecteur ne sera pas déçu.

O. Gout

L'efficacité apparaît au frontispice du Code de la commande publique et pourtant rares sont les études existantes sur la question. Aussi le 2^e colloque de la Chaire de droit des contrats publics se proposa d'étudier d'abord la notion (contenu, valeur juridique).

Il convenait ensuite de tester l'affirmation contenue dans l'article L. 3 du Code : les principes de libre accès, d'égalité des candidats et de transparence des procédures sont-ils garants de

l'efficacité ? En particulier, les règles de passation sont-elles des causes de difficultés d'exécution ou des facteurs de prévention de ces difficultés ? L'encadrement juridique de l'achat public est-il un vecteur ou un obstacle à l'efficacité ? Où est-on de la professionnalisation de l'achat public ? Quel impact du juge administratif et du juge pénal sur l'efficacité ? Le droit de la commande publique est-il efficace en période de crises ? Faut-il modifier les règles existantes ?

Par ailleurs, il existe des instruments spécifiques de la commande publique. Ces instruments doivent-ils être renforcés ? La mutualisation (centrales, groupements de commandes) et les techniques d'achats (accords-cadres, systèmes d'acquisition dynamiques, enchères électroniques) sont-elles propices à l'efficacité ? Le droit de la commande publique est-il un instrument efficace contre les offres anormalement basses, les ententes et les abus de position dominante ?

Enfin, les objectifs horizontaux (développement durable, PME, prévention de la corruption) inondent de plus en plus la commande publique. Sont-ils des obstacles à l'efficacité ? Faut-il intégrer ces objectifs à l'évaluation de l'efficacité ? Comment ?

Voici quelques-unes des questions que ce colloque a eu pour ambition d'éclairer et dont on trouvera les contributions écrites ci-après.

Fr. Lichère

Sommaire

- 2314** La notion d'efficacité de la commande publique, par François LICHÈRE
- 2315** Les principes de libre accès, d'égalité des candidats et de transparence des procédures, garants de l'efficacité ? (1), par Frédéric LOMBARD et Thierry AMSELEK
- 2316** Les principes de libre accès, d'égalité des candidats et de transparence des procédures, garants de l'efficacité de la commande publique ? (2), par Olivier GIANNONI
- 2317** L'efficacité du droit de la commande publique dans la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles (1), par Isabelle HASQUENOPH
- 2318** Les instruments spécifiques de l'efficacité, des instruments à renforcer ? (2), par Christopher MENARD
- 2319** Les instruments spécifiques de la commande publique, des instruments à renforcer ? (3), par Michaël KARPENSCHIF
- 2320** Les objectifs horizontaux de la commande publique, des obstacles à « l'efficacité » ? (1), par Hélène HOEPFNER
- 2321** Les objectifs horizontaux de la commande publique, des obstacles à l'efficacité ? (2), par Guillaume DELALOY
- 2322** Objectifs pluriels de la commande publique : efficacité discutée (3), par Anna Maria SMOLINSKA
- 2323** L'efficacité de la commande publique : synthèse, par Laurent RICHER

2314 La notion d'efficacité de la commande publique

François LICHÈRE,

professeur agrégé de droit public
à l'université Jean Moulin Lyon 3,
directeur de la Chaire de droit des contrats publics



L'efficacité de la commande publique est une notion peu étudiée par les juristes, alors même que sa mention se trouve dans l'article L. 3 du Code de la commande publique. Son contenu est ambivalent, à la lecture des textes et de la jurisprudence : tantôt elle vise à garantir que les besoins de l'autorité contractante sont assurés, tantôt s'y ajoute le fait qu'ils doivent être garantis à moindre coût. Enfin, sa valeur juridique oscille entre simple objectif et principe entraînant parfois des conséquences juridiques directes.

1 - Le premier colloque de la Chaire porta l'an dernier sur « la discussion dans les contrats publics », c'est-à-dire sur un phénomène plus que sur une notion juridique¹. Pour qui se penche sur l'efficacité de la commande publique, c'est plutôt le sentiment inverse qui émerge : ne serait-on pas en présence d'une notion juridique, présente au frontispice du Code de la commande publique en son article L. 3, mais dont la réalité demeure insaisissable ?

La lecture des articles de juristes qui l'évoquent conforte ce premier sentiment tant elle n'est jamais abordée frontalement, prenant les détours d'un soit dit en passant, quand elle n'est pas simplement évoquée sans essai de définition, comme si tout le monde était censé savoir à quoi elle renvoie². L'efficacité de la commande publique

serait-elle l'arlésienne juridique, souvent annoncée mais jamais vue ? L'affirmer serait aller un peu vite en besogne. Car si la doctrine juridique semble y avoir consacré peu de temps, la doctrine économiste s'y intéresse davantage. Dans une note du Conseil d'analyse économique d'avril 2015, le dernier prix Nobel français d'économie Jean Tirole et le professeur Stéphane Saussier avançaient un certain nombre de pistes pour « améliorer l'efficacité de la commande publique ». En préambule, la notion d'efficacité apparaissait en filigrane dans l'affirmation suivante : « l'analyse économique recommande d'utiliser autant que possible les forces concurrentielles dans la phase de sélection des partenaires et de mettre en place des mécanismes incitatifs pour constituer de véritables engagements des parties », dans le but de lutter contre l'asymétrie informationnelle et l'incomplétude contractuelle³.

2 - Il conviendra donc d'examiner si cette approche économique duale correspond à l'analyse des textes officiels et de la jurisprudence.

Encore faut-il s'arrêter brièvement sur ce que l'on peut entendre par efficacité et par commande publique. Selon le dictionnaire historique de la langue française, est efficace ce « qui produit l'effet attendu, dont les actes atteignent leur but » ; par comparaison, le terme « efficient » signifie seulement, en latin, « qui produit un effet » ; mais ce terme est désormais souvent utilisé comme synonyme d'efficace, depuis 1923, par emprunt du terme efficient en anglais (lui-même dérivé du français efficace...) et revêt parfois un sens plus économique, permettant d'atteindre un but à moindre coût... On doit donc admettre que le langage courant ne nous aide guère.

I, 2006, p. 363. – M. Ubaud-Bergeron, Titre préliminaire du code : principes applicables en matière de commande publique : Encyclopédie de la commande publique, EFE.

3. S. Saussier et J. Tirole, Renforcer l'efficacité de la commande publique : Notes du Conseil d'analyse économique, 2015/3, n° 22.

1. V. les contributions écrites publiées au JCP A 2022, 2333 à 2348.
2. M. Amilhat, Le code, les principes fondamentaux et la notion de commande publique : AJDA 2021, p. 793. – P. Delvolvé, Le partenariat public-privé et les principes de la commande publique : RDI 2003, p. 481. – H. Hoepffner et Ph. Terneyre, La place des principes dans le code de la commande publique : RFDA 2019, p. 206. – F. Linditch, Le contrat et la performance, une rencontre impossible ? : RFDA 2014, p. 403. – J. Diethenhofer, Mieux évaluer la politique publique de la commande publique : Contrats-Marchés publ. 2020, n° 10, repère 9. – G. Eckert, Code de la commande publique : la sécurité juridique au service de l'efficacité économique ? : Contrats-Marchés publ. 2019, n° 1, repère 1. – G. Eckert, Quelle place pour les principes du droit de la commande publique ? : Contrats-Marchés publ. 2018, n° 11, repère 10. – F. Linditch, Les principes fondamentaux de la commande publique : CDE, 2007, n° 5, dossier 30. – P. Moreau, Pour une meilleure efficacité des achats publics : la notion d'offre excessive : JCP A 2015, n° 45, 2321. – C. Prebissy-Schnall, Efficacité de la commande publique et offre anormalement basse : Contrats, conc. consom. 2011, n° 4, comm. 97. – S. Pignon, Aperçu de la réforme du Code des marchés publics, un achat public plus simple et plus efficace ? : LPA 2004, n° 14, p. 6. – S. Braconnier, Performance et procédures d'attribution des contrats publics, in N. Albert (dir.), Performance et droit administratif : LexisNexis, 2010, p. 155. – P. Ndiaye, Du contrôle de l'efficacité des contrats publics, in G. Clamour et M. Ubaud-Bergeron (dir.), Contrats publics. Mélanges en l'honneur du professeur M. Guibal, vol. 2 : Univ. Montpellier

L'expression de commande publique, elle, a été consacrée juridiquement avec le décret du 15 décembre 1992 qui modifia l'article 24 du Code des marchés publics de 1964 pour étendre les missions des groupes permanents d'étude des marchés⁴ : la commande publique renvoyait alors à l'ensemble des marchés publics. On sait que le Code de la commande publique a étendu la notion aux concessions.

Quant à l'expression « *efficacité de la commande publique* », elle fait son apparition dans le droit positif avec l'article 22, 17°, de la loi n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie puis est généralisée à tous les marchés publics avec le Code des marchés publics 2001. Elle a été systématiquement reprise depuis dans les réformes successives, sans jamais faire l'objet d'une ébauche de définition.

3 - Dans ce désert textuel et doctrinal, se pencher sur la notion d'efficacité de la commande publique implique donc pour le juriste d'arpenter, à la manière d'un archéologue un peu solitaire, les chemins textuels et jurisprudentiels, à la recherche des traces de cet objet juridique non identifié. Comme tout chercheur, il convient de se pencher sur la consistance des fragments de cet objet, trouvés ici ou là, mais aussi sur leur valeur. La première démarche conduit à considérer que le contenu de la notion est ambivalent, quand la seconde permet d'affirmer sa faible valeur juridique.

1. L'ambivalence du contenu de la notion d'efficacité de la commande publique

Cette ambivalence résulte de l'analyse de ces sources juridiques : l'efficacité de la commande publique renvoie, d'une part, à l'efficacité économique et, d'autre part, à la capacité à satisfaire les besoins des autorités contractantes.

A. - L'efficacité économique

4 - C'est le Conseil de la concurrence qui a, le premier, assimilé l'efficacité de la commande publique et l'efficacité économique. Dans son avis du 20 novembre 2000 portant sur le projet de Code des marchés publics 2001, il notait que « *le texte fixe des objectifs qui peuvent être communs au droit de la commande publique et au droit de la concurrence ; en particulier, la recherche de l'efficacité de la commande publique, qui peut être interprétée comme « l'objectif synthétique » du droit des marchés publics, rejoint l'objectif d'efficacité économique poursuivi par le droit de la concurrence ou peut être considéré comme un cas particulier de cet objectif plus général* ».

Autrement dit, la formalisation de la mise en concurrence par les règles de passation est une condition nécessaire à l'efficacité économique, qu'un auteur a pu définir comme « *la relation entre le résultat d'un processus et les ressources utilisées pour l'atteindre* »⁵. On sait depuis longtemps en effet que cette recherche de l'efficacité économique n'est pas spontanément garantie dans les contrats publics du fait de l'absence de soumission des autorités contractantes à la concurrence, ce qui implique des règles de passation spécifiques.

Cette formalisation de la passation poursuit un double but, à la fois interne et externe à l'autorité contractante. Au plan interne il s'agit de s'assurer que les autorités contractantes font jouer la concurrence par l'obligation qui leur est faite de choisir l'offre économiquement la plus avantageuse (ou, pour les concessions, « *l'offre présentant le meilleur avantage économique global* », ce qui revient au même).

Certes, l'offre économiquement la plus avantageuse n'est pas nécessairement l'offre financièrement la plus avantageuse. Il n'empêche, dans le choix du mieux disant, il y a une incidence économique notable, d'ailleurs trop souvent traduite en pratique par le choix du moins-disant. Le droit de l'Union européenne l'a bien compris puisqu'il a fait du droit de la mise en concurrence l'instrument de lutte contre les favoritismes nationaux ou locaux afin de garantir la libre circulation.

Le formalisme de la passation poursuit en deuxième lieu un autre but, externe à l'autorité contractante celui-ci, en ce sens que les règles de passation visent à accroître la concurrence pour réduire les coûts. Ce volet est par exemple présent dans la directive 2014/24, dont un considérant indique qu'elle vise à « *accroître l'efficacité de la dépense publique, en facilitant notamment la participation des petites et moyennes entreprises (PME) aux marchés publics* » et donc en augmentant la concurrence.

5 - La recherche du meilleur rapport qualité/prix par le formalisme de la passation est prônée en presque toutes les circonstances. L'instruction N° 117016435/DEF/S&GA/DAJ/D2P/CMP du 24 mai 2017 portant sur la procédure relative aux achats effectués par les forces françaises à l'étranger dispose par exemple : « *Pour assurer, y compris dans des circonstances exceptionnelles, l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers de l'État, ces achats doivent respecter un certain nombre de prescriptions* », c'est-à-dire un minimum de publicité et de mise en concurrence.

Pourtant, toutes les circonstances ne justifient pas la soumission à la transparence. C'est ainsi que le Conseil d'État a justifié en 2017 le relèvement du seuil des achats passés sans publicité ni mise en concurrence à 25 000 € par le caractère potentiellement contre-productif des règles de passation au regard de l'objectif d'efficacité⁶.

6 - Enfin, si le principe de la publicité et de la mise en concurrence est presque unanimement admis comme garantissant l'efficacité économique, certaines de ses modalités peuvent constituer des freins ou au contraire des vecteurs de celle-ci. C'est en substance ce qui sera évoqué dans le 1^{er} thème de cette journée. Ainsi, en 2004, la liberté laissée aux autorités étatiques de constituer ou non des CAO a-t-elle été présentée comme un progrès pour l'efficacité de la commande publique, tout comme la liberté pour les collectivités publiques de choisir plus librement leur(s) critère(s) de sélection des offres en fonction de l'objet et des caractéristiques du marché. L'obligation d'accepter les candidatures et les offres sur support électronique également. Du reste, la directive 2004/18 évoquait l'efficacité de la commande publique à propos du développement des outils électroniques : « *Ces techniques permettent d'élargir la concurrence et d'améliorer l'efficacité de la commande publique, notamment par les gains de temps et les économies que l'utilisation de telles techniques comporte* ». Quant aux techniques de centralisation des achats, elles « *permettent, du fait de l'importance des volumes achetés, d'élargir la concurrence et d'améliorer l'efficacité de la commande publique* ».

7 - Condition en principe nécessaire de l'efficacité économique, le droit de la mise en concurrence n'est toutefois pas une condition suffisante : s'il permet de s'assurer que les autorités contractantes jouent le jeu de la concurrence, il ne le garantit pas pour les candidats. Dans son avis du 20 novembre 2000 précité, le Conseil de la concurrence mettait fermement en garde le gouvernement : seule la combi-

4. « *Les groupes permanents d'étude des marchés sont chargés : ...3° De présenter à la section technique de la commission centrale des marchés toute proposition tendant à la rationalisation des dispositions techniques relatives à la commande publique* ». La commande publique remplaçait alors la référence aux CCTG sans doute avec l'idée d'une définition plus large, version disponible sur Legifrance.

5. www.concurrences.com/fr/dictionnaire/efficience-economique.

6. CE, 17 mars 2017, n° 403768 : « *les marchés publics répondant à un besoin dont la valeur estimée est inférieure à 25 000 euros HT peuvent être négociés sans publicité ni mise en concurrence préalable ; que, d'une part, cette faculté ouverte aux acheteurs se justifie par la nécessité d'éviter que ne leur soit imposé, pour des marchés d'un montant peu élevé, le recours à des procédures dont la mise en œuvre ne serait pas indispensable pour assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics et qui pourraient même, en certains cas, dissuader des opérateurs économiques de présenter leur candidature* ».

raison du droit de la mise en concurrence avec le droit de la concurrence permettra d'atteindre l'efficacité de la commande publique. Et de souligner que les deux peuvent même parfois entrer en contradiction quand trop de transparence des critères de choix vient faciliter les ententes... Quoi qu'il en soit, l'efficacité de la commande publique traduit une approche plus macroéconomique que microéconomique, contrairement à l'idée de performance qui a parfois cours en droit de la commande publique, notion d'origine managériale.

8 - Le volet efficacité économique de la commande publique conduit enfin à relativiser la distinction entre efficacité et protection des deniers publics : la recherche de l'efficacité économique permet tout autant d'assurer la protection des deniers publics.

Si l'efficacité comporte ce volet économique, la protection des deniers publics devrait être considérée comme une composante de l'efficacité. Mais il arrive que l'efficacité soit entendue comme la seule satisfaction des besoins de l'autorité contractante.

B. - La satisfaction des besoins de l'autorité contractante

9 - À s'en tenir au sens étymologique du terme d'efficacité, l'efficacité de la commande publique renvoie à l'aptitude du droit de la commande publique à répondre aux buts qui sont assignés à celui-ci. On peut déduire des dispositions du code que leur but principal consiste à permettre de répondre aux besoins de l'autorité contractante, ainsi qu'il résulte de la définition même des contrats de la commande publique contenue à l'article L. 2 : « *Sont des contrats de la commande publique les contrats conclus à titre onéreux par un acheteur ou une autorité concédante, pour répondre à ses besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services, avec un ou plusieurs opérateurs économiques.* ». On remarquera que le volet économique de l'efficacité n'est ni mentionné ni même impliqué par cette définition.

On peut donc considérer que la satisfaction des besoins des autorités contractantes constitue le principal objectif du droit de la commande publique.

Or, le formalisme de la passation est paré des vertus de compenser les asymétries d'information entre les agents du secteur privé, qui connaissent le prix des choses et la manière de les fournir, et les agents publics, dont ce n'est ni la mission ni forcément la formation. C'est clairement ce qu'il résulte de la circulaire du 29 décembre 2009 relative au Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics. À propos des marchés de faible montant, elle indiquait : « *Lorsque le pouvoir adjudicateur a une bonne connaissance du marché, il peut procéder à l'acte d'achat sans formalité préalable. À défaut, il peut solliciter des opérateurs économiques la production de devis ou procéder à une mesure de publicité minimale* »⁷.

10 - Il reste à savoir comment mesurer la satisfaction de ces besoins. Les économistes considèrent généralement que l'aptitude d'un contrat à répondre à son objet s'apprécie à l'aune de l'absence de « *renégociations* ». Traduit en termes juridiques, on peut souscrire à l'idée qu'un contrat répond à son objet s'il ne donne pas lieu à des difficultés d'exécution (ni modifications, ni contentieux, ni même réclamations). Ce serait donc plus au stade de l'exécution que s'apprécierait ce volet de l'efficacité qu'au stade de la passation. Pourtant, il n'en va pas toujours ainsi en pratique. Lors d'un colloque qui s'est tenu à Lisbonne en mai dernier, un des participants a indiqué que dans certaines collectivités publiques allemandes, l'acheteur public était récompensé si la passation ne faisait l'objet d'aucun recours contentieux, ce qui, on en conviendra, est un peu réducteur pour apprécier l'efficacité de la passation...

11 - Au-delà de cette question, que doit-on entendre par besoins de l'autorité contractante ? Faut-il entendre la satisfaction des besoins internes, immédiats ou bien les externalités doivent-elles aussi être prises en compte, à l'image de l'impact environnemental ou social du contrat ? Le professeur Richer a pu montrer, dans son article « *la concurrence concurrencée* », comment les objectifs de la concurrence s'enrichissent d'autres objectifs⁸. Puisque ce sujet sera abordé dans d'autres contributions, on se contentera à ce stade de constater que les aspects environnementaux et sociaux sont présentés, en droit positif, comme devant être « *conciliés* » avec l'efficacité de la commande publique.

Ainsi, le conseil constitutionnel a-t-il pu estimer que l'efficacité de la commande publique est un objectif d'intérêt général que le législateur peut chercher à concilier avec d'autres objectifs tels que les « *préoccupations sociales* » dans sa décision 2001-452 DC – 6 décembre 2001 sur loi Murcef. Cette décision fournit d'ailleurs l'occasion de se pencher sur la valeur juridique de l'efficacité de la commande publique, non sans avoir donc relevé les deux sens d'efficacité de la commande publique : celle de l'aptitude des règles de la commande publique à répondre aux buts assignés à elle, celle de cette aptitude à moindre coût.

2. Un objectif à faible valeur juridique

12 - Certains auteurs considèrent que l'efficacité de la commande publique ne présente aucune valeur juridique. Les professeurs Terneyre et Hoepffner ont nuancé cette affirmation et parlé d'objectif à faible valeur juridique, sans toutefois donner beaucoup d'éléments permettant d'étayer cette affirmation⁹.

L'analyse de la jurisprudence des différents ordres juridictionnels permet de leur donner raison, en ce sens que s'il s'agit d'un simple objectif, mais que cet objectif produit parfois, mais rarement, des effets juridiques.

A. - Un simple objectif

13 - Par « *simple objectif* », on entend souligner que l'on ne peut parler de véritables « *principe* ». Les textes de droit positif n'ont d'ailleurs jamais qualifié l'efficacité de la commande publique comme tel, contrairement à la liberté d'accès à la commande publique, à l'égalité des candidats et à la transparence des procédures.

Le Code des marchés publics 2001 plaçait l'efficacité en second, après ces trois principes. Il indiquait que « *L'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics sont assurées par la définition préalable des besoins, le respect des obligations de publicité et de mise en concurrence ainsi que par le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse* ». Autrement dit, le respect de ces trois dernières exigences était censé garantir l'efficacité de la commande publique mais aucun lien n'était fait avec les trois principes fondamentaux.

Les choses changèrent avec le code de 2004 qui établit ce lien. Enfin, le code 2006 supprima la mention des trois exigences précitées, tout en maintenant le lien entre les trois principes fondamentaux et l'efficacité, comme le fait le Code de la commande publique depuis 2018. La seule différence entre le Code de la commande publique et les textes antérieurs tient à la mention de l'efficacité dans le titre préliminaire, ce qui entraîne mécaniquement l'extension de la notion d'efficacité de la commande publique aux concessions.

Néanmoins, il ne faut pas survaloriser la différence entre ces trois rédactions. On voit bien dans les trois rédactions que, dans l'esprit du « *jurislateur* », réglementaire ou législatif, l'efficacité de la commande

7. www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000021570204.

8. L. Richer, *La concurrence concurrencée : à propos de la directive 2014/24 du 26 février 2014* : Contrats-Marchés publ. 2015, étude 2.

9. Préc. note 1.

publique renvoie, comme la protection des deniers publics, à un objectif à atteindre plus qu'à un principe fondamental.

Cet objectif ne saurait en principe produire d'effets juridiques en lui-même mais seulement par le truchement du respect des principes fondamentaux.

14 - En outre, le Conseil constitutionnel ne lui a jamais reconnu valeur constitutionnelle, ni en tant qu'objectif à valeur constitutionnelle ni en tant qu'exigence constitutionnelle comme l'a montré la décision du 26 juin 2003¹⁰. De manière générale, on peut d'ailleurs dire que le droit de la commande publique met en œuvre, pour l'essentiel, des droits non fondamentaux...

Mais le simple fait qu'il ne s'agit que d'un simple objectif, et que cet objectif n'a pas valeur constitutionnelle, ne le disqualifie pas automatiquement au regard de sa juridicité.

B. - Une certaine valeur juridique directe

15 - On l'a vu, le Conseil constitutionnel a rangé l'efficacité au rang d'objectifs d'intérêt général que le législateur peut chercher à concilier avec d'autres objectifs. Il a justifié la constitutionnalité d'un droit de préférence, à égalité de prix ou à équivalence d'offres, en faveur de certaines catégories de candidats, au nom de « préoccupations sociales » dans sa décision 2001-452 DC – 6 décembre 2001 sur loi Murcef. Mais s'il a ensuite déclaré inconstitutionnelles les dispositions relatives aux marchés réservés à des catégories d'organismes précisément déterminées, c'est uniquement au regard de l'atteinte portée au principe d'égalité et non au regard de l'atteinte à l'efficacité de la commande publique.

Dans sa décision n° 2021-966 QPC du 28 janvier 2022, il a pu juger que les cas d'exclusions en cas de condamnations définitives à certaines infractions ne sont pas des punitions eu égard à l'objectif d'efficacité qu'elles poursuivent. L'efficacité permet ainsi de déterminer la nature de la règle contestée et donc l'applicabilité ou non de principes constitutionnels¹¹.

On peut, au passage, s'interroger sur le raisonnement : la liste des infractions pénales concernées ne permet pas d'entrevoir en quoi la condamnation pour certaines infractions serait de nature à compromettre l'efficacité de la commande publique¹²... Il eut été plus logique de s'appuyer sur le fait qu'un candidat peut désormais s'auto réhabiliter, même s'il est vrai que le Conseil d'État ne l'a admis que pour les concessions, faute d'être saisi pour les marchés publics¹³ mais la solution est à transposer aux marchés publics nécessairement.

16 - S'agissant des juridictions ordinaires, les effets juridiques se font davantage sentir. Outre le recours du Conseil d'État à l'efficacité à l'effet de rejeter la demande d'annulation du relèvement des seuils de mise en concurrence, déjà cité, plusieurs cours administratives lui ont fait produire des effets.

Dans un arrêt qui peut paraître paradoxal au regard de la position du Conseil d'État que l'on vient de rappeler, la cour administrative de Bordeaux a soumis les marchés conclus sans formalités préalables à un minimum de publicité au regard de l'ensemble des principes et objectifs du Code des marchés publics, en citant également l'efficacité de la commande publique. Il est vrai qu'étaient en cause des marchés d'un montant potentiellement bien supérieurs à 25 000 €, ce qui permet d'envisager une conciliation avec l'arrêt du Conseil d'État précité¹⁴.

La CAA de Nantes a déclaré légal le choix du critère du délai d'exécution pour des travaux sur voirie au regard de l'objectif d'efficacité de la commande publique et de la nécessité que « les travaux entrepris sur la voirie soient suffisamment rapides pour permettre de limiter la gêne occasionnée aux usagers des ouvrages publics »¹⁵.

La chambre commerciale de la Cour de cassation, face à une offre technique qui ne correspondait pas à l'offre financière du même candidat, a ainsi justifié le rejet de cette offre au regard de « l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics »¹⁶.

17 - On remarquera toutefois que l'efficacité a la plupart du temps permis de rejeter des recours. La seule exception concerne la soumission des marchés sans formalités préalables au principe de transparence évoquée plus haut, mais encore doit-on souligner que ce sont l'ensemble des principes fondamentaux qui a conduit la CAA à cette position.

Que l'objectif d'efficacité de la commande publique soit faiblement juridique ne devrait pas l'empêcher de faire l'objet de contrôles car il n'existe pas que des contrôles juridictionnels, à l'image des contrôles internes ou externes de types contrôles de la qualité de la gestion. Un auteur a pu démontrer dans les mélanges Guibal que les contrôles de l'efficacité de la commande publique étaient... particulièrement inefficaces¹⁷. Ce qui était vrai en 2006 l'est certainement encore aujourd'hui. Encore faut-il que l'on ait des instruments de mesures de cette efficacité, et peut-être les économistes disposent-ils des outils.

Conclusion. – On se permettra de jeter un regard outre-manche sur la notion de « value for money » appliquée aux marchés publics, que l'on peut considérer comme équivalente à l'efficacité de la commande publique.

Le NAO anglais a défini la « value for money » dans les contrats publics, à partir des 3 « e » :

Efficiencia : la relation entre la production de biens ou de services et les ressources minimales nécessaires pour les produire = dépenser bien

Effectivité : la relation entre les résultats attendus et les résultats réels de la dépense publique = dépenser sagement ou intelligemment

Économie(s) : minimiser le coût des ressources utilisées ou requises pour la mise en œuvre de la commande publique = dépenser moins (réduire les coûts de transactions)¹⁸.

Peut-être est-ce le troisième « E » qui manque à la réflexion en France. Mais déjà se pencher sur les deux autres devrait pouvoir faire avancer la réflexion. Du moins est-ce l'ambition de ce colloque de la Chaire de droit des contrats publics dont les contributeurs sont ici remerciés vivement. ■

10. La décision du 26 juin 2003 a rangé l'égalité devant la commande publique, la protection des propriétés publiques et le bon usage des deniers publics au rang des « exigences constitutionnelles », mais pas l'efficacité.

11. Par un arrêt de 2017 (Cass. crim., 20 déc. 2017, n° 17-90.018), la chambre criminelle de Cour de cassation avait refusé de transmettre une question prioritaire de constitutionnalité sur les motifs d'exclusion pour cause en relevant que cette mesure visait à garantir l'intégrité et la moralité des professionnels susceptibles de candidater à des marchés publics ainsi que l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics et qu'elle constituait une mesure de police et de sûreté, non soumise aux principes de nécessité et d'individualisation de la peine.

12. « les dispositions contestées, qui n'ont pas pour objet de punir les opérateurs économiques mais d'assurer l'efficacité de la commande publique et le bon usage des deniers publics, n'instituent pas une sanction ayant le caractère d'une punition ».

13. CE, 12 oct. 2020, n° 419146, Sté Vert Marine ; Contrats-Marchés publ. 2020, 332, note G. Eckert.

14. CAA Bordeaux, 22 mars 2007, n° 04BX00268 : Contrats-Marchés publ. 2007, comm. 177, obs. F. Llorens et P. Soler-Couteaux.

15. CAA Nantes, 30 nov. 2012, n° 11NT00494.

16. Cass. com., 7 mai 2019, n° 17-21.498.

17. P. Ndiaye, art. préc. note 1.

18. www.nao.org.uk/successful-commissioning/general-principles/value-for-money/assessing-value-for-money/.

2315 Les principes de libre accès, d'égalité des candidats et de transparence des procédures, garants de l'efficacité ? (1)

Frédéric LOMBARD,

*professeur de droit public,
Aix-Marseille université*

Thierry AMSELEK,

*directeur du droit des marchés et des contrats
(Société du Grand Paris)*



Les divers codes régissant la commande publique depuis 2001 établissent un lien entre les principes fondamentaux de la commande publique et l'objectif d'efficacité de celle-ci. La mesure de cette efficacité prend un relief particulier depuis que la commande publique est devenue autre chose qu'un acte d'achat pour devenir un outil de politique publique. Il est dès lors essentiel de questionner la présomption, textuelle, selon laquelle l'observation des principes de la commande publique (liberté d'accès, égalité de traitement, transparence des procédures) garantit l'efficacité de celle-ci. Le droit positif offre des outils tendant à évincer ou résoudre les difficultés d'exécution qui ruinent toute idée d'efficacité. Le droit est aussi complété par les bonnes pratiques des acheteurs publics.

1 - Si l'objet même du contrat de commande publique est bien de répondre aux besoins immédiats de l'acheteur ou de l'autorité concédante, cet acte d'achat et cet objectif peuvent être envisagés de manière plus large. C'est cette approche large que retient le Code de la commande publique en faisant de l'efficacité et du bon usage des deniers publics des objectifs de la commande publique (CCP, art. L. 3). Le code établit en outre un lien entre le respect des principes fondamentaux de la commande publique et la satisfaction de ces objectifs. Le lien ainsi tissé n'est pas nouveau. Il fait même désormais partie des éléments structurant le droit de la commande publique depuis près de 20 ans selon des formulations, il est vrai, variables.

Il reste que ce lien entre les principes fondamentaux et la satisfaction de l'impératif d'efficacité n'est guère démontré ou analysé. La présente étude se propose de faire état de quelques réflexions tantôt théoriques tantôt pratiques sur la pertinence de ce lien et sur l'aptitude des principes fondamentaux de la commande publique à garantir l'efficacité de celle-ci.

Les principes fondamentaux dont il est question sont bien identifiés et connus. Le triptyque figure dans les dispositions d'ouverture du code depuis le Code des marchés publics de 2001. Les formulations des codes ont évolué : tantôt l'efficacité de la commande publique est présentée comme découlant non pas du respect des principes eux-mêmes mais des obligations qui en découlent (définition des besoins, publicité et mise en concurrence) ; tantôt au contraire, c'est l'obser-

vation des principes fondamentaux eux-mêmes qui garantit ces objectifs. Derrière la variation des formules retenues depuis 2001, on peut néanmoins observer un double phénomène : d'une part, de manière continue depuis cette date, ces principes sont traduits ou déclinés en diverses obligations et règles précises (définition préalable des besoins, obligations procédurales...) et forment à la fois une règle autonome (dont la méconnaissance peut être sanctionnée *per se*) et une source d'inspiration ou un facteur de cohérence des articles composant le code et des mécanismes qu'ils ordonnent ; d'autre part, derrière cette permanence des principes, on peut observer un enrichissement du contenu des objectifs qu'ils permettent d'atteindre, l'article L. 3-1 du code énonçant désormais que « *la commande publique participe à l'atteinte des objectifs de développement durable, dans leurs dimensions économique, sociale et environnementale [...]* ».

2 - La notion d'« efficacité » de la commande publique est quant à elle moins bien cernée. L'efficacité renvoie à l'aptitude des règles du Code de la commande publique à répondre aux buts qui sont assignés à celle-ci. Le code identifie parfois expressément certains de ces objectifs qui sont, pour leur part, relativement bien définis : le bon usage des deniers publics et l'objectif de développement durable, l'un comme l'autre renvoyant à des notions bien cernées et objectivement mesurables. S'agissant de l'efficacité en elle-même, elle peut être illustrée en y intégrant la stabilité des conventions, l'absence de conflits, de difficultés d'exécution et la sécurisation des cocontractants (grâce à la

clarté des règles et leur simplicité de maniement). Un contrat efficace est ainsi un contrat qui donne satisfaction aux parties et n'est pas affecté par des difficultés d'exécution qui peuvent surélever le coût qu'il représente pour les parties ou allonger la durée d'exécution de leur accord.

La définition (même très sommaire) de l'efficacité de la commande publique quoique nécessaire est insuffisante. La question essentielle est de savoir si les principes fondamentaux de la commande publique sont de nature à assurer cette efficacité. Il est difficile pour un juriste de répondre à cette question. La notion d'efficacité est avant tout de nature économique et exprime l'aptitude d'une chose à atteindre ses objectifs ; son analyse suppose, idéalement, le recours à des instruments statistiques et économétriques. L'aptitude d'une règle de droit à satisfaire un objectif de nature économique suppose de procéder à une analyse, un audit économique de la norme, que seuls les outils d'analyse économique du droit offrent (et, en France du moins, cette discipline relève plus de la science économique que de la science juridique). On peut néanmoins lever la difficulté en retenant qu'il existe une présomption selon laquelle le respect scrupuleux des principes et obligations qui en découlent suffit à satisfaire les objectifs que l'on assigne à une commande publique. Il faut donc mesurer cette présomption et en constater ses limites. Cette analyse peut être conduite autour de 4 questions.

1. Les règles de passation : causes ou facteurs de prévention des difficultés d'exécution ?

3 - Contexte. – Dans la mesure où les règles de passation des contrats de commande publique sont inspirées et découlent des principes fondamentaux il convient, en premier lieu, de s'interroger sur l'effet que peuvent avoir ces règles sur l'efficacité du contrat envisagée au stade de son exécution. Cela suppose de retenir qu'un contrat « efficace » est un contrat qui ne donne lieu à aucune difficulté d'exécution majeure. Les travaux de la Chaire du droit des contrats publics ont contribué à l'analyse de ces difficultés en démontrant, notamment, qu'il pouvait exister un lien entre ces difficultés et les règles de passation¹. Ce constat peut sembler paradoxal : en apparence, il n'y a aucun lien entre la mise en œuvre d'une publicité préalable et d'une mise en concurrence et les difficultés d'exécution du contrat qui s'ensuit ; les deux phases sont déconnectées. Mais il a été démontré que l'organisation de procédures de mise en concurrence souvent rigides empêche la bonne compréhension mutuelle des acteurs du contrat. L'absence de dialogue (voire de négociation² en amont est un facteur de difficulté d'exécution en aval. Il en résulte un lien potentiel entre le respect des principes fondamentaux de la commande publique (qui exigent un certain formalisme) et les difficultés d'exécution. Il ne s'agit pas d'un lien de causalité nécessaire, mais une corrélation est évidente. Quelques exemples peuvent en témoigner : si la définition préalable des besoins fait partie des étapes les plus fondamentales de l'acte d'achat dans un marché public, cette phase s'avère souvent déficiente ; de même, la rédaction du contrat qui devrait pourtant être une œuvre commune demeure empreinte d'unilatéralité de sorte qu'une forme d'incompréhension peut naître dès l'origine de la procédure de passation ; il en est de même, enfin, des prix qui sont souvent, pour diverses raisons, sous-estimés dans les documents de consultation et de publicité préalable ce qui induit fréquemment une évolution du contrat dans des conditions souvent peu sécurisées. Ces constats ne doivent cependant pas conduire à

penser que par nature ou construction les règles de passation sont des facteurs d'inefficacité car sources de difficultés d'exécution. Bien comprises et bien appliquées, ces règles de passation peuvent être des éléments de prévention des difficultés d'exécution et donc d'efficacité de la commande publique.

4 - Illustrations. – La définition des besoins avec précision en amont constitue une règle de base primordiale qui permet d'éviter des difficultés en cours d'exécution du marché (avenant, résiliation, différends relatifs à l'interprétation des stipulations du marché ou à l'exécution des prestations objet du marché).

L'absence pour certains marchés de clause de réexamen pour modifier les conditions d'exécution notamment financières (avances, clause de révision des prix...) du marché peut générer des difficultés d'exécution : par exemple en cas de crise sanitaire ou de la hausse de prix des matières premières.

De même, les critères d'attribution objectifs, bien définis, bien pondérés peuvent prévenir les difficultés d'exécution. *A contrario*, un critère (par exemple, social) sans lien avec l'objet du marché peut entraîner des difficultés d'exécution. Il est heureux d'observer que depuis l'arrêt de la CJUE, 10 mai 2012, *Commission c/ Royaume des Pays-Bas*³, on assiste à un assouplissement du lien en avec l'objet du marché. Cet assouplissement est désormais intégré par le droit français.

Comme l'indique le Guide « *Commande publique et accès à l'emploi des personnes qui en sont éloignées* » de l'Observatoire économique de l'achat public (octobre 2015) : « *En l'état de la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE), le critère social ne peut être mis en œuvre que lorsqu'il présente un lien avec l'objet du marché. Ce lien a cependant été entendu de manière souple à propos du critère environnemental. (CJUE, 10 mai 2012, Commission c/ Royaume des Pays-Bas, C-368/10 point 86). Dans sa décision du 25 mars 2013, Département de l'Isère, le Conseil d'État a également assoupli le lien requis entre l'objet du marché et l'insertion professionnelle en admettant que, lorsque le marché est susceptible, eu égard à son objet, d'être exécuté, au moins en partie par des personnels engagés dans une démarche d'insertion, le critère d'insertion professionnelle des publics en difficulté peut être utilisé dès lors que ce critère n'est pas discriminatoire et permet d'apprécier objectivement ces offres. [...].* ». En conséquence, le même guide rappelle que « *Le critère social peut désormais être utilisé dans le cadre de marchés dont l'objet n'est pas uniquement social. Bien que considérablement assoupli par cette décision, la condition de lien avec l'objet du marché a toutefois été maintenue. Pour l'interpréter, le Conseil d'État a décidé de se conformer à l'interprétation de la CJUE en ce domaine. Désormais, contrairement à la conception stricte du lien avec l'objet du marché, ce lien peut également s'apprécier au regard des conditions dans lesquelles seront exécutées les prestations du marché, ce qui rejoint l'idée que les besoins du pouvoir adjudicateur peuvent recouvrir non seulement le résultat qu'il commande mais aussi les moyens mis en œuvre pour le réaliser* ». Il est ainsi désormais plus aisé d'utiliser un critère social en le couplant avec les conditions (clause) d'exécution sociale.

Partant, Il en résulte une efficacité de la commande publique accrue par l'adoption d'une conception plus souple du lien avec l'objet du marché, à travers le couplage du critère relatif aux performances en matière d'insertion professionnelle des publics en difficulté (CCP, art. R. 2152-7) aux conditions d'exécution du marché (CCP, art. L. 2112-2) et au final par une définition des besoins en tenant compte des objectifs de développement durable (CCP, art. L. 2111-1) et la participation de la commande publique à l'atteinte de ces objectifs (CCP, art. L. 3-1).

1. *V. le rapport de la chaire sur cette question : <https://chairedcp.univ-lyon3.fr/themes-de-recherches-et-rapports-1>.*

2. Pour rattraper d'éventuelles maladresses dans la rédaction des clauses ou des imprécisions dans la définition des besoins.

3. *CJUE, 10 mai 2012, aff. C-368/10, Comm. c/ Royaume des Pays-Bas ; Contrats-Marchés publ. 2012, comm. 209, W. Zimmer.*

2. L'encadrement juridique de l'achat public : vecteur ou obstacle à l'efficacité ?

5 - Contexte. – Cette question plus globale découle naturellement de la précédente : si les principes fondamentaux de la commande publique et les procédures de publicité et de mise en concurrence qui en découlent sont parfois sources de difficultés ne faut-il pas les limiter et desserrer l'étau juridique qu'elles referment sur les acheteurs et autorités concédantes ? Cette question peut faire l'objet d'une approche générale puis particulière.

D'une manière générale, cette question pose celle de la place et du rôle de la liberté contractuelle en droit public : puisqu'elle existe et est reconnue comme étant un principe juridique à part entière, ne devrait-elle pas déployer tous ses effets en matière de commande publique y compris lors de la préparation et de la négociation du contrat ? On ne peut guère apporter une réponse tranchée et univoque à cette question.

D'une part en effet, les contrats de commande publique ne sont pas des contrats comme les autres : l'encadrement juridique de l'achat public est un outil d'aide à la décision pour l'acheteur public (un guide, en somme) ; cet encadrement est un vecteur d'efficacité. Les dispositions relatives aux offres anormalement basses en sont un bon exemple : le droit français essaie de définir ces offres, indique que l'Administration doit être alertée par les prix bas, et doit témoigner, dans ce cas, d'un devoir de vigilance⁴ au point que le rejet de ces offres est désormais prescrit par les textes. Cet encadrement juridique est source de sécurité et donc un vecteur d'efficacité⁵.

En sens inverse, et d'autre part, le formalisme qu'implique souvent le respect des principes fondamentaux de la commande publique est un obstacle à l'efficacité de la commande publique : il est souvent admis que la négociation est un vecteur d'efficacité et de bonne compréhension. Elle est trop peu développée néanmoins en raison des rigidités du code (qui en fait un outil d'exception) et des craintes que fait naître cette procédure. En synthèse, l'encadrement juridique a des vertus protectrices notamment des principes (celui d'égalité en particulier) ; mais en voulant protéger il bride les innovations et contrarie l'objectif d'efficacité de l'achat public (parfois).

6 - Réflexion pratique. – Les postulats évoqués ci-dessus sont confirmés sur le plan pratique. De ce point de vue aussi, l'encadrement juridique de l'achat public constitue tantôt un vecteur, tantôt un obstacle.

Il est d'une part un vecteur d'efficacité. Les principes d'égalité de traitement et de transparence des procédures sont des vecteurs protecteurs des acheteurs publics qu'il s'agisse de la préparation, de l'engagement, du déroulement (procédure avec négociation notamment pour les entités adjudicatrices...) ou de l'achèvement de la procédure de passation. Ainsi, dans les procédures avec négociation de la Société du Grand Paris (SGP), celle-ci mentionne-t-elle dans les documents de la consultation et/ou applique-t-elle des principes et des règles

qu'elle a elle-même définis (en s'inspirant notamment de l'article 37 du décret n° 2005-1742 du 30 décembre 2005 fixant les règles applicables aux marchés passés par les pouvoirs adjudicateurs mentionnés à l'article 3 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au Code des marchés publics). En voici quelques illustrations.

Au point de vue du principe d'égalité de traitement, la SGP s'attache à encadrer et à sécuriser l'organisation et le déroulement de la négociation dans toutes ses procédures avec négociation. Ainsi, la négociation est engagée avec les candidats sélectionnés et ceux-ci disposent d'un même temps de négociation. La négociation est conduite dans le respect du principe d'égalité de traitement de tous les candidats et les informations données aux candidats ne peuvent être de nature à avantager certains d'entre eux. Les solutions proposées ou les informations confidentielles communiquées par un candidat lors de la négociation ne peuvent, sauf avec son accord, être révélées aux autres candidats par le pouvoir adjudicateur. La procédure négociée peut se dérouler en phases successives à l'issue desquelles certains candidats sont éliminés par application des critères d'attribution indiqués dans les documents de la consultation. Le pouvoir adjudicateur informe par écrit tous les soumissionnaires en lice de tous les changements apportés aux spécifications techniques ou aux autres documents de la consultation, à l'exception de ceux qui définissent les exigences minimales. À la suite de ces changements, le pouvoir adjudicateur accorde aux soumissionnaires un délai identique pour leur permettre de modifier leurs offres et, le cas échéant, de les présenter à nouveau.

Au point de vue du principe de transparence des procédures, il est assuré la traçabilité des comptes rendus des réunions de négociation et des échanges entre le pouvoir adjudicateur et les soumissionnaires.

L'encadrement juridique de l'achat public peut aussi constituer un obstacle. En sont notamment l'illustration les limites de l'obligation d'information des candidats en amont de la procédure. Le pouvoir adjudicateur doit prendre des mesures appropriées afin d'éviter/prévenir des distorsions entre les opérateurs économiques. L'article R. 2111-2 du CCP dispose (nous soulignons) que « *L'acheteur prend les mesures appropriées pour que la concurrence ne soit pas faussée par la participation à la procédure de passation du marché d'un opérateur économique qui aurait eu accès à des informations ignorées par d'autres candidats ou soumissionnaires, en raison de sa participation préalable, directe ou indirecte, à la préparation de cette procédure. Cet opérateur n'est exclu de la procédure de passation que lorsqu'il ne peut être remédié à cette situation par d'autres moyens, conformément aux dispositions du 2° de l'article L. 2141-8.* »⁶. Ces obligations peuvent prendre la forme d'une *data room*. Toutefois, sa mise en place concrète n'est pas facile dans le cadre d'un projet complexe sur le plan de sélection des informations diffusables (mais également au plan technique).

7 - Par ailleurs, le pouvoir adjudicateur doit garantir la confidentialité des informations couvertes par le secret des affaires qui est organisée par l'article L. 2132-1 du CCP suivant lequel « *L'acheteur ne peut communiquer les informations confidentielles dont il a eu connaissance lors de la procédure de passation, telles que celles dont la divulgation violerait le secret des affaires, ou celles dont la communication pourrait nuire à une concurrence loyale entre les opérateurs économiques, telle que la communication en cours de consultation du montant total ou du prix détaillé des offres. Toutefois, l'acheteur peut demander aux opérateurs économiques de consentir à ce que certaines*

4. L'article L. 2152-5 la définit comme l'offre dont le prix est manifestement sous-évalué et de nature à compromettre la bonne exécution du marché. L'article L. 2152-6 : l'acheteur doit détecter les OAB. Si une offre lui semble l'être, il exige de l'opérateur qu'il lui fournisse des précisions et justifications sur le montant de son offre. Si, après vérification des justifications, le caractère anormalement bas n'est pas démenti, il doit la rejeter.

5. La chaire a cependant mis en évidence dans ses travaux que le système n'était pas efficace : le dispositif du code n'est pas assez « *sécurisant* » et laisse trop de place à des considérations subjectives (le mécanisme n'a pas pour objet d'écarter une offre au seul motif que son prix est bas (rejet de l'approche arithmétique qui est du reste, selon la DAJ, illégale car constituant une discrimination indirecte) ; il suggère au PA doit écarter l'offre si les éléments avancés par le soumissionnaire censés justifier le prix bas ne sont pas convaincants). Le prix bas n'est qu'un indice, pas un critère.

6. L'article 59 de la directive 2014/23/UE disposant quant à lui que « *Ces mesures consistent notamment à communiquer aux autres candidats et soumissionnaires des informations utiles échangées dans le contexte de la participation du candidat ou soumissionnaire susmentionné à la préparation de la procédure, ou résultant de cette participation et à fixer des délais adéquats pour la réception des offres.* ».

informations confidentielles qu'ils ont fournies, précisément désignées, puissent être divulguées » (nous soulignons). Notamment et au cas par cas, il convient de déterminer la nature des documents et informations provenant d'un titulaire précédent et couverts par le secret des affaires et les occulter en conséquence de cause.

8 - Selon une approche plus particulière, on peut mesurer les vertus (ou les vices) de l'encadrement juridique de la commande publique à travers 3 exemples ou 3 questions.

La première, classique, consiste à se poser la question de savoir si l'on doit avoir une conception « moins juridique » de la commande publique. Bon nombre de collectivités publiques se dotent de règles internes à travers des outils (qui ne sont pas des actes réglementaires) tels que des guides internes : manuels de passation, guides de l'exécution contractuelle et fiches pratiques. On passe ainsi d'une logique juridique à une logique purement opérationnelle. Cette pratique a une vertu : elle responsabilise les acteurs publics de la commande publique qui se dotent volontairement de règles internes (exemple des MAPA entre 40 000 € et 90 000 €, composition, rôle et fonctionnement de la commission d'examen des offres).

L'on peut aussi, en deuxième lieu, s'interroger sur la professionnalisation de l'achat public. Il existe une différence d'approche entre la logique contractuelle (purement juridique) et la logique de commande publique ou d'achat public (qui est une logique d'achat donc économique). Le code relie les deux notions (via la notion d'acheteur public). L'achat public est en effet une fonction économique qui suppose une professionnalisation du métier d'acheteur public selon laquelle une simple maîtrise des procédures de passation et des règles de droit l'entourant ne suffit pas. Il faut une connaissance précise du marché. Le code s'efforce d'organiser et de renforcer les outils de l'acheteur ; il ne le fait que de manière imparfaite puisque cette professionnalisation résulte avant tout, en effet, de pratiques internes aux acheteurs. En pratique, cette professionnalisation est constamment tirée vers le haut. Elle passe d'abord par la formation à l'achat public et des formations spécifiques aux techniques contractuelles, techniques de négociation et relatives aux clauses des CCAG. La nouvelle tendance de professionnalisation de l'achat public se traduit par le développement de la fonction de *contract management* (qui n'a pas la même signification lorsqu'elle est exercée en collectivité publique qu'en entreprise). Le *contract manager* est la personne dans l'organisation qui est censée connaître le mieux le contenu du contrat. La SGP est orientée vers l'exécution des contrats notamment pour la gestion des modifications du marché et des conflits d'exécution. Ce n'est pas un pur travail de juriste mais un travail en transversalité avec les différents acteurs (juristes, *contract manager* et prescripteurs).

9 - Enfin, et selon un ordre logique, on peut s'interroger sur l'impact qu'a le juge, à travers les contrôles qu'il exerce ou les sanctions qu'il prononce, sur l'efficacité des contrats de commande publique. Le questionnement n'est pas incongru : le juge peut avoir une vision plus ou moins sévère de la portée des exigences légales et réglementaires s'imposant au contrat et une volonté plus ou moins ferme de censurer les irrégularités constatées. La « clémence » (terme impropre mais évocateur) du juge est ainsi source de stabilité donc d'efficacité. On peut le mesurer en comparant (très sommairement) les jurisprudences administrative et judiciaire en matière de commande publique.

Il est inutile de détailler la jurisprudence administrative qui depuis des années, en matière de contentieux contractuel, s'efforce de concilier l'exigence de légalité des contrats avec le non moins nécessaire impératif de stabilité des conventions. L'efficacité du contrat suppose évidemment qu'il ne soit pas remis en cause pour de motifs véniels ; la jurisprudence administrative est donc probablement favorable à l'efficacité des contrats même si la jurisprudence la plus récente sur les conflits d'intérêts dans la passation des contrats de commande publique peut marquer un resserrement du contrôle du juge

administratif⁷ ou un risque de développement de ce contentieux et de fragilisation des contrats⁸.

La jurisprudence pénale est probablement davantage source d'insécurité de ce point de vue. L'on songe naturellement à sa conception du délit de favoritisme, souvent large (et le texte retient d'ailleurs une telle conception⁹). Le délit de favoritisme aurait pour effet de tétaniser parfois les acheteurs du fait de cette conception très objective qu'en adoptent les juges répressifs et qu'un tel délit doit conduire à l'annulation du contrat par le juge administratif¹⁰. Cette conception est peut-être datée ; elle est en toute hypothèse sources de réticences et donc de perte d'efficacité de la commande publique.

10 - Bonnes pratiques. – Des solutions existent cependant : la cartographie des risques, l'établissement de procédures d'alerte ou de référents déontologiques peuvent permettre de sécuriser les procédures¹¹. L'illustration des bonnes pratiques en matière de conflits d'intérêts en est un bon exemple. Ainsi que la CJCE l'a indiqué dans son arrêt du 3 mars 2005, « Fabricom SA »¹², « une personne qui a été chargée de la recherche, de l'expérimentation, de l'étude ou du développement de travaux, fournitures ou services relatifs à un marché public (ci-après une « personne ayant effectué certains travaux préparatoires ») ne se trouve pas nécessairement, s'agissant de la participation à la procédure d'attribution de ce marché, dans la même situation qu'une personne qui n'a pas effectué de tels travaux. En effet, d'une part, la personne ayant participé à certains travaux préparatoires peut se trouver favorisée pour formuler son offre en raison des informations qu'elle a, en effectuant lesdits travaux préparatoires, pu obtenir au sujet du marché public en cause. Or, tous les soumissionnaires doivent disposer des mêmes chances dans la formulation des termes de leurs offres (voir, en ce sens, arrêt du 25 avril 1996, Commission/Belgique, C-87/94, Rec. p. I-2043, point 54). D'autre part, ladite personne peut se trouver dans une situation susceptible d'aboutir à un conflit d'intérêts en ce sens que, ainsi que le relève, à juste titre, la Commission des Communautés européennes, elle peut, sans en avoir même l'intention, si elle est elle-même soumissionnaire pour le marché public en cause, influencer les conditions de celui-ci dans un sens qui lui est favorable. Une telle situation serait de nature à fausser la concurrence entre les soumissionnaires. » (nous soulignons). De même, suivant le considérant (26) du préambule de la directive 2014/25/UE du 26 février 2014, dite « Secteurs », « Les pouvoirs adjudicateurs devraient utiliser tous les moyens à leur disposition, conformément au droit national, pour éviter les distorsions dans les procédures de passation de marchés découlant de conflits d'intérêt, notamment des procédures visant à détecter et prévenir les conflits d'intérêts et à y remédier. ».

11 - En pratique, de plus en plus, des « cellules déontologie » sont constituées en interne dans les collectivités publiques afin de détecter et prévenir et à remédier le plus en amont aux conflits potentiels d'intérêts des collaborateurs et des prestataires AMO dans les procédures de passation des marchés. Elles sont saisies de déclarations de situations de conflits d'intérêts. Des questionnaires d'auto-évaluation mettant en lumière les principaux liens d'intérêts des col-

7. CE, 25 nov. 2021, n° 454466, *Collectivité de Corse* : JCP A 2021, act. 731.

8. Il y a en effet un paradoxe qui consiste à chercher à professionnaliser l'achat public en ayant la tentation de recruter d'ancien salarié d'entreprises au sein des services achat des personnes publiques et la sanction large des conflits d'intérêts.

9. V., pour un exemple récent, Cass. crim., 11 mai 2022, n° 21-85.272, pt 19 : l'élément légal de l'infraction de délit de favoritisme peut être constitué par les violations des principes fondamentaux de la commande publique et ne nécessite pas la violation d'une disposition procédurale particulière.

10. V. par ex. CAA Marseille, 6^e ch., 23 déc. 2013, n° 11MA02463, *Assoc. Boitaculous* : Contrats-Marchés publ. 2014, comm. 116, note E. Felmy.

11. V. le rapp. de l'observatoire des risques de la vie territoriales (comm. au Contrats-Marchés publ. mars 2022).

12. CJCE, 3 mars 2005, aff. jtes C-21/03 et C-34/03 (pt 28, 29 et 30).

laborateurs sont remplis par ceux-ci (parcours professionnels, relations personnelles) afin d'éviter, d'identifier des situations à risques et de les protéger tout en préservant les intérêts de la personne publique, et des solutions opérationnelles (anonymisation des offres, participation limitée à la préparation et au déroulement des procédures des personnes voire nulle des personnes potentiellement « conflictées ») sont trouvées.

La position du juge concilie à la fois de rigueur et un certain pragmatisme afin de ne pas enserrer la vie des marchés dans un carcan de règles ne laissant pas de place à la mise en œuvre d'innovations.

La rigueur prétorienne est illustrée par la décision du Conseil d'État du 25 novembre 2021, collectivité de Corse, en matière de conflits d'intérêts¹³. Le juge considère qu'eu égard au niveau et à la nature des responsabilités confiées à l'intéressé au sein de la société puis des services de la collectivité et au caractère très récent de son appartenance à cette société et alors même qu'il n'a pas signé le rapport d'analyse des offres, sa participation à la procédure de sélection des candidatures et des offres pouvait légitimement faire naître un doute sur la persistance d'intérêts le liant à la société et par voie de conséquence sur l'impartialité de la procédure suivie par la collectivité (nous soulignons). Il ajoute qu'eu égard à sa nature, la méconnaissance de ce principe d'impartialité était par elle-même constitutive d'un vice d'une particulière gravité justifiant l'annulation du contrat à l'exclusion de toute autre mesure (nous soulignons).

12 - Le juge s'est néanmoins montré pragmatique dans d'autres situations, tel qu'à travers la détermination de l'équilibre entre secret des affaires et droit au recours effectif. Les concurrents évincés de l'attribution d'un contrat de la commande publique sont fondés à obtenir communication des motifs détaillés du rejet de leur offre, informations qui ne sont toutefois normalement transmises que sous réserve de l'occultation des mentions couvertes par le secret des affaires. Par un arrêt en date du 7 septembre 2021, la Cour de justice de l'Union européenne invite cependant les pouvoirs adjudicateurs à « mettre en balance le droit du demandeur à une bonne administration avec le droit du concurrent à la protection de ses informations confidentielles de manière à ce que sa décision de refus ou sa décision de rejet soit motivée et que le droit à un recours efficace dont bénéficie un soumissionnaire évincé ne soit pas privé d'effet utile. »¹⁴. Autrement dit, le droit au recours effectif du concurrent évincé pourrait justifier que des informations couvertes par le secret des affaires lui soient communiquées si elles lui sont nécessaires pour contester son éviction. Par un arrêt du 9 juin 2021, n° 449643, le Conseil d'État a considéré que la circonstance que le juge des référés se soit à tort fondé sur des pièces communiquées par un candidat en violation du secret des affaires, n'est pas de nature à entacher d'irrégularité ni d'erreur de droit son ordonnance, dès lors que ces pièces ont pu être discutées contradictoirement par les parties.

3. Faut-il modifier les règles existantes en matière de passation des contrats de commande publique ?

13 - Contexte. – Cette interrogation prend logiquement place près les deux précédentes. Compte tenu des conclusions (très partielles) ou éléments d'analyse vus ci-dessus, doit-on envisager de modifier les règles existantes (en matière de passation) pour rendre plus efficace la commande publique ? Quelques points particulièrement décisifs peuvent être évoqués.

14 - La place de la négociation. – Évoquons, en premier lieu, la procédure négociée. Nous avons suggéré ci-dessus qu'elle était un

facteur de réduction des difficultés d'exécution et donc un gage d'efficacité du contrat. Or, la procédure avec négociation apparaît comme étant doublement limitée : elle l'est d'abord parce que les cas dans lesquels elle est possible sont quantitativement limités (6 cas, CCP, art. R. 2124-3) ; elle l'est aussi statistiquement car les pouvoirs adjudicateurs semblent réticents à avoir recours à cette procédure alors même qu'ils y sont fondés (et alors même que le risque contentieux est faible¹⁵. Cette réticence a des défauts évidents : il est irréaliste de penser que la rencontre de l'offre et de la demande peut se faire sans négociation ; cette réticence est d'autant plus incompréhensible qu'il existe des cas dans lesquels la négociation s'épanouit que ce soit dans le cadre de la commande publique elle-même (en matière de concession, de marché à procédure adaptée ou au bénéfice des entités adjudicatrices) mais aussi hors commande publique (on pense aux conventions domaniales diverses).

15 - Perspectives. – Il serait judicieux de pouvoir ouvrir la procédure avec négociation sans condition aux pouvoirs adjudicateurs. Cette perspective pourrait alors être accompagnée d'un guide illustré sous un format très pédagogique à destination des acheteurs publics des principes, règles et modalités concrètes de conduite de la procédure avec négociation. En outre, il pourrait être envisagé de créer une procédure ouverte avec négociation (combinaison de la procédure d'appel d'offres ouvert avec la procédure avec négociation) dans les conditions et suivant les modalités prévues dans le règlement de la consultation, par exemple en recevant les candidatures et offres en même temps et en n'effectuant le contrôle des candidatures qu'après négociation et qu'en ce qui concerne l'attributaire pressenti, et en négociant selon des règles prévues dans le règlement (par exemple en négociant avec les 3 candidats les mieux classés en application des critères d'attribution).

16 - Le plafonnement de la pondération du critère du prix/coût. – C'est un fait documenté : malgré les progrès accomplis, le prix demeure l'élément et le critère déterminant de l'acte d'achat public. Cela peut aboutir à des difficultés d'exécution ou à la livraison de prestations de mauvaise qualité. Faut-il donc envisager de plafonner le poids (donc la pondération) des critères financiers dans la détermination de l'offre économiquement la plus avantageuse ? Cette suggestion pose une difficulté au regard de la liberté dont est censé bénéficier le pouvoir adjudicateur de fixer ses critères (liberté relative certes mais tout de même) de même que leur pondération¹⁶. Admettons qu'une telle limitation puisse néanmoins être retenue, est-elle pour autant souhaitable ?

L'article L. 2152-8 du Code de la commande publique dispose que « Les critères d'attribution n'ont pas pour effet de conférer une liberté de choix illimitée à l'acheteur et garantissent la possibilité d'une véritable concurrence ». Il n'est pas souhaitable d'inverser la donne et ainsi porter une atteinte nette à cette liberté, sachant qu'elle s'exerce sous le contrôle attentif du juge administratif lorsqu'il est saisi d'un référé précontractuel. Ainsi dans sa décision du 6 avril 2018, n° 402219, le Conseil d'État considère « que le pouvoir adjudicateur définit librement la méthode de notation pour la mise en œuvre de chacun des critères de sélection des offres qu'il a définis et rendus publics ; que, toutefois, une méthode de notation est entachée d'irrégularité si, en méconnaissance des principes fondamentaux d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, elle est par elle-même de nature à priver de leur portée les critères de sélection ou à neutraliser leur pondération et est, de ce fait, susceptible de conduire, pour la mise en œuvre de chaque critère, à ce que la meilleure note ne soit pas attribuée à

13. CE, 25 nov. 2021, n° 454466, Collectivité de Corse : JCP A 2021, act. 731.

14. CJUE, 7 sept. 2021, aff. C-927/19, « Klaipedos regiono atlieky tvarkymo centras » UAB.

15. Les cas de sanctions sont en effet rares. V. par ex. CE, 7 oct. 2020, n° 440775, Sté ADE.

16. CJUE, 27 oct. 2005, aff. C-234/03, Contse SA (V. Code CP, p. 372, n° 92). Liberté de définir la pondération sous réserve que cette pondération respecte es conditions exigées des critères eux-mêmes.

la meilleure offre ou, au regard de l'ensemble des critères pondérés, à ce que l'offre économiquement la plus avantageuse ne soit pas choisie ; qu'il en va ainsi alors même que la personne publique, qui n'y est pas tenue, aurait rendu publique, dans l'avis d'appel à concurrence ou les documents de la consultation, une telle méthode de notation ».

17 - L'exclusion d'un candidat pour mauvaises performances antérieures. – Cet examen qui se situe au stade de l'examen des candidatures consiste à s'assurer de l'aptitude des opérateurs à exécuter le marché. Il n'y a pas d'examen qualitatif mais seulement un examen objectif des aptitudes de l'opérateur¹⁷. La question délicate est celle des mauvaises expériences antérieures du candidat : le Conseil d'État avait naguère admis que cela pouvait constituer un motif de rejet d'une candidature¹⁸.

Le code va plus loin car il prévoit que le pouvoir adjudicateur peut exclure de la procédure de passation les personnes qui, au cours des 3 années précédentes, ont dû verser des dommages et intérêts, ont été sanctionnées par une résiliation ou ont fait l'objet d'une sanction comparable au fait d'un manquement grave ou persistant à leurs obligations lors de l'exécution d'un contrat de commande publique antérieur (CCP, art. L. 2141-7). Ce dispositif soulève quelques interrogations et notamment sur la notion de sanction comparable est imprécise et source de difficultés d'interprétation (ce qui est d'autant plus perturbant que le texte ne semble pas se limiter aux sanctions juridictionnelles mais s'étend aussi aux sanctions contractuelles).

18 - Perspectives. – Pour aller plus loin, outre la délivrance pour chaque procédure, par les opérateurs économiques postulants d'attestations de bonne exécution pour les travaux les plus importants précisant s'ils ont été effectués selon les règles de l'art et menés régulièrement à bonne fin, ne pourrait-il pas être envisagé qu'au plan national il soit prévu par segment d'achat, dans le respect des réglementations, une liste « blanche » mise à jour régulièrement des opérateurs économiques ayant présenté sur les 3 dernières années par exemple des bonnes performances lors de l'exécution de contrats de la commande publique, une cotation nationale des entreprises qu'il serait demandé au candidat de fournir en cas de présentation de candidature à un marché public ? Il faudrait en outre étendre aux pouvoirs adjudicateurs la technique du système de qualification qui est réservée aux entités adjudicatrices. Faut-il encourager l'auto-apurement ? Jamais pour tous les cas d'exclusions à l'appréciation de l'acheteur notamment pour le cas d'exclusion pour motif de conclusion d'une entente avec d'autres opérateurs économiques en vue de fausser la concurrence pour lequel la personne publique ne dispose pas des moyens d'investigation nécessaires. En cas de soupçon d'entente illicite, la saisine de l'Autorité de la Concurrence doit alors être privilégiée.

4. Le droit de la commande publique répond-il efficacement aux situations de crises ?

19 - Le contexte économique général invite à se poser cette question. Il est vrai que le droit du contrat administratif est, historique-

ment un droit de l'exécution. La jurisprudence comme les textes organisent l'adaptation du contrat aux évolutions économiques. Depuis peu, les pouvoirs publics, ont par ailleurs introduit dans le droit positif (loi ASAP) des dispositifs censés répondre aux situations de crise en atténuant la part du formalisme dans la conclusion des contrats voire en prévoyant l'éviction des procédures formalisées si les circonstances l'exigent ; le Conseil d'État a lui-même récemment précisé la portée des dispositions du code relatives aux modifications des contrats de commande publique en cours et l'articulation de ces règles avec celle gouvernant l'imprévision. L'ensemble du droit positif converge donc vers une meilleure prise en compte des situations de crise pour amender le droit positif ou assouplir sa portée dans le sens d'une meilleure efficacité du contrat.

20 - Des progrès sont néanmoins encore possibles. – En période de crise sanitaire, les règles prescrites par l'ordonnance n° 2020-319 du 25 mars 2020 portant diverses mesures d'adaptation des règles de passation, de procédure ou d'exécution des contrats soumis au Code de la commande publique et des contrats publics qui n'en relèvent pas pendant la crise sanitaire née de l'épidémie de covid-19 ont permis d'être cristallisées dans le Code de la commande publique (dispositions relatives aux règles applicables en cas de circonstances exceptionnelles).

Mais en pratique ces règles se révèlent insuffisamment adaptées et les agents comptables publics (qui sont responsables sur leurs propres deniers) demeurent, par exemple, réticents à appliquer d'autres modalités de remboursement des avances que celles inscrites depuis l'ancien temps dans le droit interne et alors même que ces règles ne s'appliquent pas à certains acheteurs dont la SGP. Ces règles prévoient dans le silence du marché, un remboursement qui commence lorsque le montant des prestations exécutées atteint 65 % du montant TTC du marché (ou dès la première demande de paiement) et qui se termine lorsque le montant des prestations exécutées par le titulaire atteint 80 % du montant toutes taxes comprises du marché. Ces règles prévoient également, dans le silence du marché, que l'avance est intégralement remboursée lorsque le montant toutes taxes comprises des prestations exécutées atteint le montant de l'avance accordée. Dans son communiqué de presse n° 159 du 22 septembre 2022, le Gouvernement a semble-t-il pris conscience de l'inefficacité de la règle de droit dans ce domaine et ainsi a annoncé parmi les 13 mesures pour améliorer la trésorerie des entreprises l'amélioration de l'échelonnement du remboursement de ces avances par une réécriture des textes pour modifier la situation actuelle qui conduit les donneurs d'ordre à exiger trop rapidement le remboursement intégral.

Dans le contexte actuel de la hausse du prix des matières premières, il est permis de constater l'inadaptation à cette situation de crise de la règle d'intangibilité des prix. En marge de la sensibilisation des institutions de l'Union européenne sur la question, l'avis du Conseil d'État du 15 septembre 2022 est venu se prononcer sur la possibilité de modifier la clause de révision des prix en cours d'exécution lorsque cette clause s'avère inadaptée et que sa modification est rendue nécessaire par des circonstances imprévues en mettant en application les dispositions de l'article L. 2194-1, 3°, du Code de la commande publique. De même, il est fait le constat de l'inapplication de la théorie de l'imprévision pour les grands donneurs d'ordre publics même si l'application est examinée au moment de l'événement d'imprévision (non atteinte du seuil de bouleversement temporaire de l'équilibre économique du marché fixé entre 7 % et 25 % par la jurisprudence).

17. L'article L. 2142-1 : L'acheteur ne peut imposer aux candidats des conditions de participation à la procédure de passation autres que celles propres à garantir qu'ils disposent de l'aptitude à exercer l'activité professionnelle, de la capacité économique et financière ou des capacités techniques et professionnelles nécessaires à l'exécution du marché. Ces conditions sont liées et proportionnées à l'objet du marché ou à ses conditions d'exécution

18. Mais que le pouvoir adjudicateur devait examiner le dossier de candidature de manière neutre (et donc éventuellement déceler une amélioration des pratiques et expériences du candidats) : CE, 10 juin 2009, n° 324153, Région Lorraine ; Contrats-Marchés publ. 2009, comm. 271, note W. Zimmer.

2316 Les principes de libre accès, d'égalité des candidats et de transparence des procédures, garants de l'efficacité de la commande publique ? (2)

Restitution de l'atelier sur le thème 1

Olivier GIANNONI,
directeur juridique de l'UGAP,
auteur du livre « stratégie et techniques
de l'achat public »



Les règles de la commande publique sont étroitement définies : transparence et égalité de traitement entre les candidats doivent être garanties par la procédure de mise en concurrence. La concurrence c'est aussi le crédo de l'efficacité. Or, on peut se demander si la commande publique est réellement efficace. Apprécier l'efficacité de la commande publique est complexe compte tenu des nombreuses parties prenantes qu'elle fait intervenir : acheteur public, opérateur économique, élus et citoyens. Plusieurs facteurs peuvent contribuer à une meilleure conciliation de ces intérêts parfois contradictoires : l'utilisation de la procédure négociée, la professionnalisation de la fonction achat et la clarification des règles mobilisables dans les situations de crises.

1 - L'efficacité est l'aptitude d'une personne à accomplir sa tâche avec succès. Cela suppose la définition d'objectifs clairs et d'indicateurs pour en vérifier la réalisation. Or, on assiste à une complexification des règles de la commande publique qui donnent l'impression d'une course d'obstacles pour les personnes qui sont soumises au Code de la commande publique. Pourquoi cette multiplication d'objectifs parfois contradictoires ?

Le constat est que la commande publique est un objet qui mobilise de nombreuses parties prenantes. Ces nombreux acteurs qui poursuivent des objectifs propres brouillent la perception de l'efficacité. En effet, la commande publique ne mobilise pas que les acheteurs publics qui l'utilisent pour satisfaire leurs besoins. C'est également un outil de politique publique au niveau national comme au niveau local. En cela, elle concerne aussi les opérateurs économiques et les citoyens.

C'est ce périmètre d'appréciation de l'efficacité de la commande publique qui explique au final pourquoi le processus d'achat public est plus compliqué que celui utilisé par des entreprises privées. Du point de vue des acheteurs publics, l'efficacité s'évalue au regard de la

satisfaction des besoins exprimés dans un délai court à un prix compatible avec le budget alloué. Sous cet angle, les principes d'égalité et de libre accès peuvent apparaître comme des obstacles à l'efficience du processus d'achat car ils le ralentissent.

En effet, ces principes permettent l'existence d'une compétition équilibrée entre les différents opérateurs économiques qui est fondée sur une information complète sur le besoin couvert et des critères de sélection objectifs. L'effectivité de ces normes est de plus assurée par plusieurs juges des référés dédiés qui statuent dans des délais rapides. Dès lors, pourquoi poser ces principes ? Afin de garantir un accès de tous les opérateurs économiques à la commande publique.

Les principes d'égalité et de transparence sont aussi des outils du contrôle démocratique qui s'exerce sur la commande publique. Les débats devant le Parlement sur la souveraineté numérique ou le recours aux cabinets de conseil sont des illustrations de l'exercice de cette vigilance et des enjeux nationaux portés par la commande publique. Cette quête de l'intérêt général explique que le législateur pose des contraintes environnementales et sociétales aux acheteurs publics : accès des PME, clauses sociales... Au final, l'efficacité de la

commande publique s'apprécie selon des référentiels différents propres à chaque acteur ce qui rend son appréciation compliquée et difficile à quantifier.

Plusieurs facteurs liés à la procédure, à la professionnalisation de la fonction achat et à l'apparition de règles liées aux situations de crises pourraient améliorer l'efficacité de la commande publique pour l'ensemble des parties prenantes précédemment identifiées.

1. Une amélioration de l'efficacité de la commande publique liée à la généralisation de la procédure de négociation

2 - Les règles de la commande publique distinguent deux catégories d'acheteurs publics : le pouvoir adjudicateur : acheteur de droit commun et l'entité adjudicatrice : acheteur dérogatoire dont l'intervention est liée à des domaines particuliers (réseau, concession...). Cette distinction induit des règles différentes concernant les règles de passation des contrats de la commande publique.

Les acheteurs de droit commun ont généralement recours à des procédures formalisées dont la logique se rapproche d'un contrat d'adhésion puisqu'il n'existe aucune possibilité de modifier les documents contractuels. Tandis que les acheteurs dérogatoires utilisent la négociation qui permet la naissance du contrat au travers d'un échange de vue entre acheteur public et opérateurs économiques.

Les procédures formalisées sont des facteurs de limitation de l'efficacité de la commande publique lors de la passation et de l'exécution des contrats. Plusieurs raisons expliquent ce diagnostic :

- au moment de la passation, le caractère formalisé rend difficile la régularisation des offres ce qui peut conduire à exclure des candidats alors qu'il aurait été dans l'intérêt de l'acheteur public qu'ils soient présents pendant la procédure afin d'augmenter la concurrence entre les offres. De plus, en dépit de la liberté d'appréciation dans la pondération des différents critères d'attribution, il reste au final assez compliqué dans la plupart des procédures d'éviter que l'offre la plus basse en termes de prix soit attributaire ;

- au moment de l'exécution, l'attribution du contrat au moins-disant peut engendrer des difficultés dans la qualité des produits fournis ou la réalisation des prestations. De même, l'absence de dialogue au moment de l'analyse des offres entre l'acheteur public et les opérateurs économiques peut générer des incompréhensions sur la nature exacte du besoin.

3 - Ce constat doit toutefois être nuancé sur plusieurs points. On rappellera d'abord que le *sourcing* peut constituer un moment d'échanges entre l'acheteur public et les opérateurs économiques non seulement pour expliquer les besoins mais aussi pour comprendre les solutions techniques existantes sur le marché. Les limites de cette discussion consistant dans le respect des principes d'égalité et la détection des potentiels conflits d'intérêts.

Ensuite, si les négociations peuvent permettre d'acquérir une vision partagée sur la future exécution du contrat, certains acheteurs ont notamment recours à la contractualisation des comptes rendus, il est aussi possible en l'absence de négociation d'avoir recours à des accords interprétatifs permettant après l'attribution du contrat de préciser la portée de certaines clauses.

4 - Il existe enfin des motifs légitimes pour avoir recours à la négociation : difficulté à définir le besoin (dialogue compétitif), marché à procédure adaptée, urgence impérieuse, achat innovant, infructuosité de la précédente procédure... Il incombe aux acheteurs publics de maîtriser les potentialités offertes par le Code de la commande publique tout en respectant les principes d'égalité et de transparence.

2. Une amélioration de l'efficacité de la commande publique liée à une fonction d'achat professionnalisée

5 - La question de la maîtrise du corpus de règles et de techniques de l'achat incite à l'apparition d'une véritable fonction d'achat au sein des autorités contractantes.

Cette fonction doit être structurée c'est-à-dire qu'une spécialisation avec des rôles bien identifiés doit exister :

- le prescripteur énonce le besoin sous une forme technique ;
- l'acheteur apporte la connaissance des solutions existantes dans l'amont industriel du secteur économique concerné et la maîtrise des techniques d'achat ;

- le juriste qui doit être une force de proposition dans le choix de la procédure, l'élaboration de la structure contractuelle et la rédaction des clauses.

La traduction de ces différents rôles dépend ensuite de l'importance de la structure et de sa maturité dans le domaine. On rencontre ainsi souvent dans les petites entités un modèle décentralisé dans lequel les rôles d'acheteur et de prescripteur sont confondus seules les plus grandes structures ont une direction des achats centralisée qui peut comprendre ou non un service juridique dédié à la commande publique.

De même, on constate aussi l'apparition dans les fonctions achats matures du poste de *contract manager*. Cette fonction regroupe la rédaction du contrat ainsi que la mise en œuvre et la coordination des moyens mobilisés pendant son exécution. Le but est de couvrir les risques et de profiter des opportunités intervenant pendant la réalisation d'un projet. C'est donc un poste qui est plutôt réservé à des contrats importants d'un point de vue financier qui peuvent être liés à la réalisation d'une infrastructure. Cela constitue la reconnaissance qu'un suivi précis de l'exécution contractuelle est aussi un gage d'efficacité.

L'existence d'une fonction d'achat forte repose, en deuxième lieu, sur une reconnaissance forte au sein de l'entité dans laquelle elle évolue. Cela peut passer par un portage politique avec la nomination d'un élu qui en est chargé dans les collectivités territoriales. Ce portage doit aussi revêtir une reconnaissance administrative avec un rattachement direct à la direction générale (dans l'hypothèse d'entreprises) ou au directeur général des services dans une collectivité.

En troisième lieu, une fonction d'achat professionnelle implique un encadrement et une formation continue des agents qui en font partie. Les exigences toujours plus importantes en matière de contrôle des conflits d'intérêts doivent inciter à une formation spécifique aux risques de corruption et à l'élaboration d'un code de déontologie. Paradoxalement, la professionnalisation de la fonction d'achat incite à recruter des acheteurs provenant d'opérateurs économiques ce qui peut générer des conflits d'intérêts sur lesquels il convient d'être vigilant. Plus généralement, une formation régulière aux évolutions du droit de la commande publique est nécessaire. Elle peut être complétée par une veille commerciale suivie pour identifier les nouvelles pratiques et les innovations.

6 - La fonction d'achat implique également l'utilisation par les acheteurs d'outils spécifiques adaptés. L'un de ces outils est la cartographie des achats qui doit prendre en compte deux dimensions :

- l'aspect juridique lié à la computation des seuils ;
- la dimension économique en identifiant les principaux fournisseurs de l'acheteur public.

Cet outil doit permettre d'élaborer une véritable stratégie d'achat qui soit corrélée à une planification financière en particulier si les gains d'achat doivent se traduire par des économies budgétaires. Le schéma de promotion des achats publics socialement et écologiquement responsables (SPASER) dont l'objet est de suivre l'atteinte en

matière d'achat responsable est également une forme de programmation qu'il peut être intéressant de mettre en place même sans obligation législative.

3. Une amélioration de l'efficacité de la commande publique permise par un renouvellement des règles applicables en cas de crise

7 - La crise générée par la lutte contre la pandémie liée à la Covid a constitué un test grandeur nature de l'efficacité des règles de la commande publique. L'édiction d'une ordonnance spécifique a malheureusement démontré l'inadaptation de ces règles. Comment en effet réaliser une mise en concurrence lorsqu'un confinement vient d'être proclamé ? Comment assurer la survie économique des entreprises lorsque les administrations qui utilisaient leurs services sont fermées ?

Les dispositions de cette ordonnance qui prévoyaient les adaptations nécessaires aux règles de la commande publique pour répondre à ces questions ont ensuite été codifiées dans le Code de la commande publique dans un titre particulier introduit par la loi ASAP. On pouvait donc penser qu'à présent l'acheteur public disposait de l'ensemble des outils nécessaires pour affronter toutes les situations. Le contexte inflationniste lié à la guerre russo-ukrainienne a démontré qu'il n'en était rien.

Il a en effet fallu attendre un avis de septembre 2022 du Conseil d'État pour commencer à disposer d'une doctrine claire sur les possibilités de modifier les contrats de la commande publique pendant leur exécution alors que la question est apparue dans le courant de l'année 2020 (*JCPA 2022, 2276 ; JCPA 2022, 2277*).

De ce point de vue, la clause de réexamen apparaît sans aucun doute comme un outil essentiel car elle autorise la création de cas de modification propre à chaque contrat par rapport à des circonstances exceptionnelles. Toutefois, sa pleine efficacité suppose que sa rédaction soit nourrie par des retours d'expérience réalisés par une fonction d'achat professionnelle dans une optique de cycle d'amélioration continue. Les clauses de rendez-vous peuvent aussi mais dans une moindre mesure faciliter l'accompagnement de la relation contractuelle dans des situations compliquées.

8 - La théorie de l'imprévision semble en revanche affaiblie, d'abord, car c'est un mécanisme qui traditionnellement est plutôt mobilisé en fin de contrat là où les directives autorisent une modification pendant l'exécution du contrat. Ensuite, l'avis du Conseil d'État la décrit comme un mécanisme d'indemnisation sans limitation de montant financier alors que les autres modifications du contrat prévues par les directives sont limitées par rapport au montant initial du contrat (à l'exception des clauses de réexamen). Des incertitudes peuvent donc exister entre cette lecture et les règles posées par les directives européennes. ■

2317 L'efficacité du droit de la commande publique dans la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles (1)

Isabelle HASQUENOPH,
maître de conférences en droit public,
université Paris I Panthéon-Sorbonne



Le droit de la commande publique n'a pas été pensé pour lutter contre les abus de position dominante et les ententes, à l'inverse du droit de la concurrence. Toutefois, il offre des outils (motifs d'exclusion, allotissement, offre anormalement basse...) qui peuvent s'avérer utiles pour combattre de telles pratiques, comblant ainsi certaines lacunes du droit de la concurrence. La complémentarité de ces deux corpus juridiques illustre bien le changement de philosophie à l'œuvre sous l'influence européenne : le droit de la commande publique n'est plus seulement conçu comme un droit de protection de la puissance publique et des deniers publics, mais également comme un droit tourné vers la préservation du libre jeu de la concurrence entre entreprises.

1 - Le droit de la commande publique est-il efficace pour lutter contre les ententes et les abus de position dominante¹ ? Cette question conduit à examiner les relations qu'entretiennent deux branches du droit éminemment économiques : le droit de la commande publique, et le droit de la concurrence.

Ces deux corpus juridiques sont souvent présentés comme les deux faces d'une même pièce², s'appliquant à des phases différentes d'une même transaction, chacun avec une temporalité, une méthode et un sujet qui lui est propre. Depuis la célèbre jurisprudence Million et Marais, les deux ont en outre vocation à se rencontrer dans un même prétoire, celui du juge administratif³.

La commande publique et la concurrence peuvent être perçues comme un « couple infernal »⁴, entretenant des « relations

tumultueuses »⁵ qui n'échappent ni à l'influence du droit de l'Union européenne, ni à la recherche de la performance, laquelle irrigue d'ailleurs l'ensemble du droit public, bien au-delà du seul droit de la commande publique.

2 - En droit de la commande publique, le principe d'efficacité est mentionné à l'article L. 3 du Code de la commande publique, aux termes duquel les principes fondamentaux d'égalité de traitement, de libre accès et de transparence des procédures « permettent d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics ». La notion d'efficacité renvoie au rapport entre les résultats obtenus et les buts fixés⁶ : l'efficacité, c'est la réalisation des buts. Ce terme mérite d'être distingué de celui d'efficience : l'efficience renvoie au rapport entre les résultats obtenus et les ressources employées ; elle désigne la « propriété d'un processus [...] qui tire le meilleur parti de chaque ressource disponible »⁷. Cette notion d'effi-

1. Cet article est inspiré de développements qui figurent dans ma thèse, *Contrats publics et concurrence* : Dalloz, NBT, 2021, vol. 206.
2. C. Munro, *Competition law and public procurement : two sides of the same coin ?* : PPLR n° 6, 2006, p. 352.
3. CE, 3 nov. 1997, n° 169907, *Sté Million et Marais*. – F. Lichère, *Dix ans après l'arrêt Million et Marais : et après ? Règle de concurrence et marchés publics* : JCP A 2007, 2284.
4. N. Diricq, *Conclusion, Dossier Commande publique et concurrence* : *Rev. conc. consom.* 2002, n° 129, p. 30.

5. O. Guézou, *Droit de la concurrence et contrats publics – contentieux administratif et pratiques anticoncurrentielles*, in *Contrats publics : mélanges en l'honneur du professeur M. Guibal* : Presses de la faculté de droit de Montpellier, 2006, p. 107.
6. M. Bialès, *Dictionnaire d'économie et des faits économiques et sociaux contemporains* : Foucher, 1999.
7. B. Rosier, *Signification du principe d'efficience dans l'analyse théorique de la croissance économique* : *Revue économique*, 1970, vol. 21, n° 4, p. 597.

science, c'est en droit de la concurrence qu'on la retrouve, la concurrence étant censée garantir, en vertu de la théorie économique, une triple efficacité, allocative, productive et dynamique⁸. Mais on peut entrevoir un rapprochement entre « l'efficacité » du droit de la concurrence et « l'efficacité » du droit de la commande publique : c'est ce qui transparaît d'un avis du 15 février 2016, dans lequel l'Autorité de la concurrence française a considéré que « la recherche d'efficacité de la commande publique [...] rejoint l'objectif d'efficacité économique poursuivi par le droit de la concurrence et peut être considéré[e] comme un cas particulier de cet objectif plus général »⁹.

On perçoit ainsi qu'un pont peut être jeté entre les deux corpus juridiques. L'objectif du droit de la concurrence, interne et européen, est de protéger le bon fonctionnement du marché contre toute pratique risquant de l'affecter¹⁰. Dans cette optique, il réprime les pratiques anticoncurrentielles, l'une des branches du droit de la concurrence aux côtés du droit des concentrations et des aides d'État. Le droit de la commande publique, lui, n'a pas été pensé pour lutter contre les pratiques anticoncurrentielles. Mais ne comporte-t-il pas, malgré tout, des outils qui pourraient remplir cette fonction ?

Poser cette question permet de toucher du doigt les transformations qu'a connues le droit de la commande publique ces dernières décennies. En effet, cette question ne se serait jamais posée aux balbutiements du droit de la commande publique : lorsqu'une ordonnance royale du 4 juillet 1376 explique que l'objectif de l'ancienne procédure d'adjudication est d'éviter les « fraudes et malices » au préjudice du Roi et de la chose publique¹¹, on comprend que le but de la mise en concurrence est de préserver les deniers publics et la moralité publique¹². Les règles et procédures ont été historiquement pensées comme une protection de la puissance publique contre les entreprises. Des siècles plus tard, la construction européenne a changé de paradigme : l'accent est mis sur le respect du libre jeu de la concurrence entre entreprises, et les règles sont pensées comme une protection des entreprises, cette fois contre la puissance publique tentée par le protectionnisme et le favoritisme¹³. C'est ce changement de philosophie qui est en jeu ici.

Le droit de la commande publique peut-il efficacement saisir des comportements qui relèvent en principe des sanctions du droit de la concurrence ? Cette question a longtemps été négligée : l'efficacité du droit de la commande publique pour atteindre ce but a été occultée (1). Cette efficacité mérite toutefois d'être envisagée (2) : face aux limites auxquelles se heurte le droit de la concurrence, le droit de la commande publique pourrait offrir des ressources intéressantes.

1. Une efficacité occultée

3 - Si la question de l'efficacité du droit de la commande publique pour lutter contre les ententes et les abus de position dominante a souvent été négligée, c'est parce que telle est précisément la tâche du droit de la concurrence. L'efficacité de ce dernier pour lutter contre de

telles pratiques s'illustre à plusieurs égards, ce qui peut conforter un certain sentiment d'inutilité du droit de la commande publique pour atteindre les mêmes buts.

On dit souvent que le droit de la concurrence permet d'assurer « l'efficacité de la mise en concurrence »¹⁴, notamment en sanctionnant les pratiques d'ententes ou d'abus de position dominante qui surviennent lors du processus d'appel d'offres. Et si le droit de la concurrence trouve dans le cadre des contrats de la commande publique un terrain d'application privilégié, c'est pour au moins trois raisons. D'abord, parce que le sujet du droit de la concurrence, l'entreprise, se retrouve en droit de la commande publique sous les traits de l'opérateur économique¹⁵. Ensuite parce que, d'un point de vue théorique, le contrat apparaît comme un rouage de l'économie de marché, la traduction juridique d'un échange économique : on peut considérer que la passation d'un contrat de la commande publique est une activité de marché qui relève des lois de l'offre et de la demande, et on comprend alors d'autant mieux que le droit du marché veille au respect du bon fonctionnement de la concurrence dans ce cadre¹⁶. Enfin parce qu'en pratique, les appels d'offres sont un terrain privilégié des soumissions concertées, qualifiées d'ententes injustifiables par l'OCDE¹⁷, et donnent lieu, peut-être plus rarement, à des pratiques d'abus de position dominante.

4 - Tout concorde pour occulter la question de l'efficacité du droit de la commande publique pour lutter contre les pratiques anticoncurrentielles, et privilégier l'étude du droit de la concurrence. Trois grands exemples permettent de mieux cerner l'apport du droit de la concurrence au droit de la commande publique.

D'abord, le droit de la concurrence interne et européen prohibe les ententes (TFUE, art. 101, § 3. – C. com., art. L. 420-1), pratiques caractérisées par une concertation entre entreprises portant atteinte au marché¹⁸. La passation des marchés publics a donné lieu à de nombreuses pratiques d'ententes : l'Autorité de la concurrence a pu sanctionner sur ce fondement des offres de couverture, des offres « carte de visite »¹⁹, et même la constitution d'un groupement d'opérateurs²⁰.

Ensuite, le droit de la concurrence prohibe également les abus de position dominante (TFUE, art. 102. – C. com., art. L. 420-2). Mais la sanction de ces pratiques est parfois difficile, car cette qualification est subordonnée à la réunion de trois conditions : la délimitation d'un marché pertinent, la preuve d'une position dominante (qui s'analyse en termes de parts de marchés et de contestabilité du marché), et d'un abus, lequel renvoie à deux types de pratiques : les abus d'exploitation (ou de comportement) ; et les abus d'éviction (ou de structure)²¹.

5 - Dans le contexte des contrats de la commande publique, l'abus peut résulter de pratiques non tarifaires. Ainsi, ont pu être qualifiés d'abus de position dominante, le refus de l'opérateur en position dominante de communiquer à ses concurrents les informations

8. F. Jenny, *Droit européen de la concurrence et efficacité économique* : RIE, vol. 63, 1993, p. 193.

9. A.C., avis n° 16-A-05, 15 févr. 2016, relatif à la demande d'avis de la commune de Saint-Germain-en-Laye en ce qui concerne la conformité du traitement des offres « non conformes » en matière de commande publique au regard des règles de concurrence, pt 75.

10. M. Malaurie-Vignal, *Droit de la concurrence interne et européen* : Dalloz, 2019, p. 187.

11. Cité par X. Bezançon, *Essai sur les contrats de travaux et de services publics. Contribution à l'histoire administrative de la délégation de mission publique* : LGDJ, Bibl. dr. publ., t. 206, 1999, spéc. p. 198.

12. Sur cet aspect, I. Hasquenoph, *préc.*, n° 113 et s.

13. Sur cette évolution, M. Amilhat, *La notion de contrat administratif. L'influence de l'Union européenne*, Thèse Toulouse 1 : Bruylant, Bruxelles, 2014.

14. O. Guézou, *Droit de la concurrence et droit des marchés publics : vers une notion transversale de mise en libre concurrence* : CP-ACCIP mars 2003, n° 20, p. 43.

15. L. Richer, *L'introduction de la notion d'activité économique dans le droit des contrats publics* : EDCE n° 59, La Documentation française, Paris, 2008.

16. V. I. Hasquenoph, *préc.*

17. OCDE, *Recommandations du Conseil concernant une action efficace contre les ententes injustifiables*, C (98) 35 final, 14 mai 1998.

18. M. Malaurie-Vignal, *préc.*, p. 227 et s.

19. V. C. Cabanes, B. Neveu, *Droit de la concurrence dans les contrats publics* : Le Moniteur, 2008.

20. A.C., déc. n° 16-D-02, 27 janv. 2016.

21. M. Malaurie-Vignal, *préc.*, n° 606 et s.

utiles pour formuler une offre²² ou les pratiques de dénigrement d'un concurrent²³.

L'abus peut aussi provenir de pratiques tarifaires, et notamment de la formulation d'un prix bas par un candidat, qui peut être qualifié de « *prix prédateur* » (c'est le fameux « *test Akzo* »²⁴). Ce grief est souvent invoqué devant l'Autorité de la concurrence, mais finalement peu sanctionné, souvent en raison d'un défaut de preuve du caractère prédateur du prix²⁵. Le droit de la commande publique n'est pas indifférent à la problématique des prix bas formulés par les candidats à l'attribution d'un contrat : il appréhende ces pratiques à travers la notion d'offre anormalement basse, sur laquelle nous reviendrons.

On comprend, de manière générale, que la question de l'efficacité des instruments spécifiques au droit de la commande publique pour lutter contre de telles pratiques ait été négligée, et que l'on considère souvent que les sanctions du droit de la concurrence suffisent à garantir l'efficacité de la commande publique. Il faut ajouter à cela les derniers développements qu'a connu le droit de la concurrence dans le champ du *private enforcement*.

Le *private enforcement* désigne la mise en œuvre du droit de la concurrence dans la sphère privée : il s'agit pour le juge, qu'il soit administratif ou judiciaire, de tirer les conséquences des violations du droit de la concurrence, en réparant le préjudice subi par la victime ou en annulant le contrat passé en méconnaissance de ces règles²⁶. Aujourd'hui, le contentieux administratif du *private enforcement* s'affirme, de plus en plus, comme un instrument de dissuasion des comportements anticoncurrentiels mis en œuvre lors de la passation de contrats de la commande publique, et plus généralement, comme un instrument de préservation de l'ordre public concurrentiel²⁷. Il s'inscrit en effet dans un rapport de complémentarité vis-à-vis des sanctions prononcées dans le cadre du *public enforcement*. L'affaire du cartel dans le secteur de la signalisation routière l'illustre²⁸ : en plus d'être sanctionnées par l'Autorité de la concurrence, les entreprises ont été condamnées à verser plusieurs millions d'euros aux départements victimes de leur entente en réparation de leur préjudice²⁹.

On comprend, par ce panorama, que la question de l'efficacité du droit de la commande publique pour lutter contre les pratiques anticoncurrentielles soit souvent occultée : le droit de la concurrence semble largement suffire. Et pourtant, l'efficacité des outils spécifiques au droit de la commande publique pour lutter contre ces pra-

tiques mérite d'être envisagée. En effet, le droit de la concurrence peine parfois à détecter ou à sanctionner certaines pratiques, justement parce qu'elles surviennent dans le cadre de la passation de marchés publics ou de concessions. Le droit de la commande publique pourrait donc venir combler les lacunes du droit de la concurrence. Et sur ce point, l'efficacité de ses outils n'est nullement conditionnée par celle du droit de la concurrence : c'est précisément parce que le droit de la concurrence n'est plus efficace que le droit de la commande publique peut prendre le relais. Il faut toutefois faire preuve de nuance et de prudence, car les instruments spécifiques du droit de la commande publique restent affectés par un certain nombre de limites.

2. Une efficacité à envisager

6 - Il s'agit ici de prendre la mesure de la complémentarité du droit de la commande publique vis-à-vis du droit de la concurrence, dans l'appréhension de pratiques qui se rapprochent de celles d'abus de position dominante (A) ou d'entente (B).

A. - Droit de la commande publique et lutte contre les abus de domination

7 - Le premier outil à envisager ici est l'offre anormalement basse, notion qui pourrait être utile pour lutter contre les prix « *abusivement* » bas. Le droit de la concurrence peine parfois à sanctionner l'offre anormalement basse par le biais des qualifications qui lui sont propres. En effet, on a indiqué précédemment que la qualification d'abus de position dominante se trouve compliquée par la nécessité de réunir les trois éléments de l'infraction. Mais une autre disposition permet au droit de la concurrence d'appréhender les pratiques de prix bas sans avoir à démontrer l'existence d'une position dominante³⁰ : la sanction des prix abusivement bas régie par l'article L. 420-5 du Code de commerce. Le problème est que cette sanction ne peut être envisagée dans le contexte de la commande publique, parce que le prix ne peut être qualifié d'abusivement bas qu'à l'égard d'un « *consommateur* », ce que n'est pas l'autorité contractante. En effet, la notion de « *consommateur* » au sens de cet article vise, en bref, une personne « *sans expérience particulière dans le domaine où elle contracte* » et qui agit pour la satisfaction de « *ses besoins propres* »³¹. L'insuffisance du droit de la concurrence à cet égard conduit à se tourner vers les instruments spécifiques au droit de la commande publique.

L'offre anormalement basse est définie par le Code de la commande publique comme « *une offre dont le prix est manifestement sous-évalué et de nature à compromettre la bonne exécution du marché* » (CCP, art. L. 2152-5)³². L'acheteur public doit détecter l'offre anormalement basse, demander à l'opérateur de la justifier, évaluer la pertinence des justifications et décider en conséquence d'admettre ou de rejeter l'offre. Si les justifications ne sont pas convaincantes, ou si l'offre est anormalement basse parce qu'elle contrevient à un certain nombre d'obligations, le rejet de l'offre est désormais une obligation (CCP, art. R. 2152-4). Cela se comprend, en raison des risques que l'offre anormalement basse fait peser tant sur la concurrence que sur la bonne exécution du contrat.

Mais cet instrument est-il vraiment efficace ? La doctrine s'accorde aujourd'hui à considérer que le traitement des offres anormalement basses « *n'est pas très satisfaisant* »³³. Du point de vue de

22. A.C., déc. n° 15-D-01, 15 févr. 2015, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la diffusion de la télévision par voie hertzienne terrestre en Outre-Mer.

23. A.C., déc. n° 09-D-14, 25 mars 2009, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la fourniture d'électricité.

24. CJCE, 3 juill. 1991, aff. C-62/86, Akzo Chemie.

25. Tout au plus peut-on citer l'exemple de la sanction de la pratique de ciseau tarifaire par laquelle TDF empêchait ses concurrents de faire des offres dans des « *conditions économiquement acceptables* » (A.C., déc. n° 15-D-10, 11 juin 2015).

26. Dir. 2014/104/UE, 26 nov. 2014, relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit national pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne : JOUE n° L 349, 5 déc. 2014 ; transposée en France (Ord. n° 2017-303, 9 mars 2017, relative aux actions en dommages et intérêts du fait des pratiques anticoncurrentielles).

27. P. Levallois, *Les progrès de l'action indemnitaire en private enforcement : Contrats-Marchés publ.* 2020, n° 11, étude 9.

28. CE, 27 mars 2020, n° 421758, Sté Lacroix Signalisation c/ Dpt de l'Orne ; JCP A 2020, 2153, comm. J. Martin. – CE, 27 mars 2020, n° 421833, Sté Signaux Girod c/ Dpt de l'Orne ; Contrats-Marchés publ. 2020, comm. 197, note M. Ubaud-Bergeron.

29. Ce qu'a confirmé le Conseil d'État (CE, 27 avr. 2021, n° 440348, Sté Lacroix Signalisation c/ Dpt Loire-Atlantique ; JCP A 2021, act. 291 ; JCP A 2021, 2267, chron. § 14).

30. S. Nicinski, *L'offre anormale dans les délégations de service public* : AJDA 2011, p. 879.

31. CA Paris, 3 juill. 1998, Sté moderne d'assainissement et de nettoyage : BOCCRF 16 juill. 1998, p. 397.

32. Sur cette notion, M. Ubaud-Bergeron, *Droit des contrats administratifs* : LexisNexis, 3^e éd., p. 285.

33. M. Ubaud-Bergeron, *préc.*, p. 286.

l'acheteur public, on peut relever deux difficultés. D'abord, l'acheteur public reste le principal bénéficiaire du prix bas : il peut être tenté de le privilégier, même si l'offre cache en réalité des prestations de moins bonne qualité³⁴. Ensuite, l'acheteur public peut être confronté à la difficulté de prouver ce caractère anormalement bas. Les choses sont également perfectibles du point de vue du contrôle juridictionnel. Le juge du référé précontractuel contrôle le respect de l'obligation de rejet, ce contrôle étant limité à l'erreur manifeste d'appréciation. Mais il ne « se laisse pas aisément convaincre du caractère anormalement bas de l'offre »³⁵ : on a même parlé de « défiance » du juge administratif vis-à-vis de cette qualification³⁶. L'offre anormalement basse s'apprécie au regard de son prix global, et non pas au niveau du prix d'une prestation prévue au contrat³⁷ ; et une offre ne sera pas considérée comme anormalement basse par seule comparaison avec les estimations de l'administration³⁸ ou les offres concurrentes³⁹, ni au motif qu'elle ne couvrirait pas certains coûts⁴⁰ ou ne permettrait pas au titulaire de dégager un bénéfice⁴¹. Par exemple, une offre inférieure de 26 % à la moyenne des autres offres n'emporte pas à elle seule l'identification d'une offre anormalement basse⁴². Un arrêt du Conseil d'État du 2 mars 2022, Société Formateurs Bourbon, offre une illustration récente de ces réticences du juge administratif à identifier une telle offre⁴³.

8 - Enfin, on relèvera une dernière limite à l'appréhension des pratiques de prix bas par le droit de la commande publique : l'obligation de rejet des offres anormalement basses ne se retrouve pas en matière de concessions. Le Code de la commande publique ne la prévoit pas, et le Conseil d'État l'a expressément rejetée⁴⁴. En dépit de la position du Conseil d'État, on peut poursuivre une réflexion menée par le professeur Sophie Nicinski, suggérant d'étendre le traitement des offres anormalement basses prévu en droit des marchés publics aux contrats de concessions, moyennant certaines adaptations⁴⁵. Cette transposition se justifierait, non pas pour nier la singularité des concessions par rapport aux marchés publics, mais pour deux raisons. D'abord parce que la notion d'offre anormalement basse aurait dans les deux cas pour objectif de garantir la bonne exécution du contrat. Ensuite parce qu'elle constitue « l'application d'un socle commun de principes applicables aux contrats de la commande publique »⁴⁶.

L'offre anormalement basse pourrait donc être un instrument efficace pour combler les lacunes du droit de la concurrence. Mais elle présente un certain nombre d'apories qui ne permettent pas de conclure à son efficacité réelle. Quelles pourraient être les pistes d'évolution ? Si l'on reprend les propos de Sophie Nicinski, on pour-

rait appeler à une meilleure sensibilisation des acheteurs publics, afin de les inciter à s'extraire de l'attrait pour les offres moins-disantes et à remettre au centre l'idée d'offre mieux-disante. La modification des textes pourrait également être envisagée, et notamment la rédaction de l'article L. 420-5 du Code de commerce. Il pourrait s'agir, par exemple, de modifier la référence aux « consommateurs » ou d'insérer un alinéa propre aux autorités contractantes, afin de leur permettre de se prévaloir des pratiques de « prix abusivement bas »⁴⁷.

On relèvera enfin que le Code de la commande publique comporte des dispositions relatives au droit des aides d'État, qui peuvent être utiles pour lutter contre les offres anormalement basses. Une offre anormalement basse formulée par un opérateur bénéficiaire d'une aide d'État ne pourra toutefois être rejetée que si l'opérateur ne peut justifier de la compatibilité de l'aide au regard du droit de l'Union européenne (CCP, art. R. 2152-5)⁴⁸.

Le droit de la commande publique comporte également des dispositions à même de lutter contre les pratiques d'ententes.

B. - Droit de la commande publique et lutte contre les ententes

9 - Le droit de la commande publique peut être complémentaire au droit de la concurrence dans la prévention et la détection des soumissions concertées.

Il peut d'abord être utile sur le terrain de la prévention. En effet, l'inefficacité du droit de la concurrence dans la sanction des pratiques anticoncurrentielles *a posteriori* suppose de se tourner vers les outils du droit de la commande publique pour empêcher, en amont, la survenance de telles pratiques⁴⁹. Et justement, le droit de la commande publique offre plusieurs instruments de dissuasion des ententes.

10 - Le premier est l'allotissement. En permettant le découpage du contrat en lots, il facilite l'accès des PME à la commande publique ; et cette entrée de nouveaux concurrents sur le marché peut compliquer l'éventuelle coordination des entreprises entre elles. De ce point de vue, l'allotissement pourrait être un instrument efficace pour lutter contre les soumissions concertées. Mais c'est un outil à manier avec prudence, car il peut avoir l'effet strictement inverse et favoriser les collusions, notamment en facilitant la répartition des lots entre les membres d'un cartel déjà actif sur le marché⁵⁰. Le Code de la commande publique prend en compte cette crainte en prévoyant qu'il puisse être dérogé au principe d'allotissement lorsque « la dévolution en lots séparés est de nature à restreindre la concurrence » (CCP, art. L. 2113-11).

11 - Les motifs d'exclusion constituent un second outil du droit de la commande publique pour prévenir les soumissions concertées. Le Code de la commande publique prévoit que l'autorité contractante peut exclure de la procédure les personnes à l'égard desquelles elle a, en bref, toutes les raisons de croire qu'elles se sont entendues avec d'autres opérateurs pour fausser la concurrence (CCP, art. L. 2141-9 et L. 3123-9). On remarquera avec intérêt que cette disposition est née en droit de la concurrence : à l'origine, l'ordonnance du 30 juin 1945, ancêtre du droit de la concurrence moderne, prévoyait la possibilité d'exclure d'une procédure d'appel d'offres une entreprise condamnée pour entente⁵¹.

34. *Ibid.*

35. F. Linditch, note sur CE, 18 févr. 2022, n° 457578, Toulouse Métropole : JCP A 2022, n° 22, 2173.

36. F. Linditch, note sur CE, 2 mars 2022, n° 458019, Sté Formateurs de Bourbon : JCP A 2022, n° 15, 2116.

37. CE, 13 mars 2019, n° 425191, Sté Sepur ; JCP A 2019, act. 211 ; Contrats-Marchés publ. 2019, comm. 189 comm. M. Ubaud-Bergeron.

38. CE, 3 nov. 2014, n° 382413, ONF.

39. CE, 29 mai 2013, n° 366606, min. Intérieur c/ Sté Artéis.

40. CE, 1^{er} mars 2012, n° 354159, Dpt de la Corse du Sud.

41. CE, 22 janv. 2018, n° 414860, Sté Comptoir de négoce d'équipements ; JCP A 2018, 2155.

42. CAA Lyon, 5 déc. 2013, n° 12LY01142, Sté AD Arnaud Démolition. – CE, 25 mai 2018, n° 417428, OPH Hauts-de-Seine et a ; JCP A 2018, 2219, note J. Martin.

43. CE, 2 mars 2022, n° 458019, Sté Formateurs Bourbon ; JCP A 2022, 2116.

44. CE, 26 févr. 2020, n° 436428, Cne Saint-Julien-en-Genevois ; JCP A 2020, 2115, comm. S. Hul.

45. S. Nicinski, préc. – G. Eckert, Pas d'offre anormalement basse en matière de concessions : Contrats-Marchés publ. 2020, n° 5, comm. 159.

46. *Ibid.*

47. S. Nicinski, préc.

48. On se permet de renvoyer à I. Hasquenoph, préc., n° 1229 et s.

49. M. Motta, *Competition Policy : Theory and Practice* : Cambridge, Cambridge University Press, 2004 p. 192.

50. G. L. Albano, *Hearing on Auctions and Tenders : Further Issues*, 19 juin 2015, Document de travail de l'OCDE, DAF/COMP/WP2 (2015) 2.

51. L. Richer, *L'application du droit de la concurrence aux marchés publics* : CJEG 1989, p. 305.

Aujourd'hui, ce motif d'exclusion peut être un outil de dissuasion intéressant⁵² : l'incitation à s'entendre avec d'autres entreprises est réduite lorsque l'on risque à la fois de tomber sous le coup de sanctions prononcées par l'Autorité de la concurrence, et d'être empêché de participer à la procédure d'appel d'offres. Mais là encore, le dispositif est affecté d'un certain nombre de limites. Notamment, l'exclusion est seulement facultative, ce qui laisse un pouvoir discrétionnaire important à l'autorité contractante. Plusieurs pistes pourraient être envisagées pour améliorer l'efficacité de ce dispositif : rendre ce cas d'exclusion obligatoire⁵³, ou permettre l'intervention d'entités autres que l'autorité contractante dans le cadre de la procédure d'exclusion. Le système en vigueur aux États-Unis est intéressant à cet égard : c'est à une autorité distincte de l'administration contractante, désignée au préalable, qu'incombe la décision d'exclure une entreprise de la procédure⁵⁴.

12 - Allotissement, motifs d'exclusion : voilà donc deux instruments spécifiques au droit de la commande publique, qui pourraient être utiles pour prévenir les pratiques d'ententes. D'autres outils pourraient s'avérer efficaces pour détecter ces pratiques.

En effet, le droit de la concurrence est confronté à une difficulté dans le cadre spécifique des contrats de la commande publique : dans ce cadre précis, les programmes de clémence ne fonctionnent pas parfaitement⁵⁵. En effet, la transparence de marché assure la discipline des membres du cartel, en facilitant la surveillance entre eux et le déclenchement de représailles à l'encontre de ceux qui déviaient de la ligne fixée. Aucun n'est donc vraiment incité à dénoncer ses co-conspirateurs, ce qui assure une certaine stabilité aux cartels mis en œuvre dans le domaine des marchés publics.

Ces limites ont conduit les autorités de concurrence à forger d'autres instruments pour tenter d'améliorer la détection des ententes dans les marchés publics⁵⁶. Mais elles incitent également à se tourner du côté du droit de la commande publique.

13 - On pourrait envisager de confier à l'administration contractante la détection des ententes affectant les procédures de passation des contrats. Les autorités contractantes pourraient ainsi, selon les mots de Bruno Lasserre, « devenir de vrais acteurs » du droit de la concurrence⁵⁷. Néanmoins, leur confier cette tâche n'irait pas de soi⁵⁸ : plusieurs limites peuvent compliquer la détection des ententes par les autorités contractantes. D'abord, un manque d'incitation de l'acheteur public qui, dans certains cas extrêmes, profite même personnellement de l'entente⁵⁹. Ensuite, un défaut de professionnalisation⁶⁰. Enfin, l'absence de coopération entre l'autorité contractante et les autorités de concurrence. Sur ce point, l'exemple japonais est intéressant : la Commission japonaise du commerce équitable doit être informée par des agents de liaison, désignés par chaque administration chargée de la passation de contrats publics, « des cas possibles d'infraction à la loi anti-monopole »⁶¹.

Le droit de la commande publique comporte ainsi des instruments qui peuvent être complémentaires au droit de la concurrence pour lutter contre les ententes et les abus de position dominante. Leur efficacité n'est pas conditionnée par celle du droit de la concurrence : justement, ils pourraient, au prix de quelques adaptations, permettre de combler les lacunes du droit de la concurrence. ■

52. A. Sanchez-Graells, *Collusion and Competition from a State and Market Perspective*, in *Public Procurement : Global Revolution Conference*, Law School, University of Nottingham, 24-25 June 2013.

53. A. Sanchez-Graells, *Prevention and Deterrence of Bid rigging : A Look From the New EU Directive on Public Procurement*, in G. Racca, C. Yukins, *Integrity and Efficiency in Sustainable Public Contracts* : Bruylant, 2014, p. 171.

54. *Ibid.*

55. I. Hasquenoph, *préc.*, n° 378 et s.

56. *Ibid.*, n° 388 et s.

57. B. Lasserre, *Droit de la concurrence et activités des collectivités territoriales : quelle régulation ?*, in *XIII^e Colloque de l'AFAC, Droit public de la concurrence et droit de la concurrence public*, 5 oct. 2006, p. 22.

58. A. Heimler, *Cartels in Public Procurement : Journal of Competition Law & Economics*, 2012, 8, 4, p. 849-62.

59. *Cons. conc.*, *déc. n° 05-D-69*, 15 déc. 2005, relative à des pratiques relevées dans le secteur des travaux routiers en Seine maritime.

60. O. Bandiera, A. Pratt, T. Valletti, *Active and Passive Waste in Government Spending : Evidence from a Policy Experiment*, *American Economic Review*, 2009, vol. 99, n° 4.

61. OCDE, *Lutte contre les soumissions concertées dans les marchés publics*, 2016, *préc.* p. 31.

2318 Les instruments spécifiques de l'efficacité, des instruments à renforcer ? (2)

Christopher MENARD,
directeur juridique ENEDIS



La mutualisation (centrales, groupements de commandes) et les techniques d'achats (accords-cadres, systèmes d'acquisition dynamiques, enchères électroniques) sont-elles des vecteurs d'efficacité de l'achat public ? Telle était la première question dans le cadre de ce second thème du colloque. Pour y répondre, il faut en premier lieu, en rappeler le régime, tel qu'il est prévu dans le Code de la commande publique. Dans un second temps, c'est la pratique qui permet de démontrer l'intérêt de la mutualisation et des instruments spécifiques comme l'accord-cadre ou le système de qualifications. Au-delà des bénéfices évidents en matière de performance de l'achat, la mutualisation peut s'avérer utile dans la période actuelle de tension pour sécuriser un approvisionnement. Les techniques d'achat spécifiques (accord-cadre, systèmes de qualifications) sont spécifiques et démontrent leur utilité dans certains domaines ou pour répondre à certaines problématiques d'achat dès lors qu'elles sont utilisées à bon escient.

Les facultés de mutualisation existent dans le Code de la commande publique aux articles L. 2113-2 et suivants.

Il s'agit des centrales d'achat (CCP, art. L. 2113-2 : « Une centrale d'achat est un acheteur qui a pour objet d'exercer de façon permanente, au bénéfice des acheteurs, l'une au moins des activités d'achat centralisées suivantes : 1° L'acquisition de fournitures ou de services ; 2° La passation des marchés de travaux, de fournitures ou de services. ») et des groupements de commandes (CCP, art. L. 2113-6 à L. 2113-8 : « Des groupements de commandes peuvent être constitués entre des acheteurs afin de passer conjointement un ou plusieurs marchés. Un groupement de commandes peut également être constitué, aux mêmes fins, entre un ou plusieurs acheteurs et une ou plusieurs personnes morales de droit privé qui ne sont pas des acheteurs, à condition que chacun des membres du groupement applique, pour les achats réalisés dans le cadre du groupement, les règles prévues par la présente partie. »).

La convention constitutive du groupement signée par ses membres est la poutre maîtresse du groupement de commandes. C'est elle qui définit les règles de fonctionnement du groupement. Elle peut confier à l'un ou plusieurs de ses membres la charge de mener tout ou partie de la procédure de passation ou de l'exécution du marché au nom et pour le compte des autres membres. Les acheteurs membres du groupement de commandes sont solidairement responsables des seules opérations de passation ou d'exécution du

marché qui sont menées conjointement en leur nom et pour leur compte selon les stipulations de la convention constitutive.

On peut également citer les entités communes transnationales (CCP, art. L. 2113-9 : « Lorsque des acheteurs ont adhéré à une entité commune transnationale, constituée notamment sous la forme d'un groupement européen de coopération territoriale, les statuts ou une décision de l'organe compétent de cette entité déterminent les règles applicables aux marchés de cette entité, lesquelles sont : 1° Soit la loi de l'État dans lequel se trouve son siège ; 2° Soit la loi de l'État dans lequel elle exerce ses activités. Le choix de la loi applicable ne peut avoir pour but de se soustraire à l'application de dispositions nationales qui intéressent l'ordre public. »).

La mutualisation des achats est, par principe, un vecteur d'efficacité. Plus on est nombreux, plus on dispose d'une « force de frappe » pour négocier les meilleurs tarifs. C'est aussi actuellement un moyen, dans le contexte actuel de tension sur l'approvisionnement en matériels, de s'assurer d'une meilleure disponibilité des travaux ou fournitures achetés.

En tant que praticien, je peux témoigner de l'efficacité de ce type d'achat en particulier le groupement de commandes parfois mis en œuvre entre Autorités organisatrices de la distribution d'électricité (« AODE ») et Enedis ou entre entités adjudicatrices.

On pourrait également citer la centrale d'achat mise en œuvre dans le cadre du programme Linky, à travers le Groupement d'intérêt

public commun à Enedis et aux entreprises locales de distribution d'électricité pour acquérir les matériels compteurs et concentrateurs Linky.

Certaines techniques d'achats peuvent également permettre de gagner en efficacité, ou du moins de répondre à certaines problématiques opérationnelles.

Il s'agit en premier lieu des accords-cadres prévus à l'article L. 2125-1 (1° l'accord-cadre, qui permet de présélectionner un ou plusieurs opérateurs économiques en vue de conclure un contrat établissant tout ou partie des règles relatives aux commandes à passer au cours d'une période donnée. La durée des accords-cadres ne peut dépasser 4 ans pour les pouvoirs adjudicateurs et 8 ans pour les entités adjudicatrices, sauf dans des cas exceptionnels dûment justifiés, notamment par leur objet ou par le fait que leur exécution nécessite des investissements amortissables sur une durée supérieure) et du système de qualification prévu à l'article L. 2125 3° (« *Le système de qualification, réservé aux entités adjudicatrices, destiné à présélectionner tout au long de sa durée de validité des candidats aptes à réaliser des prestations déterminées* »).

L'accord-cadre trouve son utilité lorsque la prévisibilité du volume n'est pas déterminable. Il permet en outre de sélectionner plusieurs attributaires sur un même domaine.

En tant que praticien, je peux témoigner d'une parfaite adéquation de cette technique d'achat pour les prestations intellectuelles (systèmes d'information, avocats...), les prestations ponctuelles et incertaines. Pour ce dernier exemple, l'accord-cadre permet d'éviter le recours au marché pour cause d'urgence impérieuse, sans publicité ni mise en concurrence dont les conditions de recours sont très restrictives.

Le système de qualification est pour sa part utile sur les grands projets industriels pour qualifier les opérateurs lorsque le matériel objet de l'achat n'est pas encore standardisé. Cette technique d'achat permet d'élargir un panel d'entreprises susceptibles de répondre, est très souple et donne de la visibilité industrielle au marché.

En conclusion, l'ensemble des instruments de mutualisation, ou de techniques d'achat telles que l'accord-cadre ou le système de qualification, sont a minima à maintenir, voire à renforcer, à partager et ce colloque y contribue. Au regard de la crise conjoncturelle d'approvisionnement de certains matériels, la mutualisation des achats ne répond plus seulement à un objectif de prix. Elle répond également à un objectif de sécurité d'approvisionnement. ■

2319 Les instruments spécifiques de la commande publique, des instruments à renforcer ? (3)

Michaël KARPENSCHIE,
professeur à l'université Lyon 3,
avocat au barreau de Lyon



1 - Au cours de cette journée d'études, deux outils présumés d'efficacité de la commande publique ont été mis en avant : l'achat groupé auquel recourent de plus en plus fréquemment les pouvoirs adjudicateurs et la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles (notamment le contrôle des offres anormalement basses et, de manière plus accessoire, l'exclusion des soumissionnaires membres d'un cartel).

Tous les intervenants ont loué l'apport de ces instruments dans la recherche d'une plus grande efficacité de la commande publique : tant dans la rationalisation de l'acte d'achat, que dans l'obtention de meilleurs prix.

2 - Ainsi, l'achat groupé (représenté par le directeur juridique de l'UGAP) a été présenté sous son meilleur jour en ce qu'il permet, pêle-mêle : un gain de temps réel pour les pouvoirs adjudicateurs dans l'obtention de marchés de fournitures ou de services, un accompagnement des acheteurs dans la définition de leurs besoins, un travail en amont de sourcing afin d'identifier les offres disponibles sur le marché, l'élaboration de documents types (CCAP, règlements de consultation) au service des membres de la centrale d'achat conduisant à une forme de « robotisation » des documents de la consultation, mais aussi à une professionnalisation des acheteurs et l'utilisation de techniques (système d'acquisition dynamique, enchères inversées) qui ne sont pas familières de la plupart des pouvoirs adjudicateurs. Autres effets positifs, sans doute plus attendus, ceux relatifs à la disponibilité des produits et aux prix obtenus. On renverra, à titre particulièrement illustratif, aux achats groupés auxquelles se sont livrés et se livrent encore les États membres de l'Union à l'occasion de la crise pandémique (qu'ils s'agissent des masques ou des vaccins contre la Covid-19) ou de la crise énergétique (avec l'acquisition de gaz en commun pour faire face à la situation géopolitique de ces derniers mois). Assurément, acheter à plusieurs peut conférer un pouvoir de marché qui peut se trouver, lorsque le pouvoir adjudicateur agit de manière isolée, du seul côté du ou des offreurs.

3 - Le constat est identique à l'endroit des offres anormalement basses et de la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles des soumissionnaires. En effet, les dispositions du CCP qui obligent, là, à détecter et le cas échéant à exclure les entreprises présentant des offres

volontairement sous-évaluées ce qui pourrait mettre en péril la bonne exécution des prestations confiées, et, ailleurs, à écarter les soumissionnaires qui s'entendent pour conduire à une augmentation artificielle des prix, sont des outils efficaces pour garantir la bonne exécution des marchés confiés et éviter que les pouvoirs adjudicateurs surpaient les prestations commandées.

4 - Mais, nos échanges ont également démontré qu'à la manière de ce que disait de manière imagée Pierre Desproges (« *Un jour j'irai vivre en théorie car, en théorie, tout se passe bien* »), ces mécanismes juridiques ne sont pas exempts d'imperfection.

5 - Pour ce qui est, tout d'abord, de l'achat groupé, les intervenants ont montré que le transfert de l'acte d'achat au groupement pouvait aussi déresponsabiliser les pouvoirs adjudicateurs dans la définition de leurs besoins, limiter leur pouvoir individuel de négociation avec les soumissionnaires, rendre plus délicat, du fait de l'effet volume, l'accès des PME et des TPE à la commande publique et, même, en certaines circonstances, être un outil d'instrumentalisation de l'achat public ; certains pouvoirs adjudicateurs se servant des prix négociés par la centrale d'achat comme d'un prix plafond pour, ensuite, exiger des remises des mêmes fournisseurs via la passation de nouveaux marchés. Pis, certaines expériences très récentes (on pense notamment à l'attribution, par l'UGAP, du marché de fourniture d'électricité de l'université Lyon 3 à une société aujourd'hui tombée en liquidation judiciaire) montrent que si elle se veut plus vertueuse, l'action d'une centrale d'achat n'est la panacée.

6 - Pour ce qui est, ensuite, de la lutte contre les offres anormalement basses (OAB), les retours d'expérience témoignent tous des difficultés pratiques de mise en œuvre d'une telle procédure. Plusieurs raisons à cela. Premièrement, comment déterminer l'existence d'une telle OAB ? Certes, en cas de comparaison avec plusieurs offres concurrentes, la tâche peut être plus aisée, mais cette conclusion peut aussi être erronée et tenir à une mauvaise évaluation initiale du pouvoir adjudicateur, voire à une collusion entre différents soumissionnaires, rendant l'appréciation du juste prix complexe. Deuxièmement, l'obligation de détection qu'impose le CCP ne fait que contraindre le soumissionnaire suspecté à expliquer, à justifier les raisons du prix bas proposé. Or, là encore, les pouvoirs adjudicateurs

ne sont pas nécessairement armés pour contrecarrer les arguments avancés. Ainsi, la politique commerciale de l'entreprise suspectée, sa disponibilité soudaine, sa réorganisation interne, sa charge de travail, sa politique d'achat... sont difficilement contrôlables pour l'acheteur public de sorte que les justifications avancées sont la plupart du temps acceptées par le pouvoir adjudicateur qui stoppe la procédure tout en ayant le sentiment d'avoir accompli sa tâche. Troisièmement, on peut s'interroger sur l'intérêt même pour le pouvoir adjudicateur d'aller au terme du contrôle d'une OAB et rejeter subséquemment l'offre du soumissionnaire. Car, l'acheteur peut être confronté à l'alternative suivante : faut-il véritablement se priver d'une offre commerciale basse qui est a priori intéressante en période de rareté des deniers publics ou faut-il faire prévaloir le respect de l'égalité concurrentielle, y compris devant le juge administratif en cas de contestation de cette exclusion par le soumissionnaire évincé ?

Partant, pour lutter plus efficacement contre les OAB, deux préconisations ont été retenues :

- Mettre à disposition des acheteurs publics, et à l'occasion de la généralisation de l'open data, davantage d'éléments d'information : établir des cartographies, des nomenclatures plus précises, une meilleure optimisation des données, une transparence et un recensement des prix d'acquisition... autant d'éléments qui pourraient aider les acheteurs à connaître la réalité des prix.

- Renforcer encore la place des critères techniques dans la sélection des offres car c'est en réalité par la vérification de ces critères qu'une OAB peut être plus aisément détectée... et réduire ainsi les risques de non-réalisation des travaux, des fournitures et des services commandés, mais également limiter, ce qui est la conséquence mécanique d'une OAB, la passation d'avenants coûteux une fois le marché attribué.

7 - Pour ce qui est, enfin, de la surveillance des pratiques anticoncurrentielles, c'est assurément ici que les dispositifs existants apparaissent peu conformes aux objectifs qu'ils sont pourtant censés poursuivre. Car, avec la disparition des agents de la DGCCRF de la plupart des CAO, la très grande complexité à mettre à jour l'existence de pratiques anticoncurrentielles par nature occultes (et qui ne sont découvertes que plusieurs années après par l'autorité spécialisée (ADLC) ; le plus souvent d'ailleurs à l'occasion de l'ouverture d'une procédure de clémence, c'est-à-dire après la dénonciation de ces pratiques à l'ADLC par une des entreprises membres du cartel), les pouvoirs adjudicateurs sont, en pratique, dans la quasi-incapacité de détecter de tels comportements prohibés et, partant, de les sanctionner. Rien d'étonnant dès lors à ce que l'obligation d'exclure un soumissionnaire auteur de pratiques anticoncurrentielles se limite aux

seules hypothèses « *d'indices graves, sérieux et concordants* » (CCP, art. L. 2141-9) et que la responsabilité du pouvoir adjudicateur de s'y soustraire ne puisse être engagée qu'en cas de comportements anticoncurrentiels « *aisément décelables* »¹ ou, pis, de connaissance voire de participation de l'acheteur à la pratique prohibée². Pourtant, plusieurs raisons devraient conduire à un renforcement de l'application de ces règles.

8 - En premier lieu, avec le développement du « *private enforcement* », les pouvoirs adjudicateurs ont désormais la possibilité d'obtenir plus aisément l'indemnisation des préjudices subis (qui consistent principalement dans le remboursement du surpris qu'ils ont dû acquitter aux membres du cartel) à l'occasion de la passation d'un marché public. Par une série d'arrêts rendus en 2020, le Conseil d'État a en effet consacré le cadre juridique balbutiant de ces actions en nullité des contrats passés ou en remboursement sur le fondement du dol et, ce faisant, donné un intérêt nouveau et une efficacité réelle à la sanction de ces pratiques anticoncurrentielles³.

9 - En deuxième lieu, il faut noter que l'Union devrait, sous peu, adopter le règlement européen sur les subventions étrangères⁴ qui obligera les pouvoirs adjudicateurs, comme pour les entreprises ayant reçu des aides illégales, à exclure les entreprises étrangères bénéficiaires de soutiens publics de la liste des soumissionnaires.

Enfin, et si ces deux premiers éléments n'étaient pas suffisants, on rappellera les risques que prennent désormais les pouvoirs adjudicateurs à confier des marchés à des opérateurs qu'ils ont illégalement soutenus. La collectivité territoriale de Corse ayant été récemment et définitivement condamnée à indemniser la société Corsica Ferries (à hauteur de 85 millions d'euros) pour l'octroi illégal d'aides publiques à la SNCM qui était, par ailleurs, délégataire du service public des liaisons maritimes entre Marseille et plusieurs ports de l'île de beauté⁵.

10 - Autant d'éléments donc qui militent pour que le droit de la concurrence devienne, ce qu'il n'est clairement pas aujourd'hui, un des piliers de cette recherche d'efficacité de la commande publique. ■

1. TA Bastia, 6 avr. 2003, *Autobus Marianni* : Le Moniteur, 6 juin 2003, p. 84.

2. CE, 17 mars 2010, n° 305860, *Cté d'agglomération de Laval*.

3. M. Karpenschif, *Réparation des préjudices subis par les pouvoirs adjudicateurs : utiles précisions dans le contentieux des pratiques anticoncurrentielles* : ACCP sept. 2020, n° 212, p. 56-62.

4. COM (2021) 223 final, 5 mai 2021.

5. M. Karpenschif, *L'avènement du Private enforcement en droit des aides d'État. L'Europe au présent ! Liber amicorum Melchior Wathelet/P. Paschalidis, J. Wildemeersch (dir.)* : Bruylant, p. 477-493, 2018.

2320 Les objectifs horizontaux de la commande publique, des obstacles à « l'efficacité » ? (1)

La vision théorique

Hélène HOEPFFNER,

professeure à l'université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

La commande publique participe à l'atteinte des « objectifs liés au développement durable, dans leurs dimensions économique, sociale et environnementale ». Ce nouvel article L. 3-1 du CCP, placé dans son titre préliminaire, témoigne de ce que la commande publique est devenue, de manière pleinement assumée, un instrument au service des politiques sociale, environnementale et d'innovation. Placés sur le même plan que les principes fondamentaux de la commande publique et l'ouverture à la concurrence, énoncés à l'article L. 3, ces objectifs sont considérés comme garantissant « l'efficacité de la commande publique ». Mais si l'on se souvient que les codes successifs commençaient tous par l'affirmation aux termes de laquelle : « l'efficacité de la commande publique... est assurée... par le respect des principes fondamentaux de la commande publique et le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse », on peut se poser la question de savoir dans quelle mesure ces objectifs participent ou au contraire sont un obstacle à cette efficacité.

1. Conception classique de l'efficacité et de la neutralité de l'achat public

1 - Classiquement, il était difficile de considérer que la poursuite d'objectifs horizontaux entre dans la définition de l'offre économiquement la plus avantageuse et donc participe à rendre la commande publique efficace. La décision Loi Murcef du Conseil constitutionnel¹, considérant qu'il incombe au législateur d'assurer la conciliation entre la poursuite de ces objectifs d'intérêt général et l'efficacité de la commande publique en témoigne : les premiers n'y sont pas considérés comme contribuant à la seconde. Elle n'est, à l'époque, guère surprenante. Elle s'inscrit dans la vision française du droit des marchés publics aux termes de laquelle « le bon usage des deniers publics devait être le seul guide acceptable de l'acheteur ». L'achat public devait être neutre ou, pour reprendre les mots de Denis Piveteau, « la dépense publique qui s'effectue à l'occasion d'un marché ne devait pas être l'instrument d'autre chose que de la réalisation du meilleur achat au meilleur coût »², celui-ci étant, à l'époque, considéré comme le coût financier (même si un doute était déjà permis). Elle s'inscrit également dans la vision européenne de ce droit, comme en

témoigne une jurisprudence nourrie de la Cour de justice considérant que « le principal objectif des règles de l'Union en matière de marchés publics est la libre circulation des services et l'ouverture à la concurrence la plus large possible dans tous les États membres »³. Certes, cette neutralité de l'achat public avait été discutée en 2004, lors de l'adoption du « paquet législatif » sur les marchés publics : l'utilisation des marchés publics au service notamment de politiques environnementales a été un enjeu important des discussions. Mais c'est finalement une conception étroite du bon achat public, une « approche strictement gestionnaire » de celui-ci qui l'avait emporté malgré des protestations, notamment de députés écologiques regrettant que les exigences environnementales aient été oubliées. Les objectifs sociaux et environnementaux n'ont alors pas été ignorés mais ils ont été placés au second plan, qualifiés de « politiques secondaires » et mentionnés dans les seuls dispositifs préliminaires. Il restait admis que l'achat rationnel, « efficace », était celui qui résultait du libre jeu de la concurrence et non celui prenant en compte des considérations politiques, supposées favoriser l'achat local et receler du favoritisme.

Cette neutralité, on s'en souvient, s'était traduite par la condamnation quasi systématique de la prise en considération d'objectifs d'intérêt général dans le cadre des procédures de dévolution concur-

1. Cons. const., 6 déc. 2001, n° 2001-452.

2. Concl. sur CE, 25 juill. 2001, Cne Gravelines ; Contrats-Marchés publ. 2001, comm. 188, G. Eckert ; Dr. adm. 2001, comm. 212, D. Piveteau ; AJDA 2002, p. 46 ; BJCP 2001, n° 19, p. 490 ; CP-ACCP n° 5/2001, p. 30, note L. Richer.

3. V. concl. M.-P. Mengozzi sur CJUE, 19 juin 2014, aff. C-574/12, Centro Hospitalar de Setúbal EPE, pt 32.

rentielles. Plus exactement, faute de lien avec l'objet du marché, l'utilisation de critères sociaux et environnementaux était interdite, sauf dans le cas particulier où le contrat portait sur des prestations, fournitures ou travaux directement liés à la protection de l'environnement ou à la lutte contre divers problèmes sociaux⁴.

Cette conception classique du droit de la commande publique est aujourd'hui regrettée par d'éminents économistes : S. Saussier et J. Tirole qui, dans une note rédigée pour le conseil d'analyse économique⁵ expliquent, sans remettre en cause la légitimité des objectifs poursuivis, que l'utilisation du droit de la commande publique pour promouvoir des objectifs de développement durable constitue une erreur. D'une part, parce qu'il est difficile de mesurer leur résultat, l'acheteur public, contrairement à l'État, étant mal placé pour définir et quantifier les performances en la matière. D'autre part, parce que cela accroît le risque de favoritisme car les critères sociaux et environnementaux peuvent être aisément détournés vers la préférence nationale ou locale. Ils considèrent que la puissance publique dispose de moyens bien plus directs et efficaces (tels que des taxes et/ou subventions) pour atteindre ces objectifs et recommandent de « reconnaître que l'objectif de la commande publique, quel qu'en soit le montant, est avant tout de satisfaire un besoin identifié en parvenant à la meilleure performance en termes de coûts et de services ou fonctionnalités attendus ». Pour eux, « charger la commande publique d'atteindre des objectifs sociaux, environnementaux ou d'innovation est inefficace ».

Ils ont – à notre avis – raison sur les deux points. En premier lieu, sur la mesure délicate voire impossible du résultat. Certes, la loi dite « Climat et résilience »⁶ a modifié l'article L. 3131-5 du CCP qui impose désormais au concessionnaire d'inclure, dans son rapport annuel à l'autorité concédante, de décrire les mesures mises en œuvre pour garantir la protection de l'environnement et l'insertion économique dans le cadre de l'exécution du contrat. Mais cette obligation ne concerne que les concessions et ne règle en rien la question de la mesure du résultat obtenu. Dans le même esprit, on peut se demander si, en amont, les acheteurs ont les moyens de hiérarchiser efficacement ces objectifs. Certes, ils sont désormais tenus d'y procéder dans le cadre de l'établissement des schémas de promotion des achats publics socialement et écologiquement responsables (SPASER)⁷. Mais c'est là encore la méthode, la manière de hiérarchiser qui n'est pas évidente à identifier. En second lieu, ils ont raison de souligner les risques de discrimination et d'atteinte aux principes fondamentaux de la commande publique liés à la poursuite de tels objectifs et, plus précisément, à l'insertion de critères ou de spécifications à caractère social ou environnemental⁸. La conciliation entre la poursuite de ces objectifs et le respect des principes fondamentaux n'est pas simple comme en témoigne la doctrine administrative qui a pu admettre l'insertion de spécifications techniques favorisant les circuits-cours en matière de produits agricoles⁹ mais considérer que des conditions d'exécution limitant les gaz à effet de serre ne sont admises que dans la

mesure où elles ne constituent pas des clauses de proximité géographique¹⁰. Elle l'est d'autant moins qu'elle peut évoluer comme en témoigne l'évolution de la jurisprudence relative aux critères sociaux¹¹. On pourrait en outre ajouter une troisième difficulté/risque liée à la potentielle incompatibilité de certains objectifs entre eux (ex. le soutien aux PME se marie difficilement avec la mutualisation ou la centralisation d'achats dans un souci de bon usage des deniers publics).

2. Conception contemporaine de l'efficacité de l'achat public

2 - Il n'en demeure pas moins que cette conception classique de l'efficacité a aujourd'hui été abandonnée au profit d'une conception plus moderne faisant la part belle aux objectifs horizontaux. Le principe de neutralité tel qu'il avait été dégagé en 2001 a été abandonné afin de permettre aux acheteurs de prendre en considération l'ensemble des coûts engendrés par leurs achats, y compris sociaux et environnementaux et non plus le seul coût financier ou économique. La commande publique est désormais clairement « instrumentalisée »¹². Elle est devenue, de manière pleinement assumée, un instrument au service des politiques sociale, environnementale et d'innovation¹³.

Cette évolution s'inscrit dans le cadre d'un mouvement beaucoup plus vaste tendant à favoriser l'efficacité de l'action publique : au niveau de l'Union européenne où le projet assigné aux institutions européennes ne se limite plus à l'établissement du marché intérieur¹⁴ comme de la France où une obligation de promouvoir l'objectif de développement durable dans l'ensemble des politiques publiques a été consacrée à tous les niveaux, y compris constitutionnel.

En droit de la commande publique plus particulièrement, la rupture avec la neutralité traditionnelle, la prise en considération du coût global de l'achat public, ont d'abord eu lieu dans la doctrine de la Commission européenne¹⁵ puis dans la jurisprudence, européenne comme française qui, tout en maintenant la condition du lien avec l'objet du marché, l'a assoupli¹⁶. Le point nodal est cependant constitué par les directives du 26 février 2014 qui, en plaçant sur le même plan, l'ouverture à la concurrence et les objectifs sociétaux communs (environnementaux et sociaux), marquent le « passage d'une ap-

4. Ex. CE, 29 juill. 1994, n° 131562, *Cne Ventenac-en-Minervois : illégalité d'un critère « relatif aux propositions concrètes faites par les soumissionnaires en matière de création d'emplois, d'insertion et de formation » sans rapport avec un marché public conclu pour la réhabilitation d'une décharge*.

5. « Renforcer l'efficacité de la commande publique », note au CAE, avr. 2015. – « Objectifs environnementaux et sociétaux : halte aux faux-fuyants » : *Le Monde*, 2 mai 2015, Idées, p. 7.

6. L. n° 2021-1104, 22 août 2021.

7. Instaurés par la L. n° 2014-856, 31 juill. 2014. – CCP, art. L. 2111-3.

8. V. CE, sect., 3 nov. 1995, *District de l'agglomération nancéenne : Lebon*, p. 391.

9. Rép. min. n° 19090 : JOAN 30 sept. 2008, p. 8376 : *Contrats-marchés publ.* 2009, comm. 30, obs. B. Séquense. – V. cependant : P. De Baecke, *Le critère de la performance de l'approvisionnement de produits agricoles : le plus court circuit vers le tribunal correctionnel ?* : CP-AACP n° 114/2011, p. 30.

10. Rép. min. n° 10874 : JO Sénat : 21 janv. 2010, p.130 : *Contrats-marchés publ.* 2010, comm. 125, B. Séquense. Adde : N. Boulouis, *Le contrat public au service des politiques de développement durable : limites et perspectives* : RFDA 2014, 617.

11. Comp. CE, 13 mai 1987, *Wagner Isofi Isolation : Lebon*, p. 171. – CE, 9 juill. 2007, n° 297711, *Synd. Entr. générales de France-Bâtiment travaux pub* ; JCP A 2007, act. 681 ; JCP A 2007, 2213 et 2329, comm. F. Linditch ; *Contrats-Marchés publ.* 2007, comm. 240, note W. Zimmer.

12. F. Llorens et W. Zimmer, *L'instrumentalisation du droit de la commande publique* : *Contrats-Marchés publ.* 2014, repère 10. – F. Llorens et P. Soler-Couteaux, *La commande publique, instrument stratégique au service des politiques publiques* : *Contrats-Marchés publ.* 2017, repère 10.

13. *Colloque Commande publique, un levier pour l'action publique ?*, (ss. dir.) E. Muller : Dalloz, coll. *Thèmes et commentaires*, 2018. – L. Richer, *La concurrence concurrencée : à propos de la directive 2014/24 du 26 févr. 2014* : *Contrats-Marchés publ.* 2015, étude 2.

14. V. TUE, art. 3 : *l'Union « œuvre pour le développement durable de l'Europe fondé sur une croissance économique équilibrée, un niveau élevé de protection et d'amélioration de la qualité de l'environnement... »*.

15. *Mettant en exergue la nécessité d'améliorer l'accès des PME aux marchés publics* : *Think Small First*, 19 juin 2008 : COM (2008) 394 final.

16. CJUE, 10 mai 2012, aff. C-368/10, *Commission c/ Pays-Bas*. – CE, 25 mars 2013, n° 364950, *Dpt de l'Isère* : BJCP 2013, p. 269, concl. G. Pellissier ; JCP A 2013, act. 316, obs. L. Erstein, et JCP A 2013, 2150, note F. Jourdan ; *Contrats-Marchés publ.* 2013, comm. 131, W. Zimmer ; AJDA 2013, p. 1398, J. Martin.

proche purement administrative à une approche stratégique »¹⁷. Ce passage transparait dès le considérant 2 de la directive 2014/24 : « les règles de passation des marchés publics ont été révisées et modernisées pour accroître l'efficacité de la dépense publique en facilitant notamment la participation des PME aux marchés publics et pour permettre aux acheteurs de mieux utiliser l'instrument des marchés publics au service d'objectifs sociétaux communs ». Bien que cette formulation soit maladroite (les objectifs environnementaux et sociaux ne relèvent plus de « politiques secondaires » ou « horizontales » mais font partie intégrante des objectifs du droit des marchés publics au même titre que l'ouverture du marché intérieur et se traduisent par des dispositions spécifiques dans les directives), ce considérant a une portée politique significative. En outre, bien que n'ayant pas, en lui-même, force obligatoire, il permet de renforcer la portée juridique de certains articles. L'un est général : l'article 18, § 2 formalise une obligation positive pesant sur l'État membre consistant à s'assurer du respect du droit, fut-il environnemental ou social. Les autres sont spécifiques : ils tendent à promouvoir ces objectifs horizontaux en les matérialisant dans les contrats par des règles techniques¹⁸. Les dispositions les plus commentées, qui révèlent cette mutation vers une efficacité plus globale et non plus seulement économique sont celles relatives aux critères d'attribution des contrats¹⁹. Elles révèlent une profonde évolution de la notion de coût en droit de la commande publique : l'offre économique la plus avantageuse peut désormais être déterminée au regard de son « coût, selon une approche fondée sur le rapport coût/efficacité, telle que le coût du cycle de vie (qui couvre notamment les coûts imputés aux externalités environnementales liés au produit, service ou à l'ouvrage)... qui peut tenir compte du meilleur rapport qualité/prix qui est évalué sur la base de critères comprenant des aspects qualitatifs, environnementaux et/ou sociaux liés à l'objet du marché concerné ». Elles desserrent la condition du lien obligatoire entre le critère de sélection de l'offre et l'objet du marché en instaurant un système de présomptions et, par suite, facilitent le recours à des critères sociaux ou environnementaux. Certes, cela ne signifie pas que tout serait devenu possible²⁰. Les critères retenus ne doivent pas laisser à l'acheteur une liberté illimitée dans leur mise en œuvre et conduire à entraver l'exercice d'une liberté fondamentale prévue par le traité²¹. Mais les directives et les textes les ayant transposées émettent un signal décisif : les impacts sociaux et environnementaux sont désormais intégrés à l'appréciation du meilleur achat.

17. Communication de la Commission, Faire des marchés publics un outil efficace au service de l'Europe, 3 oct. 2017 : COM (2017) 572 final.

18. Ex. le choix de la procédure peut se faire en fonction de considérations d'intérêt général : dir. 2014/24, art. 32 prévoit la possibilité de recourir à la procédure négociée sans publication préalable lorsque les prestations ne peuvent être fournies que par un opérateur économique particulier pour une raison technique qui tient à la protection de l'environnement. – V. CJUE, 10 avr. 2003, aff. C-28/01, Commission c/ Allemagne. – Ex. le non-respect d'obligations en matière sociale et environnementale est un motif d'exclusion d'un candidat : dir. 2014/24, art. 57. – Ex. les spécifications techniques peuvent être formulées en termes de performances ou d'exigences fonctionnelles y compris de caractéristiques environnementales : dir. 2014/24, art. 42, § 3.

19. Ex. dir. 2014/24, art. 67.

20. V. not. CE, 25 mai 2018, n° 417580, Nantes Métropole : JCP A 2018, 2231 ; JCP A 2018, act. 494 ; Contrats-Marchés publ. 2018, comm. 155, J.-P. Pietri ; BJCP 2018, p. 307, concl. G. Pellissier, jugeant un critère renvoyant « à la politique sociale de l'entreprise, notamment au regard de la formation des personnels et aux exigences en matière de sécurité » trop général et non pourvu d'un lien suffisant avec l'objet du marché.

21. Ex. un critère de sélection des offres ne saurait conduire à favoriser les seules entreprises locales : CJUE, 22 oct. 2015, aff. C-552/13, Grupo Hospitalario Quiron SA. – Tel est le cas d'un critère se contentant de comparer la quantité globale de CO2 émise lors du transport de marchandises qui pénalise automatiquement les entreprises les plus éloignées du lieu de livraison : CE, 12 sept. 2018, n° 420585, Sté la Préface ; JCP A 2018, act. 733 ; Contrats-Marchés publ. 2018, comm. 243, M. Ubaid-Bergeron.

Cela d'ailleurs été réaffirmé dès le 3 octobre 2017 par la Commission dans sa Communication Faire des marchés publics un outil efficace au service de l'Europe qui exhorte les États membres à utiliser le droit de la commande publique « d'une manière plus stratégique, afin d'obtenir un meilleur rapport coût/efficacité pour chaque euro d'argent public et d'apporter leur pierre à la construction d'une économie plus innovante, durable, inclusive et compétitive ».

3. L'avenir de l'efficacité de l'achat public : l'émergence d'obligations environnementales

3 - La réaffirmation périodique et insistante des objectifs horizontaux de la commande publique est sans doute le signe de ce que l'évolution en cours n'est pas encore terminée. Jusqu'ici en effet, la commande publique a participé, de façon volontaire, à la discrétion des acheteurs ou des autorités concédantes, à l'atteinte des « objectifs liés au développement durable, dans leurs dimensions économique, sociale et environnementale ». La codification opérée en 2018 en témoigne : si les articles L. 2111-1 et L. 3111-1 prévoyaient 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 », aucune disposition n'imposait que les préoccupations environnementales fassent l'objet d'un critère de sélection du titulaire du marché ou de la concession. Il ressort d'ailleurs des travaux préparatoires que le codificateur était assez réfractaire aux affirmations d'objectifs politiques dont la normativité lui paraissait incertaine. Le maintien de la référence à l'efficacité de la commande publique, discuté notamment devant la commission supérieure de codification, doit ainsi sa codification à la règle de la codification à droit constant.

La loi Climat et résilience n° 2021-1104 du 22 août 2021 marque toutefois une nouvelle étape dans la poursuite de ces objectifs transversaux. La prise en considération du coût social et environnemental de l'achat public va, à partir du 1^{er} août 2026, devenir obligatoire. Cela va, sans nul doute, renchérir le seul coût financier de la commande publique. Mais ce choix politique est pleinement assumé car il doit permettre de diminuer le coût global de celle-ci et en particulier son impact sur l'environnement. Il se concrétise dès le titre préliminaire du code qui est enrichi du nouvel article L. 3-1²², qui valorise les objectifs de développement durable en les inscrivant au même niveau que les principes fondamentaux de la commande publique. Il se concrétise ensuite et surtout, dans le corps du code qui contient une série de nouvelles obligations, *a priori* cumulatives. Au stade de la définition du besoin d'abord, les spécifications techniques devront désormais impérativement inclure des caractéristiques environnementales ou sociales, se référer au cycle de vie de l'achat, tenir compte de l'utilisation de ressources naturelles, de produits biosourcés ou recyclés ainsi que des déchets générés par l'achat (CCP, art. L. 2111-2 et L. 3111-2) : il ne s'agit ainsi plus d'une simple obligation de moyens²³ mais de résultat. Au stade du choix des offres ensuite, il sera obligatoire de retenir au moins un critère d'attribution prenant en compte les caractéristiques environnementales des offres (CCP, art. L. 2152-7 et L. 3124-5). Cette évolution est essentielle car elle va conduire à interdire le recours au critère unique du prix. L'acheteur ou l'autorité concédante qui choisira de ne retenir qu'un seul critère de sélection ne pourra plus retenir que celui du coût global intégrant nécessairement les « externalités » environnementales²⁴ : les coûts

22. préc.

23. CE, 23 nov. 2011, n° 351570, CU Nice-Côte d'Azur ; JCP A 2018, act. 733

24. CCP, art. R. 2152-7 et R. 3124-4 mod. D. n° 2022-767.

liés à l'acquisition, à l'utilisation (consommation d'énergie et autres ressources), à la fin de vie (coûts de collecte et de recyclage) ainsi qu'à la maintenance dudit produit. Au stade de l'exécution enfin, les acheteurs et autorités concédantes devront impérativement prévoir des conditions d'exécution prenant en compte l'impact environnemental et, pour les marchés et concessions formalisés, prenant en compte des considérations relatives au domaine social ou à l'emploi²⁵.

Cette loi (tout comme les lois relatives à la lutte contre le gaspillage et l'économie circulaire, n° 2020-105 du 10 février 2020 et visant à réduire l'empreinte environnementale du numérique, n° 2021-1485 du 15 novembre 2021), en transformant une simple possibilité en un impératif, opère une surtransposition en droit français des dispositions des directives européennes. Dès 2015, envisageant une telle mutation dans une tribune parue à l'AJDA²⁶, le professeur L. Richer posait la question de savoir si cela ne serait pas illicite. Si cet avertissement, rappelé par la DAJ de Bercy lors des travaux préparatoires de la loi Climat, n'a pas freiné le législateur, il retient l'attention. D'abord parce que les directives européennes imposent que les critères de sélection des offres présentent trois caractéristiques : ils ne doivent pas être discriminatoires, ils doivent être précis et être en rapport avec l'objet du marché. Or, en imposant un critère obligatoire pour tous les contrats, sans considération, au cas par cas, de leur objet, le législateur français supprime l'obligation de démontrer le lien entre l'objet du contrat et les critères de sélection ce qui peut, potentiellement, être discriminatoire. Ensuite parce que lesdites directives prévoient que l'attributaire est celui qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse « *du point de vue de l'acheteur* »²⁷ : elle semble donc affirmer un principe de liberté de l'acheteur pour fixer les critères de sélection lui permettant d'effectuer ce choix. De fait, en imposant aux

acheteurs des critères obligatoires, les États membres outre passeraient leurs compétences.

En tout état de cause, ces nouvelles dispositions soulèvent des questions très concrètes (qui ont déjà été posées à l'occasion des ateliers professionnels de la Chaire ayant précédé ce colloque et qui ont été rappelées par Adeline Meynier à l'occasion de son ouverture) relatives à la méthode, au mode d'emploi, à mettre en œuvre pour les appliquer. Sans prétendre à l'exhaustivité, citons-en quelques-unes. En premier lieu, comment choisir les instruments permettant de rendre la commande publique plus efficace ? comment ces objectifs vont-ils être conciliés avec les principes fondamentaux lorsqu'ils rentreront « *en conflit* » avec ceux-ci ? En deuxième lieu, comment les mérites des offres seront-ils appréciés au regard de ces critères ? les acheteurs ont-ils les « *outils* » adéquats pour effectuer leur choix, seront-ils suffisamment formés pour prendre en considération ces nouveaux objectifs ? En troisième lieu et suivant la même logique, seront-ils à même de contrôler et de suivre que l'exécution des contrats respectera les objectifs initialement fixés ? En auront-ils le temps et les moyens ? En quatrième lieu, comment mesurera-t-on que ces objectifs ont été atteints et comment sanctionnera-t-on leur éventuelle méconnaissance ? Cela fondera-t-il des refus de réceptionner des prestations ? Ces questions soulèvent *in fine* la question du choix de l'outil de l'intégration du développement durable dans la commande publique. Bien que la loi Climat impose un cumul d'obligations, c'est sans doute l'insertion de critère de choix de offres incluant des considérations de développement durable qui sera le plus effectif pour rendre la commande publique plus efficace.

On peut alors se demander, pour conclure, si tout ce déploiement de mesures impératives était nécessaire pour renforcer l'efficacité de la commande publique et si une seule réflexion sur la notion de coût n'était pas suffisante. Reprenons les propos du commissaire du gouvernement Piveteau : « *la dépense publique qui s'effectue à l'occasion d'un marché ne (doit) pas être l'instrument d'autre chose que de la réalisation du meilleur achat au meilleur coût* », mais précisons que ce coût doit nécessairement inclure le coût social et environnemental. ■

25. CCP, art. L. 2112-2. – *Sauf dans quatre cas strictement énumérés* : CCP, art. L. 2112-2-1. – CCP, art. L. 3114-2-1 *sauf dans deux cas strictement énumérés*.

26. *Une analyse décalée* : AJDA 2015, p. 1065.

27. *dir.* 2014/24, art. 67, § 2.

2321 Les objectifs horizontaux de la commande publique, des obstacles à l'efficacité ? (2)

Guillaume DELALOY,

adjoint au sous-directeur du droit de la commande publique à la direction des affaires juridiques du ministère de l'Économie, des Finances et de la Souveraineté industrielle et numérique



À l'heure où les collectivités publiques sont confrontées à de multiples enjeux économiques, sociaux et environnementaux, il apparaît réducteur d'appréhender l'efficacité de la commande publique sans prendre en compte son instrumentalisation comme levier de politique publique. Au contraire, l'efficacité de la commande publique doit aussi être appréciée au regard de ses externalités positives en faveur de l'intérêt général au-delà de la satisfaction du besoin immédiat des autorités contractantes.

Désormais consacrés à l'article L. 3-1 du code, les objectifs de développement durable ne sont plus des objectifs « secondaires » de la commande publique. Ils sont devenus des principes directeurs de l'achat public au même titre que les principes fondamentaux de l'article L. 3, appelant ainsi les acheteurs et autorités concédantes à les concilier au mieux dans un objectif d'efficacité globale de la dépense publique.

1 - Le thème de cette troisième table ronde est complexe et suscite davantage de questions que de réponse univoque.

Il interroge dans un premier temps sur la notion même d'efficacité. L'efficacité s'apprécie au regard des moyens utilisés pour atteindre les objectifs poursuivis, ce que le professeur Francesco Martucci appelle « *la dialectique des objectifs et des instruments* »¹. Il y a donc plusieurs façons d'aborder le sujet :

La première consiste à appréhender séparément voire à opposer les objectifs stratégiques que les pouvoirs publics assignent de plus en plus à la commande publique et l'efficacité de la commande publique elle-même. La deuxième tente de concilier les deux en se demandant si la commande publique peut être un outil efficace pour poursuivre des objectifs de politique publique. Enfin, on peut se demander si la « *commande publique durable* » ne serait pas devenue un objectif en soi.

2 - Pour répondre à ces interrogations, il convient de s'interroger sur les finalités du droit de la commande publique. À cet égard, je pense que l'on peut identifier trois temps dans l'histoire du droit des marchés publics, et plus généralement du droit de la commande pu-

blique, au cours desquels différents objectifs ont été assignés, progressivement et cumulativement, à ce droit :

Comme l'a rappelé Isabelle Hasquenoph au cours de la précédente table ronde², historiquement la réglementation des procédures de marchés publics a été organisée dans un but de moralisation de l'achat public et de bon usage des deniers publics³. Il s'agissait de garantir la transparence des achats publics et de lutter contre la corruption dans un souci de protection des intérêts financiers de la personne publique.

Dans un second temps, sous l'effet du droit communautaire puis européen, les procédures de passation des marchés ont été appréhendées comme permettant d'assurer l'égalité de traitement et la libre concurrence entre les entreprises. Le droit européen des marchés publics est un instrument de réalisation du marché intérieur par le truchement du principe de non-discrimination en raison de la nationalité, ce qui explique que la Cour de justice de l'Union européenne retienne une interprétation téléologique du droit de la commande publique. À cet égard, la Cour a clairement affirmé que « *la coordination au niveau communautaire des procédures de passation des*

1. F. Martucci, *Les objectifs de la commande publique en droit de l'Union européenne*, in E. Muller (dir.), *La commande publique, un levier pour l'action publique ?* : Dalloz, 2018, p. 73.

2. v. supra, I. Hasquenoph, *L'efficacité du droit de la commande publique dans la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles* : JCP A 2022, 2317.

3. V. not. H. Lemesle, *Réglementer l'achat public en France (XVIIIe-XIXe siècle)* : Genèses, 2010/3, p. 8 à 26.

marchés publics vise à supprimer les entraves à la libre circulation des services et des marchandises et donc à protéger les intérêts des opérateurs économiques »⁴. Il s'agit d'assurer une concurrence la plus large possible en permettant au plus grand nombre d'opérateurs économiques de participer aux procédures de passation, notamment en leur permettant de démontrer leur fiabilité alors même qu'ils auraient été condamnés pénalement pour de graves manquements à la probité⁵.

Enfin, plus récemment, compte tenu des différents enjeux contemporains de l'action publique, le droit de la commande publique a été perçu comme un outil au service des politiques publiques en matière économique, sociale ou environnementale. Lorsqu'elle a lancé le chantier de révision des directives en 2011, la Commission a clairement annoncé que son but était de « permettre aux acheteurs de mieux utiliser l'instrument de la passation de marchés au soutien d'objectifs sociétaux communs, par exemple protéger l'environnement, veiller à une meilleure utilisation des ressources et à une plus grande efficacité énergétique, lutter contre le changement climatique [...] »⁶. Dans leurs considérants, les nouvelles directives énumèrent les objectifs à la réalisation desquels doit participer la commande publique : « Les marchés publics jouent un rôle essentiel dans la stratégie Europe 2020, exposée dans la communication de la Commission du 3 mars 2010 intitulée « Europe 2020, une stratégie pour une croissance intelligente, durable et inclusive » [ci-après dénommée « Stratégie Europe 2020 pour une croissance intelligente, durable et inclusive »], dans la mesure où ils constituent l'un des instruments fondés sur le marché à utiliser pour parvenir à une croissance intelligente, durable et inclusive, tout en garantissant l'utilisation optimale des fonds publics. À cette fin, les règles de passation des marchés publics adoptées en application de la directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil, ainsi que de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil devraient être révisées et modernisées pour accroître l'efficacité de la dépense publique, en facilitant notamment la participation des petites et moyennes entreprises (PME) aux marchés publics, et pour permettre aux acheteurs de mieux utiliser l'instrument des marchés publics au service d'objectifs sociétaux communs »⁷.

Ainsi, après l'intérêt des personnes publiques et des opérateurs économiques, c'est l'intérêt général qui est en ligne de mire. Le professeur Stéphane Braconnier l'avait affirmé dès 2001 dans l'avant-propos de la première édition de son Précis du droit de la commande publique : « Le droit des marchés publics se voit assigner une fonction essentielle : servir efficacement l'intérêt général, tout en ménageant la liberté d'entreprendre et les contraintes économiques »⁸.

3 - Dans le Code de la commande publique, l'objectif d'« efficacité de la commande publique » est directement associé, à l'article L. 3, aux principes fondamentaux de la commande publique : les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures sont présentés comme permettant « d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics ». Cela correspond à l'idée qu'une procédure de passation qui respecte ces principes permet de favoriser une large concurrence et donc d'avoir la certitude de choisir l'offre économiquement la plus avantageuse. Mais M. Thierry Amselek et le professeur Frédéric Lombard ont bien montré que le respect des

principes et des procédures n'était pas suffisant à lui seul pour garantir l'efficacité de la commande publique⁹.

Si l'objectif recherché est le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse, on doit se poser une question complémentaire : qu'est-ce que l'offre économiquement la plus avantageuse ou, pour les concessions, « l'offre présentant le meilleur avantage économique global », notion un peu différente qui a permis au Conseil d'État d'admettre un critère de sélection tenant aux retombées de la concession en matière d'emploi local¹⁰ ?

On sait bien que l'achat public n'est plus seulement un acte juridique issu d'une procédure administrative contraignante mais aussi un acte économique dont l'impact sur les entreprises est évident, comme en témoignent les besoins d'évolution du droit dans les périodes de crise sanitaire ou de flambée des prix des matières premières. Il est donc normal que la commande publique ait été rattrapée par la culture du résultat et de la performance qui imprègne l'action publique dans son ensemble. Mais, à l'heure où les collectivités publiques sont confrontées à de multiples enjeux, il apparaît réducteur d'appréhender l'efficacité de la commande publique sans prendre en compte son instrumentalisation comme levier de politique publique. Au contraire, l'efficacité de la commande publique doit aussi être appréciée au regard des externalités positives qu'elle permet au-delà du strict intérêt immédiat de l'acheteur public considéré comme un « consommateur » comme un autre.

4 - C'est pourquoi, lors de la transposition des directives de 2014 en droit français, le rapport au président de la République sur l'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics présentait ce texte comme « l'occasion d'accroître l'efficacité de l'achat public et de tirer le meilleur parti des outils offerts par les nouvelles directives européennes pour [...] promouvoir l'utilisation stratégique des marchés publics comme levier de politique en matière d'emploi, d'innovation et de développement durable, tout en optimisant les politiques d'achat »¹¹. À cet égard les objectifs horizontaux ne sont pas en eux-mêmes des obstacles à l'efficacité. Il s'agit au contraire de libérer ou de « débrider » la commande publique pour qu'elle développe tout son potentiel.

5 - Toutefois, si de plus en plus d'acheteurs publics, notamment les grandes collectivités territoriales, définissent et mettent en place des politiques d'achat « durable », « responsable » ou encore « éthique », force est de constater que « les procédures de passation des contrats restent fréquemment vécues comme de simples contraintes administratives où domine l'aversion au risque plus que l'inscription dans une démarche proactive et stratégique »¹². Dès lors, le législateur est conduit à leur forcer la main en créant de plus en plus d'obligations sectorielles dans le but de contraindre les acheteurs à faire évoluer leurs pratiques¹³.

6 - Plus récemment, des obligations transversales ont été insérées directement dans le Code de la commande publique. Conformément à l'engagement du président de la République, les propositions de la Convention citoyenne pour le climat en matière de marchés publics

4. CJUE, 12 déc. 2002, aff. C-470/99, *Universale-Bau AG : Contrats-Marchés publ.* 2003, comm. 49, note. G. Eckert.

5. CJUE, 11 juin 2020, aff. C-472/19, *Vert Marine SAS : Contrats-Marchés publ.* 2020, comm. 261, note. G. Eckert ; *Europe 2020*, comm. 254, note V. Bassani ; *Contrats publ.* 2020, p. 38, obs. C. Cabannes et M. Cano ; *RTD eur.* 2021, p. 424, obs. A.-L. Durviaux.

6. *Propositions de directives du Parlement européen et du Conseil 20 décembre 2011*, COM (2011) 895 final et COM (2011) 896 final.

7. *Dir.* 2014/24/UE, cons. 2.

8. S. Braconnier, *Précis du droit de la commande publique* : éd. Le Moniteur, 6^e éd., 2019, p. 7.

9. F. Lombard et T. Amselek, *Les principes de libre accès, d'égalité des candidats et de transparence des procédures, garants de l'efficacité ?* : JCP A 2022, 2315

10. CE, 20 déc. 2019, n° 428290, *Sté EDEIS* ; JCP A 2020, 2026, note F. Linditch.

11. JO 24 juill. 2015, texte n° 37.

12. G. Eckert, *la commande publique, un levier pour l'action publique ? Perspectives générales*, in E. Muller (dir.), *La commande publique, un levier pour l'action publique ?* : Dalloz, 2018, p. 7.

13. V. par ex. L. n° 2015-992, 17 août 2015, relative à la transition énergétique pour la croissance verte : JO 18 août 2015, texte n° 1. – L. n° 2018-938, 30 oct. 2018, pour l'équilibre des relations commerciales dans le secteur agricole et alimentaire et une alimentation saine, durable et accessible à tous « loi EGALIM » : JO 1^{er} nov. 2018, texte n° 1. – Ou encore L. n° 2020-105, 10 févr. 2020, relative à la lutte contre le gaspillage et à l'économie circulaire « loi AGECE » : JO 11 févr. 2020, texte n° 1.

ont été traduites dans les textes et étendues aux concessions. À l'instar de l'obligation d'allotissement et, plus récemment, de l'obligation de confier une partie de l'exécution des marchés globaux à des PME qui visent à favoriser l'accès de ces entreprises aux marchés publics¹⁴, a été insérée dans le Code de la commande publique, l'obligation de prévoir des clauses et des critères sociaux et environnementaux¹⁵. Certes, le code imposait déjà que « *la nature et l'étendue des besoins à satisfaire [soient] déterminées avec précision avant le lancement de la consultation en prenant en compte des objectifs de développement durable dans leurs dimensions économique, sociale et environnementale* » (CCP, art. L. 2111-1). Il s'agit à présent de passer d'une obligation de moyen à une obligation de résultat.

Indirectement, cela a aussi un impact sur le tissu économique local. En imposant des clauses et critères obligatoires, le Gouvernement tente de mettre fin à la pratique encore trop répandue du critère unique du prix qui favorise la concurrence déloyale d'entreprises qui bénéficient d'un certain dumping social ou environnemental. Or, indirectement, en privilégiant des critères qualitatifs à caractère social ou environnemental, on oriente aussi la commande publique vers des entreprises qui s'engagent dans des démarches socialement et/ou écologiquement responsable, sans tomber dans l'écueil juridique d'un critère fondé sur la politique générale de l'entreprise¹⁶.

7 - L'administration a bien conscience que ces nouvelles obligations constituent des contraintes et des coûts supplémentaires pour les acheteurs. C'est d'ailleurs ce qui a conduit le Conseil national d'évaluation des normes à émettre un avis défavorable sur le projet de décret d'application de la loi « *Climat et Résilience* » du 22 août 2021 en rappelant qu'une note du Conseil d'analyse économique publiée en avril 2015 intitulée « *Renforcer l'efficacité de la commande publique* » soulignait que l'objectif de la commande publique, quel qu'en soit le montant, est avant tout de satisfaire un besoin identifié en parvenant à la meilleure performance en termes de coûts et de services ou fonctionnalités attendus, estimant en conséquence que charger la commande publique d'atteindre des objectifs sociaux, environnementaux ou d'innovation serait inefficace¹⁷. Mais, comme le soulignait alors le professeur Richer, la note du CAE est « *décalée* » dès lors que les directives de 2014 ont fondamentalement modifié les termes du débat. Désormais, « *elles placent sur le même plan, celui des objectifs fondamentaux, l'ouverture à la concurrence, d'une part, et l'utilisation de « l'instrument des marchés publics au service d'objectifs sociétaux communs », d'autre part* »¹⁸.

8 - Longtemps présentés comme des « *objectifs secondaires* »¹⁹, les objectifs de développement durable ont d'ailleurs trouvé leur place dans le titre préliminaire du code au même niveau que les principes fondamentaux destinés à garantir une libre et égale concurrence entre les entreprises. En insérant dans le code un nouvel article L. 3-1 disposant que « *la commande publique participe à l'atteinte des objectifs de développement durable, dans leurs dimensions économique, sociale et environnementale, dans les conditions définies par le présent code* », l'article 35 de la loi « *Climat et Résilience* » les a consacrés comme principes directeurs de la commande publique, au même titre

que les principes fondamentaux de l'article L. 3, appelant ainsi les acheteurs et autorités concédantes à les concilier au mieux dans un objectif d'efficacité globale ou macroéconomique de la dépense publique.

Certes l'obligation du lien entre les clauses ou critères sociaux ou environnementaux et l'objet du marché constitue toujours, pour reprendre la formule de Denis Piveteau dans ses conclusions sur la décision Commune de Gravelines, « *l'expression du principe tout à fait essentiel de la neutralité de la réglementation des marchés publics, c'est-à-dire l'idée selon laquelle la dépense publique qui s'effectue à l'occasion d'un marché ne doit pas être l'instrument d'autre chose que de la réalisation du meilleur achat au meilleur coût* »²⁰. Mais la conception du meilleur achat et la finalité de la commande publique ont bien évolué depuis cette décision. Comme le rappelle Gilles Pellissier dans ses conclusions sur la décision Département de l'Isère du 25 mars 2013, à propos des clauses d'insertion professionnelle dans les marchés de travaux, « *la notion d'offre économiquement la plus avantageuse ne recouvre plus uniquement des aspects économiques au sens strict, à supposer qu'elle ne l'ait jamais fait. Une offre est économiquement plus avantageuse lorsqu'elle répond le mieux aux besoins du pouvoir adjudicateur, en termes quantitatifs (notamment le prix) mais aussi qualitatifs, ce que les critères esthétique, environnemental ou social permettent de révéler* »²¹.

9 - Cette « *instrumentalisation du droit de la commande publique* »²² vise à promouvoir une utilisation stratégique des contrats publics et optimiser les politiques d'achat. Dans une communication récente, la Commission européenne exhortait les États membres à utiliser le droit de la commande publique « *d'une manière plus stratégique, afin d'obtenir un meilleur rapport coût/efficacité pour chaque euro d'argent public et d'apporter leur pierre à la construction d'une économie plus innovante, durable, inclusive et compétitive* »²³. En imposant la conciliation d'objectifs d'intérêt général distincts et parfois contradictoires, le législateur « *remplace le politique dans la commande publique* »²⁴. Les décideurs publics sont conduits à faire des arbitrages politiques, y compris dans la définition de leur politique achat.

Conclusion. Pour reprendre les termes du professeur François Llorens, il ne s'agit pas seulement de réfléchir aux moyens de renforcer l'efficacité de la commande publique mais aussi de permettre l'efficacité par la commande publique²⁵. La commande publique peut, en effet, être appréhendée comme une modalité parmi d'autres de l'action publique. C'est son efficacité en tant que telle qui est alors en cause : permet-elle efficacement aux administrations publiques de se procurer les moyens de son action dans des conditions budgétaires contraintes ? Mais cette question se double désormais d'une autre interrogation, plus fondamentale car touchant à la finalité même de la commande publique conçue, non plus comme une simple composante de l'action publique, mais comme un instrument au service de politiques publiques qui la dépassent, voire désormais comme une politique publique à part entière. ■

14. L. n° 2020-1525, 7 déc. 2020, art. 131, d'accélération et de simplification de l'action publique : JO 8 déc. 2020, texte n° 1.

15. L. n° 2021-1104, 22 août 2021, art. 35, portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets : JO 24 août 2021, texte n° 1.

16. CE, 25 mai 2018, n° 417580, Nantes métropole ; JCP A 2018, 2231 ; JCP A 2018, act. 494.

17. J. Tirole et S. Saussier, Renforcer l'efficacité de la commande publique : Les notes du conseil d'analyse économique, avr. 2015, n° 22.

18. L. Richer, Une analyse décalée : AJDA 2015, p. 1065.

19. M. Karpenschif, Le contrat au service des politiques publiques : contrat public et Union européenne : RFDA 2014, p. 418.

20. D. Piveteau, concl. sur CE, 25 juill. 2001, n° 229666, Cne Gravelines : BJCP 2001, p. 490.

21. G. Pellissier, concl. sur CE, 25 mars 2013, n° 364950, Dpt Isère : BJCP 2013, p. 269.

22. F. Llorens et W. Zimmer, L'instrumentalisation du droit de la commande publique : Contrats-Marchés publ. 2014, repère 10.

23. Commission européenne, « Faire des marchés publics un outil efficace au service de l'Europe », 3 oct. 2017, COM (2017) 572 final.

24. G. Kalfliche, Clause verte : faut-il simplement mentionner les objectifs légaux... ou aller plus loin ? : achatpublic. info, 28 sept. 2022.

25. F. Llorens, La commande publique en quête d'efficacité, in E. Muller (dir.), La commande publique, un levier pour l'action publique ? : Dalloz, 2018, p. 213-228.

2322 Objectifs pluriels de la commande publique : efficacité discutée (3)

Anna Maria SMOLINSKA,
avocate au barreau de Lyon



La rencontre entre l'efficacité de la commande publique et les « objectifs pluriels » – notamment sociaux et environnementaux ou d'accès des petites et moyennes entreprises – donne lieu à un double questionnement. Premièrement : ces objectifs nuisent-ils à l'efficacité de la commande publique ? Deuxièmement : la commande publique permet-elle efficacement d'atteindre ces objectifs ? Quant à la première question, les constats sont mitigés et varient selon les domaines et les objectifs concernés. Quant à la seconde, ces constats paraissent plus positifs. En tout état de cause, la légitimité des « objectifs pluriels », vecteurs de l'intérêt général, a été assez largement reconnue par les acheteurs (publics et privés) et les opérateurs économiques.

1 - Les « objectifs pluriels » appelés aussi « horizontaux », présents dans la commande publique depuis longue date, ont fait leur entrée dans le titre préliminaire du Code de la commande publique depuis la loi du 22 août 2021 portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses objectifs. Désormais, l'article L. 3-1 du code affirme que « la commande publique participe à l'atteinte des objectifs de développement durable, dans leurs dimensions économique, sociale et environnementale, dans les conditions définies par le présent code ».

Ces objectifs sont également présents dans les directives et déclinés en « croissance intelligente, durable et inclusive »¹, « amélioration de l'efficacité et de la qualité des services publics tout en permettant de faire face aux grands enjeux de société »², « objectifs sociétaux communs »³.

Parmi ces objectifs on retrouve, enfin, la lutte contre la corruption⁴.

2 - Le contenu de la catégorie des « objectifs pluriels » paraît par ailleurs se développer. Après la « moralisation » de la commande publique, on a en effet observé son « verdissement » et on peut actuellement se demander si le respect des principes de la République n'en est pas devenu une nouvelle composante, avec la loi n° 2021-1109 du 24 août 2021 et l'obligation d'insérer dans les contrats de commande publique les clauses qui « rappellent ces obligations et précisent les modalités de contrôle et de sanction du cocontractant lorsque celui-ci n'a

pas pris les mesures adaptées pour les mettre en œuvre et faire cesser les manquements constatés » et de veiller à leur respect.

L'échange entre les acheteurs, opérateurs économiques, autres praticiens et théoriciens de la commande publique, organisé par la Chaire de droit des contrats publics, a permis de recueillir les retours d'expérience, avis et questionnements que soulèvent ces « objectifs pluriels » tant en ce qui concerne l'effet qu'ils produisent sur l'efficacité de la commande publique que s'agissant de leur efficacité intrinsèque.

1. Contraintes légitimes

3 - La constance avec laquelle les objectifs « pluriels » au sein de la commande publique sont renforcés⁵ témoigne de l'identification, notamment par le législateur, de leur impact vertueux, sinon pour la commande publique, au moins pour la politique publique et les enjeux de la société dans leur ensemble.

Cet aspect vertueux et, en tout cas, la légitimité des objectifs horizontaux, ne sont pas remis en cause par les praticiens de la commande publique. Tous reconnaissent en effet que, dans leur globalité, ces objectifs servent l'intérêt général et que la commande publique est dans ce cadre un outil qui semble, peut-être faute d'autres solutions, indispensable ou, en tout cas, dont le rôle apparaît comme essentiel aux yeux des acheteurs mais également des entreprises.

Malgré l'absence de remise en cause de la légitimité des objectifs horizontaux, ces derniers sont perçus majoritairement comme une contrainte et le sentiment exprimé par les acteurs de la commande publique est bien celui de l'instrumentalisation.

À noter que ce sentiment est en cohérence avec l'esprit et la lettre des textes. En effet, la directive sur la passation des marchés publics de 2014 évoque sans détour la volonté d'instrumentaliser la commande

1. Dir. 2014/24/UE, cons. 2.

2. Dir. 2014/24/UE, cons. 47.

3. Dir. 2014/24/UE, cons. 2.

4. V. not. rapp. OCDE, « Prévention de la corruption dans les marchés publics » ou le « Guide de l'achat public. Maîtriser le risque de corruption dans le cycle de l'achat public » édité par la Direction des achats de l'État.

5. V. not. l'intervention du Pr H. Hoepffner, JCP A 2022, 2320

publique en indiquant que la révision et la modernisation des règles de la commande publique qu'elle opère est, notamment, motivée par la volonté de « permettre aux acheteurs de mieux utiliser l'instrument des marchés publics au service d'objectifs sociaux communs »⁶.

2. Bilan mitigé de l'impact sur l'efficacité de la commande publique

4 - Les retours d'expérience et bilans présentés lors des échanges sur l'impact des objectifs pluriels sur l'efficacité de la commande publique paraissent mitigés et, en tout état de cause, assez variables selon les prestations et objectifs concernés.

À ce stade et comme un leitmotiv de ces rencontres de la Chaire, la définition de « l'efficacité » est nécessairement réapparue dans les débats, permettant de souligner à nouveau que la logique qui anime le Code de la commande publique dissocie la notion d'efficacité et celle de la « bonne utilisation des deniers publics » (CCP, art. L. 3), indiquant ainsi que l'efficacité ne doit pas s'entendre comme la seule performance économique de l'achat⁷.

À défaut de retenir cette conception, les objectifs pluriels de la commande publique constitueraient, dans la majorité des cas, un frein à son efficacité puisque induisent, le plus souvent, un surcoût pour l'opérateur économique et donc, *in fine*, pour l'acheteur.

5 - Un contre-exemple de cette inefficacité économique a cependant été cité lors des débats : celui du recyclage des matières premières pour les agrégats d'enrobés. La qualité de l'offre d'un opérateur étant jugée en tenant compte de ses capacités de recyclage, cela permet d'atteindre à la fois l'objectif horizontal de protection de l'environnement en améliorant le bilan carbone de l'opération et de réduire le coût de cette dernière, améliorant ainsi l'efficacité économique de l'achat.

Cela étant précisé, l'impact potentiellement négatif de certains objectifs a été souligné :

- les objectifs d'insertion professionnelle, dits « sociaux » paraissent, tout d'abord, créer parfois une distorsion à la concurrence. Ils constituent, ensuite, une négation de la qualification professionnelle. Enfin, le respect de ces objectifs renforce, notamment dans les marchés de travaux, les risques dans le domaine de la sécurité, accrus par l'intervention d'un personnel non qualifié.

Pour ces raisons, et en dehors de toute considération économique, les objectifs sociaux peuvent être perçus comme facteurs d'inefficacité, tant lors de la passation que lors de l'exécution des contrats de commande publique ;

- les objectifs environnementaux sont majoritairement considérés comme inadaptés pour certaines prestations. L'exemple des prestations intellectuelles a été cité par les débatteurs comme particulièrement marquant quant à la difficulté des acheteurs de prévoir des clauses et critères portant sur les « considérations environnementales » et les « caractéristiques environnementales de l'offre », dont l'obligation est instaurée respectivement par les articles L. 2112-2 et L. 2152-7 du Code de la commande publique. Est-il réellement pertinent et dans l'intérêt de l'efficacité de la commande publique de tenir compte des modalités de tri de papier ou déplacement d'un avocat pour choisir celui qui assistera une collectivité dans ses problématiques juridiques ?

6 - La préoccupation, surtout des opérateurs, quant au lien distendu entre les objectifs (clauses ou critères) environnementaux et l'objet du marché a été exprimée, rejoignant celle exprimée en relief par le Conseil d'État lorsque, interrogé par le gouvernement sur le projet de loi portant lutte contre le dérèglement climatique et ses effets, il a tenu à souligner que les « objectifs pluriels » issus de la nou-

velle loi « ne sauraient avoir pour effet de déroger à l'exigence du choix de l'offre économiquement la plus avantageuse ni à la condition que les critères d'attribution soient objectifs, précis et liés à l'objet du marché ou à ses conditions d'exécution, le respect de ces règles étant imposé par les directives européennes (article 67 de la directive 2014/24/UE du 26 février 2014 et article 82 de la directive 2014/25/UE du 26 février 2014) et la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne »⁸.

Les opérateurs ont également souligné le caractère souvent encore assez flou des critères de sélection environnementaux.

Les acteurs de la commande publique semblent, à la suite de ce constat, s'accorder sur la nécessité de garder une proportion adaptée des « objectifs pluriels » dans la commande publique, afin que son instrumentalisation ne porte pas atteinte au but premier poursuivi : la satisfaction d'un besoin concret de l'acheteur en matière de travaux, services ou fournitures. L'équilibre entre ce but et la défense de l'intérêt général à travers les objectifs pluriels doit donc être préservé. Dans ce cadre, certains considèrent que l'acheteur a perdu en partie la possibilité de définir son besoin et sa liberté dans le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse, contraints désormais par l'obligation des clauses et critères environnementaux. Cette tendance renforce le scepticisme quant à l'impact des objectifs pluriels sur l'efficacité de la commande publique.

7 - Malgré ces constats, la conclusion des débats souffle un vent d'optimisme. En effet, si les objectifs horizontaux ne sont pas identifiés comme vecteur d'efficacité de la commande publique, les acheteurs et opérateurs économiques présents ont considéré qu'ils ne sont pas *a priori* incompatibles avec une telle efficacité sous réserve toutefois de développer une approche moins universelle pour tenir compte des particularités des acheteurs, territoires, prestations, secteurs d'activité concernés.

3. Bilan nuancé de l'efficacité intrinsèque des objectifs pluriels

8 - Si les objectifs pluriels ne paraissent pas favoriser l'efficacité de la commande publique, il paraît légitime de s'interroger sur leur efficacité intrinsèque. En effet, un double constat négatif remettrait en cause leur raison d'être.

Tout d'abord, les retours d'expérience et bilan sont, là encore, nuancés mais paraissent davantage positifs. Quelques exemples concrets illustrent un réel impact, à l'instar de la gestion des déchets sur les chantiers réalisés dans le cadre des marchés publics qui selon les opérateurs du secteur, se serait nettement améliorée sous l'impact de l'obligation contractuelle imposée par les acheteurs soumis au Code de la commande publique.

L'efficacité des clauses d'intégration sociale n'a pas recueilli d'avis unanime. En effet, leur efficacité semble reconnue par tous concernant le développement des actions d'insertion professionnelle qu'elles ont pu insuffler, voire s'agissant de la réponse, pour certains secteurs et marchés, aux problèmes de recrutement. Toutefois, la nuance est apportée sur la durée de cet effet positif faute, notamment, d'un suivi quant à la pérennisation de cette insertion professionnelle.

9 - Ensuite, les difficultés dans la mise en œuvre de ces objectifs pluriels ont été soulignées comme facteur d'amoindrissement de leur efficacité. La difficulté observée ne paraît pas, dans ce cas de figure, inhérente aux objectifs pluriels, mais davantage structurelle et opérationnelle, ce qui permet d'espérer une amélioration.

Ainsi, ont été rapportées les difficultés des maîtrises d'ouvrage pour définir les critères environnementaux, retenir une pondération cohérente et apprécier la qualité des offres remises sur ces aspects.

6. Dir. 2014/24/UE, cons. 3.

7. V. not. le rapport introductif du Pr F. Lichère, JCP A 2022, 2314.

8. CE, 4 févr. 2021, n° 401933, avis sur le projet de loi portant lutte contre le dérèglement climatique et ses effets.

Enfin, l'efficacité des objectifs pluriels semble pâtir de l'effectivité de leur exécution et, trop souvent, un défaut de sanction de leur non-atteinte. Ce questionnement sur leur réelle mise en œuvre revêt une gravité particulière surtout lorsque la prise en compte desdits objectifs a déterminé le choix de l'offre la plus avantageuse. Sur ce point une note positive est également permise puisque l'efficacité dépend de l'amélioration de la pratique et les défauts et imperfections relevés sont corrigibles.

En conclusion, les débatteurs ont considéré que si les objectifs horizontaux n'atteignent pas toujours un degré d'efficacité satisfai-

sant, ils ne portent pas en eux-mêmes d'éléments qui les voueraient à l'inefficacité.

L'efficacité de la commande publique et les divers objectifs qui lui sont assignés dans l'intérêt général ne paraissent donc pas incompatibles, bien qu'ils constituent une réelle contrainte pour les acheteurs et les opérateurs économiques. Plusieurs pistes d'amélioration ont été identifiées qui permettraient d'améliorer tant l'efficacité de l'atteinte de ces objectifs et leur impact sur l'efficacité de la commande publique. ■

2323 L'efficacité de la commande publique : synthèse

Laurent RICHER,
professeur émérite de l'université Paris 1
Panthéon-Sorbonne



L'efficacité doit être distinguée de l'efficience ; un des objectifs des principes de la commande publique est d'assurer l'efficacité de cette dernière, mais l'efficacité est aussi recherchée par d'autres voies. La diversification des techniques d'achat, la lutte contre les OAB et les pratiques anticoncurrentielles sont, entre autres, au service de l'efficacité. Mais la diversification des objectifs de la commande publique constitue un défi pour l'efficacité, ne serait-ce que parce qu'il devient difficile de la mesurer.

1 - L'efficacité est un objectif qui, à la différence du bon emploi des deniers publics, ne s'est pas vu reconnaître valeur constitutionnelle, mais qui est consacré par l'article L. 3 du Code de la commande publique législative et par la pratique. Un objectif dont il est difficile de savoir s'il est et s'il peut être atteint.

Du caractère d'objectif reconnu par le droit il ne résulte pas nécessairement qu'il s'agit d'une notion juridique ; ce serait plutôt une notion métajuridique ; les normes sont à son service. Cela ne dispense pas de la définir.

Quelques difficultés sont apparues pour distinguer efficacité et efficience.

Pour François Lichère la notion d'efficacité est ambivalente. En un premier sens, efficacité signifie « *efficience économique* », laquelle dans le système de pensée des directives européennes résulte du libre jeu des forces du marché ; l'efficacité c'est donc le bon fonctionne-

ment de la concurrence, l'existence d'une compétition¹. Mais il y a aussi un deuxième sens : l'efficacité renvoie à la pertinence du moyen par rapport au but, ce dernier étant la satisfaction des besoins de l'adjudicateur.

De son côté Carine Staropoli ne retient que le deuxième sens de l'efficacité – l'adéquation moyens/but – ; la notion d'efficience correspond quant à elle à la relation moyens/coûts, la règle efficiente est celle qui est efficace au moindre coût.

Quand l'article L. 3 du Code de la commande publique utilise la notion d'efficacité quelle notion en retient-il ? Selon cet article les principes de la commande publique (égalité de traitement, liberté d'accès, transparence des procédures) « *permettent d'assurer l'efficacité de la commande publique* ». Étant donné que ces principes sont les garants de la bonne mise en concurrence on pourrait penser qu'efficacité signifie bon fonctionnement des forces du marché, mais, d'un

1. « *si le droit choisit de soumettre un marché à la concurrence, il n'en résulte pas automatiquement l'installation d'une compétition* » (Cl. Lucas de Leyssac, *Concurrence et compétition* : D. 2004, p. 1723).

autre côté, il n'est pas écrit que l'efficacité n'est obtenue que par le respect des trois principes et l'efficacité fait l'objet d'une mention séparée, ce qui implique qu'elle n'est pas absorbée par les principes concurrentiels, lesquels ne sont que des moyens parmi d'autres pour obtenir une commande publique efficace. On peut en conclure que, au moins à titre principal, le système de commande publique efficace est celui qui fournit les moyens adéquats au but poursuivi.

Quel but ou quels buts ?

Le but immédiat est de répondre à un besoin en services, travaux ou fournitures, ce qui amène la question : peut-on augmenter l'efficacité de la commande publique (1) ?

Mais à ce but s'en ajoutent d'autres, ce qui impose une nouvelle notion d'efficacité, une efficacité augmentée (2).

1. Augmentation de l'efficacité

2 - On retient ici une définition étroite de l'efficacité en relation avec le seul but de satisfaction des besoins de l'acheteur. On pense ici à l'acheteur décrit par Schumacher : un « *bargain hunter* », non concerné par l'origine ou les conditions de production de ce qu'il achète, il est irresponsable, sa seule préoccupation est la « *best value for money* »².

Pour augmenter ce type d'efficacité il convient d'agir sur le marché pertinent aussi bien que sur chaque contrat.

Au niveau du marché il s'agit d'abord de garantir l'effectivité de la compétition.

Un auteur a pu soutenir que le droit de la commande publique est à cet égard insuffisant et ne peut être efficace sans le droit de la concurrence³. Isabelle Hasquenoph considère, quant à elle, que l'efficacité du droit de la commande publique n'est pas conditionnée par le droit de la concurrence. Cela ne signifie évidemment pas qu'ils ne sont pas complémentaires.

Les acheteurs et concédants sont mal armés pour déceler les ententes, dont la preuve passe par des enquêtes, mais, d'un autre côté le droit de la concurrence n'appréhende que marginalement (dans le cas d'exploitation abusive de position dominante) certaines pratiques dont l'impact peut être particulièrement nocif en matière de commande publique.

La plus importante est celle des offres anormalement basses. La lutte contre les OAB est importante aussi bien pour garantir la bonne exécution du contrat – en ce compris les concessions – que pour préserver les intérêts des PME. L'état actuel du droit est insatisfaisant dans la mesure où le Code de la commande publique retient une approche purement procédurale du sujet, sans que les collectivités aient vraiment les moyens d'abord de détecter, ensuite d'apprécier l'anormalité.

L'efficacité peut aussi être améliorée par le renforcement de la puissance d'achat. Ainsi le groupement de commandes permet d'obtenir de meilleurs prix et aussi de sécuriser des stocks, ce qui est particulièrement précieux en période de tensions sur les marchés. Les centrales d'achat, qui se sont multipliées au cours des dernières années permettent des résultats comparables.

On peut, toutefois, s'interroger sur le risque de conflits d'objectifs. La massification des achats défavorise l'accès des PME, alors même qu'a été constamment affirmé, y compris dans les directives que la participation des PME est une des constituantes de l'efficacité de la

dépense publique⁴. Et quand la centrale d'achat est placée sous la tutelle de l'État, un autre risque existe, qui est celui de subir des pressions en faveur de l'achat national.

Au niveau de chaque contrat plusieurs facteurs d'augmentation de l'efficacité ont été identifiés.

En premier lieu, on n'en fera jamais assez pour la meilleure définition du besoin. Le *sourcing*, désormais légitimé par le code, doit encore être développé. Cela suppose l'existence d'équipes d'acheteurs, qui fait un des intérêts des centrales d'achat.

En second lieu, de manière assez attendue, est soulignée l'efficacité de la négociation, qui permet de cerner mieux que dans un appel d'offres les éléments de coûts et les solutions aptes à répondre aux besoins. L'exemple de la Société du Grand Paris montre qu'il est parfaitement possible de prévoir des règles de négociation conformes aux principes de base et, notamment, au principe d'égalité de traitement. Mais, à certains égards, la procédure négociée reste trop lourde, elle devrait pouvoir être ouverte.

Enfin, et c'est un point fondamental, le contrat doit être adaptable.

Une procédure d'enchères ne suffit pas à garantir qu'on a le meilleur contrat. Sauf un contrat simple et à exécution instantanée, tout contrat est incomplet et doit faire l'objet de renégociations. Il convient donc de prévoir des clauses de réexamen, dont la rédaction doit être soigneusement pesée (alors qu'elles sont souvent négligées).

Mais la recherche de la meilleure réponse au besoin est rendue nettement plus complexe par le constant enrichissement de la notion de besoin.

2. Efficacité augmentée

3 - La notion même de besoin évolue à partir du moment où il est exigé de l'acheteur ou du concédant qu'il intègre les aspects « *sociétaux* », autrement dit à partir du moment où doivent être intégrées certaines externalités.

Pour le moment on n'en est pas vraiment arrivé à ce stade d'intégration ; la preuve en est qu'on continue à parler d'« *objectifs secondaires* », de « *politiques horizontales* »... Du coup apparaît le problème de l'efficacité puisque, si l'on en croit la « *loi de Timbergen* » à un instrument doit correspondre un objectif.

Cela amène les économistes à poser la question de l'efficience (au sens défini ci-dessus) : la commande publique est-elle, comparée à d'autres mécanismes, un instrument adapté à la poursuite des objectifs sociétaux ?

En 2015 une note célèbre au Conseil d'analyse économique rédigée par Jean Tirole et Stéphane Saussier a exposé que la promotion des objectifs de développement durable dans le droit de la commande publique constitue une erreur parce que l'acheteur public est mal placé pour définir et quantifier les performances en la matière, seul l'État régulateur en est capable. Mais les directives sur les marchés publics de 2014 placent sur le même plan, celui des objectifs fondamentaux, l'ouverture à la concurrence et l'utilisation de « *l'instrument des marchés publics au service d'objectifs sociétaux communs* ».

Ce fut peut-être une erreur, mais *error facit jus*.

Cette évolution pose des problèmes aux points de vue de l'application des règles et de la conciliation entre objectifs.

En application de l'article 35 de la loi n° 2021-1104 du 22 août 2021, portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets (dite loi climat et résilience), le décret n° 2022-767 du 2 mai 2022 a prévu, à compter du 21 août 2026, l'obligation de prévoir un critère environnemental. Hélène Hoepffner ob-

2. E.-F. Schumacher *Small Is Beautiful: A Study of Economics as if People Mattered*, 1973, rééd. 1999 : Hartley & Marks Publishers, p. 29.

3. V. Bridoux, *Droit de la commande publique et droit de la concurrence de l'UE. Étude sur une dynamique commune : Concurrences*, 2021.

4. Ex. : dir. 2014/24, cons. 2 : « accroître l'efficacité de la dépense publique, en facilitant notamment la participation des petites et moyennes entreprises (PME) aux marchés publics ».

serve que l'on peut se demander si cette exigence, qui va au-delà des directives, n'est pas exagérément restrictive de la concurrence et de la liberté de choix des acheteurs. Il en résultera, en tout cas, un surcoût pour l'acheteur et, probablement, des difficultés pour les PME.

Hors ce problème juridique, l'acheteur est confronté à une multiplicité d'obligations et à la dispersion des normes ainsi qu'à la difficulté de définir le cadre de référence pour appliquer les critères. C'est pourquoi le décret laisse une période de tuitage de 5 ans, mais il n'est pas certain que les moyens suffisants d'apprentissage existent.

L'intégration des nouveaux objectifs peut, par ailleurs, contrarier d'autres objectifs. Les exigences environnementales et sociales

peuvent être détournées au service de la préférence locale ; l'accès des PME peut être entravé par les suppléments de coûts et la diminution de productivité (résultant notamment de l'emploi de personnel non qualifié).

Un constat ressort de ce qui précède : on est encore à la recherche de l'efficacité, sinon on n'en parlerait plus car « plus la conduite est efficace, moins elle est visible »⁵.

5. F. Jullien *Traité de l'efficacité* : Grasset, 1996, p. 210.


LexisNexis - Presse



Recevez chaque semaine la presse juridique de référence















7 hebdomadaires qui couvrent tous les domaines du droit.





Web-Mobile-Tablette

SERVICE INCLUS DANS VOTRE ABONNEMENT

Abonnez-vous :
boutique.lexisnexis.fr

PHOTO © MALLMO - ADOBESTOCK.COM

552 029 431 RCS PARIS

21REVMD006-1 - 03/2021